



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

WADENHIEF PUNTINGSDIENS
TYDKRIFTE
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA
1992-02-13
340
VAKKODE

maak nuwe verslag
Kleur Blou
Voorbeeld by 14

HR
HR

Tydskrif vir
Hedendaagse
Romeins-
Hollandse Reg

Redakteur
J NEETHLING BA LL.M LL.D

Assistent-redakteurs
JM Potgieter B Jur LL.M LL.D
Gretchen Carpenter BA (Hons) LL.B
CJ Nagel BA LL.D

Butterworth

AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS
TYDSKRIFTE
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

7

DATUM : 1991 4.11
VAKKODE: 340

TYDSKRIF 54/1

HR HR

REDAKSIONEEL ARTIKELS

JC de Wet: The jurist	1
Normatiewe skuld en redelik verwagbare gedrag <i>deur CR Snyman</i>	4
Besitsbeskerming en die besitsleer: 'n reddingspoging <i>deur D Kleyn</i>	21
The role of fault in determining the lawfulness of competition <i>by PQR Boberg</i>	43
Die aksie vir "wrongful life": "to be or not to be?" <i>deur M Blackbeard</i>	57
Sources of public rivers - status and control <i>by A Rabie</i>	75

AANTEKENINGE

<i>Audi alteram partem</i> : is ons nou op die pad van "legitimate expectation"?? <i>deur AWG Raath</i>	90
Onlangse ontwikkelinge op die raakvlak tussen rekenaars en die reg <i>deur DP van der Merwe</i>	95
Die ANC se konsephandves van menseregte - 'n paar opmerkings <i>deur D van Wyk</i>	105
Aansoek om vergunnings kragtens artikel 62(2)I van die Waterwet 54 van 1956 <i>deur AP Burger</i>	110
Die paradoks van die individualiseringsproses in the strafreg <i>deur JMT Labuschagne</i>	116

VONNISSE

Persoonlikheidsregte van 'n regs persoon <i>Dhlomo v Natal Newspapers (Pty) Ltd; Caxton Ltd v Reeva Forman (Pty) Ltd; Boka Enterprises (Pty) Ltd v Manatse</i>	120
The <i>Everson</i> adjustment for past loss of buying power on damages for loss of earnings or support <i>SA Eagle Insurance Co Ltd v Hartley</i>	128
Terugwerkende wysiging van huweliksgoederebedeling <i>Ex parte Oosthuizen</i>	133
Maintenance damages against an erring medical authority for the birth of an unwanted child confirmed by the appellate division <i>Administrator, Natal v Edouard</i>	138
Renunciation of prescription <i>Nedfin Bank Ltd v Meisenheimer</i>	142
Geregverdigde verwagting as aanspraak van die individu in die administratiewe proses <i>Administrator, Transvaal v Traub</i>	150
A bolting horse - who bears the risk? <i>Lawrence v Kondotel Inns (Pty) Ltd</i>	157

BOEKE

A Rycroft (ed) <i>The private regulation of industrial conflict</i>	164
J Neethling (red) <i>Onregmatige mededinging/Unlawful competition</i> ...	166
Juta <i>Familieregwetgewing Band II: Man en vrou/Family law legislation Volume II: Husband and wife</i>	167
D Meyerowitz and E Spiro <i>Meyerowitz and Spiro on income tax</i>	167
FR Malan en E Labuschagne <i>Butterworths wetbundel persone- en familiereg</i>	168
FR Malan and E Labuschagne <i>Butterworths selection of statutes - persons and family law</i>	169

AANKONDIGINGS

Butterworths-prys	74
Lidmaatskap: Vereniging Hugo de Groot	3

H R
H R

REDAKSIONEEL

Afskeidswoord: FLH Rumpff 171
 Verwelkoming: HJO van Heerden 173
In memoriam: JC de Wet en LI Coertze 174
 Gelukwense: Fakulteit Regte, PU vir CHO 174

ARTIKELS

Hereditas damnosa? Some remarks on the relevance of Roman law
 by BC Stoop 175
 Volkeregtelike beskerming van minderheidsgroepe: Lesse vir die
 staatsreg?
 deur B de Villiers 189
 Die reg aangaande onregmatige mededinging sedert 1983
 deur J Neethling 204
 Inadequacies in the legal system and administrative framework af-
 fecting river-system management in South Africa: a case study of
 the Eerste-Kuils River system in the Western Cape
 by KA Wiseman and MR Sowman 236
 To see or not to see? – that is the question
 by T Ohannessian and M Steyn 254

AANTEKENINGE

“To burden, or not to burden?”
 deur S Scott 264
 Regsgeneeskundige lykskouingsverslae: wat mag die geneesheer in ag
 neem by sy bepaling van die doodsoorsaak?
 deur G Saayman en FFW van Oosten 270
 Likwidasië van beslote korporasies en reëlinskemas ingevolge arti-
 kels 311 en 389 van die Maatskappywet
 deur JJ Henning en A Bonnet 274
 Into the 21st century with the reform of planning law
 by J van Wyk 282
 Onsekerheid en die parameters van geregtigheid
 deur J van der Walt 289

VONNISSE

Noodweer (oordadigheid) in deliktereg nie suiwer objektief *ex post*
facto getoets
Ntsomi v Minister of Law and Order 299
 Wie is eienaar van die kerkeiendom?
Kerkraad van die Nederduitse Gereformeerde Kerk, Gemeente
Douglas v Loots 301
 Ouerlike tugbevoegdheid
Du Preez v Conradie 307
 Die kansellasië van vruggebruik ingevolge artikel 68(1) van die Wet
 op die Registrasie van Aktes 47 van 1937
United Building Society Ltd v Du Plessis 310
Fideicommissum, vruggebruik en *modus*
Kerkraad van die Nederduitse Gereformeerde Kerk, Gemeente
Douglas v Loots 316

BOEKE

LM du Plessis *Inleiding tot die reg* 323
 Bell, Dewar and Hall *Kelsey Stuart's Newspaperman's guide to the*
law 327
 CF Eckard *Grondtrekke van die siviele prosesreg in die*
landdroshoue 329

HR HR

FEESBUNDEL: PU VIR CHO

Voorwoord	335
Die grondslag en missie van die Fakulteit Regte	336
Foto's	337

ARTIKELS

Fakulteit Regte, Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys – vyf en twintig jaar <i>deur CR de Beer</i>	341
Die publieke subjektiewe reg – 'n voorraadopname <i>deur F Venter</i>	349
Kontrakte en beheer oor kontrakteervryheid in 'n nuwe Suid-Afrika <i>deur CFC van der Walt</i>	367
“Estoppel by representation” in die publiekreg <i>deur GM Ferreira</i>	388
Die regsraad van privaatregtelike reëls en regulasies <i>deur G Pienaar</i>	400
Politieke onderhandelinge, menseregte en die regbank <i>deur J Kruger</i>	414
Huurpag <i>deur NJJ Olivier</i>	429
Dorpsstigting: Suid-Afrikaanse Ontwikkelingstrust en selfregerende gebiede <i>deur W du Plessis</i>	444
Metodologiese probleme van die regswetenskap as voorrae vir regsvergelyking <i>deur PJ van Niekerk</i>	458
Waardasiebedinge in kredietooreenkomste <i>deur GTS Eiselen</i>	475
Die effek van sekwestrasie op onuitgevoerde koopkontrakte van roerende goed <i>deur AL Stander</i>	481
Aspekte van die hoorsêreël soos gewysig deur die Wysigingswet op die Bewysreg 45 van 1988 <i>deur PJW Schutte</i>	495

AANTEKENINGE

Gedagtes rondom die huweliksconsortium en egskeiding <i>deur JA Robinson</i>	508
'n Kursoriese besinning oor die gewete <i>deur JC Burger</i>	512

H R
H R

**REDAKSIONEEL
ARTIKELS**

Daniel Pont: 'n Huldeblyk	521
Aspekte van <i>surchéance</i> van betaalinge in die respyt- en insolvensiereg deur JJ Henning	523
Regsakkulturasie, lobolo-funksies en die oorsprong van die huwelik deur JMT Labuschagne	541
Die reg aangaande onregmatige mededinging sedert 1983 (vervolg) deur J Neethling	554
Meer oor norme by mediabeheer ingevolge artikel 47(2)(a) van die Wet op Publikasies 42 van 1974 deur HB Klopper	578
Die handeldryf in of "met" menslike weefsel deur A de Klerk	600

ANTEKENINGE

Regional government in the new South Africa: The role of the courts by M Wiechers	618
Wyses waarop 'n testament deur die erfflater "onderteken" kan word deur MC Schoeman	624
Enkele opmerkings oor die legaliteitsbeginsel in die strafreg deur CR Snyman	629
Lobola van een vrou deur 'n ander (vrouehuwelike) deur F van Heerden	636
Litigasie-aanspreeklikheid in die admiraliteitsreg deur H Booysen	640
Die effek van waarskuwing en ontslag op onbevoegverklaring van regsweë om wapens te besit deur DP van Tonder	648

VONNISSE

Amptelike bevel en noodtoestand: regmatigheid van die uitoefening van 'n onregmatige bevel S v Banda	651
Regsaard van okkupasiepermitte Motloung v Rokhoeane	655
Deliktuele aanspreeklikheid vir skade aangerig deur 'n onafhanklike subkontraakteur Langley Fox Building Partnership (Pty) Ltd v De Valence.....	661
Die effek van buite-territoriale polisie-optrede op die bereikbaarheid van misdade S v Ebrahim.....	666
Die sertifikaat ingevolge artikel 2(1)(a)(v) van die Wet op Testa- mente 7 van 1953 Jeffrey v The Master	669
Nalatigheid en verskillende gedagterigtings ("schools of opinion") binne die mediese praktyk Pringle v Administrator Transvaal	673

BOEKE

MJ Oosthuizen (red) <i>Suid-Afrikaanse handelsreg</i>	677
YM Burns <i>Media law</i>	679
R Sharrock <i>Business transactions law</i>	681
HJ Delpont en JT Pretorius <i>Inleiding tot die Wet op Beslote Kor- porasies</i>	682
Centre for Indigenous Law Unisa <i>Indigenous contract in Bophu- thatswana</i>	683
HJ Erasmus en OJ Barrow <i>Die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959 en Die Wet op Landdroshowe 32 van 1944</i>	683

HR HR

ARTIKELS

Die openbare verdedigerstelsel as vorm van regshulp <i>deur RA Jordaan</i>	685
The collecting bank revisited <i>by FR Malan and JT Pretorius</i>	705
<i>Perpetua causa</i> (permanente grondslag) as vestigingsvereiste vir grondserwitute <i>deur MJ de Waal</i>	717
Land law without the land acts – predicaments and possibilities <i>by AJ van der Walt</i>	738
Cicero and Grotius <i>by DH van Zyl</i>	753

ANTEKENINGE

Voorverhoorprosedures: die wysiging van hofreël 37 <i>deur HCJ Flemming</i>	759
Legislation for the rehabilitation of mining surfaces <i>by A Rabie</i>	774
Die verhouding tussen onregmatigheid en skade <i>deur PJ Visser</i>	782
“Binnestanders” en die <i>Turquand</i> -reël <i>deur JJ du Plessis</i>	794
The role of the law in a period of political transition: the need for objectivity <i>by JM Poggieter</i>	800
Die <i>lex quae data est pro debitoribus in Italia et Sicilia</i> as skuldstilstandskema <i>deur JJ Henning</i>	807

VONNISSE

Termination of copyright by accession and specification <i>Frank & Hirsch (Pty) Ltd v A Roopanand Brothers (Pty) Ltd</i>	813
<i>Mandatum</i> en middellike aanspreeklikheid <i>Eksteen v Van Schalkwyk</i>	818
Elandsheuwel revisited <i>Elandsheuwel Farming (Edms) Bpk v SBI</i>	826
The question of <i>locus standi</i> in revolving security sessions <i>Springtex Ltd v Spencer Steward & Co</i>	837
Erkenning van die inheemse huwelik <i>Zinnat Insurance Co Ltd v Chawanda</i>	843
Die nakoming van die reëls van natuurlike geregtigheid by die ontslag van tydelike werknemers van die staat by wyse van kennisgewing <i>Sibiya v Administrator, Natal</i>	846

BOEKE

CF Forsyth <i>Private international law</i>	851
HJ Erasmus en DE van Loggerenberg <i>Jones and Buckle: The civil practice of the magistrate's courts in South Africa vol II</i>	864
J Redgement <i>Criminal Procedure Act and cases</i>	866

JC de Wet : The jurist*

Om die bydrae van JC de Wet tot die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg te ontleed, verg op sigself 'n regsgeskiedkundige verhandeling. In die loop van enkele minute vanoggend is dit nie moontlik om veel meer te doen as om hoofaspekte van die besondere nalatenskap van ons besondere leermeester toe te lig nie.

Where does one begin in measuring our inheritance?

There is, first and foremost, the written legacy. JC de Wet's two doctorates, "*Estoppel by representation*" in die *Suid-Afrikaanse reg* (1939) and die *Ontwikkeling van die ooreenkoms ten behoeve van 'n derde* (1940), have undoubtedly had a greater influence on the content and presentation of legal scholarship in South Africa than any other theses. A fierce critic, Kerr Wylie (1943 *THRHR* 94) described the latter as a "masterly exposition", and the research as "colossal". What Kerr Wylie doubtless did not know, was that when De Wet arrived in Leiden, he had no fixed idea even as to what he would do, and that that thesis was researched and written within four months, under the pressure of the approaching war.

Alongside his theses must be mentioned JC de Wet's two major textbooks, on the law of contract and criminal law respectively, in co-authorship with James Yeats and HL Swanepoel, respectively. *Kontraktereg en handelsreg* (1948) was only the second legal textbook to appear in Afrikaans. It has undoubtedly had a greater influence in our law than any other single text.

These two textbooks have both now run into four editions. JC completed the fifth edition of *Kontraktereg* some months ago; it was his recent anxiety, as he grew frailer, that it should appear without delay, but this was not to be.

In 1979 a collection of various lectures and memoranda by JC was published under the title *Opuscula miscellanea*. In 1988 he published his fourth and last book, *Die ou skrywers in perspektief*, dedicated to Hilda, his lifetime companion, in turn a particular friend of so many of his students and colleagues.

Besides the four books, JC wrote some 63 other articles and notes which have been published.

What is there to be said in just a few moments of the pervading spirit of his work? It has been said (Dugard "The 'purist' legal method, international law and sovereign immunity" in Gauntlett (ed) *JC Noster* (1979) 36) that it constitutes a foundation of what some call the purist school. That is not quite right (see Van Niekerk 1980 *SALJ* 187). It has always been difficult to identify a single legal philosophy in the work of JC de Wet. He tended to deflect discussion, and claimed a philosophical agnosticism. If, despite these deflections and disclaimers, he is to be accredited with an underlying legal philosophy, never really articulated and certainly never paraded, JC was perhaps in a certain sense a

* Address delivered at a commemorative gathering held at the Faculty of Law, University of Stellenbosch on 1990-10-26.

natural lawyer. But that position came more from an inner ear for what seemed right, an acute feeling for the *recta ratio*, than any espousal of dogma.

What was more important to JC was the use of historical-comparative methodology to develop South African law. Perhaps it appears most clearly from the first edition of *Strafreg* (1949), where these words appear in the foreword:

“Dit is nouliks nodig om hier verskoning te maak vir die gebruik, en die veelvuldige gebruik, van hierdie werke [ie, continental legal writings]. Die regs wetenskap, en veral die strafregswetenskap, ken geen landsgrense nie. En selfs al sou dit landsgrense geken het, is regsvergelyking een van die beste maniere van regsstudie. Maar die argument is nog sterker. Ons moet van die vastelandse strafregswetenskap kennis neem Suid-Afrika behoort nog, wat sy reg betref, tot die vastelandse kultuurgroep, en by die regsstudie en regsontwikkeling moet ons steeds, tot ons eie voordeel, in voeling bly met die vastelandse regs wetenskap.”

JC did not suffer from what has been termed legal chauvinism. He did not hesitate, for instance, to propound an acceptance of English legal principles and authorities where he thought they met the test he described in the terms I have just quoted. He became in later years profoundly disturbed at what he thought was an affected and injudicious Romanism by some. Significantly for him the greatest South African judge was Sir James Rose-Innes, whom he admired for his gift of incisive analysis, lapidary exposition, and the apt use of comparative (particularly Pandectist) materials (“Profile: JC de Wet at 75” 1987 *De Rebus* 583).

I have suggested that the first part of our inheritance is that which is written. In conclusion, we must acknowledge a second and a third. The second is the legacy of JC, the teacher. Perhaps it could fairly be said that he was not a very good lecturer, but he was a wonderful teacher. His contribution to the South African legal system did not begin and end with the pen. The kind of imprint that JC de Wet had on his students, the ability simply by being what he was to elicit the highest standards, has been expressed as follows (Nienaber 1980 *THRHR* 332):

“In ons oë, sy studente van die jare vyftigs, was JC nommer een. Nie uniek nie. Oubaas Mort was uniek. Maar die fakulteit was JC. Wat weer eens toon dat dit by ’n dosent, soos by ’n goeie onderwyser, nie soseer gaan oor wat of hoe hy jou leer nie, maar oor wat hy is. Hoe skerp die stempel, hoe duideliker die afdruk.”

Ons het JC vereer en gerespekter. Ons was trots om sy studente te wees. Ons beskou ons steeds as bevoorreg. Hy kon saam met ons koffie drink, met smaak oor sy kollegas stories vertel (hulle oor hom ook), skeidsreger speel by interklas-rugbywedstryde, saam partytjie hou by die jaarlikse afskeidsgeleentheid. Maar familiêr was ons nooit nie. Daarvoor was sy standaard van integriteit en kwaliteit te onverbiddelik.”

The second part of the legacy of course directly leads to the third. The inspiration was not restricted to law, or to what is sometimes called lawyering. He also inspired his students and colleagues in an entirely personal way. An ebullient former student of his once drew together the whole in this way (Van Niekerk *supra* 188):

“I can close my eyes now and see the puckish rotund man with the slight whistle in his soprano voice chain-smoking his way through lectures, with what seemed to be a perpetual smile engraved on his benign features and with slightly dreamy eyes wistfully focused on some distant and invisible horizon; I can hear him still hammering home principle after principle, sweeping his way impatiently and contemptuously through the thick nettle-infested overgrowth of curious curial learning; I can see again a bolt of mischievous delight flashing through those distant eyes when he cracked the whiplash of his acid wit on some (to him) incomprehensible bit of nonsense masquerading as the

law; I remember him, as so many others also do, as the warm father of all of us who made our way through the Stellenbosch Faculty of Law, ever prepared to listen and counsel; even today as I mount the steps to the Delphic mansion along Noordwal my heart heaves with delayed embarrassment as I remember mounting the same steps as a second-year student about 2 am one lonely morning when, in an almost surrealist attempt to unseat the Students' Representative Council, I urgently needed the services of an assessor for the arbitration court; when, instead of laying me low (quite deservedly) by the expected laser beam of caustic words, he laconically said: 'Laat ek net my skoene kry, ek kom.' I did not realize then, as I did much later, that ultimately the human dimension was the most important dimension in which JC placed his work and his life."

When that famed professor of rhetoric in the University of Milan and founding father of the Church, Augustine of Hippo, died, Possidius wrote (*Brown Augustine of Hippo* (1967) 433):

"Yet I think that those who gained most from him were those who had been able actually to see and hear him as he spoke . . . and, most of all, those who had some contact with the quality of his life among men."

JEREMY GAUNTLETT
SC, Cape Bar

LIDMAATSKAP: VERENIGING HUGO DE GROOT

Ingevolge artikel 3.1 van die Reglement van die Vereniging Hugo de Groot kan enige persoon wat 'n intekenaar op die THRHR is, op aansoek na die bestuur van die Vereniging, as lid van die Vereniging toegelaat word. Op grond hiervan rig die bestuur 'n uitnodiging aan alle belangstellende persone om aansoek tot lidmaatskap van die Vereniging te doen. Aansoeke moet gerig word aan:

Prof:DJ Joubert
Sekretaris
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

Normatiewe skuld en redelik verwagbare gedrag*

CR Snyman

BA LL.D.

Professor in die Straf- en Prosesreg, Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

The normative theory of culpability and reasonably expectable conduct

This article is devoted to a discussion of the normative theory of culpability, with particular emphasis on one of its most important features, namely the concept of "fair expectability". First, the origin of the theory in German legal thought is traced. It is contrasted with the psychological theory of culpability, according to which culpability (*mens rea*) merely reflects the psychological relationship between the perpetrator and the act or ensuing result. According to the normative concept of culpability the essence of culpability lies in the blameworthiness with which the unlawful act is committed. According to this approach, culpability is not a state of mind. It is rather an evaluation of the perpetrator's intention or will as manifested in the act. It is a negative or disapproving value judgment on the commission of the unlawful act.

One of the presuppositions which forms the basis of the negative value judgment is the consideration that the perpetrator performed the unlawful act in circumstances in which the law could fairly have expected him to act differently, namely to refrain from proceeding with the unlawful act ("Zumutbarkeitsdoktrin"). There may be circumstances in which the law cannot fairly expect such lawful behaviour from a person, as in the case of necessity in the form of coercion: Z orders X to kill Y and threatens to kill him if he refuses to execute the order. If X does kill Y, he acts unlawfully because the killing of another even under coercion is a violation of the material legal norms; X nevertheless acts without culpability, because, considering that the average person is not prepared to sacrifice his life for another's, it cannot be expected of X to act differently.

The systematic description of the normative theory of culpability owes much to writers such as Frank, Hegler, Goldschmidt, Freudenthal and Schmidt, who wrote during the first three decades of this century. These writers' views of the essence of culpability are briefly set out.

The idea that a person can only be blamed in circumstances in which lawful conduct can fairly be expected of him has been subjected to criticism, which is discussed in the article. On the other hand, this concept has the distinct advantage of guaranteeing justice to the individual.

I

'n Steeds groeiende getal Suid-Afrikaanse skrywers wat hulle met die strafreg bemoei, ondersteun die normatiewe skuldbegrip in een of ander vorm¹ en verkies dit bo die psigologiese skuldbegrip wat tans algemeen in ons positiewe reg nagevolg word. Die normatiewe skuldbegrip is 'n produk van die Duitse strafregwetenskap, en in hierdie artikel word die hooftrekke van die ontstaansgeskiedenis van die begrip in die Duitse strafregwetenskap bespreek met besondere

* Hierdie artikel is gegrond op navorsing wat gedoen is aan die Universiteit van Regensburg, Duitsland, met behulp van finansiële ondersteuning van die Alexander von Humboldtstigting in Duitsland. Die skrywer betuig hiermee sy dank aan die gemelde stigting. Die menings wat in die artikel uitgespreek word, is dié van die skrywer en moet nie as dié van die stigting beskou word nie.

1 Botha "What precisely does constitute *mens rea*?" 1975 SALJ 380; NJ van der Merwe "Die

verwysing na 'n sekere aspek daarvan wat tot dusver maar nog min aandag in die Suid-Afrikaanse regsletteratuur gekry het, te wete die siening dat daar slegs sprake van skuld kan wees indien 'n mens redelikerwys van die dader kon *verwag* het om regmatig op te tree. Die normatiewe skuldbegrip is vir die eerste keer gedurende die eerste drie dekades van hierdie eeu wetenskaplik ontleed en beskryf en insiggewende perspektiewe op die begrip, insluitende moontlike punte van kritiek, kan verkry word deur die debatte rondom hierdie begrip gedurende hierdie tydperk na te gaan. Dit sal gedoen word in die bespreking wat volg. Daar sal ook kortliks verwys word na die opvattings rondom hierdie begrip in die huidige Duitse strafregwetenskap. Daarna sal die posisie in die huidige Suid-Afrikaanse reg in oënskou geneem word.

In die skuldbegrip in die vroeëre Duitse gemenerereg, voor omstreeks 1850, was daar 'n noue verband tussen die begrip "skuld" en die idee van "verwyt" of "verwytbaarheid". Weens die noue verband wat (soos later aangetoon sal word) tussen "verwytbaarheid" en die normatiewe skuldbegrip bestaan, het die begrip "skuld" in hierdie tyd dus reeds 'n normatiewe karakter gehad.²

Ten einde die ontwikkeling van die normatiewe skuldbegrip in perspektief te plaas, is dit nodig om eers te let op die sogenaamde klassieke misdaadbegrip wat in ongeveer die laaste twee dekades van die negentiende eeu in Duitsland oorheersend was, asook die psigologiese skuldbegrip wat deel van hierdie misdaadbegrip gevorm het. Dit is naamlik juis hierdie skuldbegrip waarteen die voorstanders van die normatiewe skuldbegrip in opstand gekom het. Seker die bekendste uiteensetting van die klassieke misdaadbegrip is te vinde in die bekende leerboek oor die Duitse strafreg van Franz von Liszt, waarvan die eerste uitgawe uit 1881 dateer.³ Ofskoon begrippe soos "handeling", "wederregtelikheid" en "skuld" voor hierdie datum nie onbekend was nie, was daar nòg wat hulle inhoud betref, nòg wat die verband tussen hierdie verskillende begrippe betref, algemene eenstemmigheid en is die betekenis van hierdie begrippe nog verder vertroebel deur die gebruik van ander begrippe wat later uitgedien geraak het, soos "toerekening" ("Imputation").⁴

vervolg van vorige bladsy

- verband tussen *mens rea* en skuld" 1976 *SALJ* 280; Kok "Pogingsmisdade - 'n bewys van 'de minimis non curat lex'?" 1981 *THRHR* 66 en "Skuldmetamorfose: *De Blom, Dladla en Chretien*" 1982 *SASK* 27 veral 32-34; DP van der Merwe "Informeel strafvermindering by moord" 1982 *THRHR* 146; "The cumulative effect of 'partial excuse' and *error iuris* - *Ntuli* and *De Blom* revisited" 1982 *SALJ* 435-437; "Die 'psigologiese' v die 'normatiewe' skuldbegrip in die lig van *Bailey* 1982 3 SA 772 (A)" 1983 *SASK* 33; Van Zyl Vonnisbespreking van *S v Bailey* 1982 3 SA 772 (A) 1982 *THRHR* 437; Vonnisbespreking van *S v Zoko* 1983 1 SA 871 (N) 1983 *THRHR* 100; Badenhorst *Die inhoud van die misdaadbegrip in die Suid-Afrikaanse strafreg* (LLD-proefskrif RAU 1982) 394-413 asook hfst 6 10; Bergenthuin *Provokasie as verweer in die Suid-Afrikaanse strafreg* (LLD-proefskrif UP 1985) 536 589 601 asook "Die algemene toerekeningsvatbaarheidsmaatstaf" 1985 *De Jure* 277.
- 2 Achenbach *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtliche Schuldlehre* (1974) 102.
 - 3 *Das Deutsche Reichsstrafrecht*. Vanaf die 2de uitgawe is die boek gepubliseer onder die titel *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Tot 1932 het nie minder nie as 26 uitgawes van hierdie werk verskyn. Die 23ste tot die 26ste uitgawes is versorg deur E Schmidt. Vir 'n algemene bespreking van die klassieke misdaadbegrip, sien Jescheck *Lehrbuch des Strafrechts* (1988) 181-183; *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (1985) 1 aantekeninge 13-15 voor a 13; Snyman *Strafreg* (1986) 43-45; Badenhorst *supra* vn 1 226-233.
 - 4 Die begrip "toerekening" ("Imputation") kan teruggevoer word tot Pufendorf se "Imputationslehre", die doel waarvan was om die handeling as *menslike* handeling te beskou en

Von Liszt se misdadbegrip is gekenmerk deur 'n elementologiese sisteem wat gegrond is op 'n strenge verdeling van die vereistes vir aanspreeklikheid in drie redelik waterdigte kompartemente, te wete handeling, wederregtelikheid en skuld. Die voordeel van hierdie sisteem was geleë in sy eenvoudige klassifikatoriese karakter. Die uitgangspunt was die handeling, wat in 'n naturalistiese trant beskou is as 'n sinnelik waarneembare spier- of liggaamsbeweging. Eers nadat dit vasstaan dat daar 'n handeling is, is dit nodig om verder ondersoek in te stel na wederregtelikheid, en hierdie vereiste het (minstens in die eerste uitgawe van Von Liszt se werk) 'n blote formele karakter gehad in die sin dat dit beswaarlik iets meer beteken het as "die afwesigheid van regverdigingsgronde". Dit is opmerklik dat Von Liszt geen plek in sy sisteem ingeruim het vir die redelik voor-die-hand-liggende vereiste dat die handeling moet voldoen aan die verbods- of gebodsbeskrywing van die misdaad ("Tatbestandmässigkeit") nie.

In die klassieke misdadbegrip is skuld beskou as die "innerlike" of "geestelike" vereistes vir aanspreeklikheid. Toerekeningsvatbaarheid is nie beskou as 'n bestanddeel van skuld nie, maar as 'n voorvereiste vir skuld ("Schuld voraussetzung"). Opset en nalatigheid was die twee "skuld vorme" of "skuldsoorte". Noodtoestand is beskou as slegs 'n regverdigingsgrond. Die skuldbegrip soos uiteengesit in hierdie sisteem staan bekend as die "psigologiese skuldbegrip", want hiervolgens beskryf skuld slegs die psigologiese verhouding tussen die dader en sy handeling. Die voorstanders van hierdie teorie het die vereistes vir aanspreeklikheid op 'n taamlik simplistiese manier verdeel in die "objektiewe vereistes" (dit is die handeling en wederregtelikheid) en die "subjektiewe vereiste", te wete skuld. Die twee skuld vorme, opset en nalatigheid, is beskou as bloot 'n *beskrywing* van die dader se subjektiewe houding teenoor die daad, en om hierdie rede is die psigologiese skuldbegrip soms ook beskryf as die "deskriptiewe skuldbegrip":⁵ by die vasstelling van skuld spreek die regter nie 'n waardeoordeel (soos "kon die dader dit verhoed het?" of "kon 'n mens redelikerwys van hom verweg het om anders op te getree het?") uit nie, maar vervul hy slegs 'n meganiese funksie deur vas te stel of die dader die voorgeskrewe subjektiewe ingesteldheid tot die daad gehad het.

Laasgenoemde funksie van die regter weerspieël die naturalistiese aard van hierdie skuldbegrip, asook sy noue verband tot die positivistiese regsfilosofie.⁶

vervolg van vorige bladsy

dit van blote toeval te onderskei (sien Jeschek *supra* vn 3 180; Hruschka "Imputation" in Eser en Fletcher (reds) *Justification and excuse* (1987) 1 121). Von Jhering het in 1867 die begrip "objektiewe wederregtelikheid" vir doeleindes van die privaatreë ontwikkel in *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* en veral Binding (*Die Normen und ihre Übertretung* vol 1 (1872) vol 2 (1877) en vol 3 (1918)) het met sy "Normentheorie" die wederregtelikheidsbegrip ook vir doeleindes van die strafreg ontwikkel. Ofskoon die skuldvereiste reeds vroeër bekend was, het die belang van hierdie vereiste vir die strafreg sterk toegeneem na die publikasie van Von Jhering se vermelde werk in 1867.

5 Bv Fletcher *Rethinking criminal law* (1978) 396-401 492-496 ("the descriptive theory of mens rea").

6 Die invloed van die psigologiese skuldbegrip is veral sterk aanwesig in die skuldbegrip van Radbruch ("Über den Schuld begriff" 1904 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 333). Op 348 omskryf hy skuld as die "Gemutzzustand, der eine Handlung als für den Handelnden charakteristisch erscheinen lässt, und, wenn jene Handlung eine rechtswidrige, die aus ihr zu erschliessende Gesinnung eine antisoziale ist, als Schuld bezeichnet wird". Löffler *Die Schuldformen des Strafrechts* (1895) 5 het skuld beskryf as "den Inbegriff der strafrechtlich relevanten Beziehung der Innerlichkeit eines Menschen zu einem sozial schädlichen Erfolge seiner Handlungen".

II

Gedurende ongeveer die eerste drie dekades van hierdie eeu is die grondelemente van die klassieke misdaadbegrip in toenemende mate aan kritiek onderwerp, sodat dit vervang is deur wat latere skrywers die “neoklassieke” of “gemodifiseerde klassieke misdaadbegrip” sou noem.⁷ Onder invloed van die skool van die neokantisme, waaronder skrywers soos Stammler en Lask gereken kan word, is wegbeweeg van die naturalistiese en positivistiese denkwysse wat die klassieke misdaadbegrip gekenmerk het en is die normatiewe aard van die regs wetenskap beklemtoon: die reg het te doen met waardes, en daarom kan die juris se taak nie beperk word tot neutrale waarneming, beskrywing en indeling van feite nie.⁸ Die kousale of naturalistiese handelingsbegrip van die klassieke misdaadbegrip het plek gemaak vir ’n wyer handelingsbegrip, naamlik ’n menslike doen en late wat sosiaal relevant is en die mens se antwoord op die verbodinge of gebiedinge van die regsorde beliggaam. Die siening van die verbodsbeskrywing (“Tatbestand”) het ook ’n wesenlike verandering ondergaan deur die ontdekking van *subjektiewe* elemente binne die verbodsbeskrywing: by diefstal byvoorbeeld kan die toe-eieningsopset nie maar beskou word as deel van skuld nie, maar moet dit by die verbodsbeskrywing ingereken word. Dit bring ’n mens by die misdaadvereiste wat die sentrale plek in hierdie bespreking beklee, naamlik die skuldvereiste.

Die eerste wesenlike afwykings van die negentiende eeuse naturalisties-psiologiese skuldbegrip vind ’n mens by ’n aantal skrywers wat kort na die eeuwending ’n etiese element in die skuldbegrip wou inbou deur die kern van skuld te beskryf as “pligstrydigheid”. So het Liepmann⁹ die kern van die skuldoordeel beskryf as ’n eties gekleurde afkeurende waarde-oordeel. Mayer¹⁰ het beklemtoon dat “subjektiewe toerekening” (skuld) ten doel het om “die handeling op die dader se rekening te plaas” en dat ’n skuldige handeling gevolglik beskryf kan word as ’n pligstrydige wilsrealisering wat aanleiding gee tot ’n wederregtelike gevolg.¹¹ Dohna¹² het in 1905 die psigologiese skuldbegrip gekritiseer op grond daarvan dat dit die belang van die dader se motief buite rekening laat. Ook hy het skuld beskou as ’n pligstrydige wilsrealisering, en ’n wilsvorming is volgens hom pligstrydig as die motiewe waarop dit gegrond is, afkeurenswaardig is. Volgens hom bestaan skuld egter nie uitsluitend uit ’n normatiewe element (naamlik afkeurenswaardigheid) nie, maar berus dit op twee bene, te wete ’n psigologiese en ’n etiese of normatiewe. Voordat daar sprake van skuld kan wees,

7 Sien ivm die neo-klassieke misdaadbegrip Jescheck *supra* vn 3 181–183; *Leipziger Kommentar supra* vn 3 aantekeninge 16 en 17 voor a 13; Badenhorst *supra* vn 1 233–243; Snyman *supra* vn 3 45.

8 Welzel *Naturalismus und Wertphilosophie* (1935) 41–63; Larenz *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1969) 86 ev; Achenbach *supra* vn 2 51 57.

9 *Einleitung in das Strafrecht* (1900) 157.

10 *Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht* (1901) 24.

11 *Idem* 106. Ook Sturm “Seelenzustand und Schuld” 1909 *Gerichtssaal* 162 wat verklaar het dat skuld nie gekoppel is aan die aan- of afwesigheid van ’n bepaalde “psigologiese toestand” by die dader nie, maar “[w]ir sprechen von Schuld, insofern als wir den wirklich vorhandenen Vorgängen und Zuständen einen subjektiven Beurteilungs- oder Bewertungsmaßstab anlegen”.

12 “Die Elemente des Schuldbegriffs” 1905 *Gerichtssaal* 312.

moet daar altyd 'n pligstrydigheid wees (etiese been van die toets). Die psigologiese element kan varieer en bestaan uit òf opset òf nalatigheid.¹³ Die psigologiese komponent van skuld, wat 'n bloot beskrywende komponent is in die sin dat dit geen waarde-oordeel behels nie, omvat ook die toerekeningsvatbaarheidsvereiste. Die twee bene waarop skuld volgens Dohna berus, weerspieël duidelik die invloed van die neokantiese regsfilosofie, en meer bepaald die teenstelling tussen "Sein" (die beskrywende komponent) en "Sollen" (die normatiewe komponent). Anders as in die psigologiese skuldbegrip, is skuld volgens hierdie nuwe siening nie bloot 'n formele sambreelbegrip waaronder opset en nalatigheid (die twee "skuldforme") tuisgebring word nie, maar bly die verskil tussen opset en nalatigheid behoue binne 'n wyer begrip waarin die etiese of normatiewe element (te wete "pligstrydige wilsrealisering") die saambindende of oorkoepelende rol vervul.

Een van die belangrikste mylpale in die afbreek van die tradisionele psigologiese skuldbegrip ten gunste van 'n normatiewe skuldbegrip was die publikasie in 1907 van Frank se werk *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*.¹⁴ Frank het die belang van die begeleidende omstandighede as maatstaf vir die bepaling van skuld beklemtoon. Dit beteken dat noodtoestand in bepaalde gevalle kan dien as skuld in plaas van wederregtelikhedsuitsluitingsgrond, soos wanneer iemand gedwing word om 'n handeling te verrig wat hy weet wederregtelik is en dit uit die omstandighede wat die handeling begelei, duidelik is dat meeste mense sou geswig het voor die dreigement en ter beskerming van hulle eie belange die wederregtelike handeling sou verrig het.¹⁵ Verder het hy toerekeningsvatbaarheid nie slegs as 'n voorvereiste vir skuld beskou nie, maar as 'n komponent of element daarvan. Die ander twee elemente van skuld is volgens hom eerstens opset of nalatigheid, en tweedens "die normale aard van die omstandighede waaronder die dader die handeling verrig".¹⁶ Die saambindende kenmerk van hierdie drie skuldelemente het Frank beskryf as *verwytbaarheid* – 'n uitdrukking wat in die verdere ontwikkeling van die skuldbegrip 'n baie groot rol sou speel. In latere geskrifte het Frank sy siening van skuld effens gewisig deur in plaas van die "begeleidende omstandighede" te praat van "die normale motivering van die dader".¹⁷ Die begrip "verwyt" of "verwytbaarheid" wat 'n sentrale plek in die skuldbegrip begin verkry het, impliseer 'n vergelyking tussen die dader se opsetlike of nalatige handeling en een of ander maatstaf *buite* hom: skuld het sodoende sy suiwer subjektiewe karakter begin verloor.

Hegler¹⁸ het in 1915 die normatiewe karakter van die skuldbegrip verder op die voorgrond geplaas deur daarop te wys dat dit ondoenlik is om, soos in die klassieke misdaadbegrip gedoen is, die onreg (dit wil sê wederregtelike handeling) te beskou as die begrip wat al die objektiewe vereistes vir aanspreeklikheid

13 *Idem* 314. Sien ook dieselfde skrywer se artikel "Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen" 1908 *ZStW* 329 veral 346–348. In "Zum neusten Stande der Schuldlehre" 1911 *ZStW* 326 omskryf hy skuld as "jene psychische Disposition des Täters im Augenblick der Tat, welche seine Verantwortlichkeit vor dem Richterstuhl der Ethik begründet".

14 *Über den Aufbau des Schuldbegriffs. Sonderabdruck aus der Festschrift der Juristische Fakultät der Universität Giessen zur Dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana* (1907).

15 *Idem* 5–13.

16 *Idem* 11–12.

17 Frank *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich Kommentar* (1911) 109.

18 "Die Merkmale des Verbrechens" 1915 *ZStW* 19–44 184 232.

omvat en skuld as die versamelbak van al die subjektiewe vereistes. Subjektiewe elemente speel eweneens 'n rol by die vasstelling van onreg, soos duidelik uit 'n nadere ondersoek van diefstal blyk: die blote objektiewe verwydering van 'n saak of die versuim om 'n geleende saak terug te gee, is onvoldoende om 'n (wederregtelike) diefstalhandeling uit te maak; die vraag of daar 'n diefstalhandeling was, kan slegs beantwoord word deur gebruikmaking van 'n subjektiewe oorweging, naamlik die vraag of die dader opgetree het met 'n toe-eieningsopset. Hegler kan beskou word as die grondlegger van die beginsel dat die onreg ook subjektiewe elemente bevat ("die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen") – 'n beginsel wat veral in die twintigerjare sterk invloed uitgeoefen het op die Duitse strafregdogmatiek. In die plek van die vroeëre skerp indeling van die misdaderveistes in objektiewe en subjektiewe vereistes (onreg en skuld onderskeidelik), het 'n soepeler sisteem ontstaan waarin objektiewe en subjektiewe faktore in sowel die onreg- as die skuldelement 'n rol gespeel het.

Goldschmidt¹⁹ het in 1913 getrag om die normatiewe karakter van skuld te grond op die skending van 'n plig om 'n norm te gehoorsaam; hy het die sogenaamde "plignormteorie" ontwerp. Hiervolgens bestaan daar nie slegs regs-norme wat 'n mens se *uiterlike* gedrag reël nie, maar ook onuitgesproke norme wat 'n mens 'n plig oplê om sy *innerlike* lewe so te rig dat dit nie in botsing kom met die norme wat sy uiterlike gedrag reël nie. Die plignorme gebied met ander woorde 'n regte motivering vir 'n mens se handeling. Goldschmidt was van mening dat hierdie "plignormteorie" hom in staat gestel het om 'n normatiewe verwyte te konstrueer by sowel opsetlike as nalatige handeling.

Goldschmidt se plignormteorie het egter nie daarin geslaag om enige noemenswaardige aanhangers te kry nie, na alle waarskynlikheid weens die ietwat spekulatiewe aard van die teorie. 'n Aspek van Goldschmidt se denke wat egter wel in latere jare 'n merkbare invloed op skrywers oor die strafreg uitgeoefen het, is sy siening van skulduitsluitingsgronde: net soos regverdigingsgronde die wederregtelikheid van 'n handeling uitsluit op grond daarvan dat die dader 'n ander belang beskerm wat objektief van groter waarde as die aangetaste belang is, so ontbreek skuld in gevalle van skulduitsluitingsgronde weens die dader se "oorwegend gebillikte motief": weens die omringende omstandighede kan die dader se motief hom nie verwyte word nie.²⁰ Hierdie gedagtegang verklaar waarom noodtoestand in sekere gevalle kan dien as 'n skulduitsluitingsgrond in plaas van 'n regverdigingsgrond.

Die twintigerjare van hierdie eeu was, sover dit die skuldbegrip betref, die bloeitydperk van die neokantiese regsfilosofie en die daarmee samehangende normatiewe skuldbegrip. Die meeste skrywers het aanvaar dat skuld nie slegs verwys na kognitiewe, natuurwetenskaplik-vasstelbare verskynsels nie, maar dat mens by skuld te doen het met 'n waarde-oordeel in die vorm van 'n verwyte.

III

Goldschmidt se siening van skulduitsluitingsgronde en sy beklemtoning van die dader se "subjektief gebillikte motief" as grond vir die uitsluiting van skuld, het aanleiding gegee tot 'n nuwe leerstuk wat voortaan 'n belangrike rol sou

19 "Der Notstand, ein Schuldproblem" 1913 *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht* 129–196 veral 144–145 224–229. Sien die insiggewende stelling op 140–141: "Wer den Vorsatz werten will, muss das ihn wertende normative Element *neben* ihn stellen, nicht es in ihn hineinlegen, muss die Schuld nicht als 'Wollen des Nicht-Sein-Sollen', sondern als 'nicht-sein-sollendes Wollen' auffassen."

20 *Idem* 162.

speel in die beskrywing van die normatiewe skuldbegrip, naamlik die “Zumutbarkeitsdoktrin” of, soos dit dikwels gestel is, die vereiste van “Zumutbarkeit normgemässes Handelns”. Dit is moeilik om hierdie Duitse terminologie letterlik in Afrikaans te vertaal. Na my mening kan die begrip die beste in Afrikaans weergegee word as “die redelike verwagting van ’n handeling wat in ooreenstemming met die norm is”. Geriefshalwe sal in die bespreking wat volg na hierdie leerstuk verwy word as die “leerstuk van redelik verwagbare gedrag”. Die gedagte wat hierdie leerstuk ten grondslag lê, is dat die normstrydige handeling die dader slegs verwy kan word indien ’n mens redelikerwys van hom kon *verwag* het om in ooreenstemming met die norm op te tree. Freudenthal²¹ het hierdie gedagte soos volg geformuleer: as dit in ’n konkrete geval blyk dat, ten einde die verbode handeling te vermy, die dader se graad van weerstandskrag so hoog moes gewees het dat ’n mens dit normaalweg by niemand sou aantref nie, beteken dit dat die dader die pleeg van die misdaad nie *kon* vermy het nie en dat hy derhalwe nie daarvoor verwy kan word nie. Die begrip “redelike verwagting” het die skuldbegrip in ’n sekere mate objektief gekleur. Oor die vraag wat hierdie “redelike verwagting” presies behels, was daar egter ’n verskil van mening onder skrywers. Weens die belang van hierdie leerstuk vir die normatiewe skuldbegrip is dit nodig om die verskillende standpunte van skrywers hieroor van nader te ondersoek.

Daar was in hoofsaak twee verskillende vertolkings van die leerstuk, te wete ’n individualiserende en ’n generaliserende, ofskoon die generaliserende vertolking op sy beurt spoedig self ’n individualiserende komponent bygekry het sodat dit beskryf kon word as ’n gemengde vertolking, dit wil sê een wat sowel generaliserende as individualiserende eienskappe besit het.

Volgens die individualiserende vertolking moet ’n mens by die beantwoording van die vraag of van die dader ’n regmatige²² handeling verwag kan word, let op die konkrete omstandighede waarin die dader hom ten tyde van die handeling bevind het, asook die dader se eie persoonlike fisieke en geestelike vermoëns. Skrywers wat die individualiserende vertolking gevolg het, het Freudenthal,²³ Tranowski²⁴ en aanvanklik ook Goldschmidt²⁵ ingesluit, ofskoon die latere formulering van die begrip deur laasgenoemde skrywer ’n generaliserende vertolking weerspieël het. Die individualiserende vertolking van die leerstuk het egter weinig aanhangers gevind en is spoedig verdring deur die generaliserende vertolking: hiervolgens moet die vraag na wat redelikerwys van die dader verwag kan word, nie aan die hand van die individuele dader se vermoëns en omstandighede beantwoord word nie, maar deur te let op wat ’n mens van die “deursneemens” of “deursneeburger” sou kon verwag.²⁶ Die “gedrag wat redelikerwys

21 *Schuld und Vorwurf im geltende Strafrecht* (1922) 7.

22 Of, soos dit in die oorspronklike besprekings gestel is, “normgemässen” – dws “in ooreenstemming met die norm”.

23 *Schuld und Vorwurf im geltende Strafrecht supra* vn 21 7: “Wann es an Können fehlt, ist generell nicht zu sagen, es ist Frage tatsächlicher Feststellung im Einzelfall.”

24 *Die systematische Bedeutung der adequate Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriff* Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Bonn, Vierte Folge, Erster Band, Zweites Heft (1927) 314.

25 “Gegenentwurf zu den Abschnitten ‘Die Straftat’ und ‘Täter und Teilnehmer’ des Strafgesetzentwurfs von 1919” 1922 *Juristische Wochenschrift* 252.

26 Goldschmidt “Normativer Schuldbegriff” in *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard Frank* (1930) I 428 453: “Natürlich sind als rechtlich überwiegend nur solche Motive anzuerkennen, die unter den gegebenen Umständen das Pflichtmotiv bei einem Durchschnittsmenschen überwunden hätten.” Sien ook die mening van Schmidt wat later in die teks bespreek word.

van iemand ver wag kan word” en die “gedrag wat van die deursneemens ver wag word” is een en dieselfde begrip: die redelikeidsbegrip druk maar net die objektiewe of generaliserende maatstaf vervat in die uitdrukking “die gedrag van die deursneemens” uit. Dit wil egter voorkom of die toets nooit heeltemal generaliserend-objektief geword het nie omdat daar, wat een aspek van die toets betref, wel ’n subjektiewe maatstaf aangewend is: daar is naamlik beklemtoon dat die *konkrete* (dit wil sê individuele) omstandighede waarin die dader hom bevind het, in ag geneem moet word. Dit sou dus meer korrek wees om te sê dat die aanvanklike individualiserende toets verdring is deur ’n gemengde toets, dit wil sê een wat bestaan het uit sowel individualiserende as generaliserende maatstawwe.

So ’n gemengde toets word aangetref in die bespreking van skuld deur Eberhard Schmidt in 1925. Schmidt se uiteensetting van die skuldbegrip is van belang omdat dit beskou kan word as die byna klassieke beskrywing van die normatiewe skuldbegrip.²⁷ Schmidt het sy bespreking van skuld begin met ’n belangrike regsteoretiese ontleding van die funksie van regsnorme. Volgens hom het regsreëls of regsnorme twee funksies: hulle fungeer eerstens as “Bewertungsnormen”, dit wil sê norme wat gedrag beoordeel of na waarde skat, en tweedens as “Bestimmungsnormen”, dit wil sê norme wat ten doel het om die regsonderdaan te motiveer tot ’n nakoming van die plig wat in die norm beliggaam is.²⁸ Na my mening kan die eerste funksie beskryf word as ’n diagnostiese en derhalwe terugskouende funksie van die regsnorm, terwyl die tweede beskryf kan word as ’n prognostiese en derhalwe vooruitskouende funksie van die regsnorm. Schmidt se indeling van die norme in “Bewertungs-” en “Bestimmungsnormen” herinner sterk aan Goldschmidt se “Pflichtnormentheorie” waarna hierbo verwys is. Hierdie regsteoretiese insig van Schmidt het ’n regstreekse invloed op sy siening van skuld gehad: volgens hom is skuld aanwesig as ’n mens kon ver wag het dat die regsnorm die dader sou motiveer om regmatig op te tree, maar die norm in werklikheid nie hierdie uitwerking op die dader se gemoedslewe (“Vorstellungsbereiche und Motivationsprozess”) gehad het nie.²⁹

Die onderliggende grondslag vir skuld noem Schmidt “Erwartungsenttäuschung” – ’n verwagting waaraan nie voldoen is nie. Die werklike verloop van sake het afgewyk van die “motiveringsproses” wat die regsnorm moes gehad het. Die normatiewe element van skuld is volgens Schmidt dus geleë in die oorweging dat ’n mens redelikerwys van die dader kon ver wag het om sy gedrag so te motiveer dat dit ooreenstem met die regsnorme (“Zumutbarkeit normgemässer Motivation”). Omgekeerd ontbreek skuld indien ’n mens nie kon ver wag het dat die voorsiening van die skadelike gevolg die dader sou beweeg het om af te sien van sy wederregtelike handeling nie; of anders gestel, wanneer ’n mens nie kon ver wag het dat die voorsiening van die skadelike gevolg ’n deurslaggewende teenmotief sou gevorm het wat die dader tot ’n regmatige handeling sou beweeg het nie.³⁰ Wat betref die vraag wat presies van die dader ver wag kan

27 Achenbach *supra* vn 2 154.

28 Von Liszt-Schmidt *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1927) 209–212.

29 *Ibid.* Op 215 gee Schmidt die volgende omskrywing van skuld – ’n omskrywing wat later aanleiding sou gee tot vele besprekings in die regsliteratuur: “Schuld ist Verwerfbarkeit einer rechtswidrigen Handlung im Hinblick auf die Fehlerhaftigkeit des sie verursachende psychischen Vorganges.” Met “psychischen Vorganges” het hy onder meer toerekeningsvatbaarheid bedoel.

30 *Idem* 266.

word, moet die regter volgens Schmidt 'n gemengde toets volg wat sowel individualiserende as generaliserende komponente bevat. Die regter moet homself naamlik afvra of in die betrokke individuele omstandighede en in die lig van algemene ervaring van die deursneestaatsburger verwag kon word om anders op te getree het. Die verwysing na die "deursneestaatsburger" word deur Schmidt egter gekwalifiseer: volgens hom moet die "psigo-fisiese" eienskappe van die dader nie uit die oog verloor word nie³¹ wat beteken dat die toets nog nie ten volle veralgemeen is nie, maar eerder beperk is tot 'n bepaalde groep waartoe die dader behoort.³²

In die klassieke misdaadbegrip met sy psigologiese skuldbegrip het die begrip "skuld" 'n bloot formele funksie gehad, naamlik om te dien as sambreebegrip wat twee oënskynlik uiteenlopende ander begrippe, te wete opset en nalatigheid (die "Schuldarten") moes huisves. Schmidt was van mening dat sy skuldkonstruksie hom in staat gestel het om 'n materiële gemeenskaplike kenmerk by sowel opset as nalatigheid te konstrueer, te wete 'n nie-voldoening aan die redelike verwagting dat die dader ooreenkomstig die regsnorm sou optree. By nalatigheid is dit redelik vanselfsprekend dat die dader nie aan hierdie verwagting voldoen het nie. Schmidt was van mening dat hierdie konstruksie (nie-voldoening aan 'n redelike verwagting) ook in gevalle van opsetlik verrigte handeling toegepas kan word.³³ Die eenheid van die skuldbegrip voltrek hom dus binne die normatiewe element van skuld.

IV

Die leerstuk van redelik verwagbare gedrag is egter van meet af ook aan kritiek onderwerp. Die kritiek wat teen die leerstuk ingebring is, is van belang eerstens vir 'n beter perspektief oor die leerstuk, en tweedens omdat sekere aspekte van die kritiek uiteindelik geseëvier het en meegebring het dat die toepassingsgebied van die leerstuk ingekort is.

Liepmann³⁴ het sy besorgdheid uitgespreek oor die regspolitiese gevolge van die leerstuk: volgens hom lei die begrip daartoe dat die belange van die individu op 'n ongeoorloofde wyse voorrang kry bo dié van die regsorde. Grossmann³⁵ het betoog dat die begrip daartoe lei dat die dader se motiewe of beweeggronde voorrang verkry bo die reëls in verband met skuld wat in die strafwetboek neergelê is en dat die toepassing van die begrip lei tot 'n verswakking van hierdie reëls se regsrag. Verder het hy die begrip gekritiseer as te elasties, subjektief en vroulik(!), en voorts beweer dat dit neerkom op verwerping van tradisie en ongeskik is om die strafreg se "pedagogiese doelstelling" – naamlik om die mens te ondersteun in sy stryd teen versoeking – te handhaaf. Volgens hom kan die strafreg net in hierdie doel slaag as dit 'n "starre, objektiewe, manlike reg" is

31 *Idem* 267.

32 Die formulering van skuld deur Kohlrausch "Der Allgemeine Teil des Entwurfs 1925" in Aschrott en Kohlrausch *Reform des Strafrechts* (1926) 3 en Marcetius *Der Gedanken der Zumutbarkeit* Strafrechtlichen Abhandlungen Heft 243 (1928) 41 het in breë trekke ooreengestem met dié van Schmidt. Marcetius (42) het dit benadruk dat slegs gebillikte motiewe skuld kan uitsluit, en dat motiewe gebillik is as die deursneemens nie in staat is om weerstand te bied teen versoeking om die norm te oortree nie.

33 Von Liszt-Schmidt *supra* vn 28 264.

34 "Zu Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht" 1922 *ZStW* 712.

35 *Die Grenze von Vorstaz und Fahrlässigkeit* Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft Heft 6 (1924) 6–11.

wat haas geen uitsonderings duld nie. Opmerklik is die emosionele trant van sommige punte van die kritiek, en die bysleep van buite-juridiese argumente. Dit is egter tipies van die ideologiese swaai na regs wat in Duitsland in die twintigerjare begin het, al meer momentum gekry het en uiteindelik gekulmineer het in die oorname van die staat deur die Nasionaal-Sosialisme. Een van Grossmann se punte van kritiek teen die “Zumutbarkeitsdoktrin” was juis dat dit ingestel is op die handhawing van menseregte!³⁶

Schumacher³⁷ het eweneens die begrip gekritiseer op grond daarvan dat die klem wat dit plaas op die dader se motiewe daartoe lei dat die individu se belange as belangriker as dié van die groep of gemeenskap beskou word. Dit lei volgens hom tot regspraak wat slegs met die dader se gesindheid behep is (“Gesinnungsrichterei”) asook tot “kapitulاسie voor die oortuigingsdader” – die oortuigingsdader synde ’n dader wat weet dat sy voorgenome handeling wederegterlik is, maar nogtans besluit om met sy handeling voort te gaan omdat dit volgens sy eie persoonlike (meestal polities-ideologiese) opvatting nie verbode is nie en hy sy eie opvatting omtrent wat geoorloof is belangriker ag as die werklike regsvoorskrifte.

Sowel Schaffstein³⁸ as Maurauch³⁹ het aangevoer dat die leerstuk van redelik verwagbare gedrag die strafteorie bekend as individuele afskrikking bevoordeel, terwyl dit onversoenbaar is met die algemene afskrikkingsteorie in verband met straf; volgens hierdie skrywers is dit juis laasgenoemde strafteorie wat voorrang behoort te geniet. Schaffstein het die vraag gevra of die algemene afskrikkingsteorie nie impliseer dat ’n dader gestraf moet word juis in gevalle waarin die deursneeburger nie deur die regsnorm gemotiveer word tot regmatige optrede nie. Volgens hom lei die onderhawige leerstuk tot ’n fatale relativering en ontwyking van die werklike regsnorm; dit beïnvloed volgens hom selfs dit wat ’n mens beskou as die deursneeburger se verwagte gedrag – wat op sy beurt juis die maatstaf is van die leerstuk van redelik verwagbare gedrag. So ontstaan ’n bose kringloop wat die kiem bevat van die uiteindelige verdwyning van die strafreg. Die hele begrip is vir Schaffstein⁴⁰ ’n produk van die liberalisme en sosialisme asook van die “individualistiese tydsges”. Maurauch⁴¹ was eweneens bekommerd dat die reëls van die strafwetboek vervang sal word deur die maatstaf van die verwagte optrede van die deursneemens. Volgens hom behoort die deursneemens se gedrag vasgestel te word juis aan die hand van die norm neergelê in die Strafwetboek. Die kritici van die “Zumutbarkeitsdoktrin” het in die dertigerjare uiteindelik die oorhand in Duitsland gekry, nie juis op grond van die juridiese oortuigingskrag van hulle argumente nie maar veral weens die opkoms van die nasionaal-sosialistiese staatsideologie. ’n Skuldbegrip wat gekoppel is aan dit wat redelikerwys van ’n individu verwag kan word, weerspieël

36 *Idem* 8–9.

37 *Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Eine Auseinandersetzung mit modernen Schuldgedanken* Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft Heft 10 (1927) 50–59–60.

38 *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner in übergesetzlicher Schuldauusschliessungsgrund* Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen Heft 15 (1933) 51–61.

39 *Kritiek der Notstandslehre* (1935) 153–154.

40 *Supra* vn 38 42–44 62–69.

41 *Supra* vn 39 151–153.

'n erkenning van, en verskoning vir, menslike swakheid; so 'n menslike skuld-begrip was onversoenbaar met die idee van 'n staatsmag wat 'n totale beskik-kingsbevoegdheid oor die individu uitgeoefen het.

V

Die debat rondom die normatiewe skuldbegrip en die leerstuk van redelik ver-wagbare gedrag het sy hoogtepunt in Duitsland bereik in die twintiger- en vroeë dertigerjare. Dit is ook die rede waarom 'n groot deel van die bespreking hierbo gewy is aan 'n uiteensetting van menings oor hierdie onderwerpe gedurende hierdie tydperk. Die leerstuk tans onder bespreking het eers ná die ineenstorting van die nasionaal-sosialistiese diktatuur weer herleef. Dit het egter geskied binne die raamwerk van 'n heeltemal nuwe misdadbegrip wat gewoonlik as die "fi-nalistiese misdadbegrip" beskryf word en wat in die plek getree het van die neoklassieke misdadbegrip van die twintiger- en dertigerjare. Reeds in die loop van die dertigerjare het skrywers soos von Weber,⁴² Dohna⁴³ en Welzel⁴⁴ begin om 'n nuwe misdad- en skuldbegrip te ontwikkel, gegrond op die fenome-nologiese filosofie van veral Husserl en die jongste ontwikkelinge op die gebied van die psigologie. In 1940 het die eerste uitgawe van Welzel se werk oor die algemene beginsels van die strafreg verskyn⁴⁵ wat, tesame met sy latere publi-kasies,⁴⁶ veral as gevolg van sy radikale nuwe handelingsbegrip die strafregdog-matiek ingrypend verander het. Dit is nie moontlik om Welzel se siening van die handeling en die uitwerking van hierdie siening op die ander elemente van die misdad hier in enige besonderhede te bespreek nie. Daar word volstaan met enkele opmerkings oor Welzel se sisteem⁴⁷ met die klem nie in die eerste plek op sy handelingsbegrip nie, maar op sy skuldbegrip.

Die uitgangspunt van die finalistiese sisteem is die finalistiese handelingsbegrip wat radikaal verskil van die vroeëre oorwegend naturalisties-kousale hande-lingsbegrip. Welzel het beklemtoon dat onder "handeling" verstaan moet word 'n *menslike* handeling, en dat 'n menslike handeling verskil van 'n natuurge-beurtenis soos 'n weerligstraal deurdat 'n mens vooraf vir hom 'n doel of 'n mikpunt stel en dan die verloop van gebeure so "stuur" dat dit uitloop op die bereiking van sy doelwit. Die doel waarop die handeling gerig is, is die "ruggraat" van die handeling. Hierdie doelgerigtheid wat 'n handeling karakteriseer, word deur Welzel gelykgestel aan opset; sodoende is opset uit die skuldbegrip verskuif en het dit deel van die verbodsbeskrywing geword. Omdat die verbodsbeskry-wing op sy beurt weer deel vorm van onreg ('n doen of late wat voldoen aan

42 *Zum Aufbau des Strafrechtssystems* (1935) 9–19.

43 *Der Aufbau der Verbrechenlehre* Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 36 (1936) 2 19.

44 "Kausalität und Handlung" 1931 *ZStW* 703; "Naturalismus und Wertphilosophie im Straf-recht" 1935 *ZStW* 491.

45 *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seiner Grundzügen* (1940).

46 Bv "Persönlichkeit und Schuld" 1941 *ZStW* 428; *Das deutsche Strafrecht in seinen Grund-zügen* (1947); *Um die finale handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihrer Kritikern* 146 (1949); *Das neue Bild des Strafrechtssystems* Göttinger rechtswissenschaftliche Studien Heft 1 (1951).

47 Sien die bespreking van Welzel se finalistiese handelings- en misdadbegrip in Jescheck *supra* vn 3 188–192 198–199; Jakobs *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (1983) 108–113; Mau-rauch-Zipf *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (1987) 1 195–199; Schönke-Schröder *Strafgesetz-buch Kommentar* (1988) 122–124; *Leipziger Kommentar supra* vn 3 aantekeninge 18–21 voor a 3; Snyman *supra* vn 3 45–47.

die verbodsbeskrywing en wat ook wederegterlik is) het opset ook 'n komponent van die onreggedeelte van die misdaadbegrip geword. Die opset waarvan hier gepraat word, is “kleurlose opset”, oftewel wilsgerigtheid; dit word geskei van wederegterlikheidsbewussyn wat 'n onmisbare element van skuld bly. Die verskuiving van wilsgerigtheid na die onreggedeelte van die misdaad, tesame met die steeds groeiende erkenning van subjektiewe elemente binne die verbodsbeskrywing, het tot die sogenaamde “persoonlike onregsbegrip” gelei. Hierdie uitdrukking beklemtoon die belangrike waarheid dat daar weggebreek is van die tradisionele benadering tot skuld in die klassieke misdaadbegrip waarvolgens al die subjektiewe (of “persoonlike”) vereistes vir aanspreeklikheid eenvoudig onder skuld gereken is. Ofskoon Welzel se finalistiese handelingsbegrip in sy oorspronklike vorm nie algemeen nagevolg is nie,⁴⁸ het sy siening van die misdaadelemente tog 'n verreikende, selfs epogmakende uitwerking gehad⁴⁹ deurdat die ou tradisionele verdeling van die vereistes vir aanspreeklikheid in “objektiewe” onreg (wederregterlike handeling) en “subjektiewe” skuld in duie gestort het en vervang is deur 'n misdaadbegrip wat gekenmerk is deur subjektiewe en objektiewe komponente in sowel die onreg- as skuldbegrip.

Ofskoon die presiese uiteensetting van die skuldvereiste nie by elke Duitse skrywer wat na 1945 geskryf het, in alle opsigte ooreenstem nie, is daar tog algemene eenstemmigheid dat skuld 'n normatiewe karakter het. Ruimte ontbreek om die uiteensetting van skuld deur die belangrikste na-oorlogse Duitse skrywers hier een vir een te ontleed. Daar word volstaan met 'n opsomming van die algemene siening van die inhoud van die skuldvereiste en die verhouding daarvan tot die ander vereistes of elemente van aanspreeklikheid vandag in Duitsland.

Ofskoon daar aksentverskille tussen skrywers is, wil dit voorkom of die meeste skrywers in breë trekke 'n skuldbegrip volg wat soos volg daar uitsien:⁵⁰ Eerstens word die toerekeningsvatbaarheidsvereiste beskou as deel van die skuldvereiste. Die dader kan immers slegs vir sy wederregterlike handeling verwyt word as hy oor die geestesvermoëns beskik het om tussen reg en verkeerd te onderskei en om sy handeling ooreenkomstig hierdie insig te rig. Tweedens vorm wederregterlikheidsbewussyn, wat kennis van sowel die verbodsbeskrywing as van die afwesigheid van regverdigingsgronde insluit, deel van skuld en wel by misdade wat opsetlik gepleegde handeling bestraf. (Die konstruksie by nalatigheidsmisdade is ietwat anders.) Derdens vorm die besluit van die dader om die handeling te verrig (handelingswil of kleurlose opset) deel van skuld – in elk geval by opsetmisdade. Dit is 'n kenmerk van die moderne skuldbegrip dat opset 'n dubbele rol speel in die misdaadkonstruksie deurdat dit deel vorm van sowel

48 Van die punte van kritiek wat teen die handelingsbegrip ingebring is, is dat dit vir nóg die bestrawwing van nalatigheid nóg dié van 'n late, 'n verklaring bied. Vir 'n bespreking van hierdie punte van kritiek, sien Snyman “The ‘finalistic’ theory of an act in criminal law” 1979 *SASK* 138–140.

49 Jescheck *supra* vn 3 189: “Mann kann die epochemachende Bedeutung der Verbrechenslehre *Welzels* voll anerkennen ohne das neue System ausschliesslich von dem finalen Handlungsbegriff her anzubauen”; Fletcher *supra* vn 5 437: “Welzel’s theory could be restated, perhaps with profit, not as a theory of acting, but as a theory about the relationship of acting and intending. The proposition that an act cannot be understood apart from its purpose implies that an act should not be separated from the actor’s intention.”

50 Schönke-Schröder *supra* vn 47 153–161, veral 159; Jescheck *supra* vn 3 386–387; *Leipziger Kommentar supra* vn 3 aantekeninge 72–77 voor a 13; Jakobs *supra* vn 47 407–410.

onreg (en meer bepaald die verbodsbeskrywing) as van skuld. Dit is sowel 'n gedragings- as 'n skuldvorm. As gedragingsvorm is dit deel van die onregsinhoud; dit dui op die regtens-relevante motivering vir die handeling. As deel van die skuldinhoud is dit die draer van die afkeurenswaardige regsgeïndheid.⁵¹ Ten slotte word vir skuld die afwesigheid van verontskuldigingsgronde ("das Fehlen von Entschuldigungsgründen") vereis. Bekyk 'n mens die sogenaamde "verontskuldigingsgronde" in die Duitse reg van nader, word dit spoedig duidelik dat die uitdrukking "afwesigheid van verontskuldigingsgronde" maar net 'n ander (en meer bepaald negatiewe) manier is waarop uitdrukking gegee word aan die gedagte dat die dader slegs vir sy wederegtelike gedrag verwyte kan word indien 'n mens in die omstandighede redelikerwys van hom kon *verwag* het om regmatig op te tree ("Zumutbarkeit"). In hierdie verband is dit nodig om kortliks te let op die na-oorlogse skrywers se menings omtrent die leerstuk van redelik verwagbare gedrag.

VI

Na 1945 het die leerstuk van redelik verwagbare gedrag herleef en speel dit vandag nog 'n rol in die skuldbegrip wat algemeen in Duitsland aanvaar is. Oor die algemeen is die na-oorlogse skrywers egter ongeneë om die leerstuk so ver te voer dat "Unzumutbarkeit" (die oorweging dat 'n regmatige handeling in die omstandighede nie redelikerwys van die dader verwag kon word nie) verhef word tot 'n algemene verweer wat skuld uitsluit. Die algemene gevoel onder die meeste skrywers is dat die leerstuk te vaag en algemeen is om as 'n algemene verweer in die regspraktyk te dien. Daar is 'n vrees dat aanvaarding van die leerstuk as 'n algemene verweer, buite die voorskrifte van die strafwetboek, sal lei tot regonsekerheid en dat dit die algemeen afskrikkende doel van strafoplegging aan bande sal lê.⁵² Die bedenkinge wat skrywers soos Grossmann, Schaffstein en Maurauch⁵³ reeds voor die oorlog teen die praktiese toepasbaarheid van die begrip gehad het, word dus gedeel deur baie na-oorlogse skrywers. Die besware geld egter slegs ten opsigte van opsetmisdade; by nalatigheidsmisdade is daar geen wesenlike beswaar teen die aanvaarding van die leerstuk nie. Die skrywers is egter nie eensgesind in hulle verwerping van die leerstuk as 'n algemene skulduitsluitingsgrond nie. Sekere skrywers is wel bereid om die leerstuk as 'n algemene skulduitsluitingsgrond te erken,⁵⁴ dikwels na analogie van

51 Badenhorst *supra* vn 1 409-410.

52 Jescheck *supra* vn 3 454-455: "[S]etze sich aus in der Wissenschaft die Erkenntnis durch, dass das Strafrecht im Schuldreich Masstäbe braucht, die zwar auf die Bewertung der Willensbildung zugeschnitten, aber doch formalisiert und gesetzlich festgelegt sein müssen . . . Ausserdem stellen die Entschuldigungsgründe nach der klaren Systematik des Gesetzes Ausnahmenvorschriften dar, die einer ausdehrenden Anwendung nicht fähig sind." Maurauch-Zipf *supra* vn 47 435-436: "Daher ist die Frage, wann Schuld (Tatverantwortung) vorliegt und wann nicht, allein aus dem Strafrecht und zwar aus dem StGB zu beantworten. Was zumutbar ist, sagen die positiven Rechtssätze . . ." Sien ook Schönke-Schröder *supra* vn 47 461; Stratenwerth *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil* (1982) 264-265; Kohlrausch-Lange *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen* (1961) 194.

53 Sien die bespreking van hierdie skrywers se menings *supra* in teks.

54 Wittig "Der übergesetzliche Schuldausschlussgrund der Unzumutbarkeit in Verfassungsrechtlicher Sicht" 1969 *Juristenzeitung* 546; Lücke "Der allgemeine Schuldausschlussgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem" 1975 *Juristische Rundschau* 55; Schmidhäuser *Strafrecht Allgemeiner Teil* (1975) 476: "In Analogie zu den gesetzlichen Entschuldigungsgründen ist eine übergesetzliche Entschuldigung anzuerkennen." Bauman-Weber *Strafrecht Allgemeiner Teil* (1985) 455 wat van mening is dat "der Schuldausschlussgrund der Unzumutbarkeit anderen Verhaltens [muss] auch dort eingreifen, wo für den Täter eine Zwangssituation ähnlicher Stärke besteht, wie sie in paragraph 36 StGB als schuldausschliessend anerkannt wird".

artikel 35 van die Duitse Strafwetboek wat noodtoestand in bepaalde gevalle as 'n skulduitsluitingsgrond beskou. Hierdie groep skrywers skyn egter in die minderheid te wees.

Dit sou egter verkeerd wees om uit die voorafgaande af te lei dat die leerstuk van redelik verwagbare gedrag in die moderne Duitse strafregwetenskap verwerp word. Dit leef voort in die besondere skulduitsluitingsgronde wat in die Duitse positiewe reg erken word, soos skulduitsluitende noodtoestand,⁵⁵ die oorskryding van noodweer,⁵⁶ sekere gevalle van handeling op bevel⁵⁷ en die reëls met betrekking tot wat van iemand verwag word in 'n situasie waarin hy moet kies tussen twee botsende pligte ("Pflichtenkollision"). Die skrywers wil met ander woorde die idee beliggaam in die leerstuk net praktiese geldingskrag gee vir sover dit gekonkretiseer is in reëls van die positiewe reg. Hierdie benadering hang saam met die feit dat die strafreg in Duitsland gekodifiseer is; dit hang eweneens saam met die vraagstuk wat in alle gekodifiseerde regstelsels na vore tree, naamlik in hoeverre dit 'n hof vrystaan om verwerpe te erken wat nie uitdruklik in die strafwetboek neergelê is nie. Hierdie vraagstuk duik nie op in 'n ongekodifiseerde regstelsel soos die Suid-Afrikaanse nie en juis hierdie ooring bring mee dat dit wat Duitse skrywers sien as 'n struikelblok op die weg van volle aanvaarding van die leerstuk in die praktyk, nie noodwendig ook in Suid-Afrika as sodanig beskou behoort te word nie.

Ofskoon die leerstuk van redelik verwagbare gedrag nie verhef is tot 'n algemene skulduitsluitingsgrond nie, word die gedagte wat daarin beliggaam is nogtans erken as 'n beginsel wat as beleid nagestreef behoort te word in regshervorming. Henkel⁵⁸ beskou die leerstuk as 'n "regulatives Rechtsprinzip". Hy verklaar dat die skulduitsluitingsgronde wat in die Strafwetboek erken word, almal uit hierdie leerstuk afgelei is. Die ervaring het geleer dat sekere soorte feitesituasies wat 'n toepassing van die leerstuk verg, gereeld voorkom en daarom het die wetgewer uitdruklik sekere verwerpe geskep om hierdie situasies te reël. Hierdie uitdruklike verwerpe is "Typenbildern" van die beginsel in die leerstuk vervat. Dit is egter onmoontlik vir die wetgewer, 'n hof of selfs 'n juris om vooraf al die uiteenlopende situasies wat 'n toepassing van die leerstuk verg, te voorsien en reëls daarvoor op te stel. Wanneer nuwe situasies ontstaan wat 'n toepassing van die beginsel verg, behoort die beginsel wel toegepas te word. Dit is egter volgens hom onprakties om 'n algemene bepaling in 'n strafwetboek te plaas wat lui dat gedrag wat nie redelikerwys van iemand verwag kan word nie, nie bestraf moet word nie.⁵⁹ Die leerstuk kan volgens hom verder 'n nuttige rol speel as 'n hulpmiddel in die uitleg van strafbepalings in 'n wet.⁶⁰

Die feit dat die leerstuk van redelik verwagbare gedrag se praktiese toepassing in 'n sekere mate in die hedendaagse Duitse strafregwetenskap beperk is, doen

55 A 35 van die Wes-Duitse Strafwetboek.

56 A 33 van die Wes-Duitse Strafwetboek.

57 Maurauch-Zipf *supra* vn 47 436: "[A]uch das vielzitierte, unzweifelhaft ausserhalb des StGB stehende Befehlsnotrecht ist . . . nur innerhalb der Grenzen des paragraph 35 anzuerkennen, in Wirklichkeit also auch ein Fall der im StGB vorgenommenen Vertypung der Unzumutbarkeit" (my kursivering).

58 "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip" in *Festschrift für E Mezger* (1954) 249 296.

59 *Idem* 304.

60 *Idem* 302.

geen afbreuk aan die algemene normatiewe aard van die skuldbegrip in hierdie sisteem nie. Eerstens speel die leerstuk, soos hierbo aangetoon is, onregstreeks nog steeds 'n rol in die beskrywing van skuld as normatief. Tweedens berus die normatiewe aard van skuld nie uitsluitlik op die leerstuk van redelik verwagbare gedrag nie. Dit berus eweneens op die dubbele rol wat opset of die handelingswil in die samestelling van strafregtelike aanspreeklikheid speel, naamlik as 'n bestanddeel van sowel onreg as skuld. Dit op sigself bring mee dat die aksent in die skuldbegrip verskuif vanaf "skuld as sinoniem vir opset of nalatigheid" tot "skuld as sinoniem vir verwytybaarheid".

VII

Om hierdie bespreking af te sluit, word die aandag kortliks gevestig op enkele aspekte van die hierbo bespreekte onderwerp wat veral vir doeleindes van die huidige Suid-Afrikaanse regsposisie van belang kan wees.

Kritici van die normatiewe skuldbegrip in Suid-Afrika behoort daarvan kennis te neem dat dit verkeerd sou wees om die psigologiese skuldbegrip te beskou as die "normale" of "oorspronklike" skuldbegrip en die normatiewe skuldbegrip as 'n vreemde, "abnormale" of "afwykende" skuldbegrip. Die teenoorgestelde is die geval: soos hierbo aangetoon is, het skuld reeds in die Duitse gemenereg 'n normatiewe karkater gehad en is dit die psigologiese skuldbegrip, wat in die laaste twee dekades van die vorige eeu in Duitsland deur skrywers soos Von Lizst verkondig is, wat as "afwykend" beskryf kan word. Die suiwer psigologiese skuldbegrip is maar vir 'n betreklik kort tyd in Duitsland aangehang voordat dit vanaf omstreeks die begin van die eerste dekade van hierdie eeu geleidelik deur die normatiewe skuldbegrip verdring is. Die tydperk waarin die psigologiese skuldbegrip in Duitsland geldingskrag gehad het, kan beskryf word as 'n blote tussenspel tussen die vroeëre en die twintigste eeuse Duitse reg - tydperke wat albei gekenmerk is deur 'n normatiewe siening van skuld.

Een van die redes waarom die psigologiese skuldbegrip so 'n groot aanhang in Suid-Afrika het, is onteenseglik die sterk invloed van De Wet en Swanepoel se werk oor die strafreg, die eerste uitgawe waarvan in 1949 verskyn het. In al die uitgawes van hierdie werk is 'n skuldbegrip uiteengesit wat psigologies van aard is.⁶¹ Die skrywers van hierdie werk het onder andere ook op Duitse skrywers staatgemaak, maar hierdie skrywers, of stellings van hierdie skrywers waarop gesteun is, weerspieël slegs die psigologiese tussenspel waarna hierbo verwys is. Toe professor De Wet in latere uitgawes van sy boek na latere Duitse skrywers verwys het wat wel die normatiewe skuldbegrip aanhang, het dit hom nie beweeg om van sy oorspronklike psigologiese siening van skuld af te wyk of dit aan te pas nie. Die skuldbegrip wat selfs in die latere uitgawes van De Wet en Swanepoel verkondig word, weerspieël nie die skuldbegrip wat in Duitsland algemeen aanvaar word nie. Sodoende het dit wat 'n eeu gelede 'n blote tussenspel in die Duitse strafreg was, in Suid-Afrika die status van 'n haas onveranderbare dogma gekry.

Daarom die normatiewe skuldbegrip, asook die leerstuk van redelik verwagbare gedrag, vir ons in Suid-Afrika geensins so vreemd en uitheems behoort te wees

61 Sien bv die 4e (en jongste) uitgawe van *Strafreg* (1985) 103-163. 'n Verdere rede waarom die psigologiese skuldbegrip in Suid-Afrika aangehang word, is die invloed van die Engelse reg waarin *mens rea* gelykgestel word aan "a state of mind".

as wat soms beweer word nie,⁶² blyk uit die steun wat daar vir die leerstuk te vinde is in twee belangrike beslissings van die appèlafdeling, te wete *S v Goliath*⁶³ en *S v Bailey*.⁶⁴ Dit is verbasend om 'n baie akkurate beskrywing van die leerstuk van redelik verwagbare gedrag te vind in die uitspraak van appèlregter Rumpff in *S v Goliath*, ofskoon die regter die beginsel wat hy geformuleer het nie beskryf het as 'n leerstuk met 'n bepaalde naam nie. In hierdie saak moes die appèlafdeling die vraag beantwoord of iemand wat 'n ander in noodtoestand dood, 'n geldige verweer het. Die hof het hierdie vraag bevestigend beantwoord; in die loop van sy meerderheidsuitspraak het regter Rumpff verklaar dat die reg nie hoër eise aan 'n beskuldigde kan stel as wat redelik is nie, en dat "redelik" in hierdie verband beteken "dit wat van die gewone deursnee-mens in die besondere omstandighede verwag kan word".⁶⁵ Hy het voorts verklaar dat 'n gewone mens sy eie lewe belangriker ag as dié van 'n ander en dat "[a]lleen hy wat met 'n kwaliteit van heroïsme bedeel is, . . . doelbewus sy lewe vir 'n ander [sal] opoffer".⁶⁶ Appèlregter Rumpff wou nie beslis of volgens die betrokke feite van die saak die noodtoestand wederregtelikheid of skuld uitgesluit het nie. Na my mening kom sy benadering daarop neer dat die noodtoestand die dader se skuld uitgesluit het, en met "skuld" word hier bedoel normatiewe skuld (verwyf) en nie psigologiese skuld (blote opset) nie.⁶⁷ Appèlregter Wessels het in sy aparte uitspraak in elk geval heel tereg die noodtoestand as 'n skulduitsluitingsgrond gesien.⁶⁸

In 'n feitestel soos dié waarmee die hof gekonfronteer was, naamlik waar Z vir X beveel het om Y te dood, gedreig het om self vir X te dood indien hy die bevel nie gehoorsaam nie, en X besluit het om ter behoud van sy eie lewe Y te dood, kan die noodtoestand nie as 'n regverdigingsgrond beskou word nie want dan beteken dit dat X se gedrag teenoor Y regmatig is en dat die slagoffer Y nie in noodweer teen X se aanval op hom mag optree nie. Noodweer is immers slegs toelaatbaar teen 'n wederregtelike aanval. Die noodtoestand moet hier beskou word as 'n skulduitsluitingsgrond, en wel op die grondslag dat die neem van 'n ander se lewe in noodtoestand wederregtelik is, maar dat die dader se skuld uitgesluit is: ofskoon hy opsetlik wederregtelik opgetree het teenoor slagoffer Y, in sy optrede nie *verwyfbaar* nie, omdat 'n mens nie redelikerwys van X kon verwag het om anders op te tree nie. Slegs deur gebruik te maak van 'n normatiewe skuldbegrip kan hierdie bevredigende slotsom bereik word.

In die uitspraak in *S v Bailey*⁶⁹ is selfs nog meer regstreekse erkenning vir die normatiewe skuldbegrip en die leerstuk van redelik verwagbare gedrag te vinde. In hierdie saak het appèlregter Jansen gevra hoe 'n hof die verwyfbaarheid moet

62 Sien bv die kritiek teen die normatiewe skuldbegrip deur Du Plessis "Hans Welzel's final-conduct doctrine - an importation from Germany we could well do without" 1984 *SALJ* 315.

63 1972 3 SA 1 (A).

64 1982 3 SA 772 (A).

65 *S v Goliath supra* 25B-C.

66 *Idem* 25C-D.

67 Vir 'n gelykluidende vertolking van Rumpff AR se woorde, sien Van der Westhuizen *Noodtoestand as regverdigingsgrond in die strafreg* (LLD-proefskrif UP 1979) 369 630 en Bertelsmann "Noodtoestand: die regverdigingsgrond en die uitsluitingsgrond" 1981 *THRHR* 421.

68 *S v Goliath supra* 36G-H 38A.

69 *Supra*.

bepaal van 'n beskuldigde wat iemand anders as gevolg van dwang gedood het, maar nogtans opsetlik en met wederregtelikheidsbewussyn opgetree het. Hy het die vraag beantwoord deur te verklaar dat 'n hof 'n objektiewe benadering moet toepas met die gewone deursneemens as maatstaf van wat van die beskuldigde verwag kan word – 'n benadering wat die hof uitdruklik as normatief beskryf het.⁷⁰ Volg 'n mens hierdie toets, het jy die psigologiese skuldbegrip laat vaar. Ongelukkig skyn dit asof die hof net daarna maar weer die psigologiese skuldbegrip toegepas het deur te weier “om, strydig met ons nou-erkende beginsels, op hierdie stadium doodslag met opset met wederregtelikheidsbewussyn anders as moord te beskou . . .”⁷¹ In sowel sy vonnisbespreking van hierdie uitspraak⁷² as elders⁷³ het Van Zyl 'n normatiewe skuldbegrip bepleit waarin die “verwagbaarheidskriterium” (“Zumutbarkeit”) 'n sentrale rol speel.

Ten slotte loon dit 'n mens om kennis te neem van die oordrewe en misplaaste kritiek wat skrywers wat onder die invloed van die nasionaal-sosialistiese staatsideologie gestaan het, gedurende die twintiger- en dertigerjare teen die leerstuk van redelik verwagbare gedrag ingebring het. Ofskoon hierdie leerstuk nie bo kritiek verhewe is nie, en ofskoon, soos gesien is, sekere punte van die kritiek teen die leerstuk selfs in die na-oorlogse jare as geregverdig aanvaar is, is dit opmerklik hoe sekere skrywers in die twintiger- en dertigerjare die begrip probeer afmaak het as “vroulik”, te bevorderlik vir individualisme en 'n erkenning van menseregte. Hierdie vergesogte kritiek teen die begrip dui op die gevare verbonde aan 'n te krampagtige vasklewing aan die uitgediende negentiende eeuse naturalisties-positivistiese konstruksie van strafregtelike aanspreeklikheid met sy meganiese gelykstelling van psigologiese opset en skuld en sy miskenning van die rol van etiese of filosofiese waardes in die beskrywing van strafregtelike aanspreeklikheid. Die normatiewe skuldbegrip, en die leerstuk van redelik verwagbare gedrag wat dit ten grondslag lê, weerspieël 'n *vermensliking* van die skuldbegrip en 'n beklemtoning van individuele geregtigheid. Die Amerikaanse skrywer Fletcher,⁷⁴ wat hierdie begrippe onderskryf, verwys daarna treffend as “a concession to human weakness”. Na my mening is dit meer as net 'n *toegewing* aan die swakheid van die menslike natuur; dit is eerder 'n *realistiese erkenning* van die ware aard van die menslike natuur.

Ons leef in 'n tyd in Suid-Afrika waarin ons gereeld vermaan word tot 'n groter erkenning van menseregte. Gepaardgaande hiermee word ons, veral in besprekings oor regspolitieke aangeleenthede, gereeld vermaan om weg te beweeg van formele positivistiese regsopvattinge en nader aan 'n waarde-georiënteerde regsopvatting.⁷⁵ Ek onderskryf hierdie vermanings. 'n Mens wonder egter net hoe lank dit nog sal duur voordat Suid-Afrikaanse juriste sal besef dat al hierdie mooi klinkende anti-positivistiese geluide maar taamlik hol klink solank 'n mens op die gebied van die strafreg nog hardnekkig vasklou aan 'n psigologiese skuldbegrip wat onlosmaaklik in die positivisme veranker is.

70 *S v Bailey supra* 798E-F.

71 *Idem* 799A-B. Vir nog 'n uitspraak waarin 'n simpatieke benadering tov die normatiewe skuldbegrip gevind kan word, sien *S v Barnard* 1985 4 SA (W) 436 438F-G.

72 1982 *THRHR* 439.

73 Vonnisbespreking van *S v Zoko* 1983 1 SA 871 (N) in 1983 *THRHR* 103.

74 *Supra* vn 5 492.

75 Dugard “The judicial process, positivism and civil liberty” 1971 *SALJ* 181; “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. Sien oor die algemeen die bespreking van Raath “Die opkoms van 'n neopositivisme in die Suid-Afrikaanse regsleer” 1988 *TRW* 208 en die skrywers waarna in dié artikel verwys word.

Besitsbeskerming en die besitsleer: 'n reddingspoging*

Duard Kleyn

BA LLD

Professor in Regsgeskiedenis, Regsvergelyking en Regsfilosofie, Universiteit van Pretoria

SUMMARY

Protection of possession and the possessory theory: a rescue attempt

In recent contributions the following statements were made with regard to the protection of possession and the possessory theory in general: only possession with the *animus domini* can be regarded as true possession; holdership (detention) implies all other instances of possession with a mental element different from *animus domini*; it is historically misleading to find the difference between possession and holdership in the protection thereof; the protection of holders does not imply that they are afforded possession; possession *animus domini* is *per se* unlawful and does not enjoy any possessory protection; it is erroneous to view possessory protection in South African law in the light of the spoliatio order only; several possessory remedies exist, some of which deal with the rights of the parties and others not; neither possession nor holdership is actually protected by the spoliatio order and therefore the term "possessory protection" should be avoided in that regard; it is unsatisfactory to distinguish between the different functions of possession in order to define possession differently for each function. All these statements are in conflict with the possessory theory in its traditional guise. In this contribution the traditional Roman-law possessory theory is explained by means of a text analysis and its role in Western European and South African law is discussed. It is pointed out that the aforementioned statements result from the tendency to restrict possession to possession of non-owners with the *animus domini*, a definition which is not supported by the sources, as well as the unwillingness to accept the fact that the spoliatio order is the only true possessory remedy in South African law.

1 INLEIDING

Die Suid-Afrikaanse gemeenskap in sy geheel is tans baie vinnig onderweg na 'n nuwe bestel en is gevolglik onderhewig aan drastiese veranderinge op politieke, sosiale en maatskaplike terrein. Logies kan die regstelsel van só 'n gemeenskap hierdie tendens nie ontsnap nie. Die regstelsel sal in sy totaliteit, nie slegs op die terrein van die publiekreg nie maar ook op die terrein van die privaatreë, met dringende eise gekonfronteer word. Dit sal telkens die vraag laat ontstaan na die sin en aanpasbaarheid van sekere bestaande juridiese modelle ten einde die bestaansmoontlikhede daarvan binne 'n nuwe bestel te kan beoordeel. Veral

* 'n Verkorte weergawe van hierdie artikel is voorgedra tydens die nasionale kongres van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte, gehou by die Universiteit van Natal, Pietermaritzburg van 1990-07-09 tot 12.

op die terrein van die privaatreë is dit die aanpasbaarheid van ons Romeins-regtelik gebaseerde gemenerereg wat, soos so vele kere in die verlede, weer eens getoets sal word teen die agtergrond van die behoeftes van 'n veranderende gemeenskap. Indien aanvaar word dat alle moderne wetenskaplike kennis die resultaat is van, en gebaseer is op, vrae uit die verlede, is dit juis nou die tyd dat behoorlike historiese navorsing gebiedend noodsaaklik is. Die rede hiervoor is geleë in die feit dat die bestaande juridiese modelle of regsfigure wat wel die produk van 'n duidelike historiese ontwikkelingsproses is, eers behoorlik begryp kan word indien daar 'n grondige begrip bekom is van die agtergrond waarteen dit ontstaan en ontwikkel het. Slegs dan kan die ware betekenis, funksie en elastisiteit van die betrokke model of figuur beoordeel word.¹ Gevolglik is twee van die gevaarlikste uitgangspunte waar historiese navorsing vereis word, die volgende: in die eerste plek om 'n bestaande regsfiguur, byvoorbeeld die mandament van spolie, vanuit 'n moderne perspektief te beskou, verbaas te staan oor die "eienaardighede" daarvan en dit dan, sonder inagneming van die historiese agtergrond op gelyke voet met ander – in die oë van die navorser soortgelyke – figure (remedies) te vergelyk en te beoordeel ten einde die betekenis daarvan te verklaar; in die tweede plek om vanuit 'n vooropgestelde hipotese, byvoorbeeld met betrekking tot die besitsleer oor die algemeen, historiese navorsing te onderneem op só 'n wyse dat die bronne nie die geleentheid gegun word om die hipotese te weêrlê nie en tradisioneel aanvaarde interpretasie op grond van dogmatiese oorwegings geïgnoreer word. Beide benaderings kom daarop neer dat die tekste en bronne nie toegelaat word om vir hulself te spreek nie en sal noodwendig tot 'n misleidende en skewe beeld aanleiding gee.

Die Suid-Afrikaanse besitsleer is nie alleen sterk gewortel in sy historiese bedding nie maar word oor die algemeen in 'n taamlik geykte hoewel nie in alle opsigte bevredigende gedaante nie, voorgehou. In onlangse literatuur is daar egter sekere stellings oor die besitsleer gemaak wat vir diegene wat van mening was dat hul met die basiese beginsels van hierdie terrein vertrou is, vreemd kan voorkom. Hierdie stellings kom daarop neer dat *oorspronklike of ware besit* slegs besit *animo domini* is;² dat houterskap alle vorme van beheer oor 'n saak met 'n ander wilsinhoud as die *animus domini* impliseer;³ dat dit histories misleidend is om die onderskeid tussen besit en houterskap in die beskerming daarvan te vind;⁴ dat die beskerming van houters nie op 'n uitbreiding van die besitsbegrip neerkom nie;⁵ dat besit *animo domini per se* onregmatig is⁶ en geen besitsbeskerming geniet nie;⁷ dat dit foutief is om moderne Suid-Afrikaanse besitsbeskerming slegs in die lig van die mandament van spolie te beoordeel;⁸

1 Die benadering van Lewis "The demise of the *exceptio doli*: Is there another route to contractual equity?" 1990 *SALJ* 29 dat "we must look forward rather than back, focussing on the inadequacies of the law rather than counting heads to determine whether there is ancient authority for a particular principle . . ." moet met omsigtigheid benader en nie veralgemeen word nie. Sien Visser "The legal historian as subversive or: Killing the Capitoline geese" in Visser (red) *Essays on the history of law* (1989) 1 ev.

2 Van der Walt "Die beskerming van besit en houterskap in die Suid-Afrikaanse reg" 1987 *THRHR* 140-141 149 151-153.

3 *Idem* 150.

4 *Supra* vn 2.

5 *Idem* 141 148 151.

6 *Idem* 150; Van der Walt "Die funksies en omskrywing van besit" 1988 *THRHR* 511.

7 Van der Walt 1987 *THRHR* 351.

8 Van der Walt 1987 *THRHR* 141.

dat daar vandag meerdere sogenaamde besitsremedies bestaan waarvan sommige die besitter se regte voor oë het en ander nie;⁹ dat daar weggedoen moet word met die term “besitsbeskerming” in die geval van die mandament aangesien dit nie daar oor die beskerming van besit of houerskap gaan nie;¹⁰ en dat die gebruik om tussen verskillende funksies van besit te onderskei ten einde besit te omskryf, grondliggend onbevredigend is.¹¹

Wanneer hierdie stellings vervolgens in ’n handboek¹² aan studente voorgehou word en die een outeur daarvan telkens op die historiese basis daarvan wys, ’n strenger dissipline op hierdie gebied bepleit¹³ en boonop nog die punt benadruk dat “sinvolle regsontwikkeling . . . verkieslik op deeglike historiese navorsing gebaseer [moet] word”,¹⁴ wek dit noodwendig by sommiges die gevoel dat hulle nog altyd die kat aan die stert beetgehad het. Die enigste uitweg is dan een van *petere fontes*.

Daar word toegegee dat die Suid-Afrikaanse besitsleer onnodig gebuk gaan onder die inkonsekwentheid van die Romeinse kasuïstiek asook verwarrende terminologie. Die doel van hierdie bydrae is egter nie om ’n nuwe besitsleer daar te stel nie maar eerder ’n poging om die tradisionele opvatting met die klem op besitsbeskerming toe te lig ten einde bogenoemde stellings daarteen te toets.

2 DIE ROMEINSE BESITSBESKERMINGSLEER

Die Romeinse reg het ’n besitsleer nagelaat wat deur middel van ’n tipies kasuïstiese benadering opgebou is; as gevolg daarvan kom dit in vele opsigte onlogies voor. Gevolglik het Romaniste deur die eeue heen daarmee geworstel maar tog het dit ’n direkte invloed op die regstelsels van Wes-Europa uitgeoefen en domineer dit tans nog die Suid-Afrikaanse besitsleer. In ’n groot mate draai die Romeinse besitsleer in sy geheel rondom die beskerming van besit teen die agtergrond van die belang van eiendomsreg veral in die lig van verkrygende verjaring.¹⁵

Sekondêre bronne leer dat besitsbeskerming deur die algemene besitsinterdikte slegs aan ’n *numerus clausus* persone in beheer van ’n saak toegekome het.¹⁶ Eerstens aan diegene wat ’n saak soos ’n eienaar besit, wat met ander woorde soos ’n eienaar met die saak handel. Hierdie groep beskik oor die *animus domini* en sluit die Romeinsregtelike eienaar (*dominus ex iure Quiritium*), die *bona fide* besitter, die *mala fide* besitter, die verjaringsbesitter en die sogenaamde bonitêre

9 *Idem* 142 ev.

10 *Idem* 147 151–152.

11 Van der Walt 1988 *THRHR* 282 ev 508 ev.

12 Olivier, Pienaar en Van der Walt *Sakereg studentehandboek* (1989) 183 ev. Dit is verder opvallend dat die gedeelte oor besit en houerskap ongeveer een derde van die teks oor die hele sakereg beslaan.

13 Van der Walt 1987 *THRHR* 153.

14 Van der Walt 1988 *THRHR* 509.

15 Sien bv Dekkers “Hoe juristen een leer opbouwen: het bezit”, uitgegee as deel van *Mededelingen van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen Letteren en Schone Kunsten van België* jaargang 11 no 4 (1949).

16 Sien Van Oven *Leerboek van Romeinsch privaatrecht* (1948) 118 ev; Buckland en McNair *Roman law and common law, a comparison in outline* (1985) 73; Kaser *Das römische Privatrecht* 1 (1971) 387; Thomas *Textbook of Roman law* (1976) 139 ev; Van der Merwe *Sakereg* (1989) 108.

eienaar in. Tweedens is 'n groep besitters beskerm wat nie die saak soos 'n eienaar besit nie maar trouens die eienaar se eiendomsreg op die saak erken. Hulle staan gewoonlik ook in die een of ander kontraktuele verhouding met die eienaar. Hierdie groep sluit die pandhouer, *sequester*, prekaris, erfpagter en opstalhouer in. Hierdie twee groepe besitters word gewoonlik aangedui as *possessores*. Alle ander persone in beheer van sake was onbeskermd en word aangedui as houers of *detentores*.¹⁷ In die na-klassieke tyd, so word geleer, is besitsbeskerming deur die algemene besitsinterdikte ook na sommige houers, byvoorbeeld die vruggebruiker, uitgebrei.¹⁸

Nie alle moderne skrywers is dit egter eens met hierdie tradisionele opvatting nie en daar is al bedenkinge uitgespreek oor die regsposisie van sekere van die *possessores*.¹⁹ Gevolglik sal daar oorgegaan word tot 'n studie van die tersaaklike materiaal in die *Corpus iuris civilis* in 'n poging om deur middel van 'n teksontleding duidelikheid te verkry oor die geval van elk van die tradisioneel beskermde besitters en die Romeinse besitsleer oor die algemeen.²⁰

2 1 Die onderskeid tussen die posisie van die *possessor* en die houer soos blyk uit tekste

2 1 1 Possessores

Die eienaar-besitter D 41 2 21 3 verwys na die verhouding van die eienaar tot die saak as *possessio* en suggereer dat die huurder nie *possessio* het nie. In D 41 2 25 1 en C 7 32 12 word aangevoer dat die eienaar die *possessio* deur sy huurders, slawe en agente uitoefen.²¹

Die *bona fide* besitter D 41 2 3 22 gee die verhouding van die *bona fide* besitter tot die saak as *possessio* aan. D 41 2 19pr voer aan dat die *bona fide* besitter *possessio* van 'n saak het wat hy verloor as hy die saak begin huur.

17 Moderne skrywers gebruik die term *detentio* om hierdie houerskap aan te dui. Sien Berger *Encyclopaedic dictionary of Roman law* (1968) sv "*detentio*". Alhoewel *detentio* en afgeleide vorme daarvan soos *detento*, *detentatur* en *detentatio* volop in die Romeinse tekste voorkom, word dit nie in die moderne tegnies-juridiese betekenis gebruik nie. Sien Radin "*Detention at Roman law*" in *Studi in onore di Pietro Bonfante* 3 (1930) 153 ev.

18 Sien Kaser *Das römische Privatrecht* 2 (1975) 255 ev; Middelberg *Bescherming van het houderschap* (LLD-proefskrif UP 1953) 24 25 33.

19 Nicholas *An introduction to Roman law* (1972) 110 ev noem slegs die eienaar-tipes (dus diegene in die eerste groep hierbo vermeld) en die vruggebruiker as beskermde besitters. Schultz *Classical Roman law* (1969) 429 ev is van mening dat die geval van die pagter onseker is. Van Oven 199 sien, tov die tweede groep hierbo, die beskerming van die pandhouer as die sekerste geval en beskou dié van die ander as twyfelagtig. Van Warmelo "*Inleiding tot die studie van Romeinse reg*" (1971) 157 noem die eienaar-tipes van die eerste groep asook "'n aantal gevalle van besit (soos dié van die pandhouer)" as beskermde besitters. Sien ook Dias "*A reconsideration of possessio*" 1956 *Cambridge LJ* 238 vn 12.

20 Behalwe vir sporadiese gevalle wat kan opduik, word die meeste inligting in verband met besit aangetref in D 41 2 en C 7 32 wat oor die verkryging en verlies van besit handel, asook in die gedeeltes waarin die algemene besitsinterdikte behandel word, tw D 43 16, D 43 17, D 43 31, C 8 4 en C 8 6.

21 Sien ook D 6 1 77 waaruit blyk dat die eienaar *possessio* deur sy huurder uitoefen en D 16 3 17 1 waar die eienaar *possessio* deur die bewaarnemer uitoefen. Vgl ook D 41 2 3 8. D 41 2 31 noem dat die verhuurder van grond die een is wat die *possessio* daarvan het, maar die teks kan verwarring skep deurdat daar gepraat word van die huurder wat die grond *non deserendae possessionis causa* verlaat; sodoende kan die indruk ontstaan dat die huurder ook *possessio* het. Lg standpunt is egter nie te versoen met D 6 1 77 en D 41 2 25 1 nie.

Die mala fide besitter In *D* 41 2 3 5 word na die besit van die *mala fide* besitter of te wel die besitter *iniuste* verwys as *possessio*.²² In *D* 41 2 3 22 voer Paulus aan dat daar twee vorme van *possessio* is, naamlik *bona fide possessio* en *non bona fide possessio*. *D* 41 2 53 wys daarop dat die *mala fide possessor* teen derdes beskerm word.

Die verjaringsbesitter In *D* 41 2 3 23 sien Paulus die verjaringsbesitter se verhouding tot die saak as *possessio* en kontrasteer die sogenaamde *missio in possessionem* daarmee. Laasgenoemde was 'n regsmiddel van die *praetor* waardeur persone soms in beheer van 'n saak gestel was. Die beheer wat 'n persoon as gevolg van *missio in possessionem* verkry, is volgens Paulus nie *possessio* nie maar blote *custodia rerum et observatio* – dus bewaring en toesig van sake.

Die pandhouer Die pandhouer se besit word in *D* 41 2 37 as *possessio* beskryf. Marcianus wys daarop dat wanneer die skuldenaar die pand aan die skuldeiser oorhandig, dit gepaard gaan met *possessio tradita*. Indien die pandgewer die saak later van die pandhouer sou huur, oefen die pandhouer sy *possessio* deur die huurder uit.²³

Die prekaris In *D* 41 2 3 5 word die opinie van Sabinus aangetref dat die prekaris *possessio* het en Iavolenus wys in *D* 41 2 21 2 daarop dat sodra die prekaris die saak van die eienaar begin huur, sy *possessio* na die eienaar terugkeer.²⁴ Die standpunt dat die prekaris 'n *possessor* is, word verder gesteun deur die tekste in *D* 43 26 wat oor die *interdictum de precario* handel.²⁵ Aan die ander kant is daar egter tekste wat 'n teenoorgestelde standpunt huldig of mekaar weerspreek sodat die posisie van die prekaris as *possessor* twyfelagtig is of ten minste nie vir alle gevalle waar is nie.²⁶

22 Middelberg 18 fouteer waar hy in hierdie teks gesag vind vir die standpunt dat die juriste dit nie eens was of *mala fide* besit wel op *possessio* neerkom nie. In hierdie teks is die juriste dit nie met mekaar eens of medebesit op 'n saak moontlik is nie. Sien ook *D* 41 2 5.

23 Sien ook *D* 41 2 40pr wat die pandhouer se verhouding tot die saak as *possessio* aangee.

24 Sien in dié verband ook *D* 41 2 10pr-2 waar Ulpianus poog om 'n onderskeid tussen die huurder en die prekaris te maak. Hy wys op die probleemstelling van Pomponius, nl of iemand wat grond huur en dan *precarium* vra, 'n *possessor* is of bloot in *possessione esse*. Ulpianus wys daarop dat daar 'n groot verskil tussen die terme *possessio* en *in possessione esse* is aangesien lg slegs op bewaarneming, met ander woorde beheer *servandae causa* neerkom. Hy gee egter geen duidelike antwoord op die vraag van Pomponius nie, dog moontlik kan daar uit *D* 41 2 10 2 afgelei word dat die prekaris *possessor* is.

25 Sien *D* 43 26 2 3, *D* 43 26 4 1, *D* 43 26 15 4 en *D* 43 26 17 wat uitdruklik die prekaris as *possessor* aangee. Lg teks voer ook aan dat die prekaris deur die *interdictum uti possidetis* teen alle derdes beskerm word. Die *interdictum de precario* beskerm nie die prekaris teen derdes nie. Dit is 'n interdik waarmee die persoon by wie die saak ter bedede gevra is (*precario dans*) dit kan terugeis van die besitter ter bedede (*precario rogans*): Van Oven 126. Vir 'n definisie van *precarium* sien *D* 43 26 1pr.

26 In *D* 43 26 6 2 verklaar Ulpianus dat die prekaris nie *possessio* van die saak in sy beheer het nie, dat *possessio* by die *precario dans* bly en dat die geval van die prekaris analoog is aan dié van die huurder en die vruggebruiker wat, alhoewel hulle in beheer van 'n saak is, geen *possessio* het nie. Aan die ander kant wys Ulpianus in *D* 43 26 4 1 sy lesers daarop dat onthou moet word dat die prekaris wel *possessio* het. 'n Moontlike oplossing vir hierdie probleem kan gevind word by Roels "Het voorwerp en de toepassingen van het precarium" 1951 *RIDA* 177. Hierdie skrywer toon oortuigend aan dat daar twee vorme van *precarium* in die Romeinse reg voorgekom het, twn *precarium corporis* wat gepaard gegaan het met besit van die saak, en *precarium iuris* waar geen besit ter sprake was nie. *Precarium corporis* is die algemeen bekende geval waar die prekaris 'n onroerende saak ter bedede in sy besit het. Hierdie besit kom neer op *possessio* en word deur die algemene besitsinterdikte beskerm. *Precarium iuris* is die geval waar persone sekere genots- en gebruiksbevoegdhede

Die sequester Die *sequester* was 'n persoon aan wie die beheer van 'n saak waaroor twee partye in geskil verkeer het, tydelik oorgedra is hangende die uitslag van die geding. In *D 16 3 17 1* word aangevoer dat wanneer 'n saak by 'n gewone bewaarnemer gelaat word die *possessio* by die bewaargewer bly, maar dat waar 'n saak by 'n *sequester* gelaat word laasgenoemde die *possessio* verkry. Daarteenoor staan *D 41 2 39* waar Julianus daarop wys dat die *sequester* nie altyd *possessio* van die saak het nie, maar soms in die posisie van 'n gewone bewaarnemer kan verkeer. Dit hang af met watter bedoeling die saak by die *sequester* gelaat word. Indien die saak aan die *sequester* gegee word met die bedoeling om *possessio* prys te gee, verkry die *sequester* die *possessio* en kan verjaring nie meer vir die bewaargewer loop nie. Indien die bewaargewer die saak slegs vir doeleindes van *custodia* aan die *sequester* gee, bly die *possessio* gesetel in die bewaargewer en kan verjaring dus steeds ten gunste van laasgenoemde loop. Die *sequester* kan gevolglik soms maar nie vir alle gevalle nie as *possessor* gereken word.

Die erfpagter en opstalhouer In *D 2 8 15 1* word sowel die pagter van die *ager vectigalis* as die *emphyteuta* as *possessores* beskryf en word hulle posisie gekontrasteer met dié van die vruggebruiker wat nie *possessor* is nie. Daar bestaan egter twyfel oor sowel hierdie geval as dié van die opstalhouer.²⁷

Uit bogenoemde ontleding blyk dat die eienaar-besitter, *bona fide* besitter, *mala fide* besitter, verjaringsbesitter, pandhouer en in sekere gevalle die *sequester* die sekerste kategorieë van persone is wat altyd deur die tekste as *possessores* aangegee word. Wat die ander tradisionele gevalle betref, naamlik die prekaris, erfpagter en opstalhouer, staan die feit dat hulle ook *possessores* was nie bo verdenking nie.

2 1 2 Houers

Teenoor genoemde gevalle wat deur die tekste as *possessores* aangegee word, staan alle ander van wie die tekste uitdruklik meld dat hulle nie *possessio* het nie en wie se verhouding tot die sake in hulle beheer deur die tekste beskrywe word met terminologie soos *in possessione esse* of *tenere*. *D 41 2 3 20* stel dit byvoorbeeld onomwonde dat die bewaarnemer en bruiklenner nie *possessio* het nie. Volgens *D 41 2 28* kan iemand wat *possessio* het dit verloor as hy die saak voortaan sou huur.²⁸ Talle tekste voer aan dat die vruggebruiker nie *possessio* het nie en somtiges vergelyk sy posisie met dié van die huurder.²⁹ Ook persone wat in besit van 'n saak is op grond van die feit dat die *praetor* aan hulle *missio in possessionem*

vervolg van vorige bladsy

tov 'n ander se saak kan uitoefen, bloot op grasia van die eienaars van die sake; hierdie bevoegdhede behels nie dat die geregtigdes besit van die sake verkry nie. Dit is verder analoog aan 'n erfdiensbaarheid, maar is nie in wese 'n saaklike reg nie aangesien dit onbeskermd is en te eniger tyd deur die eienaar van die saak opgesê kan word. (Kaser 1 388 verwys ook na hierdie twee betekenisse van *precarium*.) Lg geval kom nie op *possessio* neer nie, maar op *detentio* of houerskap. Alhoewel die standpunt van Roels oortuig en die gesag wat hy aanhaal sy standpunt steun, val dit op dat hy na talle tekste in *D 43 26* verwys, maar nie na *D 43 26 6 2* nie. Soos aangetoon is, is die probleem juis dat Ulpianus in hierdie teks die prekaris wat in besit van grond is, maw Roels se *precarium corporis*, nie as 'n *possessor* nie maar as 'n houer beskou. Dat die prekaris *possessor* is, is gevolglik twyfelagtig of ten minste nie vir alle gevalle waar nie.

27 Sien Dias 1956 *Cambridge LJ* 238 vn 12, Kaser 1 390 en Van Oven 119 wat die pagter as 'n *moontlike possessor* aangee.

28 Sien ook *D 43 26 6 2*: "[N]am et fructuarius, inquit, et colonus inquilinus sunt in praedio et tamen non possident."

29 *D 4 3 1 8*: "quod neque usus fructus neque usus possidetur sed magis tenetur . . ."; *G 2 93*; *D 41 2 12pr*; *D 41 2 52pr*. Sien ook *D 43 26 6 2*.

toegeken het, het geen *possessio* van die saak nie maar slegs *custodia*.³⁰ In *D 41 2 49 1* word daarop gewys dat persone wat *in potestate* is nie die *possessio* het van die sake wat deel van die *peculium* vorm nie. Hulle verhouding tot die sake word met die werkwoord *tenere* uitgedruk.

2 1 3 *Evaluasie en toepassing*

Dit val op dat die tekste 'n skerp onderskeid maak tussen *possessio* aan die een kant en *in possessione esse* of *tenere* aan die ander kant. Die vraag ontstaan vervolgens na die relevansie van hierdie onderskeid, veral ten aansien van besitsbeskerming. In 'n groot mate bied *D 6 1 9*³¹ die antwoord op hierdie vraag. In hierdie teks handel dit oor die *rei vindicatio* wat teen besitters ingestel word. Ulpianus wys op die standpunt van Pegasus en andere dat die *rei vindicatio* slegs teen die ware besitters (*possessores*) ingestel kan word. Volgens die teks is die *possessores* diegene wat die beskerming van die *interdicta uti possidetis* en *utrubi* (met ander woorde algemene besitsinterdikte) geniet. Die standpunt van Pegasus kom daarop neer dat die *rei vindicatio* nie kan slaag teen bewaarnemers, huurders, bruikleners en persone in *possessione* nie aangesien sulke persone nie *possessio* het nie en dus in die oë van die reg nie besit nie. Ulpianus verwerp hierdie standpunt en is van mening dat die *rei vindicatio* teen almal wat in beheer van 'n saak is, dus almal wat *tenere* of *habere* of andersins in staat is tot restituisie, behoort te slaag.

Uit hierdie teks kan die volgende belangrike afleidings gemaak word:

- (a) Die onderskeid tussen *possessio* aan die een kant en *tenere*, *habere* of *in possessione esse* aan die ander kant is wesenlik;
- (b) *possessio* dui beskermde besit aan en dit beteken besit wat deur die algemene besitsinterdikte beskerm word;
- (c) bewaarnemers, bruikleners, huurders en diegene *in possessione* se beheer oor die saak word nie beskerm nie en word nie as *possessio* gereken nie;
- (d) daar kan probleme ontstaan indien die verskillende funksies van besit, soos wat Pegasus doen, nie onderskei word nie, met ander woorde indien slegs beskermde besit vir alle doeleindes as besit gesien word.

Dit is van deurslaggewende belang om vervolgens vas te stel of die gedeeltes in die bronne wat oor die algemene besitsinterdikte³² handel, die betekenis van die

30 *D 41 2 3 23*; *D 41 2 10 1*; *D 42 4 12*. Volgens Quintus Mucius Scaevola in *D 41 2 3 23* kom die beheer na *missio in possessionem* wel neer op *possessio*. In dieselfde teks verwerp Paulus hierdie opinie. Middelberg 16 vn 22 wys daarop dat hierdie teenstrydigheid beteken dat *missio in possessionem* in die voor-klassieke tyd, maw in die tyd van Scaevola, wel gesien is as *possessio*, dog nie in die klassieke tyd nie.

31 *D 6 1 9*: "Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obicit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse." Sien ook *D 41 2 10 1*.

32 Die drie ware of algemene besitsinterdikte was die *interdicta uti possidetis*, *utrubi* en *unde vi*: sien *G 4 143-155*. Besitters kon, indien daar aan sekere vereistes voldoen is, ook deur ander regsmiddels beskerm word. Die verjaringsbesitter was benewens hierdie drie interdikte ook deur die *actio Publiciana* beskerm, die eienaar-besitter deur die *rei vindicatio* en die serwituutgeregtigdes deur eiesoortige interdikte. Hierdie regsmiddels was egter nie ware besitsremedies wat besit in die algemeen beskerm het nie, maar was gerig op besondere gevalle waar die applikant naas blote besit, die aanwesigheid van ander feite moes bewys alvorens hy met die spesifieke remedie kon slaag. Sien Schultz 445.

onderskeid tussen *possessio* as beskermde besit en die ander gevalle as onbeskermde besit onderskryf.

2 2 Die relevansie van die onderskeid tussen *possessor* en houër in die lig van die algemene besitsinterdikte

2 2 1 Interdictum uti possidetis

Die *interdictum uti possidetis* word in *D* 43 17 en *C* 8 6 behandel. Deurgaans blyk dit dat die interdik ten behoeve van die *possessor* daargestel is.³³ *Possessores* wat spesifiek genoem word, is die eienaar³⁴ en die *mala fide possessor*.³⁵ Aan die ander kant word uitdruklik gemeld dat dié interdik nie die huurder, opstalhouer of persone wat *missio in possessionem* verkry het, beskerm nie. Die rede wat hiervoor aangegee word, is dat sulke persone nie *possessio* het nie.³⁶ Ulpianus stel in *D* 43 17 4 voor dat *uti possidetis* ook na vruggebruikers uitgebrei moet word en in *Frag Vat* 90³⁷ word aangevoer dat die vruggebruiker op *uti possidetis* in *utile*-vorm geregtig is. Die teks meld ook dat die interdik in *utile*-vorm toegestaan word omdat die vruggebruiker nie besit nie.³⁸

2 2 2 Interdictum utrubi

Die *interdictum utrubi* word kortliks in *D* 43 31 behandel. Hieruit is dit duidelik dat die interdik bestem is om *possessio* te beskerm.³⁹

2 2 3 Interdictum unde vi

Die *interdictum unde vi* en sy verskyningsvorm *unde vi armata* word in *D* 43 16 en *C* 8 4 behandel.⁴⁰ In dieselfde trant as by *uti possidetis* en *utrubi* word in die tekste aangevoer dat *unde vi* slegs diegene wat *possessio* het, beskerm.⁴¹ Die huurder, agent en slaaf het geen *possessio* nie. Hulle verhouding tot die saak word met die werkwoord *tenere* beskryf en die besitsbeskerming kom in so 'n geval aan die eienaar van die saak toe.⁴²

Wat egter opval, is dat die tekste in verband met *unde vi* veel verder gaan as in die gevalle van *uti possidetis* en *utrubi*. Waar Ulpianus in geval van *uti possidetis* slegs voorstel dat dit na vruggebruikers uitgebrei behoort te word,⁴³ ver-

33 *D* 43 17 2: "[Q]ualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet." Vgl ook *D* 43 17 1 1; *D* 43 17 1 2; *D* 43 17 1 6; *D* 43 17 1 7; *D* 43 17 1 8.

34 *D* 43 17 1 2; *D* 43 17 3 2.

35 *D* 43 17 1 9; *D* 43 17 2.

36 Sien *D* 43 17 3 3; *D* 43 17 3 7 (wat daarop wys dat die opstalhouer 'n eiesoortige interdik het); *D* 43 17 3 8.

37 Die teks word aangetref in *Fontes iuris Romani antejustiniani (FIRA)* (reds Riccobono ea) (1968) 2 486.

38 Sien Lenel *Das edictum perpetuum* (1927) 473 wat beweer dat *uti possidetis* in *utile*-vorm gebruik is vir die geval waar daar 'n geskil tussen twee aanspraakmakers op vruggebruik was. Die vruggebruiker was verder deur eiesoortige regsmiddels beskerm, nl die *interdictum quem usumfructum, vindicatio ususfructus* en later deur die *actio confessoria* (sien Kaser 1 453).

39 *D* 43 31 1.

40 Sien ook *C* 8 5.

41 Sien bv *D* 43 16 1 23.

42 *D* 43 16 1 10; *D* 43 16 1 22; *D* 43 16 20.

43 *D* 43 17 4.

kondig hy dit as 'n feit dat *unde vi* wel tot beskikking van vruggebruikers is en druk hulle verhouding tot die saak as *quasi possessio* uit.⁴⁴ Marcellus verklaar in *D 43 16 12* dat die huurder van grond geregtig is op *unde vi*. Veral insiggewend is *D 43 16 1 9* waar Ulpianus hom soos volg uitlaat:

“Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive *naturaliter* possideat: nam et *naturalis possessio* ad hoc interdictum pertinet.”⁴⁵

Volgens hierdie teks is *unde vi* ook ter beskikking van die *naturalis possessor*. Dit is dus belangrik om vas te stel presies wat die betekenis van *naturalis possessio* is. Na aanleiding van 'n studie gedoen deur Riccobono⁴⁶ is meeste skrywers van mening dat *naturalis possessio* òf op die *corpus*-element van besit òf op onbeskermd besit (houerskap) dui en gevolglik dieselfde as die moderne begrip *detentio* is.⁴⁷ MacCormack⁴⁸ wys op 'n derde betekenis van *naturalis possessio*, naamlik die geval waar dit, soos in die onderhawige teks, saam met *possessio civilis* gebruik word om aan te dui dat 'n spesifieke reël uitgebrei is om nie net vir *possessio civilis* te geld nie, maar ook vir ander vorme van besit, insluitende houerskap. Volgens laasgenoemde betekenis sluit *naturalis possessio* dus alle vorme van besit naas *possessio civilis* in, dit wil sê sowel die *possessio ad interdicta* as houerskap.⁴⁹ Die probleem is net dat die teks self geen grens trek nie en daarom sal dit meer aanvaarbaar wees om die standpunt in te neem dat die teks wel *unde vi* na houers uitbrei maar moontlik nie na alle houers nie.⁵⁰

Ten slotte kan in hierdie verband verwys word na *C 8 5 1* wat handel oor die geval waar die eenaar-*possessor* in sy afwesigheid deur middel van geweld of andersins van sy besit beroof word. In so 'n geval kon enige persoon wat die

44 *D 43 16 3 13-14*; *D 43 16 3 16-17*. Vgl ook die standpunt van Paulus in *D 43 16 9 1*. Sien verder *Frag Vat 90* in *FIRA 2 486* wat *unde vi* in *utile*-vorm na die vruggebruiker uitbrei.

45 My kursivering.

46 “Zur Terminologie der Besitzverhältnisse” 1910 *ZSS(R)* 321 325-330 367.

47 Van Oven 119; Middelberg 19 ev; Buckland *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian* (1963) 197; Kaser “The concept of Roman ownership” 1964 *THRHR* 11; Berger 638 sv “*possessio naturalis*”; Kaser 1 386; Van Warmelo 157.

48 “*Naturalis possessio*” 1967 *ZSS(R)* 50 56 ev.

49 Sommige skrywers beweer dat hierdie betekenis veral die na-klassieke betekenis van *naturalis possessio* was, maw dat dit alle vorme van besit wat nie met die *animus domini* gepaard gaan nie, insluit (sien Kaser 2 253; Van Zyl *Geskiedenis en beginsels van die Romeinse privaatreë* (1977) 170). Die teks is al by geleentheid as geïnterpoleerd beskou (sien *Index interpolatum quae in Justiniani Digestio inesse dicuntur* (1929) 2 287) en volgens Johannes Voet (43 16 3) kom die teks geensins op 'n uitbreiding van die werking van *unde vi* na houers neer nie. Ander skrywers (Coninck Liefsting *De algemeene beginsels van het bezitrecht en de Nederlandsche bezitactiën* (1869) 284; Savigny *Das Recht des Besitzes* (1967) 96 ev) gryp na die daaropvolgende teks, nl *D 43 16 1 10*, om die moontlike uitbreiding van *D 43 16 1 9* te beperk. Eg teks meld dat *unde vi* vir die eggenote beskikbaar is wat verdryf is van die grond wat haar eggenoot aan haar geskenk het, maar dat dit nie aan 'n huurder van grond toekom nie. Volgens hierdie skrywers beteken *naturalis possessio* in *D 43 16 1 9*, in die lig van *D 43 16 1 10*, dat *unde vi* slegs na die genoemde geval van die gades uitgebrei is. Dit is egter moeilik om in die lig van al die gesag tav die betekenis van *naturalis possessio* tot 'n ander gevolgtrekking as MacCormack en andere te kom, nl dat *D 43 16 1 9* die *interdictum undi vi* wel aan houers beskikbaar stel. MacCormack 1967 *ZSS(R)* 66 verwerp die moontlikheid van interpolasie en voer aan dat hierdie teks 'n laat-klassieke uitbreiding van *unde vi* behels. Heinsius *Over de Romeinse bezitsbescherming in het algemeen en die van die contractuelen detentor in het bijzonder* (proefskrif Amsterdam 1922) 68 ev en Middelberg 33 vn 78 is ook van mening dat *D 43 16 1 9 unde vi* aan houers beskikbaar stel.

50 Sien ook MacCormack 1967 *ZSS(R)* 67: “Again the prime function of *naturalis possessio* is to express the extension of the rule to some (not necessarily all) relationships . . .”

saak in die naam van die eienaar gehou het, besit van die saak terugvorder. Die *interdictum unde vi* word nie by name in hierdie teks genoem nie maar daar word melding gemaak van terugvordering deur middel van 'n *actio possessionis recuperandae*.⁵¹

2 2 4 Evaluasie

Die onderskeid tussen *possessio* aan die een kant en *in possessione esse, tenere* of *habere* aan die ander kant, in die sin dat eersgenoemde term beskermde en laasgenoemde onbeskermde besit aandui wat nie as *possessio* gereken word nie, word deur die tekste wat oor die algemene besitsinterdikte handel, onderskryf. *Ex post facto* het skrywers heengegaan en die stof dan ook op só 'n wyse behandel dat hulle met die terme *besit, possession* of *possessio* beskermde besit aandui, terwyl hulle die onbeskermde beheersverhouding as *houerskap, holder* of *detentio* aangee.⁵²

In beginsel word besitsbeskerming deur hierdie interdikte slegs aan *possessores* verleen waarvan die sekerste gevalle, soos reeds aangetoon is,⁵³ die eienaar-besitter, *bona fide* besitter, *mala fide* besitter, verjaringsbesitter, pandhouer en *sequester* was. By *uti possidetis* gaan die tekste 'n stap verder en word die interdik in *utile*-vorm aan die vruggebruiker, wat as houer beskou is, verleen. By *unde vi* gaan die tekste veel verder en word die interdik in sy gewone vorm as *interdictum directum* aan vruggebruikers, huurders en moontlik alle houters verleen. Daar moet in gedagte gehou word dat hierdie verskynsel 'n geleidelike ontwikkeling vergestalt en eers in die laat-klassieke of na-klassieke tyd plaasgevind het. Daar moet verder in gedagte gehou word dat die uitgangspunte van die verskillende interdikte ook verskillend was. *Uti possidetis* en *utrubi* was *interdicta retinendae possessionis*, dit wil sê gerig op die behoud van besit. Eersgenoemde interdik het ten aansien van onroerende goed en laasgenoemde ten aansien van roerende goed gegeld.⁵⁴ *Unde vi* was 'n *interdictum recuperandae possessionis* en gerig op die terugvordering van verlore besit van onroerende goed.⁵⁵ Die uitbreiding van *unde vi* kan nie beteken dat dieselfde uitbreiding ook by *uti possidetis* en *utrubi* voorgekom het nie; so 'n afleiding vind ook nêrens steun in die tekste nie.

In die lig van die ondersoek tot op hierdie stadium kan reeds gevra word waarom alle besitters dan nie in beginsel beskerm is nie. In 'n mate word daar lig gewerp op hierdie vraag wanneer die werking van die verhouding tussen die *possessor* en die houer (*detentor*) onder oë geneem word.

51 C 8 5 1 is 'n *constitutio* van keiser Konstantyn in die vierde eeu nC (sien ook C Th 4 22 1). Gedurende hierdie tydperk bestaan daar 'n begripsverwarring tussen *actio* en *interdictum* wat ook gepaard gaan met die insypeling van die nuwe *cognitio*-prosedure: sien Levy West *Roman vulgar law, the law of property* (1957) 342. Die term *actio possessionis recuperandae* kry nuwe betekenis indien daar in gedagte gehou word dat die *interdictum unde vi* as 'n *interdictum recuperandae possessionis* bestempel is: sien G 4 154; D 43 1 2 3.

52 Sien die gesag in vn 16 hierbo asook Van Warmelo 157. Al word die term *detentio* nie in die bronne self in hierdie tegniese sin gebruik nie, is dit tog die term waarmee sekondêre bronne oor die algemeen en tradisioneel, as dit oor besitsbeskerming gaan, die onbeskermde beheersverhouding aandui. Daar moet egter met Van der Walt 1988 THRHR 278 saamgestem word dat waar *detentio* vandag ook gebruik word om na die fisiese (*corpus*) element van besit te verwys, dit onnodige verwarring skep.

53 Sien par 2 1 1 en 2 1 2 hierbo.

54 G 4 148-149; Inst 4 15 4; D 43 1 2 3; D 43 17 1 1.

55 G 4 154; Inst 4 15 6; D 43 1 2 3.

2 3 Die verhouding tussen *possessor* en houer in die lig van besitsbeskerming

Wat die verhouding tussen die *possessor* en die *detentor* betref, is geredeneer dat die *possessor*, byvoorbeeld die verhuurder of bewaargewer, sy *possessio* deur die huurder of bewaarnemer uitoefen.⁵⁶ Laasgenoemde persone het geen *possessio* nie en hou slegs namens of vir eersgenoemdes. In hierdie verhouding kom *possessio* uitsluitlik aan die *possessor* toe en alhoewel hy nie self fisies in beheer is van die saak wat geag word deur hom besit te word nie, word sy besit verklaar deurdat hy die een met die nodige *animus* is (*animo suo*) en dat die *corpus* vir hom deur die *detentor* gehou word (*corpore alieno*).⁵⁷ Hierdie benadering wek die indruk dat die houer geag word om oor geen *animus* te beskik nie.⁵⁸ In die meeste gevalle het daar 'n kontraktuele verhouding tussen die *possessor* en die *detentor* bestaan, byvoorbeeld 'n huurkontrak, maar dit was nie altyd die geval nie. Die *dominus* kon byvoorbeeld ook *possessio* deur sy slawe uitoefen.⁵⁹ In hierdie verhouding kom besitsbeskerming deur die algemene besitsinterdikte in beginsel slegs aan die *possessor* toe en telkens wanneer die *detentor* in sy besit gesteur word, moes hy hom na die *possessor* wend.⁶⁰ Die rede waarom die *detentor* nie ook op besitsbeskerming deur die interdikte geregtig was nie, was dat dit van hom 'n *possessor* (beskermd besitter) sou maak sodat daar met ander woorde twee *possessores* ten opsigte van dieselfde saak sou voorkom. Medebesit (*compossessio*) van dieselfde saak was volgens die Romeinse reg onmoontlik, soos uitgedruk deur die stelreël *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*. Hierdie stelreël word deur Paulus in *D 41 5 2 3 5* verduidelik.⁶¹ Die verbod teen *compossessio* is heeltemal begryplik in die lig van die voorbeelde wat Paulus noem, naamlik dat twee mense nie dieselfde saak gelyktydig kan vashou of op dieselfde plek kan sit of staan nie. Waarom die stelreël op die *possessor-detentor*verhouding van toepassing is waar die saak buitendien nie fisies deur beide partye hanteer word nie, blyk met die eerste oogopslag minder duidelik te wees. Daar bestaan egter twee redes hiervoor.

Eerstens is geredeneer dat die *possessor* verjaringsbesit deur die *detentor* kan uitoefen. Verjaring kan dus steeds vir die *possessor* loop terwyl die fisiese beheer van die saak in die hande van die *detentor* is.⁶² Om besitsbeskerming aan die

56 *D 41 2 25 1*: "Et per colonos, et inquilinos, aut servos nostros possidemus . . ." Sien ook *G 2 89*; *G 2 90*; *G 4 153*; *Sent Paul 5 2 1*; *Inst 4 15 5*; *D 41 2 3 8*; *D 41 2 3 12*; *D 41 2 3 18*; *D 41 2 9*; *D 41 2 18pr*; *D 41 2 30 5*; *D 41 2 31*; *D 41 2 32pr*; *D 41 2 32 1*; *D 41 2 37*; *D 41 2 40pr*; *D 41 2 40 1*; *C 7 32 12*.

57 *D 41 2 3 12*.

58 Moontlik is dit die rede vir die neiging om *detentio* te gebruik om na die blote *corpus*-element van besit te verwys: sien vn 52 hierbo.

59 *D 41 2 25 1*.

60 *D 43 16 1 22*. Sien ook Schultz 431.

61 *D 41 2 3 5*: "Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dedit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit, idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius. non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris." Sien ook *D 43 26 19pr*.

62 Sien bv vir verjaringsbesit wat uitgeoefen word deur die huurder (*D 41 2 30 5*); deur slawe (*G 2 89* en *G 2 94*); deur die pandhouer, bruiklenner en bewaarnemer (*D 41 3 33 4*); deur verteenwoordigers (*D 41 2 49 2* en *C 7 32 1*); en deur die *sequester* (*D 41 2 39*). Sien die bespreking oor die *sequester* in par 2 1 1 hierbo. Sien ook Van Oven *De bezitsbeskerming en hare funksies* (proefskrif Amsterdam 1905) 141 ev; Dekkers 9 ev 27.

detentor toe te staan, sal van hom ook 'n *possessor* maak wat in die lig van die stelreël onmoontlik is. Indien besitsbeskerming wel aan die *detentor* verleen word, sal *possessio* eerder by hom rus aangesien hy in fisiese beheer van die saak is; verjaring sal dus nie vir die ander party kan loop nie aangesien hy nie ook *possessio* kan uitoefen nie.⁶³

Tweedens het die Romeinse juriste nie onderskei tussen verskillende funksies van besit nie. Daar is dus nie geredeneer dat een party die *possessio* van 'n saak kan hê vir doeleindes van verjaring terwyl 'n ander die *possessio* van dieselfde saak vir doeleindes van besitsbeskerming kan hê nie.

Die *compossessio*-reël kon geweldig stremmend op die praktyk inwerk en gevolglik was die juriste soms verplig om van die reël af te wyk en wel twee besitters van 'n saak te erken, soos in die volgende gevalle:

- Alhoewel die pandhouer 'n *possessor* was, is die pandgewer ook as *possessor* gereken *ad usucapionem*, terwyl die pandhouer *ad relinquam omnes causas* die *possessio* uitgeoefen het.⁶⁴
- Sommige juriste het ook in sekere gevalle by die *precarium*-verhouding *possessio* aan sowel die een wat die *precarium* verleen (*precario dans*) as aan die prekaris self (*precario rogans*) verleen.⁶⁵
- Wanneer iemand *possessio* in die geheim (*clam*) verkry, word geleer dat die ontnemende steeds ook sy *possessio* op dieselfde saak *animo solo* behou.⁶⁶
- Waar een mede-eienaar van 'n slaaf die slaaf namens al die ander mede-eienaars besit, word daar geag dat die slaaf deur almal besit word.⁶⁷

63 Hierdie redenasie is veral verstaanbaar in die lig van *D 41 3 33 4* waarin aangevoer word dat indien die *detentor*, bv die pandhouer, bewaarnemer of bruiklenner, die saak sou oordra aan 'n derde, die pandgewer, bewaargewer of uitlener sy *possessio* kwyt sou wees en dat sy verjaring gestuit sou word. Sien in die algemeen oor die *compossessio*-reël en die invloed daarvan op die *possessor-detentor*verhouding, Van Oven *Beziitsbeskerming* 90 ev maar veral 96 waar hy tot die gevolgtrekking kom dat dié reël die hele besitsleer domineer (sien ook Van Oven *Leerboek* 118). Sien oor die geweldige invloed wat die eiendomsbegrip en die reg insake verjaring op die besitsleer gehad het *idem* 114 ev; Dias 1956 *Cambridge LJ* 239; Levy 62; Jhering *Über den Grund des Besitzschutzes* (1968) 45 ev; Van Warmelo 156.

64 *D 41 3 16*: "quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet; ad relinquit omnes causas pertinent, qui accepit, possidet . . ." Sien ook *D 41 2 1 15*; *D 41 2 36*; Schultz 429 442. Dias 1956 *Cambridge LJ* 240 voer aan dat medebesit by die pandverhouding slegs voorgekom het indien die pandgewer inderdaad *in via usucapiendi* was. Was die pandgewer nie besig met verjaring nie, het geen medebesit voorgekom nie en was slegs die pandhouer 'n *possessor*. Hierdie benadering verskil van die geval van die *sequester* in *D 41 2 39* waar die *sequester* geen *possessio* verkry het nie indien die bewaargewer die saak slegs in bewaring aan die *sequester* gegee het sodat verjaring vir hom (die bewaargewer) steeds kan loop.

65 Sien die menings van Sabinus en Trebatius in *D 41 2 3 5*; sien ook *D 43 26 15 4*. Hierbo (vn 25) is daarop gewys dat die prekaris in sekere gevalle nie as *possessor* beskou is nie. Wat die verklaring hiervoor is, is onduidelik. Die *precario dans* kon, wanneer hy ook al wou, die saak van die *precario rogans* terugeis met die *interdictum de precario*. Dit kan gevolglik wees dat die *precario rogans* nie teenoor die *precario dans* as *possessor* gereken is nie, maar wel teenoor derdes teen wie hy met die interdikte beskerm is. Schultz 430 voer aan dat die *precario dans* nie geregtig was op interdiktbeskerming nie, alhoewel hy waarskynlik *possessor ad usucapionem* was. Hierdie standpunt gaan nie op nie aangesien die verjaringsbesit altyd beskerm was. Die meer aanvaarbare standpunt is dat in die geval van medebesit by *precarium*, beide die *precario dans* en die *precario rogans* deur die algemene besitsinterdikte teen derdes beskerm is: sien Van Oven *Leerboek* 126; Watson *The law of property in the later Roman republic* (1988) 84.

66 *D 41 2 6 1*. Sien Watson 84 vn 3 se kommentaar op hierdie teks.

67 *D 41 2 42pr*.

- Sommige juriste soos Trebatius en Iulianus is van mening dat medebesit op 'n saak wel moontlik is solank as wat die een *iusta* en die ander *iniusta possessio* gehad het. Twee persone kan egter nie terselfdertyd *iusta* of *iniusta possessio* hê nie.⁶⁸

Teen die agtergrond van hierdie uitsonderings waar medebesit tog toegelaat is en die besitsfunksies wel soms geskei is, asook in die lig van die feit dat besitsbeskerming in die na-klassieke tyd veral deur *unde vi* buitendien na houters uitgebrei is, verloor die *compossessio*-reël in 'n groot mate sy betekenis.⁶⁹

2 4 Betekenis en latere invloed van die Romeinse besitsbeskermingsleer

Die onderskeid tussen beskermdde *possessores* en onbeskermdde *detentores* (houters) kom in vele opsigte onlogies en onbillik voor. Daar bestaan geen logiese rede waarom sekere besitters beskerming ontsê moet word nie, veral in die lig van die feit dat beskerming tog in sekere gevalle uitgebrei is na persone wat tradisioneel as onbeskermdde houters getipeer is, asook in die lig van die feit dat die belemmerende *compossessio*-reël prakties gesproke van alle betekenis ontdaan is. Hierdie stand van sake het juriste deur die eeue heen na die onderskeidende faktor tussen *possessio* en *detentio* laat soek; in hulle pogings het hulle gegryp na die *animus*-element van besit en veral dan die *animus domini*.⁷⁰ Geen besondere vorm van die *animus* word egter ooit in die tekste aangewend om as gemene deler onder al die *possessores* te dien en hulle sodoende te onderskei van die *detentores* nie en die *animus domini* kon ook nie hierdie funksie vervul nie. Die *animus* speel in die Romeinse reg slegs 'n rol by die beginsels van verkryging, behoud en verlies van besit.⁷¹ Buitendien kom hierdie grype na die *animus* as onderskeidingsfaktor op 'n negering van die verskil in benadering tussen *uti possidetis* en *utrubi* aan die een kant en *unde vi* aan die ander kant neer.⁷² Daar bestaan geen bevredigende onderskeidende faktor tussen *possessio* en *detentio* in die Romeinse reg nie en daarom is die besitsleer in hierdie opsig wel juridies onlogies. Die rede hiervoor is dat die Romeinse reg 'n pragmatiese karakter vertoon omdat die *praetor* besitsinterdikte aan sekere besitters toegeken het na gelang van die behoeftes van die praktyk, sonder dat hy redes vir sy benadering hoef te verskaf het en sonder dat hy van 'n teoreties uitgewerkte besitsleer uitgegaan het.⁷³ Van 'n besitsleer is daar eers in die eerste eeu van ons

68 D 41 2 3 5; D 43 26 19pr. Vir die betekenis van die terme *iusta* en *iniusta possessio* ivm die *compossessio*-reël, sien MacCormack "Iusta and iniusta possessio" 1974 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 76 ev; Van Oven *Besitsbeskerming* 92 ev; Watson 83 ev.

69 Van Oven *Besitsbeskerming* 96: "Zoo zien wij dus dat het geheele eeuwenoude adagium het gevolg is van het verschil in opvatting omtrent het begrip bezit, wat weder veroorzaakt word door de verschillende functies der bezitsbeskerming. Het is dus een phrase die heel weinig te beteekenen heeft, een gevolg van begripsverwarring. Voor zoover het juist is, beteken het niets, (dat gij en ik niet tegelijk hetzelfde geldstuk in onze hand kunnen hebben) en voor zoover het wat beteekent, is het onjuist." In hoe 'n mate die reël in die na-klassieke reg toegepas is, is onduidelik: sien Levy 67 ev.

70 In hierdie verband word veral gedink aan die arbeid van Von Savigny en Von Jhering. Vir 'n kernagtige oorsig van hulle besitsteorieë, sien Dias 1956 *Cambridge LJ* 236; Buckland 197; Thomas 140.

71 Sien Dekkers 23 ev; Olivecrona *Three essays in Roman law* (1949) 52 ev; MacCormack 1969 *ZSS(R)* 105 ev; Kaser 1 391 ev.

72 Sien par 2 2 hierbo.

73 Dias 1956 *Cambridge LJ* 246: "The praetor gave a remedy whenever the situation so demanded without overmuch regard for theory . . . [*P*]ossessio was based, not on any fixed principle, but on policy and convenience." Sien ook Middelberg 39.

jaartelling sprake; dan ontwikkel die juriste die leer rondom die beginsels van verkryging, behoud en verlies van besit.⁷⁴ Met die verdwyning van die *praetor* word die nuwe *cognitio*-prosedure binne die raamwerk van die keiserlike burokrasie aanvaar. Die invloed van die praetoriese edikte en veral die presedente insake die besitsleer soos deur hom neergelê was, oefen egter steeds 'n invloed uit. Alhoewel Justinianus die *cognitio*-prosedure behou, gryp hy wat die prievaatreg betref, terug na die klassieke Romeinse reg. Vir sover dit die reëls van besitsbeskerming aangaan, word die beginsels van die *praetor* soos neergelê met die oog op praktiese behoeftes, grotendeels gehandhaaf.⁷⁵

Die Romeinse onderskeid tussen beskermde *possessio* en onbeskermde houerskap is in die kanonieke reg opgeneem⁷⁶ en het 'n geweldige sterk invloed op die stelsels van Wes-Europa uitgeoefen waar die tendens voortgesit is om *detentio* nie as besit te sien nie en gevolglik beskerming in sulke gevalle te ontsê.⁷⁷ Aan die ander kant het daar vanuit die kanonieke reg 'n tweede stroom sy ontstaan gehad by die skepping van die *condictio ex canone redintegranda*, die voorloper van die moderne mandament van spolie wat gerig was op die beskerming van alle persone in beheer van 'n saak.⁷⁸ Die interaksie tussen dié twee strome het tydens die resepsie van die geleerde reg daartoe aanleiding gegee dat besitsbeskerming in baie gevalle wel na die tradisionele Romeinse houers uitgebrei is.⁷⁹ In die Suid-Afrikaanse reg is besitsbeskerming deur die mandament van spolie

74 Dekkers 20 23 ev.

75 Sedert die vierde eeu, binne die omvang van die sg "vulgêre reg", verloor *possessio* sy klassieke tegniese betekenis en verkry dit 'n wye betekenis sodat met hierdie begrip sowel besit as eiendomsreg aangedui word (sien Levy 22 ev; Kaser 2 247). Blote besit is met die begrip *momentaria possessio* aangedui (sien Levy 244). Justinianus gryp egter terug na die klassieke betekenis van *possessio* en onderskei dit skerp van eiendomsreg (sien *idem* 266 ev; Kaser 2 251 ev). Alhoewel daar enkele elemente van die vulgêre reg steeds in die *Corpus iuris civilis* voorkom, is die ontwikkeling gedurende die resepsieperiode egter gebaseer op die oorwegend klassiek geïnspireerde besitsleer soos dit uit die *Corpus* blyk.

76 Sien bv glos *commodo destituta* op X 2 13 14: "[A]liud est possidere, et aliud detinere . . ."; glos *restitutionem* op X 2 13 12: "Item si quis possedit ex precario vel ex gratia, non potest petere restitutionem"; Hostienis *ad X* 2 13 12 nr 34: "Aliud ergo longe est possidere, aliud in possessione esse . . . Si in possessione fuerint, non tamen possederunt, et ideo restituti non fuerunt . . ."; Antonius de Butrio *ad X* 2 13 12 nr 33: "Si eiicitur ab alio tunc si precario tenebat nudum detentionem, non habet veram possessorium."

77 Sien bv De Groot *Inleydinge* 2 2 2-3: "Bezit is de dadelicke behouding van een zaek met willen om die te behouden voor ons ende niet voor een ander. Dit laetste werd hier met grootte reden by-ghevoegt, omdat een huurman, ofte die iet leenen ofte voor een ander bewaren niet gezeit en konnen werden te bezitten"; Van der Linden *Kooppmans handboek* 1 13 1.

78 Sien Kleyn *Die mandament van spolie in die Suid-Afrikaanse reg* (LLD-proefskrif UP 1986) 97 ev.

79 Robertus Maranta *Speculum Aureum* 4 7 nr 58: "[C]ondictio ex causa reintegranda . . . quae pervenit ad alium sive bona, sive mala fide, sive scienter, sive ignoranter, sive cum vitio, sive sine vitio, sive cum titulo, sive non . . ."; Leyser *Meditationes ad Pandectas* 7 sp 451 1: "Nudus detentor etiam possidet, atque remedia possessoria habet." Onder die Pandektiste word die *actio spoliei* verleen aan alle persone wat 'n saak in eie belang besit, en die huurder en pagter word as voorbeelde genoem (sien Bruns *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts* (1874) 236; Dernburg *Pandekten* 1 par 189; Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* 1 par 162 a; Gierke *Deutsches Privatrecht* 2 252 vn 22). Sien ook bv Vinnius *Tractatus quinque* 2 36 wat *possessio* soos volg omskryf: "Possessio est rei corporalis detentio, cui inest affectus vel proprio vel alieno nomine rem tenendi." Wassenaer *Practijk judicieel* 14 18 voer aan dat 'n gespolieerde "sonder onderscheit van personen en goederen" op besitsherstel geregtig is. Bort *Tractaet van complaint* 5 nr 8-9 staan die mandament van *complaint* aan die huurder toe. Sien ook Dekkers 27-28.

ook toegestaan aan feitlik alle persone wat tradisioneel as houers beskou is;⁸⁰ die enigste geval wat tans nie beskerm word nie is die dienaar of *quasi*-dienaar.⁸¹ Beskermd besit word deur die appèlhof⁸² as besit met die *animus ex re commodum acquirendi* aangegee en in die lig van die talle tradisionele houers wat tans besitsbeskerming geniet, is dit duidelik dat hierdie *animus*-vereiste wyd uitgelê word. Daar bestaan egter geen grondige rede waarom die dienaar of *quasi*-dienaar nie op besitsbeskerming geregtig kan wees nie en waarom buitestaanders, insluitende die eienaar, nie die dienaar se verhouding tot die saak hoef te respekteer nie.⁸³

2 5 Gevolgtrekking

Teen die agtergrond van die voorafgaande uiteensetting kan sekere van die kontroversiële stellings wat hierbo⁸⁴ aangestip is, onder oë geneem word. Van der Walt⁸⁵ toon tereg aan dat een van die knellendste probleme op die terrein van die besitsleer een van terminologie is en dat dit tot geweldigse begripsverwarring aanleiding gee. Dit is egter ironies dat hy self van 'n terminologiese standpunt uitgaan wat só radikaal verskil van die tradisionele soos dit in die bronne gebruik word, dat dit noodwendig op sigself groot verwarring skep en tot eienaardige resultate aanleiding gee indien dit op die navorsingsmateriaal getransponeer word. Hierdie terminologie ontleen hy aan die 1953-proefskrif van Middelberg⁸⁶ wie se opvattinge in hierdie verband selde, indien ooit, doelbewus in die Suid-Afrikaanse regspraktyk nagevolg is. Van der Walt reduceer die betekenis van die begrip *besit* tot die baie eng betekenis van beheer oor 'n saak deur nie-eienaars gepaardgaande met die *animus domini*. Houerskap impliseer vir hom alle gevalle van beheer van 'n saak met 'n ander wilsinhoud as die *animus domini*.⁸⁷ In die lig hiervan kom hy tot die gevolgtrekking dat dit *regshistories* misleidend is om die onderskeid tussen besit en houerskap in die beskerming al dan nie daarvan te vind.⁸⁸ Gesien teen die agtergrond van Van der Walt se terminologie is dit natuurlik misleidend want dan omvat die begrip *houerskap* ook gevalle soos die pandhouer wat tradisioneel wel besitsbeskerming geniet het asook alle ander tradisionele houers wat vandag beskerming geniet. Dit is *regshistories* egter hoegenaamd nie misleidend nie maar juis die wese van die onderskeid tussen besit en houerskap. Hierbo is aangetoon dat daar 'n skerp onderskeid tussen beskermd besit (*possessio*) en onbeskermd houerskap in die Romeinse reg gemaak is. Hierdie onderskeid het die hele Romeinse besitsleer gedomineer, in so 'n mate dat daar selfs gevra is of die *rei vindicatio* wat altyd teen die besitter ingestel word, teen onbeskermd houers kan slaag aangesien hulle beheer nie as besit (*possessio*) gereken word nie.⁸⁹ Hierdie grondliggende onderskeid is tydens die resepsieperiode oorgeneem en tradisioneel is en word

80 Sien Van der Merwe 111.

81 *Mpunga v Malaba* 1959 1 SA 853 (W); *Mbuku v Mdinwa* 1982 1 SA 219 (TK).

82 *Yeko v Qana* 1973 4 SA 735 (A) 739D-E.

83 Sien Kleyn 361-376.

84 Sien par 1 hierbo.

85 1988 *THRHR* 278 ev.

86 Sien Van der Walt *Die ontwikkeling van houerskap* (LLD-proefskrif PU vir CHO 1985) 10.

87 *Idem* 10-11.

88 Van der Walt 1987 *THRHR* 150.

89 Sien par 2 1 en veral 2 1 3 hierbo.

daar tans steeds waar dit oor besitsbeskerming gaan, aanvaar dat besit of *possessio* op beskermde beheer en houerskap of *detentio* op onbeskermde beheer slaan. Die feit dat die term *detentio* nie in hierdie tegniese betekenis in die *Corpus iuris civilis* gebruik word nie, verander nie die saak nie. Dit is die term wat vroeg reeds deur die kanoniste⁹⁰ aangegryp is om houerskap mee aan te dui en wat vandag nog aldus gebruik word.

Verder is dit ook slegs binne Van der Walt se persoonlike terminologiese raamwerk, waar besit *animo domini* tot nie-eienaars beperk word, dat die vreemde stelling dat besit *animo domino* altyd *per se* onregmatig is⁹¹ enigins sin maak. Hierbo⁹² is aangetoon dat die eenaar self (wie se besit tog regmatig is) deurgaans as *possessor* beskou is omdat hy op beskerming deur die besitsremedies geregtig was. Logies sal *animus domini* in eerste instansie aan die eenaarsbesit gekoppel word. Die rede waarom Van der Walt die eenaar by die kategorie van beheer met die *animus domini* uitsluit, is omdat

“[g]eeneen van die regsgevolge wat spesifiek aan beheer met die eenaarsbedoeling gekoppel word . . . die eenaar van die saak ten goede [kan] kom nie omdat hy nie eiendomsreg op sy eie saak kan vestig of ’n verrykingsaksie vir verbeterings aan sy eie saak kan verkry nie”.⁹³

Hierdie benadering maak wel sin in die lig van die feit dat die *animus domini* nòg in die Romeinse reg nòg in die moderne Suid-Afrikaanse reg as onderskeidende faktor tussen beskermde en onbeskermde beheer aangewend kan word en gevolglik streng gesproke slegs by eiendomsverkryging deur verjaring ’n rol speel. Dit negeer egter die feit dat die term “besit” (*possessio*) tradisioneel gebruik word om alle gevalle van beskermde beheer aan te dui en dat sodanige gebruik ingeburger is en deur die bronne ondersteun word. Aangesien beskermde besit nie *per se* onregmatig is nie, spreek die verwarring wat transponering van *ex post facto* gekonstrueerde terminologie op die regshistoriese gegewe kan hê, vir sigself.

Om slegs besit *animo domini* as oorspronklike of ware besit te sien,⁹⁴ is ook ’n historiese mistasting. Dit is wel so dat die eiendomsbegrip en die verbandhoudende beginsels rondom verkrygende verjaring die Romeinse besitsleer gedomineer het,⁹⁵ maar met *possessio* is alle beskermde besit aangedui en dit was nooit tot besitters *animo domini* beperk nie. Dit het ook die sogenaamde *possessores ad interdicta* wat oor ’n ander wilsinhoud as die *animus domini* beskik, byvoorbeeld die pandhouer, ingesluit.⁹⁶ Dit is beskermde *possessio* in hierdie

90 Sien vn 76 hierbo.

91 1987 THRHR 150; 1988 THRHR 511.

92 Sien par 2 1 1 en 2 2 hierbo.

93 1988 THRHR 512.

94 Van der Walt 1987 THRHR 140–141 149 151–153.

95 Sien par 2 3 hierbo.

96 Sien par 2 1 1 hierbo. Van der Walt 1987 THRHR 140–141 voer aan dat Van der Merwe *Sakereg* (1979) 75–76 van mening is dat ware besit of besit *stricto sensu* besit *animo domini* is. Dit is hoegenaamd nie die geval nie. Van der Merwe (tap) toon heeltemal tereg aan dat “[d]eurgaans is aanvaar dat iemand wat *animus domini* het ’n besitter is” (hierby sluit hy die eenaar-besitter in) en vervolg dan dat “[h]iernaas is besitsbeskerming ook verleen aan sekere persone wat nie die *animus domini* gehad het nie, soos die pandhouer . . . Laastens is daar persone soos pagters wat nie as besitters beskou is nie . . .”

sin wat tradisioneel as ware besit gesien is en gekontrasteer is met onbeskermdde houerskap wat nie as besit (*possessio*) gereken is nie.⁹⁷

In die lig hiervan is Van der Merwe se benadering⁹⁸ dat die uitbreiding van besitsbeskerming tot houers 'n uitbreiding van die besitsbegrip behels, nie slegs aanvaarbaar nie maar ook korrek. Die redes waarom hierdie standpunt vir Van der Walt onaanvaarbaar is, kom op die volgende neer:⁹⁹

(a) Hy onderskei twee tipes “besitsremedies”, naamlik dié remedies waar 'n reg op die saak bewys moet word en dié waar geen sodanige bewys vereis word nie, byvoorbeeld die mandament.

(b) Laasgenoemde remedies is nie tot die beskerming van besit beperk nie maar is ook tot die beskikking van houers.

(c) Omdat die regmatigheid van die beheer nie by hierdie remedies ter sprake kom nie, is besitters en houers “van huis uit” daarop geregtig sodat daar geensins sprake van 'n *uitbreiding* na houers is nie en is die onderskeid tussen besitters en houers nie hier van wesenlike belang nie.

(d) Die “besitsremedies” waar 'n reg wel bewys moet word, kom streng gesproke nie die besitter toe nie aangesien sy beheer per definisie onregmatig is en hy gevolglik nie 'n reg sal kan bewys nie. Sy gevolgtrekking is dat besitters *animo domini* dus “geen egte beskerming geniet nie”!

Die vertrekpunt van hierdie argument is egter foutief. Remedies waar 'n reg bewys moet word, was nog nooit en sal ook nooit besitsremedies wees nie; om besitsbeskerming in die lig daarvan te beoordeel, sal noodwendig tot 'n verwronge beeld aanleiding gee. Daar sal hieronder op hierdie punt teruggekeer word¹⁰⁰ sodat die res van die bespreking hier beperk word tot die ware besitsremedies waar geen regte van die partye ter sprake kom nie, met ander woorde tot punte (b) en (c) hierbo.

Daar is reeds¹⁰¹ aangetoon dat die Romeinsregtelike onderskeid tussen beskermdde *possessio* en onbeskermdde houerskap onlogies en onbillik voorkom, dat dit toegeskryf kan word aan die besondere Romeinse kasuïstieke benadering, die werking van die *compossessio*-reël en die versuim om die verskillende besitsfunksies te onderskei, maar dat dit desnieteenstaande 'n groot invloed op die Westerse en gevolglik op die Suid-Afrikaanse besitsleer uitgeoefen het. Dit is nie korrek om te beweer dat besitters en houers van huis uit op besitsbeskerming geregtig is nie. Dit is eerder korrek om te beweer dat besitters en houers van huis uit op besitsbeskerming geregtig behoort te wees – veral in die lig van die feit dat daar by besitsbeskerming buitendien nie op die regte van die partye ingegaan word nie en dit teen die regsgevoel indruis dat sekere persone in beheer

97 Sien par 2 1 1, 2 1 2 en 2 3 hierbo. Sien ook Antonius de Butrio in vn 76 hierbo: “tenebat nudum detentionem, non habet *verum possessorium*” (my kursivering); Baldus *ad X 2 13 2* nr 2: “[R]enunciavit proprietati et possessioni retenta solum asinina detentione, et non habet interdictum, quia cum *non sit verus possessor* . . .” (my kursivering); vgl ook De Groot in vn 77 hierbo: “een huurman ofte die iet leenen . . . niet gezeit en konnen werden te bezitten”. In die lig hiervan is dit dan ook duidelik waarom die teorie van Savigny wat die onderskeid tussen besit en houerskap in die *animus domini* vind, onbevredigend is: sien Van der Merwe (1979) 76, (1989) 108.

98 Sien Van der Merwe (1979) 77 79, (1989) 111.

99 Sien Van der Walt 1987 *THRHR* 142 ev, veral 151.

100 Sien par 3 hieronder.

101 Sien par 2 3 en 2 4 hierbo.

van sake teen eierigting beskerm word maar ander nie. Die punt is egter dat dit nie die geval was of is nie. Sekere persone, die houters, was uitdruklik besitsbeskerming ontê en selfs in die moderne Suid-Afrikaanse reg is dit steeds waar in die geval van 'n houer soos die dienaar of *quasi*-dienaar. In die lig van die feit dat daar ooreenkomstig die Romeinsregtelik gebaseerde besitsleer geredeneer word dat *possessio* slegs op beskermede besit slaan en dat die beskerming van houters impliseer dat so 'n persoon ook as *possessor* gesien moet word (wat eintlik onmoontlik is in die lig van die *compossessio*-reël se verbod teen medebesit), is dit korrek om die beskerming van houters as 'n uitbreiding van die besitsbegrip te sien. Die tendens om besitsbeskerming na houters uit te brei, is een wat reeds in die Romeinse reg 'n aanvang neem, deur die kanonieke reg aangehelp is en in die Suid-Afrikaanse reg byna volvoer is. Dit kom nie neer op 'n geval waar houters in besitters "omgetower" word terwyl hulle

"inhoudelik nog steeds in dieselfde verhouding as voorheen tot die saak staan nie".¹⁰²

Dit kom op 'n terminologiese uitbreiding van die besitsbegrip neer in 'n proses waartydens die onlogiese resultate van die Romeinse kasuïstiek geleidelik ontsnap word. Gevolglik is dit duidelik dat die onderskeid tussen besit en houterskap besig is om te vervaag binne die kader van besitsbeskerming.¹⁰³ Dit is egter ironies dat die Suid-Afrikaanse reg, waarin daar weggedoen is met daardie spesifiek beperkende grondbeginsels van die Romeinse reg waarvolgens beskerming van houters onmoontlik is, te wete die gebrek aan 'n skeiding van verskillende besitsfunksies en aan die ander kant die *compossessio*-reël,¹⁰⁴ steeds gebuk gaan onder die onlogiese resultate van die Romeinse kasuïstiek wanneer besitsbeskerming aan die dienaar ontê word.

3 VERWARRING RONDOM DIE BESITSREMEDIË

By 'n vorige geleentheid¹⁰⁵ is die aard, werking en doel van besitsremedies reeds onder die loep geneem en kan die volgende slegs opsommenderwys hier aangemerk word. Die Suid-Afrikaanse gemene reg was met talle besitsremedies bekend, byvoorbeeld die Romeinse *interdicta uti possidetis, utrubi* en *unde vi*, die kanonieke *exceptio spoliei*, *condictio ex canone redintegranda* en *condictio ex capitulo saepe*, die oud-Franse remedies *rèintegranda* en *complainte*, die oud-Duitse *actio spoliei* en die oud-Nederlandse mandamente van *complainte*, *maintenue* en *spolie*. Die belangrikste kenmerk van hierdie remedies, wat daaraan 'n unieke groeps karakter verleen, is dat hulle slegs gerig is op die beskerming van besit. Tydens die besitsgeding (*iudicium possessorium*) word daar glad nie op die regte (meriete) van die partye ingegaan nie en gevolglik kom die regmatigheid van die besit nie ter sprake nie. Daar word slegs ingegaan

102 Van der Walt 1987 *THRHR* 141.

103 Van der Merwe (1979) 77, (1989) 110.

104 In die Suid-Afrikaanse reg word alle tradisionele houters, behalwe die dienaar, wel deur die mandament beskerm en het die verbod op medebesit gevolglik nooit hier belemmerend ingewerk nie. Hierbenewens het die houe sonder om eens melding te maak van die *compossessio*-reël, medebesit uitdruklik erken in die geval van gades tov sake in die gemeenskaplike huishouding: *Rosenbuch v Rosenbuch* 1975 1 SA 181 (W) 183D; *Oglodzinski v Oglodzinski* 1976 4 SA 273 (S) 275E-G; tov vennote mbt vennootskapsbates: *Amina Bee v Shaik Hoosen* 1946 NP 59 61; *Brighton v Clift* 1970 4 SA 247 (R) 249B-C; tov 'n aantal bouers mbt 'n gebou: *Beetge v Drenka Investments (Isando) (Pty) Ltd* 1964 4 SA 62 (W) 67H.

105 Kleyn "Die mandament van spolie as besitsremedie" 1986 *De Jure* 1-16.

op die besit en die tipe besitsversteuring. Om hierdie rede word onregmatige besit ook beskerm. Die besitsremedie verleen egter net tydelike regshulp aan die besitter aangesien die onsuksesvolle party in die besitsgeding sy aanspraak op die saak suksesvol kon afdwing in 'n daaropvolgende geding op die meriete (*iudicium petitorium*) waar die regte van die partye tot die spesifieke saak wel beoordeel en hul belange teen mekaar afgeweg word. In die lig hiervan word geredeneer dat die objektiewe reg nie die besit kondoneer tydens die besitsgeding waar selfs onregmatige besit beskerm word nie, aangesien meriete nooit ter sprake kom nie. Die *enigste* van die besitsremedies wat in die Suid-Afrikaanse reg oorgeneem is, is die mandament van spolie. Dit is daarom uiters noodsaaklik en nie bloot 'n emosionele opgeskeeptheid met die historiese nie om dit as 'n "waardevolle gemeenregtelike erfenis"¹⁰⁶ te beskou. Dit is slegs vanuit 'n historiese perspektief dat die ware karakter van die mandament, wat inderdaad vreemd voorkom indien dit met ander remedies in die Suid-Afrikaanse reg vergelyk word, begryp kan word. As hierdie feit nie ingesien word nie sal 'n vergelyking en gelykstelling van die mandament met andersoortige remedies, wat hoegenaamd nie as besitsremedies getipeer kan word nie, seer sekerlik tot absurde resultate lei.

Aangesien die aangetaste belang by verskillende vredesbreuke telkens anders is, is verskillende remedies ontwerp om telkens op 'n eiesoortige manier die spesifieke vredesbreuk of potensiële vredesbreuk te remedieer. Die eienaar is byvoorbeeld geregtig op die beskerming van die *rei vindicatio* asook in sekere omstandighede op 'n deliktsaksie, verrykingsaksie en so meer.¹⁰⁷ Die besitter is geregtig op die mandament van spolie en soos die eienaar in sekere omstandighede ook op 'n deliktsaksie, verrykingsaksie en so meer.¹⁰⁸ Niemand poog om by die beskerming van eiendomsreg die *rei vindicatio* en die deliktsaksie aan mekaar gelyk te stel of hulle met mekaar te vergelyk nie – trouens, hulle word skerp van mekaar onderskei.¹⁰⁹ Wat verder opval, is die feit dat die mandament van spolie wat ook tot beskikking van die eienaar is, deur geeneen van die standaardhandboeke oor die sakereg by beskerming van eiendomsreg genoem word nie, terwyl dit soos die *rei vindicatio* ook besitsherstel bewerkstellig. Die rede hiervoor is ooglopend geleë in die feit dat die skrywers by die behandeling van al die remedies waardeur eiendomsreg beskerm word, eiendomsreg voor oë het wat dan ook telkens in die geval van daardie remedies bewys moet word. Verder sal niemand vanuit die perspektief van eiendomsreg die *rei vindicatio* met die mandament vergelyk en dan tot die gevolgtrekking kom dat eiendomsreg nie altyd beskerm word omdat dit nie by die mandament ter sprake is nie. Wanneer gevolglik aangetoon word dat besitters ook soms op ander remedies as die mandament geregtig is, moet begryp word dat daardie remedies nie besitsremedies in die tegniese sin van die term is nie aangesien dit nie daar gaan om die beskerming van 'n blote beheerverhouding sonder verwysing na die regmatigheid daarvan nie.

106 Van der Walt 1988 *THRHR* 290.

107 Sien Silberberg en Schoeman *The law of property* (1983) 286 ev; Van der Merwe (1989) 346 ev; Olivier, Pienaar en Van der Walt 161 ev.

108 Sien Silberberg en Schoeman 135 ev; Van der Merwe (1989) 117 ev; Olivier, Pienaar en Van der Walt 226 ev.

109 Sien die gesag in vn 107 hierbo.

Alhoewel dit wil voorkom of Van der Walt tans, anders as in die verlede,¹¹⁰ blykbaar aanvaar dat die mandament van spolie “die enigste ware besittingsremedie in die huidige Suid-Afrikaanse reg”¹¹¹ is, blyk dit tog dat die konsekwensies van hierdie feit nie behoorlik deurgetrek word nie waar hy in dieselfde uiteensetting ook verklaar dat “die remedie nie soseer die beheer beskerm nie maar eerder die regsorde as ’n geheel dien”.¹¹²

Die versuim om aan die een kant die mandament te aanvaar as enigste besittingsremedie met alles wat dit impliseer, gekombineer met ’n persoonlike terminologiese raamwerk waarbinne besit slegs beheer van nie-eienaars met die *animus domini* (wat met ander woorde *per se* onregmatig is) en houerskap alle vorme van beheer met ’n ander wilsinhoud as die *animus domini* beteken, lei tot die volgende onbevredigende resultate. Van der Walt¹¹³ onderskei twee soorte besittingsremedies, te wete eerstens dié waar ’n reg bewys moet word (byvoorbeeld die deliktsaksies) en tweedens dié waar dit nie die geval is nie (byvoorbeeld die mandament).¹¹⁴ By toepassing blyk dit dat eersgenoemde kategorie glad nie besit beskerm nie want geen reg kan bewys word nie aangesien besit *per se* onregmatig is. Die tweede kategorie (die mandament) het ’n unieke fokuspunt, naamlik die respondent se eiergting (dus die handhawing van die openbare orde) en nie die beheer van die applikant nie.¹¹⁵ Dit word bewys deur die feit dat die hof nie op

110 Vgl Van der Walt 1987 *THRHR* 142 ev waar hy “besittingsremedies” in ’n geval waar die bewys van ’n reg vereis word, met remedies waar ’n reg nie vereis word nie met mekaar vergelyk en uiteindelik (152) tot die gevolgtrekking kom dat “die reg . . . geen egte beskerming aan besit verleen nie”. Hy kritiseer (141) juis vir Van der Merwe omdat lg sy teorie mbt besittingsbeskerming slegs op “een spesifieke besittingsremedie, naamlik die mandament van spolie”, baseer.

111 Van der Walt 1988 *THRHR* 289.

112 1988 *THRHR* 513. Dit is verder opvallend dat die opvatting van 1987 (vn 110 hierbo) nie in die pasvermelde gepubliseerde 1988-intreerede reggestel is nie. Hy wys (288) daarop dat skrywers ander remedies naas die mandament as besittingsremedies sien en verwys dan in vn 87 na Van der Merwe en nie na sy eie uitlatings in 1987 nie. Van der Walt het wel die verskille tussen die mandament en die interdik uitgespel: “Mandament van spolie ’n interdik?” 1984 *De Rebus* 477 ev. Vir sy stelling dat die mandament die enigste ware besittingsremedie is (1988 *THRHR* 289), verwys hy (vn 91) na sy eie vonnisbespreking in 1984 *THRHR* 429 ev waar hy (435) beweer dat “die mandament van spolie glad nie daarop ingestel is om besitsverhoudinge te beskerm nie” en voorstel dat “die mandament nie ’n remedie vir die beskerming van besit genoem word nie”. Hy verwys ook daar na sy proefskrif 715–725 waar die volgende stelling aangetref word (724–725): “Uit hierdie gegewens is dit duidelik onakkuraat om die mandament [as] ’n aksie (*sic*) vir die beskerming van besit te beskou . . . Vir dieselfde redes kan die mandament ook nie as ’n aksie vir die beskerming van houerskap gesien word nie.”

113 1987 *THRHR* 142–153.

114 Van der Walt 1987 *THRHR* 147–148 noem ook die verrykingsaksie in dieselfde asem as die mandament as ’n voorbeeld van besittingsremedies waar daar nie op die regte van die partyte gefokus word nie. Die verrykingsaksie is egter geen besittingsremedie in die tegniese sin van die woord nie. Van der Walt (148) wys self daarop dat die fokuspunt van die remedie ongeregtverdigde verryking is en dat die omvang van die verryking van die aard van besit afhanklik is. Dit beteken dat die *bona fides* en *mala fides* en gevolglik die regmatigheid van die besitter wel deeglik ter sprake is by hierdie tipe aksie. Sulke faktore word geensins by die mandament in ag geneem nie.

115 Sien egter oor die doel of fokuspunt van die mandament Kleyn 1986 *De Jure* 10–16 en Van der Merwe (1989) 125. Lg spreek hom soos volg uit oor die standpunt dat die doel van die mandament die handhawing van openbare orde is: “Aangesien hierdie standpunt geen basis in die historiese ontwikkeling van die mandament het nie en aangesien die *ratio* van alle regsreëls is om die regsorde teen vredesbreuk te beskerm is laasgenoemde standpunt naamlik dat die mandament van spolie primêr daarop gerig is om die besitsverhouding . . . te beskerm, verkieslik.”

die regmatigheid van die beheerverhouding ingaan nie en dit dus ook nie kondoneer nie. Omdat die *animus domini* nie hier die primêre oorweging is nie gaan dit dus nie oor die beskerming van besit nie. Die finale gevolgtrekking is dat die reg geen egte beskerming aan besit verleen nie en dat daar weggedoen moet word met die term “besitsbeskerming”.

Vir diegene vir wie besit slegs onregmatige beheer met die *animus domini* beteken en wat glo dat die mandament bo alle remedies uittroon deurdat dit alleen op die handhawing van die openbare orde gerig is, bestaan “besitsbeskerming” in Suid-Afrika gevolglik nie meer nie. Teen die tradisionele agtergrond van besitsbeskerming

“we should very soon find that the slender paradise our toil has gained for us of an ordered community had been lost and the dreadful ‘reign of chaos and old night’ would be upon us”.¹¹⁶

In die lig van die voorafgaande bespreking in sy geheel, spreek die onaanvaarbaarheid van hierdie standpunt eger vir sigself.

4 “DIE NUWE BESITSLAER”

Van der Walt¹¹⁷ streef na ’n meer vaartbelynde en nuwe besitslaer wat gestroop is van verwarrende en uitgediende konsepte en terminologie. So ’n poging is nie alleen lofwaardig nie maar ook noodsaaklik. Hoewel daar nie binne die bestek van hierdie bydrae in volle besonderhede hierop ingegaan kan word nie, kan die volgende wel aangemerkt word. Tereg word aangevoer¹¹⁸ dat daar gerus weggedoen kan word met begrippe soos *civilis possessio* en *naturalis possessio*. Die mening dat alle Latynse besitsbegrippe en uitdrukkings laat vaar moet word,¹¹⁹ moet ’n mens miskien versigtiger benader. Begrippe soos *mala fide* en *bona fide* transendeer die juridiese terrein as oorbekende terme wat ook in leketaal sin maak en wat weinig indien enige verwarring veroorsaak. Ander begrippe, byvoorbeeld *animus domini* en *corpus*, het eweneens geykte vasomlynde betekenis en in sekere gevalle is die omskrywing van bekende kort Latynse begrippe in enige ander taal doodeenvoudig omslagtig. ’n Mens moet aanvaar dat elke dissipline tog maar sy eie vaktaal het.

Hoe dit ook al sy, in beginsel poog Van der Walt om ’n eenduidige omskrywing van besit te vind. Hy ondervind probleme met die huidige benadering ingevolge waarvan aanvaar word dat ’n eenduidige omskrywing nie moontlik is nie maar verskillende funksies van besit onderskei word en besit telkens in die lig van die besondere funksie omskryf word – in meeste gevalle met verwysing na die spesifieke *animus* van die besitter.¹²⁰

’n Oorkoepelende begrip waarmee daar oor die algemeen na die verhouding tussen ’n individu en ’n saak verwys kan word, word gevind in die term *beheer*. Die term *besit* is onaanvaarbaar aangesien daar

“’n enger betekenis in spesifieke kontekste aan dieselfde begrip geheg word”.¹²¹

116 *Per Price R in Greyling v Estate Pretorius* 1947 3 SA 514 (W) 517.

117 1988 *THRHR* 276 ev 508 ev.

118 *Idem* 278 510.

119 *Idem* 510.

120 Sien oor die besitsfunksies Van der Merwe (1989) 92–95 106–107; Silberberg en Schoeman 123–130.

121 1988 *THRHR* 510.

Beheer bestaan uit 'n fisiese en 'n geestelike element. Daar bestaan egter “besondere verskyningsvorme” van beheer wat

“deur die betrokke kombinasie van fisiese en wilselmente bepaal word en verskillende regsgevolge kan aan die bestaan, oordrag, aantasting, versteuring of verlies van sodanige beheer geheg word”.¹²²

Vervolgens onderskei Van der Walt regmatige en onregmatige beheer, beheer met goeie en kwade trou asook beheer met die eienaarsbedoeling wat gereserveer word vir onregmatige beheerders aangesien die eenaar se bedoeling irrelevant is vir die regsgevolge van sy beheer. By die onregmatige beheerder met eienaarsbedoeling gee hy toe dat in die lig van die verjaringswette, die begrip *besit* maar gebruik kan word. Vir diegene wat 'n saak beheer sonder eienaarsbedoeling kan die term *houerskap* gebruik word of moet die aard van hul beheer telkens nader omskryf word.¹²³

Dit is egter onduidelik, in die lig van die talle verskyningsvorme van *beheer*, hoe daar geredeneer kan word dat daar anders as in die geval van *besit* nie “'n enger betekenis in spesifieke kontekste aan dieselfde begrip geheg word” nie. Dit is verder onduidelik in welke mate daar werklik ontsnap word aan die tendens om *besit* in die lig van die onderskeie funksies daarvan te omskryf. Die stelling dat dit

“onnodig is om die verskillende funksies van beheer te onderskei soos wat tans met die funksies van *besit* gedoen word, omdat beheer nie vir elkeen van die funksies verskillend omskryf word nie”,

maak nie eintlik sin nie. Vir sover die term *beheer* telkens in die terme “beheer met die eienaarsbedoeling”, “onregmatige beheer” en so meer dieselfde bly, verskil dit geensins van “*besit* met die eienaarsbedoeling” en “onregmatige *besit*” nie. Daar word toegegee dat die besitsfunksies deur sekere skrywers nie behoorlik onderskei word nie en dat vae, verwarrende of uitgediende terminologie soos *natural possession* en *judicial possession* vermy moet word.¹²⁴ Dit beteken egter nie dat die huidige omskrywing van *besit* in die lig van sy funksies só vaag en verwarrend is dat dit die Suid-Afrikaanse besitsleer in 'n onhanterbare moeras verander het nie. Wat nodig is, is 'n verskerping in dissipline by die hantering van begrippe eerder as om die kind met die badwater uit te gooi.

Aangesien die begrip *beheer* ook verskillende verskyningsvorme vertoon, ontstaan die vraag: “Wat is fout met *besit*?” *Besit* is 'n term wat vir eeue lank in die regstaal ingeburger is sodat dit uit 'n praktiese oogpunt te betwyfel is of die term *beheer* in tegniese sin inslag sal vind. In die moderne Suid-Afrikaanse reg waar besitsbeskerming na alle houe behalwe een geval uitgebrei is,¹²⁵ het die term *besit* sy tradisionele betekenis van *beskermde besit* verloor en beteken dit in wese ook maar *beheer*. Daar bestaan geen rede waarom die hele Suid-Afrikaanse besitsleer nie beskryf kan word met die *noukeurige* gebruik van die terme *besit* (met verskillende vorme van die wilselmente) en *houerskap* vir die enkele gevalle wat nie besitsbeskerming geniet nie.

122 *Idem* 511.

123 *Idem* 512.

124 *Idem* 285–295.

125 Sien par 2 4 en 2 5 hierbo.

The role of fault in determining the lawfulness of competition*

PQR Boberg

BA LL.M. LL.D.

Professor of Law, University of the Witwatersrand

OPSOMMING

Die rol van opset by die bepaling van die regmatigheid van mededinging

Die outeur is van mening dat opset (*dolus*) 'n noodsaaklike kwalifikasie van onregmatigheid in die mededingingstryd is. Die belangrike implikasie hiervan is dat *dolus* beweer en bewys moet word voordat 'n aansoek om 'n interdik teen onregmatige mededinging toegestaan sal word, nie teenstaande die feit dat skuld nie 'n vereiste vir die interdik is nie.

In this article I shall put forward the proposition that the delict of "unfair competition" is not committed unless the defendant acted intentionally, that is, with *dolus*. By "unfair competition" I mean that innominate species of unlawful competition first recognized in our law by Mr Justice Corbett (as he then was) in *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd*,¹ a decision confirmed by the Appellate Division in *Schultz v Butt*.² I do not include other forms of unlawful competition, such as passing-off, in relation to which it has already been held that *dolus* is not a requirement. For convenience I call this "unfair competition", as indeed the court did in *Schultz v Butt*, though I am well aware that "unfairness" is not the only criterion of unlawfulness in such cases – as the court also was in *Schultz v Butt*.³

* Paper read at a seminar on unlawful competition conducted by the Department of Private Law, University of South Africa, on 1989-11-03.

1 1968 1 SA 209 (C).

2 1986 3 SA 667 (A).

3 "While fairness and honesty are relevant criteria in deciding whether competition is unfair, they are not the only criteria. As pointed out in the *Lorimar Productions* case [1981 3 SA 1129 (T) 1152-1153], questions of public policy may be important in a particular case, eg the importance of a free market and of competition in our economic system" (per Nicholas AJA 679E).

By using the expression "unfair competition" I do not imply that there is a wrong of "unfair competition" distinct from the wrong of unlawful competition (cf McKerron's criticism of the *Dun and Bradstreet* decision (*supra*) in *The law of delict* (1971) 271-272, and its refutation by Theron J in *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd* 1977 2 SA 221 (C) 249-250). I imply only that there is a species of unlawful competition, conveniently called "unfair competition", which is wrongful, not because the facts fall within an established or "crystallised" category of unlawful competitive conduct, such as passing-off, but because the "general sense of justice of the community" (*Schultz v Butt supra* 679C), influenced by considerations of fairness, honesty and public policy, would brand it wrongful.

My discussion is indeed concerned with wrongfulness, not fault. Though at first sight my thesis that *dolus* is necessary may seem to concern itself with the fault element of the delict, it is not so. It is my contention, not that *dolus* is required for fault, but that it is required for wrongfulness. In short, I say that unfair competition is not wrongful unless it is accompanied by *dolus*.

The important implication of this, as everyone will readily perceive, is that, if I am right, *dolus* will have to be alleged and proved before an interdict can be granted against unfair competition, despite the fact that fault is not a requirement of an interdict.⁴ That is because, although fault is not required, wrongfulness certainly is, and the defendant's conduct will not be wrongful unless he acted with *dolus*.

The suggestion that the fault element of a delict can influence the wrongfulness element has sometimes been received with scorn. Jurists who make that suggestion have been subjected to the modern equivalent of stoning – they have been accused of confusing the elements of a delict. Yet it is the stoners who err. Liability for causing damage by words rather than deeds has long depended on whether the actor used the words with the intention to deceive – in which case he may be guilty of the crime and the delict of fraud – or merely negligently – in which case he may not be liable at all. The relevance of motive – also a mental state – as a determinant of wrongfulness in certain cases is generally accepted.⁵ Dednam puts the relationship between wrongfulness and fault in perspective when he says:⁶

“Die regmatigheid van ’n persoon se handeling dui daarop dat hy volgens die algemene gemeenskapsopvatting redelik opgetree het in die bepaalde omstandighede. As sodanig is die toets vir redelikheid objektief en word geleer dat die dader se gesindheid geen rol moet speel by die regmatigheidsvraag nie.

Dié houding is nie heeltemal korrek nie. Die feit dat die dader se gesindheid betrek word, berooft nie die toets van sy objektiwiteit nie: dit bly steeds die gemeenskapsopvatting wat die redelikheid al dan nie bepaal. Al verskil is dat die subjektiewe gesindheid van die dader nou bygereken word as een van die feitlike omstandighede wat beoordeel moet word ten einde te beslis of die handeling redelik is. Die toets boet slegs sy objektiwiteit in wanneer die dader se eie beskouing van die regmatigheid al dan nie van sy optrede as toets gebruik word.”

In other words, the actor's fault may affect the objective reasonableness, and hence the lawfulness, of his conduct. Undoubtedly there are circumstances in which the community will more readily brand conduct wrongful if it is accompanied by intention than if it is merely negligent.

Before 1968 our courts, influenced by English law, regarded as unlawful competition only those forms of conduct that fell within the stereotype wrongs known as “passing-off”, “injurious falsehood” and the like. This did not mean, however, that they constituted “specific torts” or that liability was confined to these

4 See *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 1 SA 102 (A) 106A–B; *Hawker v Life Offices Association of South Africa* 1987 3 SA 777 (C) 780H–I; *Elida Gibbs (Pty) Ltd v Colgate Palmolive (Pty) Ltd (1)* 1988 2 SA 350 (W) 353F; Van der Merwe and Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1985) 502 504. I am, of course, aware that the decision in *Elida Gibbs* is against the thesis put forward in this article. I shall deal with that decision later.

5 See now also *Hawker v Life Offices Association of South Africa supra* 781E–F.

6 1977 *Meditationes Medii* 21. For further citations see Boberg *The law of delict I: Aquilian liability* (1984) 39.

instances. In *Geary and Son (Pty) Ltd v Gove*⁷ Steyn CJ characterised the remedy for unlawful competition as an Aquilian action:

“The plaintiff’s action is Aquilian. It sues in delict. What it apparently seeks to allege is the wrongful interference by a competitor with its rights as a trader. Although there is no clear statement to that effect in the declaration as amplified, the right upon which the plaintiff may be presumed to rely is its right to attract custom. The interference alleged would, on that basis, appear to be a wilful misrepresentation and dishonest conduct on the part of the plaintiff’s competitor by which customers or potential customers have been or will be induced to deal with the competitor rather than with itself. I do not propose to attempt a definition of the limits set to competition in trade by Aquilian liability, but whatever those limits are, it seems clear that interference of the nature indicated is recognized as an infringement of a trader’s rights and therefore as a delict in our law.”

In this case the plaintiff alleged that the defendant had deliberately advertised falsely that it manufactured suspension coil springs for motor vehicles, and that it had sold such springs as being of its own manufacture, whereas in truth the defendant had at no material time manufactured suspension coil springs, and the springs that it had sold as being of its own manufacture had in fact been manufactured by the plaintiff. The action was therefore not one for passing-off (in which the defendant misrepresents his own goods as being those of the plaintiff), but rather one for “passing-off in reverse”. However, no finding was made on the merits, for the matter came before the court on exception and resulted in the striking-out of the plaintiff’s declaration as a whole on the ground that it was vague and embarrassing.

Geary and Son (Pty) Ltd has two important features:

- (a) the court’s characterisation of the remedy as an Aquilian action, thus implying that it is governed by ordinary Aquilian principles and requirements of liability, and opening the way for future development without the constraint of fitting the facts within a specific delict; and
- (b) the identification of the wrongfulness of the defendant’s conduct as residing in his interference with the plaintiff’s right to attract custom (that is his “werfkrag” or “goodwill”).⁸

Since the remedy for unlawful competition is Aquilian, it has been suggested by certain writers that intention is not required: negligence should suffice for liability. It is true, they concede, that Steyn CJ in *Geary’s* case required the plaintiff to allege and prove

“that the defendant has, by word or conduct or both, made a false representation, that it knew the representation to be false, that the plaintiff has lost or will lose customers, that the false representation is the cause thereof, and that the defendant intended to cause the plaintiff that loss by the false representation”.⁹

But this passage, they point out, is immediately preceded by the statement that “[t]he plaintiff does not base its case upon a misrepresentation negligently made, but upon wilful falsehood, ie an intentional wrongful act on the part of the defendant”.

7 1964 1 SA 434 (A) 440–441.

8 See Van Dijkhorst J in *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd* 1981 2 SA 173 (T) 182D–E, who says that this is “the same as the ‘reg op die werfkrag’ which is the right HJO van Heerden seeks to protect in *Grondslae van die Mededingingsreg* . . . Sometimes this is referred to as the trader’s goodwill, which is defined by Lord MacNaughten in *Commissioners of Inland Revenue v Millar & Co Margarine Ltd* [1901] AC 217 at 224 as ‘the attractive force that brings in custom’ ”.

9 441C–D.

Thus it must be read in that context.

One of the writers to whom I refer is Professor SJ Naudé, who, in his contribution on *Competition to The Law of South Africa*, says that Steyn CJ "took care to point out" that the plaintiff did not base its case upon negligent misrepresentation.¹⁰ The other authors are Mr Justice HJO van Heerden and Professor J Neethling. In their *Onregmatige mededinging*¹¹ they have the advantage, unlike Naudé, of writing after *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk.*¹² This, perhaps, has encouraged them to put the case for a liability based only on negligence far more strongly.¹³ They proclaim:¹⁴

"[A]angesien opset en nalatigheid oor een kam geskeer word sover dit Aquiliese aanspreeklikheid betref, kan die ontwikkelingsproses as voltooid beskou word slegs indien in die huidige reg elke onregmatige, skadestigtende handeling die dader tot skadevergoeding verplig, ongeag die skuldvorm by hom aanwesig. Daarom is 'an action under the *lex Aquilia* based upon *dolus*' onbestaanbaar as daarmee bedoel word 'n Aquiliese aksie wat slegs beskikbaar is ten opsigte van *opsetlike* onregmatige skadeveroorsoeking. Dit het tog geen sin nie om in die een asem van 'n Aquiliese aksie te praat en in die ander die wesenskenmerk van sodanige aksie – naamlik die gelykskakeling van opset en nalatigheid sover dit die skuldvereiste aangaan – te verontagsaam. Dié opvatting sou immers neerkom op die erkenning van twee soorte Aquiliese aksies: een waarby opset, en 'n ander waarby óf opset óf nalatigheid as aanspreeklikheidsvereiste geld. En dan moet 'n mens weer vra: welke sin het dit om die eerste met die benaming van Aquiliese aksie te vereer? Intendeel kan dit alleen verwarring in die hand werk en die sistematiek van ons reg geweld aandoen. Nieteenstaande herhaling moet daarom weer eens beklemtoon word dat van Aquiliese aanspreeklikheid alleen sprake kan wees indien prinsipiële en 'n opsetlike en 'n nalatige handeling tot skadevergoeding verplig."

I pause here to point out that, while the *Trust Bank* case certainly recognised the availability of an action for pure economic loss arising from a *negligent* misstatement, it by no means accorded it the same treatment as an action for pure economic loss arising from an *intentional* (that is, a fraudulent) misstatement. Whereas it is *prima facie* wrongful – indeed, even criminal – to cause economic loss by intentionally making a false statement, the wrongfulness of a misstatement made negligently is far from self-evident. On the contrary, it is a matter for anxious consideration by the court, which can arrive at a decision only after weighing considerations of public policy. The truth of this emerges clearly from the remarks of Rumpff CJ in *Trust Bank*, who said:¹⁵

"Na my mening kan en behoort die eisgrond in die onderhawige saak in die uitgebreide trefgebied van die *lex Aquilia* geplaas te word. Hieruit sou volg dat, volgens ons heersende

10 Vol II (1977) par 509 fn 13. This may, however, be to read more into Steyn CJ's judgment than was intended. In fn 17 Naudé says that "the possibility of recovering pecuniary loss resulting from negligent disparagement cannot be excluded".

11 (1983) 20–23 26 28–89 176–179.

12 1979 3 SA 824 (A).

13 They claim support also from a *dictum* of Howie AJ in *Link Estates (Pty) Ltd v Rink Estates (Pty) Ltd* 1979 2 SA 276 (E) 281C–D: "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 . . . It was enough for the appellant to prove negligence . . ." But this was in the context of the established wrong of passing-off. When it comes to what they call "misleiding ten aansien van die eie prestasie", Van Heerden and Neethling 89 concede: "Die meeste beslissings wat op die voetspoor van die *Gove*-saak gevolg het, bevestig slegs dat Aquiliese aanspreeklikheid geknoop word aan die bedrieglike of opsetlike wanvoorstelling ten aansien van die eie onderneming (prestasie) wat 'n mededinger se werfkrag nadelig tref."

14 20–21.

15 832–833.

norme, daar onregmatigheid vereis word en skuld. Die vrees van die sg 'oewerlose aanspreeklikheid' kan ook alleen dan besweer word, indien by elke gegewe geval dit die taak van die hof is om te beslis of daar in die besondere omstandighede 'n regsplig op die verweerder gerus het om nie 'n wanbewering teenoor eiser te doen nie, en ook of die verweerder in die lig van al die omstandighede, redelike sorg uitgeoefen het, onder andere, om die korrektheid van sy voorstelling vas te stel. By afwesigheid van 'n regsplig, is daar geen onregmatigheid nie."

Moreover, while Van Heerden and Neethling have the advantage of writing after *Trust Bank*, they also have the disadvantage of writing before *Lillicrap, Wasenaar & Partners v Pilkington Brothers*.¹⁶ Affirming the role of public policy in controlling liability for pure economic loss caused negligently, Grosskopf AJA said:

"It is true that the judgment in *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 (3) SA 824 (A) removed whatever doubt there may have been about the validity of . . . a claim [based upon negligent misstatement] as a matter of principle, but the same case rendered it clear that liability in a concrete case would depend *inter alia* on whether the defendant's conduct was wrongful in the delictual sense, which in turn involves policy considerations . . . In this respect misstatements do not differ, in principle, from other forms of allegedly wrongful conduct. In assessing the relevant policy considerations I have not in fact found it helpful in the present case to determine to what extent the appellant's conduct which is alleged to be wrongful should be regarded as misstatements, as distinct from other forms of conduct . . .

The main point of difference [between my judgment and the judgment of the court *a quo*] relates to the court's approach to the question of wrongfulness, which involves the extension of delictual liability in the present case to circumstances not covered by existing authority."

Having quoted a passage from the judgment of Lord Wilberforce in *Anns v Merton London Borough Council*¹⁷ which, he said, the court *a quo* had adopted, Grosskopf AJA continued:

"However, the approach of English law seems to me to be different from ours . . . English law adopts a liberal approach to the extension of a duty of care. If there is a sufficient relationship of proximity between the parties such that, in the reasonable contemplation of the alleged wrongdoer, carelessness on his part may be likely to cause damage to the plaintiff, there is a *prima facie* duty of care, which is excluded only if the court considers that there are considerations which ought to negate, reduce or limit the scope of the duty. South African law approaches the matter in a more cautious way, as I have indicated, and does not extend the scope of the Aquilian action to new situations unless there are positive policy considerations which favour such an extension."

This passage, it seems to me, makes it abundantly clear that in South African law it is not *prima facie* wrongful to cause economic loss negligently: the court must be satisfied that considerations of policy favour the imposition of liability in the particular factual context.

Whether one welcomes this new mood of judicial conservatism or deplors the reaction to *Trust Bank* that it represents – and I belong to the latter class, as most of you will know¹⁸ – is not important. What is important is that at present it reflects the approach of our law to the extension of Aquilian liability to new situations.

Which brings me to the question: What has all this to do with unfair competition? A great deal, I suggest. Although lawyers of a bygone age may have regarded unlawful competition as a "separate tort", its Aquilian affiliations have

16 1985 1 SA 475 (A) 503F–505F.

17 [1978] AC 728 751.

18 See my comment on the *Lillicrap* case in 1985 *SALJ* 213.

been all too clear since *Geary's* case. And although the crystallised or stereotyped forms of unlawful competition may be governed by rules that evolved over a long period and under the influence of English law, the manifestation of unlawful competition that I have called "unfair competition" first drew breath as recently as 1968,¹⁹ achieving its (premature) majority at the age of 18 years in 1986.²⁰ That fledgling delict is certainly a "new situation" in the long temporal perspective of the law. And it is my submission that it needs to be controlled by confining its application to situations in which the defendant acted intentionally.

Lest I be misunderstood, let me say that my submission is not directly in conflict with the views of Naudé, Van Heerden and Neethling. They reject a requirement of intention in the context of the fault element of the delict. I am quite prepared to concede that negligence may serve equally with intention as a manifestation of fault. What I say is that the requirement of *wrongfulness* is not satisfied unless the defendant acted intentionally.²¹

Let us turn to the cases that spawned and nurtured this new strain of unlawful competition.

Dun and Bradstreet was not decided in a vacuum. Its inspiration, I believe, was the decision of the United States Supreme Court in *International News Service v Associated Press*.²² Here the defendant news agency, having fallen foul of the authorities in France, found it difficult to obtain news of the First World War directly. Accordingly, it copied war news obtained by the plaintiff – a rival news agency – and supplied this to its own client's newspapers. In granting an injunction against the defendant, the majority of the court said:²³

"In doing this defendant, by its very act, admits that it is taking material that has been acquired by complainant as the result of organization and the expenditure of labour, skill and money and which is saleable by complainant for money, and that defendant, in appropriating it and selling it as its own, is endeavouring to reap where it has not sown, and by disposing of it to newspapers that are competitors of complainant's members is appropriating to itself the harvest of those who have sown."

Mr Justice Corbett in *Dun and Bradstreet* considered this decision to be "peculiarly apposite in the present case".²⁴ Applying it, the judge said:²⁵

"In such circumstances the conduct of a rival trader who obtains and, well knowing the position, uses the information to advance his own business interests and activities amounts to a deliberate misappropriation and filching of the products of another's skill and labour. Such conduct must, in my view, be regarded as dishonest and as constituting a fraud upon the compiler of the information. I consider that, as in the case of false misrepresentations concerning one's own wares or passing-off, our courts should treat this as constituting unlawful competition and as being actionable at the suit of the trader damaged thereby. As in those cases, the conduct of the trader misappropriating the information would amount to an infringement of the rights of the compiler thereof to carry

19 As a result of the decision in the *Dun and Bradstreet* case *supra*.

20 In *Schultz v Butt supra*.

21 Neethling, Potgieter and Visser *Deliktereg* (1989) 256, while agreeing with Van Heerden and Neethling that intention is not required to satisfy the *fault* element of unlawful competition, make a sharp distinction between fault and wrongfulness in this context, and stress that the central issue is one of wrongfulness: "Nietemin is dit veral die vraag na die *onregmatigheid* van 'n mededingingshandeling wat hier van kardinale betekenis is – 'n vraag wat nie altyd so maklik is om te beantwoord nie."

22 248 US 215 (1918).

23 239–240.

24 220.

25 221–222.

on his trade and attract custom without unlawful interference from competitors, and the damage suffered would normally consist of the loss of customers or potential customers who have been induced by such conduct to deal with his competitor rather than the compiler himself. Bearing in mind the Aquilian character of a claim based upon such conduct, it seems to me that the suffering of damage in this form and its causal connection with the acts of unlawful competition are essential ingredients of the claimant's cause of action."

In the twenty-one years that have elapsed since *Dun and Bradstreet* was decided, the notion of "unfair competition" has received a fair amount of judicial attention.²⁶ In none of those judgments was liability imposed for negligent conduct; in all of them the elements of "deliberation", "dishonesty", "misappropriation", "filching" and "fraud" were stressed. It is difficult to see how those several manifestations of turpitude can blossom in soil nourished only by negligence. Let me read some of the relevant passages to you.

The first is from *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd*.²⁷ Here Diemont J, having referred to *Dun and Bradstreet*, said:²⁸

"It must be conceded that these phrases, fairness in competition and honesty in trade, have an old-fashioned ring about them which may cause the cynic in business to smile, but it is right that the courts should have regard to and emphasize these virtues. Moreover the phrases are somewhat elastic, as difficult to apply in some cases as the concept of the reasonable man is difficult to apply. Nevertheless, if our law is to develop and is to offer the commercial man protection from unlawful interference in his business, the courts will not disregard the words fairness and honesty.

A trader who makes fraudulent misrepresentations about his own business to the detriment of his rival's business is guilty of unlawful interference. So also a trader who passes off his goods as being those of a competitor, or makes injurious false statements concerning his competitors' business. In each case the interference is unlawful and actionable; and in each case the conduct is unfair or dishonest. I have no doubt that the trader who filches information from a competitor, information which he knows to be secret and confidential, and which has been developed by the competitors' skill and industry, is acting unfairly and dishonestly if he uses the information for his own profit and to the detriment of his rival. His conduct amounts to deliberate misappropriation of a business asset which was acquired by another's skill and industry. It is difficult to appreciate how this conduct differs in principle from the conduct of a man who steals goods from the shelves of a rival's shop. Both types of conduct constitute unlawful interference with the trade of another; both types of conduct are in my view actionable, and fall within the principles of the *lex Aquilia*."

Note that the presence of *dolus* is assumed throughout. For Diemont J, the hallmark of unfair competition is the defendant's dishonesty in the form of his knowledge that he is stealing something from his rival and using it unfairly and dishonestly.²⁹

26 McKerron criticises the decision on the ground that it gave the courts too wide a discretion (see *Delict* 271–272). He cites *Post Newspapers (Pty) Ltd v World Printing & Publishing Co Ltd* 1970 1 SA 454 (W) in support of his view, but it is submitted that the decision is irrelevant. In that case Nicholas J (as he then was) did not criticise *Dun and Bradstreet*: he merely rejected the submission that the facts before him fell within the "broad concept" of unlawful competition discussed in that case (see *Boberg* 1970 *Annual Survey* 161; *The law of delict* 164–165). Other writers found no fault with *Dun and Bradstreet*: see eg Naudé *op cit* par 504; Van der Merwe and Olivier *Die onregmatige daad* 382 fn 9; Copeling 1968 *THRHR* 190; Van Heerden and Neethling *op cit* 136 fn 99; *Boberg* 1968 *Annual Survey* 195; *The law of delict* 164.

27 1972 3 SA 152 (C).

28 161–162.

29 Subsequent appeals in the *Stellenbosch Wine Trust* case (see 1974 1 SA 729 (A)) are not relevant to the present issue.

In a further instalment of the winemakers' saga, *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd*,³⁰ Theron J said that McKerron had "completely misunderstood" the *Dun and Bradstreet* decision.³¹ He continued:³²

"As I read this, it cannot be inferred that the learned judge held that our law recognized 'a wrong of unfair, as distinct from illegal, competition'. What he held was rather that competition which was unfair and dishonest could be considered to be illegal. In other words, in his view such competition could be classed as an unlawful infringement of the rights of a competitor to exercise his calling. I may be wrong, but as I understand it, Corbett J meant to place his emphasis on the element of dishonesty and not to suggest that 'unfairness', in any wide sense, alone could render competition unlawful."

It is difficult to imagine dishonesty without *dolus*.³³

In *Prok Africa (Pty) Ltd v NTH (Pty) Ltd*³⁴ Goldstone AJ held that an exclusive licensee, as distinct from an owner, could sue for the misuse of confidential information only if the defendant had acted with *dolus*. Having quoted Corbett J's remarks in *Dun and Bradstreet*³⁵ about the relevance of fairness and honesty in determining the limits of lawful competition, his lordship continued:³⁶

"If A is in lawful possession of the confidential information of B and such possession was obtained by A to further his own business interests, it would be a wrong committed against A for C, a trade rival of A, to obtain that information by dishonest means from A for the purpose of using it to the detriment of the business of A. That it might also be a wrong committed against B is another matter. Once there is dishonest conduct of the type just posited and loss or damage suffered thereby to the person against whom the wrong has been committed, it seems to me that the requisites for Aquilian liability are present."

The court concluded:³⁷

"Where the information has been obtained by C by honest means or by means having nothing to do with A (who is not the owner of the information or trade secret) it is only the owner B who can sue for common-law infringement . . . However, where such information has been improperly obtained by C from A in circumstances where its use by

30 1977 2 SA 221 (C).

31 The decision, opined Theron J, was "soundly based on principle and will stand the test of time" (248H). Its correctness had been accepted by Diemont J in the *Stellenbosch Wine Trust* case (*supra*), by Margo J in *Latham v Sher* 1974 4 SA 687 (W) and by all writers except McKerron.

32 249-250.

33 That Theron J regarded intention as crucial to liability appears clearly from his summary of the requirements for an interdict in the matter before him (251A-B). Expressly applying *Geary & Son (Pty) Ltd v Gove supra*, he said that the plaintiff had to establish "(1) that the defendant has, by word or conduct or both, made a false representation; (2) that it knew the representation to be false; (3) that the plaintiff has lost or will lose customers; (4) that the false representation is the cause thereof; and (5) that the defendant intended to cause the plaintiff that loss by the false representation". As to (5), he continued, *dolus eventualis* would suffice (251C-D). Theron J went on to say that in *Dun and Bradstreet* Corbett J "accepted the *ratio* of the Appellate Division decision [in *Geary and Son (Pty) Ltd v Gove*] to have been that it was unlawful for a rival trader to make *fraudulent* misrepresentations as to his own business", and that in *Stellenbosch Wine Trust* Diemont J "regarded it as established that a trader who made *fraudulent* misrepresentations about his own business to the detriment of his rival's business was guilty of unlawful interference" (251F-G; my emphasis). Van Heerden and Neethling *op cit* 89 correctly point out that Theron J erred in requiring any form of fault for an interdict (see too Van Schalkwyk J in *Elida Gibbs (Pty) Ltd v Colgate Palmolive (Pty) Ltd* 1988 2 SA 350 (W) 355E-I). But this does not affect the argument that intention is necessary to satisfy the wrongfulness element.

34 1980 3 SA 687 (W).

35 218-219.

36 696-697.

37 697E-G.

C will cause damage to A then the latter has a right in his own name to protect his own interests.

This conclusion is no doubt a further extension of the Aquilian relief for 'unfair competition'. However, such extension seems to me to be implicit in the judgments to which I have already referred."

This is more than just another case in which "unfair competition" involved an element of deliberate dishonesty and filching between the parties. Here the defendant's liability to the licensee is expressly made to depend on procurement by dishonest means – that is, with *dolus*. Thus the judgment supports my contention that the form of fault – that is, *dolus* – is significant in deciding whether particular conduct is unlawful. For the *ratio* of the decision is that misusing trade secrets is unlawful *vis-à-vis* the licensee only if the secrets are procured by improper means, that is, with *dolus*.³⁸

In 1981 Van Dijkhorst J, in *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd*,³⁹ attempted to refine the criterion of unlawfulness in competition cases not falling within a stereotyped category. Having concluded from a review of the cases that it was

"clear . . . that what HJO van Heerden advocated in 1958 has now firmly become entrenched, namely that the law of South Africa recognizes and grants a general action in the case of unlawful competition, based on the principles of the *lex Aquilia*",⁴⁰

Van Dijkhorst J essayed "to determine (if possible) the criteria applied and the scope thereof". Lamenting upon "the difficulty of determining the dividing line between lawful and unlawful interference with the trade of another",⁴¹ Van Dijkhorst J noted that in *Dun and Bradstreet Corbett J* had "stressed the element of dishonesty as a criterion in the case before him",⁴² and expressed agreement with Theron J's interpretation of this in the *Stellenbosch Wine Trust* case (*supra*) as meaning "that Corbett J placed his emphasis on the element of dishonesty and did not suggest that 'unfairness' in any wide sense alone could render competition unlawful".⁴³

His lordship continued:⁴⁴

38 It is true that Goldstone AJ also said (697E-F) that the *owner* could sue even where the information had been obtained by honest means – ie without *dolus*. But the remark was *obiter*: the owner's rights were not in issue. Moreover, the case cited by Goldstone AJ in support of this proposition – *Clifford Harris (Pty) Ltd v SGB Building Equipment (Pty) Ltd* 1980 2 SA 141 (T) – is not in point. In this case the full bench (per Nicholas J) decided merely that the licensee of a patent has no action for infringement. Obviously an action for patent infringement is quite different from a delictual action for unfair competition. The court said nothing about the patent owner's right to sue for infringement. No doubt there is no requirement of fault on the part of the infringer, but that is because infringement is *prima facie* wrongful. On the other hand, in an action for unfair competition the lawfulness or otherwise of the defendant's conduct is the central issue. Since (as the authorities make clear) it is not the interference with a proprietary interest but the interference with the plaintiff's "werkkrag" that is the essence of the wrong, it should make no difference whether the plaintiff is the owner or merely a licensee. Thus it is submitted that in an action for unfair competition (as distinct from an action for infringement of a patent) it makes no difference whether the plaintiff is the owner or a licensee: dishonesty – ie *dolus* – is required for wrongfulness in both instances.

39 1981 2 SA 173 (T).

40 186D.

41 186E.

42 186G-H.

43 186 *in fine*.

44 187D-H.

"To summarize: The test of unfairness *per se* as basis for unlawfulness has not been accepted by our courts. On the other hand the courts have not been called upon pertinently to deal with the question. If fairness is to be the criterion which is to be applied, we would be lost in a sea of uncertainty. The individual regards as unfair that which is contrary to his moral convictions. But whose convictions are then to be decisive? A particular individual might regard as unfair trade practices commonly accepted in his society, eg, governmental competition with private enterprise or a price war between a chain store and a small corner grocery shop, where the outcome is the inevitable demise of the latter. Yet these are well-known phenomena. Unfairness *per se* cannot in my view be the criterion.

Can the criterion be dishonesty? As appears from the cases to which I have referred, where relief was granted it was done on the basis of dishonest conduct. If dishonesty is the criterion the result in the *Post Newspaper* case would have been different. As appears from the judgment therein dishonest puffery in extolling one's own wares is sometimes countenanced by the law. If follows that honesty could not in all cases serve as a criterion for lawfulness in cases of interference with the trade of another. To regard as lawful all cases where a trader acted honestly would put the stamp of approval upon cases where it may well be regarded that there was 'unfair' competition. I think of cases such as the truthful disparagement by one trader of the goods, character, race, nationality or religion of his competitor; or where a trade boycott is *bona fide* organized against a competitor."

Having referred to the law of the United States, England, Germany and the Netherlands, Van Dijkhorst J then offered his own criterion of unlawfulness in competition:⁴⁵

"What is needed is a legal standard firm enough to afford guidance to the court, yet flexible enough to permit the influence of an inherent sense of fair play.

I have come to the conclusion that the norm to be applied is the objective one of public policy. This is the general sense of justice of the community, the *boni mores*, manifested in public opinion.

In determining and applying this norm in a particular case, the interests of the competing parties have to be weighed, bearing in mind also the interests of society, the public weal. As this norm cannot exist *in vacuo*, the morals of the market place, the business ethics of that section of the community where the norm is to be applied, are of major importance in its determination."

As Van Dijkhorst J correctly observed,⁴⁶ this criterion is the same as the general criterion of unlawfulness for Aquilian liability propounded in *Minister van Polisie v Ewels*.⁴⁷ It follows that considerations which influence the determination of unlawfulness for the purposes of Aquilian liability in general may also be relevant in determining the unlawfulness of competition. As I have already shown, one such consideration is the defendant's fault or mental state: Did he act with deliberate dishonesty or merely negligently? Did he have a malicious or ulterior motive?⁴⁸

45 188-189.

46 189A-B; see too *Schultz v Butt supra*.

47 1975 3 SA 590 (A) 597A.

48 A case not referred to by Van Dijkhorst J is *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk supra*, where Rumpff CJ, while bringing liability for negligent misstatements within "die uitgebreide trefgebied van die *lex Aquilia*" (832 *in fine*), nevertheless stressed that particular attention had to be paid to the element of unlawfulness (in the sense of "'n regsplig") in such cases to combat "[d]ie vrees van die sg 'oewerlose aanspreeklikheid'" (833 *pr*). In short, the fact that a particular form of wrongdoing is redressed under the *lex Aquilia* does not mean that it does not present problems peculiar to itself or necessitate the imposition of additional requirements of liability not imposed with other forms of wrongdoing (see further above).

The same judge had a further opportunity to express his views on unlawful competition shortly afterwards, in *Lorimar Productions Inc v Sterling Clothing Manufacturers (Pty) Ltd*.⁴⁹

In *Harchris Heat Treatment (Pty) Ltd v Iscor*⁵⁰ O'Donovan J applied these "norms of justice and fair play demanded by public policy"⁵¹ to hold that the defendant had committed the delict of unfair competition by copying the plaintiff's furnace. It had "saved itself a good deal of time, trouble and expense by doing so" and had obtained the necessary information – which would otherwise not have been disclosed – "in the context of negotiations, as well as an existing contract, between the parties".⁵² Again, this finding of unfair competition was based on the defendant's deliberately dishonest conduct in filching the plaintiff's intellectual property.

The wrong of unfair competition eventually engaged the attention of the Appellate Division in *Schultz v Butt*.⁵³ The applicant, a boat builder, had developed the design of a fibreglass ski-boat hull over a period of many years by conducting numerous experiments and spending a great deal of money. These hulls he manufactured and sold. The respondent, also a boat builder and in direct competition with the applicant, obtained one of the applicant's hulls by purchasing it from a third party. From this hull he made a mould and proceeded to manufacture identical hulls from it which he sold in competition with the applicant. Moreover, he applied to register three designs in respect of this hull, claiming that they were original and that he was the proprietor of them. The trial court's decision to grant an interdict on the basis of unlawful competition was confirmed by the Appellate Division.

Having stated the general principle that everyone is free to trade provided that he acts lawfully, Nicholas AJA said:⁵⁴

"In order to succeed in an action based on unfair competition, the plaintiff must establish all the requisites of Aquilian liability, including proof that the defendant has committed a wrongful act. In such a case, the unlawfulness which is a requisite of Aquilian liability may fall into a category of clearly recognized illegality, as in the illustrations given by Corbett J in *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd* . . ."

The judge quoted the passage from *Dun and Bradstreet* in which Corbett J conceded that fairness and honesty were "somewhat vague and elastic terms", and proceeded to endorse the amplifications of those criteria by Van Dijkhorst J in the *Atlas Organic Fertilizers* and *Lorimar Production* cases (*supra*). He then said:⁵⁵

"In judging of fairness and honesty, regard is had to *boni mores* and to the general sense of justice of the community . . . Van der Merwe and Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 5 ed at 58 n 95 rightly emphasize that

'die regsgevoel van die gemeenskap' opgevat moet word as die regsgevoel van die gemeenskap se beleidmakers, soos wetgewer en regter'.

49 1981 3 SA 1129 (T).

50 1983 1 SA 548 (T).

51 As set out in *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd supra*.

52 554G.

53 1986 3 SA 667 (A).

54 678G–J.

55 679C and E.

While fairness and honesty are relevant criteria in deciding whether competition is unfair, they are not the only criteria. As pointed out in the *Lorimar Productions case ubi cit*, questions of public policy may be important in a particular case, eg the importance of a free market and of competition in our economic system.”

Nicholas AJA pointed out that ordinarily anything in the public domain may be lawfully copied, and continued:⁵⁶

“But the question to be decided in this case is not whether one may lawfully copy the product of another but whether A, in making a substantially identical copy, with the use of B’s mould, of an article made by B, and selling it in competition with B, is engaging in unfair competition.”

The learned judge quoted from the *International News Service case (supra)* and from Christine Fellner *The future of legal protection for industrial designs* (1985), opining that the principles there stated accorded with those of our law.⁵⁷ Applying these principles to the facts before him, he concluded:⁵⁸

“There can be no doubt that the community would condemn as unfair and unjust Schultz’s conduct in using one of Butt’s hulls (which were evolved over a long period, with considerable expenditure of time, labour and money) to form a mould with which to make boats in competition with Butt. He went further. Having trespassed on Butt’s field, he added impudence to dishonesty by obtaining a design in his own name for the Butt-Cat hull, with the object no doubt of forbidding the field to other competitors.”

And so the order granting an interdict was confirmed, though slightly varied.

The significance of *Schultz v Butt* for present purposes is that, while it confirmed authoritatively the existence of an Aquilian delict of unlawful competition in the *Dun and Bradstreet* sense, together with the criteria of wrongfulness enunciated by Van Dijkhorst J in the *Atlas* and *Lorimar* cases, it in no way extended the type of conduct amounting to such competition. In other words, the conduct of Schultz clearly amounted to a deliberate and dishonest “filching” of the product of Butt’s labour, skill and expenditure.

Finally, one may note that in *Hawker v Life Offices Association of South Africa*⁵⁹ Howie J affirmed that malice “can be a factor to be taken into account in determining reasonableness or not [and hence lawfulness or not] in a borderline case”.

I come now to *Elida Gibbs (Pty) Ltd v Colgate Palmolive (Pty) Ltd I*.⁶⁰ In that case one toothpaste manufacturer sought an interdict against another, on the basis that the latter had made false claims for its product in an advertising campaign. It was not, however, alleged that the defendant had known the claims to be false, that is to say, that it had acted with *dolus*. The excipient argued – as I have done – that without *dolus* its conduct could not amount to the wrong of unfair competition. But the court did not agree.

Analysing the authorities, Van Schalkwyk J said that although fairness and honesty were useful tools in determining the limits of lawful competition, it did not follow that their antithesis defined the limits of unlawful competition:⁶¹

“In short, whilst conduct which is unfair or dishonest might also be unlawful, it does not necessarily follow that unlawful competition must be either dishonest or unfair (at least not in the sense in which these words may be used as evidencing wilful conduct).”

56 681D-E.

57 683C-D.

58 683H-I.

59 1987 3 SA 777 (C) 781E-F.

60 1988 2 SA 350 (W).

61 354G-H.

In relation to the *Atlas Organic Fertilizers* case (*supra*), his lordship commented:⁶²

“If *dolus* is a prerequisite I find it hard to understand why Van Dijkhorst J who was, after all, engaged in a process of definition, should not have said so. Why place reliance upon *boni mores*, which is an abstraction, the specific application of which, as was evident in this case, confounds even experienced jurists when the comparatively simple formulation, wrongfulness and *dolus*, was to hand.”

My answer to these arguments is this: It is not my contention that a requirement of *dolus* “follows”, as a matter of logic, from the emphasis on fairness and honesty in the judgments. Nor do I propose that the “comparatively simple formulation, wrongfulness and *dolus*”, replace the “*boni mores*”, as Van Schalkwyk J put it. I say only that all the cases in which unfair competition has been held also to be unlawful competition have in fact involved deliberate dishonesty. I say that the *boni mores* (which, assuming the phrase is used in the sense adumbrated in *Schultz v Butt* (*supra*), can never be replaced by any “comparatively simple formulation” – at least not when the wrongfulness of a *prima facie* lawful act of competition is in issue) do not demand that honest advertising claims be branded wrongful merely because they are in fact false. And I say that the “new delict” of unfair competition – if I may call it that – was born and nourished in a climate of calculated depravity. In that environment it filled a need. To apply it to another type of conduct which – though misguided – is at least honest is, in my submission, an extension not contemplated by those who fathered the principle, not warranted by the authorities that support it, and not consonant with the conservative approach of our law to new situations, as set out in the *Lillicrap* case (*supra*).⁶³

As the authorities show, the fact that liability for unlawful competition is based on Aquilian principles has not deterred the courts from insisting upon different requirements for different forms of unlawful competition. Thus passing-off requires proof of a reputation, though not of intention.⁶⁴ It is my submission that unfair competition requires an element of dishonesty that cannot exist without intention.

In *Geary and Son (Pty) Ltd v Gove* the court required intention. Though several writers have contended that, since the action is Aquilian, negligence should suffice, this is a *non sequitur*. First, the fact that all forms of unlawful competition are Aquilian delicts does not imply that all have the same fault requirement. Secondly, our law recognises that the kind of fault that accompanies a defendant’s conduct may affect the lawfulness of that conduct. Just as a fraudulent misstatement is *prima facie* wrongful whereas a negligent misstatement can be held wrongful only after anxious consideration, competition, though unfair, should not be branded wrongful unless it is accompanied by intention. Since the issue is one of wrongfulness, not fault, it remains relevant even in interdict proceedings, despite the fact that fault is not a requirement for an interdict.

The very essence of the delict recognized in *Dun and Bradstreet*, I submit, is the defendant’s deliberate dishonesty in “filching” the fruits of the plaintiff’s skill, labour and expenditure, in an endeavour to “reap where it has not sown”. Subsequent cases in which unfair competition has been held unlawful have

62 357F-G.

63 See also in general Visser “Die rol van opset en die *boni mores* by onregmatige mededinging” 1989 *THRHR* 115 *et seq* (editor).

64 See *John Craig (Pty) Ltd v Dupa Clothing Industries (Pty) Ltd* 1977 3 SA 144 (T) 158 *pr*.

exhibited the same features. Most of the judgments, while affirming the “broad principle” of liability for unlawful competition, reveal considerable conservatism in applying it.⁶⁵

If, then, the tenor of our judgments is to approach the “new delict” of unfair competition cautiously and with circumspection – as I believe it is – to impose liability on the basis of mere negligence would, I suggest, be an unwarranted extension of the concept. For, useful as it undoubtedly is to curb “the ingenuity of parasitical entrepreneurs and trade pirates” – to quote Van Dijkhorst J in the *Atlas Organic Fertilizers* case⁶⁶ – the notion of a non-specific form of unlawful competition, delineated in each case, essentially, by judicial discretion, dwells at the very heart of the tension between freedom to trade as one pleases and respect for the rights of others.⁶⁷ The flexibility that its unstructured character implies is at once its strength and its weakness. While that flexibility gives our courts the freedom they need to proscribe trade practices that offend against the community’s sense of fairness and honesty, the considerations of public policy that play a part in the determination of wrongfulness demand that constraints be placed on its unbridled application. As always, freedom entails responsibility.

65 In *Prok Afrika supra* Goldstone AJ required that the procurement of confidential information be *by dishonest means* before a licensee could sue. In *Atlas Organic Fertilizers supra* Van Dijkhorst J, having stressed the public interest in allowing freedom of trade and competition, eventually dismissed most of the claims because some traditional requirement was lacking. In *Lorimar Productions supra*, too, freedom to trade won the day.

66 *Supra* 183D–E.

67 On the difficulty of determining whether interference with another’s “goodwill” should be regarded as wrongful, see *A Becker & Co (Pty) Ltd v Becker* 1981 3 SA 406 (A) 417, and Neethling, Potgieter and Visser *Deliktereg* 256–257.

LC STEYN-GEDENKBUNDEL

'n Aantal eksemplare van hierdie verdienstelike bundel is nog beskikbaar en kan bestel word teen R15,00 per eksemplaar van:

Prof DJ Joubert
 Sekretaris
 Vereniging Hugo de Groot
 Posbus 1263
 PRETORIA
 0001

Die aksie vir “wrongful life”: “to be or not to be”?

M Blackbeard

B Proc LLB

Senior Lektor in die Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

The action for wrongful life: to be or not to be?

The action for wrongful life is instituted by a retarded child, usually against a medical doctor, because the latter's omission to inform the parents about the retardation or to (properly) perform a medical procedure such as amniocentesis, deprived the parents of their choice whether or not they wanted the child. The child bases his action on the fact that, but for the doctor's omission, he would not have been born.

After initially being dismissed, the action for wrongful life has been acknowledged in America. Only special damages have, however, been awarded because of the difficulties inherent in comparing no life with a retarded life. The action has not yet been successful in England, as the courts regard any form of life as a joy and a gift from God. In Israel the action has been granted, the court awarding special as well as general damages. No life was compared to a retarded life and it was found that there are cases, for example the Lesch-Nyhan syndrome, where no life is preferable to a retarded life.

Some of the criticism against the action is that the existence of life can never be equated with damage or loss. To determine damage, no life must be compared to a retarded life. When is a disability serious enough to justify no life being preferred to a retarded life? Is it possible to be placed in a position of no life? Furthermore, if the doctor advised the parents of the possible retardation, it is their decision whether to abort the child or not. If they decide against abortion, they may face an action for wrongful life for being courageous enough to have a retarded child!

In South Africa no such action has served before the courts. Should such action be instituted against a doctor, two problems may arise. First, to prove causality, one must start from the premise that the parents would have opted for an abortion. Secondly, our courts might also experience difficulty in calculating the damages to be awarded. It should nevertheless be possible to award damages in cases of extreme retardation, when a retarded life can be regarded as financially more disadvantageous than no life.

1 INLEIDING

Ontwikkeling op die gebied van mediese tegnologie en genetiese wetenskap¹ stel medici in staat om die moontlikheid van gebreke in ongebore of selfs nog te verwekte kinders meer akkuraat te bepaal as vroeër. Een van die implikasies

1 Veral die ontwikkeling van amniosentese, 'n metode waardeur 'n klein volume vloeistof geanaliseer word wat dmv 'n naald uit die moeder se amniotiese sak getrek word. Die vloeistof bevat selle wat natuurlikerwys deur die fetus afgeskei word en wat vir 'n diagnose van afwykings gekultiveer word. Hierdie toets was in die sewentigerjare reeds aanvaarde praktyk. Die toename in verbandhoudende aksies is te wyte aan die verfyning van amniosintese (Dickens “Abortion, amniocentesis and the law” 1986 *The American Journal of Comparative Law* 34 249).

wat dit meebring, is dat indien hierdie inligting voor konsepsie of die geboorte van die kind aan die ouers bekend gemaak word, hulle 'n ingeligte besluit kan neem of hulle konsepsie wil voorkom of die swangerskap wil beëindig deur middel van aborsie. Die positiewe reg van baie lande magtig wel eugenetiese vrugafdrywing.²

Mens kan jou beswaarlik indink hoe moeilik 'n besluit oor aborsie moet wees. Dit konfronteer die betrokke(n) se morele waardes ten diepste aangesien 'n besluit oor die beëindiging al dan nie van menslike lewe geneem moet word. Waar die geboorte van 'n kind met liggaamlike of geestelike afwykings 'n paar jaar gelede nog aan die wrede hand van die noodlot toegeskryf is, het ouers nou die geleentheid om vooraf te besluit of hulle kans sien om so 'n kind in die lewe te bring of nie.

Dit is dan ook te verwagte dat hierdie ontwikkeling van die mediese tegnologie probleme kan meebring wat deur die reg opgelos moet word. Een van die regsprobleme wat na vore gekom het, is die sogenaamde aksie vir "wrongful life"³ wat reeds in Amerika, Engeland en Israel uiteenlopende beslissings ontlok het. Hierdie aksie word deur 'n gebrekkige kind teen 'n mediese dokter of genetiese konsultant ingestel omdat sy versuim om die ouers in te lig oor die gebrek van die kind of om 'n mediese prosedure soos amniosentese⁴ (voldoende) uit te voer, die ouers ontnem het van die keuse of hulle die gebrekkige kind wil hê al dan nie.⁵ Die kind beweer dus nie dat die dokter se nalatigheid sy gebrek veroorsaak het nie, maar dat indien dit nie vir die dokter se onvoldoende of onakkurate advies was nie, die kind (waarskynlik) nooit gebore sou gewees het nie.⁶ "Gebrekkig" dui hier op onherstelbare, ernstige geestelike of liggaamlike afwykings, en is gewoonlik van genetiese oorsprong.

Die aksie vir "wrongful life" word gewoonlik teen die mediese dokter of genetiese konsultant ingestel. Die moontlikheid bestaan egter dat die aksie ingestel kan word teen laboratoriumtegnici, hospitaalowerhede en selfs die ouers. In laasgenoemde geval sal die kind se aksie gebaseer wees op die pyn en lyding wat hom aangedoen is omdat die ouers, nadat hulle gewaarsku was dat die kind gebrekkig gebore kan word, besluit het om voort te gaan met die geboorte.⁷ Hierdie posisie kan verreikende gevolge hê waarteen morele besware geopper

2 In SA, Engeland en die VSA is dit moontlik om eugenetiese vrugafdrywings tot in die derde trimester van swangerskap te bekom, maar slegs as dit 'n ernstige bedreiging vir die geestelike of liggaamlike gesondheid van die fetus inhou (a 3(1)(c) van die Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie 2 van 1975).

3 Die benaming "wrongful life" kan as "onregmatige veroorsaking van lewe" vertaal word. Volgens Louw "Wrongful life": 'n aksie gebaseer op die onregmatige veroorsaking van lewe" 1987 *TSAR* 200 vn 5 is die suiwerste beskrywing van die grondslag van die aksie die "onregmatige versuim om 'n potensieel gebrekkige menselewe te voorkom". Geriefshalwe, om lompheid te voorkom, word in hierdie artikel na die aksie as die aksie vir "wrongful life" verwys.

4 *Supra* vn 1.

5 Werthmann *Medical malpractice law: how medicine is changing the law* (1984) 115-116; sien ook Rogers "Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counseling and prenatal testing" 1982 *South Carolina LR* 33 714; Parker "Wrongful life: the child's cause for negligent genetic counselling in Texas" 1985 *St Mary's LJ* 16 639; Foutz "Comments: 'wrongful life' - the right not to be born" 1980 *Tulane LR* 54 485.

6 Winborne (red) *Handling pregnancy and birth cases* (1983) 393.

7 Winborne 395; Werthmann 122-123; Hiller *Medical ethics and the law: implications for public policy* (1981) 358; Dickens 262.

kan word. Daar sal verder in hierdie artikel slegs verwys word na die aksie teen 'n mediese dokter.

Dit kom voor of die vooruitgang van die mediese tegnologie 'n nuwe reg vir die *fetus* geskep het, naamlik die reg om gebore te word sonder die stremming van 'n redelik voorspelbare genetiese afwyking.⁸ In die Amerikaanse saak *Park v Chessin*⁹ het die hof dan ook erkenning verleen aan die ongeboore se fundamentele reg om as 'n welgeskape en funksionele mens gebore te word. Die meriete van so 'n reg word verderaan van nader bekyk.

In wat volg, word eerstens onderskei tussen die aksie vir "wrongful life" en soortgelyke ander aksies wat reeds met die aksie verwar is. Daarna word kortliks gekyk hoe die howe in die VSA, Engeland en Israel hierdie aksie hanteer het en die regsproblematiek wat aldaar deur so 'n aksie geskep word. Laastens word gepoog om te voorspel of die aksie in Suid-Afrika erken sal word al dan nie. Hierdie aksie is ook reeds in ander lande, soos Duitsland, ingestel. Daar sal nie in hierdie artikel daarop ingegaan word nie.

2 DIE ONDERSKEID TUSSEN DIE "WRONGFUL LIFE"-AKSIE EN SOORTGELYKE AKSIES

Dit is noodsaaklik om die aksie vir "wrongful life" van verskeie ander soortgelyke aksies te onderskei.¹⁰ Sowel die howe as skrywers oor hierdie onderwerp het tot dusver versuim om 'n volledige onderskeid te maak en dit het reeds tot groot verwarring gelei. Weens gebrek aan ruimte kan daar nie op elk van hierdie aksies ingegaan word nie; daarom word slegs enkeles uitgelig.

Eerstens word die sogenaamde "wrongful birth"-aksie deur die ouers van die gebrekkige kind ingestel teen 'n mediese dokter, genetiese konsultant of ander betrokkenes omdat laasgenoemde versuim het om die ouers in te lig oor die moontlikheid dat die onverwekte of ongeboore kind gebrekkig kan wees. Die ouers is sodoende van die geleentheid ontnem om te besluit of hulle die kind wil hê of nie.¹¹ Hierdie aksie kan as die teenoorstaande pool van die "wrongful life"-aksie beskou word aangesien die ouers nou die eisers is. Die aksies word dikwels saam ingestel.¹²

Tweedens word die sogenaamde aksie vir "wrongful conception" ingestel deur die ouers van 'n normale kind teen onder andere 'n mediese dokter, apteker of vervaardiger van voorbehoedmiddels. Hulle beweer dat indien dit nie vir die nalatigheid van die dokter (ensovoorts) was nie, die kind nooit verwek sou gewees het nie.¹³ Die "wrongful pregnancy"-aksie sluit hierby aan en word ook deur die ouers van 'n normale maar onbeplande kind ingestel. Hulle voer weer aan dat as die dokter nie nalatig was nie, die vrou se swangerskap beëindig sou

8 Teff "The action for wrongful life" 1985 *Int and Comp LQ* 34 424.

9 1977 NY A 2d 80.

10 Teff 425; Parker 641.

11 Winborne 394; Pegalis en Wachsmann *American law of medical malpractice* (1981) 316.

12 *Phillips v US* 1981 500 F Supp 544; *Berman v Allen* 1979 80 NJ 421, 1979 404 A 2d 8.

13 Winborne 394.

gewees het en dat die onbeplande kind dus nooit gebore sou gewees het nie.¹⁴ Die grondslag vir laasgenoemde twee aksies is die *onbeplandheid* van, in teenstelling met die *oningelikeit* omtrent die kind se verwekking of geboorte. 'n Aksie vir "wrongful life" sluit juis die geboorte van 'n beplande, maar ongesonde kind in waaroor die ouers nie ingelig was nie.¹⁵

Vooruitgang kan verder teweegbring dat die fetus *in utero* deur behandeling benadeel word en sodoende meebring dat die aksie vir "wrongful life" vervang word deur 'n "pre-natal injury"-aksie.¹⁶ Huidig is, sover vasgestel kan word, egter nog geen *in utero*-behandelingsstegnieke vir sekere oorerflike defekte beskikbaar nie.¹⁷

'n Laaste kategorie aksie wat ook eers verkeerdelik as 'n "wrongful life"-aksie aangesien is, is die eise vir "dissatisfied life". Hier beweer die eiser gewoonlik dat hy weens die nalatigheid van die verweerder (gewoonlik sy vader of hospitaalowerhede) in sosiaal onaanvaarbare omstandighede gebore is. Hierdie aksie is tot dusver tereg deur die hofe verwerp.¹⁸

3 DIE HANTERING VAN DIE AKSIE IN DIE VSA, ENGELAND EN ISRAEL

3.1 Inleiding

Die aksie vir "wrongful life" word in Engeland en die VSA gegrond op die "tort of negligence".¹⁹ Hierdie "tort" het as een van sy vereistes dat daar 'n "duty of care" teenoor die verweerder moet bestaan het.²⁰ Hierdie "duty" kan ook teenoor

14 *Ibid*; Rogers 426; Parker 461; Foutz 483 en vn 23; Pegalis en Wachsmann 315. Die aksie het reeds in SA geslaag. In *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D) (bevestig in appèl 1990 3 SA 581 (A)) het die eiser 'n aksie teen die provinsiale hospitaal ingestel omdat lg versuim het om 'n sterilisasie-operasie uit te voer wat kontraktueel bevestig is, en daar dientengevolge 'n kind gebore is. Die hof bevind dat dit nie teen die openbare beleid is om die skadevergoedingsaksie toe te staan vir die koste van die onderhoud van die kind nie. Die persoonlike aard van die algemene skade wat die moeder vir pyn en lyding, ongemak en verlies van "amenities" eis, maak dit egter onvanpas om dit by die kontraktereg in te voer.

15 Winborne 394.

16 'n Aksie vir "pre-natal injury" word aangetref waar die eiser skade gely het deur die nalatige handeling van die verweerder na konsepsie maar voor geboorte.

17 Werthmann 122.

18 Die term "wrongful life" is op hierdie wyse die eerste keer verkeerdelik gebruik in *Zepeda v Zepeda* 1963 41 111 App 2d 240, 190 NE 2d 849 in die VSA. 'n Getroude man het 'n verhouding met 'n ongetroude vrou aangeknoop onder die voorwendsel dat hy met haar sou trou. Die eiser is uit hierdie verhouding gebore en stel 'n aksie vir "wrongful life" teen sy vader in omdat lg sy geboorte onregmatig veroorsaak het. Die hof verwerp die eis. Daar word aangevoer dat die erkenning van hierdie "nuwe" aksie 'n verbysterende sosiale impak sou hê en dat die wetgewer dit eerder moes hanteer. In *Williams v State* 1966 18 NY 2d 481, 476 NYS 2d 885, 223 NE 2d 343 is die eiser se moeder verkrag terwyl sy weens breinbesering in 'n staatsinstituut opgeneem was. Die eiser is hierna gebore en stel 'n aksie teen die instituut in omdat die verkragting weens die nalatigheid van die instituut plaasgevind het wat die eiser se geboorte tot gevolg gehad het. Die hof beslis dat die ongunstige omstandighede waarin 'n persoon gebore word nie as 'n voldoende eisoorzaak beskou kan word nie. (Sien ook Pegalis en Wachsmann 316; Teff 425; Foutz 485-486; Melunsky en Annas *Genetics and the law* (1976) 7; Boberg "An action for wrongful life" 1964 *SALJ* 498-502.)

19 Soos bekend, verskil die "law of torts" in die VSA en Engeland van die reg aangaande die onregmatige daad in Suid-Afrika (vgl Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1989) 2-3);

ongeborenes bestaan en hou in dat daar 'n plig is om nie die ongeborene te benadeel nie.²¹ 'n Verdere vereiste van dié "tort" is dat daar skade of nadeel gely moet gewees het. Volgens VanDerhoef²² moet daar eers vasgestel word of hierdie element van die "tort" aanwesig is voordat daar na die ander elemente gevra word. In hierdie verband moet vasgestel word wat die regte van die eiser was en of dit geskend is; die vraag wat hier ontstaan, is dus of ongeborenes regte kan hê, en indien wel, op watter regte daar inbreuk gemaak word. Alhoewel die konflik oor hierdie regspunt nog nie opgeklar is nie, word daar vir doeleindes van die bespreking van die aksie in die VSA aanvaar dat ongeborenes wel regte het, waaronder die reg om as 'n "whole and functional" mens gebore te word.²³ Bewys die eiser dat hy skade gely het, moet die omvang van die skadevergoeding voorts bereken word. Die bedrag skadevergoeding wat toegeken word, is daarop gemik om die eiser weer "whole" te maak.²⁴ Sowel genoegdoening (kompensasie) weens persoonlikheidsnadeel as vergoeding vir vermoënskade kan verhaal word. Kritiek teen die erkenning van die aksie is egter dat daar nie berekenbare skade gely word nie aangesien die eiser se huidige nadelige (gebreklike) toestand vergelyk moet word met die toestand waarin hy sou gewees het indien geen "tort" gepleeg is nie, dit wil sê die toestand waarin hy nooit verwek of gebore is nie!²⁵ 'n Verdere vereiste vir die "tort of negligence" is dié van kousaliteit wat sy eie probleme meebring. By die aksie vir "wrongful life" moet daar 'n kousale verband bestaan tussen die handeling van die dokter en die gevolg wat ingetree het. Die versuim van die dokter om die ouers in te lig oor die ongeborene se gebrek moes dus veroorsaak het dat die kind inderdaad met die gebrek gebore is – uit die staanspoor is dit duidelik dat hierdie vereiste unieke probleme meebring.

Dit blyk dus dat die aksie vir "wrongful life" nie sonder besondere aanpassings onder die "tort of negligence" tuisgebring kan word nie. Die howe in die VSA het nietemin verskeie kere die aksie eerder toegeken en die struktuur van die "tort law" dienooreenkomstig gewysig as om die eiser se aksie te ontsê.

vervolg van vorige bladsy

- in hierdie artikel word daar nie noukeurig op die onderskeid tussen die Amerikaanse en die Engelse benadering mbt die reg aangaande "torts" gelet nie.
- 20 Rogers *Winfield and Jolowicz on tort* (1984) 69 ev; Heuston en Buckley *Salmond and Heuston on the law of torts* (1987) 214 ev; Weir *A casebook on tort* (1988) 21 ev; Dias en Markensinis *Tort law* (1984) 33 ev; Fleming *The law of torts* (1987) 95 ev. Mbt die reg in die VSA sien oa Shapo *Tort and compensation law: cases and materials* (1976) 302 ev; Gregory, Kalven en Epstein *Cases and materials on torts* (1977) 325 ev.
- 21 In Engeland word hierdie aangeleentheid gereël deur a 1(2)(a) van die Congenital Disabilities (Civil Liability) Act van 1976.
- 22 "Washington recognised wrongful birth and wrongful life – a critical analysis" 1983 *Washington LR* 671.
- 23 Hierdie reg is uitdruklik erken in *Park v Chessin* 1977 NY A 2d 80.
- 24 Persky "Wrongful life: the dawning of a new cause of action in Illinois?" 1983 *Illinois Bar Journal* 594 596.
- 25 Geen lewe moet dus met 'n gebreklike lewe vergelyk word. In *Gleitman v Cosgrove* 1967 227 A 2d 689, 490 NJ 22 verlaat die hof hom op die openbare beleid en beslis dat so 'n vergelyking onaanvaarbaar is (sien ook Werthmann 117). Die gemeenskap plaas 'n te hoë premie op lewe om 'n waarde aan geen lewe te heg. In hierdie saak het die eiser se moeder rubella (Duitse masels) in die eerste trimester van haar swangerskap opgedoen. Haar geneesheer het haar adviseer dat dit geen nadelige uitwerking op haar kind sou hê nie. Later word die eiser egter erg gebreklik gebore. Die hof bevind dat daar wel nalatigheid aan die kant van die geneesheer was, maar dat dit om vermeldde rede onmoontlik is om berekenbare skadevergoeding toe te staan.

3 2 VSA

Die veelbesproke saak *Roe v Wade*²⁶ wat vrugafdrywing in 1973 in die VSA gewettig het, het die deur vir die erkenning van die aksie vir “wrongful life” geopen. Voorstanders van hierdie aksie het naamlik gehoop dat, aangesien die openbare beleid wat ’n hoë waarde aan lewe heg nou blykbaar verander het, die standpunt wat in die *Gleitman*-saak teen die aksie ingeneem is moontlik nie meer soveel oorredende krag sou hê nie. Twee suksesvolle aksies vir “wrongful birth”²⁷ het inderdaad in 1975 gevolg en die weg vir vele sulke aksies gebaan. Ten spyte hiervan was verskeie uitsprake steeds negatief teenoor aksies vir “wrongful life”.

Eers in 1977 is ’n aksie vir “wrongful life” onomwonde in *Park v Chessin*²⁸ en *Becker v Schwartz*²⁹ in die hof *a quo* erken. Die New York Court of Appeal³⁰ het egter beslis dat daar geen skade gely is wat deur die reg erken word nie en dat die berekening van skade onmoontlik is; die rede is dat die vasstelling van skadevergoeding noodwendig inhou dat geen lewe met ’n erg gestremde lewe vergelyk moet word. Die hof het bevind dat hierdie eerder ’n besluit is wat aan die filosowe en teoloë oorgelaat moet word. Die reg en die gemeenskap plaas ’n te hoë waarde op lewe vir ’n hof om dié tipe saak te bereg.

’n Jaar later, in *Hartman v Jackson*,³¹ baseer die hof sy afwysing van die aksie daarop dat ’n geneesheer geen “duty of care” aan die fetus verskuldig is ten tyde van amniosentese³² tot die derde trimester van swangerskap nie. Die eiser het beweer dat die verweerder versuim het om sy ouers mee te deel dat die amniosentese aangedui het dat hul ongebore kind die Down sindroom het.

In 1979 weier die New Jersey Supreme Court in *Berman v Allen*³³ ook om ’n aksie toe te staan waar die eiser se moeder in haar laat dertigerjare swanger geraak het en die verweerder nooit voorgestel het dat sy ’n amniosentese, wat die eiser se gebrek kon uitwys, moes laat doen nie. Anders as in vorige sake, bevind die hof dat indien die vasstelling van skadevergoeding die enigste oorweging was wat hy in aanmerking moes neem, die eiser met sy aksie sou geslaag het. Hierteenoor moet die hof egter die openbare beleid in ag neem, en weens die fundamentele reg op lewe wat deur die Amerikaanse grondwet erken word, is die blote geboorte van ’n persoon met ’n gebrek nie ’n aksiewaardige besering

26 1973 410 US 113; ook *Doe v Bolton* 1973 410 US 179.

27 *Jacobs v Theimer* 1975 Tex 519 SW 2d 846; *Dumer v St Michael's Hospital* 1975 Wis 223 NW 2d 372.

28 1977 400 NYS 2d 110 AD. Die eiser se ouers is nalatig deur die geneesheer ingelig dat die niersiekte wat hulle eerste kind gehad het, nie oorerflik is nie. Daar was volgens hom ook geen gevaar dat ’n volgende kind met dieselfde kwaal gebore kon word nie. Die eiser is hierna met dieselfde nierkwaal gebore. Die hof het die eiser se aksie toegestaan en beslis dat voornemende ouers binne sekere perke die reg het om te besluit of hulle ’n kind wil hê of nie. Inbreukmaking op dié reg tas weer die fundamentele reg van ’n kind aan om “whole and functional” gebore te word.

29 1977 400 NYS 2d 119 AD, gewysig 1978 413 NYS 2d 895. Hier het die geneesheer van die eiser se moeder (in haar laat dertigs) haar nie gewaarsku teen die gevaar van die Down sindroom by swangerskappe van ouer vroue nie.

30 *Park v Chessin* 1977 NY A 2d 80. In *Elliot v Brown* 1978 Ala 361 50 2d 546 het die Alabama Supreme Court om dieselfde oorwegings die aksie afgewys van ’n erg gestremde kind wat gebore is na sy vader ’n vasektomie ondergaan het.

31 1978 Pa CP Phila, soos na verwys in Werthmann 118.

32 Vir ’n definisie van amniosentese, sien vn 1 *supra*.

33 1979 NJ 404 A 2d 8.

nie. Die voordele van lewe, hoe gestremd ook al, weeg altyd meer as geen lewe in die oë van die gemeenskap en die reg.

In *Curlender v Bio-Science Laboratories*³⁴ het die toestaan van 'n aksie vir "wrongful life" vir die eerste keer 'n appèlhofersiening deurstaan. Die eiser was as gevolg van die nalatige genetiese advies van die verweerder met Tay Sachs-siekte gebore. Op daardie stadium was 'n toets reeds ontwikkel om moontlike draers van hierdie siekte te identifiseer. Hierdie toets sou die eiser se ouers in staat stel om 'n ingeligte besluit te neem of hulle die swangerskap wou beëindig al dan nie. Die hof staan die aksie toe en beslis dat dit nie nodig is om 'n metafisiese besluit oor die toestaan van die aksie te neem nie. Die hof verwerp die argument gebaseer op die hoë waarde wat deur die openbare beleid aan lewe geheg word, en beslis dat die openbare beleid juis gemoeid moet wees met die erkenning van beserings wat vergoeding aan die eiser noodsaaklik maak. Al wat vereis word, is dat aan die elemente van 'n "tort" voldoen moet word, naamlik plig ("duty of care"), versuim van die plig, kousaliteit en skade. Die dokter se plig in hierdie saak was om genetiese inligting aan die ouers te verskaf. Deur sy late om hierdie inligting te verskaf, het die dokter sy plig versuim. Die direkte gevolg van die versuim van die dokter was die eiser se gestremdheid. Skade omvat sowel vergoeding vir pyn en lyding as skadevergoeding vir vermoënskade, soos mediese uitgawes. Die hof beklemtoon egter dat daar nie 'n aksie erken word vir die reg om nie gebore te word nie.

Die belang van hierdie saak lê in die feit dat die aksie vir "wrongful life" binne die tradisionele raamwerk van die deliktereg hanteer word, en dat skadevergoeding toegestaan word sonder om die metafisiese vraag, wat deur vorige hofuitsprake as onontbeerlik beskou is, te beantwoord. Nietemin het die uitspraak heelwat kritiek ontlok. Dit behels onder meer dat die hof die probleem van 'n vergelyking tussen geen lewe en 'n gestremde lewe vermy het.³⁵ Hierdie saak het ook sterk teenkating in Kalifornië ondervind. Onder andere is 'n anti-"wrongful life"-wetsontwerp uitgevaardig. Hierdie wetsontwerp is egter verwerp en vervang deur 'n wet wat kinders verbied om 'n "wrongful life"-aksie teen hulle ouers in te stel.

Hierdie negatiewe houding is bevestig in *Turpin v Sortini*.³⁶ Die eiseres se ouer suster is doof gebore. Die verweerder het egter die ouers meegedeel dat sy nie doof is nie en dat dit veilig sou wees om 'n verdere kind te hê. Die eiseres is hierna met dieselfde kongenitale doofheid gebore. Die hof weier om algemene vergoeding vir pyn en lyding toe te staan, maar staan wel spesiale skadevergoeding toe weens uitgawes aangegaan vir buitengewone onderrig en toebehore. Die hof bevind dat die kernprobleem is of enige vergoeding deur die hof toegestaan mag word of nie. Die berekening van skadevergoeding behels die opweging van lewe met geen lewe en die hof is van mening dat die gemiddelde regter nie voldoende gekwalifiseer is om so 'n berekening te maak nie. Verder spreek die hof sy kommer uit oor die hantering van dieselfde probleem deur

34 1980 Ct App 165 Cal Rptr 477.

35 Teff 432.

36 1982 643 P 2d 954, 182 Cal Rptr 337.

die jurie. Die hof erken egter dat die skadevergoeding vir vermoënskade geëis mag word selfs in die afwesigheid van vergoeding weens pyn en lyding.³⁷

Waarskynlik as gevolg van vermeldde oorwegings het twee state in die VSA die aksie geheel en al verbied, naamlik Suid Dakota in 1981³⁸ en Minnesota in 1982.³⁹

3 3 Engeland

In Engeland was die howe, anders as in die VSA, tot dusver baie traag om die aanspreeklikheid van 'n geneesheer tot die aksie vir "wrongful life" uit te brei. Groeiende bewuswording van die onbepaalde vermoë van die genetiese tegnologie om afwykings akkuraat te voorspel, het egter die publiek se verwagtinge van die mediese wetenskap laat groei sodat hoër eise aan die geneesheer gestel word om professioneel op te tree. Van hierdie veranderde situasie moet die reg natuurlik ook kennis neem en in 1974 het die Britse Regskommissie se verslag, "Injuries to unborn children",⁴⁰ die lig gesien. Na deeglike oorweging word die aksie vir "wrongful life" egter verwerp. Die verslag bepaal dat die eiser wel 'n aksie het waar sy moeder tydens haar swangerskap sodanig deur mediese behandeling geaffekteer was dat die eiser gestremd gebore is; dit wil sê as dit nie vir die behandeling was wat tot die gestremdheid gelei het nie, die eiser normaal gebore sou gewees het. Hierdie aksie verskil natuurlik van die aksie vir "wrongful life" aangesien die eiser by laasgenoemde beweert dat indien dit nie vir die nalatige handeling was wat tot sy gestremde geboorte aanleiding gegee het nie, hy *nooit gebore sou gewees het nie*. Die voorstel van die regskommissie is vervat in die Congenital Disabilities (Civil Liability) Act van 1976.⁴¹

Alhoewel 'n aksie vir "wrongful birth" desnieteenstaande in Engeland in *Scuriaga v Powell*⁴² erken is, was sodanige aksie tot dusver nog nie suksesvol nie. In byvoorbeeld *McKay v Essex Health Authority*⁴³ het die eiseres se moeder tydens haar swangerskap Duitse masels opgedoen. Haar mediese dokter het haar eerste bloedmonster verlê, en haar na die toetsing van 'n tweede bloedmonster meegedeel dat nóg sy, nóg haar ongebore kind deur die rubella aangetas is en dat sy derhalwe nie 'n vrugafdrying hoef te oorweeg nie. Die eiseres is egter erg gestremd gebore. In haar eis het sy beweert dat indien dit nie vir die nalatigheid van die hospitaal was wat die bloedmonster verkeerd ontleed het nie, haar moeder die swangerskap sou beëindig het en sodoende die eiseres se gestremde lewe sou verhoed het. Die hof het egter bevind dat die aksie geen eisoorzaak openbaar nie aangesien die eiseres nie kon bewys dat die kwaliteit

37 Twee verdere staatshowe, die Washington Supreme Court en die New Jersey Supreme Court, het hierna die *Turpin*-saak in onderskeidelik *Harbeson v Parke-Davis Inc* 1983 Wash 659 P 2d 483 en *Procanik v Cillo* 1984 NJ 478 A 2d 755 gevolg. Daar word bevestig dat 'n aksie vir "wrongful life" volgens die algemene beginsels van die deliktereg hanteer moet word en dat die eiser wel mag slaag in 'n spesiale skadevergoedingsaksie om die buitengewone uitgawes te eis wat hy as gevolg van sy kongenitale defek moet aangaan. Die rede waarom algemene vergoeding vir pyn en lyding nie toegestaan word nie, blyk weer eens te wees die onvermoë om 'n gestremde lewe met geen lewe te vergelyk.

38 *South Dakota Code Law* par 21-25-1 tot 21-25-4.

39 *Minnesota Stat Ann* par 145-424(1) (West).

40 1974 *Law Com* no 60 par 89.

41 A 1(2)(b).

42 1979 *Law Society Gazette* soos na verwys in Robertson 1983 *Med Sci Law* 2.

43 1982 CA 2 WLR 890.

van haar lewe so swak was dat dit vir haar beter sou gewees het om nie gebore te gewees het nie. Regter Griffiths verklaar:⁴⁴

"There should be rejoicing that the hospital's mistake bestowed a gift of life upon the child."

Die eiseres se aksie word dus van die hand gewys omdat enige lewe as 'n vreugde en 'n geskenk van God beskou moet word.

3 4 Israel

In Israel was die eiser in 'n "wrongful life"-aksie meer suksesvol as in die VSA en Engeland. Die hooggeregshof van Israel het so 'n aksie – aldaar "wrongful procreation" genoem – toegestaan in *Saul, Shmuel en Nvadra Katz v Dr R Zeitzoff, Beilinson Hospital*.⁴⁵ In die saak het die eiser se moeder voor haar huwelik reeds genetiese advies ingewin om vas te stel of sy aan 'n spesifieke genetiese siekte ly. Indien wel, wou sy nie 'n seuntjie in die lewe bring nie aangesien die siekte manspersone affekteer. Sy is nalatig meegedeel dat sy nie die oorerflike siekte het nie. Die eiser word egter met die siekte gebore. Die laerhof het geweier om die aksie toe te staan en wel om twee redes:

(a) Dit is buite die hof se bevoegdheid om die aksie toe te staan; die taak lê op die terrein van die wetgewer.

(b) Indien die aksie slegs teen 'n derde persoon (die dokter, hospitaal ensovoorts) toegestaan word, sal die werklike deliksplegers, naamlik die ouers, aanspreeklikheid vryspring; hulle het tog die kind verwek en is dus direk verantwoordelik vir sy gestremde toestand.

Die appèlhof het egter die eiser gelyk gegee en beslis dat hy wel skade gely het wat binne die trefgebied van artikel 2 van die *Israel Tort Ordinance* val. Artikel 2 definieer skade as

"loss of life, loss of property, comfort, physical welfare or reputation, or a lessening thereof, and any loss or diminution derived from the above".

Om vas te stel of daar wel skade is, moet die toestand van die eiser voor die besering (dus geen lewe) vergelyk word met sy toestand as gevolg van die verweerder se nalatigheid (dus 'n gestremde lewe); daarna moet bepaal word of die vergelyking 'n "loss or diminution" daarstel. Volgens professor Tedeshi⁴⁶ vorm dié vergelyking die basis van die aksie. 'n Belangrike vraag wat hier na vore tree, is of die wetgewer in sy omskrywing van skade as "loss of life" nie moontlik te kenne wou gee dat lewe altyd verkieslik is bo geen lewe nie. Volgens professor Tedeshi bestaan daar in die onderhawige geval geen skade nie want indien dit nie vir die daad van konsepsie was waardeur *lewe verwek* is nie, die kind nie sou bestaan het nie. Die ouers se daad het dus lewe en 'n genetiese siekte aan die eiser gegee, en dit is geen skade nie.

Hoofregter Ben-Porat sien die kern van die probleem nie in die gelyktydige verskaffing van lewe en skade (gebreklikheid) nie, maar in die vraag of daar wel skade veroorsaak is wat deur die reg erken kan word. Hierdie vraag moet vóór die kwessie van 'n "duty of care" gevra word aangesien laasgenoemde van die bestaan van skade afhanklik is. By die vasstelling of daar wel skade is, kyk die

44 913F.

45 Siviele appèl 518/82, 540/82; Levi "Wrongful life decision in Israel" 1987 *Med Law* 373.

46 (1977) Massot Bemishpat "On tort problems arising from procreation" soos aangehaal in *Saul, Shmuel en Nvadra Katz v Dr R Zeitshoff* siviele appèl 384/87 PD 30(1) 374.

hof of 'n gebrekklike lewe ooit erger kan wees as geen lewe. Indien wel, kan die aksie toegestaan word mits daar aan ander elemente voldoen word. Dit bring 'n mens by die hoë waarde wat daar aan lewe geheg word en die bykans heiligheid daarvan. Die heiligheid van lewe laat 'n vermoede ontstaan dat enige lewe altyd verkieslik is bo geen lewe. In Israel manifesteer dit onder andere in die vergoeding wat daar vir die verkorting van lewensverwagting geëis kan word. Die skade word dan bereken op die verlies van die lengte van lewe en nie die kwaliteit van die lewe, soos in Engeland, nie.⁴⁷ Daar is dus 'n vermoede dat lewe altyd 'n positiewe waarde het; en as 'n mens se lewe verkort word, is 'n mens geregtig op vergoeding, ongeag 'n mens se kans op 'n gelukkige lewe.

Die appèlhof deins dus nie terug om lewe met geen lewe te vergelyk nie, maar gaan selfs verder deur dood met geen lewe te vergelyk. Dood kom voor waar daar reeds lewe was, en geen lewe waar daar nooit lewe was nie. Die hoë waarde wat daar aan lewe geheg word, word meestal foutiewelik met dood in plaas van geen lewe vergelyk. Volgens die hof is daar alreeds in die *Babylonian Talmud*⁴⁸ 'n vergelyking tussen lewe en geen lewe gemaak; daar word gestel dat dit in sekere omstandighede beter sou wees vir 'n mens indien hy glad nie geskape is nie. Dit is dus nie die eerste keer dat so 'n vergelyking in Israel gemaak word nie. Volgens die hof is geen lewe wel soms verkieslik bo lewe, maar dit hang grootliks van die omstandighede van elke geval af. Die kriterium is of die aanvaarde sosiale oortuiging wel van mening is dat geen lewe beter is as lewe in die spesifieke omstandighede. Die aanvaarde sosiale oortuiging is die opinie van die redelike man. Volgens die hof sal die opinie in die geval van erge gestremdheid wel wees dat geen lewe verkieslik is bo lewe. Die hof bevind dat hierdie so 'n geval is. Die hof kyk verder of daar wel 'n "duty of care" deur die genetiese konsultant aan die eiser (wat op daardie tydstip nog nie bestaan het nie) verskuldig was, en beslis van ja. Gevolglik slaag die appèl.

4 REGSPROBLEME WAT DEUR DIE AKSIE GESKEP WORD

Uit bostaande bespreking is dit duidelik dat verskeie probleme aangeraak word deur die vraag of die aksie erken moet word al dan nie. Die hoofbeswaar teen die erkenning van die aksie is die feit dat die reg nie die veroorsaking van lewe, in welke vorm ook al, as "skade" beskou nie. Ten einde vas te stel of daar skade is, moet die toestand van die eiser voor geboorte vergelyk word met die gebrekklike toestand na geboorte wat ontstaan het as gevolg van die nalatige handeling van die verweerder – met ander woorde, geen lewe moet met 'n gestremde lewe vergelyk word. Die openbare beleid is telkens die bepalende faktor, en volgens die meeste hofuitsprake en skrywers is die openbare beleid dat so 'n hoë waarde en bykans heiligheid aan lewe geheg word dat enige lewe, hoe gebrekkig ook al, groter waarde het as geen lewe.⁴⁹

Nou is howe se onwilligheid om geen lewe met 'n gestremde lewe te vergelyk, begryplik. Hierdie vergelyking raak naamlik ten diepste die gemeenskap se mening oor die waarde en kwaliteit van lewe. As 'n lewende wese is dit moeilik

47 Siviele appèl 384/87 PD 30(1) 374 376.

48 *Aruvin tract* 13(b).

49 Winborne 401; Werthmann 116–117; Teff 436. Dit is egter ironies dat die mens se vermoë om lewe agv mediese- en tegnologiese vooruitgang te verleng, 'n mens dwing om hoër waarde aan die lengte van lewe te heg as aan die kwaliteit daarvan. Dit is dan juis in Israel, waar die klem op die *lengte* van lewe geplaas word, waar die aksie erkenning geniet.

om jouself in 'n toestand van geen lewe in te dink. Geen lewe bestaan waar daar nooit lewe was nie. Die filosofie dat enige lewe verkieslik is bo geen lewe moet egter versigtig benader word in die lig van 'n nuwe beskouing dat lewe nie tot elke prys verkieslik is bo geen lewe nie.⁵⁰ Vandag word byvoorbeeld reeds erkenning verleen aan die reg van wilsbevoegde volwassenes wat terminaal siek is, om te besluit of hulle lewensverlengende mediese behandeling wil ondergaan al dan nie.⁵¹ Nietemin sal dit geheel en al van die omstandighede van elke geval afhang of geen lewe verkieslik is bo 'n gebrekkige lewe. Dit is inderdaad nie moeilik om 'n toestand te bedink waar pyn en lyding so groot is dat geen lewe verkieslik sou wees nie.⁵² 'n Duidelike riglyn oor welke graad van gestremdheid lewe ondraaglik maak, bestaan egter nie.

Die berekening van skadevergoeding bring eiesoortige probleme mee want die eiser moet geplaas word in die posisie waarin hy sou gewees het indien die nalatige handeling nooit plaasgevind het nie, met ander woorde in 'n toestand van geen lewe.⁵³ Dit bring mens weer by die vergelyking van geen lewe met 'n gestremde lewe, soos hierbo bespreek is. Volgens die meeste howe is sodanige berekening onmoontlik.⁵⁴ Howe wat wel ten gunste van die aksie vir "wrongful life" is, het beslis dat die kind vir sy huidige toestand, met ander woorde sy gestremdheid, vergoed moet word.⁵⁵ In *Turpin v Sortini*⁵⁶ het die hof in effek 'n gebrekkige lewe met 'n gesonde lewe vergelyk en "special damages" toegestaan vir die groter uitgawes wat die eiser benodig weens sy versorging as 'n gebrekkige mens. Voorstanders⁵⁷ van die aksie het ook al 'n balanseermethode voorgestel wat 'n berekening behels op grond van die feit dat die nalatige handeling van die verweerder terselfdertyd voordele en nadele vir die eiser veroorsaak het. Deur 'n balansering van die voor- en nadele kan die skade dan bereken word. Die ernstigheid van die gebrek moet hiervolgens opgeweeg word teen die voordeel van lewe in enige vorm. Die hof sal dus steeds die waarde van lewe moet bepaal, asook die graad van die kind se gestremdheid. Dit sou egter nie meer nodig wees om 'n gestremde lewe met geen lewe te vergelyk nie.

Nog 'n vraagstuk is die aard en inhoud van die dokter se plig teenoor sowel die ouers as die kind. Die dokter het 'n plig teenoor die ouers om hulle in te lig oor die gebrek of moontlike gebrek van hulle ongeboore kind.⁵⁸ Die ouers

50 Persky 599.

51 *Satz v Perlmutter* 362 So 2d 160 (Fla App 1978) en ander sake.

52 As voorbeeld kan die verskriklike lyding wat volg op die genetiese siekte Lesch-Nyhand-sindroom geneem word. Dit is 'n geneties-georiënteerde ensiemafwyking wat gekenmerk word deur erge geestesversteurdheid en motoriese defekte. Lyers van die siekte sterf gewoonlik terwyl hulle nog jonk is, en vermink hulself deur hul lippe en vingers te eet. Hulle reageer vyandig teenoor ander mense deur hulle te byt, te slaan en te spoeg. Verdere siekte-toestande kan by Tay Sachs-siekte, mongolisme (die Down sindroom), rubella ens wees (Capron "Tort liability in genetic counseling" 1979 *Colombia LR* 618 650-651; sien ook Kennedy "The trend toward judicial recognition of wrongful life: a dissenting view" 1983 *UCLA LR* 31 472 491; Louw 199 vn 2).

53 Persky 599.

54 *Becker v Schwarz supra* 912.

55 *Curlender v Bio-Science Laboratories* 1980 106 Cal App 3d 811, 165 Cal Rptr 477; *Azzolini v Dingfelder* 1984 71 NC App 289, 322 SE 20 567.

56 *Supra*; sien ook Klodowski "Wrongful life and a fundamental right to be born healthy: *Park v Chessin; Becker v Schwarz*" 1978 *Buffalo LR* 537 557; Persky 596.

57 Persky 596-597; Foutz 487.

58 Kennedy 485.

word sodoende in staat gestel om te kies of hulle die kind of eerder 'n vrugaf-drywing wil hê. Ouers het wel in sekere omstandighede die reg om 'n vrugaf-drywing te bekom; daar word dus namens die fetus besluit of hy sal lewe of nie.

Wat die plig van die dokter teenoor die kind betref, blyk dit dat 'n dokter in die VSA wel 'n "duty to take care" teenoor 'n fetus in die derde trimester van die swangerskap het. Die plig geld egter nie tydens amniosentese of voor die gemelde tydperk nie.⁵⁹ Die huidige stand van die Engelse reg met betrekking tot "torts" gepleeg teen ongeborenes is dat die eiser nie gebore of selfs verwek hoef te gewees het toe die "tort" gepleeg is nie.⁶⁰ Die plig van die dokter teenoor die ongeborene is om sorg te dra dat die ongeborene nie benadeel word nie, welke benadeling by die aksie vir "wrongful life" sy gebrekkigheid is. Die dokter se plig strek dus in hierdie geval so ver as om lewe met genetiese defek te voorkom of te beëindig. Dit bring 'n mens egter weer by die vraag of lewe as sodanig nadeel kan wees.

'n Verdere probleem wat kan opduik, is dat indien die dokter die ouers wel ingelig het oor die moontlikheid van 'n gebrekkige kind, die ouers nog die besluit moet neem of hulle die kind wil hê of nie. Dit kan daartoe lei dat die dokter ten einde moontlike aanspreeklikheid te vermy, selfs waar die risiko van gebrek gering is, druk op die ouers uitoefen om die geboorte van die kind te voorkom.⁶¹ Desnietemin, indien die ouers sou besluit om nie die lewe te beëindig nie, is die dokter waarskynlik in elk geval nie aanspreeklik nie omdat die tussenkoms van die ouers se besluit die kousale verband tussen die gebrekkigheid en die dokter se optrede uitskakel.

Indien die dokter versuim het om die ouers in te lig oor die moontlike gebrekkigheid van hul kind, bestaan daar ook 'n kousaliteitsprobleem. Die oorsaak van die kind se gebrek is die genetiese defek as gevolg van 'n "natuurglips". Volgens VanDerhoef⁶² is die dokter wel die oorsaak van die eiser se lewe indien die ouers van die eiser beweer (en bewys) dat hulle wel sy lewe sou voorkom het indien hulle ingelig was oor die genetiese afwyking. Mede-oorsaak van die gebrekkige kind is dus die dokter se late om die ouers in te lig en die gepaardgaande voorkoming van die geboorte van 'n gebrekkige kind.

Indien die dokter 'n plig teenoor die eiser het om te voorkom dat hy gebrekkig gebore word, ontstaan die vraag of dit as teenkant 'n reg vir die kind inhou om as 'n "whole and functional human being" gebore te word.⁶³ Dit kom voor of mediese vooruitgang 'n nuwe reg geskep het, naamlik die reg om gebore te word sonder die gestremdheid van 'n redelik voorspelbare genetiese afwyking. Die probleem is egter wat met "whole and functional" bedoel word. Bestaan daar 'n objektiewe standaard met betrekking tot 'n vol en funksionele lewe? Empiriese waarneming dui volgens Louw⁶⁴ op die hoogs persoonlike aard van lewenservaring. Wat vir een persoon 'n welgeskape en funksionele lewe is, is dit nie

59 *Hartman v Jackson supra* vn 31.

60 In Engeland word die aangeleentheid deur a 1(2)(a) van die Congenital Disabilities (Civil Liability) Act van 1976 gereël.

61 Kennedy 501.

62 "Washington recognises wrongful birth and wrongful life – a critical analysis – *Harbeson v Parke-Davis, Inc.* 98 Wn 2d 460, 656 P 2d 483 (1983)" 1983 *Washington LR* 58 649 673; sien ook Strauss *Doctor, patient and the law* (1984) 199.

63 Hierdie reg was uitdruklik erken in *Park v Chessin* 1977 NY A 2d 80.

64 209.

noodwendig vir 'n ander nie. Dit lyk dus onmoontlik om 'n waarborg aan 'n ongeborene te gee dat hy as 'n "whole and functional human being" gebore gaan word.⁶⁵

5 DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Die vraag ontstaan of die aksie vir "wrongful life" in die Suid-Afrikaanse reg erken sal word. Daar kon geen gesag opgespoor word dat daar reeds so 'n aksie in die howe gedien het nie. Strauss⁶⁶ wys egter daarop dat min sake betreffende die nalatigheid van dokters voor ons howe gedien het. Die rede hiervoor is dat meeste van die sake buite die hof geskik word. Dit is dus moontlik dat aksies vir "wrongful life" reeds ingestel maar buite die hof geskik is.

Die Wet op Vrugaafdrywing en Sterilisasie 2 van 1975 verbied die afdrywing van 'n vrug behalwe in sekere omstandighede. Ingevolge artikel 3(1)(c) van vermelde wet mag 'n geneesheer wel 'n vrugaafdrywing bewerkstellig indien twee ander geneeshere skriftelik op wetenskaplike gronde gesertifiseer het dat die voortgesette swangerskap 'n ernstige gevaar inhou dat die kind wat gebore gaan word, aan 'n liggaamlike of geestesgebrek van so 'n graad sal ly dat hy onherstelbaar gestrem sal wees. 'n Liggaamlike of geestesgebrek wat tot onherstelbare gestremdheid sal lei, is dus wel in die Suid-Afrikaanse reg 'n grond vir vrugaafdrywing. Indien die geneesheer dus versuim om te diagnoseer dat die moontlikheid van onherstelbare gestremdheid bestaan, of versuim om die ouers oor sodanige moontlikheid in te lig, stel hy homself gewis aanspreeklik vir skade. Hierdie aksie sal egter slegs suksesvol wees indien die ouers wel 'n vrugaafdrywing sou verkies en bygevolg bewerkstellig het. In die bespreking wat volg, word hierdie feit veronderstel.

Die aksie vir "wrongful life" sal in die Suid-Afrikaanse reg deliktueel van aard wees, en sal met die *actio legis Aquiliae* skadevergoeding vir vermoënskade en met die aksie vir pyn en lyding vir kompensasie (genoegdoening) geëis kan word mits aan al die deliktsvereistes voldoen word, naamlik handeling, onregmatigheid, skuld, kousaliteit en skade.⁶⁷ Die *actio iniuriarum* kom nie ter sprake nie aangesien daar in die reël geen opset om te beseer aan die kant van die dokter is nie.⁶⁸ Daar sal kortliks na elk van die deliktsvereistes gekyk word om vas te stel of die aksie wel bestaansreg in die Suid-Afrikaanse reg het.

5 1 Handeling

Die handeling van die geneesheer bestaan in die versuim om die ouers in te lig oor die gebrek van die kind, of om 'n mediese prosedure (ten einde die moontlikheid van gebrekkigheid te bepaal) uit te voer. Daar is dus 'n late (*omissio*) in die vorm van 'n versuim om positiewe stappe te doen (ouers in te lig) ten einde nadeel vir 'n ander (gestremde lewe vir die kind) te voorkom.⁶⁹

65 *McKay v Essex Area Health Authority* 1982 2 All ER 771.

66 294 301.

67 Brownlie "Wrongful life: is it a viable cause of action in South Africa?" 1985 *Responsa Meridiana* 18 19.

68 Brownlie 19; Neethling *Persoonlikheidsreg* (1985) 68; Neethling *et al* 13-14.

69 Neethling *et al* 26; Brownlie 19-20; Boberg *The law of delict* (1984) 210; Van der Walt *Delict: principles and cases* (1979) 58; *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A); vgl Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 29.

5 2 Onregmatigheid

Die handeling moet onregmatig wees, dit wil sê die regbelang van 'n ander op 'n regtens ongeoorloofde of onredelike wyse aantas. Ten einde te bepaal of 'n late onregmatig is, moet gekyk word of daar in die besondere omstandighede 'n regsplig op die dader (geneesheer) gerus het om positief op te tree om die intrede van skade te voorkom, en hy nagelaat het om dit te doen.⁷⁰ Om vas te stel of daar 'n regsplig was, word die regsopvatting van die gemeenskap (*boni mores*) ondersoek,⁷¹ wat 'n objektiewe toets behels. Nou het daar reeds 'n aantal faktore uitgekristalliseer wat volgens die *boni mores* op die bestaan van 'n regsplig dui. Een hiervan is die bestaan van 'n besondere verhouding⁷² tussen die partye. Daar word aan die hand gedoen dat weens die bestaan van 'n besondere geneesheer-pasiëntverhouding daar wel 'n regsplig op die geneesheer rus om die ouers in te lig oor die moontlikheid dat hulle 'n onherstelbaar gestremde kind kan hê. Indien die geneesheer dus versuim om sy regsplig na te kom, en nadeel (gebreklikheid) later by geboorte intree, tree die geneesheer op 'n regtens ongeoorloofde wyse (onregmatig) op.⁷³

5 3 Skuld

Die handeling (versuim) moet met skuld (hier nalatigheid) aan die kant van die geneesheer gepaard gaan. By nalatigheid word 'n persoon verwyt vir sy gesindheid of gedrag van onagsaamheid, onsoorgvuldigheid of onversigtigheid omdat hy, deur onvoldoende ag te slaan op wat hy doen, nie voldoen aan die standaard van versigtigheid wat regtens van hom verwag word nie.⁷⁴ Hierdie standaard is die objektiewe maatstaf van die *diligens paterfamilias*: die dader is dan nalatig indien die redelike man in die posisie van die verweerder die moontlikheid sou voorsien het dat sy gedrag skade aan die ander persoon kan veroorsaak, en stappe sou gedoen het om die skade te voorkom; en dat die verweerder versuim

70 Neethling *et al* 26; Brownlie 21; Boberg 211; Van der Merwe en Olivier 59.

71 In *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597 spreek Rumpff HR hom soos volg daaroor uit: "Dit skyn of dié stadium van ontwikkeling bereik is waarin 'n late as onregmatige gedrag beskou word ook wanneer die omstandighede van die geval van so 'n aard is dat die late nie alleen morele verontwaardiging ontlok nie maar ook dat die regsdoelwit van die gemeenskap verlang dat die late as onregmatig beskou behoort te word en dat die gelede skade vergoed behoort te word deur die persoon wat nagelaat het om daadwerklik op te tree. Om te bepaal of daar onregmatigheid is, gaan dit, in 'n gegewe geval van late, dus nie oor die gebruikelike 'nalatigheid' van die *bonus paterfamilias* nie, maar oor die vraag of, na aanleiding van al die feite, daar 'n regsplig was om redelik op te tree." Sien ook Van der Merwe en Olivier 58.

72 Neethling *et al* 55; Van der Merwe en Olivier 45; Van der Walt 33; Boberg 212; McKerron *The law of delict* (1971) 23; *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A).

73 Die feit dat nadeel eers intree lank nadat die handeling (versuim) voltooi is, is irrelevant aangesien by die delik handeling en gevolg in tyd en ruimte geskei kan word (Neethling *et al* 28-29; Van der Merwe en Olivier 51; Barnard, Cronjé en Olivier *Die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg* (1986) 18-19). Daarom is dit onnodig om in die onderhawige gevalle, soos in *Pinchin v Santam Insurance Co* 1963 2 SA 254 (W), met die *nasciturus*-fiksie te werk. Die geneesheer se versuim het 'n nadelige gevolg wat eers by geboorte (die ontstaan van 'n regsobjek) as onregmatig beoordeel kan word. Brownlie 31 is ook van mening dat die geneesheer se optrede as onregmatig beskou moet word.

74 Neethling *et al* 111; Van der Walt 65; Boberg 274; Van der Merwe en Olivier 126; Brownlie 31.

het om sulke stappe te doen.⁷⁵ Vir deskundiges, soos ’n geneesheer of genetiese konsultant, word die toets van die redelike man verhoog na die redelike deskundige. Hierdie toets is in alle opsigte soos die redelike man-toets, maar word aangevul deur die algemene en gemiddelde vlak van deskundigheid wat daar in die betrokke profesie heers.⁷⁶ By die aksie vir “wrongful life” moet daar dus getoets word of die redelike geneesheer in die posisie van die verweerder die moontlikheid sou voorsien het dat sy versuim om die ouers in te lig dat hulle ’n gebrekklike kind kan hê, skade (gebrekklike lewe) aan die ongeborene kan veroorsaak, en of die redelike geneesheer verder redelike stappe sou gedoen het om teen hierdie skade te waak, welke stappe die verweerder versuim het om te doen. Daar word aan die hand gedoen dat die redelike geneesheer wel sou voorsien het dat sy late ’n gestremde lewe kan veroorsaak en dat hy redelike stappe sou gedoen het om teen die skade te waak. Die geneesheer by die aksie vir “wrongful life” tree dus nalatig op.

5 4 Kousaliteit

Die vierde element wat bewys moet word, is feitelike kousaliteit, naamlik dat die handeling die skade moet veroorsaak het. By die aksie vir “wrongful life” moet die versuim van die geneesheer om die ouers in te lig oor die moontlikheid van ’n gebrekklike kind, dus die gebrekklike lewe teweeggebring het.

Wat die vasstelling van feitelike kousaliteit betref,⁷⁷ is verskeie skrywers⁷⁸ asook die appèlafdeling⁷⁹ ten gunste van die *conditio sine qua non*-toets. Daar kan aanvaar word dat hierdie toets by die instel van ’n aksie vir “wrongful life” aanwending sal vind. Volgens hierdie toets is ’n handeling die oorsaak van ’n gevolg as die handeling nie weggedink kan word sonder dat die gevolg tegelyk

75 In *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430 spreek Holmes AR hom soos volg daaroor uit: “For the purposes of liability culpa arises if –

(a) a *diligens paterfamilias* in the position of the defendant –

(i) would foresee the reasonable possibility of his conduct injuring another in his person or property and causing him patrimonial loss; and

(ii) would take reasonable steps to guard against such occurrence; and

(b) the defendant failed to take such steps.” (Vgl Van der Merwe en Olivier 128; Boberg 274; Brownlie 31.)

76 In *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438 444 verklaar die hof soos volg: “[I]n deciding what is reasonable the Court will have regard to the general level of skill and diligence possessed and exercised at the time by the members of the branch of the profession to which the practitioner belongs” (Boberg 277; Van der Merwe en Olivier 140; Brownlie 31; Neethling *et al* 117–118). Strauss 199 is van mening dat nalatigheid wel bewys kan word: “Applying the foreseeability test, liability on the part of a doctor for the birth of a defective child, which resulted from negligence in amniocentesis, whether it was a case of negligent diagnosis or otherwise, seems to be somewhat easier to establish, in theory at least. If the doctor ought reasonably to have foreseen that had he done his job properly, a defective child would most probably not have been born . . .”

77 Juridiese kousaliteit lewer in die onderhawige gevalle nie probleme nie en word daargelaat (vgl Neethling *et al* 153 ev; Van der Merwe en Olivier 196 ev; Boberg 439 ev; Van der Walt 194 ev).

78 Boberg 380 ev; Van der Merwe en Olivier 196 ev; Van der Walt 97.

79 In *Minister van Polisie v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 44 verklaar Viljoen WN AR: “Whatever the considerations to be applied to identify or qualify a cause as an element of liability may be, I am convinced that the *conditio sine qua non* test is logically the only test to be applied to determine whether a negligent act or omission is a cause of the relevant result. I can conceive of no other test to be applied for this purpose. The inquiry simply is: Would the result have set in but for the negligent act or omission of the person concerned?”

verdwyn nie. Indien die versuim van die geneesheer om die ouers in te lig weggedink word, moet vasgestel word of die kind steeds in 'n gestremde toestand gebore sou gewees het. By 'n late word daar positiewe optrede in die plek van die late ingedink.⁸⁰ Indien die geneesheer die ouers ingelig het, sou hulle 'n vrugafdrywing verkies het en sou die gestremde kind dus nie gebore gewees het nie. So beskou, staan die geneesheer se versuim om die ouers in te lig dat hulle 'n gestremde kind kan hê, in kousale verband met die gestremdheid van die kind wat gebore word.⁸¹

5 5 Skade

Die laaste element waaraan voldoen moet word alvorens die verweerder aanspreeklikheid kan opdoen, is dat daar skade in die vorm van vermoënskade of persoonlikheidsnadeel moet wees. Vermoënskade (met die *actio legis Aquiliae* verhaalbaar) is die berekenbare geldelike verlies of vermindering in die eiser se boedel as gevolg van die eiser se (onregmatige en skuldige) gedrag. Krenking van sowel 'n vermoënsreg (byvoorbeeld 'n saaklike reg) as 'n persoonlikheidsreg (byvoorbeeld die reg op die liggaamlike integriteit) kan by vermoënskade ter sprake kom.⁸² Persoonlikheidsnadeel of nie-vermoënskade is daarenteen die nadelige verandering of feitelike versteuring van die regsbeskermdede persoonlikheidsbelange van 'n persoon, welke verandering nie sy ekonomiese posisie raak nie.⁸³ Persoonlikheidsgoedere omvat onder andere die fisies-psigiese integriteit van 'n persoon,⁸⁴ en kompensasie vir die nalatige krenking daarvan word met die besondere aksie vir pyn en lyding geëis.

Alvorens die kwessie van vermoënskade en persoonlikheidsnadeel onder oë geneem word, is dit noodsaaklik om vooraf te bepaal of daar hier hoegenaamd van skade sprake kan wees. Dit is uiters moeilik om te vas te stel of 'n gestremde lewe nadeliger as geen lewe is. Hierdie is 'n morele vraag wat 'n uitdaging aan diepe morele waardes en onbekende waarde-oordele stel. Die kritici van die "wrongful life"-aksie beskou enige vorm van lewe as waardevoller as geen lewe. Daarenteen beskou die voorstanders van hierdie aksie sekere vorme van gestremdheid as so ernstig dat geen lewe verkieslik is bo die gestremde lewe. Na my mening bestaan daar wel sekere siektes (byvoorbeeld Tay Sachs-siekte of Lesch Nyhan-sindroom) wat lewe so ondraaglik maak dat geen lewe daarbo verkies word. Daar moet egter duidelike riglyne neergelê word welke siektes 'n vrugafdrywing regverdig. Ek is verder van mening dat die wetgewer ook voorsien

80 *S v Van As* 1967 4 SA 594 (A); *Minister van Polisie v Skosana* 1977 1 SA 31 (A); *Siman and Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 2 SA 888 (A); vgl Neethling *et al* 151.

81 Strauss 199 verklaar soos volg oor die probleme rondom kousaliteit by die aksie vir "wrongful life": "[I]t may perhaps be argued that if the mother convinces the court that she would decidedly have had the foetus aborted - which is now legally possible in South Africa - the doctor was causally responsible for the *birth of a defective child*, and ought therefore to be liable for pecuniary damages in the form of special treatment necessitated by the child's condition, etc. Whether a court in this country would go so far as to hold this, is anybody's guess. The counter-argument which will invariably be raised by the doctor's counsel, is that as far as the birth is concerned, it was the parents who were causally responsible for the conception and the birth, and not the doctor, and as far as the child's defectiveness is concerned, nature is the guilty party, and not the doctor. The causation theorists will have a field day, and I for one would want a ringside seat at the trial of that case . . ."

82 Neethling *et al* 183.

83 *Sien Edouard v Administrator, Natal supra* vn 14.

84 Neethling *et al* 194.

het dat geen lewe in sekere omstandighede verkieslik is bo gestremde lewe deur die daarstelling van artikel 3(1)(c) van die Wet op Vrugafdruwing en Sterilisasië 2 van 1975. Die Suid-Afrikaanse hof behoort dus wel in 'n geval van baie ernstige gestremdheid te beslis dat geen lewe verkieslik is bo lewe.⁸⁵

Om vas te stel of daar *vermoënskade* gely is, word 'n vergelykingsmetode gebruik: die eiser se vermoënsposisie voor die pleging van die delik word vergelyk met die posisie daarna. Indien laasgenoemde nadeliger is as die posisie voor die delik, is vermoënsverlies voorhande.⁸⁶ By die aksie vir "wrongful life" het die eiser geen vermoënsposisie voor die pleging van die delik nie aangesien daar 'n toestand van geen lewe bestaan. Nadat die delik gepleeg is, verkeer die eiser in 'n toestand van lewe, maar in gestremde vorm, wat groot mediese onkoste kan meebring. So gesien, is die eiser se vermoënsposisie na die delik ongetwyfeld nadeliger en is daar dus vermoënskade voorhande.

Wat die berekening van die *omvang* van die skade betref, moet die kwantitatiewe verskil tussen die vermoënsposisie voor die pleging van die delik en dié daarna aangedui word. Uit die aard van die saak is dit uiters moeilik om 'n kwantitatiewe waarde aan hierdie toestand toe te ken. Voor die pleging van die delik was die eiser in 'n toestand van geen lewe – dus 'n kwantitatief onbepaalbare vermoënsregtelike posisie. Na die pleging van die delik bevind hy hom in 'n toestand van gestremde lewe, en is die mediese kostes wat aangegaan moet word (wat uit die aard van die saak vir hom vermoënsverlies beteken) wel kwantitatief berekenbaar. Dit spreek dus eintlik vanself dat sy gestremde toestand *finansieel* nadeliger is as die toestand van geen lewe (wat as 't ware gelykstaande aan 'n nul in randwaarde is). Sy mediese en ander uitgawes wat met sy gebrek verband hou, is dus gelykstaande aan die omvang van sy vermoënskade.

Die vasstelling of daar persoonlikheidsnadeel of nie-vermoënskade gely is, kom ietwat eenvoudiger voor. Persoonlikheidsnadeel wat by die aksie vir "wrongful life" ter sprake kan kom, is onder andere die pyn en lyding as gevolg van die gebrek, ontsteltenis en ongelukkigheid weens die misvorming van die liggaam, verlies van lewensgenieting en verkorte lewensverwagting.⁸⁷ In Suid-Afrika kom dit voor of die omvang van die psigiese-fisiese nadeel gewoonlik voorgestel word as die produk van die intensiteit van die fisiese of affektiewe geveelskrenking en die aard en tydsduur daarvan.⁸⁸ By die aksie vir "wrongful life" sal dit dus afhang van die graad en tydsduur van die gestremdheid van die eiser, en dit sal van geval tot geval verskil.

6 GEVOLGTREKKING

Die regsvergeljkende ondersoek toon dat alhoewel die Amerikaanse en Engelse regstelsels grootliks ooreenstem, daar tog verskillende benaderingswyses met betrekking tot die "wrongful life"-aksie gevolg word. Waar die Amerikaanse

85 Brownlie 32 is van mening dat die berekening van skadevergoëding nie geëvalueer sal word deur 'n vergelyking van lewe met geen lewe nie: "Moreover it is conceded that the calculation of both general and special damages will not be evaluated by means of a comparison of existence with non-existence, since precedent has shown this to be 'impossible'. In that sense, it is equally conceded that our law is being departed from. It is however submitted that these factors should not *per se* preclude the award of damages."

86 Van der Merwe en Olivier 180.

87 Neethling *et al* 194; Van der Merwe en Olivier 179; Visser *Kompensasië en genoegdoening volgens die aksie weens pyn en leed* (1980) 365 ev.

88 Neethling 109; Neethling *et al* 204; Visser 315.

howe – soos die Israeliese appèlhof – geneig is om eerder 'n aksie toe te staan binne die kader van die bestaande “law of torts”, deins die Engelse howe steeds terug van die erkenning van die aksie; die beswaar is dat “lewe” nooit deur die reg as “skade” gereken kan word nie.

Voorts blyk dit dat hierdie aksie ook nie sonder besondere aanpassings deur die Suid-Afrikaanse deliktereg hanteer sal kan word nie. Veral die vereistes van kousaliteit en skade blyk 'n groot kopseer te wees. Ten einde kousaliteit te bewys, word van die veronderstelling uitgegaan dat die ouers wel 'n vrugafdrywing sou bewerkstellig het indien die geneesheer hulle ingelig het oor die moontlikheid van 'n gestremde kind. Die eiser sal verder moet bewys dat die veroorsaking van sy lewe in gestremde vorm as skade beskou kan word, en dat hierdie skade kwantitatief as 'n geldbedrag berekenbaar is. Hier kan probleme ondervind word aangesien dit onseker is of die Suid-Afrikaanse howe die veroorsaking van 'n gestremde lewe as skade (veral vermoënskade) sal beskou. Na my mening behoort die aksie wel in geval van erge gestremdheid toegelaat te word. Dit geld ook nêet betrekking tot persoonlikheidsnadeel of nie-vermoënskade waar die bewyslas makliker blyk te wees. Die aksie vir pyn en lyding behoort dus in die lig van bostaande bespreking te slaag.

Uit 'n morele en filosofiese hoek beskou, is dit uit hierdie beperkte studie bykans onmoontlik om 'n waarde-oordeel oor die “wrongful life”-aksie en die verskillende lande se hantering daarvan te fel. Dit is egter so dat as gevolg van die astronomiese vooruitgang op mediese gebied die laaste woord oor hierdie aksie nog lank nie geuiter is nie. Die reg kan allermins op hierdie gebied agterweë bly en diepgaande navorsing sal gedoen moet word ten einde 'n bevredigende oplossing te vind. Omdat die vraag na die erkenning of nie van hierdie aksie uiteenlopende reaksie van verskeie belangegroepes ontlok, is dit kwalik denkbaar dat eenstemmigheid sonder veel moeite bereik sal word.

BUTTERWORTHS-PRYS

Dit doen die redaksie genoë om aan te kondig dat die Butterworths-prys vir die beste eersteling-bydrae van 1990 toegeken is aan:

Mnr JC Knobel
Universiteit van Suid-Afrika.

Sources of public rivers – status and control

André Rabie

BA LLD

Professor of Criminal Law, University of Stellenbosch

OPSOMMING

Bronne van openbare riviere – status en kontrole

Die bronne van openbare riviere word in 85 persent van ons belangrikste bergopvanggebiede op privaatgrond aangetref. Die regstatus van dié bronne word ontleed. In *Le Roux v Kruger* 1986 1 SA 327 (K) stel die hof die standpunt *obiter* dat die bronne van openbare riviere wat nie op sigself aan die omskrywing van openbare water en openbare stroom in die Waterwet 54 van 1956 voldoen nie, nie openbare water bevat bloot vanweë die feit dat die water later by 'n openbare stroom aansluit nie. Daar word betoog dat hierdie standpunt tot 'n onhoudbare situasie aanleiding sal gee; dit sou daarop neerkom dat die meeste bronne van openbare riviere as private water – ten opsigte waarvan die uitsluitlike reg op die gebruik en genot by die betrokke grondeienaar berus – sou moes kwalifiseer.

1 FRESH WATER AS AN IMPORTANT RESOURCE

Fresh water is one of our most important natural resources. However, it is also becoming an increasingly scarce strategic resource requiring optimal management and allocation in the national interest. In South Africa such water is found mainly in the form of surface run-off from rainfall and, to a lesser extent, in underground sources. The main fresh-water source is constituted by rivers. In their turn, rivers are dependent for their water upon their respective sources. Sources of rivers, accordingly, are of vital importance to the maintenance of our fresh water supply, which, again, is of decisive importance for our country's future.¹

2 PUBLIC AND PRIVATE RIVERS

A distinction between a *flumen publicum* and a *flumen privatum* was drawn even in Roman law, whence this distinction was adopted into Roman-Dutch law and eventually into South African law.² Today the definition of "public stream" is contained in the Water Act 54 of 1956, as will be shown.³ The act

1 See generally *Management of the water resources of the Republic of South Africa* Department of Water Affairs (1986) ch 2.

2 See generally Rabie "The conservation of rivers in South African law" 1989 *SA Public Law* 9.

3 Par 4 2 2 4.

does not, however, define a private stream. Such a stream, therefore, is one which lacks the essential characteristics of a public stream. A water court is the body appointed to determine whether a particular stream is a public or a private stream.⁴

3 PUBLIC AND PRIVATE WATER

This distinction is derived from Roman law, from where it was taken over in Roman-Dutch law and South African water law. Traditionally, public water was water found in a public river while other water was private water. The Water Act, however, introduced a separate substantive definition of private water while continuing to define public water. Private water means all water which rises or falls naturally on any land or naturally drains or is led on to one or more pieces of land which are the subject of separate original grants, but is not capable of common use for irrigation purposes.⁵ Public water is defined as any water flowing or found in or derived from the bed of a public stream, whether visible or not.⁶

4 SOURCES OF PUBLIC RIVERS

4 1 The nature of sources

The important concept of "source" in respect of rivers is not defined in legislation. According to Roman law⁷ the general rule is that the source is where the water originates. This rule was applied to three specific instances: If the water comes from a spring, the source is that spring. If it comes from a river or a lake, then the source is the primary part of the trench by which it is conducted from the river or lake into the canal. Finally, if the water oozes through the ground, then the source is where the water first emerges into view.⁸ This definition seems to emphasise the source as the origin of a river, in other words, a place from which a flow of water takes its beginning. The definition by the court in *Le Roux v Kruger*⁹ is of the same tenor:

"Die begin van 'n rivier is of in die berge of in moerasagtige gebied, 'n meer of natuurlike dam, of moontlik waar twee ewe groot strome bymekaar aansluit [to form a new river]."

The court then explained that a river may be explored upstream until one reached its beginning, which then would qualify as its source.¹⁰

The first point to emphasise is that the source types referred to above merely constitute some common examples and are obviously not intended as a *numerus clausus*. Source types that may be relevant include fountains, lakes, groundwater, marshes, bogs, vleis, swamps and so on. In principle, the type of source should be irrelevant. It will be pointed out,¹¹ nevertheless, that our courts have, apparently in an attempt to avoid the conclusion that the source of a public river

4 S 40(d) of the Water Act.

5 S 1. See generally Findlay "The Water Act and private water" 1973 *THRHR* 140.

6 S 1. See generally De Wet *Opuscula miscellanea* (1979) 23-33.

7 *D* 43 20 1 8.

8 Cf *Ex Parte Transvaal United Trust and Finance Co Ltd* 1931 Watermeyer's Reports 36 44.

9 1986 1 SA 327 (C) 335A-B.

10 335C-D.

11 Par 4 2 2 5.

contains public water, even if it occurs on private land,¹² denied that certain sources qualified as such.

The next issue to consider is whether a single source should be indicated. If by "source" is meant the original source in the sense of the actual point at which a river begins, such a source point would have to be identified. However, a river may have more than one source from which it originates. This is already obvious in the case of confluent rivers which form a new river. Moreover, in *Ex Parte the Municipality of Somerset West and the Cape Explosives Works Ltd*¹³ the court regarded the headwaters of a certain river as synonymous with its sources. It saw no reason to hold that the sole source of the river in question was to be found at the highest point of the cleft in the mountain, to the exclusion of all the branch streams which flowed into it on either side. The principle that a river may have more than one source has been confirmed in other decisions.¹⁴ Although it may sometimes be difficult to identify a single source of a river, it should usually be possible to distinguish the major source. However, again there may be more than one major source. It is worth noting that the important principle in respect of sources which was laid down in *Van Heerden v Weise*,¹⁵ strictly speaking, applies only to "the source or the main source of a public stream". However, it was not applied in this limited sense in later case law. Finally, mention should be made of the provisions of the Water Act governing irrigation boards, which refer to "the sources of the water of any public stream".¹⁶ This obviously implies that a particular river may have more than one source.

A further question which arises, is whether a river's source must be located at the point where the water starts to flow, or whether it can also qualify as a source if it feeds the river lower down its course. As a river continues its downward course to the sea, it is fed by tributaries and even by other rivers. The cases referred to in support of the principle that a river may have more than one source, also confirm that such tributaries and rivers may indeed qualify as sources even though they may join the river concerned comparatively low down in its course.

Curiously enough, tributaries have sometimes been distinguished from sources in cases where there is a marked disparity between a minor stream flowing into a major stream.¹⁷ In fact, criteria have been devised to assist in making this distinction.¹⁸ Moreover, special principles apply in respect of riparian land owners' rights as regards water in tributaries.¹⁹ However, where there is no great dissimilarity between the streams in question, each is regarded simply as a feeder stream or source of the main river.²⁰ In fact, De Villiers²¹ contends that there

12 Par 4 2 2 2.

13 1936 Watermeyer's Report 181 190.

14 Cf eg *In re Koster River* 1916 Krummeck's Reports 131; *Struben v Certain Riparian Owners* 1948 Vos' Reports 42; *Du Toit v Krige* 1971-10-22 case no 10/70 (unreported); *Van Rensburg v Taute* 1975 1 SA 279 (A) 300E-F.

15 1880 Buch AC 5 9. This case will be discussed in par 4 2 2 2.

16 S 89(1)(a).

17 Vos *Principles of South African water law* (1978) 43.

18 Cf eg *Allen & Louw v Tamsen & Van Biljon* 1932 Watermeyer's Reports 85; *Ex Parte De Souza* 1934 Watermeyer's Reports 148.

19 Cf s 9(1)(e) of the Water Act 54 of 1956; Vos 44.

20 Vos 43.

21 "The water law: tributaries" 1921 *SALJ* 395.

is no reason why one of two confluent streams must necessarily be the main stream and the other the tributary. As the prongs of a fork, they may both be regarded as headwaters or sources of the same stream.²²

In a linguistic sense, "source" in relation to rivers means the fountain-head or origin of a river or stream, or the spring or place from which a flow of water takes its beginning. It seems possible in respect of each river to identify such an original source or at least a source zone. This would be situated at the beginning of the longest tributary, measured back from the river's estuary. However, this concept of "source" gradually seems to have assumed a much wider application, at least in law. It is generally taken to refer to almost any water joining a river in the sense of contributing to its flow. This would correspond to the Afrikaans word "voedingsbron" as against "oorsprong", which latter word connotes the narrower meaning of "source". In other words, the word "source" may be used with both the definite and the indefinite article.

Viewed in the broadest context, therefore, the entire catchment of a river constitutes its source in the sense of contributing to its water supply. Unless the concept of "source" is interpreted in the above narrow sense as "oorsprong" referring to a single source, there seems to be no way in which the above conclusion can be logically avoided. Moreover, any distinction between sources in the sense of water contributing to a river's flow would have to rest upon a rather arbitrary selection between various sources.

4 2 The legal status of sources

The legal status of a river source depends upon its classification as containing either public or private water. In respect of public rivers, such a classification is obviously of decisive importance to the rights of downstream riparian landowners, but it is equally important to all other users of the river and to its ecosystem generally. Should the source be classified as private water, it would rate as the exclusive property of the landowner concerned. Such ownership is limited by only a few conditions,²³ none of which restricts the landowner from impounding it, wasting it and in fact from exhausting the entire supply. If, however, the source should qualify as public water it would render the future of the river and its users relatively secure, since it would, like all public water, be subject to fairly strict state control in terms of the Water Act.

4 2 1 Sources rising on state land

During the 1930's it became government policy to purchase or expropriate mountain land where this was deemed necessary for the conservation of water sources. This aim was supported in the reports of the Commission of Enquiry concerning the Water Laws of the Union of 1952²⁴ and of the Interdepartmental Committee on the Conservation of Mountain Catchments in South Africa of 1961.²⁵ However, it was calculated in the latter report that state land comprised only 10 per cent of the major catchments (with Black areas making up another

22 Cf *Ex Parte The Municipality of Somerset West supra* 188-189.

23 Cf s 5 of the Water Act and *Vos supra* 10-11.

24 UG 11/1952 par 114.

25 Par 150(4) 94.

10 per cent). Today the area of such mountain catchments on state land comprises 1,7 million hectares. This still represents only about 15 per cent of the total area of major mountain catchments.²⁶ Sources of rivers rising on state land in such mountain catchments are reasonably secure owing to strict state control. Such control is presently exercised by the various provincial directorates of nature conservation, to which bodies the task has been devolved during 1987 from the Department of Environment Affairs. Control is exercised in terms of the Forest Act 122 of 1984.

4 2 2 Sources rising on private land

Since 9,7 million hectares or 85 per cent of our major mountain catchments are privately owned²⁷ it seems that the sources of rivers rising in such catchments originate on private land. A fundamental question which arises in respect of such sources is whether the attributes of a source must conform to those pertaining to the basic public/private water distinction for its own classification as either.

4 2 2 1 The legal position before 1880

In the *locus classicus* of *Retief v Louw*,²⁸ the traditional position²⁹ was still adhered to, namely that water rising on private land (*errumpens in suo*) was the exclusive property of the landowner. The only qualification was that the landowner's rights were subject to the ancient custom rule.³⁰ This view was confirmed in subsequent case law.³¹

4 2 2 2 The principle established in *Van Heerden v Weise*

The abovementioned view did not cause too much controversy at the time, since many rivers originated in mountainous regions which were either state land or where little or no use of their sources was made. With new grants of state land in such areas and with the concomitant expansion of agriculture and its demand upon water sources, the desirability of the above view was questioned. In *Van Heerden v Weise*³² the Cape supreme court introduced an important qualification to the rule that a person may deal as he wishes with water rising on his own land. The rule was made subject to the proviso that such water was not the source or the main source of a public stream. Although the court did not explicitly hold that such a source qualifies as containing public water, its inevitable effect seems to be that if a river conforms to the requirements of a public stream, its public character adheres to the river's main sources as well, even though a particular source does not satisfy the criteria for a public stream.

26 Cf Rabie "The conservation of mountains in South African law" 1989 *SA Public Law* 215-216.

27 *Ibid.*

28 1874 Buch 165.

29 As expounded in *D 39 3 1 13* and *Voet 8 3 6*.

30 Cf *Vos 3*.

31 *Erasmus v De Wet* 1874 Buch 204; *Mouton v Van der Merwe* 1876 Buch 18. In *Silberbauer v Van Breda* 1866 5 Searle 231 and *Van Breda v Silberbauer* (1869) 3 Moore LR 84 (PC), nevertheless, the court questioned the accuracy of the principles and suggested that an owner could not do whatever he pleased with water rising on his own land if it had once flowed beyond his land in a known and defined channel.

32 1880 Buch AC 5.

In other words, although a source may be private when viewed in isolation, it is regarded as public on account of its connection with the public stream. This unity principle was confirmed in *Southey v Schombie*:³³

“In other words I take these perennial springs to be an essential part of this public river, and what applies to the whole must be deemed and taken to apply to the part.”

In *Struben v Cape Town District Water-Works Co*³⁴ the court acknowledged that *Van Heerden v Weise* had introduced an important exception to the traditional position but refused to extend it to underground water, which, in any case, was not proved to constitute a source of the public stream in question.

The principle laid down in *Van Heerden v Weise* was in effect followed in a Transvaal decision of 1893,³⁵ in which it was held that the public character of a stream also adheres to the springs from which it takes its origin, even if such springs are situated on private land and even if the springs were opened up by the landowner or the supply was increased through excavations of the source.

4 2 2 3 Early statutory provisions

The abovementioned principle was subsequently enshrined in legislation in the Transvaal Irrigation Act 27 of 1908.³⁶ It was not, however, incorporated into the Cape Irrigation Act 32 of 1906,³⁷ nor was it included in the Irrigation and Conservation of Waters Act 8 of 1912³⁸ or the Water Act 54 of 1956.³⁹ The Transvaal act, in addition, for the first time statutorily defined public water as “all water which joins or forms part of a public stream”.⁴⁰ The same definition was adopted in the Irrigation Act of 1912.⁴¹

The latter act served as a basis for decisions upholding the principle established in *Van Heerden v Weise*. It stipulated that every person is entitled to the exclusive use of all water rising on his own land, but subjected the rule to two provisos, one being that it shall not affect any other existing rights.⁴² This proviso was held in *Ex Parte Kirstein*⁴³ to protect sources of public streams rising on private land against their being claimed as private water. Such sources were held to form part of the public streams which they feed.

The other decisions upholding the principle of *Van Heerden v Weise* with reference to the Irrigation Act of 1912 were based upon the act's definition of public water as all water which joins or forms part of a public stream. In *Breyten Collieries Ltd v Dennill*⁴⁴ and *Grobler v Retief*⁴⁵ it was accepted that this definition rendered sources of public streams public water. *Van Heerden v Weise* and *Grobler v Retief* were followed in *Bon Accord Irrigation Board v Pretoria*

33 1881 (1) EDC 286 302.

34 1892 (9) SC 68.

35 *Meyer v The Johannesburg Waterworks Company* 1893 Hertzog 1 8.

36 S 44(1).

37 Cf s 4.

38 Cf s 8.

39 Cf s 5.

40 S 45.

41 S 9.

42 S 8(1).

43 1917 Krummeck's Reports 172.

44 1912 TPD 1061 1065-1066.

45 1918 Krummeck's Reports 211 217-218.

Municipality (I).⁴⁶ However, it was stated in *Ex Parte The Municipality of Somerset West*⁴⁷ that the words “form part of” do not refer to the sources of a public stream.⁴⁸ On the other hand, the question was posed in *Ex Parte Kirstein*⁴⁹ whether it could be seriously suggested that the source of a public stream does not form part of it, although it may be its sole cause of existence, or, as was contended in *Ex Parte Transvaal United Trust and Finance Co Ltd*,⁵⁰ its “most necessary part”. The principle laid down in *Van Heerden v Weise* that a private landowner cannot deal with water rising on his land as private water when it constitutes the source of a public stream, was nevertheless applied in *Ex Parte The Municipality of Somerset West*.⁵¹

The definition of public water in the Irrigation Act of 1912 was also referred to in *Ex Parte Transvaal United Trust and Finance Co Ltd*⁵² in connection with a large piece of vleiland with water-bearing subsoil, forming the source of a public stream. Although it acknowledged that the source of a public stream was part of it, it was held⁵³ that an underground reservoir such as the one in question may be called the source of a stream only when the water emerges to view.

Writing on the position prevailing under the Irrigation Act of 1912, De Villiers⁵⁴ supports the principle laid down in *Van Heerden v Weise* and demonstrates that the Irrigation Act underscores this principle in that section 8, which allows an owner exclusive use of water rising on his land, does not according to him apply to sources of public rivers.⁵⁵ Moreover, section 9, which stipulates that all water which joins a public stream forms part of the stream, in his opinion confirms that the source of a public stream forms part of the stream.⁵⁶ However, De Villiers concludes his discussion of the above provisions in a rather confusing manner. He states⁵⁷ that each source other than the “source” or the “main source” of a public stream may in itself be a public stream if it conforms to the definition of a public stream. This seems to contradict all that he was at pains to explain in the preceding parts of his article, unless his support of the principle established in *Van Heerden v Weise* should be regarded as being restricted to the source or the main source of a public river. The reliance of the court in *Le Roux v Kruger*⁵⁸ upon this conclusion is therefore not entirely persuasive.

4 2 2 4 The Water Act

The Water Act of 1956 amended the definition of public water contained in the Irrigation Act of 1912 in so far as it now stipulates that public water is any water flowing or found in or derived from the bed of a public stream, whether

46 1921 Hall's Reports 6.

47 *Supra* 186–187.

48 This interpretation was arrived at partly on account of the Dutch text, which referred to water “dat zich met een openbare stroom verenigd of vermengt”. Nevertheless, the signed text is the English one and, as has been shown in *Grobler v Retief supra* 217–218, the Dutch text is not a true translation of the English.

49 *Supra* 176.

50 *Supra* 36 44.

51 *Supra* 187.

52 *Supra* 44.

53 Relying upon *D 43 20 1 8*. Cf par 4 1.

54 “The water law. The eighth section” 1920 *SALJ* 247.

55 *Idem* 251–253.

56 *Idem* 253.

57 1921 *SALJ* 13 20.

58 *Supra* 336B–H.

visible or not.⁵⁹ A public stream is defined as a natural stream of water which flows in a known and defined channel, whether or not such channel is dry during any part of the year and whether or not its conformation has been changed by artificial means, if the water therein is capable of common use for irrigation on two or more pieces of land riparian thereto, which are the subject of separate original grants, or on one such piece of land and also on riparian state land. A stream which meets these conditions in part only of its course, is deemed to be a public stream as regards that part only.⁶⁰ This amendment provides a basis for the argument that public water can qualify as such only if it is contained in a public stream and that water can no longer be regarded as public water merely on account of its joining or forming part of a public stream – as was the position under the Irrigation Act of 1912. This has a particular significance for sources of public rivers, and thus for the rule of *Van Heerden v Weise*, as Vos⁶¹ explains:

“It can no longer be argued with the same force that sources are public. On the contrary, unless water flows or is found in or derived from a public stream, it is private. In other words, the source must have all the attributes of public water or of a public stream, otherwise it would be private water.”

Where a river rises on land belonging to one owner – which presumably will be the case in many, if not most, instances – the water of such a source cannot according to the Water Act's definition of public water and of public stream, qualify as public water. It cannot be capable of *common* use for irrigation on *two* pieces of land riparian to it. That may be the position only when the water reaches a second riparian landowner. And even after they have flowed over two pieces of riparian land, many sources may still be too weak to be capable of common irrigational use.

Nevertheless, in *Du Toit v Krige*⁶² the court held that the Water Act did not purport to amend the common-law principles in respect of river sources. Relying upon *Van Heerden v Weise*, the court thus confirmed that the water of the source of a public river amounts to public water, even if it would otherwise, taken in isolation, have qualified as private water. This decision received the approval of the Appellate Division in *Van Rensburg v Taute*.⁶³

In *Le Roux v Kruger*⁶⁴ a contrary approach was adopted. The court held⁶⁵ that the Water Act, and not the common law, applied as far as the classification of water in tributaries is concerned. Such tributary, which does not itself comply with the Water Act's criteria for a public stream, even if it serves as a source of a public stream, does not according to the court⁶⁶ contain public water until it reaches a public stream and an intermingling of the water of the two streams takes place. The court's opinion, however, is *obiter* since it had already decided⁶⁷ that the tributary in question was a public stream before it embarked upon its discussion of the above issue. *Le Roux v Kruger* is the first decision which

59 S 1.

60 S 1.

61 “Elements of South African water law” 1965/1966 *Acta Juridica* 8–9.

62 *Supra*.

63 *Supra* 298–300.

64 *Supra*.

65 342I.

66 333F–H.

67 332F.

rejected the principle established in *Van Heerden v Weise* that sources of public streams contain public water.

Academic opinion favours the *Van Heerden v Weise* principle.⁶⁸ Hall⁶⁹ also supports it, while Vos⁷⁰ acknowledges that *Du Toit v Krige*⁷¹ and *Van Rensburg v Taute*⁷² have confirmed that the principle is still part of our law in spite of the Water Act's definition of public water.

4 2 2 5 Connection between sources and public rivers

There obviously needs to be some connection between the source and the river. Reference has been made to the fact that logically the entire catchment of a river may be regarded as containing its sources in the sense that they contribute to its water supply.⁷³ In fact, owing to the existence of hydrological cycles, it may be argued that most water sources are connected to some or other river system. If the river is a public river, such sources – even if occurring on private land – should, by virtue of the principle laid down in *Van Heerden v Weise*, qualify as part of the public river which they feed and with which they are thus connected. Indeed, as has been shown,⁷⁴ the Irrigation Act of 1912 expressly laid down that all water which joins a public stream shall be public water.

However, our courts have been rather reluctant to apply this proposition consistently, perhaps because its logical conclusion would in effect rule out all private water. For instance, in *Breyten Collieries Ltd v Dennill*⁷⁵ it was readily accepted that the water in a certain pan did not join a public stream and that it was therefore private water. Likewise, in *Meyer v The Johannesburg Water-works Company*⁷⁶ it was found that the water of certain fountains, unless utilised by the landowner, would be lost by spreading itself over the expansive surface of a swamp. The court went further and held that even if the springs had a connection with the stream in question, such connection had to be by means of a defined channel; and *Ex Parte The Municipality of Somerset West*⁷⁷ is authority for the view that such channel may not be artificial.

Again, in *Struben v Cape Town District Water-Works Co*⁷⁸ the court regarded as private the water of a spring rising on private land. The court acknowledged that the spring had since time immemorial been one of the chief sources of supply of a public stream, but ruled that the landowner was entitled to the water even if its abstraction may have caused a diminution in the supply of the public stream. And in *Ex Parte Transvaal United Trust and Finance Co Ltd*⁷⁹ the court declined to regard the underground reservoir in question as the source of the

68 Cf Nunes "Sources of public streams in modern South African law" 1975 *Acta Juridica* 298; De Wet 29; Rabie 1989 *SA Public Law* 10–12.

69 *Hall on water rights in South Africa* (eds Hall and Burger) (1974) 21.

70 9.

71 *Supra*.

72 *Supra*.

73 Par 4 1.

74 Par 4 2 2 3.

75 *Supra*.

76 *Supra* 9 10.

77 *Supra* 185.

78 *Supra*.

79 *Supra* 44.

public river concerned, in spite of the fact that it acknowledged that a large part, if not the bulk, of the river's supply may be derived from that groundwater.

4 2 2 6 Arguments for and against the rule in *Van Heerden v Weise*

It has been argued that a failure to regard sources of public rivers as public water would "render valueless riparian rights in the lower reaches of the river".⁸⁰ De Villiers⁸¹ states:

"At any moment the owner at the source would be entitled to shut off supplies, and the rights which the remaining owners possess *jure naturae* would be merely illusory."

A further contention is that viewing the source of a public stream as private water would "destroy the character of every public stream".⁸² The potential for harm to a river's ecosystem is obvious if its source is held in private ownership.⁸³

The rejection of the rule in *Van Heerden v Weise* rests upon a number of grounds. The first argument – and probably the strongest one – is that the principle of *Van Heerden v Weise* has been tacitly repealed by the Water Act's definition of public water,⁸⁴ as explained above.⁸⁵ Moreover, the act's provision relating to the use of private water⁸⁶ does not limit such use with regard to the above principle.⁸⁷ The latter provision is similar to the provision of the Irrigation Act of 1912,⁸⁸ which likewise contained no proviso – as did the Transvaal Irrigation Act of 1908⁸⁹ – excepting sources of public streams occurring on private land.⁹⁰ Nevertheless, no argument was ever raised that the Irrigation Act of 1912 thereby abolished the above principle. The fundamental difference, it would seem, is made by the Water Act's amendment of the definition of public water.⁹¹ If a source of a public stream does not itself qualify as a public stream, it cannot, according to the act, hold public water. Although the wording is clear, it would none the less be rather surprising if the legislature should through an amendment of the definition of public water, have intended to render inoperable a rule which had applied in South Africa since 1880. The rule was introduced as an exception to a landowner's rights in respect of water rising on his land. This exception, as has just been pointed out, was not enacted in either the Irrigation Act of 1912 or the Water Act. It was, nevertheless, generally perceived as a common-law exception which applied to restrict the wide ambit of legislative provisions relating to the use of private water.

A further argument consists of a refutation of the argument that the rights of downstream riparian owners would be adversely affected if the owners of land riparian to a side stream or tributary would be entitled to cut off the water supply. Reference is made to the preference which owners riparian to tributaries

80 *Ex Parte The Municipality of Somerset West supra* 190.

81 1920 SALJ 251.

82 *Ex Parte Kirstein supra* 177.

83 Par 4 2.

84 *Le Roux v Kruger supra* 333G.

85 Par 4 2 2 4.

86 S 5(1).

87 *Le Roux v Kruger supra* 334I–J.

88 S 8(1).

89 S 44(1).

90 Par 4 2 2 3.

91 Par 4 2 2 4.

enjoy as against downstream owners.⁹² However, it has been pointed out⁹³ that this is the position only where the tributary in question is not regarded as a source of the public river which it feeds. Moreover, the fact that *Van Heerden v Weise* did not deal expressly with a tributary,⁹⁴ does not detract from the general principle which it laid down in respect of water rising on private land and which is the source of a public stream.

It is also reasoned that much uncertainty would accompany the acceptance of the principle that water may be classified as public water before it reaches a public stream.

“Op watter basis identifiseer ’n mens so ’n bron as openbare water? Of is alle water wat uiteindelik inloop in die openbare stroom, bronne en dus openbare water?”⁹⁵

This is indeed a valid point as has been shown.⁹⁶

It has been claimed that the reliance upon De Villiers in support of the contention that sources of public streams contain public water, is misconceived.⁹⁷ However, it has been shown⁹⁸ that De Villiers seems to contradict himself in his conclusion and it is upon the conclusion that the above claim is based.

4 2 2 7 River as a uniform concept

In the consideration of the classification of a river as private or public and whether or not a source contains public water, two opposing approaches have been suggested. The first, adopted by De Villiers,⁹⁹ is the downward looking approach whereby a river is viewed from the point of its origin. In deciding whether a stream is public, it is according to De Villiers necessary

“that the stream or tributary, etc, shall be a public stream straight away from the point where the ‘source’ is situated, ie it must possess the attributes of a public stream at and immediately below the source, and continue to possess those attributes in its downward course”.

The other approach is to ascertain a river’s nature from the bottom: “and by working upstream, the sources, as may be relevant, may be deduced”.¹⁰⁰

In fact, both approaches may lead to unsatisfactory conclusions. The downward-looking view would, because of the Water Act’s definitions of public water and of public stream, logically rule out as public water all sources originating on one piece of land, as has been explained above.¹⁰¹ If a river’s character is to be ascertained from the bottom, the difficulty is that estuaries and tidal rivers which constitute the “bottom” of rivers would, likewise, not qualify as public

92 *Le Roux v Kruger supra* 343G–344A.

93 Par 4 1.

94 *Le Roux v Kruger supra* 342E–F 345D–E.

95 *Le Roux v Kruger supra* 335F–336A. Hall 20 makes the same point: “If, therefore, the public or private nature of water fell to be decided according to its ultimate destination, it would be extremely difficult to say that any water flowing over the surface of the ground is private water, for it might, if allowed to flow unhindered, ultimately join a public stream and so become public water.” However, he seems to contradict himself by nevertheless accepting (21) the rule in *Van Heerden v Weise*.

96 Par 4 1.

97 *Le Roux v Kruger supra* 336B–H.

98 Par 4 2 2 3.

99 1921 *SALJ* 20.

100 Nunes 316, relying upon *Du Toit v Krige supra*.

101 Par 4 2 2 4.

streams inasmuch as irrigation cannot be practised along such parts of rivers.¹⁰² In any case, tidal rivers and tidal lagoons form part of the sea in terms of the Sea-Shore Act 21 of 1935.¹⁰³

In seeking to classify a river, regard should rather be had to the river as a whole. If its dominant nature conforms to the Water Act's definition of public stream, it should along its entire course be classified as such. However, this would be in conflict with the proviso to that definition,¹⁰⁴ which implies that a river's classification can be fragmented and that it would qualify as public only along such parts of its course where it conforms to the definition. The deletion of this proviso should be considered. Ideally, a river, being a longitudinal ecosystem, should be managed as an entity. This can be done satisfactorily only if it has the same status along its entire course. Should a river be regarded as private over that part of its course which does not satisfy the definition of a public stream, while the rest constitutes a public stream, it would constitute serious managerial difficulties, since the state has very little control over private water. In fact, the very existence of a category such as that of private water may be questioned.

The category of private water – and indeed the introduction by the Cape supreme court of the controversial principle of riparian rights – is obviously based upon the extensive nature of land ownership as constituting a *dominium plenum*. Water was seen as a natural right accruing to the land and therefore the property of the owner on whose land it occurred. For instance, in *Struben v Cape Town District Water-Works Co*¹⁰⁵ the court referred to underground water belonging “as much to the owners of the land as the soil excavated therefrom.”

However, this view of land ownership has been eroded steadily over the past few decades. Many statutes making provision for the limitation or even the termination of such ownership in the public interest, bear testimony to this fact. Natural resources occurring on private land are increasingly regulated by the state in the public interest.¹⁰⁶ Where it concerns such a vital national resource as fresh water it seems irresponsible to maintain a category of water over which the state has little or no control and which a landowner may use or abuse as he sees fit. Much of our groundwater and wetlands as well as many of our river sources would qualify as private water, especially if the view held in *Le Roux v Kruger* is accepted. It is submitted that the national interest requires either that private water be strictly regulated by the state or that the category of private water should be abolished. Either of these options would serve in principle to safeguard the sources of all rivers. Moreover, the latter option would eliminate the existing uncertainty about the definition of private water¹⁰⁷ and it will render irrelevant the controversial proviso to the definition of public river, making it possible to manage an entire river unfragmented by stretches of private water.

102 *Ex Parte VMB Plettenburg Bay* 1954 Vos' Reports 168.

103 S 1.

104 Par 4 2 2 4.

105 *Supra* 73.

106 Cf Rabie “The impact of environmental conservation on land ownership” 1985 *Acta Juridica* 289.

107 Cf Findlay 140; De Wet 31–33.

4 3 Source management legislation

The discussion thusfar has related to sources in the sense of the water which they contain. The emphasis has fallen upon the legal status of that water and the effect of this upon downstream riparian landowners and the river generally. In addition to control in terms of the Water Act over the use of public water, there is legislation which provides more particularly for control of river catchments. A river's catchment obviously includes its source but there is some uncertainty whether its source can in law be regarded as synonymous with its catchment.¹⁰⁸

Reference has been made to the conservation of catchments on state land, mainly by virtue of the Forest Act.¹⁰⁹

The Water Act itself provides for the declaration and control of land situated in a catchment control area, where such land is required for the protection of any portion of the catchment area of a public stream.¹¹⁰ Only three such areas have been declared although certain catchments are controlled as government water control areas.

Moreover, the Water Act empowers the Minister of Water Affairs to assign functions to an irrigation board of an irrigation district enabling it to protect the sources of the water of any public stream in that irrigation district.¹¹¹ However, if the source of a public river should be considered as private water, this provision would be in conflict with the Water Act's provisions in respect of private water¹¹² which allow the owner the sole and exclusive use of private water occurring on his land.

The conservation of soil and of vegetation – with the ultimate purpose of conserving water sources – may be effected within declared mountain catchment areas by virtue of the Mountain Catchment Areas Act 63 of 1970.¹¹³

However, the powers conferred by this act have been used very sparingly indeed. First of all, only some 616 811 hectares of private land have so far been declared as mountain catchment areas. This constitutes only about 5,5 per cent of the entire area regarded as constituting major mountain catchments, or 6,4 per cent of all privately owned major mountain catchments.¹¹⁴ A further indication that the act is not being implemented, is that its provisions have hardly been used in respect of those areas that have been declared catchment areas. In fact, no single direction – the basic enforcement device provided for in the act – has yet been issued during the entire twenty years of the act's existence. In practice, reliance is placed upon guidelines, compliance with which is voluntary.

The Conservation of Agricultural Resources Act 43 of 1983 is the basic legislation relating to the catchment control in respect of the 9,1 million hectares of undeclared major mountain catchments. This constitutes 79,5 per cent of

¹⁰⁸ Par 4 1.

¹⁰⁹ Par 4 2 1.

¹¹⁰ S 59(2) and 61(1).

¹¹¹ S 89(1)(a).

¹¹² S 5.

¹¹³ Cf generally Rabie 1989 *SA Public Law* 213.

¹¹⁴ *Idem* 215–216.

major mountain catchments or 93,6 per cent of all privately owned major mountain catchments.¹¹⁵ The act is aimed at the conservation of our natural agricultural resources (that is the soil, vegetation and water sources¹¹⁶), *inter alia* by the prevention of erosion and weakening or destruction of the water sources.¹¹⁷ Control measures that have been prescribed by regulation in terms of the act¹¹⁸ include those relating to the utilisation and protection of vleis, marshes, water sponges and water courses and the regulation of the flow pattern of run-off water.¹¹⁹ A conclusion that these strict measures would cover a landowner's use of private water – if a source of a public river should be regarded as containing private water – seems to be precluded by the provision that the measures in question are made subject to the provisions of the Water Act.¹²⁰ It has been pointed out that the act provides for very little control over private water.

In addition to the above acts a variety of further legislation is applicable to mountain catchments¹²¹ which also serves, if indirectly, to protect river sources. Mention may be made, in particular, of the Forest Act, which empowers the Minister of Environment Affairs in respect of land which may be used for afforestation by notice to be served upon the landowner concerned, to prohibit any act or to direct such owner to take the steps which in the opinion of the minister are necessary for the protection of any natural water source.¹²² However, the provisions of the Forest Act do not override the provisions of the Water Act.¹²³

It may thus be concluded that legislation aimed at providing for river source control and management – important though it undoubtedly is – does not affect the legal status of the water. If the water of river sources occurring on private land should be regarded as private water, the above legislation seems to have no effect upon the landowner's right to use the water to the point of exhausting the supply.

5 CONCLUSION

A primary conclusion is that the protection of public river sources is of fundamental importance to our fresh water supply. It appears that in the case of some 85 per cent of our major mountain catchments, the sources of public rivers arise on private land. If such sources should be regarded as containing private water – a view held in *Le Roux v Kruger*, the most recent decision on the legal status of public river sources – serious problems would arise for other users of the public river in question and for its ecosystem generally.

Although there is a clear tendency increasingly to impose restrictions upon private land ownership in the public interest, the Water Act does not adequately manifest this tendency in so far as private water is concerned. Moreover, the most important provisions relating to river catchment control are either not

115 *Idem* 215–216 221–223.

116 S 1(xviii).

117 S 3.

118 S 6(1).

119 Reg 7 and 8 GN R1048 of 1984-05-25.

120 Reg 7(1) and 8(1).

121 Rabie 1989 SA Public Law 223–231.

122 S 8(1).

123 S 88.

satisfactorily applied, in the case of the Mountain Catchment Areas Act, or, as regards the Conservation of Agricultural Resources Act, are subject to the Water Act which implies that if public river sources occurring on private land are to be regarded as private water, the Water Act's virtual exemption of most private water from state control would also apply in respect of the provisions of the Conservation of Agricultural Resources Act. In short, although the legislation providing for the satisfactory management and control of soil and vegetation use in catchments is of great importance, it does not affect the use of the water.

The above situation is obviously unsatisfactory. Once the principle is accepted that a river may have more than one source, any distinction between sources which would imply that only certain sources should qualify as such would rest on an arbitrary basis. In fact, it does not seem possible to avoid the conclusion that the sources of a river are synonymous with its entire catchment in the sense that they contribute to its water supply. It is submitted that, ideally, all sources of public rivers should be regarded as public water in accordance with the rule laid down in *Van Heerden v Weise*, and contrary to the view held in *Le Roux v Kruger*. Indeed, it may even be argued that the category of private water should be abolished altogether. If, however, any river source should still be regarded as private water, it should at least be subjected to strict state control. This applies not only as far as the protection of the catchment area of rivers is concerned, but also in respect of the use of the water itself.

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

AUDI ALTERAM PARTEM: IS ONS NOU OP DIE PAD VAN “LEGITIMATE EXPECTATION”?

1 Inleiding

Te midde van vier verskillende appèlhofbenaderings tot die toepassing van die *audi alteram partem*-reël in die Suid-Afrikaanse administratiefreg, het ons die afgelope aantal jare 'n interessante ontwikkeling gehad ten einde die starre onderskeid tussen kwasi-judisiële en suiwer administratiewe handelinge, soos in die saak *Laubscher v Native Commissioner, Piet Retief* 1958 1 SA 546 (A) toegepas word, te deurbreek.

Hierdie ontwikkeling behels dat pogings aangewend is om die sogenaamde toets van “legitimate expectation” (oftewel geregverdigde verwagting) in die Suid-Afrikaanse administratiefreg toe te pas. In hierdie verband het ons howe veral kennis geneem van die benaderings wat in die Engelse howe en die Amerikaanse regsletteratuur gepropageer is.

Die Engelse sake wat in hierdie verband die voortou geneem het, was veral *Schmidt v Secretary of State for Home Affairs* [1969] 1 All ER 904 (CA); *R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Ruddock* [1987] 2 All ER 518 (QB); *Breen v Amalgamated Engineering Union (now Amalgamated Engineering and Foundry Workers Union)* [1971] 1 All ER 1148 (CA); *O'Reilly v Mackman* [1982] 3 All ER 1124 (HL); *Findlay v Secretary of State for the Home Department* [1984] 3 All ER 801 (HL); *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1984] 3 All ER 935 (HL); *Leech v Parkhurst Prison Deputy Governor; Prevot v Long Lorton Deputy Governor* [1988] 1 All ER 485 (HL) en *Attorney-General of Hong Kong v Ng Yuen Shiu* [1983] 2 All ER 346 (PC). Reeds in 1978 het die hof in *McInnes v Onslow Fane* [1978] 3 All ER 211 (Ch) drie tipes beslissings deur administratiewe liggame onderskei waar partye hul na die howe wend ten einde te verseker dat hulle die geleentheid gebied word om hul saak te stel, naamlik: (a) diskresie-uitoefening in gevalle waar bestaande regte weggeneem word, soos wanneer 'n lid van 'n organisasie geskors of 'n lisensie herroep word; (b) diskresionêre beslissings in gevalle waar applikante se aansoeke om regte te verkry, geweier word, soos waar 'n lisensie geweier word, en (c) diskresionêre beslissings in gevalle waar die applikant

“has some legitimate expectation from what has already happened that his application will be granted. This head includes cases where an existing licenceholder applies for a renewal of his licence, or a person already elected or appointed to some position seeks confirmation from some confirming authority” (per Megarry R 218c).

(Daar kan ook na *R v Secretary of State for the Environment; Ex parte Brent London Borough Council* [1983] 3 All ER (QB) as 'n belangrike beslissing in hierdie verband verwys word.)

Wat die Amerikaanse regs literatuur betref, was dit veral Robert E Riggs wat in die 1988 *American Journal of Comparative Law* 395 et seq 'n bydrae gelewer het om die nuutste regsontwikkelinge onder die aandag van administratiefregse geleerdes te bring.

Hierdie ontwikkelinge in die positiewe reg en die bespreking daarvan in die oorsese regs literatuur het ook hul invloed op die Suid-Afrikaanse administratiefreg gehad. In 'n vorige artikel, "*Audi alteram partem* in die Suid-Afrikaanse administratiefreg: 'n uitweg uit die doolhoof?" 1990 *THRHR* 464 ev, het ek gewys op die ontwikkelinge wat sedert 1982 in ons reg voorgekom het. Teen die einde van 1989 het 'n beslissing die lig gesien wat die toepassing van die toets van "legitimate expectation" in die Suid-Afrikaanse reg 'n stap verder gevoer het. In hierdie verband moet *Administrator, Transvaal v Traub* 1989 4 SA 731 (A) as een van die belangrikste – indien nie die belangrikste nie – beslissings op hierdie terrein beskou word. Die vraag bly egter steeds of ons regspraak nou finaal die toets van "legitimate expectation" aanvaar en wat die inhoud van hierdie toets is.

2 "Legitimate expectation" – Die subjektief/objektief-dilemma

Die toepassing van die toets van "legitimate expectation" is tot voor die *Traub*-beslissing gekenmerk deur die klem wat geplaas is òf op die objektiewe aard van die tersaaklike regsbelange, òf op die subjektiewe verwagtinge van die onderdaan om aangehoor te word. Dit kom daarop neer dat die houe afwisselend òf op die "legitimiteit" van die onderdaan se verwagting fokus, òf die aard en omvang van die betrokke "verwagting" van die onderdaan oorbeklemtoon.

Die klem op die aard van die regsbelang het veral sedert *Langeni v Minister of Health and Welfare* 1988 4 SA 93 (W) op die voorgrond gekom. Regter Goldstone (96E) verwys hier na 'n *dictum* van Lord Denning in die *Schmidt*-saak (*supra*) waarvolgens die vraag of 'n persoon geleentheid moet kry om sy saak te stel, beantwoord moet word met verwysing na die feit of hy 'n reg of belang het wat van so 'n aard is dat die ontneming daarvan op 'n onbillikheid sal neerkom. In die beslissing *Mokoena v Administrator, Transvaal* 1988 4 SA 912 (W) kom regter Goldstone ook tot die konklusie dat die geregverdigde verwagting-toets verwys na die *regte waarop inbreuk gemaak staan te word* en nie na die reg om aangehoor te word nie (918 et seq).

Indien hierdie "objektiewe" benadering oorbeklemtoon word, bestaan die gevaar egter dat die houe nie die starheid wat die *Laubscher*-benadering kenmerk, sal kan deurbreek nie. Die vraag bly immers hoedanig die *belang of reg* moet wees alvorens die *audi alteram partem*-reël toegepas sal word. Dit vrywaar ons administratiefreg hoegenaamd nie van die starheid wat die soeke na inbreuk op bestaande regte (of belange) sedert die *Laubscher*-saak kenmerk nie. Terselfdertyd moet bygevoeg word dat die objektiewe benadering die toets vir die toepassing van die *audi alteram partem*-reël kennelik te hoog stel.

Andersyds het ons houe die toets van "legitimate expectation" in die verlede soms só toegepas dat die klem op die aard en omvang van die onderdaan se *verwagting* om aangehoor te word, geplaas is. Met hierdie benadering weer word nie veel aandag aan die aard en omvang van die regsbelang gegee nie. In *Castel v Metal and Allied Workers Union* 1987 4 SA 795 (A) maak appèlregter Hefer bloot gewag van die feit dat – ongeag die aard van die regsbelang ter sprake –

niks gebeur het wat die applikant daartoe kon inspireer om 'n legitieme verwagting te hê nie (810J-811A). Die probleem met 'n starre toepassing van 'n subjektiewe verwagting-benadering lê daarin dat die werksaamhede van die staatsadministrasie ernstig deur kwelsugtige onderdane ontwig kan word.

Met hierdie twee uiteenlopende benaderings wat beide bepaalde aspekte oorspan, word die moontlikheid van 'n regs dilemma geskep waardeur ons howe tot die konklusie kan kom dat die toets van "legitimate expectation" onwerkbaar is en daarom nie toepassing regverdig nie.

In my vorige artikel (1990 *THRHR* 485) het ek daarop gewys dat die positiewe en suiwer aspekte van beide benaderings in 'n enkele toets tuishoort wat soos volg geformuleer kan word: Sou die redelike man in die lig van die aard en omvang van die betrokke regsbelang en die aard en omvang van die juridiese verwagtinge van die betrokke onderdaan, 'n geregverdigde verwagting gehad het om aangehoor te word? Indien die antwoord hierop bevestigend is, behoort die *audi alteram partem*-reël toegepas te word.

3 Die *Traub*-beslissing

3.1 Nuwe rigting deur die appèlafdeling?

In die onlangse saak *Administrator, Transvaal v Traub supra* het die appèlhof die geleentheid benut om oor die toepassing van die toets van "legitimate expectation" te besin. (Sien ook *infra* 150 ev (redakteur).)

In hierdie saak het die respondente, almal mediese dokters, by die tweede appèllant (die Direkteur van Hospitaaldienste) aansoek gedoen om as senior mediese beamptes aangestel of heraan gestel te word. In ooreenstemming met die bestaande praktyk is die aansoek na die hoof van die betrokke hospitaal-departement deurgestuur, wat dit op hul beurt gunstig by die direkteur aanbeveel het. Die direkteur het oor gedelegeerde bevoegdhede beskik om hierdie aanstellings te maak. Die bevoegdheid van die direkteur om die aanstellings te maak, word deur artikel 10(1) van die Staatsdienswet 111 van 1984 gereël.

Al die aansoek word verwerp omdat elke respondent 'n brief onderteken het wat in 'n mediese tydskrif verskyn het en waarin die provinsiale administrasie heftig gekritiseer is vir sy houding jeens toestande in die betrokke hospitaal. Die respondente het daarna suksesvol by die plaaslike afdeling aansoek gedoen om 'n bevel waarin die direkteur se besluit ter syde gestel is. Die respondente het onder andere aangevoer dat 'n gevestigde praktyk bestaan het dat die direkteur die aanstelling van persone wat deur die hoof van die betrokke departement aanbeveel is, goedkeur. Voorts beweer die respondente dat hierdie gebruik deel was van die gevestigde stelsel waardeur mediese studente langs die bestaande kanale professioneel bevorder is. Hierdie feite is nie deur die appellante betwis nie.

In 'n appèl teen die beslissing van die plaaslike afdeling voer die appellante aan (a) dat die respondente 'n billike geleentheid gegee is om aangehoor te word deurdat die mediese advieskomitee van die hospitaal by 'n vergadering met die direkteur, laasgenoemde versoek het om sy besluit te heroorweeg; (b) dat, in elke geval, die respondente nie geregtig was op 'n geleentheid om aangehoor te word nie; en (c) dat die respondente in gebreke gebly het om die appellante

skriftelike kennis van die instel van regstappe te gee, soos deur artikel 34(2) van die Staatsdienswet vereis word.

Vir ons doeleindes is veral (a) en (b) besonder belangrik. Wat (a) betref, beslis die hof by monde van hoofregter Corbett dat die byenkoms met die mediese advieskomitee geensins beskou kan word as 'n billike geleentheid vir die respondente om aangehoor te word nie; geeneen van die respondente was naamlik teenwoordig nie en daar was geen aanduiding dat die mediese advieskomitee in enige opsig deur enige van die respondente gemagtig was om voorleggings namens hulle te maak nie. Voorts bevind die hof dat by 'n billike verhoor die respondente daarop geregtig sou wees om die redes vir die verwerping van hul aansoeke meegedeel te word.

Wat (b) betref, beslis die hof dat die beslissing van die direkteur nie op die bestaande regte van die respondente inbreuk gemaak het nie aangesien hulle geen reg op die betrokke aanstellings gehad het nie; met dien verstande dat hulle vir die aanstellings kwalifiseer en die direkteur ingevolge artikel 10(1) verplig was om hul aansoeke sonder bevoordeling of vooroordeel en in die lig van die betrokke kriteria te oorweeg, en dat die respondente 'n statutêre reg gehad het dat hulle aansoeke op hierdie grondslag oorweeg moes word.

Die hof beklemtoon dat alhoewel 'n persoon wat vir aanstelling in 'n pos aansoek doen nie geregtig is om aangehoor te word voor die betrokke owerheidsinstansie nie, die onderhawige geval bepaalde uitstaande kenmerke vertoon wat dit buite die bestek van die algemene reël plaas: hierdie is nie gewone aanstellings nie aangesien die betrokke poste 'n essensiële stap in die lyn van professionele bevordering in die hospitaal is – die weiering om 'n applikant in so 'n pos aan te stel is dus 'n terugslag vir sy professionele loopbaan; en, selfs meer belangrik, daar is 'n praktyk wat vir dekades bestaan ingevolge waarvan aansoeke van hierdie aard op aanbeveling van die betrokke departementshoof gewoonlik gunstig oorweeg is.

Die kumulatiewe effek van hierdie faktore is volgens die hof sodanig dat dit 'n goeie grond aan elk van die respondente gebied het om die geregverdigde verwagting te koester dat in die geval van aanbeveling deur die betrokke departementshoof, die direkteur se goedkeuring noodwendig sou volg; en/of die geregverdigde verwagting dat in die geval waar die direkteur 'n afwyking van die bestaande praktyk oorweeg, die direkteur elke respondent 'n billike geleentheid sou bied om sy saak te stel alvorens hy tot 'n besluit kom.

Die hof beslis dus dat die *audi alteram partem*-reël in die onderhawige geval toepassing vind en dat vir sover die direkteur die reël verontagsaam het, sy besluit in wesenlike opsigte gebrekkig was. Die uitspraak in *Traub v Administrator, Transvaal* 1989 1 SA 397 (W) word dus gehandhaaf.

In verskeie opsigte blyk dit dat die hof die tradisionele eng benadering in die *Laubscher*-beslissing deurbreek het en bereid is om die weg van “legitimate expectation” in die toepassing van die *audi alteram partem*-reël te volg. Twee aspekte moet hier onderstreep word:

(a) Eerstens beklemtoon die hoofregter dat die benadering in die *Laubscher*-saak nie die toepassing van die toets van “legitimate expectation” uitsluit nie (769E):

“I do not read these remarks [in the *Laubscher*-case] as closing the door upon an extension of the existing grounds for applying the *audi* principle to include the case where a legitimate expectation is shown to have existed.”

Voorts verklaar die hoofregter (760H):

“The question as to whether a person who had no antecedent right, but an antecedent legitimate expectation, could lay claim to the benefit of the *audi* principle did not arise for decision. This is not surprising seeing that at that stage the doctrine of legitimate expectation had not yet been conceived in the land of its birth.”

Hierdie uitspraak van die appèlafdeling maak dit duidelik dat enige besware en skroomvalligheid aan die kant van ons regbank dat die toets van geregverdigde verwagting in stryd met die geldende standpunt in die *Laubscher*-saak is, nie standhou nie.

(b) Op die vraag of ons reg die rigting van die Engelse reg moet inslaan en erkenning aan die leerstuk van “legitimate expectation” moet gee, antwoord die hoofregter soos volg (761D-E):

“In my opinion, there is a similar need in this country. There are many cases where one can visualise in this sphere – and for reasons which I shall later elaborate I think that the present is one of them – where an adherence to the formula of ‘liberty, property and existing rights’ would fail to provide a legal remedy, when the facts cry out for one; and would result in a decision which appeared to have been arrived at by a procedure which was clearly unfair being immune from review.”

Hiermee stel die hof uitdruklik dat die benadering in die *Laubscher*-saak – met die klem op inbreuk op bestaande regte – kennelik te eng is om ’n regverdigde toepassing van die *audi alteram partem*-reël te verseker.

Op grond hiervan kan ’n mens bo redelike twyfel aflei dat die appèlafdeling nou finaal die weg van “legitimate expectation” gekies het.

3 2 'n Juridiese vermaning

Die slotsom wat die hof in hierdie saak bereik, is te verwelkom as ’n positiewe stap om die eng “gevestigde regte”-benadering in die *Laubscher*-saak te oorkom. Hiermee het die appèlafdeling ’n monumentale stap in die rigting van ’n regverdiger toepassing van die *audi alteram partem*-reël geneem.

Daar moet egter meteen ook op belangrike gebreke in die hof se uitspraak gewys word:

Eerstens versuim die hoofregter om die aard en inhoud van die toets van “legitimate expectation” duidelik en presies genoeg te formuleer. In die toepassing van die toets van “legitimate expectation” leun hy grootliks op die Engelse toepassing van die beginsel van billikheid (oftewel “fairness”). Terselfdertyd wys die hoofregter op die feit dat die “fairness”-beginsel geen vaste inhoud het nie (758I):

“The Courts are only concerned with the manner in which the decisions were taken and the extent of the duty to act fairly will vary greatly from case to case. Many features will come into play including the nature of the decision and the relationship of those involved before the decision was taken . . . and a relevant factor might be the observance by the decision-maker in the past of some established procedure or practice.”

In dieselfde asem koppel die hoofregter die toepassing van die toets van “legitimate expectation” aan die opbloeï van regsprekende “aktivisme” van die regbank (761B). Hiermee tree ’n uiters kommerwekkende verskynsel na vore aangesien dit die deur wyd ooplaat vir subjektiewe willekeur deur regsprekende beamptes en die moontlike oorwoekering van subjektiewe, politieke oorwegings in die regspraak. Toepassing van die vae en wye “fairness”-leerstuk in ons administratiefreg in onlangse tye kan waarskynlik grootliks aan die invloed van

Baxter se *Administrative law* (1984) toegeskryf word. Tereg het Taitz in 'n onlangse artikel ("Administrative law in South Africa: the theories do not always match the facts" 1987 *TRW* 38) die invoering van hierdie "fairness"-benadering in ons reg grondig gekritiseer:

"The so-called 'fairness doctrine' is totally incapable of accurate description. It permits the judge, seized with the review of an administrative act, an opportunity to rely on his subjective notions of what is fair and what is reasonable in the procedure leading up to the decision *a quo*. While this doctrine may be a most commendable judicial approach, it enjoys no real parallel in South African administrative law."

Tans is een van die grootste gevare dat hierdie benadering kan verhoed dat 'n duidelike inhoud aan die toets van "legitimate expectation" gegee word. Tesame hiermee bestaan die moontlikheid dat die subjektief/objektief-geskil wat die toets betref, 'n onopgeloste twispunt in die administratiefreg bly.

Terloops kan genoem word dat die indruk geskep word dat die hoofregter oormatige klem op die subjektiewe verwagtinge van die respondente plaas, aangesien die bestaan van die gevestigde professionele praktyk by die betrokke hospitaal, en die verwagtinge wat die respondente in hierdie verband gekoester het, oënskynlik vir hom deurslaggewend is (sien bv 761J-762C).

Tweedens kan hierdie juridiese willekeur van die regbank en die subjektief/objektief-onsekerheid wat in ons administratiefreg ten aansien van die *audi alteram partem*-reël bestaan, daartoe lei dat verset dermate teen die implikasies van die toepassing van die toets van "legitimate expectation" toeneem dat dit 'n onwerkbare newel van uiteenlopende en selfs botsende uitsprake tot gevolg het. Vae en onpresiese juridiese benaderings kan in geen regstelsel 'n waarborg van voortbestaan hê nie. Ten einde te verhoed dat die positiewe potensiaal wat in hierdie "nuwe" benadering opgesluit is deur die negatiewe implikasies van die regspraktyk gekelder word, word weer eens gepleit dat 'n vaste normatiewe inhoud – soos hierbo gestel – aan die toets gegee moet word; sodoende word die subjektief/objektief-dilemma vermy en 'n realistiese grondslag vir verdere regsontwikkeling gelê.

AWG RAATH

Universiteit van die Oranje-Vrystaat

ONLANGSE ONTWIKKELINGE OP DIE RAAKVLAK TUSSEN REKENAARS EN DIE REG

Alhoewel dit waarskynlik meer akkuraat sou wees om te praat van ontwikkelinge op die gebied van die "hoë" tegnologie en die reg (sodat satelliete, telekommunikasie ensovoorts ook ingesluit word), soek iemand miskien eendag op 'n databasis na alle artikels wat "rekenaars" in die titel het en sou hy dan dalk hierdie stukkie wysheid misloop!

1 Bewysreg

"EDI" (of te wel "Electronic Data Interchange") is 'n nuwe afkorting wat deesdae baie gebruik word; dit geld veral die internasionale handel waar gehoop word dat baie van die kommunikasie in verband met invoer en uitvoer, verskeping

ensovoorts elektronies gedoen sal kan word in stede van die ou metode wat gebaseer is op dokumente soos ladingsbriewe. Tydens die 1990 kongres van universiteitsdosente in die regte het doktor Sieg Eiselen van die regs fakulteit van die Potchefstroomse Universiteit vir CHO 'n interessante voorlegging in hierdie verband gelewer.

Een van die hoofprobleme is dat die reg wat hierdie gebied beheers, nog nie vir sulke "elektroniese" dokumente voorsiening maak nie. Behalwe die statutêre reg op hierdie gebied is daar ook reëls van die bewysreg wat sake bemoeilik. Hier dink 'n mens veral aan die sogenaamde "best evidence"-reël, wat 'n ontwikkeling is van die reël dat die oorspronklike dokument altyd ingedien behoort te word. Aangesien daar geen "oorspronklike" dokument is waar die inligting op rekenaar geberg word nie, word probleme met die bestaande reg ondervind. In hulle werk *The South African law of evidence* (1989) 390 ev toon Hoffmann en Zeffertt aan dat alhoewel die vereiste van bewys deur middel van die oorspronklike dokument dikwels gesien word as 'n res van die "beste getuienis"-reël, dit in werklikheid 'n ouer ontstaansbron het.

'n Ander probleem is dat hoorsêgetuienis in beginsel nie deur 'n hof toegelaat sal word nie. Alhoewel heelwat uitsonderinge reeds met betrekking tot dokumente bestaan en die reël nie geld nie indien die dokument op sigself getuienis is van iets soos die ondertekening van 'n kontrak, kan die situasie nog verder deur rekenaars gekompliseer word. 'n Verdere wisselvalligheid op hierdie terrein is die nuwe Wysigingswet op die Bewysreg 45 van 1988, wat aan die voorsittende beampte 'n diskresie gee om getuienis toe te laat wat vroeër as gevolg van die hoorsê-reël ontoelaatbaar sou gewees het.

Die aangeleentheid is na 'n punt gedryf in *Narlis v South African Bank of Athens* 1976 2 SA 573 (A) waar die bank getrag het om die verweerder se skuld ingevolge 'n huurkoopvooreenkoms te bewys. Aangesien die bank een van die partye was, kon hy nie gebruik maak van artikel 28 van die Wet op Siviele Bewyslewering 25 van 1965 (wat spesiaal voorsiening maak vir inskrywings in die boeke van bankiers) nie, en het dus ingevolge artikel 34 van dieselfde wet probeer om 'n rekenaardrukstuk ten opsigte van die relevante bankrekords toegelaat te kry. Alhoewel artikel 34(1) gesien kan word as 'n uitsondering op die hoorsê-reël, word daar aan die ander kant weer vereis dat die dokument wat in die plek van die menslike getuie aanvaar mag word, 'n oorspronklike moet wees - iets wat uit die aard van die saak met 'n rekenaardrukstuk problematies is. Die bank se laaste hoop was artikel 34(2), wat aan die hof 'n diskresie gee om 'n "juis bewese" afskrif van die oorspronklike toe te laat indien die pogings om 'n oorspronklike te verkry "buitensporige vertraging of onkoste" kan veroorsaak. Ongelukkig (vir die bank) verwys artikel 34 na 'n verklaring deur 'n persoon gemaak en kon appèlregter Holmes daarop wys dat "a computer, perhaps fortunately, is not a person".

Om verstaanbare redes was die banke nie baie gelukkig met hierdie toedrag van sake nie en as gevolg van druk van hulle kant het 'n ondersoek deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie gevolg wat gelei het tot Suid-Afrika se eerste spesifieke rekenaarwetgewing, die Wet op Rekenaargetuienis 57 van 1983 (die vreemde kennisgewing R2062 in die *SK* van 1980-10-09 daargelaat; in dié skynbaar abortiewe poging om alle rekenaars in Suid-Afrika by die Sekretaris van Statistiek te laat "registreer", is daar ook definisies van "rekenaar" en "persoon in beheer van 'n rekenaar"). My kritiek op die bepalings van hierdie wet is

vervat in my boek *Computers and the law* (1986) 121 ev, maar word miskien die beste saamgevat in die daar aangehaalde woorde van Ebden ('n rekenaar-wetenskaplike):

“When your house is not in order, do you put it in order, or do you change the law so as to define it as being in order? It is remarkable that the draftsmen of the new legislation appear to have ignored an avalanche of evidence that the house of computing is not necessarily in order.”

Die gebrek aan gerapporteerde sake oor hierdie “nuwe” wetgewing kan op twee dinge dui, òf die agt-jaar-oue wetgewing werk so goed dat daar nog nooit enige probleem in dié verband ontstaan het nie, òf die banke en ander rekenargebruikers het so min vertroue in die wet dat hulle hul kliënte kontraktueel daartoe verbind om nie teen die akkuraatheid van die bank se rekenaarrekords beswaar te maak nie. Ek vermoed dat laasgenoemde die geval is.

Die gebruikers van mikrofilm as stoormedium behoort egter nie so oormoedig te wees nie soos ene Geoff Tabber, algemene bestuurder van 'n firma wat hierdie medium bemark. In “Talking of storage, old can still be best if used correctly” (Jennigay Coetzer “Computer Comment” *Sunday Star Computing* 1990-07-22) word hy soos volg aangehaal:

“Through ISO and ANSI standards, micrographic film is internationally accepted as archival and is therefore legally admissible as evidence in most countries.”

Voorstanders van mikrofilm wys graag op die beslissing *Barclays Western Bank Ltd v Creser* 1982 2 SA 104 (T). Hier is beslis dat 'n landdros se weiering om 'n mikrofilm van 'n dokument te aanvaar omdat daar 'n skaduwee op die afdruk was en hy nie kon sien of die dokument behoorlik geseël was nie, verkeerd was. Regter Eloff steun op Wigmore *Evidence in trials at common law* 4 par 1199 (en vermoedelik 1198) en die Britse beslissing *Barker v Wilson* 1980 1 All ER 8 om aan te toon dat die vernietiging van rekords by 'n stelselmatige oorskakeling van papier na mikrofilm nie tot die normale negatiewe afleiding behoort te lei nie. (Wigmore wys bv daarop dat sekere howe in die VSA totaal weier om afskrifte toe te laat indien die houer die oorspronklike vernietig het, om watter rede ook al.) Sowel hierdie faktor as die vereiste dat die vernietiging deel van normale sakepraktyk moet wees en dat dokumente ook nie spesifiek met die oog op litigasie geskep of vernietig behoort te word nie, is almal analoog aan die bepaling van artikel 35 van Wet 25 van 1965. Hierdie artikel bepaal naamlik dat die gewig wat aan die afskrif toegeken word, geheel en al van omstandighede afhang. Dit toon reeds dat die gewig, en gepaardgaande oorspronklikheid van die dokument, eintlik belangriker as die toelaatbaarheid daarvan behoort te wees. Later meer hieroor.

In 'n bespreking van die *Creser*-saak beweer Paizes (1984 *BML* 91) dat die beslissing net die oorspronklikheidsvereiste aanspreek en dat mikrofilm nog steeds as hoorsê verwerp mag word, veral in die lig van die Britse beslissing in *Bowskill v Dawson* 1953 2 All ER 1393 waar die uitsonderings op die hoorsê-reël nie na mikrofilm uitgebrei is nie. Hy voel nietemin dat rekenargetuïenis, veral in die lig van die Wet op Rekenargetuïenis, in die toekoms makliker aanvaar sal word as mikrofilm:

“By placing the records on computer a business may thus circumvent the problems presented by Part VI of the Civil Proceedings Act. For those for whom the computer remains an unaffordable indulgence, however, microfilm is a dangerous and imperfect substitute.”

Die groter diskresie wat howe na Wet 45 van 1988 in verband met die hoorsê-reël het, besweer Paizes se vrese miskien ietwat. Die eintlike vraag is nie meer soseer of die getuienis toegelaat behoort te word nie (veral in Suid-Afrika waar daar nie meer jurieverhore plaasvind nie) maar hoeveel gewig die voorsittende beamppte daaraan moet toeken. Indien daar twyfel aangaande die outentisiteit van die dokument is, sal daar waarskynlik geen waarde aan dergelyke getuienis geheg word nie.

Chris Reed "Authenticating electronic mail messages – some evidential problems" 1989 *MLR* 649 ev bespreek die posisie in Engeland. Hy wys op beslissings waarin faks- en teleksseine as gesaghebbend vir bewysdoeleindes beskou is. Met betrekking tot teleks is outentisiteit bevestig deur die feit dat die teleksnommer van die sender-masjien bo-aan die boodskap verskyn, en ten aansien van faksimilee deur die beeld van die oorspronklike handtekening wat op die afskrif verskyn. Reed waarsku egter dat hierdie waarborg deur die huidige verbintenis tussen rekenaar en sowel faks- as teleksmasjiene deur middel van 'n faks- of telekskaart wat in die rekenaar installeer kan word, weer in die weegskaal geplaas kan word. Met elektroniese pos, òf deur 'n Britse stelsel soos Telecom Gold, òf deur 'n "in-house" plaaslike area-netwerk, ontstaan die kwessie van die bewys van magtiging van sekere transaksies en die sluit van kontrakte ook.

Soos reeds hierbo aangedui is, beteken die ou reëls teen hoorsê en in verband met oorspronklike dokumente nie veel met betrekking tot elektroniese dokumente nie. Daar is byvoorbeeld meningsverskil tussen Reed en Goode en Bergensten, die outeurs van *Trading with EDI. The legal issues* (1989), oor die presiese aard van die "oorspronklike" elektroniese dokument. Volgens Goode en Bergensten is dit daardie weergawe "which is intended to have legal effect". Ek is egter geneig om met Reed saam te stem dat die "oorspronklike" dokument in die vlugtige geheue ("RAM") geskep word, tydelik bestaan en tot niet gaan wanneer die rekenaar afgeskakel word. Die antwoord is dus nie om krampagtig by die ou vereiste van outentisiteit te probeer bly nie, maar om nuwe elektroniese waarborge van outentisiteit te probeer vind.

Reed doen twee oplossings aan die hand – eerstens dat 'n betroubare midelman bewyse ten behoeve van die twee kontrakterende partye bewaar, soos die "SEADOCS Registry" van die Chase Manhattan bank. Hierdie oplossing is miskien gangbaar vir internasionale EDI, maar is te omslagtig en duur vir 'n kleiner instansie wat 'n plaaslike area-netwerk bedryf. Alternatief kan beide sender en ontvanger van elektroniese pos dit bevestig in die vorm van 'n "elektroniese handtekening", verkieslik met 'n stelsel wat nie te veel vertraging meebring en dus op verbruikersteenstand stuit nie. Sogenaamde "smart cards" en "WORM"-media ("Write Once Read Many Times") bied ook moontlikhede aangesien data wat hierop geberg word nie weer later maklik gewysig kan word nie. Die magtigende persoon, byvoorbeeld 'n departementshoof, kan uitgereik word met 'n unieke "slimkaart" wat volgens *Rapport* heel veilig is:

"Anders as ander kaarte is die Slimkaart onmoontlik om te vervals. Die informasie wat binne geberg word (bv fondse, identiteitsinligting, bestuurderslisensies, ens) is totaal veilig en kan nie onwettig verander word nie" ("Slimkaart het sy eie geheue" *Sake-Rapport* 1990-07-22).

'n Verdere moontlikheid is natuurlik die gebruik van persoonlike kenmerke soos die unieke stem, voorkoms of selfs tikpatroon van 'n individu. 'n Groot plaaslike bank eksperimenteer tans met TED ("Telephone Enquiry Database") waar die

kliënt toegang tot sy bankrekening kry deur 'n rukkie met die rekenaar te gesels: die rekenaar behoort hom dan te "herken" omdat daar 'n "voice print" van die kliënt in die bankrekenaar se geheue gestoor is ("Ted gebruik jou stem" *Sake-Rapport* 1990-07-22).

In 'n tweede artikel ("Videotestamente naas skriftelike testamente" 1990 *TSAR* 114) bespreek Sonnekus die moontlikheid om heeltemal weg te breek van papier en 'n video van die erflater te maak waarin hy dan persoonlik sy beskikkings meedeel! Hy argumenteer dat die persoonlike voorkoms 'n voldoende waarborg van outentisiteit sal wees, maar dat daar op die band self ook geteken kan word en dat die waarborge van outentisiteit wat op hierdie wyse verkry word ten minste so goed soos in die geval van dokumentêre testamente sal wees. Behalwe vir die plegtigheid is daar volgens hom weinig voordele verbonde aan 'n skriftelike testament. Hy wys egter daarop dat aanvaarding van 'n holografiese testament in die VSA gestuit het teen die statutêre vereiste dat die dokument "entirely in the decedent's handwriting" moet wees.

Uit die voorgaande behoort dit egter nou al duidelik te wees dat daar nie veel in die pad van statutêre afskaffing van die ou dokument-gebaseerde waarborge van outentisiteit behoort te staan nie (ek praat nie eers van die toelatingsvereistes wat al saam met die juries afgeskaf behoort te gewees het nie). Daar is egter 'n belangrike voorwaarde tot die afskaffing van bedoelde waarborge – daar moet alternatiewe elektroniese waarborge wees en hulle moet werk.

2 Outeursreg

Feitlik elke rekenaargebruiker is seker al gekonfronteer met die lastige etiese kwessie of hy maar gou-gou 'n afskrif van daardie oulike programmetjie kan maak wat sy vriend hom so pas gewys het. Gewoonlik gee die vriend ook nie om nie aangesien iemand anders die program aan hom "gegee" het. Iemand wat nie daaraan sal dink om 'n buisie tandepasta van R2,00 by 'n afdelingswinkel te neem nie, het skynbaar geen gewetenswroeging om 'n rekenaarprogram van R2 000 gratis te gebruik nie. Die antwoord op hierdie regs-kwessies moet in die outeursreg gesoek word. Op 'n verdere trappie is die firmas wat doodluiters aan jou 'n kopie van 'n program sal verkoop (natuurlik teen 'n baie billike prys aangesien hulle dit self gratis in die hande gekry het). Aangesien die gebruik van die meer gesofistikeerde programme dikwels afhanklik is van die handboeke wat saam met die program kom, bied die firma gewoonlik "dokumentasie" aan wat bestaan uit fotokopieë van die genoemde handboeke (dikwels ook nog van 'n tydelike omslag voorsien). Weer eens kom die outeursreg ter sprake.

In die oortreffende trap is dié persone of firmas wat gebruik maak van 'n komponent van 'n bestaande program en dit dan sommer inlyf as 'n bousteen by 'n program wat hy self skryf en hoop om later te bemark. Wanneer dit egter gaan oor die blote oorname van 'n idee, is altyd geglo dat slegs die spesifieke uitdrukking daarvan deur outeursreg beskerm word en dat slegs die patentreg idees behoort te beskerm. In Suid-Afrika sluit die Wet op Patente 57 van 1978 egter spesifiek die moontlikheid uit dat 'n rekenaarprogram beskerm kan word, alhoewel daar wêreldwyd tans 'n neiging skyn te wees om hierdie tipe beskerming juis na patente uit te brei. Weens die gebrek aan effektiewe beskerming van idees wat in rekenaarprogrammatuur beliggaam word, het daar ook nou 'n ontwikkeling begin plaasvind om die sogenaamde "look and feel" van programmatuur te beskerm selfs al is die programkode wat gebruik word om die voorkoms te

skep totaal verskillend van die oorspronklike program. Met ander woorde, daar is 'n ontwikkeling in die outeursreg om die funksie van 'n program te beskerm, eerder as die konkrete vergestaltung daarvan in programkode. 'n Onlangse voorbeeld van litigasie in hierdie verband is die sukses wat Lotus Development Corporation behaal het teen Paperback Software op grond daarvan dat hulle Lotus se outeursreg in die Lotus 1-2-3-pakket se gebruikerskoppelvlak geskend het ("Lotus to sue competitors over copyright on 1-2-3" *Sunday Star Computing* 1990-07-22). Gewapen met hierdie presedent wil Lotus nou vir Borland International en die Santa Cruz Corporation aandurf omdat hulle pakkette na bewering ook Lotus se gebruikerskoppelvlak skend.

Om terug te keer na die normale gebruiker - die staat van "oorlog" tussen gebruikers en verspreiders wat tans op die slagveld van die outeursreg gevoer word, kan nie net op die rekening van die gebruiker geplaas word nie. Ek haal die Amerikaanse rekenaardeskundige Jerry Pournelle soos volg in my boek (*supra* 32) aan:

"Program disks are copy-protected, and the copy protection goes to even more absurd lengths, until the programs become unreliable, forcing the publisher to adopt even stiffer warranty disclaimers. Meanwhile the customers become ever more contemptuous. They buy programs to defeat the copy-protection schemes, they pay no attention to the licence agreements, and if they do not actively engage in software piracy, they refuse to be concerned about it and often sympathize with the pirates rather than the publisher. Alas, this harms not only the careless and rapacious publishers but the good guys as well."

Om bogenoemde in 'n Suid-Afrikaanse konteks te plaas - die een groot "verskoning" wat dikwels van roofgebruikers gehoor word, is dat Suid-Afrika aan die ontvangkant van 'n boikot deur oorsese verspreiders is en dat dit byna "patrioties" is om kopieë van 'n program soos Lotus 1-2-3 te hê aangesien die uitgewer weier dat sy produk in Suid-Afrika versprei word, daarom geen ondersteuning en opdatering kan verskaf nie en derhalwe ook nie op ons hardverdiende geld geregtig is nie!

Die antwoord hierop is dat 'n land wat hierdie benadering volg, steeds makliker geïsoleer kan word en later in 'n soort "technological backwater" kan beland. Roofkopieë sal wel mettertyd in Suid-Afrika aanland maar dié sal verouderde weergawes van die programmatuur wees. Vir die gemiddelde roofkopieerder, wat in elk geval net in speletjies en miskien woordverwerking belangstel, sal dit seker nie 'n te groot skade wees nie, maar die meer gesofistikeerde gebruiker sal baie skade ly. In elk geval lyk dit of oorsese rekenaarmaatskappye baie daarin belangstel om in 'n nuwe Suid-Afrika betrokke te wees en dit is nie nou die tyd om hulle te vervreem nie.

Die nuutste wyse van kopiebeskerming is nie meer deel van die disket nie maar is eintlik deel van die hardeware in die vorm van 'n sogenaamde "dongle" wat agter by die rekenaar se parallelpoort ingeprop word. Ook Suid-Afrikaanse verspreiders, soos dié van die woordverwerkingspakket "Ghostwriter", maak tans van die "dongle" gebruik. In hierdie verband is dit interessant om te let op die onlangse Australiese beslissing in *Autodesk v Dyason and Kelly* 1990 5 EIPR 170 (gerapporteer deur Goldblatt 1990 (S) EIPR 170) waar dit gegaan het oor 'n "dongle" wat nie deur AutoCad verskaf is nie, maar nogtans hul baie gewilde tekenprogram laat loop het. Alhoewel Autodesk se namaaksel heel anders vervaardig is as AutoCad se "dongle", het die regter dit aangemerkt as 'n program wat AutoCad se outeursreg geskend het aangesien dit op die ou end presies dieselfde funksie as die regte "dongle" uitgevoer het, naamlik om die

AutoCad-program te laat loop. Goldblatt sien hierdie klem op funksie in plaas van vorm as 'n navolging van die "look and feel trend" (wat reeds hierbo beskryf is) en vervolg dan:

"This reflects a radical broadening of the idea/expression dichotomy and arguably its local eradication."

Hierdie uitbreiding van die begrip "uitdrukking van 'n idee" is in Suid-Afrika reeds deur Copeling aangeroer in "Copyright in ideas?" 1965 *THRHR* 3. Hierin betoog hy dat dit eintlik die idee is wat beskerm word en nie soseer die vorm waarin dit uitgedruk word nie – die vorm is wel 'n voorvereiste vir beskerming van die idee, byna soos registrasie vir 'n patent. Hy wys ook daarop dat selfs seleksie en samestellings van werke wat andersins geen beskerming geniet nie, byvoorbeeld 'n woordeboek, beskerm word weens die bedrewendheid wat deur die samesteller daarin belê is:

"In fact one frequently finds that the maxim 'no copyright in ideas' has had to make way for the application of the doctrine that no man may at will appropriate unto himself the fruit of another's mental labour."

Copeling bring ook die element van kommunikasie as die wesenskenmerk van konkretisering van 'n idee mooi na vore:

"Copyright subsists in every literary and artistic idea once it is reduced to a form whereby it is received and understood by a mind other than that of its author."

Beide hierdie konsepte, naamlik sowel die kommunikasie-aspek as die idee van bedrewenheid wat uitgeoefen word, het weerklank gevind in onlangse Suid-Afrikaanse beslissings. In *Video Parktown North v Paramount Pictures Corporation* 1986 2 SA 623 (A) het die hof wegbeweeg van die idee dat blote vorm beskerm word en outeursreg gesien as

"the proprietary interest in an idea brought into being in tactile, visible or audible form, capable of being communicated to others as a meaningful conception. A right of property in that idea thereby immediately comes into existence".

In *Galago Publishers (Pty) Ltd v Erasmus* 1981 1 SA 276 (A) het die hof weer eens die stelling betwyfel dat daar geen outeursreg kan wees in "ideas, thoughts or facts" nie, veral nie waar die inbreukmaker op outeursreg andersins misbruik sou kon maak van die "skill and industry" van die reghebbende nie.

Dit wil dus blyk dat outeursreg in die toekoms gaandeweg benewens vorm, ook funksie en voorkoms gaan beskerm. Dit is goeie nuus vir die skeppers van rekenaarprogrammatuur waar dieselfde resultaat dikwels met 'n heel ander program bereik kan word. 'n Ander rekenaar-ervante ontwikkeling wat nog tot heelwat hoofbrekens op die gebied van die outeursreg gaan lei, is die rekenaarisering (digitale verwerking) van data. Dit beteken dat enigiets, van klank tot kleur, tot "rekenaartaal" gereduseer kan word sodat die rekenaar dit kan berg, maar nog belangriker, dit kan oorsend na ander rekenaars en, die belangrikste, manipulasie daarvan kan toelaat op 'n wyse wat nie met die ou "analoe" data moontlik was nie. In die praktyk beteken dit dat baie klein deeltjies van 'n beskermde outeursvoorwerp by 'n rekenaar ingelees, gemanipuleer en gebruik kan word in 'n nuwe produk sodat die outeursreghebbende van die ou produk die gebruikte deeltjie byna nie weer sal herken nie. Die inlees geskied byvoorbeeld deur die skandering van 'n paragraaf uit 'n boek of die buitelyne van 'n kaart, of deur die sogenaamde "sampling" van 'n balkie musiek wat later die agtergrond tot 'n rekenaarspeletjie gaan vorm. Die "sampling" kan soms self beperk word tot 'n enkele noot, soos beskryf word deur Eric Fleishmann "The impact of digital technology on copyright law" 1988 *New England LR* 45 55:

"Digital technology enables music producers to take advantage of the limited copyright protection now given musical words. Producers often make a digital copy of a single note from one recording, and then re-generate it, on any note of the scale, onto another. This practice is called 'sampling'. Many music studios use libraries of unauthorised samples both to increase their own artistic flexibility and to eliminate the need for back-up musicians."

Interessante probleme ontstaan in hierdie verband. Byvoorbeeld: wie is op enige gegewe stadium die "skepper" van die werk in sy verskeie fases? Wanneer word die finale produk in 'n "vorm" gegiet? Wanneer dit op die rekenaarskerm verskyn (selfs klank kan so voorgestel word), wanneer dit in die vlugtige geheue van die rekenaar is, wanneer dit op skyf gestoor word of wanneer dit uitgedruk word? Oor die kwessie van "skepping" van 'n werk heers die interessante posisie in baie Europese lande dat slegs 'n natuurlike persoon oor outeursreg kan beskik. Dit het tot komplikasies gelei toe afdrucke versprei is van foto's wat geneem is deur 'n meteorologiese satelliet van die Europese Ruimte-agentskap, aangesien laasgenoemde nie oor outeursreg kon beskik nie en die satelliet nie 'n "fotograaf" kon wees nie! Selfs in Suid-Afrika is die kwessie van satellietfoto's en kaarte wat op grond daarvan geteken word nog nie absoluut duidelik nie. Solank samewerking tussen staatsdepartemente geskied, behoort daar nie veel probleme te ontstaan nie, maar met toenemende privatisering van die staatsdiens en aanverwante liggame gaan die geldwaarde van hierdie tipe data nog baie litigasie veroorsaak.

Outeursreg se vereiste van vormgewing het ook probleme verskaf met programmatuur wat nie meer in die bronkode is (waarin die meeste programmeerders hul programme skryf) nie, maar reeds "vertaal" is na masjienkode wat vir die rekenaar verstaanbaar is. Hierdie masjienkode leef dikwels in die ingewande van die rekenaar en word nooit uitgedruk of selfs eers in 'n menslik waarneembare vorm op die rekenaarskerm vertoon nie. In die onlangse, onge rapporteerde saak *Sophisticated Design (Pty) Ltd v Jensen Electronics (Pty) Ltd* het die hof bevind dat die een party die ander se program gekopieer het deur die uitdruk (of "dump") van die een maatskappy se EPROM-skyfie met dié van die ander maatskappy te vergelyk. ("EPROM" is die akroniem vir "Erasable Programmable Read Only Memory" wat gewoonlik 'n rekenaarskyfie ("chip") is wat fisies deel van die rekenaar uitmaak, in teenstelling met programmatuur wat op die rekenaar geplaas en verwyder kan word.) Die hof het in die omstandighede 'n interdik toegestaan; dit beteken dat selfs 'n program wat in masjientaal in 'n rekenaar se EPROM-geheue gestoor word, ook beskerming deur outeursreg geniet.

Ten slotte, baie programmeerders wonder seker of hulle outeursreg het in programme wat hulle in opdrag van hulle werkgewers skryf. Hier is artikel 21 van die Wet op Outeursreg van toepassing. Benewens spesiale reëlings in verband met werknemers by koerante of tydskrifte, asook iemand wat 'n foto, skildery of tekening, klankopname of rolprent in opdrag vervaardig, is die werkgewer ingevolge 'n dienskontrak die outeursreghebbende van enigiets wat die werknemer ingevolge die dienskontrak produseer. (Hierdie is 'n wysiging van 'n vroeëre reëling, wat volgens gerugte op aandrang van 'n sekere groot rekenaarmaatskappy gedoen is!)

3 Strafreg

As strafreggeleerde het my eie betrokkenheid by rekenaars *via* rekenaarmisdaad gekom – my eerste artikel op die gebied van die rekenaarreg het trouens oor "Computer crime" gehandel en is reeds in 1983 in *Obiter* gepubliseer. Volgens die rekenaarsekureiteitskonsultant Ian Melamed bestaan rekenaarmisdaad uit

“[a] fraud made possible by the attributes of the computer for either carrying out the fraud or for covering up the fraud once committed”.

Rekenaars bied tergende probleme vir tradisionele misdade soos bedrog. Dit spruit gewoonlik uit die feit dat ’n mens in die rekenaareu steeds meer met abstraksies werk, terwyl die Romeins-Hollandse reg gevorm is toe alle sake materiële was. Die vroe wat nou ontstaan, is byvoorbeeld of elektroniese geld gesteel kan word, of inligting of data gesteel kan word en of kwaadwillige saakbeskadiging ten opsigte van data gepleeg kan word. Met bedrog is die probleem of ’n wanvoorstelling teenoor ’n nie-menslike objek, soos ’n outoteller, gepleeg kan word.

Daarbenewens klop nuwe, tipiese “rekenaarmisdade” soos “hacking” en die plant van virusse aan die deur om, waarskynlik by wyse van wetgewing, as nuwe misdade erken te word. “Hacking” bestaan gewoonlik uit onregmatige toegang tot ’n rekenaar of rekenaarnetwerk – dus ’n soort elektroniese betreding. Hieronder sal besondere aandag aan virusse geskenk word.

Met rekenaarmisdad geld die ou Engelse gesegde van “prevention is better than cure” wel deeglik. Die reg verskyn eers op die toneel wanneer die skade reeds gedoen is en is dus eintlik reaktief. Dit sal beter wees om pro-aktief op te tree deur byvoorbeeld betyds ’n rekenaarsekureiteitskonsultant aan te stel en sy aanbevelings te volg, as om ná die tyd van ’n programmeerder met lang vingers of van ’n virusplaag ontslae te probeer raak.

Wat is hierdie virusse waarvan daar deesdae so baie gepraat word? Dit is eenvoudig ’n rekenaarprogram wat niks met die biologiese virus in gemeen het nie, behalwe sy vermoë om homself te vermenigvuldig en die kopie aan ’n onbesmette gasheer (’n rekenaarprogram in hierdie geval) te haak. Die “infeksie” word dan versprei deur slapskywe wat op meer as een rekenaar gebruik word of deur ’n telefoonkoppeling tussen rekenaars deur middel van ’n modem. Tyd ontbreek om hier te onderskei tussen die *genus* “wurm” en die *genus* “Trojaanse perd” of tussen die *species* “Italiaanse virus” en “Stoned virus”. Laasgenoemde twee toon egter die volgende manifestasies onderskeidelik: *Italiaans*: ’n balletjie spring oor die skerm en wis die letters een vir een uit sodat die sinne later onleesbaar word. *Stoned*: net na die rekenaar aangeskakel is, vertoon die volgende boodskap op die skerm: “Your computer is now stoned – legalise marijuana”.

Alhoewel bogenoemde virusse relatief skadeloos is en daar gewoonlik nie data verloor word nie (behalwe deur die oorreaksie van paniekbevange gebruikers), is daar deesdae ook werklik gevaarlike virusse in omloop wat geskep is presies met die doel om data te vernietig. Een voorbeeld is die “Computer Ogre” wat eers in werking tree 48 uur nadat hy “geplant” is en dan stelselmatig die hele hardeskyf oorskryf – ’n proses wat alle data daarop vernietig.

Indien hierdie virusse die nasionale sekuriteit bedreig, sal Suid-Afrika se wydgeformuleerde veiligheidswetgewing waarskynlik ’n toepaslike artikel hê waaronder die skepper (en moontlik ook die verspreider) van die virus aangekla kan word. Andersins is die enigste bestaande misdaad in hierdie verband waarskynlik kwaadwillige saakbeskadiging. Hier is die probleem dat hierdie misdaad tot dusver altyd beperk is tot skade aan materiële sake en dat dit dalk teen die legaliteitsbeginsel kan wees om die misdaad analogies uit te brei.

Indien wetgewing noodsaaklik blyk te wees, kan dit baat om oorsee te gaan kyk na wat reeds op die gebied van virusse gedoen is.

Daar was onlangs in Skotland en Engeland kommissies van ondersoek na die noodsaaklikheid van die skepping van spesifieke rekenaarmisdade. Die Skotte stel voor dat 'n soort elektroniese betredingsmisdad geskep behoort te word wat sal bestaan uit "unauthorised access to a computer". Die virusse word egter nie by name genoem nie. In hierdie verband kan by die VSA kers opgesteek word.

Een van die eerste gerapporteerde sake op hierdie gebied was *S v Burleson* (Texas Crim Dist Ct Tarrant County Ind No 95-0274102R) waar 'n programmeerder wat in die pad gestek is in weerwraak 'n virus in die werkgewer se rekenaarsstelsel geplant het; dit het uiteindelik 168 000 rekords vernietig. Hy is aangekla en skuldig bevind ingevolge 'n wet wat spesifiek in Texas geld en wat die "harmful access to a computer" strafbaar stel. In November 1988 het ene Morris, 'n universiteitstudent en nogal die seun van 'n konsultant op die gebied van rekenaarsekureit, 'n virus op die "Internet"-rekenaarnetwerk geplant. Hierdie netwerk het onder andere militêre netwerke soos Milnet en Arpanet ingesluit. Toe die skade bereken is, het die infeksie volgens sekere skattings byna 250 000 rekenaarsstelsels se werking vertraag of heeltemal stopgesit. Morris is ingevolge 'n federale wet, die Computer Fraud and Abuse Act van 1986, aangekla en skuldig bevind. Hierdie statuut konsentreer ook op die aktiwiteit van "accessing a computer without authorisation".

Die elektroniese betreding alleen dek egter nie alle gevalle van virusaktiwiteit nie. Die virus versprei homself dikwels deur 'n netwerk en dit kan moeilik wees om te bewys dat die skepper persoonlik al die "siek" rekenaars "betree" het. Dit laat ook die vraag oop of almal wat die besmette slapskywe hanteer het as "betreders" gesien kan word. Waarskynlik was laasgenoemde se gebruik van die betrokke rekenaar met die eienaar se toestemming; hy het bloot nie die moontlikheid oorweeg dat dit 'n "infeksie" kan opdoen nie.

In een van die jongste artikels op hierdie gebied wys James Tramontana ("Computer viruses: is there a legal antibiotic?" 1990 *Rutgers Computer & Technology J* 253 ev) daarop dat daar tans twee nuwe wetsontwerpe in verband met virusse voor die Amerikaanse kongres dien. Die Computer Virus Eradication Bill van 1989 bepaal dat dit 'n misdad sal wees

"to knowingly insert a harmful code into a computer program and then knowingly [to] distribute that program to others".

Benewens boetes maak die wet ook voorsiening vir die verhaal van hofonkoste en siviele kompensasië. Tramontana kritiseer die feit dat die skepping en die verspreiding van virusse noodwendig gekoppel moet wees aangesien dit die trefwydte van die wet baie sal verskraal. Die Computer Protection Bill is ook tydens 1989 aan die kongres voorgelê. Dit skep ook 'n nuwe misdad, naamlik "that it is a crime for any person to willfully or knowingly sabotage a computer". Weer eens word daar, benewens boetes, ook vir siviele remedies voorsiening gemaak. Hier kritiseer Tramontana die feit dat daar geen definisie van die woord "sabotage" gegee word nie.

Ten slotte wys Tramontana daarop dat virusmisdad in enkele opsigte dramaties van konvensionele rekenaarmisdad verskil. In die eerste plek is die motief van die dader gewoonlik nie om enige wins te verkry nie, maar eerder 'n strewe na 'n bietjie goedkoop roem en glorie, of op die ergste, om data te vernietig. In die tweede plek word baie van die verbode handelinge (veral die betreding van 'n rekenaarsstelsel) nie deur die skrywer van die program uitgevoer

nie maar gewoonlik deur nalatige “verspreiders” wat slapskywe “uitruil”, en soms selfs deur die program self. Om hierdie rede is die skuldelement problematies en moet die wetgewer dit duidelik stel of nalatigheid by die skepper en/of die verspreider ’n element van die misdaad vorm. Indien nie, sal daar waarskynlik aansienlike bewysprobleme met die skuldelement wees.

4 Samevattend

Uit bostaande blyk dat rekenaars heelwat uitdagings aan die reg bied. ’n Groter uitdaging is nietemin miskien aan die adres van die etiek gerig, naamlik om ’n soort rekenaarmoraliteit te ontwikkel. Solank as wat aanvaar word dat roofofskrywing normaal is, sal ’n verskynsel soos virusse nie verdwyn nie. In hierdie opsig is die rekenaarvirusse byna soos die siekte VIGS – by gebrek aan ’n adekwate stel morele beginsels by die mens, moes die “natuur” self ingryp om die rondslapery (of rondkopieerdery) minder aantreklik te maak. Soos met gebrekkige geslagsvoorligting, leer kinders op die oomblik by hulle maats rekenaarmoraliteit aan, in plaas van by hul ouers of dan ten minste by die skool. (Ongelukkig is onderwysers en predikante, weens gebrekkige finansiële middele, dikwels van die grootste sondaars wat die gebruik van roofofskrywing betref.)

Hiermee wil ek nie die verspreiders van programmatuur van alle blaam onthef nie. Indien die verkryging van sogenaamde “site licences” vir byvoorbeeld skole meer realisties gemaak word, sal die grootskaalse roofofskrywing aldaar afneem. Indien lisensieringskontrakte nie alles verbied nie, sal gebruikers nie meer vanselfsprekend aanneem dat alles eintlik toegelaat word nie. Dit het tyd geword vir ’n wapenstilstand op die slagveld van die rekenaarreg.

DP VAN DER MERWE
Universiteit van Suid-Afrika

DIE ANC SE KONSEPHANDVES VAN MENSEREGTE – ’N PAAR OPMERKINGS

Inleiding

Die momentum oor die beskerming van menseregte in ’n toekomstige Suid-Afrikaanse konstitusie het al voor die nou bekende en opspraakwekkende gebeurde van 1990 begin toeneem. Dit was reeds teen die einde van die sewentigerjare sigbaar met die verskyning van John Dugard se deurtastende *Human rights and the South African legal order* (1978) en die publikasie van die verrigtinge van die Kaapstadse menseregtekonferensie, *Human rights: the Cape Town conference* (Forsyth en Schiller (reds) (1979)). Die eerste deel van die eintlike knoop is egter in 1986 deurgehak toe die regering amptelik begin belangstel het in die beskerming van menseregte. Die gevolg was die bekende en indringende eerste studie van die Suid-Afrikaanse Regskommissie, getiteld *Groeps- en menseregte* (werkstuk 25 projek 58 (1989); ’n hele aantal kommentare op die werkstuk is in verskillende regs- en ander tydskrifte gepubliseer: vgl by

Hiemstra 1989 (2) *Codicillus* 51; Van der Vyver 1989 *SALJ* 536; Viljoen 1989 *SAPR/PL* 112; Wiechers 1989 *THRHR* 311; Du Plessis 1990 *THRHR* 403; Dlamini 1990 *SAPR/PL* 91; Mgoqi 1990 *African LR* 18). Hiermee het 'n belangrike politieke element in Suid-Afrika – die regering – tot 'n debat toegetree wat tradisioneel met voorbehoude en selfs agterdochtige vyandigheid bejeën is.

Met die ontperking van verbode organisasies en publikasies in 1990, het veral Albie Sachs van die ANC se menseregte-geskrifte openlik begin sirkuleer. (Vgl bv die onlangse versameling van sy werk *Protecting human rights in a new South Africa* (1990). Vir 'n kritiese ontleding van sommige standpunte – wat vroeër in 1990 *SAJHR* 1–24 verskyn het – vgl Brooks “Albie Sachs on human rights in South Africa” 1990 *SAJHR* 25.) Selfs voor die opheffing van die beperkings het die ANC se *Constitutional guidelines for a democratic South Africa*, wat meer na die raamwerk vir 'n menseregtehandves as konstitusionele riglyne gelyk het, die rondte in Suid-Afrika begin doen.

Intussen het al wat leef en beef begin om byeenkomste van allerlei aard te reël waarop menseregte en menseregtehandveste tot stof getrap is. In die proses het die menseregte-debat 'n uitstekende gevallestudie geword van onderlinge beïnvloeding, informele onderhandeling en ooreenkomsvorming. Dit is duidelik dat veral die ANC en die regering (Nasionale Party) voortdurend aan die werk is om eie standpunte duideliker te formuleer. Soms word sienings gepubliseer, soms nie.

Die konsephandves van die ANC

Die ANC het in November 1990 verdere stukrag aan die menseregte-debat verleen met die publikasie van 'n konsephandves van menseregte (die dokument soos deur die ANC versprei word, is getiteld “A bill of rights for a democratic South Africa – working draft for consultation”; vgl *Pretoria News* 1990-11-27 14 vir 'n verkorte weergawe). Die verskil tussen die jongste dokument enersyds en die *Freedom Charter* en die *Constitutional guidelines* andersyds is opvallend: laasgenoemde is algemeen en riglynagtig; die konsep is spesifiek en volledig. Trouens, met die goedgeformuleerde inleidende memorandum van vyf bladsye is die hele dokument deurdag en verfynd.

Die konsephandves verdien volledige ontleding en bespreking. Dit val buite die raamwerk van hierdie aantekening. Hier word volstaan met 'n paar inleidende opmerkings. As algemene agtergrond moet wel vermeld word dat die konsep uit 16 artikels bestaan, elk met meerdere onderafdelings. Die opskrifte van die artikels, soos hulle in die konsep volg, is “algemeen”, “persoonlike regte” (met nie minder nie as 32 onderafdelings), “politieke regte”, “vryheid van spraak, vergadering en inligting”, “reg op assosiasie, godsdiens, taal en kultuur”, “werkersregte”, “regte van die geslagte” (*gender rights*), “gestremde persone” (*disabled persons*), “kinders”, “sosiale, opvoedkundige, ekonomiese en welsynsregte”, “die ekonomie, grond en eiendom”, “omgewingsregte”, “regstellingsaksies” (*affirmative action*), “positiewe optrede” (*positive action*), “beperkings” en “afdwingbaarheid”. 'n Aanduiding van hoe omvangryk die konsep is, word gekry uit die totale getal van 139 onderafdelings!

Drie algemene opmerkings

(a) Die konsep lyk ideologies neutraal. Of die konsekwente gebruik van die woord *state* 'n element van 'n Marxistiese staats- en gemeenskapsbeskouing bevat, is nie uit die konsep self of die begeleidende memorandum af te lei nie,

en sal, indien nodig, tydens verdere dialoog oor die dokument vasgestel moet word. Op die Afrikaanse oor val die woord “staat”, wanneer die regering in ’n wye betekenis bedoel word, nie vreemd nie. As Lawrence Baxter (“‘The state’ and other basic terms in public law” 1982 *SALJ* 212; *Administrative law* (1984) 94) se sienings egter geldig is, is dit op Engels nie die elegantste uitdrukking nie. Moontlik kan daar, soos in die geval van die Indiese grondwet, ’n omskrywing van “staat” gegee word. (Vgl die Indiese grondwet a 12; Seervai *Constitutional law of India* bd 1 (1975) 160–165. *The state* kom egter ook gereeld – sonder omskrywing – in die Namibiese grondwet voor.)

(b) Die konsep het klaarblyklik ruimskoots en diep uit bestaande internasionale, regionale en nasionale verklarings en handveste geput. Dit word in soveel woorde erken in die begeleidende memorandum (2). ’n Ontleding van die beïnvloeding regverdig ’n afsonderlike aantekening, maar die spore van die Universele Verklaring van Menseregte, die Internasionale Verdrag oor Burgerlike en Politieke Regte, die Internasionale Verdrag oor Ekonomiese, Maatskaplike en Kulturele Regte, die Europese Konvensie van Menseregte, die *African Charter on Human and Peoples’ Rights*, die Amerikaanse grondwet, die Namibiese handves van regte en ander soortgelyke dokumente is duidelik te bespeur. Die uitwerking hiervan kan net heilsaam wees.

(c) ’n Verdere opvallende eienskap van die konsep is die verdraagsaamheid wat daaruit blyk. Twee voorbeelde kan genoem word. Artikel 5.2–4 het dit oor godsdienstvryheid. Artikel 5.2 waarborg dat alle godsdienste verduur sal word (*tolerance* word gebruik), terwyl artikel 5.3 uitdruklik toelaat dat religieuse instellings met die staat mag saamwerk om die oogmerke van die grondwet te verwesenlik en om ’n getuienis oor en kommentaar op staatsoptrede te lewer (“bearing witness and commenting on the actions of the state”). Die tweede voorbeeld kom uit artikel 5.5–9 waar dit oor tale gaan. Geen enkele amptelike taal – soos Afrikaans en Engels tans in Suid-Afrika of Engels in Namibië – word voorgestel nie. Artikel 5.5 bepaal dat daar elf tale in Suid-Afrika is. Volgens artikel 5.7 kan, wanneer dit redelik is, een of meer van die tale op nasionale of streeksvlak, of waar sulke tale algemeen gebruik word, vir spesifieke doeleindes as gebruikstaal of -tale aangewys word. Dit is ’n opwindende bepaling wat met drif verdedig moet word teen ’n redelik wydverspreide geloof dat ’n land een of twee amptelike tale móét hê.

’n Oorkombare strukturele probleem

Die opvallendste kenmerk van die konsep is dat dit benewens die gebruikelike vryheidsregte ook die aansprake en verpligtinge bevat wat toenemend in die Suid-Afrikaanse literatuur as “tweede en derde generasie”-menseregte bekend word. Dit is nie onverwags of onvanpas nie dat die ANC se konsephandves bepalinge bevat oor vryheid van honger, die reg op skuiling (“shelter”), die reg op onderwys, die reg op gesondheid, die reg om te werk, die reg op ’n minimumloon, die ekonomie, die grondkewessie, eiendom, die omgewing en, les bes, “affirmative action”. Vanuit ’n taktiese of strategiese oogpunt moet hierdie sake op die voorgrond gehou word met die oog op die uiteindelijke grondwet. Verder spreek dit ook vanself dat vryheids- en deelnameregte vandag kwalik ten beste geniet kan word sonder ekonomiese, sosiale en maatskaplike welstand, en omgekeerd. In die woorde van die begeleidende memorandum (3): “We want freedom, and we want bread.”

Of die ekonomiese, sosiale en welsynsregte noodwendig in die “menseregte”-hoofstuk van die grondwet opgeneem moet word, is ’n ander vraag. In beginsel is daar niks wat dit verhinder nie. Die statusleer van Georg Jellinek, byvoorbeeld, bring verpligtinge van die individu (*status passivus*), vryheidsregte (*status libertatis* of *negativus*), deelnameregte (*status activus*) en aansprake teenoor die staat (*status positivus*) onder een sambreel tuis (vgl oor Jellinek se statusleer Van Wyk *Persoonlike status in die Suid-Afrikaanse publiekreg* (LLD-proefskrif Unisa 1979) 111 ev). As opsomming van die verhouding staat-individu kan dit sinvol wees om die vernaamste elemente van al vier hierdie statusaspekte in die handves van menseregte op te neem.

Die ANC se konsephandves spreek drie van die vier aan: die klassieke vryheidsregte (*status libertatis*), politieke regte (*status activus*) en die aansprake wat die individue teenoor die staat het (*status positivus*). Opvallend afwesig is enige verwysing na die pligte van die individu, ’n aspek wat wel in die *African Charter on Human and Peoples’ Rights* (“Banjul Charter” – in 1986 in werking getree) aangetref word. (Vgl hfst II van die *Charter*, te vind in 1982 (21) *International Legal Materials* 59. Vir ’n beknopte maar insiggewende bespreking, vgl Robertson en Merrills *Human rights in the world* (1989) 214–217. Vir ’n plaaslike ontleding, vgl Motshekga “The African Charter on Human and Peoples’ Rights – its importance to human rights thinking in South Africa” 1989 (2) *Codicillus* 31. Vir ’n siening uit Afrika, vgl Umozurike “The protection of human rights under the Banjul (African) Charter of Human and Peoples’ Rights” 1988 *African Journal of International Law* 65; vgl verder Kunig, Benedek, Mahalu (reds) “Regional protection of human rights by international law: the emerging African system” (12) *Verfassung und Recht in Übersee* (1985).) Dat die pligte van die individu nie uitdruklik uitgespel word nie, is nie noodwendig te betreur nie want die interpretasie van die *regte* in ’n handves moet onvermydelik deur die aanwesigheid van uitdruklike verpligtinge geaffekteer word. Afhangend van die omskrywing van die verpligtinge, kan die omvang en inhoud van die regte op ’n ongesonde wyse aan bande gelê word.

Die “geheel-benadering” van ’n handves van regte skep twee groot probleme. Die eerste is meer prakties van aard, naamlik afdwingbaarheid. Die ander is meer teoreties, maar nie sonder praktiese gevolge nie: ’n onnatuurlike skeiding van grondwet en handves van regte. ’n Paar gedagtes word oor elk gelug.

(a) *Afdwingbaarheid* In die ANC se konsep word voorgestel dat die handves van regte deur die howe “gewaarborg” moet word. Daar word spesifiek voorsien dat ’n konstitusionele hof ’n leidende rol in dié verband moet speel. Tot krediet van die konsep moet gesê word dat dit die verantwoordelikheid van die wetgewer (“parlement” genoem) in die eerbiediging van die sosiale, opvoedkundige, ekonomiese en welsynsregte beklemtoon, en dat dit ’n ombudsman in die vooruitsig stel. Dit doen egter nie afbreuk nie aan die feit dat dit onmoontlik is om sonder spesifieke kwalifikasies sosiale, opvoedkundige, ekonomiese en welsynsregte deur die howe teen die uitvoerende en wetgewende gesag te laat afdwing.

Die Namibiese Grondwetgewende Vergadering moes met dieselfde probleem worstel. Aan die een kant is dit ’n gegewe dat daar, as gevolg van apartheid en ander oorsake, hoë verwagtinge op ’n beter materiële bedeling onder die breë bevolking leef. Aan die ander kant is dit ook ’n feit dat, skyn tot die teendeel ten spyt, die staat nie oor onbepaalde middele beskik om selfs binne redelike tyd aan al die verwagtinge te voldoen nie.

In Namibië is die probleem oorbrug deur die ekonomiese en sosiale regte nie in die handves van fundamentele regte op te neem nie, maar in 'n afsonderlike hoofstuk getiteld "Principles of state policy" (hfst 11). Ingevolge artikel 95 van die Namibiese grondwet word die staat verplig om die sosiale, ekonomiese en maatskaplike behoeftes van die bevolking te bevredig deur sy beleid aan die hand van neergelegde riglyne te formuleer. In enkele gevalle (a 95(g) en (h)) word die uitvoering van die beleid uitdruklik aan beskikbare middele onderworpe gemaak. Die howe word spesifiek daarvan weerhou om die regering te gelas om sy beleid in hierdie verband op 'n spesifieke wyse te formuleer of uit te voer (a 101). Dieselfde geld die twee ander grondwette wat deur die begeleidende memorandum 3-4 aangehaal word: vgl Indiese grondwet a 37; Ierse grondwet, inleidende gedeelte van a 45).

Versigtige lesers van die ANC se konsephandves sal, met 'n mate van oor-tuiging, kan argumenteer dat die bepalinge wat met sosiale, ekonomiese en dergelyke regte te doen het, op so 'n wyse geformuleer is dat dit nie regstreeks afdwingbare regte skep nie. Die staat word telkens opgeroep om toe te sien dat 'n bepaalde toestand teweeggebring word. Artikel 10.2 bevat 'n algemene opdrag vir sover die staat verplig word om sy beskikbare middele maksimaal aan te wend om deur wetgewende en administratiewe optrede die "progressiewe" ver-wesenliking van basiese sosiale, opvoedkundige en welsynsregte vir die hele bevolking te bewerkstellig. Meer spesifiek word die reg op skooling in byvoor-beeld artikel 10.8 en 10.9 met die volgende woorde beskryf:

"In order to guarantee the right to shelter, the State shall, in collaboration with private bodies where appropriate, dismantle compounds, single-sex hostels and other forms of accommodation associated with the migrant labour system, and embark upon and encourage an extensive programme of house-building.

The State shall take steps to ensure that energy, access to clean water and appropriate sewage and waste disposal are available to every home."

Die meeste van die ander "tweede" en "derde" generasie-regte word op soort-gelyke trant geformuleer. Terwyl daar aanvaar word dat dié "regte" in die grond-wet opgeneem moet word, word aan die hand gedoen dat dit, soos in Namibië, in 'n afsonderlike hoofstuk gedoen word. Dit is per slot van rekening nie net die handves van fundamentele regte wat die verhouding tussen die "staat" en die individu bepaal nie, maar die hele grondwet. Dit lei tot die tweede probleem met die "geheel-benadering" van die handves van regte.

(b) *Die eenheid van handves en grondwet* 'n Gevaar waarteen gewaak moet word, is dat die handves van menseregte en die res van die konstitusie as twee afsonderlike stukke gesien word. Vir sommige mag dit dalk vanselfsprekend wees dat die handves van regte deel van die grondwet is. Die wyse waarop die debat in Suid-Afrika ontwikkel het, maak dit egter geensins 'n vanselfsprekendheid nie. Uit ontledings deur die regs kommissie in sy werkstuk oor groeps- en individuele regte (287 ev) is dit duidelik dat daar ten minste op 'n stadium beduidende steun in Suid-Afrika was vir die invoer van een of ander vorm van handves, sonder 'n noodwendig gepaardgaande breër konstitusionele hervorming. Wat ook al die situasie 'n jaar of twee gelede mag gewees het, behoort dit nou duidelik te wees dat die handves van menseregte as deel van die konstitusie in die grondwet opgeneem moet word. Die handves van regte en die beskerming wat dit bied, is een van 'n verskeidenheid meganismes wat deur die grondwet geïntegreer moet word om gesagsuitoefening deur die staat te reguleer.

Oor hierdie onderwerp sal 'n lang debat met die opstellers van die ANC-konsep aangeknoop kan word. Die konsep (vgl a 13.1 en 15) en die begeleidende memorandum (1, 3) laat enersyds duidelik blyk dat die handves deel van die konstitusie moet wees. Terselfdertyd word die handves egter bestempel as iets wat

“to some extent stands on its own. Possibly its enforcement mechanisms have to mesh in with or be adapted to the specific way in which the government and the judiciary are structured, but its basic principles should be capable of incorporation into any democratic system” (begeleidende memorandum 2-3).

'n Ent verderaan word as argument waarom die handves ook die tweede en derde generasie-regte moet bevat, aangevoer dat hulle teenswoordig in die meeste menseregtedokumente aangetref word (*idem* 3).

Die eerste argument ontken in wese die eenheid van die handves en die res van die grondwet. Dit is byvoorbeeld duidelik uit die Namibiese ervaring (vgl die *Namibia Debates of the Constituent Assembly* vol 1 en 2) dat die ander bepalings van die grondwet gedurende die grondwetskrywende proses wesenlik deur die voorskrifte van die handves geaffekteer is, en omgekeerd. Dit gaan oor 'n organiese geheel. Weliswaar kan die basiese beginsels van enige behoorlike handves in enige demokratiese stelsel ingelyf word, maar die punt is juis dat die Suid-Afrikaanse handves – soos dié van Namibië – heelwat spesifieke bepalings moet bevat wat besondere historiese en ander faktore in Suid-Afrika aanspreek.

Om die feit dat tweede en derde generasie-regte in die meeste moderne menseregtedokumente aangetref word, as argument vir die insluiting daarvan in die Suid-Afrikaanse handves te gebruik, gaan ook nie op nie. Die voorbeelde wat in die ANC-dokumente aangehaal word, is almal internasionale of streekaktes, met ander woorde dokumente wat nie deel van die een of ander omvattende konstitusie vorm nie; in die nasionale konstitusies waarna verwys word (begeleidende memorandum 3-4) word daardie “regte” juis in afsonderlike hoofstukke as “directive principles of state policy” aangetref (Indiese grondwet hfst IV; Ierse grondwet a 45; Namibiese grondwet hfst 11).

Die gevolgtrekking is dat oortuigender gronde aangevoer sal moet word vir die behoud van tweede en derde generasie-regte in die handves self. (Vir 'n betreklik skeptiese siening van hierdie soort regte, vgl Brownlie “The rights of peoples in modern international law” in Crawford (red) *The rights of peoples* (1988) veral 11 ev.)

Slot

Die ANC-konsep is aan die begin van 1991 die omvattendste voorstel vir 'n handves van fundamentele regte wat op die onderhandelingsstafel geplaas kan word. Dit is deeglik en modern en verdien ernstige bespreking, ook wat die besonderhede daarvan betref. Die finale verslag van die regs kommissie oor menseregte behoort ook in die loop van 1991 te verskyn. 'n Vergelyking tussen dié twee dokumente kan een van die interessantste oefeninge van die jaar word.

DAWID VAN WYK

Universiteit van Suid-Afrika

AANSOEK OM VERGUNNINGS KRAGTENS ARTIKEL 62(2)I VAN DIE WATERWET 54 VAN 1956

Kan die Minister van Waterwese, voor 'n vergunning kragtens artikel 62(2)I van die Waterwet 54 van 1956 uitgereik word, 'n volledige en gedetailleerde ekonomiese uitvoerbaarheidstudie op die aansoeker se koste vereis?

Uitdruklike en versweë magtiging

Artikel 62(2)I bepaal soos volg:

“Indien die Minister oortuig is dat voldoende water binne ’n Staatswaterbeheergebied beskikbaar is . . . kan hy

(i) hetsy voor of na publikasie van ’n kennisgewing . . . ’n vergunning op die voorwaardes wat hy bepaal aan iemand verleen om . . . openbare water . . . op te dam of op te gaar en . . . te gebruik . . .

(ii) na publikasie . . . by kennisgewing in die Staatskoerant . . . op die voorwaardes en volgens die grondslag deur hom bepaal . . . die oppervlakte in hektaar bepaal . . . wat . . . met openbare water besproei mag word, bykomend by enige oppervlakte . . .”

Nou is dit so, soos Steyn *Uitleg van wette* (1981) 206 uitwys, dat dit vanself spreek

“dat ’n persoon of liggaam wat sy bevoegdhede aan ’n wet ontleen, niks geldigs kan verrig waartoe hy nie by daardie wet, uitdruklik of by wyse van versweë bepaling, gemagtig is nie”.

Die onderhawige wetsartikel maak nie uitdruklik voorsiening dat die minister bogenoemde uitvoerbaarheidstudie mag vereis nie en daarom kan sodanige vereiste slegs by wyse van ’n versweë bepaling gemagtig wees. Steyn (209) merk in hierdie verband op:

“Wanneer ’n wet ’n bepaalde gevolg uitdruklik gebied of veroorloof, word daarby inbegryp ’n bevel of vergunning om te doen wat noodsaaklik is om daardie gevolg te weeg te bring.”

Die minister kan die bepaling ten opsigte van bykomende water maak sonder dat die betrokke grondeienaar daarvoor aansoek doen. Wanneer die bepaling gemaak is, kan die eienaar besluit om daarvan gebruik te maak of nie. Voor so ’n bepaling gemaak kan word, moet die minister – ten einde te bepaal of water beskikbaar is – die behoeftes binne (maar nie buite nie) die hele Staatswatergebied ondersoek.

Die bepaling geskied vermoedelik op aanbeveling van sy departement of van ’n besproeiingsraad of ander beheerliggaam. ’n Aansoek word egter nie kragtens sub-artikel (ii) vereis nie en die minister kan sy bevoegdhede in beide gevalle *mero motu* uitoefen. Aangesien die minister sy plig kragtens sub-artikel (ii) kan uitvoer sonder die gemelde uitvoerbaarheidstudie, volg dit dat die studie ook nie noodsaaklik is om sy plig kragtens sub-artikel (i) na te kom nie aangesien die magtigende woorde presies dieselfde is.

Indien die minister die koste van sy ondersoek in verband met die beskikbaarheid van water moet dra, moet hy ook die koste van ’n ekonomiese uitvoerbaarheidsondersoek dra want hy moet homself tevrede stel. Dit is ondenkbaar dat die wet twee onafhanklike ondersoeke verpligtend kan maak. Dit is egter nie uitgesluit dat die aansoeker inligting aan die minister kan voorlê nie.

Die versweë magtiging is beperk tot die onmiddellike en nie ’n aanverwante doel nie, soos onder andere blyk uit die volgende aanhaling uit *Fernwood Estates Ltd v Cape Town Municipal Council* 1933 CPD 403 ten opsigte van die bevoegdheid om die goedkeuring van ’n onderverdeling van grond aan ’n verwante aangeentheid te koppel:

“Refusal to sanction a subdivision must be based on some objection to the plan itself and the power to refuse cannot be used for obtaining any other object however laudable.”

Steyn (228) noem ook die voorbeeld dat ’n lisensiehouer nie verplig kan word om sy vingerafdrukke te laat neem nie omrede dit nie verband hou met die toekenning van die lisensie nie, maar met stappe nadat die lisensie uitgereik is.

Hoe prysenswaardig bedoelde ondersoek dus ook al mag wees, kan dit nie as vereiste gestel word nie tensy dit streng binne die magtigende bepalings val. Die bepalings van die wet magtig die minister om vas te stel of water beskikbaar is – die uitvoerbaarheidstudie oor die toekomstige gebruik van die water is ’n bykomstige saak en nie streng binne die bepalings van die wet nie, net soos die vingerafdrukke in bogenoemde voorbeeld.

Voorwaardes wat las oplê

Daar is egter ’n verdere rede waarom die voorwaarde onder bespreking nie wettig gestel kan word nie. Aldus verklaar Steyn (272):

“Om gelde of belastinge op te lê sonder ’n uitdruklike of duidelike versweë magtiging, word skynbaar as net so ’n onbillikheid beskou as ’n onnodige of oormatige inbreuk op regte.”

Hierby kan gevoeg word ’n *dictum* uit *Germiston Municipality v Rand Cold Storage Co Ltd* 1913 TPD 530 536:

“It is said that the charge is not a ‘tax’, or a fee or a charge, it remains a burden upon persons who import meat into the municipality which they cannot escape. This being so, in the absence of a clear expression of intention that the council should be entitled to impose such a burden, I am of the opinion that it cannot make the charge; for the right to inspect does not necessarily imply a right to charge.”

Vir sover die betrokke vereiste die aansoeker verplig om uitgawes aan te gaan om daaraan te voldoen, is dit ’n las of belasting of heffing of “burden” wat nie gemagtig is nie.

Finansiering van voorgestelde werke

Die fondse benodig vir werke wat beplan word ingevolge ’n vergunning verleen kragtens artikel 62(2)I kan op verskeie maniere verkry word:

- (a) By wyse van ’n staatslening.
- (b) By wyse van ’n lening van ’n ander bron, byvoorbeeld ’n bank.
- (c) Uit spaarfondse van die boer of ’n groep boere met of sonder bykomende fondse uit lopende profyte van die boerdery en aangevul deur ’n lening van ’n ander bron as die staat.
- (d) Eksterne fondse bewillig uit liefde vir boerdery, of ander motiewe insluitende beskerming van ander beleggings of sosiale oorwegings.
- (e) ’n Kombinasie van een of meer van bogenoemde.

Staatslening

Die staat het belang daarby of die aansoeker ’n staatslening kan terugbetaal. Artikel 153 van die Waterwet bepaal uitvoerig watter inligting gegee moet word as ’n besproeiingsraad om ’n staatslening aansoek doen. Artikel 156 bepaal dat die minister ’n ondersoek moet laat doen. Dit moet egter op koste van die minister geskied. In geval die werke by wyse van ’n staatslening befonds word, is dit ondenkbaar dat daar twee ondersoeke – een kragtens artikel 62(2)I en een kragtens artikel 153 of 156 – moet wees. Omrede daar uitdruklik in artikels 153 en 156 voorsiening gemaak word vir ekonomiese uitvoerbaarheidstudies en geen dergelike voorsiening in artikel 62 gemaak word nie, is die afleiding – volgens die welbekende reël *expressio unius est exclusio alterius* – dat die vereiste studie nie gemagtig is nie.

Privaatlennings

In geval die werke befonds word uit 'n ander bron as 'n staatslening, sal die geldskierter, wie hy ook al mag wees, homself tevrede moet stel dat sy geld veilig is. Hoe hy dit doen, is sy saak. Die geldskierter is nie gebonde aan enige norme wat deur die staat neergelê word nie. Hy kan sy eie norme vasstel en die risiko op sy manier bepaal. Klaarblyklik kan die geldskierter bykomstige sekuriteit vorder en daarvolgens sy risiko verminder.

By 'n lening anders as uit staatsfondse is die geldskierter se aandag uitsluitlik toegespits op die vraag of hy sy geld sal kan verhaal in geval van die lener se insolvensie. Vir dié doel sal hy in die eerste plek die aangebode sekuriteite valueer, maar hy sal ook die moontlikheid in ag neem dat hy, in geval van veranderde omstandighede, bykomende sekuriteite kan bekom. By die evaluasie van die sekuriteite sal die geldskierter marktendense en veral die invloed van inflasie in ag neem. By pompskemas moet in ag geneem word dat krag duurder gaan word en moet hy oordeel of die produktepryse tred gaan hou met die inflasie van pompkoste. As dit egter 'n gravitasieskema is, sal die geldskierter moet toelaat vir die gunstige werking van inflasie. As hy dit nie doen nie sal hy die besigheid aan kompeterende geldskierters verloor. Dit is ook moontlik dat die geldskierter sal deel in die skema en gevolglik 'n groter deel van die risiko sal aanvaar.

In sy evaluasie van die sekuriteite sal die geldskierter ook aandag wy aan die persoonlikheid van die lener, soos hoe bekwaam hy is en wat sy opleiding, ervaring, geskiedenis en karakter is. Staan iemand agter hom indien sake verkeerd loop? 'n Baie belangrike oorweging is hoeveel inkomstebelasting die lener betaal. As die uitgawes van die beoogde skema van inkomstebelasting aftrekbaar is, kan dit prakties gelyk aan 'n subsidie van tot 45% wees. Al hierdie oorwegings kan net deur die geldskierter geëvalueer word.

Selfs al veronderstel 'n mens 'n perfekte amptenaar wat marktendense en toekomstige inflasie reg kan voorspel, is dit nie sy opinie wat tel nie, maar wel die opinie van die geldskierter. Hieruit volg dat die opinie van 'n staatsamptenaar ten opsigte van die ekonomiese uitvoerbaarheid van 'n skema wat uit privaat-bronne gefinansier word, irrelevant is.

Finansiering uit ander bronne

In geval die fondse afkomstig is uit spaarfondse of lopende boerderyprofyte, geld ook heel ander oorwegings as in die geval van staatslennings.

Die boer sal in ag neem hoeveel inkomstebelasting hy andersins sou betaal, die invloed van inflasie op sy opgegaarde fondse en ook die feit dat as hy sy opgespaarde geld belê, van die rente niks sal oorbly nie as hy belasting en die werking van inflasie in ag neem. Veel eerder sal hy dit in kapitaalwerke steek wat deur die werking van inflasie appresieer en waarop hy in wese 'n subsidie van tot 45% geniet omrede die uitgawes van belasting vrygestel is. Moontlik sal die boer ook sy eie masjinerie en arbeid kan gebruik wat nie ten volle buite spitstye aangewend kan word nie. Heel ander oorwegings is dus ter sprake wat net deur die betrokke persone geëvalueer kan word en nie deur die amptenaar van die Departement van Waterwese nie. Ook in hierdie geval is die vereiste uitvoerbaarheidstudie irrelevant en 'n verspilling van koste. Die wetgewer kon dit dus nie beoog het nie.

Verskillende standaarde

Voorts is daar nog die kwessie van die standaard waarop die beoogde werk beplan en gebou moet word. Die Departement van Waterwese moet soos enige staatsinstelling die hoogste standaard vir enige openbare werk handhaaf. Wanneer die boer die fondse verskaf, is die vereiste 'n werk wat doeltreffend in die bepaalde ekonomiese omstandighede funksioneer. Dit vereis opweging van verskillende faktore, onder andere kapitaalwerke teenoor groter jaarlikse onderhoudskoste. So sal die staat aandring op vloedwateroorgange oor 'n kanaal terwyl 'n boer in 'n area waar die jaarlikse reënval 50 mm per jaar is, tevrede sal wees om nie vloedwateroorgange te bou nie maar die risiko van verhoogde onderhoudskoste te dra.

Die Departement van Waterwese bou as beleid nie grondkanale nie, maar in gepaste omstandighede is grondkanale wel deeglik geregverdig. As die kapitaalkoste verbonde aan die uitskakeling van die verliese van 'n grondkanaal meer is as die ekonomiese waarde van die verliese, is die verhoogde kapitaalkoste nie geregverdig nie. Indien 'n stadium wel bereik word waar die koste van die verbetering van die grondkanaal laer is as die ekonomiese waarde van die verlore water, sal daardie verliese deur die werking van die gewone ekonomiese wette uitgeskakel word. Deur uit die staanspoor aan te dring op betonvoering by nuwe skemas, word baie skemas ongeregverdig afgekeur. Trouens, as die talle groot skemas in Suid-Afrika uit die staanspoor met betonuitgevoerde kanale gebou moes word, sou hulle nooit tot stand gekom het nie; dink maar aan Oudtshoorn, die Breëriviervallei en die skemas by Kakamas. Dit is ook 'n feit dat besproeiing in Colorado en Kalifornië vandag nog uitsluitlik met grondkanale plaasvind, uitgesonderd skemas wat deur die federale regering met feitlik onbeperkte fondse gebou is.

Sommige ingenieurs van die Departement van Waterwese dink met minagting aan die primitiewe werke van die pioniers wat met baie beperkte middele en fondse tot stand gekom het. Hulle aanvaar betonuitgevoerde kanale as norm en enige lekkasie van water uit grondkanale is onaanvaarbaar. Dit is misplaaste idealisme; die norm behoort te wees die maksimum verantwoordelike aanwending van die beperkte nasionale bates wat op die betrokke tyd ekonomies haalbaar is. Vermorsing van water wat ekonomies aangewend kan word, sal deur die werking van gewone ekonomiese wette uitgeskakel word. Indien dit nie gebeur nie is daar iets met die Waterwet of die reëling van die ekonomie verkeerd.

Water wat uit grondkanale lek, is gewoonlik heeltemal aanvaarbaar. Dit is veel beter om die ondergrondse waterbronne aan te vul as dat die water onbenut see toe loop. Indien die grond versuip, kan maklik 'n plan gemaak word. Indien braksoute aanwesig is, sal uitloping plaasvind en, soos reeds gekonstateer is, die verliese uitgeskakel word as dit ekonomies geregverdig is. Dit het gebeur in die Imperial Valley in Kalifornië. Die stedelike owerheid van Los Angeles betaal vir die betonbekleding van al die kanale op voorwaarde dat die water wat so bespaar word, die stedelike gebied toekom. Die blinde veroordeling van onuitgevoerde kanale is die produk van oppervlakkige denke. Om op te som: die hoogste standaard wat vir werke gestel word, is dikwels nie ekonomies haalbaar nie.

Uit die voorgaande blyk dat die Departement van Waterwese se norme sekerlik nie die enigste norme is wat in die praktyk geld nie. Die enigste relevante

oorwegings is die opinie van die geldskieder of die man wat betaal. Nòg die Departement nòg die minister is in staat om aan die bankbestuurder voor te skryf.

Dien die voorwaarde 'n doel?

Dit is so dat die oorweging of 'n vergunning wat ingevolge artikel 62(2)I(i) gemaak moet word, 'n uitgebreide ondersoek deur die minister vereis. Die minister sal wil verseker dat die ondersoek nie tevergeefs onderneem word nie; nietemin is daar in die Waterwet telkens 'n verpligting op hom om die ondersoek te laat doen. Waar die wetgewer die onderdaan die reg gegee het om aansoek te doen, kan die minister nie daardie reg beperk deur voorwaardes te stel wat nie deur die wetgewer gemagtig word nie.

Aangesien die minister as voorwaarde kan stel dat die water waaroor die vergunning gaan binne 'n sekere tyd gebruik moet word en hy ook voorwaardes ten opsigte van die vordering van die werke kan stel, is daar nie die gevaar dat mense aansoek om vergunnings sal doen en wanneer dit verleen is, daarmee sal smous nie; die vergunnings word bowendien aan spesifieke persone en grond gekoppel.

Algemene opmerkings

Daar sal opgemerk word dat die enigste vereiste vir die besluit om 'n vergunning uit te reik, voldoende beskikbare water is en nie of dit in die toekoms sodanig sal wees nie. Daar is geen ander vereistes nie. Die water moet egter weens praktiese oorwegings op 'n redelik voorspelbare of versekerde basis beskikbaar wees. Die betrokke artikel bepaal dat die minister voorwaardes kan oplê, maar dit is voorwaardes waaraan die vergunning wanneer dit klaar uitgereik is, onderworpe is. Die besluit om die vergunning uit te reik, is dan reeds gevel en die besluit kan nie teruggetrek word nie behalwe op gronde wat nie nou ter sake is nie. Die voorwaardes moet ook relevant wees by die uitoefening van die vergunning, soos op welke wyse die water gebruik moet word, of dat water net in sekere maande uitgekeer mag word. Die voorbeeld vroeër aangehaal van die vereiste om vingerafdrukke te laat neem as voorwaarde vir die toekenning van 'n lisensie, illustreer en bevestig dié punt.

Uit die uitdruklike magtiging om voorwaardes te stel oor die wyse waarop water na uitreiking van die vergunning aangewend mag word, kan afgelei word dat voorwaardes nie voor die uitreiking, of as voorwaarde vir die uitreiking van die vergunning self, gestel mag word nie (*expressio unius est exclusio alterius*).

Die betrokke bepaling vereis dat die minister tevrede moet wees. Hoewel relevante getuienis deur die aansoeker voorgelê kan word, moet die minister hom klaarblyklik nie net op die aansoeker se voorlegging verlaat nie. Die minister moet homself tevrede stel en dit impliseer noodwendig dat hy die nodige ondersoek op sy koste moet laat doen. Hiervoor het hy die amptenare van die departement tot sy beskikking.

Dit is ook opmerklik dat daar nie 'n ondersoek moet wees na die vraag of water beskikbaar *sal wees* nie, maar of dit beskikbaar *is*. Dit is dus 'n fisiese ondersoek en daar word nie van die minister verwag om die mantel van 'n profeet om te hang en te oordeel of water in die toekoms ekonomies gebruik

sal kan word nie. As die water op die tydstip van die ondersoek beskikbaar is, is die artikel van toepassing.

Hierdie posisie kan vergelyk word met die bepalings in artikel 11(2)b(ii) van die Waterwet waar aan die Waterhof die bevoegdheid verleen word om water wat nie deur 'n oewereienaar gebruik word of sal word nie, aan nie-oerwergrond toe te ken. Dit is opmerklik dat in laasgenoemde artikel die reg op vergoeding aan die oewereienaar gegee word, terwyl dit nie in artikel 62 gedoen word nie – dit behoort reggestel te word. Indien die oewereienaar ingevolge artikel 11 nie kan bewys dat hy die betrokke water op daardie tydstip ekonomies kan gebruik nie, sal hy nie op vergoeding geregtig wees nie. Die Waterhof sal nie spekulêr of hy in die toekoms die water ekonomies sal kan gebruik nie. Die nie-oewereienaar kry dus 'n voorkeur bo die oewereienaar wat nie sy water gebruik het nie.

Gevolgtrekking

Die gevolgtrekking is dat die bewoording van artikel 62(2)I nie die Minister van Waterwese magtig om 'n studie volgens sy norme op die aansoeker af te dwing nie. Dit blyk verder uit oorwegings van hoe die betrokke werke befonds word, dat 'n ekonomiese ondersoek in gevalle anders as 'n staatslening irrelevant is. In geval van 'n staatslening word dit gedek deur die bepalings van artikels 153 en 156 en kan die minister nie 'n uitvoerbaarheidsondersoek ingevolge artikel 62(2)I vereis nie.

AP BURGER

DIE PARADOKS VAN DIE INDIVIDUALISERINGSPROSES IN DIE STRAFREG*

1 Inleiding

Die ganse natuur is betrokke by evolusie- of ontwikkelingsprosesse. Dit sluit die mens in. Die evolusionêre prosesse waaraan die mens onderhewig is, het 'n biososiologiese basis (sien Ruse "Sociobiology and determinism" in Mortensen en Sorensen (reds) *Free will and determinism* (1987) 163). Hierdie prosesse raak uiteraard ook mensintervensionele natuurprosesse, dit wil sê kultuurskeppinge (Labuschagne "Regsakkulturasië en wetsuitleg" 1985 *THRHR* 64). Die biososiologiese basis van dié prosesse gee onvermydelik daaraan 'n element van universaliteit, dit wil sê dit volg sekere vaste patrone. Die reg, as 'n produk van kulturele aktiwiteit, is deel van dié prosesse. Die eerste vraag van belang is: welke sodanige prosesse kan in die strafreg onderskei word?

* Erkenning geskied hiermee vir die finansiële steun van die Alexander von Humboldt-Stiftung en die Universiteit van Pretoria wat my in staat gestel het om 'n deel van die navorsing in 1989 aan die Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg im Breisgau, Duitsland, te onderneem. Die gedagtes hierin uitgespreek, is egter my eie.

2 Moraalfilosofiese prosesse in die strafreg

Genoemde mensevolusionêre prosesse het 'n effek op die menslike waardesistiem. Daarom kan ook daarna verwys word as moraalfilosofiese prosesse. Beskou 'n mens die strafreg in diachroniese verband, dit wil sê in sy ontwikkelingsgang vanaf die ontstaan van die reg, die oerreg dus, tot die hede, dan is (ten minste) vier evolusieprosesse duidelik sigbaar, naamlik: (i) die proses van dereligiëring en deritualisering; (ii) die proses van dekonkretisering; (iii) die proses van humanisering; en (iv) die proses van individualisering (Labuschagne "Strafsinvolheid: Opmerkinge oor die wese van strafregtelike aanspreeklikheid" in Joubert (red) *EM Hamman-gedenkbundel* (1984) 224–226). In dié kort aantekening word die pad wat die individualiseringsproses gevolg het, ondersoek en word in die lig daarvan 'n toekomsprojeksie gemaak.

3 Die fase van groepsaanspreeklikheid

Die oermens het klaarblyklik in troppe, onder 'n tropleier, beweeg (Freud *Totem und Tabu* (1968) 152; Wesel *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften* (1985) 187). Wilda (*Das Strafrecht der Germanen* (1842) 117) voer aan dat die mens bewus was daarvan dat die saamleef met ander mense 'n beperking van willekeur meebring en dat die eie wil gevolglik aan die "groepswil" ondergeskik gestel moet word. Hierdie stelling is myns insiens korrek en word bevestig deur die feit dat dit ook by primate in die diereryk voorkom, waar dit bestaan in die vorm van 'n instink. Die rede vir die bestaan van dié instink is te vinde in die feit dat hierdie primate, en ook die mens, slegs in groepsverband in die natuur kan oorleef. Die groepsinstink is dus direk herleibaar tot die menslike oorlewingsdrang.

Die tropleier het die trop met 'n groot mate van willekeur regeer en homself van die reëls wat hy vir andere gestel het, uitgesluit. Laasgenoemde benadering het in Europa tot met die *Aufklärung*, en selfs later, voortbestaan in die reël *princeps legibus solutus est* of "the King can do no wrong" (Labuschagne "Die uitlegsvermoede teen staatsgebondenheid" in 1978 *TRW* 42 ev). Hartland (*Primitive law* (1974) 154) gee 'n interessante voorbeeld uit Afrika in dié verband: By die Wabende van Tanzanië gee moord tot 'n reg van bloedwraak aanleiding. In geval van 'n gewone stamlid geld die reg van wraakvergelding slegs ten opsigte van die moordenaar self, maar die moord van 'n hoofman "involves the offender's entire family".

Gluckman (*Politics, law and ritual in tribal societies* (1971) 86) wys in die algemeen daarop dat bendes (troppe) van eiergting gebruik gemaak het en naburige bendes wat 'n onreg teen hulle gepleeg het, aangeval het. Eiergting en groepsaanspreeklikheid staan in noue verband met mekaar (Moore *Law as a process* (1978) 99). Die individu het opgegaan in sy groep. Soos Elias *The nature of African customary law* (1956) 87 tereg verklaar:

"Arising out of the idea that the individual is merged in his group is the theory that the latter is collectively responsible for his offences against outsiders."

(Sien ook Moore "Legal liability and evolutionary interpretation: some aspects of strict liability, self-help and collective responsibility" in Gluckman (red) *The allocation of responsibility* (1972) 85–86.)

Volgens Wilda 157 is die idee van wraak die eerste openbaring van die menslike regsbewussyn. Hiermee kan akkoord gegaan word. Die feit dat die mens 'n

analitiese selfbewussyn het, stel hom in staat om wraaksugtig op te tree: hy kan iemand wat hom leed aangedoen het, berekend vergeld. Die dier is nie tot genoemde berekendheid in staat nie (Labuschagne "Dekriminalisasie van eutanاسie" 1987 *THRHR* 184-185; sien ook Wesel 328).

Die konsep van groepsaanspreeklikheid bestaan nog, hoewel in 'n heelwat afgewaterde sin, in Afrika-gewoonteregstelsels voort. Elias wys daarop dat alhoewel regs aanspreeklikheid op die dader rus, daar 'n morele plig op sy groep rus om hom te ondersteun. Dit geld ook vir misdade. Slegs as die dader nie opgespoor kan word nie omdat sy familie hom versteek het en nie wil uitlewer nie, of as hulle hom gehelp het om te ontsnap of as hy by 'n sameswering betrokke was, word iemand anders ten aansien van wie geglo word dat hy by die misdaad betrokke is, in sy plek gestraf. Die keuse wie gestraf gaan word, is derhalwe nie (meer) willekeurig nie (Elias 89-90). In Suid-Afrika is die kraalhoof steeds medeaanspreeklik vir delikte deur sy kraalgenote gepleeg (Labuschagne en Visser "Deliktuele aanspreeklikheidsaksessoriteit in die Bantoereg" 1975 *De Jure* 159, 1976 *De Jure* 140). In *Mogapi v Gopani* 1963 BAC 63 (Sen) is 'n kraalhoof selfs aanspreeklik gehou vir die betaling van 'n boete as gevolg van 'n misdaad wat deur een van sy kraalgenote gepleeg is (sien ook Labuschagne en Visser 1975 *De Jure* 160 en die assesore se mening in *Skenjana v Guza* 1944 NAC 102 (K en O)).

Die idee van groepsaanspreeklikheid het algemeen by primitiewe volkere voorgekom (sien Redfield "Primitive law" in Bohannan (red) *Law and warfare* (1967) 23; Pospisil *Anthropology of law* (1971) 4; Radcliffe-Brown *Structure and function in primitive society* (1963) 215). Dit het ook by vele van ons se voorvaders, die Germane, voorgekom (sien Wilda 373; Osenbrüggen *Das Strafrecht der Langobarden* (1968) 17).

4 Die individualiseringsproses

Die individu het in die evolusie van die strafreg steeds meer en meer op die voorgrond getree (Wesel 12-13). Die groep word hedendaags egter nog steeds indirek deur die strafsanksie getref: indien 'n broodwinner byvoorbeeld gevangenisstraf opgelê word, ly sy afhanklikes daaronder. In 'n meer direkte sin bestaan groepsaanspreeklikheid ook in die (vermoënsregtelike) bestraffing van regs persone, soos maatskappye, voort (a 332 van die Strafproseswet 51 van 1977). Daar bestaan voorts ander meer latente vorme van groepsaanspreeklikheid (Labuschagne *EM Hamman-gedenkbundel* 210-211).

Die strafreg het van groepsaanspreeklikheid ontwikkel tot aanspreeklikheid van die betrokke dader. Die vraag is: wie of wat is 'n dader presies? Die enigste rigting wat die strafreg myns insiens verder kan volg, is 'n ontdekkingsreis in die gees van die dader in. Daardeer word die wese van die dader bereik. Die individualiseringsproses gaan dus voort want die ontdekking van die werklike dader lê in die verkenning en ontsluiting van sy gees.

5 Die Eindbestemming?

Die huidige strafreg is gebaseer op die veronderstelling dat die mens 'n vrye wil het en daarom vir sy handeling aanspreeklik gehou kan word. Die vraag is: is die veronderstelling korrek?

Danner het 'n intensiewe studie van die onderwerp gemaak. Hy stel die vraag of 'n dader in die lig van sy omstandighede anders kon gehandel het as wat hy gehandel het. Hy antwoord dat die dader wel anders kon gehandel het, maar nie vrywillig nie. Hy kon anders gehandel het as hy anders gemotiveerd was. Hieroor sê Danner *Gibt es einen freien Willen?* (1977) 68:

“Nun wird aber der Mensch motiviert und kann sich nicht freiwillig motivieren lassen, weil er auch dazu ein hinreichendes Motiv braucht weil, mit anderen Worten das motiv das Wollen bestimmt . . . Wäre es anders, dann müsste es ein motivloses Wollen geben.”

Wetenskaplikes is dit oor die algemeen eens dat die mens se gedrag deur sosiologiese, biologiese en intrapsigiese faktore gegeneer word (sien Easterbrook *The determinants of a free will* (1978) 14; Pervin *Current controversies and issues in personality* (1978) 27; Shibutani *Society and personality* (1987) 20; Von Bracken “Development of psychological twin research” in Mönks, Hartup en De Wit (reds) *Determinants of behavioral development* (1972) 154; Sabini en Silver “Emotions, responsibility, and character” in Schoeman (red) *Responsibility, character, and the emotions* (1987) 165; Oerter en Montada *Entwicklungspsychologie* (1987) 680; Magnusson en Allen *Human development* (1983) 26; Rosarius *Persönlichkeit und Wille* (1974) 104; Ruse 163). As die mens 'n vrye wil het, waarom bestaan daar dan vakgebiede soos sielkunde, sosiologie en kriminologie?

Die onvermydelike vraag is: waarom wil of kan die reg nie die feit aanvaar dat 'n mens nie 'n vrye wil het nie? Daar is myns insiens veral twee redes vir die toedrag van sake: (i) Groot godsdienste van die wêreld, soos die Judaïsme, Christendom en Islam, is gebaseer op die veronderstelling dat die mens 'n vrye wil het en vir sy handeling verantwoordelik is. Die mens word hierdeur eintlik emosioneel verhinder om die beskikbare wetenskaplike kennis te volg. (ii) Tweedens leef die oeremosie waarop die wraakgedagte gebaseer is, nog in die mens se bewussyn voort.

Die mens is in 'n proses van evolusie (sien Katz “Free will: Does it have a bio-cultural evolutionary basis?” in Mortensen en Sorensen 45; Möller *Mensch sein: ein Prozess* (1979) 119 355). Die pad wat die evolusieproses volg, is klaarblyklik dié na rasionaliteit. Namate die mens meer kennis aangaande homself inwin, ontwikkel hy meer begrip en deernis vir sy medemens. Hierdeur word die (emosionele) wraakgedagte geleidelik uit die mens se sisteem uitgewerk met die gevolg dat die strafreg as sodanig uiteindelik sal disintegreer. Die gemeenskap sal dan nog steeds teen die optrede van sekere persone beskerm moet word, maar nie by wyse van straf nie.

6 Konklusie

Die individu is aanvanklik vir doeleindes van bestraffing as deel van 'n groep gesien. Vandaar die idee van groepsaanspreeklikheid. Hedendaags sien wetenskaplikes die groep in die individu raak. Daar word naamlik aanvaar dat die individu se optrede (gedeeltelik) deur sy groeps- of sosiale omstandighede bepaal word. Vandaar die paradoks van die individualiseringsproses in die strafreg: dit het by die groep begin en by die groep geëindig, maar met teenoorgestelde konsekwensies.

VONNISSE

PERSOONLIKHEIDSREGTE VAN 'N REGSPERSOON

Dhlomo v Natal Newspapers (Pty) Ltd 1989 1 SA 945 (A); Caxton Ltd v Reeva Forman (Pty) Ltd 1990 3 SA 547 (A); Boka Enterprises (Pvt) Ltd v Manatse 1990 3 SA 626 (ZHC)

1 Agtergrond

Die vraag na die belasting van 'n regs persoon (en in samehang daarmee die vraag of 'n regs persoon oor 'n "persoonlikheidsreg" op die *fama* of goeie naam beskik) het in die sake onder bespreking uitdruklik ter sprake gekom en die onsekerheid wat in hierdie verband in ons reg bestaan het (sien Neethling en Potgieter 1979 *THRHR* 223), grootliks uit die weg geruim. Voor die beslissing van die appèlhof in die *Dhlomo*-saak het die posisie kortliks soos volg daar uitgesien (sien in die algemeen Van Heerden en Neethling *Onregmatige mededinging* (1983) 183-185; Neethling *Persoonlikheidsreg* (1985) 78-80; Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1989) 268-269; Burchell *The law of defamation in South Africa* (1985) 39-53):

Aan die een kant het verskeie beslissings die beskouing gehuldig dat, anders as die natuurlike persoon, 'n regs persoon of *universitas* (soos 'n maatskappy, onderneming of universiteit) geen persoonlikheidsrege (die reg op die goeie naam inbegrepe) het nie. Die rede hiervoor is, soos in *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 384 aangevoer word, dat die

"[p]ersoonlike leed van die aard wat by aantasting van die *corpus, fama* of *dignitas* ondervind word . . . uit die aard van die saak nie iets [is] wat by die *universitas* in sy onpersoonlikheid ervaar kan word nie".

Dienooreenkomstig is in *Church of Scientology in SA (Incorporated Association not for gain) v Reader's Digest Association SA (Pty) Ltd* 1980 4 SA 313 (K) 317 onomwonde verklaar dat "a corporation cannot sue for defamation". (Sien ook *Minister of Agriculture v Federal Theological Seminary* 1979 4 SA 162 (OK) 180-181; *AAIL (SA) v Muslim Judicial Council* 1983 4 SA 855 (K) 865; vgl *Marruchi v Harris* 1943 OPD 15 21; *Die Spoorbond v SAR*; *Van Heerden v SAR* 1946 AD 999 1011; *Dhlomo v Natal Newspapers (Pty) Ltd* 1988 4 SA 63 (D) 70-72 mbt 'n nie-handeldrywende regs persoon; sien verder Boberg *The law of delict: I Aquilian liability* (1984) 152.) Hierdie beskouing word gedeeltelik ook

deur die appèlhof in die *Tommie Meyer*-saak 1979 1 SA 441 (A) 453–454 onderskryf vir sover erken word dat 'n regs persoon nóg 'n liggaam, nóg 'n *dignitas* in die sin van eergevoel het. (Sien Neethling en Potgieter 1979 *THRHR* 217–223 vir 'n bespreking van hierdie saak.)

Aan die ander kant erken die regspraak vir baie jare reeds dat 'n *handeldrywende* maatskappy wel op grond van laster kan ageer indien die gewraakte bewerings

“[are] calculated to injure its business reputation, or to affect the trade or business which it was formed to carry on” (*Witwatersrand Native Labour Association Ltd v Robinson* 1907 TS 264 266).

(Sien ook *GA Fichardt Ltd v The Friend Newspapers Ltd* 1916 AD 1 5–6 9; *A Newmann CC v Beauty Without Cruelty International* 1986 4 SA 675 (K) 688; *Multiplan Insurance Brokers (Pty) Ltd v Van Blerk* 1985 3 SA 164 (D); *Rand Water Board v Lane* 1909 TH 4; *Cape Times Ltd v SA Newspaper Co Ltd* (1906) 23 SC 43; *Randfontein Estates Gold Mining Co Witwatersrand Ltd v Sachs* 1945 CPD 101; die *Marruchi*-saak *supra* 21; *African Life Assurance Society Ltd v Phelan* (1908) 25 SC 743; *Goodall v Hoogendoorn Ltd* 1926 AD 11.) In sodanige gevalle word dan vergoeding toegeken ongeag of bewys van skade gelewer is. Hierdie benadering, wat vir die eerste keer *obiter* deur die appèlhof in die *Fichardt*-saak *supra* voorgestaan is, is nou onomwonde deur dieselfde hof in die *Dhlomo*-saak (952–953) bevestig. Waarnemende hoofregter Rabie verklaar (952H–I):

“I appreciate that it may be said that the recognition of the right of a trading corporation to sue for defamation involves an extension of the principles of Roman and Roman-Dutch law which dealt with the right of action only in relation to natural persons, but, having considered all this, and having taken account of South African academic writings in textbooks and legal journals *pro* and *contra* the idea that a trading corporation should have the right to sue for defamation, I have come to the conclusion that it would be unrealistic not to hold that the law as stated by this Court in *Fichardt's* case more than seventy years ago has become the law of South Africa. I accordingly so hold.”

En met betrekking tot die vraag of inderdaad skade gely is, vervolg hy (953C–D):

“It would be wrong, I think, to demand of a corporation which claims for an injury done to its reputation that it should provide proof of actual loss suffered by it, when no such proof is required of a natural person who sues for an injury done to his reputation.”

Dit was egter onseker of ook 'n *nie-handeldrywende* regs persoon die lasteraksie tot sy beskikking het (*Die Spoorbond*-saak *supra* 1011; sien ook Neethling 79 vn 40; Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 401–403). Hoe dit ook al sy, die appèlhof aanvaar nou in die *Dhlomo*-saak onomwonde dat ook 'n *nie-handeldrywende* regs persoon op grond van laster kan ageer (953I–954F):

“It was rightly not contended by the respondents that no non-trading corporation can have a *fama* which deserves the protection of the law; the contention was that a corporation which has such a *fama* can protect it by means of an interdict or by claiming damages in an Aquilian action, but not by suing for defamation. It seems to me, however, that once one accepts – as one must, in my view – that a trading corporation can sue for an injury to its business reputation, there is little justification for saying that a non-trading corporation should not, in appropriate circumstances, be accorded the right to sue for an injury to its reputation if the defamatory matter is calculated to cause financial prejudice (whether or not actual financial prejudice results). It is conceivable that in the case of a non-trading corporation such as a benevolent society or a religious organisation – these are but examples – which is dependent upon voluntary financial support from the public, a defamatory statement about the way in which it conducts its affairs would be calculated to cause it financial prejudice in the aforementioned sense. It would in my

view be illogical and unfair to deny such a corporation the right to sue for an injury to its reputation, but to grant it to a trading corporation when it suffers an injury to its business reputation. In my opinion we should hold, and I so hold, that a non-trading corporation can sue for defamation if a defamatory statement concerning the way it conducts its affairs is calculated to cause it financial prejudice. This finding involves, in view of what I have said above concerning the narrow basis on which the respondents' exception was brought, that the exception cannot be sustained. It is accordingly unnecessary to consider the further question whether a non-trading corporation can sue for defamation if the defamatory matter of which it complains relates to the conduct of its affairs but is not calculated to cause it financial prejudice.

My aforesaid finding must not be taken to mean that I hold the view that every non-trading corporation will in all circumstances be entitled to sue for defamation. It is conceivable, I think, that such a corporation may, in certain circumstances, be denied the right to sue on the ground of considerations of public or legal policy. (Such considerations moved the Court in the *Sporbond* case *supra* to hold that a department of the State should not be permitted to sue for defamation.)"

(Sien ook die *Tommie Meyer*-appèlhofsak *supra* 455 458.)

Die standpunt dat sowel 'n handeldrywende as 'n nie-handeldrywende regspersoon belaster kan word en dat vergoeding toegestaan kan word sonder bewys van werklike vermoënskade, word ook in die *Reeva Forman*-(560-561) en die *Boka*-sak gesteun en kan nou as gevestigde reg aanvaar word (sien ook die besprekings van die *Dhlomo*-appèlhofsak deur Grogan en Midgley "Corporate reputation and title to sue" 1989 *SALJ* 587-591; Dendy "Corporate reputation revisited" 1990 *BML* 149-152).

Die beslissings onder bespreking impliseer dat regspersone wel 'n beskermingswaardige persoonlikheidsreg op die goeie naam of *fama* het. Die vraag ontstaan of hierdie opvatting geregverdig is in die lig van die gemeenregtelike grondslae van die *actio iniuriarum* en indien wel, of die persoonlikheidsbeskerming van regspersone ook na die ander reeds erkende persoonlikheidsgoedere van die natuurlike persoon, te wete die liggaam (liggaamlike vryheid ingegrepe), eergevoel, privaatheid, identiteit en gevoelslewe (sien in die algemeen Neethling 36-49) uitgebrei kan word.

2 Die funksie en toepassingsgebied van die *actio iniuriarum*

Tradisioneel word aanvaar dat die funksie van die *actio iniuriarum* geleë is in die verskaffing van *solatium* of troosgeld (genoegdoening) vir die salwing van die gekwetste persoonlikheid ("sentimental loss" of gekrenkte gevoelens) (Van der Merwe en Olivier 240; Amerasinghe *Aspects of the actio iniuriarum in Roman-Dutch law* (1966) 187; Neethling 65; vgl Visser *Kompensasie en genoegdoening volgens die aksie weens pyn en leed* (LLD-proefskrif Unisa 1980) 58 ev 193 ev).

Streng gesproke beteken hierdie uitgangspunt dat die *actio iniuriarum* nie beskikbaar is vir 'n regspersoon wat "no feelings to outrage or offend" het nie (*Die Spoorbond*-sak *supra* 1011; sien ook die *Reeva Forman*-sak 561; die *Tommie Meyer*-hof-*a-quo*-sak *supra* 384) of vir 'n natuurlike persoon wat byvoorbeeld weens bewusteloosheid onbewus van die krenking van sy persoonlikheid is. In werklikheid het daar egter reeds in die gemenereg uitsonderings op hierdie beginsel voorgekom: die *actio iniuriarum* is naamlik aan *infantes* en kranksinniges toegestaan al was hulle nie bewus van die *iniuria* nie (*D* 47 10 3 1,2; vgl Neethling, Potgieter en Visser 196 vn 129).

Hierbenewens impliseer die tradisionele funksie van die *actio iniuriarum* nie dat die krenking van gevoelens 'n onontbeerlike vereiste vir die bestaan van 'n persoonlikheidskrenking is nie. Ewemin volg dit dat 'n persoonlikheidskrenking in die afwesigheid van gekrenkte gevoelens nie *kompenseerbaar* is of behoort te wees nie. In navolging van Visser 57–62 (sien ook Neethling, Potgieter en Visser 195–198) moet daar in hierdie verband noukeurig onderskei word tussen 'n *primêre persoonlikheidskrenking* (soos die eiser se verminderde aansien in die geval van aantasting van die goeie naam as persoonlikheidsgoed by laster) en die *affektiewe gevoelskrenking* (oftewel die gevoelsreaksie op die primêre skending – die eiser se gevoel of bewussyn van verontregting weens die krenking wat hom te beurt geval het). In sommige gevalle kan 'n primêre persoonlikheidskrenking selfstandig bestaan, oftewel aanwesig wees sonder 'n gepaardgaande affektiewe gevoelskrenking (byvoorbeeld die aanranding van 'n bewustelose persoon; vryheidsberowing terwyl die betrokke slaap; die heimlike afloer van 'n vrou terwyl sy ontklee; belastering en identiteitskending waarvan die getroffene onbewus is). Dit behoeft geen betoog nie dat daar in sodanige gevalle in beginsel wel van 'n *iniuria* (onregmatige, opsetlike persoonlikheidskrenking) sprake is. Die vraag is egter of vergoeding verhaalbaar is vir 'n primêre persoonlikheidskrenking waar affektiewe gevoelskrenking ontbreek.

Sekere beslissings op die gebied van die toepaslikheid van die aksie weens pyn en lyding by bewusteloosheid bied aanknopingspunte vir die toestaan van vergoeding selfs waar affektiewe gevoelskrenking ontbreek (bv *Gerke v Parity Insurance Co Ltd* 1966 3 SA 484 (W) 494; vgl Neethling, Potgieter en Visser 200–203). 'n “Objektiewe genoegdoeningsbedrag” word in sulke gevalle aan die bewustelose benadeelde toegeken al was hy onbewus van die primêre persoonlikheidskrenking (aantasting van sy liggaamlike integriteit).

Ook op die gebied van die *actio iniuriarum*, minstens wat laster betref, is steun te vinde vir die benadering dat genoegdoening toegeken word sonder uitdruklike inagneming van gekrenkte gevoelens (dit wil sê net vir die objektiewe verminderde aansien van die eiser). In die *Boka*-saak word dit soos volg gestel (631I–632A):

“I venture to suggest that true emotional hurt forms the basis of few actions for defamation in contemporary times (with the possible exception of cases where female modesty has been impugned). More usually the motivation for an action for defamation (insofar as it is non-pecuniary) would appear to be the tendency for the person against whom the defamation has been committed to be brought into disrepute. Hurt feelings, *per se*, matter to a decreasing extent in a crowded, materialistic society. The reality, I perceive, is that actions for defamation are used to an ever increasing extent to protect what was referred to in the *Tommie Meyer Films* appeal as ‘the external dignity’.”

In omstandighede waar 'n primêre krenking van die goeie naam nie met affektiewe gevoelskrenking gepaard gaan nie, speel gekwetste gevoelens natuurlik nie 'n rol by die bepaling van die omvang van die genoegdoeningsbedrag nie (vgl die *Reeva Forman*-saak 561).

In teenstelling met die voorgaande, is daar ander gevalle van persoonlikheidskrenking waar die (affektiewe) gevoelskrenking tegelykertyd ook die primêre persoonlikheidskrenking daarstel (soos by belediging of krenking van die eergevoel waar die kern van die persoonlikheidsnadeel geleë is in die krenking van die subjektiewe gevoelens van die benadeelde). In hierdie gevalle val die primêre krenking en die affektiewe gevoelskrenking dus saam en kan vanselfsprekend nie geskei word nie (sien weer Neethling 65; Neethling, Potgieter en Visser

195–196). Uit die aard van die saak is hierdie tipe persoonlikheidskrenking in die afwesigheid van 'n gevoelskrenking onbestaanbaar.

3 Die beskikbaarheid van die *actio iniuriarum* vir regspersone in die geval van laster

Waar ons (sien Neethling en Potgieter 1979 *THRHR* 221–223) vroeër gekant was teen die gedagte dat 'n regspersoon persoonlikheidsregte – inbegrepe 'n reg op die goeie naam – kan hê, kom dit tog voor of die feit dat 'n persoonlikheidskrenking sonder gekrenkte gevoelens kan bestaan en dat daar reeds 'n neiging in die regspraak te bespeur is om vergoeding vir sodanige krenking by natuurlike persone in sekere gevalle toe te staan, 'n goeie grondslag bied vir die beskikbaarstelling van die *actio iniuriarum* vir die belasting van 'n regspersoon. In die geval van die belasting van 'n *regspersoon* gaan dit, anders as in die reël by 'n natuurlike persoon, uiteraard slegs om 'n primêre persoonlikheidskrenking en nie om gevoelskrenking nie aangesien, soos reeds gestel, “such a *persona* is unable to feel emotional hurt” (*Boka*-saak 631H; *Die Spoorbond*-saak *supra* 1011; *contra* Van der Merwe en Olivier 402 vn 84 se werklikheidsvreemde standpunt dat 'n regspersoon wel kan “ly vir doeleindes van deliktuele genoegdoening”).

Die beskerming van regspersone teen laster word deur beleidsoorwegings geregverdig. In die eerste plek het 'n regspersoon, net soos 'n natuurlike persoon (*Boka*-saak 632), 'n *fama* of reputasie waarin hy, soos duidelik uit die regspraak blyk, 'n beskermingswaardige belang het. (“Juristic persons have an equal interest with natural persons in protecting such external dignity [oftewel goeie naam]”: *Boka*-saak 632A). Alhoewel hierdie reputasie uit die aard van die saak nie identies met dié van die natuurlike persoon is nie (sien Burchell 47), is dit nietemin realisties om hulle, minstens wat laster betref, sover moontlik oor dieselfde kam te skeer. Burchell *ibid* stel dit soos volg:

“One of the most widely held theories of juristic personality is the ‘juristic reality’ theory. Juristic personality is of its nature artificial, but the law has conferred ‘reality’ on this concept. If the creation of this ‘reality’ is a product of legal policy, why can the conferring of the right on an artificial person to recover sentimental damages not result from the dictates of legal policy – especially where it is clear that a juristic person does have a kind of reputation, even though it is not identical in all respects to that belonging to a human being.”

Hierdie realistiese benadering vind ook steun in die *Boka*-saak waar regter Ebrahim verklaar (631C–E):

“I find myself unable to agree with the proposition that because ‘non-natural’ persons lack certain attributes possessed by ‘natural’ persons, they should be debarred from certain remedies available to the latter. If certain attributes are logically amenable to judicial protection there seems no reason why they should not receive that protection. Being creatures of statute, legal persons are subject to the rule of interpretation which provides that each expression should receive its full meaning. It therefore follows that by creating juristic beings and giving them humanistic names such as ‘person’, the Legislature must have contemplated that such beings would, as far as practicable, assume the rights, duties, privileges and protections at law enjoyed by natural persons.”

In die lig van hierdie argumente sou dit dan ook onregverdig wees (soos waarnemende hoofregter Rabie in die *Dhlo*-saak 953C–D, hierbo aangehaal, aantoon) om, anders as in die geval van 'n natuurlike persoon, van 'n regspersoon te verwag om werklike skade te bewys voordat hy met die *actio iniuriarum*

weens laster kan slaag. Regter Ebrahim druk dit in die *Boka*-saak (633G–H) so uit:

“Defamation is but one delict which a *universitas* can suffer. It seems to me that it is illogical and likely to cause confusion to distinguish between natural and non-natural persons for the purposes of claiming damages in defamation. Once it is accepted that a corporate body has a *fama*, and possibly also a *dignitas*, to protect, the basis for demanding the additional requirement of proof of special damages becomes questionable in the extreme.”

Vir sover dit regspolities realities is om die reputasie van regspersone te beskerm, ontstaan die vraag of steeds vereis behoort te word (soos in die *Dhlomo*-saak 954) dat die krenkende optrede bereken moet wees om finansiële verlies vir die betrokke handeldrywende of nie-handeldrywende regspersoon teweeg te bring (al word die daadwerklike bewys van sodanige skade nie vereis nie). Na ons mening behoort van hierdie vereiste afgesien te word veral in die lig van die feit dat ’n mens hier met ’n inwerking op ’n (nie-vermoënsregtelike) persoonlikheidsgoed van die regspersoon te make het. Om vol te hou met hierdie vereiste kan net tot verwarring lei tussen ’n inwerking op die reputasie (persoonlikheidsgoed) van die regspersoon en ’n inwerking op sy werfkrag (immateriële vermoënsgoed) wat inderdaad finansiële verlies tot gevolg het – ’n onderskeid wat duidelik uit die *Reeva Forman*-saak blyk; die hof stel dit naamlik soos volg (560H):

“A trading corporation has a right to sue for damages in respect of a defamatory statement which is calculated to injure its business reputation (see *Dhlomo NO v Natal Newspapers (Pty) Ltd and Another* 1989 (1) SA 945 (A) at 948G–953G); and it is common cause that such a corporation may also claim damages to compensate it for any actual loss sustained by it by reason of the defamation.”

Alhoewel hoofregter Corbett verbasend genoeg nie wou beslis of die *actio iniuriarum* dan wel die *actio legis Aquiliae* die toepaslike aksie vir die verhaal van vergoeding vir vermoënskade in hierdie gevalle is nie (*idem* 560–561), word vermoënskade weens laster vanselfsprekend met die Aquiliese aksie en genoegdoening weens persoonlikheidskrenking met die *actio iniuriarum* geëis (vgl Van Heerden en Neethling 183–185; Neethling 75–78).

4 Ander persoonlikheidsregte ter beskikking van die regspersoon?

Die vraag ontstaan nou of die feit dat erken word dat ~~regspersone ’n persoonlikheidsreg op die goeie naam het~~, meebring dat ook die ander erkende persoonlikheidsregte regspersone toekom. Ons gee eers aandag aan die *corpus*, daarna aan die eergevoel en gevoelslewe, en ten slotte aan privaatheid en identiteit.

Corpus ’n Regspersoon het klaarblyklik nie ’n liggaam soos ’n natuurlike persoon nie: “A juristic or legal person clearly lacks a *corpus* against which a delict can be committed” (*Boka*-saak 631F; sien weer die *Tommie Meyer*-appèlhofsaak *supra* 454. Dit word ook deur Van der Merwe en Olivier 402 vn 84 toegegee). ’n Teenoorgestelde standpunt sou beslis nie met die werklikheid strook nie.

Eergevoel en gevoelslewe Weens die feit dat ’n aantasting van hierdie persoonlikheidsgoedere uitsluitlik in ’n gevoelskrenking geleë is (vgl par 2 hierbo) en ’n regspersoon, soos reeds betoog is, nie gevoelens het wat gekrenk kan word nie, is ’n erkenning en beskerming van hierdie persoonlikheidsgoedere in die geval van ’n regspersoon onbestaanbaar. Dit blyk dan ook duidelik uit die regspraak (sien weer die *Tommie Meyer*-appèlhofsaak *supra* 453–454; die *Reeva Forman*-saak 561; die *Spoorbond*-saak *supra* 1011; die *Boka*-saak 631).

Privaatheid en identiteit Aangesien die persoonlikheidsnadeel by krenking van die regte op privaathed en identiteit op dieselfde wyse as by die reg op die *fama* of goeie naam ontleed kan word (sien par 3 hierbo), sal daar hier tot dieselfde gevolgtrekking geraak word as in die geval van aantasting van die *fama* (vgl in hierdie verband Neethling, Potgieter en Visser 196 vn 129). Dit beteken dat ook in geval van privaathed en identiteit tussen 'n primêre persoonlikheidskrenking wat selfstandig kan bestaan en 'n affektiewe gevoelskrenking onderskei kan word (privaathed en identiteit kan immers geskend word sonder dat die benadeelde daarvan bewus is). Gevolglik behoort die *actio iniuriarum* 'n regs persoon teoreties ook by privaathed- en identiteitskending toe te kom al kan daar nie van gekrenkte gevoelens sprake wees nie (vgl ook Dendy 1990 *BML* 150).

Wat privaathed betref, gaan dit by die natuurlike persoon om 'n individuele lewenstoestand van afsondering van openbaarheid wat al daardie persoonlike feite van die betrokke omvat wat van kennismaking deur buitestaanders uitgesluit is (Neethling 44; *Tommie Meyer-hof-a-quo*-saak *supra* 384). In die geval van 'n regs persoon is dit in hierdie stadium egter onseker welke feite rakende die regs persoon sy privaathed uitmaak. Daarom het appèlregter Rabie dan ook tereg in die *Tommie Meyer-appèlhofsaak supra* 456 bloot tentatief aangeneem (sonder om so te beslis) dat 'n regs persoon 'n reg op privaathed sou kon hê wat in gepaste omstandighede geskend sou kon word. Hierdie standpunt geniet ook versigtige steun by regter Ebrahim in die *Boka*-saak. Met verwysing na regter Rabie se pas vermelde standpunt verklaar hy (623G-H):

"Similarly in the instant case I do not believe the plaintiff's privacy, assuming that as a trading company it has such a right (which is by no means free of doubt) has been invaded. The right to privacy is a comparatively recent legal development and in Zimbabwe it has received little attention from either the Courts or academic writers. It seems that we will follow the judicial precedent of South Africa . . ."

Hierteenoor ontken regter Joffe in *Sage Life v Financial Mail (Pty) Ltd* 1990-09-25 saakno 22613 (W) (ongerapporteer) 26 – ook met verwysing na regter Rabie se standpunt – dat die reg op privaathed 'n regs persoon toekom:

"As appears from the *dictum* in [the *Tommie Meyer* case] set out above, the right to privacy being a real right of personality, only applies to natural persons and does not apply to a company."

Hoe dit ook al sy, vir sover erken word dat 'n regs persoon wel 'n reg op privaathed kan hê, moet gewaak word om nie hierdie persoonlikheidsreg (die inhoud waarvan in hierdie stadium nog vaag en onomskrewe is) te verwar met byvoorbeeld *vertroulike* bedryfsinligting ten aansien waarvan 'n selfstandige immaterieelgoederereg (dws 'n vermoënsreg en nie 'n persoonlikheidsreg nie) soos die reg op die handelsgeheim kan bestaan nie (sien Neethling 47; vgl Van Heerden en Neethling 132 ev oor handelsgeheime), of die ongemagtigde verkryging en benutting waarvan tot 'n inwerking op die reg op die werfkrag kan lei nie (sien bv die *Sage Life*-saak *supra* 27-29; vgl Van Heerden en Neethling 134 ev). Dit lyk of Dendy 1990 *BML* 150 reeds in hierdie slaggaat trap waar hy sê:

"Therefore a company may have trade secrets capable of forming the basis of a right to privacy, and the law of delict would surely be deficient if it failed to extend a remedy for breach of privacy to, say, a corporation whose offices were broken into at night by a competitor in search of confidential information."

Identiteit as persoonlikheidsgoed is daardie uniekheid of eieaardigheid van 'n persoon wat hom as 'n bepaalde individu identifiseer en hom sodoende van-

andere onderskei; identiteit manifesteer sigself by die natuurlike persoon in verskeie *indicia* waaraan die betrokke persoon herken kan word (soos sy lewensgeskiedenis, naam, kredietwaardigheid, stem, handskrif, gestaltebeeld en so meer) (vgl Neethling 47; die *Tommie Meyer*-appèlhoofsaak *supra* 456). Uit die aard van die saak het regs persone ook 'n identiteit wat deur analoë *indicia* aangedui word en wat hulle van ander regs persone onderskei. Die identiteit van 'n regspersoon vind veelal vergestaltung in die onderskeidingstekens wat vir die individualisering van die regspersoon verantwoordelik is en wat die objek van 'n selfstandige immaterieelgoederereg uitmaak (*Tommie Meyer*-hof-*a-quo*-saak *supra* 386; Van Heerden en Neethling 58 ev; Neethling en Potgieter 1979 *THRHR* 221–222).

Die immaterieelgoederereg op die onderskeidingstekens moet onderskei word van die regspersoon se persoonlikheidsreg op identiteit. Krenking van laasgenoemde vind plaas indien *indicia* daarvan gebruik word op 'n wyse wat nie met die ware beeld van die regspersoon te versoen is nie (vgl Neethling 47) terwyl inwerking op die onderskeidingstekens aanklamping of “passing off” uitmaak (sien Van Heerden en Neethling 94 ev). Krenking van die identiteit en van die onderskeidingstekens kan vanselfsprekend ook gelyktydig plaasvind.

Op die keper beskou, het 'n mens in gevalle van “injurious falsehood” oftewel die verspreiding van nie-lasterlike onwaarhede oor 'n onderneming (vgl in die algemeen *idem* 170–185), afgesien van 'n moontlike inwerking op die reg op die werfkrag van die onderneming as vermoënsreg, ook primêr met die vervalsing van die beeld van die regspersoon en daarom met 'n inwerking op sy persoonlikheidsreg op identiteit te make. Dit is waarskynlik dan ook om hierdie rede dat die howe soms die *actio iniuriarum* inspan om vergoeding (ten onregte ook vir vermoënskade) in hierdie tipe gevalle te verhaal (sien bv die *Fichardt*-saak *supra* 6–7 10–11 13; sien ook Van Heerden en Neethling 171–173, en vir kritiek *idem* 173–176).

5 Slotsom

Samevattend kan verklaar word dat die bevestiging deur die appèlhof van die beginsel dat 'n regspersoon belaster kan word en sonder bewys van werklike skade op vergoeding geregtig is, nie alleen 'n realistiese benadering weerspieël wat in ooreenstemming met die eise van die praktyk in die moderne samelewing is nie, maar ook teoreties fundeerbaar is (al sou dit op 'n verruiming van die tradisionele genoegdoeningsfunksie van die *actio iniuriarum* – as synde primêr gerig op die verskaffing van *solatium* vir gekwetste gevoelens – in verband met regs persone neerkom). Afgesien van hierdie erkenning van die persoonlikheidsreg op die goeie naam, behoort 'n uitbreiding na ander persoonlikheidsregte van regs persone om klaarblyklike redes net in die geval van die reg op privaetheid en dié op identiteit onderneem te word, en dan ook net met die grootste omsigtigheid.

J NEETHLING
JM POTGIETER

Universiteit van Suid-Afrika

**THE EVERSON ADJUSTMENT FOR PAST LOSS OF BUYING
POWER ON DAMAGES FOR LOSS OF EARNINGS OR
SUPPORT**

SA Eagle Insurance Co Ltd v Hartley 1990 4 SA 831 (A)

In *Everson v Allianz Insurance Ltd* 1989 2 SA 173 (C) it was held that past loss of earnings should not be compensated with the nominal rands lost but that the victim should be placed in the position he would have been in as regards buying power by adding to the nominal amounts lost an adjustment to offset the loss of buying power occasioned by the delay in the payment of damages. This decision was not taken on appeal. Subsequently the *Everson* adjustment was awarded in *Hartley v SA Eagle Insurance* which was then taken on appeal on this point alone. The authority for making an *Everson* adjustment was found in *General Accident Insurance Co Ltd v Summers (etc)* 1987 3 SA 577 (A) 615H-616A.

The Appellate Division has now ruled that an *Everson* adjustment is in conflict with the principle of nominalism in our law and thus not permissible. In the course of its judgment the appeal court held:

- (a) The ruling in the *Summers* case *supra* is to be understood to mean no more than that a continuing loss is to be discounted to date of trial having regard to events supervening between date of delict and date of trial (838-839).
- (b) Currency nominalism is the basis of our law governing debts (839-840).
- (c) Allowance for increases in salary or wages is not to be confused with an allowance for loss of buying power (840-841).
- (d) General damages for non-economic loss are not susceptible to measurement in money. The figure awarded must be

“ ‘Basically a conventional figure derived from experience and from awards in comparable cases’ . . . The need for even-handedness requires that, when comparing awards in comparable cases, regard must be had to the purchasing power of the currency at the time that such cases were decided, otherwise one would not be comparing comparables. This does not offend against the principle of currency nominalism. In assessing general damages one is dealing, not with a monetary debt, but with the valuation of a non-monetary loss [just as] a valuer determining the present value of a farm would not use the currency values of the past. A monetary debt is not, however, subject to a similar type of valuation. It has to be paid according to its nominal value” (841C-F).

- (e) The court (841G) observed that its result was not satisfactory:
“If a plaintiff through no fault of his own has to wait a substantial period of time to establish his claim it seems unfair that he should be paid in depreciated currency.”

This problem does not arise for debts bearing interest. For unliquidated debts no interest is permitted on the indebtedness.

- (f) The South African Law Commission is presently considering this topic (842).

The main theme of the judgment is that currency nominalism is here to stay and that any injustice in the system is to be resolved by legislation. As such the judgment is more a declaration of judicial policy than a finding on rules of law. We can have no doubt about the intent of the Appellate Division concerning currency nominalism. The result has, however, been reached with a certain

amount of oversimplification. The court did rather “bury its head in the sand” as to a number of important issues:

Past loss of earnings or support is by no means as simple a concept as the Appellate Division has sought to make out: it is not merely a series of past debts owed by the wrongdoer. It is common in these hard times to find victims who were unemployed at the time of the delict or whose employers have gone out of business since the time of the delict or who have engaged in massive layoffs of staff. For the fully-employed victim there may be considerable uncertainty as to promotions. The problem of uncertainty is not neatly swept under the carpet by a finding on the balance of probabilities. When dealing with past *lucrum cessans* the victim is entitled to compensation for the value of the chance that he would have received earnings or support. In *Chaplin v Hicks* [1911] 13 All ER 224 (CA) compensation was awarded for the loss of the chance of earnings in the past (see too *Sandler v Wholesale Coal Suppliers Ltd* 1941 AD 194 198; more generally see *Blyth v Van den Heever* 1980 1 SA 191 (A) 225–226). The imponderabilities can be at least as great as in the case of damages for pain and suffering and loss of the amenities of life.

Past loss of earnings or support is characterised by the anomaly that despite their having little or no income, the victim and/or his family somehow survive the period between date of delict and the date when compensation is paid. If they have incurred no debt and relied on no charity their survival will have been achieved by making do with a very much simpler lifestyle than would have been the case had there been no wrongful act. By the time of the trial the net worth of the victim or his family will often be the same as if there had been no injury or death, that is, the reduction to the patrimonium will be nil in terms of rands and cents. Why then should such a claimant be awarded money which would in the normal course of events have been entirely consumed? The award for past loss is then entirely savings in the hands of the claimant, namely capital which the defendant has been able to invest beneficially during the intervening period. The justification for the award of past loss despite no reduction to the patrimonium is to be found in Van der Walt’s thesis *Die sommeskadeleer en die “once-and-for-all” reël*. He points out that when it comes to damage we are not concerned with rights and duties (241–245 282) or rands and cents but with the victim’s loss of utility (“nuttigheid”) of a structured life plan measured on an objective basis (280; see too 1980 *THRHR* 3). Money provides the objective measure of utility. Restitution in respect of past loss cannot be achieved (Van der Walt *Sommeskadeleer* 64 286). The victim must thus make do with a monetary equivalent as compensation. In other words, monetary compensation is not restitution except in some sense of restoring the overall utility of the victim’s lifeplan. If the victim is to be granted the same utility at the time of the trial as if he had timeously received the earnings or support, then it is proper to make an adjustment for currency depreciation just as one does for general damages.

It is difficult to distinguish properly between pain and suffering and the inconvenience of adapting to a cheaper life style. Van der Walt’s concept of lost utility blurs the popular distinction between general damages and patrimonial loss. General damages comprise a core element unrelated to utility (eg *Gerke v Parity Insurance* 1966 3 SA 484 (W)) plus a utility related shroud with a patrimonial quality; that is to say, functional considerations are relevant to the

assessment of general damages (*Southern Insurance Association Ltd v Bailey* 1984 1 SA 98 (A) 119 *in fine*).

The perception of damages as a debt sounding in money has its origin in damages for breach of contract. If the person with whom I have contracted has failed to deliver the goods, then I am expected to avoid consequential loss by purchasing substitute goods as soon as is reasonably possible. My loss is then the difference between what I would have had to pay and what I have now paid. If I have not paid the defaulting party the contract price, I will have the money available for purposes of mitigation. This perception of damages derived from breach of contract has subsequently and somewhat unreasonably been imposed upon the assessment of damages for delicts other than a breach of contract. Thus if my motor car has been destroyed, I am expected to avoid consequential loss by immediately purchasing a replacement vehicle (the *Summers* case *supra* 613B). My loss of the car is then displaced by the monetary cost which I incur *via* replacement, a debt which the wrongdoer now owes me.

A loss of earnings or support appears at first glance to be a loss of money. This is not so, however, for if the victim is dead and cannot spend that money then he will be awarded nothing (*Lockhat's Estate v North British & Mercantile Insurance Co Ltd* 1959 3 SA 295 (A) 306). If he is unconscious and cared for at state expense he will receive very little or nothing by way of loss of earnings (*Roberts v Northern Assurance Co Ltd* 1964 4 SA 531 (D) 537G-H). In other words, the money is relevant only as a measure of the utility of my lifestyle. If the victim's condition does not permit him to spend the money then he will get nothing. He is not obliged, however, to spend the compensation money in the same way as if there had been no delict (*Dhlamini v Government of RSA* 1985 3 C&B 554 (W) 583).

What the injured victim or deprived dependant has lost is not money but a lifestyle. Like the owner of the damaged car he can avoid a consequential loss of lifestyle by the timeous spending of money, *if he can afford it*. Bloembergen *Schadevergoeding bij onrechmatige daad* 17 gives the example of the wrongdoer who has knocked over my glass of beer. Past loss of earnings or support is largely concerned with the victim who cannot afford a substitute glass of beer. What compensation should he get three years after the event? The price of a glass of beer three years earlier? Such, it seems, is our law.

The victim is presumed to be able to afford the cost of immediate replacement "of hy dit kon bekostig het of nie" (the *Summers* case *supra* 613C). The ultimate in such harsh reasoning is to say that the loss occasioned by delay is caused by the victim's impecuniosity and not by the wrongdoer (*Muller v Government of RSA* 1980 3 SA 970 (T) 975). A more civilised system of law will determine the time for replacement according to the conduct of a reasonable man in the same financial circumstances as the victim (*Asamera Oil Corp Ltd v Sea Oil & General Corp* 89 DLR (3d) 452 (SCC)). No amount of interest on damages will achieve justice if prices for certain goods are rising very much faster than the rate of inflation, or even, for that matter, not rising at all. In practice the courts will be able to distinguish the *Hartley* ruling on the grounds that the primary loss is not money but a car. Compensation based on the replacement cost of a car at the time of judgment still seems possible (*Modimogale v Zweni* 1990 3 SA 122 (B)).

What then of the injured victim who has had to forego buying a new car or a new fridge owing to the absence of earnings? It is difficult to believe that such a victim will be denied compensation based on the increased cost of a fridge or car. This suggests that the *Hartley* decision is only applicable to adjustments for lost buying power in a general sense (see *Levin v Levin* 1984 2 SA 298 (C) 304–305). Where the victim can identify explicit goods and related price increases he may, it seems, still be awarded the cost at the time of trial. Such possibilities, sound in theory, will generally introduce so heavy a burden of proof that they will never see the light of day in a courtroom (eg *Broderick Properties (Pty) Ltd v Rood* 1964 2 SA 310 (T) 316). In theory, interest will be awarded on liquidated damages but one searches in vain for a judgment making such an award.

Loss of earnings or support generally takes the form of a continuing loss. If each weekly or monthly item of loss were indeed a separate debt, then the victim would have a separate claim for each such item and prescription would run separately from the date that each such loss arose and became due and payable. That is not the law. Prescription for injury or death runs from the date of the injury or death on all items past and future. This means that the right of action which becomes vested in the victim at the time of the delict is directed at recovering a global sum which comprises the present value of a variety of components including the value of the chance of uncertain events and general damages. It is this totality which is the debt that falls due and is claimed in a summons. The various components reflect no more than the reasoning by which the total amount is arrived at (*Rondalia Assurance Corporation of SA v Gonya* 1973 2 SA 550 (A) 557–558; *Van der Plaats v SA Mutual Fire & General Insurance Co Ltd* 1980 3 SA 105 (A) 118G). Interest includes what is needed to offset the effects of inflation plus a real rate of return (see *Koch Damages for lost income* (1984) 74–75). When unliquidated damages are liquidated, they will, if properly assessed, include allowance for changed values and delay. Discounting to date of trial provides a good example of this procedure. There would be double compensation if interest were to be allowed on the totality of such damages after they had been assessed. The application of the rule against interest on damages to the individual components making up the total award does not follow from the ruling in *Victoria Falls & Transvaal Power v Consolidated Langlaagte Mines* 1915 AD 1 31–32.

Where the relationship between the parties arises from contract, the parties will have had the opportunity to stipulate for interest or an adjustment for lost buying power. If the courts were to deviate from currency nominalism this would constitute unnecessary interference with freedom of contract. Where the parties have not had a prior opportunity to contract, as in the event of damage to a motor car or injury or death, then the courts are fully justified in introducing stipulations as regards interest and buying power such as the parties might have stipulated had they had the opportunity to contract in this regard (see *Levin v Levin* 1984 2 SA 298 (C) 304–305 concerning maintenance payments). There is no justification whatsoever for imposing a draconian regime of currency nominalism upon this latter class of damages and unnecessarily restricting the wide discretion of a court to award what it considers right (*Legal Insurance Co Ltd v Botes* 1963 1 SA 608 (A) 614F; the *Summers* case *supra* 615C: “in die lig van al die bekende feite en die werklikhede”).

The determination of a value for lost earning capacity is similar to the determination of the value for a building or a farm ("in our law earning capacity is to be considered an asset of a person's estate": *Dippenaar v Shield Insurance Co Ltd* 1979 2 SA 904 (A) 920B; "the assessment of damages for loss of earning capacity is in truth an exercise of valuation": *Atlas Tiles v Briers* 1978 ALR 129 (HC) 135-136). The capitalised present value of expected earnings is not the same thing as those earnings (*idem* 136). These observations are equally valid for a claim for loss of support. Because of the deductions made by actuaries and judges for uncertainty, it is wholly unrealistic to suggest that the lost earnings or support can be reproduced by consuming interest and capital. Consider, for instance, an award for loss of a 50% chance of promotion in 10 years time. No amount of careful investment will give more than 50% of the salary when the time arises. The actuary will in any event have made a further deduction for the risk of intervening death. The court will have made a further deduction for general contingencies (see 1989 THRHR 66 203 for further discussion). It has been said that full restitution is achieved by investing the award and consuming interest and capital (*Gillbanks v Sigournay* 1959 2 SA 11 (N) 15A). Such quixotic visions of restitution work only in the very simplest of situations and even then it is necessary to ignore the effect of deductions for general contingencies and mortality as was done in the *Summers* case *supra* 614. The assessment of loss of earning capacity is an exercise in valuation, not an adding up of debts.

The *Hartley* judgment has correctly observed that the determination of general damages for pain and suffering and loss of the amenities of life is a valuation process similar to that for placing a value on a farm. It is not unusual for the award for general damages to include compensation for loss of earning capacity (the *Bailey* case *supra* 112-113). It has also been said that

"die verlies van geskiktheid om inkomste te verdien, hoewel gewoonlik gemeet aan die standaard van verwagte inkomste, is 'n verlies van geskiktheid en nie 'n verlies van inkomste nie" (*idem* 111D-F).

These considerations reinforce the observations of the previous paragraph that a process of valuation is inherent to the assessment of damages for loss of earnings or support.

What is future loss today becomes past loss tomorrow (*Sigournay v Gillbanks* 1960 2 SA 552 (A) 557-558). A victim is presumed to invest his award at interest and his future loss is discounted, but he is denied the benefit of such a presumption in respect of past loss. The Appellate Division has acknowledged that this is unfair.

If the problems outlined above are to be remedied by legislation, then it is to be hoped that there will be an improvement on the ham-handed system by which interest rates are determined under the Prescribed Rate of Interest Act 55 of 1975. That act provides for a rate to be gazetted by the Minister of Justice. That all sounds well and good until one discovers that the rate applicable to a debt is that fixed at the time that the debt arose. No account is then taken of subsequent increases and decreases in interest rates. This can produce startling injustice when rates have fallen from 20% to 12% per year, or *vice versa*. It is preferable that a rate be gazetted yearly in a table which shows all previous gazetted rates together with level average rates for each past year to the present. This latter device will achieve the simplicity of calculation which was desired but has so badly failed under the Prescribed Rate of Interest Act.

The act prescribes simple interest. Compound interest is no longer prohibited under the common law (*Davehill (Pty) Ltd v Community Development Board* 1988 1 SA 290 (A) 298-299). The act should be amended to permit compound interest.

Any legislation should be enabling rather than imperative. The courts should not be forced into awarding a real rate of return on general damages, as has happened under English legislation (*Pickett v British Rail Engineering* 1979 1 All ER 774 (HL) 799-800). The rate of inflation is to be preferred for compensating loss of utility. Interest is compensation for loss of the use of money as an investment medium. Where a victim has enjoyed the benefit of non-deductible collateral benefits, justice does not require that he be compensated for the delay in paying his damages (*Harbutt's Plasticine v Wayne Tank & Pipe* 1979 1 All ER 225 (CA) 228-229).

RJ KOCH

Consulting Actuary, Cape Town

TERUGWERKENDE WYSIGING VAN HUWELIKSGOEDEREBEDELING

Ex parte Oosthuizen 1990 4 SA 15 (OK)

1 Dit is 'n geykte beginsel van wetsuitleg dat wetswysiging van bestaande gemeenregtelike norme slegs by uitsondering en waar dit uitdruklik deur die wetgewer bedoel was, terugwerkende werking sal hê (Steyn *Die uitleg van wette* (1963) 82-95). Ten aansien van die wysiging van 'n egpaar se bestaande huweliksgoederebedeling het die wetgewer in die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 wel in artikel 21(2) uitdruklik voorsiening gemaak vir die terugwerkende wysiging van die bestaande bedeling ten gunste van die invoer van aanwasdeling. 'n Soortgelyke bevoegdheid tot terugwerkende wysiging is egter nie ook aan artikel 21(1) gekoppel nie.

2 In die onderhawige saak is die egpaar Oosthuizen in 1988 by ontstentenis van 'n geldig verlyde huweliksvoorwaardeskontrak in gemeenskap van goedere getroud. Vir beide partye was dit nie hul eerste huwelik nie en was hul vorige huweliksgoederebedelings inderdaad deur 'n geldig verlyde huweliksvoorwaardeskontrak beheers (15I-J). Nieteenstaande hul vorige ondervinding beweer die applikante in hul aansoek tot wysiging dat hulle *bona fide* onder die indruk was dat hulle buite gemeenskap van goed getroud was, dat hulle van meet af bedoel het om buite gemeenskap getroud te wees en inderdaad dienooreenkomstig *mondeling* ooreengekom het. Uit voorgaande is dit duidelik dat ondanks die lofwaardige pogings van die Vereniging van Prokureursordes om die basiese beginsels van die huweliks- en huweliksvermoënsreg onder die publiek se aandag te bring, daar steeds diegene is wat totaal onkundig die huwelik ingaan en klaarblyklik ook nie deur die huweliksbevestigter uit hul onkunde verlos word nie. Ingevolge die huidige aansoek wou die partye egter dié ongewenste gevolg van hul huwelik wysig.

In sowel artikel 21(1) van Wet 88 van 1984 as die interpretasie daarvan deur verskillende uitsprake word beklemtoon dat die aansoekers die hof moet oortuig van gegronde redes vir die voorgenome verandering. In *Ex parte Engelbrecht* 1986 2 SA 158 (NK) 160H het die hof egter gemeld: "Sound reasons means facts which are convincing, valid and anchored to reality." *In casu* kon moontlik vraagtekens agter die verskafte motiverings in die pleitstukke geplaas word. Dit blyk egter nie uit die uitspraak dat dit die hof wesenlik in die beoordeling van die aansoek beïnvloed het nie.

As verdere motivering vir die huidige aansoek (benewens die reeds vermelde verskonings vir die dwalings oor die regsposisie) meld die partye: (i) die vrees dat 'n eventuele insolvensie van een van hulle albei se bates aan die insolvent se skuldeisers sal blootstel; (ii) dat die man van mening is dat dit nie billik sou wees indien sy gade bloot danksy die gemeenskaplike boedel in geval van eg-skeiding aanspraak op die helfte van sy aansienlike bates van meer as 'n half-miljoen rand sou kon maak nie; en (iii) dat hul voorgenome huweliks-goederebedeling "die mees gewildste en algemene vorm van huweliks-goederebedeling [is en dat] die meeste van ons vriende . . . dan ook so getroud [is]" (16B-C).

Die laaste van die verskafte motiverings kan sonder meer bevraagteken word – dit is nie "veranker in die werklikheid, juis en oortuigend" nie. Die egpaar versoek naamlik om hul bestaande huweliksbedeling te laat wysig na " 'n huwelik buite gemeenskap van goed, met uitsluiting van wins en verlies en die aanwasbedeling" (15H). Uit die gepubliseerde statistiek deur die Departement van Justisie blyk egter dat van die bedelings buite gemeenskap van goed die aanwasbedeling die algemeenste voorkom en dat die populariteit van die stereotiepe "volkome/koue uitsluiting" waarop die partye in die onderhawige saak afstuur, sedert 1984 wesenlik getaan het (vgl "Inligtingsdokument vrygestel deur die Departement van Justisie" 1988 *De Rebus* 93).

3 In die onderhawige verslag word geen aandag bestee aan die nakoming van enige bykomstige vereistes behalwe dié wat uitdruklik in die wet vir sodanige aansoek vermeld word nie. In *Lourens et uxor and four similar cases* 1986 2 SA 291 (K) word dit duidelik gestel dat benewens die statutêre vermelde vereistes etlike bykomstige vereistes ook nagekom moet word eer die hof met 'n aansoek gebaseer op hierdie artikel genader kan word. Uit latere uitsprake kan egter afgelei word dat daardie vereistes vandag in van die ander afdelings van die hooggeregshof as dwingende vereistes hanteer word; die feit dat dit nie uitdruklik in hierdie uitspraak aangeraam is nie, doen nie daaraan afbreuk nie. (Vgl *Ex parte Le Roux et uxor, Ex parte Von Berg et uxor* 1990 2 SA 70 (O) waar Hattingh R uitdruklik beslis dat die riglyne soos vervat in die *Lourens*-saak voortaan ook in daardie afdeling nagekom moet word.)

4 Die moontlike terugwerking van 'n wysiging met tussenkoms van die hof soos gereël in artikel 21(1) was reeds vroeër vir oorweging voor die hof. In *Ex parte Krös* 1986 1 SA 642 (NK) ontleed regter Basson die tersake bepalings van die wet en beslis dat 'n wysiging ingevolge hierdie artikel tog terugwerkend tot die aanvang van die huwelik van toepassing kan wees. Die juistheid van daardie uitspraak word egter in die lig van die uitdruklike bewoording van die artikel bevraagteken (Sonnekus "Matrimonial property" in Schäfer (red) *Family law* (1987) § B 11).

Die betrokke artikel lui soos volg:

“’n Man en vrou, hetsy hulle voor of na die inwerkingtreding van hierdie Wet in die huwelik getree het, kan gesamentlik by ’n Hof aansoek doen om verlof om die huweliksgoederebedeling, met inbegrip van die maritale mag, wat op hul huwelik van toepassing is, te verander, en die Hof kan, indien hy oortuig is dat –

- (a) daar gegronde rede vir die voorgename verandering bestaan;
- (b) aan al die skuldeisers van die gades voldoende kennis van die voorgename verandering gegee is; en
- (c) geen ander persoon deur die voorgename verandering benadeel sal word nie, *gelas* dat daardie huweliksgoederebedeling *nie meer* op hul huwelik van toepassing *sal wees nie en hulle magtig* om ’n notariële kontrak te sluit waardeur hul *toekomstige* huweliksgoederebedeling gereël word op die voorwaardes wat die Hof goeiovind” (a 21(1) Wet 88 van 1984 (17C-D)).

Aan die hand van die gekursiveerde woorde kom regter Erasmus *in casu* tot die gevolgtrekking dat hy nie met die uitspraak in die *Krös*-saak kan saamstem nie. Die wetgewer het bedoel dat die hof ’n diskresie tot wysiging van slegs die toekomstige bedeling sou hê. Die hof het slegs die bevoegdheid om *ex nunc* (datum van bevel) en nie *ex tunc* (huweliksdatum) nie te gelas dat die bestaande bedeling nie langer op die huwelik van toepassing sal wees nie:

“Die gebruik van die toekomstige tyd van die werkwoord beteken dat die bestaande bedeling nie terugwerkend ongedaan gemaak word nie” (17F).

Benewens die duidelike redaksie van die artikel meld regter Erasmus dat dit tot te veel onaanvaarbare probleme sou lei indien die huweliksgoederebedeling inderdaad terugwerkend gewysig sou word. Benewens die moontlike benadeling van derdes sou dit kon beteken dat regsonsekerheid heers met betrekking tot die betaling van hereregte, die formaliteite met die oordrag van grond of by skenkingstransaksies die betaling van skenkingsbelasting (19G).

5 Regter Erasmus het nie die geleentheid benut om ook die implikasies van die beslissing dat die wysiging van hul huweliksgoederebedeling net toekomstige werking sou geniet, vir die onderhawige egpaar uit te spel nie. In die lig van sy standpunt dat die huweliksgoederebedeling vanaf huweliksluiting tot die wysiging in 1990 inderdaad deur die norme van hoofstuk III Wet 88 van 1984 beheers is en beheers bly, beteken dat op die datum van die wysigingsbevel boedelskeiding moet plaasvind waarvolgens die ongeveer R551 000 wat die gesamentlike bates bedra (16D) om die helfte gedeel moet word. (Beide partye was immers tot op daardie datum sakeregterlik gesien gebonde mede-eienaars van ’n halwe onverdeelde aandeel van die gesamentlike bates – Van Wyk *The power to dispose of the assets of the universal matrimonial community of property* (1976) 25–75.)

Slegs aan sodanige boedeldeling kan die hof ten tyde van die aansoek tot wysiging van die toekomstige bedeling ingevolge artikel 21(1) sy sanksie verleen aangesien die hof geen bevoegdheid het om die bestaande bedeling terugwerkend te wysig nie. Die afgelope vermoënsregterlike posisie van die gades word dus deur die bestaande bedeling ongewysig gelaat. Dit beteken dat die tweede van die verskafte motiverings vir die beoogde wysiging van die bestaande huweliksgoederebedeling (die moontlike onbillikheid indien die vrou by ontbinding van die huwelik aanspraak op die helfte van die bates sou maak – 16B) eintlik juis danksy die voortydige boedelskeiding sou materialiseer! So beskou, is daardie motivering vir die aansoek ook nie danig oortuigend nie.

6 ’n Hof het geen diskresie uit hoofde van hierdie artikel om die bestaande gesamentlike bates van die gades wat tot in daardie stadium in gemeenskap van

goedere getroud was, anders as om die helfte te verdeel nie. Die volgende *obiter* opmerkings van regter Erasmus kan egter twyfel in hierdie verband laat. Myns insiens behoort niks meer daarin geles te word nie as dat volgens die regter die partye *onderling* met die hofbevel kan maak wat hulle wil maar dat hul onderlinge afspraak uiteraard geen regsdrag teenoor derdes sal hê nie:

“Hulle kan ooreenkom nes hulle wil, maar binne die raamwerk van die Wet. Niks verhinder hulle om by omskepping van hulle huwelik in gemeenskap van goed na een van buite gemeenskap van goed, *onderling 'n ongelyke* boedelverdeling te beding nie. Dit kan selfs so gereël word om tussen hulle dieselfde posisie te bewerkstellig as sou hul aanvanklik buite gemeenskap van goed met mekaar getrou het” (19E-F; my kursivering).

Soos gesê, sou sodanige onderlinge “herverdelingsooreenkom” egter geen regsdrag teenoor derdes hê nie – ongeag of die derdes bestaande skuldeisers van die gades of bloot potensiële erfgename van een van hulle is.

In die geval van byvoorbeeld 'n dreigende insolvensie van die man (sien weer die eerste van die verskafte motiverings vir die aansoek om wysiging – 16A) sou dit op 'n vervreemding sonder teenwaarde neerkom indien die man byvoorbeeld sou ooreenkom om meer as die helfte van sy bates aldus aan sy gade oor te maak. Van sodanige regslose vervreemding van sy bates deur 'n skuldenaar hoef geen skuldeiser kennis te neem nie. Dit was juis die tradisionele vrees vir moontlik bedrieglike benadelings van potensiële skuldeisers indien gades toegelaat sou word om tydens die huwelik die bestaande vermoënsregtelike bedeling wat hul huwelik beheers, te wysig wat gemeenregtelik teen die toelating van sodanige wysigings gespreek het. Daar is geen aanduiding dat dit hoegenaamd afgeneem het nie. Selfs waar geen derdes ten tyde van die aansoek betrokke is nie en hulle dus nie deur die maatreëls van die praktyk soos geformuleer in die *Lourens-* en *Le Roux et Von Berg*-sake beskerm word nie, kon derdes wat reeds bestaande belange het maar onbekend met die aansoek ingevolge artikel 21(1) was deur sodanige ongelyke verdeling van die gemeenskaplike bates wesenlik benadeel word.

Indien enige van die gades direk na sodanige hofbevel tot wysiging van hul toekomstige huweliksbedeling te sterwe sou kom, sou nieteenstaande 'n vroeëre “onderlinge herverdelingsooreenkom” soos deur regter Erasmus vermeld, die vererfbare boedelbates van die erflater bestaan uit die helfte van die gemeenskaplike bates en sou sy erfregtelike bevoorreedes dienooreenkomstig daarop aanspraak hê.

Voorgaande betoog doen uiteraard niks af aan die bevoegdheid van die partye om ná afloop van die boedelskeiding wel ooreen te kom om skenkings in ooreenstemming met artikel 22 Wet 88 van 1984 onderling aan mekaar te maak nie. Dan kan die vrou byvoorbeeld wel met haar man ooreenkom om selfs al haar bates aan hom te skenk mits dit in ooreenstemming met die bepaling van daardie artikel plaasvind. Dié artikel bevat immers uitdruklik 'n voorbehoudsbepaling ter beskerming van die potensiële skuldeisers van die skenker:

“Behoudens die bepaling van die Insolvensiewet . . . is geen transaksie voor of na die inwerkingtreding van hierdie Wet uitgevoer nietig of vernietigbaar slegs omdat dit op 'n skenking tussen gades neerkom nie.”

7 Wysigings van die bestaande huweliksgoederebedeling *stante matrimonio* is ook bekend aan vergelykbare moderne Europese regstelsels soos die Nederlandse, Belgiese, Switserse en die Duitse reg.

In die moderne Nederlandse reg word dit beheers deur artikels 118–120 *BW*. Daar te lande het die wysiging van die huweliksgoederebedeling tydens die huwelik vanaf 1961 tot 1981 sterk toegeneem maar sedertdien 'n afnemende tendens getoon (vgl die aanvanklike ondersoeke deur Luijten “De ontwikkelingen in de praktijk der huwelijksvoorwaarden” (1982) 5456 *WPNR* en 5595 *WPNR*). Die afname in die benutting van die wysigingsmoontlikheid van 'n staande huwelik hou moontlik met beter beplanning van meet af verband, asook met die algehele verval in onpopulariteit van die koue uitsluitingstelsels ten gunste van die sogenaamde “Amsterdams verrekbeding” (dit is uitsluiting van gemeenskap van goed en verlies maar met periodieke verrekening van inkomste *inter se*). (Sien Strikwerda “Huwelijksvoorwaarden staande huwelik en internasionaal privaatrecht: rechtskeuze of niet?” (1987) 5823 *WPNR* 193.) Luijten (“De ontwikkelingen in de praktijk der huwelijksvoorwaarden – Een voortgezet landelijk onderzoek over de periode 1981 t/m 1985” I en II (1987) 5824 en 5825 *WPNR* 209 221 224) verklaar:

“Naarmate men in toenemende mate vanaf het begin onder een billijker stelsel heeft geleefd is er minder reden voor wijziging. Zo werk het verzadigingsaspect in op de daling van het gebruik van deze rechtsfiguur.”

Ook in die Nederlandse reg kan die verandering van die huweliksgoederebedeling net die toekomstige bedeling raak; dit het egter geen invloed op die reeds afgelope huweliksperiode nie:

“Tijdens het huwelijk gemaakte of gewijzigde huwelikse voorwaarden beginnen te werken op de dag, volgende op die waarop de akte is verleden, tenzij in de akte een later tijdstip is aangewezen” (a 120.1 *BW*).

In die Switserse reg – soos gereël deur die nuwe wetgewing van 5 Oktober 1984 wat sedert 1 Januarie 1988 in werking getree het – maak artikels 181 tot 187 gelees met artikels 199, 204 en 221 *ZGB* eweneens uitdruklik vir wysigings van die huweliksgoederebedeling tydens die huwelik voorsiening. Daar word egter nie voorsiening gemaak vir die terugwerkende wysiging van die bestaande bedeling nie hoewel artikel 187 *ZGB* uitdruklik bepaal dat gades in enige stadium 'n bedeling wat reeds vroeër op hul huwelik van toepassing was, weer vir die toekoms kan kies.

In die Duitse reg bepaal § 1408.1 *BGB* insgelyks uitdruklik dat gades tydens die huwelik wysigings aan die bestaande bedeling kan aanbring (“insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern”). Ook daardie wetboek swyg oor die moontlikheid om die wysiging terugwerkend te maak.

In die Belgiese reg maak artikels 1394 en 1395 saamgelees met artikel 1466 *BW* sedert die wet van 14 Julie 1976 voorsiening vir die wysiging van die bestaande vermoënsregtelike bestel. In die appèluitspraak van die “hof van beroep” te Antwerpen (1988-03-30) is 'n aansoek om terugwerkende wysiging van die bestaande huweliksgoederebedeling soortgelyk aan die wat in die *Oosthuizen*-saak ter sprake is, afgewys. In daardie saak het die egpaar onsuksesvol gepoog om die Belgiese hof se sanksie te verkry vir 'n wysiging met die resultaat dat die vrou 'n ongelyke (klein) aandeel van die gemeenskaplike bates sou behou maar wel alleen aanspreeklikheid sou opdoen vir die skulde wat voor die wysigingsaansoek reeds opgeloop het. So 'n skema kan bestaande skuldeisers wesenlik benadeel as hulle plotseling nie alleen nie meer 'n verhaalsreg op die voormalige gesamentlike bates van die skuldenaars het nie, maar selfs ook nie

eens op die helfte van die gemeenskaplike bates by die aangewese skuldenaar nie. Daardie hof beslis:

“Overwegende dat aan de eventuele rechten van de derden beslist afbreuk wordt gedaan door de *ongelyke* verdeling van het gemeenschappelijk vermogen waardoor het gemeenschappelijk onderpand van de bekende schuldeisers van de vrouw verminderd wordt” (1989 *Rechtskundig Weekblad* 88 89; my kursivering).

In sy aantekening op die gemelde uitspraak wys Puelinckx-Coene daarop dat die uitspraak ’n bevestiging is van die standpunte van meerdere akademiëci waarvolgens dit nie moontlik is om regsgeldig *via* sodanige wysiging van die bestaande huweliksgoederebedeling ook terugwerkend ongelyke verdelings van die gemeenskaplike boedel tot stand te bring nie. (Sien verder die bespreking van die ander regspraak en bronne wat die juistheid van hierdie uitspraak bevestig, 1989 *RW* 89-91.)

8 Die afspraak tot ’n onderlinge *ongelyke* verdeling van die gemeenskaplike boedelbates waarna regter Erasmus *obiter* verwys, kan dus geen regspraak geniet nie.

Regter Erasmus se uitspraak is nie alleen in ooreenstemming met die logiese uitleg van artikel 21(1) Wet 88 van 1984 nie, maar boonop in pas met die ooreenstemmende posisie in die moderne Europese regstelsels. Daar behoort geen plek vir wysigings van die bestaande huweliksgoederebedeling tydens die huwelik te wees wat inderdaad terugwerkende krag sou geniet nie.

9 In die onderhawige saak beslis die hof dat die partye se aansoek in die bespreekte vorm nie kan slaag nie omdat dit voorgegee het om met terugwerkende krag “’n voorhuweliksekontrak” op die gades van toepassing te maak. Die hof verleen egter aan die partye verlof om na aanpassing van die bestaande stukke – waaruit dit duidelik moet blyk dat slegs die toekomstige bedeling nuut gereël word na die bevel – die hof weer om ’n bevel tot wysiging van hul toekomstige huweliksgoederebedeling te nader.

Uit hierdie uitspraak kan benewens die bevestiging dat wysigings ingevolge artikel 21(1) nie terugwerkend is nie, afgelei word dat twyfel oor die juistheid van die bewerings wat ter motivering van die aansoek in die pleitstukke vermeld word, nie noodwendig die kans op sukses van so ’n aansoek twyfelagtig maak nie. Dit bevestig moontlik die standpunt dat die blote feit dat die partye die hof met so ’n aansoek nader waarskynlik voldoen aan die motiveringsvereiste en dat nie te veel klem op die juistheid van die verskaafte motiverings geplaas word nie (Sonnekus § B11; Cronjé en Heaton *Vonnisbundel oor die persone- en familiereg* (1990) 336).

JC SONNEKUS
Randse Afrikaanse Universiteit

**MAINTENANCE DAMAGES AGAINST AN ERRING MEDICAL
AUTHORITY FOR THE BIRTH OF AN UNWANTED CHILD
CONFIRMED BY THE APPELLATE DIVISION**

Administrator, Natal v Edouard 1990 3 SA 581 (A)

In this case the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa dismissed an appeal against a judgment of the Natal Provincial Division in *Edouard v Administrator, Natal* 1989 2 SA 368 (D), thus confirming an order for maintenance against a doctor's employers for a child conceived after a failure on the

part of the doctor to sterilise the child's mother – a so-called “unwanted birth” or “pregnancy claim”. (In the Appellate Division decision, two terms “unwanted birth” claim and “pregnancy” claim were used. The present writer is using the term “unwanted birth” claim as it seems more clearly to indicate the nature of the cause of action.) The facts leading up to the case were as follows:

When the plaintiff's wife, Mrs Edouard, was pregnant with their third child, the couple decided that as a result of their poor financial circumstances after the birth of the child, they could not afford to have any further children. They entered into an agreement with the defendant, the local provincial medical authority, in terms of which it was agreed that the latter would perform a surgical tubular ligation of Mrs Edouard's fallopian tubes. This procedure, which was intended to render her sterile, was to be performed at the time of the birth of the (third) child, which she was then expecting. Mrs Edouard duly gave birth to the child but in breach of its obligation the defendant failed to carry out the sterilisation procedure. Shortly thereafter Mrs Edouard again fell pregnant and in due course gave birth to a fourth child. The Edouards duly instituted action against the defendant as the employer of the doctor for:

- (a) judgment for a sum of maintenance for the child from the date of her birth until she reaches the age of 18 years; and
- (b) judgment for a sum of damages, on behalf of Mrs Edouard, for discomfort, pain and suffering and loss of amenities resulting from the pregnancy and the subsequent birth of their child.

Both claims for damages were based on the defendant's breach of contract, more particularly its failure to sterilise Mrs Edouard in terms of the agreement to do so. As any delictual claim against the defendant provincial authority had prescribed by the time action was instituted (Limitation of Legal Proceedings (Provincial and Local Authorities) Act 94 of 1970), it was necessary for the Edouards to proceed for damages on a claim based solely on breach of contract. This placed the plaintiff's second claim in jeopardy as loss of a non-pecuniary nature (non-patrimonial damages) flowing from breach of contract are not recoverable in an action on the contract. *In casu* this claim was dismissed (593F *et seq*). It will be briefly considered in the conclusion below. In regard to the claim for maintenance, the facts as set out above were proved or admitted in the court *a quo*. Further the court *a quo* found as facts:

- (a) that the obligation to support the child in question flowed as a direct and natural consequence of the breach of contract and that such damages were within the contemplation of the parties at the time of the conclusion of the agreement as a likely consequence of any such breach;
- (b) that the defendant was aware that Mr and Mrs Edouard concluded the (sterilisation) contract because they would be unable to support any further children after the birth of the third child; and
- (c) that Mr and Mrs Edouard would not have agreed to the child, the subject of the action, being given out for adoption.

Considering the nature of the case to be unique in South African law, the Appellate Division per Van Heerden JA had to decide first, whether “unwanted birth” claims are not contrary to existing principles of South African law and secondly, if not contrary to existing law, whether such claims may be contrary to public policy. Finally, if the answers to the above two questions were in the

negative, the court would then have to decide whether the following specific defences in the form of policy considerations, as raised by the defendant, should influence its final decision:

- (a) The birth of a normal and healthy child cannot be regarded as a legal wrong against its parents.
- (b) The birth of a child is such a blessed event that the benefits flowing from parenthood cancel or outweigh the financial burden brought about by the obligation to maintain the child.
- (c) An inevitable incident of birth is the creation of a legal duty obliging the parents to support the child. The award of damages, as claimed, will serve in a very real sense to transfer the obligation to support and maintain the child from Mr and Mrs Edouard to the defendant.
- (d) A successful "unwanted birth" claim may cause the child severe psychological problems in later years.

As there are no existing principles of South African law or accepted *mores* contrary to the notion of an "unwanted birth" claim, Van Heerden JA (585G *et seq*) turned his attention to foreign law. After noting that various United States (*Hartke v McKelway* 526 F Supp 97, 104 (DDC 1981), see also cases cited 587 fn 10 11 12), Canadian (*Doiron v Orr* 86 DLR (3rd) 719 (Ontario High Court of Justice)) and English decisions (*Udale v Bloomsbury Area Health Authority* [1983] 2 All ER 522) had disallowed such claims, the judge indicated a preference for the approach to the subject by Peter Pain J in *Thake v Maurice* ([1985] 2 WLR 215, [1984] 2 All ER 513; cf *Emeh v Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority* [1984] 3 All ER 1044 (CA)) and a series of cases decided by the German Bundesgerichtshof in which it was held that the cost of maintenance for an unwanted child may be recovered (BGHZ 76, 249; 76, 259; 1984 NJW 2625; Giesen *Recht und Medizinischer Fortschritt Juristische Rundschau* (1984) 222-223; Deutch *Artzrecht und Artzreimittelrecht* 167). (For a fine comprehensive study on the subject of wrongful birth, see Giesen *International medical malpractice law* (1988) v "Damages for unwanted child" 242 *et seq*.) Accordingly he found in favour of the introduction of the "unwanted birth" claim. The approach by the court to the specific policy considerations as defences will be examined under the respective headings.

1 *The birth of a normal and healthy child cannot be regarded as a legal wrong against its parents*

This policy consideration was rejected by the judge who cited the Bundesgerichtshof decisions (587G *et seq*) with approval, more particularly

"that, although an unwanted birth cannot as such constitute a 'legal loss' (ie a loss recognised by law), the burden of the parent's obligation to maintain the child is indeed a legal loss for which damages may be recovered" (590F).

It was held that the term "wrong" cannot refer to the "unwanted birth" but to the prior breach of contract, namely the failure by the defendant to sterilise Mrs Edouard which in turn led to the birth and consequent financial loss (509E-G).

2 *The birth of a child is such a blessed event that the benefits flowing from parenthood cancel or outweigh the financial burden brought about by the obligation to maintain the child*

In several United States cases in which "unwanted birth" claims were allowed, the respective court permitted a "set-off of the benefits of parenthood" against

any award of maintenance (589H *et seq.*). This so-called “benefit rule” was rejected by the judge as was another aspect of “the benefit rule”, namely that child-rearing costs could be recovered only if the unwanted child is abnormal (590I–591B). Viewing the subject in a pragmatic manner, Van Heerden JA stated:

“I do not find attractive the proposition that the birth of a normal child is a blessing which in law cannot constitute a wrong. Parents who cannot afford a further child may well be overjoyed by the birth of another, but unwanted, sibling, but will naturally be dismayed by the additional financial burden cast upon them. It is after all, that burden and not the child as such which is unwanted. Then, too, I doubt very much whether under today’s conditions one can safely assume that the birth of an apparently normal child always constitutes a blessing. The innocent baby may become a normal, or indeed, exceptional teenager, but he may also turn out to be a drug addict or a violent psychopath. In short, it is impossible to say whether the new-born child will remain a source of joy to its parents. In some cases they may in later years well rue the day it was born” (591B–D).

3 *An inevitable incident of birth is the creation of a legal duty obliging the parent to support the child. The award of damages as claimed will serve in a very real sense to transfer the obligation to support and maintain the child from Mr and Mrs Edouard to the defendant*

This submission is based on the essential obligation of a birth, namely the legal duty on parents to support their child (592E–593D). *In casu* it was contended that should the court permit the “unwanted birth” claim, the judgment would transfer the obligation of maintenance from the parents of the child to the defendant. This argument did not commend itself to Van Heerden JA, who pointed out that a successful “unwanted birth” claim does not extinguish the parents’ obligation to maintain their child. The judge gave various hypothetical examples of what may appear to be a lawful shifting of a parent’s obligation of maintenance, but which in reality is not. One of the examples cited, is the following:

“[A] man, who has undergone a vasectomy but who has been warned that the effect of the procedure may be reversible, may take out an insurance policy in terms of which he is to be paid estimated child-rearing expenditure should he and his wife become the parents of a further child. Should payment be made in terms of [the] agreement there may be, in a sense, a shifting of the financial burden pertaining to child-rearing expenditure, but not a transfer of an obligation to maintain the child . . . [A] claim . . . under [the] agreement . . . can surely not be met by a contention that its enforcement runs counter to considerations of public policy” (593B–D).

4 *A successful “unwanted birth” claim may cause the child severe psychological problems in later years*

The final contention raised by the defendant, apparently favoured by some foreign jurisdictions, is that

“it would be highly undesirable for any child to learn that a Court has publicly awarded damages to his parents because his birth was a mistake. The child would then discover . . . that he was unwanted and that his parents regarded his birth as a virtual disaster” (592B–C).

This argument was also rejected for various reasons including the fact that, even should the child ever learn that his birth was a mistake, what will be of consequence is “not why he was born, but how his parents subsequently cared for him” (592D–E).

Conclusion

Two aspects of the *Edouard* case warrant specific comment. The first concerns the fact that both Thirion J in the trial court (381) and Van Heerden JA (593D-E) clearly made the point that their respective judgments applied "only to a case, where, as here, a sterilisation procedure was performed for socio-economic reasons" and that "different considerations may apply where sterilisation was sought for some other reason" (*ibid*). This *caveat* begs the question whether it is appropriate that the moral issue relating to a failed sterilisation procedure and the consequences thereof, more particularly the "unwanted birth", should be measured by financial considerations.

Secondly, the dismissal of the plaintiff's second claim (for non-patrimonial damages resulting from discomfort, pain and suffering and loss of amenities caused by the pregnancy and subsequent birth of the child) leaves one with some sense of uneasiness. Certainly, the authorities, both at common law (595D and the authorities cited there) and earlier judicial decisions and learned authorities (593H *et seq* and the court *a quo* 385H *et seq*), are of the view that non-patrimonial loss based on breach of contract is not recoverable in our law. None the less, *in casu* the non-patrimonial damages, based as they were on a breach of contract, were in the contemplation of the parties at all relevant times. It was common cause that:

"Andrae's [ie Mrs Edouard] pregnancy and Nicole's birth, Andrae's discomfort etc in consequence thereof [ie the non-patrimonial damages] and the fact that the respondent [ie Mr Edouard] and Andrae became obliged to support Nicole, all flowed as direct and natural consequences of the breach of contract, and were within the contemplation of the parties at the time of the conclusion of the agreement as likely consequences of such breach" (584J-585A; my emphasis).

This begs the further question whether non-patrimonial damages within the contemplation of contracting parties is a meaningless consideration as against formal ancient legal principles. The Appellate Division was invited by counsel for the plaintiff to extend liability for breach of contract "so that an innocent party may recover intangible damages". This suggestion did not commend itself to the court which, per Van Heerden JA, held that

"there is no sufficient reason of policy or convenience for importing into our law such an extension of contractual liability" (596F).

Our law is the poorer for this approach. *In fine* the notion of an "unwanted birth" claim *per se* is now a recognised cause of action in our law. It can be only a matter of time before such a claim based on delict, perhaps with an alternative claim based on breach of contract (rather than a claim solely on breach of contract as in the present case), will form the foundation of a successful claim.

JÉROLD TAITZ
University of Durban-Westville

RENUNCIATION OF PRESCRIPTION

Nedfin Bank Bpk v Meisenheimer 1989 4 SA 701 (T)

Introduction

Extinctive prescription provides a way in which an obligation may be terminated. Two forms of extinctive prescription are recognised, namely strong and weak prescription. Prescription is strong if the debt is considered extinguished

after the lapse of the prescribed period; it is weak if the debt is considered to be unenforceable rather than extinguished. The Prescription Act 18 of 1943 provides for weak prescription while Act 68 of 1969 appears to provide for strong prescription since a prescribed debt is extinguished in terms of section 10(1). Thus the obligation is terminated and nothing remains that can be transferred, set off or form the basis of suretyship.

An interesting question arose in *Nedfin Bank Bpk v Meisenheimer*, namely whether, at the inception of a contract, a party to the contract can waive his right to prescription. Essentially the question concerns the ideology of extinctive prescription, namely whether the legislation is there for the benefit and protection of the individual in his private capacity or whether it is there for the protection of public policy.

Facts

The facts of the case are briefly the following: the plaintiff applied for summary judgment against the second defendant, who was bound as surety and co-principal debtor to the plaintiff. In his answering declaration the second defendant relied on prescription of the principal debt. However, he acknowledged that in the suretyship contract he had renounced his right to plead prescription in regard to the suretyship and the principal's debt (702F-H) but raised the defence that this renunciation was *contra bonos mores* and therefore null and void (702G).

The legal question and decision

The question to be resolved was formulated by De Villiers AJ (704I) as follows:

“Die vraag wat beslis moet word, is of die bepalings van die Verjaringswet met betrekking tot bevrydende verjaring primêr daarop gerig (is) om die openbare belang in teenstelling met individuele belange te bevorder.”

In reaching a decision De Villiers AJ considered three different situations relating to prescription, namely:

- (a) the case where, within the prescriptive period, a defendant allowed the plaintiff an extension of time beyond the statutory prescription period within which to serve summons (708C);
- (b) the case where a defendant waives his right to prescription after the termination of the prescription period (708B); and
- (c) the case where a defendant waives his right to prescription at the conclusion of the contract (704I).

(a) In regard to the first point, reference was made to *Naidoo v Santam Insurance Ltd* 1986 1 SA 296 (N). In this case Nienaber J held (300A-D) that a distinction must be made between the case where the extension of time is granted after a claim has prescribed and the case where extension is granted during the running of prescription.

In the first instance a valid defence would have accrued to the defendant which he decided not to avail himself of. In the event of a third party being prejudiced, the latter should have a prerogative to invoke the defence (300A).

On the other hand, where the waiver occurs during the running of prescription, a further distinction should be drawn, namely whether or not a plaintiff could have served his summons timeously had the extension not been granted (300B).

If it can be shown that a summons could have been served in time, a defence of prescription would never have accrued. In regard to this argument Nienaber J found that in a case such as the above, an extension can be validly agreed to (300I-J). In the *Nedfin* case, De Villiers AJ not only accepted Nienaber J's decision but also went further and categorically stated in regard to the question of extension of prescription periods:

"Myns insiens is daar geen gronde waarop daar teen so 'n ooreenkoms beswaar gemaak kan word nie" (708D).

(b) The second case deals with the question whether the right to prescription can be renounced after the termination of the prescription period. De Wet and Van Wyk *Kontraktereg en handelsreg* 274 are of the opinion that in terms of the 1943 Prescription Act it is possible to renounce a right to prescription after the period of prescription has expired. In terms of that act, prescription does not terminate the debt but only paralyses it and a debtor may waive this right after the completion of the prescription period. However, they are of the opinion that in terms of the 1969 act a debtor cannot waive his right to prescription (*idem* 275).

The question whether a debtor can waive his right to prescription after the expiration of the prescription period is linked to the effect of prescription. The effect is determined by the distinction between weak and strong prescription. This distinction contains specific consequences in regard to the termination of the debt. On an interpretation of the two statutes it is clear that the 1943 Prescription Act adhered to the principle of weak prescription. In this instance the debt is not extinguished but is merely rendered unenforceable. The obligation is terminated only if a debtor sets up prescription. According to this construction, the prescribed obligation can be compared to a voidable contract. A contract concluded as a result of a mistake or misrepresentation is a valid contract; however, it is voidable at the instance of the prejudiced party. In the same manner an obligation remains in force regardless of the prescribed period until the debtor makes an appeal to prescription (cf Asser Rutten *Verbintenissenrecht Deel I De verbintenenis in het algemeen* (1981) 469 *et seq*; Loubser "Towards a theory of extinctive prescription" 1988 *SALJ* 42). Accordingly, if no appeal is made to prescription the obligation is not terminated and consequently can be renounced by a debtor.

The position regarding renunciation after expiration of the prescribed debt in terms of Act 68 of 1969 is more complex. Although section 10(1) of the act provides that a debt is extinguished by prescription after the lapse of the relevant period, section 17 provides that prescription must be raised and that a court may not take notice of prescription of its own accord. Furthermore, section 19(3) provides that, should a debtor pay a prescribed debt, payment is made in terms of a debt. Although sections 10 and 17 appear to contradict each other, section 10, which terminates the debt, appears to be the section which determines the effect of the new prescription act which is one of strong prescription. Consequently, in terms of the new act the debt is terminated at the expiry of the prescribed period and any waiver on the part of the debtor does not cause the debt to revive. Therefore, contrary to the conclusion reached by De Villiers AJ that a debtor can waive a right to prescription after the expiry of the prescription period (707J-708K) in terms of the Prescription Act 68 of 1969, renunciation is not possible in these circumstances.

However, in the Netherlands and in France the opinion is held that renunciation after the completion of prescription involves an individual interest (cf Netherlands *Burgerlijk Wetboek* art 1984; French civil code art 2220; Ripert and Boulanger *Traité de droit civil* tome II 722 par 2054). In consequence, a debtor protected by prescription may avail himself of it or may waive his right to it. He merely does what he wants with his own right. Therefore, although one may agree with De Villiers AJ's opinion that such a waiver should be possible (707A–B read together with 708B–C), there is, on consideration of section 10(1), no legal foundation for such a conclusion.

(c) The third case, where a defendant waives his right to prescription at the inception of the contract, is clearly distinguishable from waiver after the expiry of prescription. However, this is not the opinion of De Villiers AJ, who stated:

“Daar is, myns insiens, geen beginselverskil tussen die geval waar 'n skuldenaar by kontraksluiting afstand doen van 'n verweer van verjaring nie en die geval waar hy na afloop van verjaring daarvan afstand doen nie” (708B–C).

According to De Villiers AJ the question to be resolved in the *Nedfin* case was whether extinctive prescription is aimed at furthering the interests of the general public as opposed to those of the individual (704I).

As regards the main practical purpose of prescription, reference was made to *Murray and Roberts Construction (Cape) (Pty) Ltd v Upington Municipality* 1984 1 SA 571(A) 578F–H where the following was said:

“Although many philosophical explanations have been suggested for the principles of extinctive prescription . . . its main practical purpose is to promote certainty in the ordinary affairs of people. Where a creditor lays claim to a debt which has been due for a long period doubts may exist as to whether a valid debt ever arose, or, if it did, whether it has been discharged. (See De Wet and Yeats 255.) The alleged debtor may have come to assume that no claim would be made, witnesses may have died, memories would have faded, documents or receipts may have been lost, etc. These sources of uncertainty are reduced by imposing a time limit on the existence of a debt, and the relevant time limits reflect, to some extent, the degree of uncertainty to which a particular type of debt is ordinarily subject (s 11 of the Act)” (my emphasis).

From this passage De Villiers AJ drew the following conclusion:

“Myns insiens blyk dit nie uit die doel, soos dit daar beskryf word, dat die betrokke bepaling primêr gerig is op die openbare belang in teenstelling met die bevordering van individuele belange nie” (705A–B).

Furthermore, De Villiers AJ (705B–C) found support for his argument in the fact that in terms of the Prescription Act 68 of 1969 a court will not take note of prescription of its own accord but only when a debtor relies on it in his pleadings (s 17(1) and (2)).

De Villiers AJ also distinguished between acquisitive and extinctive prescription, citing Van der Merwe *Sakereg* 277–278. The first involves public policy while the latter involves only the parties to the debt. However, it is necessary to point out that Van der Merwe's exposition of the differences between the two types of prescription is somewhat ambiguous and he nowhere states that the one concerns public policy while the other does not. Such a conclusion can be ascribed only to De Villiers AJ himself (706H–I) and not to Van der Merwe.

Moreover, it was pointed out by defence counsel that renunciation of prescription may affect third parties. To illustrate this point, the following example was used: Once a surety has paid a debt he obtains a right of recourse to the principal debtor. Prescription begins to run when the surety pays the debt. If the surety renounces prescription legitimately he may, for instance, be sued by

the plaintiff after ten years and if he then pays, he obtains a right of recourse against the principal debtor. Then he may wait until just before three years has expired before suing the principal debtor. At that stage, the debt which the principal debtor is confronted with is nearly thirteen years old (705D-F). De Villiers AJ rejected this as an example of the fact that renunciation of prescription is a question of public policy (705F).

However, should one take the above example one step further, where the surety has renounced prescription and pays the debt years later, only to find that his right of recourse against the principal debtor is ineffective since the principal debtor has died in the meantime and his estate has been wound up. Surely the fact that the *condictio indebiti* may be instituted against the principal debtor's heirs (*Van Zyl v Serfontein* 1989 4 SA 475 (C)) is a matter of public policy?

As regards the question whether renunciation of prescription is a matter of public policy De Villiers AJ reached the following conclusion:

"Hoewel dit in 'n mate ontwrigting mag veroorsaak waar 'n skuldeiser 'n lang vergete eis probeer afdwing, word die openbare belang na my mening, nie benadeel waar 'n skuldenaar by die aangaan van die skuld afstand gedoen het van die reg wat die Verjaringswet hom bied nie" (705J-706A)

and:

"Na my oordeel is die onderhawige klousule [the clause waiving a right to prescription] nie strydig met die goeie sedes nie" (707A-B; my emphasis).

This opinion appears to be contrary to that held by some South African textbook authors (eg De Wet and Van Wyk 274; Farlam and Hathaway *Contract - cases, materials and commentary* (1988) 764).

Since there appears to be no certainty in South African law whether renunciation of prescription is possible at the inception of a contract, it is appropriate to look to other countries for their solution to the question.

Comparative study

According to the Dutch Civil Code Act of 1984 it is not possible to waive a right to prescription prior to its expiry. However, waiver is possible once the debt has prescribed. The explanation provided is that prescription is an institution of public policy (*Land Verklaring van het Burgerlijk Wetboek* II deel 204 fn 1). Prescription came into being only as a result of the wish to protect the debtor and to promote community interests (Asser Rutten 471).

The German code (article 225) provides that a right to rely on prescription may neither be excluded nor made more onerous by legal transactions. The only interference permitted in regard to the right to prescription is the facilitation of prescription, for instance by shortening the period of prescription (*Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Allgemeiner Teil* par 225).

The French civil code provides in article 2220 that prescription cannot be renounced in advance. This prohibition is based upon the general benefit that prescription offers. In terms of article 6, private agreements cannot deviate from it. However, article 2220 provides that renunciation is possible once prescription is complete, since then merely an individual interest is involved. Prescription is a matter of public policy (*Ripert and Boulanger* 722 par 2054).

In the United States of America the majority of jurisdictions hold that a stipulation contained in a written instrument attempting to waive the defence of the Statute of Limitations is void and unenforceable as contrary to public policy (Williston *A treatise on the law of contracts* vol I (1957) 183). It has been held that the statute is not designed exclusively for the benefit of individuals but also expresses a public policy against the presentation in court of stale claims (*idem* fn 1). Accordingly, a promise never to plead the statute is illegal, whether made before or after maturity of the debt (*Restatement contracts* 558). In *Hirtler v Hirtler* 566 P 2d 1231 1231 the supreme court affirmed this position, holding that a stipulation in the note purporting to waive the defence of the Statute of Limitations was void and unenforceable as contrary to public policy. However, a promise not to plead the statute after maturation of a debt may be interpreted as a new promise to pay the debt.

Apart from England where it is regarded as possible for a defendant to renounce prescription at the inception of a contract (*Halsbury's laws of England* vol 28 (1979) par 608), the approach on the Continent and in the United States appears to be that extinctive prescription is a matter of public policy and that waiver of prescription is not always possible. The reason given in each instance is that such a renunciation constitutes a violation of public policy. Since "public policy" is given as the only reason, and since the South African Prescription Act 68 of 1969 is silent on this point, an investigation into the historical development of this principle is appropriate.

Historical background

The question whether a debtor can waive his right to prescription at the inception of a contract must be decided on the basis of the question whether extinctive prescription is a matter of public policy or solely in the interest of the individual. This entails an examination of the principle(s) served by (extinctive) prescription.

According to one school of thought both acquisitive and extinctive prescription serve the same principles; according to the other a distinction must be made. An authoritative example of the first approach is to be found in the work of Von Savigny (*System des heutigen römischen Rechts* (1841) IV 305 *et seq*) who lists the following principles as underlying both forms of prescription:

- the consolidation of existing legal relations, especially property relations, through the elimination of uncertainty;
- the promotion of diligence by placing a penalty on negligence; and
- the filling of a lacuna, which could easily occur where proof or evidence has been lost. (However, this is not a principle, but a purely procedural matter.)

Although the defence may be raised that the first two principles are served by both forms of prescription, a sounder approach is to distinguish between acquisitive and extinctive prescription and to relegate the respective principles to the different forms of prescription. Acquisitive prescription serves the principle of consolidation of property relations, while extinctive prescription draws a creditor's attention to a duty to institute a claim within a certain period. Neglect to do so results in the penalty that the creditor loses his claim.

Von Savigny derived the second principle from Kierulff (*Theorie des gemeinen Civilrechts* I (1830) 189-215 cited in Opzomer *Het Burgerlijk Wetboek* (1904) 14 16 *et seq*). Kierulff drew a clear distinction between acquisitive and extinctive

prescription and provided the following explanation of the above construction: By not exercising his right a creditor undermines the legal order; the penalty for this is the termination of the right. Moreover, Kierulff answers the questions why a creditor may not be negligent with his claim and why a creditor should exercise his right in order not to lose it (Opzomer 4de Boek 7de Titel 17). The explanation is that a failure to exercise a right undermines the legal order, resulting in the termination of the right.

The construction propounded by Kierulff had already appeared in Pothier *Traité des obligations* (Partie III VIII art II s 679). According to Pothier there are two reasons for extinctive prescription. First, extinctive prescription is based on a presumption of payment or remittance of a debt following the effluxion of time. The reason for the presumption is that it is not considered usual for a creditor to neglect to institute a claim for a considerable period.

Secondly, prescription is based on the idea that a careless creditor must be penalised. Since the law provides a creditor with a certain period within which to institute a claim, he does not deserve a hearing once this period has expired.

Johannes Voet wrote in a similar vein in his *Commentarius ad pandectas* XLI 3 1. His argument is that it is not only just, but also in conformity with right reason, for penalties to be imposed upon those who, through sloth and carelessness in regard to their business, injure the public by causing uncertainty as to ownerships, a host of lawsuits and resulting bewilderment. (However, it must be pointed out that Voet wrote on the topic of *usucapio* in general and did not provide justification for extinctive prescription specifically. Nevertheless it is obvious that Voet considered that both forms of prescription serve the same purpose.) Van Bynkershoek *Quaestiones juris privati* II 15 discussed extinctive prescription and also described it as a penalty for neglecting to institute a claim timeously.

However, not all the *ius commune* authors adhered to the penalty construction of prescription. In his *Inleidinge* 3 46, Grotius considered prescription to be remittance of the debt by the law. This idea appears to be reiterated in De Groot's *De jure belli ac pacis* II 4. Although not stated, the construction of tacit release is identifiable by analogy.

Nevertheless, Schorer (*Aantekeningen van Mr Willem Schorer over de Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid van Mr Hugo de Groot*) referred pertinently to the opinion of Barbeirac *Ad Pufendorf Droit de la natura et des gens* I 1 ch 12 SS 2 n 1. According to Barbeirac the principle of prescription is embodied in the maxim that it is not he who claims his own property, but he who neglects to pay his debts who is a disturber of the peace of his race. Schorer himself then added that Barbeirac's argument applies not only to a pecuniary debt, but also to debts of every kind and in the process forms the foundation of prescription (Schorer *supra* Book III Chap XLVI Sec 5).

Schorer (Book II VII sec 3) referred again to Barbeirac (4 ch 12 SS 3 n 5) where the latter stated that the law of prescription was introduced in the interests of the peace and quiet of the human race in order that there might be an end to lawsuits and that they might not be protracted indefinitely.

The fact that these authors argued from the premise that extinctive prescription is a penalty of necessity implies that they viewed extinctive prescription to be in the interests of public policy as opposed to the view that prescription

concerns only the individual interest of the debtor. A further indication that the authors of the *ius commune* considered extinctive prescription a matter of public policy is the fact that the effect of the penalty was considered by all to terminate the obligation *ipso iure* as soon as prescription has taken place (cf Voet 44 3 10; De Groot 3 46 2; Van Leeuwen *Rooms Hollandsche recht* 2 8 7; Van Leeuwen *Censura forensis* 2 10 17; Van der Linden *Koopmans handboek* 18 8).

Conclusion

The case under discussion highlights the renunciation of prescription. Since the Prescription Act 68 of 1969 omits any reference to this issue, one line of approach would be to speculate about the reason for this omission. Either a prohibition of this nature was considered so obvious that it was not deemed necessary to specify it, or there was no desire to prohibit such renunciation.

Support for the latter approach can be found in the argument that the Prescription Act provides for the interruption of prescription by an acknowledgment of liability by the debtor (s 6(1)(a)). The effect of this would be exactly the same as renouncing a right to prescription at the inception of a contract, since there is nothing to prevent a debtor from repeating such an acknowledgment every time the prescription period is about to expire. A further example in support of the notion that the institution of prescription protects the individual debtor rather than public policy is the fact that a creditor can institute an action and obtain final judgment against the debtor (s 11(a)(ii)), an effect which the debtor would find far more onerous than renouncing his right to prescription as the prescription period is then thirty years.

However, a preferable approach would be to investigate the motive underlying the institution of prescription. This raises the question whether prescription is an institution aimed at protecting the individual or whether public policy plays a role. Thus Wessels *The law of contract in South Africa* vol I (1937) par 2763 stated:

“It is often stated that prescription is based on the presumption that a stale debt has been paid, because it is not usual for creditors to wait long for payment. It is, no doubt, one of the motives which led to the passing of statutes of limitation, but even if the debtor boasts that he has not paid the debt, he can still successfully plead prescription. Another motive for these statutes is that creditors should not be allowed to permit their claims to grow stale, because thereby they embarrass the debtor in his proof of payment, and because *it is upsetting to the social order that the financial relations of the debtor towards third parties should suddenly be disturbed by the demanding from him payment of forgotten claims – “interest reipublicae ut sit finis litium”* (my emphasis).

(Cf also Asser Rutten *Tweede deel Zakenrecht algemeen deel* 285 where he provides an introduction to prescription in general: “Zo is de verjaring een instituut, dat allereerst bestaat terwille van de maatschappelijke orde.”)

These statements are supported by historical and comparative research which shows the aim of prescription to have been the protection of public policy. Consequently, it is ironic that an important practical argument against renunciation was actually raised and dismissed by De Villiers AJ himself:

“Dit is wel waar dat sodanige erkenning (van afstanddoening van ’n reg op verjaring) daartoe mag lei dat so ’n klousule in die toekoms vry algemeen in kontrakte mag voorkom. Ek sien egter niks daarmee verkeerd nie” (707B).

The recognition of renunciation of prescription will create a very real danger because such a renunciation will be included as a standard clause in most commercial transactions. The argument that the principle of contractual freedom

entitles individuals to refuse to accept onerous clauses is unrealistic, especially if factors such as the monopolistic capitalism of the South African economy are taken into consideration. To quote *Anson's law of contract* (ed Guest (1979) 4):

"Freedom of contract is a reasonable social ideal only to the extent that equality of bargaining power between the contracting parties can be assumed and no injury is done to the economic interest of the community at large."

Ignorance of or unwillingness to pay attention to the protectable interests at stake and arbitrary assumption of authority to define public policy in a changing heterogenous community are approaches which will not further the cause of a just society.

L HAWTHORNE

University of South Africa

GEREGVERDIGDE VERWAGTING AS AANSPRAAK VAN DIE INDIVIDU IN DIE ADMINISTRATIEWE PROSES

Administrator, Transvaal v Traub 1989 4 SA 731 (A)

1 Inleiding

In die administratiewe reg, in navolging van die Engelse reg, is tradisioneel tussen verskillende administratiewe handelingse onderskei. Hierdie onderskeid het belangrike implikasies gehad. Vir die posisie van die individu was die onderskeid tussen die kwasi-judisiële en die "suiwer" (ministeriële) administratiewe handeling die verreikendste. Die onderskeid het daarin bestaan dat 'n administratiewe handeling gekoppel aan 'n diskresie om bestaande regte aan te tas, as 'n kwasi-judisiële handeling bestempel is. By so 'n handeling moes die reëls van natuurlike geregtigheid toegepas word. Die uitoefening van 'n diskresie wat *bestaande* regte van die individu aangetas het, het hom of haar dus die geleentheid gegee om sy of haar kant van die saak te stel (die *audi alteram partem*-reël het gegeld). Was daar, aan die ander kant, geen bestaande regte ter sprake nie en het die individu bloot 'n belang of slegs 'n potensiële reg by die saak gehad, hoef hy nie aangehoor te word nie. In so 'n geval is gesê dat dit 'n "suiwer" administratiewe handeling is. Dat dit tot uiters onregverdige gevolge aanleiding gegee het, spreek vanself. Die probleem het by die identifisering van 'n bestaande reg ontstaan.

Die Engelse howe het gedurende die afgelope dekade die administratiewe owerheid gedwing om billik teenoor die individu op te tree; met ander woorde die owerheid is die plig opgelê "to act fairly". (Raadpleeg oa oor hierdie plig Baxter *Administrative law* (1984) 593 ev; "Fairness and natural justice in English and South African law" 1979 *SALJ* 607-639.) Een van die "gevolge" hiervan was volgens sekere skrywers dat die howe in 'n reeks uitsprake beslis het dat

"private interests of a status less than legal rights may be accorded procedural protection against administrative abuse and unfairness" (Riggs "Legitimate expectation in English law" 1988 *American Journal of Comparative Law* 395).

Die begrip geregverdigde verwagting (“legitimate expectation”) het dus ontwikkel om as ’t ware die trefwydte van geregtelike tussenkoms te verbreed in die gevalle waar ’n individu homself verontreg voel as gevolg van die een of ander handeling van ’n administratiewe orgaan.

Ook in Suid-Afrika is in die jongste tyd gewag gemaak van die tradisionele benadering se onregverdige gevolge en van geregverdigde verwagting as ’n manier waarop billikheid in die administratiewe proses bereik kan word. (Vgl oa die regsvergelykende artikel van Hlope “Legitimate expectation and natural justice: English, Australian and South African law” 1987 *SALJ* 165–185 asook ’n reeks uitsprake van verskillende provinsiale afdelings, soos *Everett v Minister of the Interior* 1981 2 SA 553 (K) 456–457; *Langeni v Minister of Health and Welfare* 1988 4 SA 93 (W) 96B–98A; *Mokoena v Administrator, Transvaal* 1988 4 SA 912 (W) 918C–920B en *Lunt v University of Cape Town* 1989 2 SA 438 (K) 447D–448D.)

In ’n vonnisbespreking van *Castel v Metal and Allied Workers Union* 1987 4 SA 795 (A) getiteld “Fundamental right of assembly and freedom of expression” 1989 *THRHR* 599–607 spreek Kekana die hoop uit dat

“consideration should be given to the recognition of legitimate expectations as a criterion for the applicability of the *audi alteram partem* rule”.

In dié saak was die appèlhof nie bereid om erkenning aan geregverdigde verwagting te verleen nie (sien hieroor ook die verwysing daarna in *Traub* 759H–760D). Die hoop het egter nie beskaam nie en dié leerstuk is onder meer een van die geskilpunte in die saak onder bespreking.

2 Feite

Die saak het gehandel oor tipiese “interests of a status less than legal rights” in die sin dat alhoewel geen bestaande regte van die respondente (applikante in die hof *a quo* (hierna deurgaans applikante genoem)) aangetas is nie, die implikasies van die provinsiale owerheid se optrede nietemin vir hulle verreikend was. Die applikante was geneeshere werksaam by die Baragwanath-hospitaal. Hulle het ’n sterk-bewoorde verklaring oor die haglike omstandighede by die hospitaal onderteken wat in die *Suid-Afrikaanse Mediese Tydskrif* gepubliseer is. Omdat hulle die verklaring onderteken het, het die provinsiale owerheid geweier om hulle aanstellings as sogenaamde “Senior House Officers”, die volgende rang op die professionele leer van geneeshere in diens van die provinsiale administrasie, te bekragtig. In die hof *a quo* is gesê dat hierdie besluit hulle bestaandé regte nadelig geraak het en dat hulle derhalwe op die toepassing van die reëls van natuurlike geregtigheid geregtig was. Die regter het dus nie nodig gehad om enigsins met die begrip “geregverdigde verwagting” te werk nie.

3 Die uitspraak

Die pertinente vraag voor die appèlhof was of die reëls van natuurlike geregtigheid, of die “*audi*”-beginsel soos die hof verkies om dit noem,

“is confined to cases where the decision affects the liberty, property or existing rights of the individual concerned or whether the impact is wider than this” (748H).

Hoofregter Corbett beslis dat die applikante inderdaad geen *reg* gehad het om aangestel te word nie, en dat die weiering om hulle aanstelling te bekragtig geen bestaande regte aangetas het nie. (“Clearly they had no right to be appointed to

the posts applied for by them" (754E.) Hierdie bevinding van die hoofregter laat hom die ruimte om hom uit te spreek oor die kwessie van geregverdigde verwagting en die vraag of daar "a similar need" vir die invoering daarvan in die Suid-Afrikaanse reg is (761D).

Die regter gee in eerste instansie aan die hand van 'n reeks gesaghebbende en tersaaklike beslissings 'n indringende oorsig van die ontstaan en ontwikkeling van die begrip in Brittanje. Hy vra na aanleiding daarvan die vraag

"whether or not our law should move in the direction taken by English law and give recognition to the doctrine of legitimate expectation, or some similar principle" (760I).

Die eerste en vroegste gerapporteerde verwysing na geregverdigde verwagting in Brittanje is volgens die meeste skrywers deur Lord Denning in die beslissing *Schmidt v Secretary of State for Home Affairs* [1969] 1 All ER 904 (CA) gemaak. Die opmerking lui soos volg:

"The speeches in *Ridge v Baldwin* [[1963] 2 All ER 66; [1964] AC 40] show that an administrative body may, in a proper case, be bound to give a person who is affected by their decision an opportunity of making representations. It all depends on whether he has some right or interest, or, I would add, some *legitimate expectation*, of which it would not be fair to deprive him without hearing what he has to say" (909C en F; aangehaal in *Fraub* 754I-J; my kursivering).

Van hierdie opmerking sê Riggs:

"[It] was an incident, almost an aside, to [his] analysis of a claim that the Home Secretary had failed to observe the precepts of natural justice by not giving a hearing to a number of scientology students before refusing to extend their stay in the United Kingdom" (406).

Nietemin, met hierdie sydelingse opmerking is die fondament in Brittanje gelê vir die verdere ontwikkeling van die leerstuk ter vervulling van die administratiewe orgaan se plig om billik op te tree. (Regter Corbett verwys terloops na die artikel van Riggs en merk op dat die eerste paragraaf "epitomical" is in die sin dat dit 'n redelike ("fair") opsomming van die posisie in Brittanje is (755C en E).)

Van die Britse beslissings wat die hoofregter vervolgens bespreek, is *Council of Civil Servants Unions v Minister for the Civil Service* [1984] 3 All ER 935 (HL). Dié beslissing word deur Riggs bestempel as die "leading case to date" (421). Lord Fraser beslis (943j-944a):

"But even where a person claiming some benefit or privilege has no legal right to it, as a matter of private law, he may have a legitimate expectation of receiving the benefit or privilege, and, if so, the Courts will protect his expectation by judicial review as a matter of public law. . . . Legitimate or reasonable expectation may arise either from an express promise given on behalf of a public authority or from the existence of a regular practice which the claimant can reasonably expect to continue."

Lord Roskill stel dit so (954g):

"The principle [van geregverdigde verwagting] may now be said to be firmly entrenched in this branch of the law. As the cases show, the principle is closely connected with 'a right to be heard'. Such an expectation may take many forms. One may be an expectation of prior consultation. Another may be an expectation of being allowed time to make representations."

Die hoofregter verwys vervolgens na die saak van *McInnes v Onslow-Fane* [1978] 3 All ER 211 (Ch) waarin sir Robert Megarry drie tipes beslissings (of drie algemene kategorieë) onderskei waar die hof genader kan word om tussenbeide te tree (218c):

"First, there are what may be called the *forfeiture* cases. In these, there is a decision which takes away some existing right or position, as where a member of an organization is expelled or a licence is revoked. Second, at the other extreme there are what may be

called the *application* cases. These are cases where the decision merely refuses to grant the applicant the right or position that he seeks, such as membership of the organization, or a licence to do certain acts. Third, there is an intermediate category, which may be called the *expectation* cases, which differ from the application cases only in that the applicant has some legitimate expectation from what has already happened that his application will be granted. This head includes cases where an existing licence-holder applies for a renewal of his licence, or a person already elected or appointed to some position seeks confirmation from some confirming authority” (my kursivering).

Die hoofregter haal verder aan uit die uitspraak van sir Robert Megarry wat na aanleiding van die drie gestelde algemene kategorieë sê dat die verskil tussen verbeurings en aansoeke in eerste instansie beklemtoon moet word, en dat die “tussen-kategorieë” in vele opsigte nouer aan die verbeuringsake verwant is as aan die aansoeksake omdat

“although in form there is no forfeiture but merely an attempt at acquisition that fails, the legitimate expectation of a renewal of the licence or confirmation of the membership is one which raises the question of what it is that has happened to make the application unsuitable for the membership or licence for which he was previously thought suitable” (758A-C).

Uit die Engelse gewysdes, sê die hoofregter, blyk dat die geregverdigde verwagting-leerstuk op twee maniere toepassing vind: somtyds bring dit ’n “substantiewe” voordeel vir die individu mee wat tot gevolg het dat die betrokke redelikerwys (dus geregverdig) sal verwag om die voordeel te kry of te hou – dit sal dus onregverdig wees om hom dit te ontnem sonder of ’n voorafgaande verhoor (“hearing”) of konsultasie; in ander gevalle sal dit die reg inhou om aangehoor te word voordat ’n beslissing geneem word wat die belange van die individu nadelig raak (758D-E). Juis omrede hierdie tweevoudige toepassing van die leerstuk kon hy nie met die uitspraak in *Mokoena v Administrator, Transvaal* 1988 4 SA 912 (W) 918E (per Goldstone R) saamstem nie, naamlik dat ’n geregverdigde verwagting slegs verwys na regte wat op die punt staan om weggeneem te word en nie na die reg om aangehoor te word nie.

Aansluitend by die leerstuk – dit vloei trouens logies voort uit die toepassing daarvan – blyk verder uit die Engelse gewysdes dat die tradisionele verdeling tussen judisiële, kwasi-judisiële en administratiewe handeling nie meer in die Engelse administratiewe reg relevant is nie. Hy haal aan uit die uitspraak van lord Oliver in *Leech v Parkhurst Prison Deputy Governor* [1988] 1 All ER 485 (HL) wat hieroor die volgende sê (505e):

“[The] susceptibility of a decision to the supervisory jurisdiction of the Court does not rest on some fancied distinction between decisions which are ‘administrative’ and decisions which are ‘judicial’ or ‘quasi-judicial’.”

Met die Engelse gewysdes oor enersyds die leerstuk van geregverdigde verwagting en andersyds die wegval van die onderskeid tussen verskillende tipes handeling in gedagte, wend die hoofregter hom tot die Suid-Afrikaanse reg. Die pertinente vraag is

“whether or not our law should move in the direction taken by English law and give recognition to the doctrine of legitimate expectation, or some similar principle. The first footsteps in this direction have already been taken in certain Provincial Divisions . . . Should this Court give its *imprimatur* to this movement; or should it stop the movement in its tracks?” (760I-J).

Die hoofregter plaas ondubbelsinnig die stempel op aanvaarding van die leerstuk. Hy wys daarop dat daar in Suid-Afrika wel ’n behoefte aan die leerstuk bestaan. Op stuk van sake, in Brittanje het die leerstuk ontwikkel en is dit gevestig

"in the social context of the age in order to make the grounds of interference with the decisions of public authorities which adversely affect individuals co-extensive with notions of what is fair and what is not fair in the particular circumstances of the case" (761B).

Hy vervolg:

"There are many cases where one can visualise in this sphere . . . where an adherence to the formula of 'liberty, property and existing rights' would fail to provide a legal remedy, when the facts cry out for one; and would result in a decision which appeared to have been arrived at by a procedure which was clearly unfair being immune from review. The law should in such cases be made to reach out and come to the aid of persons prejudicially affected" (761D-E).

Hy kwalifiseer egter sy stelling met die waarskuwing dat die begrip "geregverdigde verwagting" nog nie duidelik genoeg in die Suid-Afrikaanse reg omskryf is nie en dat die howe versigtig te werk moet gaan om die presiese veld van die leerstuk vas te stel want

"a reasonable balance must be maintained between the need to protect the individual from decisions unfairly arrived at by public authority (and by certain domestic tribunals) and the contrary desirability of avoiding undue judicial interference in their administration" (761G).

Wat die situasie van die applikante betref, bevind hoofregter Corbett dat hulle wel 'n geregverdigde verwagting gehad het om aangehoor te word voordat hulle bevorderings geweier kon word. In hulle geval was die verwagting gebaseer op die lank reeds gevestigde gebruik ("practice") by die hospitaal dat aansoeke wat deur die departementshoof goedgekeur is, as blote formaliteit deur die Direkteur van Hospitaaldienste bekragtig word. Buitendien is die aanstellings geen gewone aanstellings nie wat die gevolgtrekking versterk het dat hulle wel 'n geregverdigde verwagting gehad het. Die weiering om hulle aansoeke te bekragtig weens "ongeskiktheid vir aanstelling" sou ernstige gevolge vir hulle beroepsvooruitsigte ingehou het aangesien dit 'n "impugment of [their] professional career" sou wees (761H-762A).

Met verwysing na die onderskeid tussen die verskillende tipes handeling en die kritiek wat deur Suid-Afrikaanse skrywers oor die kunsmatigheid en problematiek van hierdie onderskeid uitgespreek is, kom hy tot die gevolgtrekking dat

"a classification as quasi-judicial adds nothing to the process of reasoning: the Court could just as well eliminate this step and proceed straight to the question as to whether the decision does prejudicially affect the individual concerned" (763H).

4 Kommentaar

Oor die *Traub*-beslissing is daar al kommentaar gelewer, onder meer deur Carpenter "Legitimate expectation is here to stay" 1990 *Consultus* 56-61 en Grogan "When is the 'expectation' of a hearing 'legitimate'?" in 1990 *SAJHR* 36-47. [Sien ook *supra* 90 ev (redakteur).] Die skrywers is dit eens dat die uitspraak op die terrein van die administratiefreg te verwelkom is en mettertyd bewys daarvan sal lewer dat dit ook een van die belangrikste beslissings op hierdie terrein is.

Grogan wys in sy kommentaar daarop dat die hof dit beklemtoon dat sy aanvaarding van die leerstuk op beleidsoorwegings gebaseer is "which in the sphere of procedural justice at least, called for greater judicial activism" (37). Vanuit dié premis borduur hy voort op die vraag wat eintlik 'n "geregverdigde" verwagting sal wees waar die hof onwillig is "to lay down hard and fast limits

on the future application of the legitimate expectation doctrine" (38). Grogan vervolg dat by die "toepassing" van die leerstuk

"to ask whether a person's expectation of a hearing was 'legitimate' is in effect to ask whether denying a right to state his case was reasonable in all the circumstances" (39).

Met só 'n redenasie sê hy kan sekere "probleme" inderdaad ondervang word. In eerste instansie moet volgens hom liewers gevra word of die weiering om die individu aan te hoor ("the denial of a hearing") in die omstandighede redelik was in stede daarvan om te vra na die "regverdigbaarheid" ("legitimacy") van die verwagting. Sodoende word die gewaarwording ("perceptions") van die benadeelde individu nie as maatstaf gebruik nie maar word die ondersoek gerig op die handeling van die persone verantwoordelik vir die besluit (39-40). Dit is dus verkieslik om die "toets" vir 'n geregverdigde verwagting te hergiet in bekende terminologie (die leerstuk het op stuk van sake amper "toevallig" in die Engelse regstaal ingesluit), vandaar die verwysing na redelikheid.

Op beide punte kan nie in alle opsigte met Grogan saamgestem word nie. Die redelikeheidsbenadering is inderdaad net so problematies in die Suid-Afrikaanse reg en om te sê dat dit "verkieslik" is om die toets in bekende terminologie te hergiet, los beslis nie die inherente probleme op nie. Per slot van rekening het geregverdigde verwagting in eerste instansie te doen met die prosessuele aspekte van 'n administratiewe besluit, terwyl by redelikheid ondersoek ingestel word na die "inhoud" ("substance") van 'n beslissing deur die administratiewe orgaan (sien Baxter 596). In hierdie verband kan die aantekening van Carpenter ("An integrated approach to reasonableness" 1989 *SA Publikereg* 261-267) moontlik as 'n "waarskuwing" dien. Sy wys daarop dat redelikheid vir verskeie interpretasies vatbaar is. Terwyl die Suid-Afrikaanse howe klem op die irrasionele (subjektiewe gesindheid) plaas ('n handeling kan eers aangeveg word as dit só onredelik is dat geen subjektief-redelike persoon dit sou toelaat nie: vgl oa *Stadsraad van Vanderbijlpark v Administrator, Transvaal* 1982 3 SA 166 (A)) lê Wiechers byvoorbeeld klem op 'n objektiewe standaard vir redelikheid (meer as blote rasionaliteit van die administratiewe orgaan word vereis en die doel is om te verseker dat die gevolge van die handeling redelik is (263)). Baxter onderskei op sy beurt tussen dialektiese en substantiewe geregtigheid. Carpenter haal sy verduideliking aan:

"A proposition may be regarded as 'reasonable' in the dialectical sense if, in support of it, an appeal was made to factors, values and standards which the other party would recognize as legitimate given the context of the argument. The proposition would be regarded as 'reasonable' in the substantive sense if it is itself accepted by the other party as the conclusion to be drawn from the arguments used in its support" (458).

Volgens Carpenter is die praktiese gevolg van Baxter se onderskeid dat ingevolge die dialektiese benadering 'n groter verskil van mening "as to what is 'right' or 'wrong'" toegelaat word; in der waarheid word die howe deur die aanname van dié benadering verhinder "from going into the merits to a greater extent than the 'substantive reasonableness' approach would do" (264).

Hierdie verskil van mening oor wat onder redelikheid verstaan moet word, is aanduidend van die problematiek rondom die "klassifisering" van administratiewe optrede en van die gevaar daaraan verbonde. Daarom dan ook Carpenter se pleidooi vir 'n meer geïntegreerde benadering tot redelikheid in die administratiefreg ten einde gevolg te gee aan die fundamentele beginsel van die administratiefreg, te wete dat alle administratiewe optrede in die openbare belang sal wees en dat die administrasie inderdaad 'n positiewe plig het om te

verseker dat die openbare belang gedien word (266). Dit is wel moontlik om Grogan se argumente teen hierdie agtergrond te beskou en dan is daar meriete in sy beskouing dat die ondersoek gerig moet word op die optrede van die persone verantwoordelik vir die besluit:

“As far as the procedural requirements of administrative action are concerned, a public authority can be said to act reasonably where it acts fairly and rationally” (40).

Oor die grondslag van die leerstuk van “geregverdigde verwagting” en sy trefwydte kan en sal daar beslis nog baie geargumenteer word. ’n Mens moet egter verby die blote begrip kyk en nie die individu uit die oog verloor nie. Daar moet dus eerder gekyk word na die leerstuk van geregverdigde verwagting se betekenis in die administratiewe proses.

Die administratiewe proses kan tereg as die generieke begrip beskryf word vir die wyse waarop die administratiewe orgaan sy handeling verrig, besluite neem en implementeer. Binne hierdie proses staan die individu teenoor die administratiewe orgaan in ’n bepaalde verhouding. In die administratiefreg word hierdie verhouding gekenmerk as ’n (ongelyke) gesagsverhouding. Dié verhouding word verder “verfyn” deur te onderskei tussen ’n algemene en ’n individuele regsverhouding (raadpleeg Wiechers *Administratiefreg* 63 ev oor hierdie onderskeid). Die algemene regsverhouding word gewoonlik deur wetgewing geskep omdat hierdie regsreëls onbepaald en onpersoonlik geld. Die individuele regsverhouding groei uit die algemene regsverhouding. In die individuele regsverhouding word die algemene gelding van wetgewing “gekonkretiseer” – verkry dit ’n besondere en individuele aard om sodoende op besondere regsverhoudings van toepassing te wees. Die besondere aard van individuele regsverhoudings beteken noodwendig dat hulle verskillend is: individue se belange, hul handeling en optredes verskil van geval tot geval en verg daarom individuele aandag. Die individuele verhouding word deur besluite, bevale en verbodings van die administratiewe orgaan beheer.

Waarom dié verduideliking van die individuele verhouding binne die raamwerk van die administratiewe proses? Die rede is om duidelik te stel dat die verhouding nooit slegs uit die oogpunt van die administratiewe owerheid beskou kan word nie. Terselfdertyd beteken dit dat die individu uit hoofde van dié verhouding sekere “aansprake” verkry – aansprake wat ontstaan uit die feit dat die individu ook aan die administratiewe proses deelneem. Hierdie aansprake kan verskeie “vorme” aanneem. Die rede vir die verskillende aansprake is die verwickeldheid van die hedendaagse samelewing en die reflektering daarvan in ’n staat wat veel meer doen as byvoorbeeld net sogenaamd wet en orde handhaaf. (Oor die aansig van die moderne staat en die veelheid van sy funksies, lees onder meer Friedman *Law in a changing society* 375 ev; Henning “Die administratiewe staat” 1968 *THRHR* 1–17.)

Dit is juis met hierdie “aansprake” waarmee die leerstuk van geregverdigde verwagting in verband gebring kan en moet word. ’n Geregverdigde verwagting is in hierdie verband ’n wyse waarop die individu sy “status” in die administratiewe proses kan handhaaf. Daar moet egter in gedagte gehou word dat hierdie “status” omvattender is as die vestiging van *locus standi* soos in die prosesreg vereis word. Dat dié punt nie raakgesien word nie en dat ’n geskarrel rondom die begrip kan ontstaan, blyk uit die onlangse beslissing *Khan t/a Khan’s Motor Transport v Chairman, Pietermaritzburg Local Road Transportation Board* 1990 3 SA 234 (N). Die aplikant wou ’n aansoek om ’n buspermit van ’n konkurrent

teenstaan. Die beswaar is egter na die verkeerde raad gestuur. As gevolg daarvan het die vervoerraad nie aan hom kennis gegee van die “verhoor” waarop besware teen die aansoek aangehoor sou word nie. Die hof beslis dat die applikant nie-teenstaande die verkeerde adres ’n “geregverdigde” verwagting gehad het om aangehoor te word (241H), maar dan vervolg die hof met ’n stelling wat dié redelike verwagting “negatiewe”:

“In my view fairness required that the board should have told him as much [dat hy middellik die verantwoordelikheid dra vir die fout van sy prokureurs en dat dit onder sy aandag gebring moet word], if only to explain why, in its view, he was being excluded. In a word, why his legitimate expectations could not be met” (241I-J).

Uit die stelling blyk duidelik dat ’n onvermoë om die rol van “geregverdigde” verwagting te snap problematies kan wees en tot eenaardige resultate aanleiding kan gee. Dit is tog sekerlik nie die doel van die leerstuk om die individu “in kennis te stel” dat alhoewel hy ’n “geregverdigde” verwagting het, hy dit in werklikheid nie het nie; langs hierdie weg word die werklike doel van die leerstuk sekerlik veryd.

Om op te som: ’n geregverdigde verwagting behoort nie net ’n rol te speel ten einde te bepaal of die individu aangehoor is en prosessuele geregtigheid geskied het nie, maar dit behoort ook materieel ’n faktor te wees ten einde erkenning aan die individu se besondere aanspraak in die administratiewe proses te verleen. Eers dan kan wat Riggs “a broader judicial effort to promote administrative fairness” (395) noem werklik tot sy reg kom.

MARGARET BEUKES

Universiteit van Suid-Afrika

A BOLTING HORSE - WHO BEARS THE RISK?

Lawrence v Kondotel Inns (Pty) Ltd 1989 1 SA 44 (D)

Introduction

Whilst providing an outstanding example of the abiding relevance of Roman-law *actiones* and principles in the law of delict, this case again raises the question of risk as a ground for liability in delict (see SA Law Commission *Report on risk as a ground for liability in delict* (1986)). The undisputed facts of the case were as follows: the plaintiff and his family, including a seven-year old daughter, Cher, were on holiday at a resort controlled by the defendant. The plaintiff and members of his family, including his daughter, hired horses from the defendant for a riding expedition. This contract of hire was subject to a notice displayed prominently by the defendant stating:

“All riders ride at their own risk: if any accident should occur, Kondotel or the management of this hotel will not be held responsible.”

The events of the riding expedition were disputed but the court accepted the plaintiff’s version. The plaintiff alleged that an unsuitable mount was chosen and provided for his daughter, Cher, by a riding instructress employed by the

defendant, who furthermore failed to supervise the plaintiff's daughter adequately. The horse bolted. Cher fell off and sustained severe injuries as a result of being dragged along the ground before the horse was finally caught.

The plaintiff claimed damages in his personal capacity and as guardian of his minor daughter on the basis of the *actio de pauperie* and alternatively the *lex Aquilia*. The defendant pleaded that the agreement included the "all risks" exemption clause. It denied that the *actio de pauperie* or *lex Aquilia* was applicable. As a further alternative defence it relied upon *volenti non fit iniuria* on the part of Cher and the plaintiff. The availability of the defence of *volenti non fit iniuria* under the *actio de pauperie* has been questioned on the grounds that it undermines the principle of the owner's liability for the conduct of the animal (see Carey Miller "Volenti as a defence to the *actio de pauperie*" 1981 SALJ 13). However, the availability of the defence has been accepted in our law in limited circumstances under the *actio de pauperie*. In the present case the further question arises whether a guardian has unlimited power to consent to potentially dangerous acts on his minor child's behalf (cf *Johannesburg City Council v Venter* 1936 TPD 287 291; criticised by Boberg *The law of delict 1: Aquilian liability* (1984) 731). The duty of the guardian is to act in the best interests of the child. In this case the consent to ride the horse was reasonably given and constituted no abuse of the guardian's authority. Although the consent was effective, the *volenti* defence was inapplicable because of the plaintiff's lack of knowledge of the horse's propensity to bolt. The bolting of the horse was deemed to be *contra naturam sui generis* and the defendant was held liable for the injuries to Cher under the *pauperian* action.

Actio de pauperie in Roman Law

In early Roman law it was the animal who was perceived to be the perpetrator of the delict (Zimmermann *The law of obligations* (1990) 1099). From this notion arose the principle of noxality: the victim could choose either to sue the owner of the animal at the time of *litis contestatio* for damages or to demand the surrender of the animal (Ulp *D* 9 1 1 11). However, by the period of high classical law, *pauperies* had come to mean damage without any legal wrong on the part of the doer (Ulp *D* 9 1 1 3): the animal was no longer believed to be capable of committing a legal wrong. Liability was based not on fault but on ownership of the animal. The action was restricted in early Roman law to damage done by a *quadruped*. By the classical period this restriction had been dropped. An action was available in all cases of damage done by domesticated animals (Zimmermann 1102). Limitations on liability were imposed by requiring that the behaviour of the animal should have been either spontaneous (not due to some external provocation) (Ulp *D* 9 1 1 7) or *contra naturam*. The *contra naturam* test attempted to settle equitably the spheres of risk of the victim and the owner. It focused neither on the disposition of the specific animal in question (Ulp *D* 9 1 1 4) nor on the whole species of animals to which the animal in question belonged. Domesticated animals were expected to behave in a controlled fashion. It was only in the time of the glossators that the words *sui generis* appear to have been inserted by Accursius in his glossa (*Ad Inst* IV 9). It was this insertion which was to lead to such confusion in modern South African law.

South African law

Although doubt has been expressed in our case law about the applicability of the *actio de pauperie* (*Parker v Reed* (1904) 21 SC 496), it has been accepted as part of our law (*O'Callaghan v Chaplin* 1927 AD 310). Without the principle of noxal surrender (*Le Roux v Fick* 1879 Buch 29 40) the defendant's liability in terms of the *actio de pauperie* depends on the court's interpretation of *contra naturam sui generis* and whether the behaviour of the defendant's animal falls within that definition. It has been argued that the definition of *contra naturam sui generis* requires an element of ferocity in the conduct of the animal. Such a notion was never part of either Roman (see *Inst* 4 9pr; *D* 9 1 1 7, 10) or Roman-Dutch law (Voet 9 1 4). The test to be applied is whether a domesticated animal has behaved in an uncontrollable and wild manner – a difficult one to apply. Our South African case law generally appears to set the standard of behaviour higher than one might suppose to be normal in an animal, which is perhaps a policy decision: a judicial attempt to compromise between imposing strict liability on owners for all damage done by their animals and liability based on the *lex Aquilia* (see Hunt "Bad dogs" 1962 *SALJ* 328). Our judges would appear to have interpreted *contra naturam* to refer to behaviour which is not found in a well-behaved animal of that kind (see *SAR and H v Edwards* 1930 AD 3 10). A mule which kicks a pedestrian, when frightened by traffic noise, is not a well-behaved mule, although he may be a very normal mule (*ibid*). A human standard, similar to that of the reasonable man, is applied to the animal (*ibid*). It is regarded as *secundum naturam sui generis* for sheep or cattle to eat grass (*Le Roux v Fick supra*), for an attacked ram to defend itself (*Cowell v Friedman and Co* (1885) 5 HCG 22 40) or a hungry dog to eat a chicken (*Maree v Diedericks* 1962 1 SA 231 (C) 236). The onus rests on the injured party to prove that the animal had acted *contra naturam sui generis* but it is not necessary to prove it specifically: a mere allegation of the facts is sufficient.

English law

Under English common law, a form of strict liability is imposed on those who keep dangerous animals on the grounds that such persons are exposing the community to exceptional risks (Fleming *The law of torts* (1987) 331). Dangerous animals are divided into two classes: (i) those who are *ferae naturae*, like bears or lions and (ii) those domesticated animals (*mansuetae naturae*) which are generally harmless. Under common law, with regard to the second class it is necessary to show that the particular animal was dangerous *and* that the defendant knew this or had good reason to know it (the *scienter* doctrine). In proving *scienter* the plaintiff simply has to show that the animal in question had manifested that harmful tendency. Knowledge may be imputed to the defendant if acquired by someone to whom he has delegated full custody and control of the animal and the defendant may not disclaim liability on the grounds that the animal was merely indulging in a propensity not abnormal to its species. Many problems have arisen in connection with the application of the *scienter* doctrine. It is difficult to decide whether an animal belongs to the species of dangerous animals. Danger to mankind is the only criterion of "wildness". There is no criterion of danger to property (North *The modern law of animals* (1972) ch 1). With regard to animals *mansuetae naturae* there is further uncertainty at common law whether there is liability for damage other than by an "attack" or for

injuries caused by a natural propensity of that animal. Uncertainty prevailed as to the imposition of strict liability on a master in respect of a servant custodian and the scope of the defences to the action. In 1953 a committee was appointed by the Lord Chancellor presided over by Lord Goddard CJ which recommended that the *scienter* action should be abolished and that liability for harm done by an animal should be the same as for any other property: it should depend on failure to exercise the appropriate degree of care. This should not result in any "practical diminution of an owner's responsibility for a dangerous animal because the degree of care which must be exercised in the keeping of an animal will depend on its nature" (*Report of the Goddard Committee* (1953) s 2). The committee recommended, however, that this general liability should be qualified by a shift in the onus of proof: the defendant should be required to show that he acted without negligence and it was not necessary for the plaintiff to produce proof of negligence (*idem* s 6). But the English Law Commission took a different view and recommended the replacement of the *scienter* action by a similar statutory liability for dangerous animals. They agreed that the common law as to *scienter* was antiquated and complex, but felt this was an argument for its "simplification" rather than the abandonment of its "underlying principle" (*Law Commission Report* s 14). The underlying principle which appealed to the law commission was the distinction between dangerous and non-dangerous animals. The commission felt that the keeper of a dangerous animal bears a special risk against which he can ensure more than the potential victim (*ibid*). An attempt was thus made to remedy the defects of the old *scienter* doctrine but within the framework of specialised rules of strict liability (North 9). This recommendation has now been enacted in statutory form, namely in the Animals Act of 1971, which provides that the keeper of an animal which does not belong to a dangerous species is liable if the damage is of a kind which the animal was likely to cause or which was likely to be severe owing to characteristics of the particular animal which are not normally found in animals of the same species. These characteristics must be known either to the keeper or the keeper's servant who was in charge of the animal (s 2 of the act). There are therefore two alternative requirements: the first is that the damage is of a kind which the animal, unless restrained, is likely to cause and this likelihood is due to abnormal characteristics of the animal which are known to the keeper (North 49); the second is the requirement of severe damage of a kind which the animal is *unlikely* to cause. If the damage is caused, it is due to abnormal characteristics of the animal which are known to the keeper. In both these cases, either the likelihood of the damage or its severity arises from the abnormal characteristics of the animal and the keeper knows of the likelihood or of the severity (s 2(2)(c) of the act).

Abnormal characteristics of the animal occur in two different cases. The first is where they are not normally found in animals of the same species. At common law there was, as in South African law, considerable debate whether liability could arise where an injury was caused by a vice natural to the species of the animal. However, there were no decisions where a claim failed solely because the animal's vice was natural to the species of the animal (*Jackson v Smithson* (1846) 15 M&W 563; *Hudson v Roberts* (1851) 6 Exch 697; *M'Kone v Wood* (1831) 5 C&P 1; *Buckle v Holmes* [1926] 2 KB 125). If the statutory requirement is interpreted narrowly, however, it will exclude a large number of situations which would have led to liability under common law. The whole scope of liability

under section 2(2) is ultimately dependent on whether the courts adopt a broad or narrow categorisation of the normal characteristics of animals of non-dangerous species. There are also those abnormal characteristics which are not normally found in animals of the species in question except at particular times or in particular circumstances. If an animal of a normally docile species reveals vicious characteristics in certain circumstances, then those characteristics may be classed as abnormal even though they may be normal to the species *in those circumstances*. An example of this would be the fierce behaviour of a female, soon after giving birth, in the protection of its young. In *Barnes v Lucille Ltd* (1906) 96 LT 680 just such a situation arose where the plaintiff was bitten by the defendant's bitch which had just given birth to three pups and the defendant knew that the animal had a propensity to bite in such circumstances. This knowledge of a propensity to be ferocious after giving birth was sufficient to render its owner liable for the damage inflicted. A normally placid horse which, to its keeper's knowledge, bolts when tethered to a cart also renders the keeper liable (*Knight v Knight* [1933] GLR 237). The abnormal characteristics which may lead to liability for the keeper do not have to be permanent, nor is the period of time between the revelation of the animal's abnormal characteristic and the damage inflicted relevant, except that sufficient time must have elapsed to enable the keeper to take precautions to prevent the animal from repeating its misdeeds.

With regard to the requirement of knowledge of the animal's dangerous characteristics, the act provides that the keeper is liable if such characteristics were at any time known to a person who at the time had charge of the animal as the keeper's servant. The servant must have had charge of the animal and in his capacity as servant. If the servant keeps the animal for his own private purposes, the master is not liable.

In my view, the distinction drawn in English law between wild and domestic animals is an artificial one. The sex, health or individual disposition of the animal, as well as the time of year, may be as relevant as the species in determining whether the animal is dangerous or not. There are thus many complexities involved in the application of the Animals Act 1971 (see *Cummings v Grainger* [1976] 3 WLR 842; *Powell-Smith* 1971 *NLJ* 584; *Samuels* 1971 *MLR* 550). New South Wales, South Australia and the Australian Capital Territory have adopted the approach recommended by the Goddard Committee by completely abolishing *scienter* liability and allowing negligence law to take account of the special risks posed by dangerous animals.

German law

In German law, if someone is injured by an animal, the person who keeps the animal is bound to compensate the injured party. The duty to compensate does not arise if the damage is caused by a domestic animal which aids the business, the earnings or the prosperity of the keeper of the animal and if the keeper of the animal has exercised the necessary care in supervising the animal or if the damage would have occurred notwithstanding the exercise of such care (§ 833 *BGB* as amended to January 1975, trl by Forrester, Goren and Ilgen). Strict liability is therefore replaced by fault in the case of an animal used in the keeper's trade. This seems a somewhat curious exception in view of current economic arguments related to loss distribution and forwarded in favour of strict liability.

The original draft of the code made no distinction between "luxury animals" and animals used in the owner's trade. The amendment was introduced in 1908 by the agricultural lobby of the German Reichstag (Zimmerman 1117).

The keeper of "luxury animals" is liable in terms of the code even if he can prove that he exercised every conceivable care in looking after them (s 833 *BGB*). A person who undertakes to supervise an animal under a contract with the keeper of the animal is responsible for any damage which the animal causes to a third party. This responsibility does not arise if he has exercised the necessary care in the supervision or if the damage would have occurred notwithstanding the exercise of such care. The interpretation of the courts has, however, further restricted the liability of the keepers of luxury animals, who are liable only if the damage caused by the animal is coupled with a realisation of the risk associated with the keeping of animals. If the animal performs a reflex action the owner is not liable (Zimmermann 1117). Thus the principle of strict liability has been eroded by juristic interpretation determining liability in terms of spheres of risk rather than on the basis of strict liability.

French law

In French law

"the owner of an animal, or the person making use of it, while it is at his service, is responsible for the damage it has caused, whether it was under his care or had strayed or escaped from it" (art 1385 *CC*).

At first this provision of the code was interpreted simply in terms of a shift in the onus of proof from the plaintiff onto the defendant, but since the latter half of the nineteenth century this article has been interpreted as imposing strict liability on the owner of animals. The only defences available to him are *vis maior* (*force majeure*) or the contributory negligence of the plaintiff (see *Responsibilite Civile Mazeaud-Tunc* vol II (1958) no 1073; *Encyclopedie Dalloz, Droit Civil* vol II (1952) 833 *et seq*). However, in 1982 the French Cour de cassation (July 21 1982 Cass civ 2e fr 1982 DS Jur 449 452) banished the defence of contributory negligence in the context of custodial liability. The court ruled that the custodian cannot exonerate himself, even partially, by proving the fault of the victim unless the victim's behaviour was unforeseeable and unvarying.

Conclusion

The fact that in almost all western legal systems delictual liability for animals is strict, indicates that the ownership or possession of animals is sufficiently dangerous to justify the imposition of liability without fault. The present approach of our law has been criticised as unsatisfactory (see Van der Merwe *Skuldlose aanspreeklikheid vir skade veroorsaak deur diere* (LLD thesis Unisa 1970)). It has been suggested that the basis of liability is and should be the risk principle, that is that the custodian of any dangerous animal should be liable for any damage caused by that animal if the custody of such animal constituted a particular risk in that community (Van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid uit onregmatige daad* (LLD thesis Unisa 1974); see also Neethling, Potgieter and Visser *Law of delict* (1990) 304 fn 22 309). The controller of the animal in these circumstances is alleged to have wrongfully caused harm by his hazardous action in having custody of a potentially dangerous object. This argument favours the development of a normative juristic approach to the risk concept; guide-lines

must be developed as to what constitutes a dangerous activity. These guide-lines or norms would form the elements of the risk concept. Liability would depend on the creation of a substantial increase in the possibility of unavoidable injury arising from the activity or unavoidable serious damage or substantial danger by a legal entity in a superior position to the person injured. This act (creation of a danger) is wrongful if it infringes upon the "subjective" rights of other persons. There must be an adequate causal link between the act and the damage, which must have emanated from the typical risks attached to the dangerous activity. The criterion for establishing the typical risks of a dangerous activity is the prevailing view of fairness and reasonableness in the eyes of the general public. Thus risk liability would remain delictual liability with all the elements of act, wrongfulness, causation and damage.

Other writers, however, favour the total abolition of the *actio de pauperie* in our law (Van der Merwe and Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 493-494). They argue that liability should be based on fault in terms of the *lex Aquilia* but with a shift in the onus of proof, so that the defendant is required to prove absence of fault.

Strict liability has been described as a "concept without a rudder sailing a boundless sea" (Palmer "Strict liability inner structure" 1988 *Tul LR* 1354). There is widespread uncertainty about its exact meaning and justifiability. To justify strict liability it is necessary to show why certain people should bear the risk in certain cases. The objective standard of liability for negligence in fact imposes a form of strict liability on those who suffer from unavoidable shortcomings and the contrast between fault and strict liability has become very blurred. Society permits a person to engage in certain activities provided that (s)he assumes the risk that the activity will misfire (Honoré "Responsibility and luck: the moral basis of strict liability" 1988 *LQR* 530-555). When the activity does misfire, bad luck becomes responsibility for harm to another. Risks resulting from a certain activity or ownership of a certain thing should be borne in proportion to the benefits enjoyed by that activity or ownership. Running a resort in the Drakensberg is a profitable business: an added attraction for guests would be the opportunity to engage in horse-riding which provides a further source of income. The resort owner in this case should therefore bear the risk that horse-riding is a potentially dangerous activity if one's animals do not behave in an orderly fashion. The provision of unsuitable mounts and the failure of one's employees to exercise adequate supervision are foreseeable insurable risks of such activity. The imposition of strict liability in these circumstances can only be morally justified on the basis of risk. Our courts should not have to wrestle with the types of behaviour which one would classify as "contrary to the nature of a well-behaved animal of that kind". The uncertainty prevailing in this area of the law requires legislative attention (cf also Neethling *et al* 308).

BRIGITTE CLARK
University of Cape Town

BOEKE

THE PRIVATE REGULATION OF INDUSTRIAL CONFLICT Proceedings of the Labour Law Conference 1989

Editor A RYCROFT

Juta Cape Town Wetton Johannesburg; xvii and 197 pp

Price not mentioned

The theme of the 1989 labour law conference held at the University of Natal, Durban from 27 to 29 July 1989, was the private regulation of industrial conflict. Existing dispute resolution procedures were analysed and alternative mechanisms considered. This book consists of the papers delivered at the conference, as well as the transcribed panel discussions which followed.

The keynote address by Professor Clyde Summers of the University of Pennsylvania is an overview of the patterns of dispute resolution of four countries, namely Sweden, Australia, West Germany and the United States of America, from which the speaker draws guide-lines which he regards as significant. The point is made that conflict between workers and employers is an "inescapable ingredient of life in the workplace" (16). Effective procedures for managing those disputes and reaching the sources of conflict are necessary.

Part I of the book, which consists of three papers, covers institutionalised dispute resolution mechanisms in South Africa. In the first paper, titled "The statutory dispute procedures", Rod Harper discusses industrial council and conciliation board dispute procedures. The procedures in terms of the Labour Relations Act 28 of 1956 as amended (the act) are explained and the conclusion which is drawn is that the time limits contained in the statute are inappropriate in every respect and should be dispensed with. It is suggested that the legislature should provide no more than a flexible procedural framework.

In the second paper, "The role of industrial councils in the settlement of disputes", David Levy describes industrial councils, their functions and their position in the labour relations context. In particular, the focus is on a council's function to endeavour to settle disputes in an industry. The manner in which a council mediates in a dispute situation is explained, as is the significance of mediation in the resolution of disputes.

In the third paper, Joel Fourie, the Director-General of the Department of Manpower, discusses "The role of the state in the regulation of industrial agreements". For the purposes of the act, the term "agreement" covers industrial council and conciliation board agreements. The paper focuses on agreements entered into by parties to industrial councils, and is based on the premise that industrial councils

have a definite role to play in labour relations. Here the focus is on a council's function to regulate terms and conditions of employment by agreement as opposed to its dispute settlement function, which forms the topic of David Levy's paper. The manner in which the minister exercises his discretion to declare industrial council agreements binding in terms of section 48(1)(a), and particularly to extend such agreements in terms of section 48(1)(b) of the act, is discussed at some length. It is concluded that maximum self-management in labour relations, within a framework of state prescribed rules and subject to the understanding that there should be minimum state interference, occurs in the industrial council system.

Part 2 of the book is entitled "Privatizing dispute procedures". The first two papers, by Gavin Brown and Johnny Copelyn respectively, cover "Cheap and expeditious dispute resolution". Brown makes the point that the private regulation of labour conflict should be promoted for its effectiveness and not "because we are sulking about the Labour Relations Act" (91). He considers alternatives to the industrial court, such as arbitration, mediation and collective bargaining, and concludes that cheap and expeditious dispute resolution should not be seen as a mere slogan in industrial relations vocabulary or a short-term alternative to unpopular statutory mechanisms, but rather as a process which should always be explored in a thorough and informed manner. Copelyn expresses trade union criticisms of the Industrial Court, such as the absence of union influence in the appointment of members, the belief that the court is no longer prepared to reinstate workers who are found to have been dismissed unfairly, and the intervention of the court in strikes. It is also suggested that the court is "in serious retreat" (103) in respect of positive changes introduced in industrial relations culture regarding the hiring and firing of workers, retrenchment, dismissal of strikers and the promotion of majoritarianist unions.

The next two papers, by JW Botha and Jane Barrett, deal with "Recognition agreement procedures". In the first paper Botha examines the circumstances under which recognition agreements are most effective. The emphasis is on specific AECI experiences, and he concludes that such agreements are documents which can enhance the value of a relationship, depending on the negotiations which precede the agreement and the spirit in which the agreement is implemented. Barrett discusses the significance of recognition agreements from a trade union perspective in the light of the 1988 amendments to the Labour Relations Act (by the Labour Relations Amendment Act 83 of 1988).

Thereafter Halton Cheadle discusses "Privatising dispute procedures". At the outset he makes the observation that the private settlement of disputes forms part of the South African legal tradition, stemming from Roman and Roman-Dutch law and entrenched by statute. He regards the referral of labour disputes to arbitration as fundamental to collective bargaining and points out that provisions of the Labour Relations Act (such as s 21 23 65 and 46(9)(d)) encourage private arrangements. The advantages of privatising dispute procedures are seen as the actual, as opposed to the theoretical, avoidance of industrial conflict, the tendency of agreed procedures to suit the needs of the parties involved, and flexibility to adjust the procedures to developing needs.

Finally, Dr Frederik van Zyl Slabbert discusses "Industrial self-government". Seen against the background of the South African society, and shifts and strategies in it, he observes that the notion of industrial self-government is still rather premature "because it presupposes an efficient, stable, unproblematical nation-state in South Africa" (138). His view is that until we have "thoroughly immersed" (140) ourselves in the problems surrounding the attainment of this state, one cannot talk of industrial self-government.

Three sample recognition agreements, or extracts from such agreements, have been reproduced at the end of the book.

As the editor himself comments in the preface: “[I]t is difficult to reproduce in text form the dynamics, tensions and humour of a conference” (vi). He has attempted to do so as far as possible in the transcripts of the panel discussions which followed the papers delivered. On the whole I found that the book made interesting reading for one who did not attend the conference.

CAROL LOUW
University of South Africa

ONREGMATIGE MEDEDINGING / UNLAWFUL COMPETITION

Redakteur J NEETHLING

Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1990; 161 en viii bl
Prys R20,00 + AVB

Hierdie bundel bevat die referate wat gelewer is en die bespreking wat plaasgevind het tydens 'n seminaar oor die onderwerp *Onregmatige mededinging/Unlawful competition* wat op 3 November 1989 deur die Departement Privaatreg van die Universiteit van Suid-Afrika aangebied is.

Volgens die voorwoord tot die bundel is die onderwerpe van die referate gekies

“ten einde die gebied van onregmatige mededinging – wat sekerlik een van die mees dinamiese afdelings van die Suid-Afrikaanse deliktereg is – so omvattend moontlik binne die beperkte tydsbestek te dek”.

Geoordeel na die inhoud van die bundel het die seminaar beslis in hierdie doel geslaag. Dit blyk ook uit die belangstelling en reaksie (selfs uit die buiteland) wat die seminaar ontlok het. Die aantal versoeke na afloop van die seminaar om afskrifte van die referate het dan ook duidelik getoon dat daar 'n behoefte aan die publikasie van die referate is.

Dit is duidelik dat die sprekers by hierdie seminaar gekies is op grond van hulle deskundigheid en ervaring wat die mededingingsreg betref, of hulle rol by die formulering en toepassing van owerheidsbeleid op die gebied. Die hoë gehalte van die verskillende referate getuig dan ook van die besondere kennis van die sprekers. Die referate in die bundel dek die volgende onderwerpe: die kleinsakeman en onregmatige mededinging (deur doktor DJ de Villiers), die mededingingsprinsiep en die *boni mores* as onregmatigheidsnorme by onregmatige mededinging (deur appèlregter HJO van Heerden), “the role of fault in determining the lawfulness of competition” (deur professor PQR Boberg), “the territorial limitations of repute in passing off, and the applicability of unlawful competition to situations created by international trading” (deur regter NS Page), “misappropriation of the advertising value of trade marks, trade names and service marks” (deur professor BR Rutherford), die deliktuele beskerming van die reg op die handelsgeheim in die mededingingstryd (deur JC Knobel), statutêr-beskernde immaterieelgoedereregte en onregmatige mededinging (veral prestasieaanklamping) (deur professor ED du Plessis), “comparative advertising as unlawful competition” (deur doktor OH Dean), en “unfair competition and the Maintenance and Promotion of Competition Act 1979 (deur doktor PEJ Brooks). Die bespreking en samevatting wat die seminaar afgesluit het, is ook in die bundel vervat.

Die hoogs aktuele aard van die referate wat gelewer is, word weerspieël deur die feit dat sommige van die aspekte wat in hierdie bundel gedek word, tans voor die Statutêre Advieskomitee kragtens die Wet op Outeursreg dien.

Alle persone wat op hierdie dinamiese gebied van die reg werksaam is en poog om op die hoogte te bly met die tersaaklike ontwikkelings en problematiek, sal hierdie bundel uiters nuttig vind. Die publikasie van die bundel is 'n waardevolle bydrae tot die plaaslike literatuur oor die onderwerp, veral wat betref aspekte ten aansien waarvan die plaaslike literatuur beperk is.

GJ SWART
Universiteit van Suid-Afrika

**FAMILIEREGWETGEWING BAND II; MAN EN VROU/FAMILY
LAW LEGISLATION VOLUME II: HUSBAND AND WIFE**

Juta Kaapstad Wetton Johannesburg; Oorspronklike diens 1990; losblad
Prys R86,00 + AVB

Hierdie werk is die tweede band van Juta se *Familieregwetgewingsdiens* en is saamgestel en geredigeer deur GB Bradfield. Dit bevat die tekste van die Huwelikswet 25 van 1961, die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953, die Wet op Huweliks-goedere 88 van 1984, die Wet op Egskeiding 70 van 1979, die Wet op Ontbinding van Huwelike by Vermoede van Dood 23 van 1979, die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987, die Onderhoudswet 23 van 1963, die Wet op Wederkerige Afdwinging van Onderhoudsbevele 80 van 1963, die Wet op Wederkerige Afdwinging van Onderhoudsbevele (Lande in Afrika) 6 van 1989 en die Wet op die Registrasie van Geboortes, Huwelike en Sterfgevalle 81 van 1963. Die band sluit ook 'n register vir die onderskeie wette in. Voorts is daar sakeregisters vir die Huwelikswet, die Wet op Huweliksaangeleenthede, die Wet op Huweliks-goedere, die Wet op Egskeiding, die Onderhoudswet en die Wet op Wederkerige Afdwinging van Onderhoudsbevele. Die regulasies wat uitgereik is ingevolge die Huwelikswet en die Wet op die Registrasie van Geboortes, Huwelike en Sterfgevalle asook die reëls wat uitgevaardig is kragtens artikel 15 van die Wet op Onderhoud en artikel 9 van die Wet op Wederkerige Afdwinging van Onderhoudsbevele word ook in band II vervat.

J HEATON
Universiteit van Suid-Afrika

MEYEROWITZ & SPIRO ON INCOME TAX

by D MEYEROWITZ and E SPIRO

The Taxpayer cc Cape Town 1989; loose leaf
Price R300,00 + GST

The well-known *The taxpayer's permanent volume on income tax in South Africa* by Meyerowitz and Spiro was last issued as a complete volume in 1976. In 1989 a complete reprint, contained in a new binder, saw the light. The name of the work

has been changed to *Meyerowitz & Spiro on income tax*. Apart from this change, the improvement in the print and the quality of the paper and the issuing of a bound volume of the Income Tax Act together with the main volume, the new work has in all other respects remained the same as the old *Meyerowitz & Spiro*. It is therefore not my intention to attempt an in-depth review of this comprehensive work which has become one of the standard text-books on income tax. The following observations are nevertheless apposite: When assessing the value and accessibility of *Meyerowitz & Spiro*, it is hard to resist the temptation to compare it with the other standard work on income tax, namely *Silke on South African income tax*. Sometimes it even appears as if two schools exist among the tax fraternity, namely those who prefer *Silke to Meyerowitz & Spiro* and *vice versa*. My own view is that the two works are so different in style that they indeed complement each other and that no proper research can be done without using both books as works of first reference. This may perhaps be illustrated by the following example (which was chosen at random):

Meyerowitz & Spiro deal with the provisions of section 58 of the Income Tax Act, in respect of deemed donations, in the course of one and a half page whereas *Silke's* discussion runs to more than six pages and includes a detailed discussion of the allotment of shares at par when their value is in excess of par. Extracts from decided cases and other statutes to support *Silke's* propositions are found in the text. *Meyerowitz & Spiro* do not deal specifically with the aforementioned problem. In *Meyerowitz & Spiro*, however, reference is made in a footnote to a letter from the commissioner to *The Taxpayer* dated 2 November 1984 dealing with dispositions of assets between holding companies and subsidiary companies and between wholly owned co-subsiidiaries. If one is preparing legal argument on a question relating to the allotment of shares at par when their value is in excess of par, *Silke* will be extremely helpful whereas *Meyerowitz & Spiro* will be of little assistance. However, when dealing with a local Receiver of Revenue or one of his officials in a matter concerning dispositions between wholly owned co-subsiidiaries, a copy of the letter by the commissioner will in all probability be exactly what one is looking for.

The index to the commentary on the Income Tax Act in *Meyerowitz & Spiro* contains references to the paragraph numbers of the commentary as does the text of the Income Tax Act in Section C of the work. Although *Silke* contains an index to paragraph titles and also a table of provisions of the act with references to the text, I have usually found it easier to locate a discussion of a particular topic as well as the relevant section of the act in *Meyerowitz & Spiro*. *Meyerowitz & Spiro* is also, as far as I am aware, the only text-book in which a complete and up-to-date text of the regulations promulgated under the Income Tax Act is found.

Lastly, an aspect of practical importance to a roving practitioner is that the two volumes of the eleventh edition of *Silke* are very bulky, whereas *Meyerowitz & Spiro*, with its copy of the Income Tax Act, is conducive to travelling light.

All in all *Meyerowitz & Spiro* is a book which is indispensable to anyone involved with income tax, on whatever level.

PJJ MARAIS
Pretoria Bar

BUTTERWORTHS WETBUNDEL PERSONE- EN FAMILIEREG

Redakteurs FR MALAN en E LABUSCHAGNE

Butterworths Durban 1988: vii en 193 bl

Prys R25,00 + AVB (sagteband)

Hierdie bundel bevat 'n versameling wette en gedeeltes van wette oor persone- en familiereg. Die verskyning van die wetbundel word verwelkom aangesien dit die relevante wetgewing in 'n maklik hanteerbare vorm aan die gebruiker beskikbaar stel.

In die lig van die feit dat daar voortdurend veranderings op die gebied van die personereg en veral die familiereg plaasvind, dink ek dat 'n losbladpublikasie wat op datum gehou kan word nuttig sou gewees het. Sedert die verskyning van hierdie publikasie het drie belangrike wette in werking getree, naamlik die Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987, die Wysigingswet op Huweliks- en Huweliksgoederereg 3 van 1988 en die Wysigingswet op Egskeiding 7 van 1989.

Alhoewel 'n mens geensins 'n indeks in hierdie tipe publikasie verwag nie, sou 'n alfabetiese en chronologiese register nuttig gewees het.

M SCHOEMAN
Vista Universiteit

**BUTTERWORTHS SELECTION OF STATUTES - PERSONS AND
FAMILY LAW**

Editors FR MALAN and E LABUSCHAGNE

Butterworths Durban 1990; vii and 192 pp

Price R27,00 + GST (soft cover)

This book is the English version of *Butterworths wetbundel persone- en familiereg* of the same editors, which was published in 1988. It is a compilation of a selection of statutes and portions of statutes of the law of persons and family law.

It is specifically aimed to be of assistance to first-year students. This book does not claim to be comprehensive, but most sections of the statutes used by first-year students are to be found in this book. It therefore serves the purpose for which it was designed. As there are no other English books containing all relevant sections of acts on this topic, the book is most useful.

However, there seems to be no logic in the way in which the statutes are presented. On closer inspection, it was found that it follows the same order as the Afrikaans version, which was ordered alphabetically according to the Afrikaans names of the statutes.

M BLACKBEARD
University of South Africa

Redaksioneel

Afskeidswoord: Sy Edele FLH Rumpff

Die onlangse jaarvergadering van die Bestuur van die Vereniging Hugo de Groot het met spyt daarvan kennis geneem dat oud-hoofregter FLH Rumpff, na 'n termyn van ses en twintig jaar (1964-1990) in die bestuur - die laaste sestien jaar as voorsitter sedert hy in 1974 by oud-hoofregter LC Steyn die leisels oorgeneem het - sy uittrede weens gesondheidsredes aangekondig het. Almal wat aktief by die *Tydskrif* betrokke is, sal gewis sy opregte belangstelling in die doen en late van die *Tydskrif* mis, die informeel persoonlike en warm maar tog uiters bekwame en besliste wyse waarop hy die jaarvergaderings hanteer het, en in die besonder sy volgehoue beywering vir die opstel van 'n volledige, nuwe register van die *Tydskrif*, wat dit veral vir regters en praktisyns sal ontsluit en sodoende meer bruikbaar sal maak. Ek herinner my aan een geleentheid waar sy inisiatief en entoesiasme - toe dit geblyk het dat die register-projek dalk weens gebrek aan voldoende fondse deur die mat kon val - binne 'n japtrap die belofte van 'n hele paar duisend rand van (sommige van) die aanwesiges ontlok het! 'n Mens vertrou dat regter Rumpff se ideaal van 'n nuwe register binnekort verwesenlik sal word aangesien die projek nou uiteindelik volstoom by die Randse Afrikaanse Universiteit aangepak word.

Daar is al by geleentheid oor regter Rumpff se vrugbare lewe gerapporteer - van sy geboorte te Standerton in 1912 tot met die bereiking van die hoogste sport in 'n regsloopbaan: sy aanstelling in 1972 as Hoofregter van die Republiek van Suid-Afrika (sien 1974 *De Jure* 3). Hier word hoofsaaklik van FLH Rumpff as voorsitter gewag gemaak, een hoedanigheid waarin ek hom leer ken het en waarvan min lesers waarskynlik kennis dra. Sy ervaring as voorsitter begin reeds by die debatsvereniging van die destydse Hoogere Oost-Eind School te Pretoria. Daarna dien hy as voorsitter van die Bond van Gereformeerde Jongeliede (ongeveer 1940); die Afbakeningskommissie van die Stadsraad van Pretoria (as junior advokaat); die Pretoriase Balieraad; die Elfde Afbakeningskommissie van die Unie (waartydens iemand hom die volgende woorde toegevoeg het: "Regter, die NP van Natal mag u miskien eendag vergewe, maar die volk sal nooit nie."); die Afbakeningskommissie van Suidwes-Afrika; die kommissies ter stigting van die Oos-Kaapse en Noord-Kaapse Provinsiale Afdelings van die Hooggeregshof; die kommissie van ondersoek na die toerekeningsvatbaarheid van geesteliker-versteurde persone en aanverwante sake (die gedeelte oor Christelike strafetiek het hy eiehandig opgestel); en die kommissie van ondersoek na die reis- en verblyftoelae van regters en regtersklerke.

Selfs ná sy aftrede as hoofregter in 1982 is sy klaarblyklike breë ervaring en bekwaamheid as voorsitter verskeie kere deur die regering benut. Hy het naamlik as voorsitter van die kommissies van ondersoek na die inlywing van Ingwavuma en Kangwane by Swaziland en dié van Moutse by KwaNdebele opgetree. (Verbasend genoeg het die regering al sy aanbevelings aanvaar al was dit direk strydig

met verklaarde regeringsbeleid!) Hierbenewens was hy tot 1990 nog voorsitter van die advieskomitee oor uitvoerende kunste.

'n Ander hoedanigheid waarvan ek kennis dra, en waarvan ten slotte kortliks melding gemaak word, is dié van regter, appèlregter, hoofregter, waarin hy nie geskroom het om in die gees van die Romeinsregtelike *ius est ars boni et aequi* (sien *infra* 183) die reg – en dan veral die algemene beginsels van die deliktereg en die strafreg – by veranderende en veranderde omstandighede en die *boni mores* aan te pas nie, selfs al het dit by geleentheid geverg dat die nuwe “kind” by wyse van “’n keisersnee” in die Suid-Afrikaanse regswêreld gebring moes word (sien *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A) 831, per Rumpff HR). Dink maar aan ’n paar uitsprake soos sy bekende trilogie oor *animus iniuriandi* by laster (*Jordaan v Van Biljon* 1962 1 SA 286 (A); *Craig v Voortrekkerpers Bpk* 1963 1 SA 149 (A); *Nydoo v Vengtas* 1965 1 SA 1 (A)); aan *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) (aanspreeklikheid vir ’n late); die *Trust Bank*-saak *supra* (nalatige wanvoorstelling); *SAUK v O’Malley* 1977 3 SA 394 (A) en *Pakendorf v De Flamingh* 1982 3 SA 146 (A) (skuldlose aanspreeklikheid van die pers weens laster); *S v Chretien* 1981 1 SA 1097 (A) (toerekeningsvatbaarheid en dronkenskap); en *S v Goliath* 1972 3 SA 1 (A) (sy deurvorste uitspraak oor doodslag in noodtoestand). Interessante halwe kan genoem word dat alhoewel sy uitspraak in die *Goliath*-saak nie deur die House of Lords gevolg is nie, die hof in *Ashville Inv v Elmer* 1988 2 All ER 577 (CA) wel sy verwerping van vorige Engelsregtelike gesag goedgekeur het.

Die *Tydskrif* is trots en dankbaar oor sy verbintenis met oud-hoofregter Rumpff, en ons verheug ons daarin dat die kontak steeds voortgesit word deur sy erelidmaatskap van die redaksiekomitee. Ons wens hom ’n gesonde en gelukkige aftreetyd toe.

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

Verwelkoming: Sy Edele HJO van Heerden

Die vakature wat weens die bedanking van oud-hoofregter Rumpff in die Bestuur van die Vereniging Hugo de Groot ontstaan het, is op die afgelope jaarvergadering gevul met die eenparige verkiesing van appèlregter HJO van Heerden as bestuurslid en voorsitter. Regter Van Heerden is nietemin geen nuweling by die *Tydskrif* nie aangesien hy vroeër (1960–1980) vir twintig jaar in die redaksie en in die Bestuur van die Vereniging Hugo de Groot gedien het.

Appèlregter Van Heerden het reeds diep spore in die Suid-Afrikaanse regsweese getrap, as student, akademikus, advokaat en as regter en regshervormer (inligting ontleen aan 1984 *De Jure* i-ii). Hy behaal die grade BA (1951) en LLB (1953) met lof aan die Universiteit van Stellenbosch. In 1959 word die LLD-graad deur die Universiteit van die Oranje-Vrystaat aan hom toegeken op grond van sy uitmuntende en baanbrekende proefskrif *Grondslae van die mededingingsreg* (met die *Tydskrif* se oud-redakteur, professor WA Joubert, as promotor). Hierdie werk het die fondament vir die wetenskaplike ontplooiing van die Suid-Afrikaanse reg aangaande onregmatige mededinging gelê en lê dit steeds in die daaropvolgende handboek *Die reg aangaande onregmatige mededinging* (1983). Terloops kan opgemerk word dat regter Van Heerden onlangs die geleentheid benut het om van die gedagtes wat hy in sy proefskrif geformuleer het, in die appèlhof te bevestig (sien *Taylor and Horne (Pty) Ltd v Dentall (Pty) Ltd* 1991 1 SA 412 (A), veral oor prestasieaanklamping en oor die navolging van 'n mededinger se gepubliseerde idees).

Van 1954 tot 1966 doseer hy privaatreg aan die Universiteit van die Oranje-Vrystaat, eers voltyds en later deelyds. In 1954 word hy ook as advokaat toegelaat en hy praktiseer in Bloemfontein tot 1977. Gedurende hierdie tyd is hy sowel voorsitter van die Vereniging van Advokate in die Oranje-Vrystaat (1975) as van die Algemene Raad van die Balie van Suid-Afrika (1976). As advokaat het hy in verskeie bekende sake opgetree (sien hieroor 1984 *De Jure* i), asook as lid van die regspan in albei die sogenaamde Suidwes-Afrika-sake (1963–1965 en 1970–1971) voor die Internasionale Gereghof in Den Haag, en namens Alusaf voor die Arbitrasiehof van die International Chamber of Commerce.

Hy word in 1978 as regter aangestel, neem as appèlregter waar van 1980 tot 1982 toe hy 'n permanente lid van die appèlhof word. Regter Van Heerden was as advokaat reeds lid van die Suid-Afrikaanse Regskommissie (1974–1976). Hy dien as ondervoorsitter van hierdie kommissie vanaf 1982 en word in 1988 as voorsitter aangestel, 'n posisie wat hy steeds beklee. Onder sy voorsitterskap het onder andere die belangrike werkstuk oor groeps- en menseregte die lig gesien en is die regskommissie tans besig met 'n ondersoek na konstitusionele modelle met die oog op die nuwe Suid-Afrika.



Die *Tydskrif* verwelkom appèlregter Van Heerden van harte terug. Ons vertrou dat sy verbintenis met die *Tydskrif* aangenaam sal wees en vrug sal dra. Dit is vir ons gewis 'n eer dat die voorsitterstoel van die Vereniging Hugo de Groot gevul word deur 'n man van uitnemende regs caliber wat daarin geslaag het om die hoedanighede van regsteoretikus, regspraktisyn, regspreker en regshervormer voortrefflik te kombineer. Hy is inderdaad 'n waardige opvolger vir oud-hoofregter Rumpff.

In memoriam: JC de Wet; LI Coertze

Die redaksiëkomitee van die *Tydskrif* het met leedwese verneem van die afsterwe van twee van sy erelede, professore JC de Wet en LI Coertze. Die *Tydskrif* het vroeër reeds melding gemaak van die heengaan van professor De Wet wat vir vyftig jaar in die Bestuur van die Vereniging Hugo de Groot en in die redaksië(komitee) – vanaf 1980 as erelid – gedien het (sien 1990 *THRHR* 262 287; 1991 *THRHR* 1; sien ook 1988 *THRHR* 2). Hier word net kortliks by die loopbaan van professor Coertze en sy verbintenis met die *Tydskrif* stilgestaan.

Ignatius Coertze behaal die grade BA (1926), MA (1927) en LLB (1930) met lof aan die Universiteit van Stellenbosch. Later (1946) word ook die LLD-graad deur dieselfde universiteit aan hom toegeken op grond van 'n proefskrif oor *Die trust in die Romeins-Hollandse reg*. In 1933 word hy as professor in die regte aan die Universiteit van Pretoria aangestel. Na twintig jaar diens – waartydens hy vir drie termyne as dekaan optree (1936–1939 1948–1951 1952–1953) – bedank hy in 1954 en word as lid van die Volksraad verkies.

Professor Coertze het 'n lang en aktiewe verbintenis met die *Tydskrif* gehad. Hy was 'n stigterslid van die *Tydskrif* in 1937, het heelwat bydraes in die *Tydskrif* gepubliseer, het van 1937 tot 1980 in die redaksië en in die Bestuur van die Vereniging Hugo de Groot gedien en was vanaf 1981 'n erelid van die redaksiëkomitee.

Die *Tydskrif* huldig die nagedagtenis van LI Coertze en spreek sy meegevoel met sy naasbestaendes en vriende uit.

Gelukwense: Fakulteit Regte, Potchefstroomse Universiteit vir CHO

Die Fakulteit Regte van die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys vier gedurende 1991 sy vyf en twintigste verjaarsdag. Met die oog hierop word 'n spesiale uitgawe van die *Tydskrif* as feesbundel gepubliseer, bestaande uit bydraes (twaalf artikels en twee aantekeninge) van huidige dosente van die regsfakulteit. Intekenaars op die *Tydskrif* ontvang dus vanjaar 'n vyfde uitgawe (wat tussen die Mei- en die Augustus-uitgawe verskyn) as bonus.

Die redaksië van die *Tydskrif* wil langs hierdie weg sy hartlike gelukwense aan die Fakulteit Regte met die bereiking van die "silwer" mylpaal oordra. Mag die fakulteit – wat reeds as kundigheidssentrum op die gebied van regsnavorsing erkenning geniet en waarvan die bydraes in die feesuitgawe getuig – steeds van krag tot krag gaan, ook in die veelbesproke nuwe Suid-Afrika waar reg en geregtigheid vir al sy inwoners uiteindelik moet seëvier.

JOHANN NEETHLING

Hereditas damnosa? Some remarks on the relevance of Roman law

BC Stoop

MA LLB

Associate Professor of Legal History, Comparative Law and Legal Philosophy, University of South Africa

OPSOMMING

Hereditas damnosa? Opmerkings oor die tersaaklikheid van Romeinse reg

Met die kodifikasie van die Romeinse reg gedurende die sesde eeu nC het daar spanning ontstaan tussen die gekodifiseerde Romeinse reg en die reg wat daagliks in die praktyk toegepas is. Die debat oor die praktiese of vormende waarde van die Romeinse reg – twee benaderings wat respektiewelik as die praktiese en utilitêre beskryf kan word – duur vandag nog voort. Die Europese regskodifikasies het die direkte invloed en belang van die Romeinse reg aldaar beëindig en die studie daarvan losgemaak van sy lippediens aan regsdogmatiek. Romaniste bestudeer tans die Romeinse reg met gebruikmaking van al die hulpmiddels wat tot die moderne navorsers se beskikking is. Dié studie van die Romeinse reg oorskry alle grense en is 'n band wat juriste regoor die wêreld saamsnoer. Die huidige benadering tot die Romeinse reg in Suid-Afrika is uitgedien en indien daarmee volgehou word, sal dit die doodsklok vir die vakgebied in hierdie land laat lui. Slegs indien die klem val op die vormende waarde daarvan sal die studie van die Romeinse reg noodsaaklik bly en as gids in die nalewing van die drie *praecepta iuris*, naamlik *honeste vivere*, *alterum non laedere* en *suum cuique tribuere*, kan dit op indirekte wyse steeds 'n rol in die regspraktyk speel. Die benadering tot die Romeinse reg in *Mountbatten Investments (Pty) Ltd v Mahomed* 1989 1 SA 172 (D) word bevraagteken.

INTRODUCTION: THE PERMANENT CRISIS OF ROMAN LAW

“Welch fürchterliches Buch ist das Corpus iuris, die Bibel des Egoismus. Wie die Römer selbst blieb mir immer verhasst ihr Rechtskodex.”¹

These are strong words, echoing, perhaps a sentiment that originated with the promulgation of Justinian's code and have accompanied it through the vicissitudes of its existence ever since.

Justinian's code probably failed to gain popular acceptance even during his reign.² It was a clumsy piece of legislation: complex, full of controversies and

1 Remarks made by a law student in the year 1819 quoted by Köhn “Das Corpus iuris, die Bibel des Egoismus” Über Geschichte und Nachwirkungen des römischen Rechts” 1980 *Das Altertum* Heft 3 177.

2 Archi “Giustiniano Legislatore” 1966 *Labeo* 163 *et seq*; Dannenbring “Arma et leges – Die Justiniaanse wetgewing in die kader van sy eie tyd” 1972 *THRHR* 120 *et seq*; Wieacker “Zur Effektivität der Gesetzesrechtes in der späten Antike” *Studi in memoria di G Donatuti* (1973) 1415 *et seq*.

its systematics primitive and ill-suited to the demands of the time. The two salient features of the code, its casuistic nature and the fact that it was written in a foreign language – Latin – undoubtedly added to the already perplexed lawyer's agony.³ It therefore becomes easy to understand why lawyers who were of lesser stock compared to their classical predecessors, soon abandoned their desperate attempts to find easy and unequivocal answers to their daily legal problems in its countless pages. The emperor's prohibition on the writing of commentaries on his legislation⁴ finally committed his monumental work to the dusty shelves of libraries⁵ and it was paradoxically the "breaking" of this prohibition by the eleventh-century Italian jurists that gave Justinian's words prophetic quality where he decreed in the *Constitutio Tanta* 23 that his codification be valid for all times.

The somewhat sterile methods of the glossators,⁶ of immense importance for the later reception of Roman law in Europe, met with little resistance. The study of the *Digest* soon comprised virtually the only formal training given to legal students: *Quicquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum* set the tone for the dominance of Roman law in Europe.⁷ It was only later, when Roman law was methodically applied in practice, that some resistance was generated; the main charge levelled at the *doctores iuris* was that they knew or cared little about the local customs.⁸ This sentiment most probably later became the driving force behind the efforts of the Humanists to record their local customs that prepared the ground for the codification movement that swept through Europe at the turn of the eighteenth century.⁹

Codification in Europe transformed Roman law instantaneously into what may be regarded as a work of art¹⁰ that could be admired and which in turn could enlighten, inspire and enrich those who happened to take notice of it.

However, this priceless work of art continued to be the toy of a spoilt mistress – politics¹¹ – who, in an angry mood, tried to destroy it in Nazi Germany.¹² This,

3 Cf Spruit *Enchiridium* (1977) 278.

4 *Constitutio Tanta* 21.

5 In the words of Romein "toen Keizer Justinianus zijn wetboek klaar had – en de interpretatie ervan verbod . . . hij zijn eigen schepping [doodde]" *In opdracht van de tijd* (1946) 275 (quoted by Feenstra *Interpretatio Multiplex. Een beschouwing over de zgn. crisis van het Romeinse recht* (1953) 21 fn 56.

6 Cf Thomas *A textbook of Roman law* (1981) 81; Visser "The legal historian as subversive" *Essays on the history of law* (1989) 2.

7 This rule was, however, formulated only towards the beginning of the 17th century: Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* (1983) 108.

8 Cf Jolowicz "The political implications of Roman law" 1947 *Tulane LR* 69. In England, resistance to the reception of Roman law was considerable: "nolumus leges Angliae mutare" declared the barons assembled at Merton in 1236: cf Hahlo and Kahn *The South African legal system and its background* (1968) 505.

9 This is an obvious over-simplification of the factors that led to codification. For a general discussion see Wiacker *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967) 322 *et seq.*

10 Pace Celsus in *D 1 1 1 pr: Ius est ars boni et aequi*. Also see Biondi "Crisi e sorti dello studio del diritto romano" in *Scritti Giuridici I* (1965) 392.

11 Politics led to the compilation of the *Corpus iuris civilis* by Justinian and politics was perhaps the most important reason for the "rediscovery" and the study of the *Corpus* at Bologna: cf Dannenbring 123 *et seq.*; Vinogradoff *Roman law in Medieval Europe* (1961) 55. Politics has continued to be associated with Roman law ever since. A striking example is furnished by the political factors that encouraged the reception of Roman law in Germany: cf Vinogradoff 119 *et seq.*

12 Point 19 of the National-Socialist Movement's party programme (dated 1920–02–24) demanded the substitution of a German common law "for Roman law which serves the interests of an international world order". See Koschaker *Die Krise des römischen Rechts und die Romanistische Rechtswissenschaft* (1938) 73.

more than anything else, led to the crisis of Roman law immortalised by Koschaker in his¹³ brilliant monograph written at a time when his student numbers shrank to half the usual number and he began to foresee a Germany without lecturers or students of Roman law.¹⁴

Koschaker's monograph drew wide reaction from Romanists across the globe.¹⁵ In South Africa, the existence of a crisis was acknowledged,¹⁶ but was seen as one of the reasons that urged the codification of South African law.¹⁷ Here this debate has been conducted mainly by converts who championed the cause of Roman law – all of them proclaiming its eternal value and importance.

However, their harmonious chords of praise were disturbed by their quarrel over the one issue which, I am sure, will determine the future of Roman law in this country (and the world as well): Should Roman law be studied for utilitarian purposes only or should it be studied for its own sake?¹⁸

Today, more than half a century after Koschaker wrote his monumental work,¹⁹ Roman law has not yet succeeded in passing through this crisis. In fact, its position has deteriorated substantially. Not only is it suffering as a result of the lack of interest in Roman law and legal history on the part of both legal scholars and practitioners alike, but its direct relevance on our own soil is continuously being eroded by the system of precedent in South African courts.²⁰ The simple truth is that each time Roman law is used as authority by a court, that part of Roman law dies and lives on in the guise of South African law. From that moment onwards practitioners will not rely on the Roman law that served as authority for the decision, but on the decision itself. Recourse to Roman law will inevitably become more and more academic as there has gradually been established over

13 *Supra* fn 12.

14 See Guarino "Cinquant'anni dalla 'Krise'" 1988 *Labeo* 43.

15 *Idem* 44.

16 Kerr Wylie "The present crisis of Roman law and its bearing on the legal situation in South Africa" 1939 *SALJ* 190 *et seq*; Pont 1940 *THRHR* 155 (in a review of Koschaker's monograph); however, as late as 1952 Beinart declared: "Indeed, our whole legal system may be said to be in a melting-pot . . . though, as far as Roman law is concerned, it is exaggerated to speak of a crisis" ("Roman law in South African practice" 1952 *SALJ* 151).

17 Pont *idem* 161; Kerr Wylie *idem* 209–210.

18 These two approaches have been characterised as utility and elegance respectively. Cf Beinart 1952 *SALJ* 148. In favour of the elegant approach: Beinart 1952 *SALJ* 145; Van Warmelo "The function of Roman law in South African law" 1959 *Tulane LR* 563; Erasmus "Roman law in South Africa today" 1989 *SALJ* 666; Kerr Wylie 1939 *SALJ* 191. In favour of the utilitarian approach: Van Zyl 1972 *THRHR* 20, and his *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* (1983) 4–6; Pauw 1980 *TSAR* 32. A *via media* is taken by Hosten "Romeinse reg, regs-geskiedenis en regsvergeelyking" 1962 *THRHR* 16. Also see Stoop "Enkele gedagtes oor die toekoms van die Romeinse reg in Suid-Afrika" 1990 *Bulletin* 16.

19 Koschaker was, of course, not the first to acknowledge the existence of a crisis in the study of Roman law. His work was preceded by Regelsberger 1900 *Jherings Jahrbücher für Dogmatik* 281 *et seq* and in Italy by Lauria "Indirizzi e problemi romanistici" 1937 4 *Foro italiano* 511 *et seq*. In this work, written approximately two years before Koschaker's monograph, Lauria analysed the situation in Germany and identified the first symptoms of the crisis of Roman law there, as early as at the turn of the 19th century: see Guarino 44–45.

20 See Zimmerman's lament in his stimulating article "Synthesis in South African private law: Civil law, common law and *usus hodiernum Pandectarum*" 1986 *SALJ* 260.

the years more than enough authority in *The South African Law Reports* to make a study of the original Roman-law texts redundant.²¹

Recourse to Roman law will increasingly become an exercise that will draw little more than a sympathetic smile from the average practitioner. The intrepid among them who might dare to refer to the ancient gods²² will run the risk of being brushed aside by an impatient judge demanding that they stick to the law and not be carried away on trips of sentiment or fantasy.

The winds of change have well and truly reached us. What was originally not more than a gentle breeze that could be ignored fifty years ago has grown to a mighty roar that deafens those who raise their voices against it.²³ The role and status of Roman law in South Africa is at stake and these issues must be thoroughly debated in the months ahead. Latin as a formal requirement for the LLB degree is no longer taken for granted and once Latin has gone, the next target of the "abolitionist lobby" will most probably be Roman law.²⁴

In order to gain a better perspective of what is at stake, it is necessary to take a brief look at the current position of Roman law in the world.

THE CURRENT POSITION OF ROMAN LAW IN THE WORLD

The importance of Roman law as an academic pursuit is impressive. Roman law is taught and studied from Vladivostok to Lima and transgresses cultural and ideological borders. It is still the binding factor it used to be in middle-Europe from the Middle Ages onwards.²⁵

21 This fate befell Roman law in Scotland and was bound to be repeated in South Africa: Lawson "Reflections on thirty years' experience of teaching Roman law" 1956 *Butterworths SA LR* 17; Chorus "Romeins recht op de Zuidpool en elders" in Spruit (ed) *Coniectanea Neerlandica Iuris Romani. Inleidende opstellen over Romeins recht* (1974) 147.

22 See Lee "The disappearing Roman law" 1957 *SALJ* 79.

23 Cf Pont 1940 *THRHR* 159 where he pointed to the healthy state of the teaching of Roman law at South African universities and his confident remarks (160): "As vak van studie het die Romeinse reg in Suid-Afrika nie uitgedien nie, omdat die grondslag van ons reg Romeinsregtelik is en dit altyd sal bly solank die volk van Suid-Afrika die betekenis sal bly besef van die behoud van eie identiteit van die eie regstelsel as onderdeel van 'n eie kultuur. Ook sal ons juriste 'n goeie begrip van Romeinse regsbeginsels nie kan ontbeer nie, omdat Suid-Afrika deel vorm van die Europese beskawings- en kultuurkring en Romeinse reg die 'lingua franca' van die juriste daarvan is." Today, concepts such as "eie identiteit" and "eie kultuur" have been anathematised and cannot be relied upon to justify the position of Roman law in the future post-apartheid South Africa. It can furthermore be accepted as a fact that Roman law will play no direct role in legal practice towards the end of the century. See the discussion below.

24 A prediction made by Erasmus 1989 *SALJ* 673. Similar concern was voiced by Van Zyl "Die regshistoriese metode" 1972 *THRHR* 19.

25 It is worth mentioning that a journal devoted mainly to reporting on the activities of Romanists and the current state of Roman law throughout the world has been published annually since 1970: *Index, Quaderni camerati di studi romanistici* (Naples). As far as the study of Roman law is concerned, the situation is impressive. No fewer than seven journals devoted mainly to Roman law appear annually: *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* (Rome); *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico* (Naples); *Journal of Roman Studies* (London); *Labeo, Rassegna di diritto romano* (Naples); *Revue internationale des droits de l'antiquite* (Brussels); *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (Rome); *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* (Weimar).

In most countries of Europe, Roman law is still taught and studied. However, in the former Federal Republic of Germany and in Austria, the study of Roman law at universities is at a low ebb. Even though students are still required to have a knowledge of Roman law,²⁶ classes in Roman law are not well attended²⁷ and the position hardly differs elsewhere on the continent. The only exception to this superficial approach to the study of Roman law today, is Italy and Spain. In both these countries Roman law is presented as an autonomous subject that must be offered during the first year of legal studies.²⁸

The teaching of Roman law in the socialist countries varies.²⁹ Roman law is presented as a compulsory course in Poland, Romania, Hungary, Yugoslavia, the Soviet Union and Bulgaria; in the former German Democratic Republic and apparently also in Czechoslovakia and Cuba, Roman law is presented as an optional subject or presented as part of external legal history. Albeit on a modest scale, students also receive lectures on Roman law at universities in the Chinese Peoples Republic.³⁰

Generally speaking, Roman law is taught in all Latin-American countries.³¹ Roman law is a compulsory subject in Mexico, Guatemala, Nicaragua, Costa Rica, Panama, Venezuela, Colombia, Equador, Peru, Bolivia, Paraguay, Chile and Argentine.³² In Uruguay and Honduras it is presented as an optional subject.

Roman law is also studied widely in all common-law countries.³³ Textbooks and monographs on Roman law written by Romanists coming from these countries are frequently used in South Africa. (The names of Buckland, Lawson, Jolowicz, Thomas, Watson, Daube, Baumann and Honoré need no further introduction.³⁴)

Finally, Roman law is a compulsory subject for first-year law students at the Hebrew University of Jerusalem.³⁵ Our global survey ends with Japan where there is also a lively interest in Roman law.³⁶

The role of Roman law in some parts of the world is more pronounced. In South Africa, Namibia, Lesotho, Botswana, Swaziland, Zimbabwe, Sri-Lanka

26 Köhn 177.

27 Guarino 47.

28 *Ibid.*

29 Polay "L'insegnamento del diritto romano nei paesi socialisti" 1970 *Index* 130 *et seq* has been consulted throughout.

30 Jiang Ping "Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese" 1988 *Index* 375.

31 Excepting El Salvador, Uruguay and Honduras. See Loiodice "Ordinamenti universitari e diritto romano (Sezione I: L'università latinoamericana)" 1973 *Index* 149. Also see 156 *et seq* where the individual countries of Latin-America are discussed.

32 Roman-law studies generated such enthusiasm and interest that a journal was published and devoted entirely to Roman law: *Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Romano* (Cordoba, Argentine). Sadly enough, this journal did not survive very long and was discontinued after a few volumes. For the current position of Roman-law studies in Latin-America see 1990 *Index* 509 *et seq*.

33 See the discussion of the individual countries in each volume of *Index*.

34 The standard of teaching of Roman law at some English universities appears from the following remark by Koschaker: "When I look through the examination papers in Roman law . . . at Oxford [and] at Cambridge, I must say that I could scarcely venture to make such demands on an average German candidate for a doctor's degree" (quoted by Kerr Wylie 1939 *SALJ* 190-191).

35 1970 *Index* 22.

36 Cf the survey of Romanistic literature published by Japanese Romanists in 1971 *Index* 54-55 and 1973 *Index* 44-46.

and to some extent also in Scotland, the British islands off the coast of Normandy (Jersey and Guernsey), Malta, Andorra and the Republic of San Marino, Roman law is still part of the law of the land.³⁷ However, it is only in Southern Africa where the *Corpus iuris civilis* is (theoretically) still used on a daily basis.

Roman law influenced virtually all modern legal systems and that it continues to do so (albeit on a modest scale), is evidenced by the above survey. It can rightly be described as the *lingua franca* of modern legal science that unites lawyers and enables them to communicate with each other. It is undoubtedly an international passport to various modern legal systems without which any lawyer will be doomed to isolation and deprivation.³⁸

THE IMPORTANCE AND VALUE OF ROMAN LAW IN SOUTH AFRICA TODAY

The ever decreasing importance of Roman law in the courts has been emphasised in two recent studies. According to Du Plessis and Hartman,³⁹ Roman law will constitute only 0.1805 % of authority that will be consulted by the Appellate Division towards the year 2000. This finding has been confirmed in a separate investigation made by Schulze.⁴⁰ According to Schulze, the position of Roman law is even more desperate: in only – 4.21 % of cases will the Appellate Division refer to Roman law by the year 2001.⁴¹ It can thus be stated with confidence that as far as our courts are concerned, Roman law is dead and no longer has any direct practical legal value in South Africa and, if the above predictions are correct (and not a single indication exists that points to the contrary), will finally be buried at the turn of the century.

However, the above does not constitute the real crisis of Roman law. As is evidenced by the study of Roman law across the globe, the emphasis currently falls on the formative role it has to play in the training of prospective lawyers. Therefore, the real crisis of Roman law both in South Africa and also in the rest of the world is a crisis in the teaching of Roman law.⁴² Furthermore, in South Africa, where Roman law is still *ius in subsidium*, a course in Roman law forms part of the curricula of all pregraduate law degrees.⁴³ However, the study of Roman law at postgraduate level is sorely neglected and is regarded as

37 Chorus 143. Roman law is also applicable at the South Pole in terms of s 2(1) of the South African Citizens in Antarctica Act 55 of 1962!

38 Cf Chorus 140; Kerr Wylie 1939 *SALJ* 215 and more recently Burdese "Diritto romano e formazione del giurista" 1990 *Index* 11.

39 1989 *Bulletin* 51.

40 'n *Kritiese privaatregtelike analise van sekere tendense van 'n aantal uitsprake van die Suid-Afrikaanse appèlhof gedurende die tydperk 1972–1986* (unpublished LLB-dissertation UP 1986).

41 *Idem* 25.

42 Guarino 46; Feenstra 26; Polay "Nochmals über das Ziel des Unterrichtes des römischen Rechts in den sozialistischen Ländern" 1973 *Index* 129 (with specific reference to the teaching of Roman law in socialist countries). This also forms part of the greater problem of the aim of legal education in general (see eg Hosten 1962 *THRHR* 16).

43 The Board for the Recognition of Examinations in Law prescribes a course in Roman law for the B Iuris and B Proc degrees. Roman law is also a compulsory course for the LLB degree at all South African universities.

of little relevance and an additional and unnecessary burden, best accommodated in the form of an introduction. Not surprisingly, only one or two chairs in South African law faculties are occupied by "Romanists" in the European sense of the word.⁴⁴

In South Africa, this situation is aggravated by what may be termed the teleological pragmatism displayed by our courts. This approach entails the "productive misunderstanding" of the ancient texts with the aim of "forcing it into the service of present day needs".⁴⁵ Accordingly, it is accepted by our courts that the Roman law that forms part of our common law is the law of Justinian and not (classical) Roman law as expounded by modern Romanists.⁴⁶ What is more, the courts apply Byzantine law as understood and interpreted by the Roman-Dutch writers of the eighteenth century.⁴⁷ As a result, the modern approach to Roman law by Romanists has been scorned and rejected as irrelevant.⁴⁸ This approach must inevitably lead to the disappearance of Roman law as an independent field of study in South Africa for the following reasons: Firstly, as has been mentioned above, there is an increasing tendency by the courts to disregard Roman law altogether. Apart from the result of the *stare decisis* rule, this might also flow from an erroneous perception on the part of the judiciary that in those instances where the Roman-Dutch authorities either contradict themselves or fail to give a solution to a particular legal problem, chances are good that the Roman-law sources are also contradictory or silent on this point. Admittedly, the Dutch jurists were men of tremendous learning who had a thorough knowledge of Roman law. The odds are therefore heavily laden against a judge who tries to interpret the *Digest* in the good old-fashioned manner to come up with anything that has not already been considered by some old authority,⁴⁹ and in view of this self-imposed restriction it becomes difficult to justify a thorough investigation of Roman law.

- 44 See Zimmerman "Roman-Dutch law in South Africa. Aspects of the reception-process" 1985 *Lesotho LJ* 97. This lethargic situation is placed in a broader perspective by Lawson 1956 *Butterworths SA LR* 16: "I have yet to be convinced that a teacher who is himself genuinely interested in Roman law, has greater difficulty in interesting his pupils in it than in any other subject, but it is undoubtedly harder to find teachers who, even if they are not specialists, are genuinely more interested in Roman law than in other parts of the law curriculum." I shall attempt to show that the crisis of Roman law in this country should thus be ascribed to the current wrong approach to the study of Roman law in this country rather than to its intrinsic value.
- 45 Visser 2. Although Visser's article concerns an evaluation of some of the current trends in legal historiography, his arguments are applicable to the methodological approach to the study of Roman law as well.
- 46 Hahlo and Kahn 581. This approach is accepted by Van Zyl 1972 *THRHR* 23 and Pauw 1980 *TSAR* 45.
- 47 See the remarks by Wessels J in *Master v African Mines Corporation Ltd* 1907 TS 925 928-929: "Now this Court administers the Roman-Dutch law, and not the Roman law of Justinian. If the courts of Holland have placed a certain interpretation upon a *lex* of the *Digest*, and by virtue of that interpretation a certain practice was adopted, then this court should follow the interpretation of the Dutch courts rather than that which modern investigators give to the text."
- 48 See Van Zyl 1972 *THRHR* 23: "Die neo-humanistiese rigting van die afgelope tagtig jaar of so het beslis afgewater geraak en die navorsingsresultate van hierdie stroming behoort myns insiens nie hier in ag geneem te word nie, angesien dit nie 'n weerspieëling van die Romeinse reg van die glossatore en latere skrywers is nie." Incidentally, Van Zyl's opinion that the modern humanistic approach to Roman law is on the wane, is not borne out by a quick glance at any one of the leading journals that specialise in Roman law.
- 49 Cf Kaser "Das römischen Recht in Sudafrica" 1964 *ZSS (RA)* 18.

Secondly, if the fruits of the modern research into Roman law are irrelevant for our purposes, independent studies in Roman law will be discouraged, thereby perpetuating the sterile fashion in which Roman law has been treated by South African lawyers up to the present. Roman law in South Africa (if it is still possible to call it by that name) will become more and more removed from Roman law as set out by modern Romanists and its study increasingly meaningless.⁵⁰

The danger inherent in this attitude should be obvious. For example, the field of contractual liability is one in which modern Romanistic doctrine has produced fantastic results that had the effect of rendering the views of the nineteenth century Romanists totally irrelevant;⁵¹ Romanistic studies have also facilitated a better understanding of certain rules, for example the meaning of *iusta causa* in connection with *traditio*, the nature of servitude, usufruct, pledge and *possessio*.⁵² Ignorance of these developments makes a mockery of any study of Roman law and of legal historical research in general.

More important, if Roman law is studied in so far as it is relevant for legal practice,⁵³ it follows that the study and importance of Roman law at university level must inevitably decrease when the corresponding tendency manifests itself in the courts. Therefore, if Roman law is no longer applied in court by the turn of the century, the reason for its study will also fall away.

There is, however, a different approach to the study of Roman law that retains Roman law as a creative force and its study as an essential part of a lawyer's weaponry. It entails the study of Roman law as a legal system, taken at its full value and considered in the light which modern research has thrown upon it. I am, of course, referring to the elegant approach to the study of Roman law.

As an offshoot of the Renaissance, the elegant tradition was started by the Humanists during the sixteenth and seventeenth centuries. Their ideal was the study of Roman law as a legal system and they tried to distinguish clearly between classical and post-classical Roman law. With the reception of Roman law in Europe, the utilitarian approach prevailed and it was only towards the end of the nineteenth century, after codification was complete in Europe, that the elegant approach again came to the fore. Freed from its unhistoric service to the dogmatics of modern law, the study of Roman law then became technical and highly specialised.⁵⁴ In essence, modern Romanists, like their earlier humanist counterparts, again approach Roman law as a system in its own right

50 To some extent this is already true: Kaser *idem* 17.

51 Cf Cannata *Ricerca sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano* (1966) 3.

52 See the discussion in Beinart 1952 *SALJ* 162 *et seq.*

53 The Board for the Recognition of University Examinations in Law requires the content of the course in Roman law to be structured so that emphasis is placed on those areas that are essential for the proper understanding of modern law. Roman law therefore need not be presented as a complete subject in its own right.

54 Kaser "Roman law today, two lectures" *Communications of the University of South Africa* (1965) 4. It is not necessary at this stage to investigate the methods and techniques of the modern romanistic science; see in this regard Kaser *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (1972). For a brief discussion and comprehensive bibliography from 1800 up to 1959 see Orestano "Diritto romano" in Azara and Eula (eds) *Novissimo Digesto Italiano* vol 5.

and try to establish the historical facts according to methods accepted in historical science.⁵⁵

I am convinced that the great majority of jurists in this country will be sympathetic towards Roman law and be able to appreciate its great formative qualities, if Roman law is studied as a system in its own right. Only then will they be exposed to the full value of Roman law, namely of its *juris prudentia*, and be able to profit from the added fact that it serves as the basis of most modern legal systems including, of course, our own. Arangio-Ruiz has written:⁵⁶

“It is still the case to-day that there is no jurist who is not, though it may be unconsciously, a Romanist. For no legal matter becomes properly intelligible to us until we have first thrown it into the forms provided by the jurists of Rome.”

There are other lessons to be learnt from a study of Roman law.⁵⁷ To the Roman jurists, law was an art. This was their greatest invention. Systematics, definitions or the formulation of juridical concepts were not considered as an end in themselves but only as a means to realise the ultimate aim of law – the search for what is just and equitable. The Roman jurists were masters in interpreting the social conscience of the people and were able to distinguish between social needs that had to be addressed on the one hand, and ideology or transient matters on the other.

Not only is this basic aim of the Roman lawyers important, but also the manner in which they realised it. The Romans possessed certain qualities that make them a model for every student of jurisprudence. They possessed

“the ability to retain the form while modifying the substance, the mastery of the art of interpretation which effected a harmonising of the opposing claims of justice in the individual case with the certainty that is an essential ingredient of any legal system worthy of the name and the ability to put existing institutions to wholly new uses as new situations developed”.⁵⁸

The challenge facing teachers of Roman law in this country is to present Roman law as a coherent whole while emphasising the general characteristics of Roman legal science; that

“which has the greatest merit of having laid down some basic principles which we, after millennia of experience, can consider to such an extent actual and universal, that we cannot possibly depart from them without disowning the very basis of human society and the very function of law”.⁵⁹

55 Van den Brink *The charm of legal history* (1974) 18.

56 Quoted by Kerr Wylie 1939 *SALJ* 214. Cf also Feenstra 10 20 *et seq.* On the value of Roman law in comparative law see Stone “The role of Roman law in teaching law comparatively” 1956 *Butterworths SA LR* 119; Zajtay and Hosten “The permanence of Roman law concepts in the continental legal systems” 1969 *CILSA* 181.

57 I need not dwell on the obvious benefits flowing from any historical study in general and legal history in particular. Suffice it to say: *caeca sine historia juris prudentia*. If I may also borrow the example given by Biondi “Crisi e sorti dello studio del diritto romano” in *Scritti giuridici I* (1965) 395: all athletes know that it is necessary to take a good many paces backwards in order to do the long jump! See also Visser 19 *et seq.*

58 Thomas *Textbook* 5; likewise Biondi “Universalità e perennità della giurisprudenza romana” *Scritti giuridici I* (1965) 438 and Burdese 1990 *Index* 7 10 *et seq.* On the methods of the Roman jurists as law makers, see Schulz *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961) 117 *et seq.*

59 Biondi “Aspetti universali e perenni del pensiero giuridico romano” in *Scritti giuridici I* (1965) 465. See also Kerr Wylie 1939 *SALJ* 212 *et seq.*

In this manner the study of Roman law will always be relevant and illuminating. It teaches what the law should be and the proper role of the jurist in ensuring that justice be done.

CONCLUSION

I have great confidence in the future of Roman law. In the past, the interest in Roman law increased when the legal science of a country had reached the cross-roads.⁶⁰ In these times of social and political transition for South Africa, Roman law can serve as a guide and companion in the maintenance of the three *praecepta iuris*: *honeste vivere, alterum non laedere* and *suum cuique tribuere*.

Lawyers should remember that the mere existence of law does not guarantee fairness, much less substantial justice. There is always the very real danger that the legal order represents nothing but "congealed injustice".⁶¹ Moreover, modern legal science tends to be dogmatic and removed from reality. When confronted with a problem, the lawyer trained in dogmatic constructions rather than in the awareness of the social needs and adaptation of legal rules, feels powerless and turns to the legislature for aid. In doing so, he fails in his calling. Lawyers should not maintain that they are unable to offer assistance, or simply wait for the legislature to make the necessary changes to the law. They should become "romanised", that is, aware of their most important task, that of responding to the needs of society and avoiding engagement in sterile dialectics.⁶² In this respect Roman law can offer guidance and serve as a forensic tool to remove injustice. There is much truth in Beinart's words:

"Often the seeds of a new idea have been planted in Roman law which can be encouraged to grow or even to flourish or an existing Roman institution which has been neglected can be revitalized."⁶³

A recent case, *Mounbatten Investments (Pty) Ltd v Mahomed*,⁶⁴ furnishes a poignant example where the court, with respect, adopted an antiquarian approach⁶⁵ to Roman law and disregarded policy considerations and the broad and general development of the Roman law. By applying Roman law in the strict sense of the word, the court in fact denied the very essence of Roman jurisprudence, namely justice.

Briefly, the facts of the case were as follows: Both parties were motor-car dealers. Plaintiff sold defendant a 1986 BMW motor car for R58 535. The purchase price was made up as follows: R14 535 payable in cash prior to delivery of the car, and the balance of R44 000 made up by the trade in of a BMW 773i motor car. This car was innocently represented by the defendant to be a 1985 model but was in fact found to be a 1983 model. Relying on the *actio quanti-*

60 Beinart 1952 *SALJ* 150. The USA and the modern state of Israel are cited as examples.

61 See Nonet and Selznick *Law and society in transition: toward responsive law* (1978) 29.

62 See Biondi "Crisi e sorti dello studio del diritto romano" *Scritti giuridici I* (1965) 407.

63 "Roman law in a modern uncodified system" 1971 *Acta Juridica* 140.

64 1989 1 SA 172 (D).

65 On this, see in general Van Blerk "The genesis of the 'modernist'-'purist' debate: a historical bird's-eye view" 1984 *THRHR* 255; Forsyth *In danger for their talents: a study of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa from 1950-1980* (1985); 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; Visser 21.

minoris, plaintiff (the seller) claimed payment of the difference between the trade-in value of a 1985 model as against that of a 1983 model.

Two questions had to be decided by the court. First, what was the true nature of the transaction referred to as a trade in? Secondly, is the plaintiff entitled to the relief afforded by the *actio quanti minoris*?

In respect of the first question the court correctly found that

“[in] all the circumstances therefore, it seems . . . inescapable that one contract was entered into in terms of which the defendant bought and the plaintiff sold the 1986 BMW. In terms of that contract the 1983 BMW was delivered in part payment of the purchase price payable for the 1986 BMW. The 1983 BMW was not sold, nor was it bartered”.⁶⁶

The contract between the parties therefore was one of *emptio et venditio* and the court had to proceed to the next question regarding the possible extension of the *actio quanti minoris*.

The court answered this question in the negative:

“There is, so far as I can find, no authority for the proposition that there is an implied warranty in law that the non-monetary portion of the *pretium* (or indeed the monetary portion) is free from latent defects. Nor am I unaware of a ‘careful balance which the law preserves between purchaser and seller’; on the contrary, the law obliges the seller to honour duties (unless he contracts out of them) which are not imposed on the buyer. And finally the proposition that an innocent seller may be overreached ‘by an unscrupulous purchaser feigning ignorance of a latent defect’ is, with great respect not convincing. Quite apart from the fact that the seller can protect himself by requiring an express warranty against latent defects, it is, I believe, a most doubtful proposition that it is the law’s function so to regulate matters as to come to the aid of a litigant who finds it difficult to prove his case.”⁶⁷

The court was correct in finding that no authority exists for the proposition that an implied warranty that the non-monetary portion of the *pretium* is free from latent defects existed in law, the reason being simply that Roman law required the *pretium* to sound in money⁶⁸ and the buyer’s principal obligation therefore was to make the seller owner of the money.⁶⁹ Thus the need never arose for any additional liability on the buyer.⁷⁰ However, in keeping with the innovative spirit of the Roman jurists and their creation of liability for latent defects in the *res vendita* where no liability previously existed, the court had the possibility of extending the *actio quanti minoris* to this case as well.

The broad and general development of the law relating to latent defects as well as to *dicta promissave* (assurances or promises) makes a compelling case for the extension of the *actio quanti minoris*. Pre-classical Roman law insisted that the buyer protect himself by requiring an express warranty against latent

66 179F.

67 180–181.

68 Some controversy did exist with the Sabinians holding that *permutatio* was *emptio venditio* and the Proculians contending that the two contracts were distinct because of the fact that in a contract of sale it was necessary to distinguish between buyer and seller, whereas in the case of *permutatio* such a distinction was unnecessary and, indeed, impossible. The Proculian view carried the day (see *D 18 1 1 1*; *G 3 141*; *Inst 3 23 3*).

69 Arangio-Ruiz *La compravendita in diritto romano* (1961) 202.

70 The Romans did, however, allow the purchase price to consist in some act in addition to the money that was agreed upon. A clear example appears in *D 19 1 6 1*: “Si vendidi tibi insulam certa pecunia et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito, ut reficias . . .” On this see Arangio-Ruiz 7–13 136 *et seq.*

defects. However, when the pulse of trade began to beat too fast for the leisurely methods which had suited the cautious Roman peasant, the need arose to give effect not merely to what the parties had the foresight to incorporate in their formal contract, but also to the general implications of good faith. Hence the remedies provided by the *aediles curules* to supplement the *ius civile* where the purchaser had not covered himself by means of a *stipulatio* against the presence of latent defects in the *res vendita*. The Roman jurists did not shy away from providing equitable relief on the ground that no authority for such a step had existed, or that it would have been illogical. They identified the need for relief in this specific case (namely that of latent defects in the *res vendita*) and provided such equitable relief. As a result of the legislative activities of the *aediles curules* the seller was indeed later held liable for latent defects in the *res vendita* irrespective of his knowledge of such defects, as well as for his *dicta promissave*.⁷¹

The Roman jurists themselves extended the aedilitian actions to contracts of exchange,⁷² and this view was taken over by the Roman-Dutch writers.⁷³ Our courts further broadened the applicability of the aedilitian remedies: After some initial pleas for the extension of these actions to cover instances of innocent misrepresentation on the part of the seller,⁷⁴ the court in *Hall v Milner* defined a *dictum promissumve* in Roman law as

“any statement by the vendor during the negotiations which bears upon the quality or value of the *res vendita* and which can reasonably be construed as intended to be acted upon by the buyer”.⁷⁵

This extension of the aedilitian actions to cover instances of innocent misrepresentation on the part of the seller was confirmed by the Appellate Division in *Phame (Pty) Ltd v Paizes*.⁷⁶

In *Wastie v Security Motors (Pty) Ltd*⁷⁷ the court took the matter a step further and under circumstances similar to that in the *Mountbatten Investments* case, allowed the seller to institute the *actio quanti minoris* and to claim the amount by which the value of the trade-in car had been reduced. Van Zijl J gave reasons for the decision as follows:

“[W]here portion of the *pretium* consists of a thing other than money, then in respect of that thing the purchaser gives the seller – unless he contracts out – a similar warranty that it is free from latent defects. If this were not so that careful balance which the law preserves between purchaser and seller would be disturbed and the innocent seller might on account of an inability to prove the deception of the purchaser be overreached by an unscrupulous purchaser feigning ignorance of the latent defect in the non-money portion of the *pretium*.”⁷⁸

This decision is in perfect accordance with the true spirit of good faith that has formed the basis for the contract of sale ever since the days of classical Roman law. The lack of precedent made it possible for the court to accept the solution that gave the more equitable result.

71 De Zulueta *The Roman law of sale* (1945) 5. On the edicts of the *aediles curules* see Monier *La garantie contre les vices cachés* (1930); Van Warmelo *Vrywaring teen gebreke by koop in Suid-Afrika* (1941) 10 *et seq*; Arangio-Ruiz 361 *et seq*.

72 *D* 21 1 19 5.

73 De Groot 3 31 6; Van Leeuwen *Censura forensis* 1 4 13 7; Van der Keessel *Praelectiones juris hodierni* vol 5 317. See *Wastie v Security Motors (Pty) Ltd* 1972 2 SA 129 (C) 131–132.

74 See Burchell “Honest misrepresentation and damages” 1950 *SALJ* 121; Mulligan “No orchids for misrepresentation” 1951 *SALJ* 157.

75 1959 2 SA 304 (O) 310A.

76 1973 2 SA 397 (A).

77 1972 2 SA 129 (C).

78 132 H.

In refusing to extend the *actio quanti minoris*, Bristowe J in the *Mountbatten Investments* case argued that its extension under the present circumstances would be illogical in view of the fact that a tenant does not have a similar right to reduce his rental if there has been an innocent misrepresentation as to the quality of the premises which he wishes to hire; nor would the principal be able to reduce the remuneration which he is otherwise obliged to pay to his agent if the agent has gone beyond the realms of mere puffing and has said something akin to a *dictum promissumve* as to his capabilities.⁷⁹

It is submitted that the judge applied the law in a dogmatic and unyielding manner and did not search for what is just and equitable. Surely, the fact that an inequitable situation could possibly exist in the case of contracts such as lease⁸⁰ or mandate cannot serve as an excuse to allow it to exist in another? The following words of Kerr⁸¹ seem apposite:

“Those who would prefer to deny all remedies (for simple (innocent) misrepresentation) need to face the question whether the presence of the remedy gives an equitable result. If it does, this is an added reason for the retention of the development.”

The judge concluded by stating:

“[A]part from the fact that the seller can protect himself by requiring an express warranty against latent defects, it is, I believe, a most doubtful proposition that it is the law’s function so to regulate matters as to come to the aid of a litigant who finds it difficult to prove his case.”⁸²

It is difficult to agree with this. It has become axiomatic that it would militate against the nature of a contract as an institution based on good faith to expect of the parties to insist on all kinds of guarantees.⁸³

In South Africa today, the practice of trading in one vehicle for another is an established fact of everyday commercial life.⁸⁴ The Roman jurists were able to adapt the existing law to meet the demands of commerce and justice. It would be a sad reflection on our law if our lawyers and judges should shy from attempting the same. Equitable considerations required the Roman jurists to provide for the liability of the seller even in the absence of any contractual agreement to that effect. Equitable considerations today demand that the buyer should warrant that the non-monetary portion of the *merx* is free from defects.⁸⁵ To

79 180F.

80 Ironically, the extension of the aedilitian remedies to the contract of lease had already been advocated by none other than Cujacius 12 *Observationes* 38 cited by Burchell 1950 *SALJ* 128 fn 1.

81 *The principles of the law of contract* (1989) 217.

82 181B.

83 See Kerr 212–213. In *R v Persotam* 1938 AD 92 95–96, Stratford JA made the following remark: “It would be most unusual for a purchaser to assure the seller that he honestly means to implement the bargain. I am inclined to think that such an unusual protestation would be regarded with suspicion by the other party and would lead to distrust rather than trust.”

84 In 1989 a total of 203 279 new and 469 079 used vehicles were sold. If we assume that only 10 % of all used vehicles were sold in terms of trade-in agreements (the figure is bound to be much higher – in the former West Germany, eg, the figure runs at 40 %) it means a total of 46 907 vehicles, or one trade-in agreement every 3 minutes, Monday to Friday.

85 Also see Hawthorne 1990 *THRHR* 120. In the *Mountbatten Investments* case, the inequitable result becomes clear if the position of the seller who suffered damages as a result of the buyer’s innocent misrepresentation is considered. If the buyer, on the other hand, were held liable for his misrepresentation, the possibility always exists that the latter could claim damages where he himself had been deceived. (If he had not been deceived himself, he would most probably not have suffered any damages and therefore, *cadit quaestio*.)

deny an innocent seller equitable relief despite the fact that a possible remedy is at hand, is a denial of the existence and relevance of Roman law and *iuris prudentia Romana* in South Africa.

My plea is for a reappraisal of the role and importance of Roman law at our universities and eventually also in our courts. Roman law should therefore remain a compulsory subject with the emphasis on teaching students the true value of Roman law as a subject on its own. Its study should not be restricted only to those parts that might be of relevance in legal practice. If we do not heed this call,

“the day will dawn that there will no longer be any chairs in Roman law, the number of professors of Roman law will become fewer, and there will be no students [of Roman law] any more; bursaries will no longer be awarded . . . Who will then keep on studying Roman law?”⁸⁶

86 Guarino 1988 *Labeo* 50 fn 40.

LC STEYN-GEDENKBUNDEL

'n Aantal eksemplare van hierdie verdienstelike bundel is nog beskikbaar en kan bestel word teen R15,00 per eksemplaar van:

Prof DJ Joubert
Sekretaris
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

Volkeregtelike beskerming van minderheidsgroepe: Lesse vir die staatsreg?*

Bertus de Villiers

BA LL.D.

Sentrum vir Konstitusie-Analise, Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing

SUMMARY

International-law protection of minority groups: lessons for constitutional law?

This article deals with the protection of minority groups from an international-law perspective and the development that has taken place at various stages. The emphasis falls on three distinct phases, namely the protection of minority groups before the founding of the League of Nations, during the existence of the League of Nations, and by the United Nations. Attention is drawn to the way in which the definition of "minority group" has developed over the years and the deficiencies that remain. It appears that international law favours the protection of minority groups by means of the protection of the individual rights of their members, although some authors suggest that, in addition, provision should be made for a minority group to be recognised as a legal entity. In conclusion suggestions are made regarding steps that may be considered in order to protect minority groups in constitutional law and their applicability in South Africa.

1 INLEIDING

Die beskerming van minderheidsgroepe is 'n vraagstuk waarmee daar vir eeue reeds in die volkereg geworstel word. Die beskerming van individuele regte, wat veral op die voorgrond geplaas is deur die Amerikaanse en Franse rewolusies, is voorafgegaan deur bilaterale verdrae wat die beskerming van minderheidsgroepe en hul lede ten doel gehad het. Die oogmerk met hierdie artikel is om eerstens ondersoek in te stel na die drie onderskeibare periodes van regsontwikkeling rakende minderheidsgroepe in die volkereg, naamlik die periode voor die stigting van die Volkebond, die periode van die Volkebond en die periode na die stigting van die Verenigde Volke. Tweedens sal aan die einde van elke periode 'n bondige samevatting van die vernaamste kenmerke van daardie periode verskaf word. Derdens sal ter afsluiting verwys word na die volkeregtelike maatreëls wat vir die staatsreg relevant kan wees en in die munisipale reg van

* Dank word teenoor die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing en die Randse Afrikaanse Universiteit uitgespreek vir die finansiële steun vir hierdie navorsing. Die standpunte wat ingeneem word, is dié van die outeur en kan nie aan enige van die twee instansies toegeskryf word nie.

te toegepas kan word om minderheidsgroepe te beskerm. Sodanige stappe kan veral vir state soos Suid-Afrika wat in 'n proses van grondwetlike ontwikkeling is, moontlikhede bied wat oorweging verdien.

2 PERIODE 1: VOOR DIE STIGTING VAN DIE VOLKEBOND

Die beskerming van minderheidsgroepe is op die voorgrond geplaas deur pogings om aan veral godsdienstige groeperinge beskerming te verleen.¹ Die vervolging van lede van godsdienstige minderhede het veral in Europa die stabiliteit bedreig; gevolglik is state daartoe beweeg om verdrae te sluit waarvolgens beskerming aan sommige van die groepe verleen is.²

Die volkereg het in vele opsigte die leiding geneem met die beskerming van minderheidsgroepe deur onder meer reëls te ontwikkel waarvolgens 'n staat moet optree teenoor burgers van 'n ander staat wat in sy grondgebied teenwoordig was.³ Die verdrae waartoe ooreengekom is, het deurgaans geen algemene norme bevat wat op alle minderheidsgroepe van toepassing was nie.⁴ Dit was telkens toegespits op en beperk tot spesifieke groepe.⁵ Alhoewel die verdrae ten aanvang veral toegespits was op die beskerming van godsdienstige groepe, is daar in die negentiende eeu reeds begin om ook aan nie-godsdienstige groepe beskerming te verleen.⁶ Die Kongres van Wenen het in dié vroeë stadium 'n bepaling bevat waarvolgens die Poolse groep aanspraak kon maak op instellings "which guarantee the preservation of their nationality".⁷ Die beginsel onderliggend aan dié bepaling het meegebring dat die lede van die betrokke minderheidsgroep nie alleen op beskerming geregtig was nie, maar dat die groep ook oor instellings kon beskik waarin besluite namens die lede daarvan geneem is.⁸

Die volkereg het in die periode voor die stigting van die Volkebond verskeie tekortkominge ten opsigte van die beskerming van minderheidsgroepe getoon, naamlik:

- Daar was geen objektiewe instansie aan wie klagtes gerig kon word en wat kon toesien dat die bepalings van verdrae nagekom word nie.

1 Heunis *Volkeregterlike beskerming van minderheidsgroepe* (LLM-verhandeling RAU 1981) 13; O'Connell *International law* (1970).

2 Een van die vroegste verdrae was die Verdrag van Oliva van 1660 waarin Pole en Swede op gelyke behandeling van godsdienstige groepe ooreengekom het. Gotlieb *Human rights, federalism and minorities* (1970) 181; Russo *International protection of minorities* (1971).

3 Weinig state het egter gepoog om die bepalings van die volkereg in hul munisipale reg te inkorporeer. Oostenryk was een van die uitsonderings wat in die grondwet van 1876-12-21 gepoog het om aan elke "volkstamm" die onvervreembare reg te waarborg om sy eie taal en identiteit te behou en te bevorder (a 19).

4 Bagley *General principles and problems in the protection of minorities* (1950) 65 verwys na die Weense Verdrag (1606); die Verdrag van Westphale (1648) en die Verdrag van Parys (1763).

5 Gross "The Peace of Westphalia 1648-1948" 1969 *AJIL* 22; Bagley *General principles and problems in the protection of minorities* (1950).

6 In Hongarye (1868), Switserland (1874) en België (1878) is die amptelike status van die onderskeie tale erken en beskerm.

7 A 1. UN Doc E/CN/4/Sub/2 384.

8 De Villiers *Die staatsregterlike beskerming van outonome besluitneming van minderheids-groepe* (LLD-proefskrif RAU 1989) 11; Lador-Lederer "The role of treaty law in the protection of human rights" 1972 *Israel Yearbook of Human Rights* 11.

- Sels indien 'n groep kon aandui dat die bepalings van 'n verdrag verbreek is, het dit telkens oor geen regsremedie beskik om te verseker dat korrektiewe optrede plaasvind nie.⁹
- Daar is telkens volstaan met die beskerming van sekere groepe, wat meebring het dat universele beginsels wat op alle groepe van toepassing kon wees, nie ontwikkel is nie. Die beskerming wat wel aan groepe verleen is, was grootliks op hul individuele lede se reg tot vrye godsdiensoefening gerig en het nie soseer betrekking op kultuur- en taalregte gehad nie.
- Slegs enkele state soos Oostenryk was bereid om die bepalings van verdrae in hul munisipale reg te inkorporeer.¹⁰ Klem is egter deurgaans daarop geplaas dat individuele lidmaatskap van 'n groep vrywillig moet wees, onder meer omrede kultuurrade se besluite nie uitgevoer sou kon word indien die lede van die groep nie bereid was om onder die gesag van die kultuurraad te staan nie.¹¹
- Die verdrae se bewoording was deurgaans so vaag dat die uitvoering daarvan deur uiteenlopende gevolgtrekkings en botsende interpretasies lamgelê is.¹²

3 PERIODE 2: DIE VOLKEBOND

Die stigting van die Volkebond was deels toe te skryf aan die behoefte om deur middel van 'n oorkoepelende internasionale organisasie 'n raamwerk daar te stel wat met die beskerming van minderheidsgroepe behulpsaam kon wees.¹³ Vanweë die reorganisasie van state in Europa na die Eerste Wêreldoorlog was daar talle minderheidsgroepe wat op beskerming aangedring het.¹⁴ Voorsiening is onder meer gemaak vir lede van minderheidsgroepe se reg van toegang tot eie skole, kerke, maatskaplike en sosiale instellings en vir die bydrae deur die staat tot die onderrig van 'n groep indien die konsentrasie van individue dit regverdig het.¹⁵

-
- 9 Die enigste uitkoms was dat een staat dmv buitelandse druk kon poog om 'n ander staat tot nakoming van 'n verdrag te oorreed (Heunis 32). Dié optrede was egter selde in die praktyk geslaagd (Claude *National minorities: an international problem* (1975) 8).
- 10 Volgens die 1900-sensus in Oostenryk was geeneen van die groepe in 'n volstreekte meerderheid nie. Elke individu het aan die groep behoort waarvan hy die taal gebesig het. Die gelykheid van tale in skole, die administrasie en die openbare lewe is vervolgens gewaarborg (Rager "National autonomy in the Austro-Hungarian monarchy" 1942 *Journal of Central European Affairs* 418).
- 11 Sinha "Self-determination in international law and its applicability to the Baltic peoples" in Sprundz and Ruis (reds) *Res Publica* (1968) 258; Bauer *De Nationalitätenfrage und Sozialdemokratie* (1907).
- 12 Claude 9.
- 13 De Villiers 13. Woodrow Wilson het die algemene oortuiging weergegee toe hy verklaar het dat "nothing is more likely to disturb the peace of the world than the treatment which might in certain circumstances be meted out to minorities" (aangehaal in Gotlieb 189). Hieruit blyk dat daar nie noodwendig gesoek is na universele norme vir minderheidsbeskerming nie en dat die aandag slegs toegespits was op daardie groepe wat 'n "bedreiging" vir die stabiliteit van 'n staat kon inhou.
- 14 Daar was ongeveer 40 miljoen mense wat onder die beskrywing "national minority" tuisgebring kon word (Ermacora *The protection of minorities before the United Nations* (1987) 257).
- 15 Thornberry "Is there a phoenix in the ashes? International law and the protection of minority rights" 1980 *Texas Int LJ* 432. Die norm was dat indien die minderheidsgroep 'n bepaalde persentasie van die plaaslike bevolking uitmaak, bv 20 %, die staat sodanige hulp moet verleen.

Die stelsel van beskerming van groepe onder die Volkebond het vir die eerste keer die algemene beginsel erken dat ander groepe as suiwer godsdienstige groepe beskerm moet word.¹⁶ Die verdrae het almal dieselfde strekking gehad, naamlik dat lede van geïdentifiseerde minderheidsgroepe teen diskriminasie beskerm is, toegang tot openbare poste verleen is en moedertaalonderrig kon ontvang, met die staat wat somtyds 'n bydrae moes lewer ten einde die groep behulpsaam te wees om hul eie identiteit te behou en te ontwikkel.¹⁷ Die beskerming van minderheidsgroepe gedurende dié periode het deurgaans betrekking gehad op *onderdrukte of bedreigde* groepe waarvan die lede dieselfde taal- en godsdienstige kenmerke gedeel het.¹⁸

Die tipe beskerming waarop minderheidsgroepe kon reken, kan volgens Alcock in twee kategorieë gedeel word, naamlik "negatiewe" en "positiewe" gelykheidsregte.¹⁹ Die negatiewe gelykheidsregte het individue teen diskriminasie beskerm. Dit het 'n passiewe en neutrale rol van die staat veronderstel. Die positiewe gelykheidsregte daarenteen het 'n plig op die staat geplaas om in sekere omstandighede aktief betrokke te wees ten einde 'n groep behulpsaam te wees om hul eie identiteit te ontwikkel.²⁰

Die Volkebond het 'n volledige werkswyse daargestel waarvolgens groepe wat benadeel is, 'n klage teen die betrokke staat aanhangig kon maak.²¹ Die voorsiening wat ook vir geregtelike toesig gemaak is, het 'n nuwe dimensie van volkeregtelike beskerming van minderheidsgroepe ingelui.²² Alhoewel hierdie hof se bevoegdhede beperk was deurdat dit slegs adviserende opinies kon gee, was die status van die uitsprake van so 'n aard dat dit gelykstaande aan geregtelike uitsprake was.²³ Een van die bekendste opinies van die hof was dié in die *Minority Schools of Albania*-uitspraak, waarin eerstens bevestig is dat die staat alle individue gelyk moet behandel en tweedens dat minderheidsgroepe die nodige geleentheid gebied moet word, in die betrokke geval ten opsigte van skole, om hulle in staat te stel om hul eie identiteit te behou en te ontwikkel.²⁴

16 Die oogmerk met die verdrae was telkens om te verseker dat "a man's nationality and language shall be as sacred and inviolable as his religion" (Bulgakov "The crisis of democracy and the Slavonic world" 1931 *The Slavonic Studies* 521).

17 Ermacora 259; Schuschnigg "The national minority question in Austria before and after 1918" 1959 *Journal of Central European Affairs* 374.

18 De Villiers 14; Seton-Watson "The question of minorities" 1935 *The Slavonic Review* 80. Daar was dus nie voorsiening dat groepe wat nie bedreig is ook op bystand deur die staat kon reken nie.

19 "A new look at the protection of minorities and the principle of equality of human rights" 1977 *Community Development Journal* 87.

20 Die praktiese uitvoerbaarheid van die positiewe gelykheidsregte was deurgaans problematies. State het 'n politieke onwilligheid getoon om sulke projekte aan te pak en die finansiële middele om slegs een groep te bevoordeel, was telkens nie beskikbaar nie.

21 'n Verteenwoordiger van die verontregte groep kon 'n petisie waarin die klage uiteengesit word, aan die Volkebond se Sekretariaat rig. Indien dit aanvaar is, is die petisie na 'n komitee verwys wat belas was met die beskerming van minderheidsgroepe. Dié komitee het die meriete van die klag ondersoek en gepoog om as tussenganger die saak te beredder. Indien alle pogings onsuksesvol was, is die klage vir bespreking op die agenda van die Volkebond geplaas (Thornberry 434; *Protection of linguistic, racial and religious minorities by the League of Nations: series of League of Nations publications* (1931) 170-180).

22 Fawcett *The international protection of minorities* (1981) 5; Feit *The international protection of minorities from 1815-1948* (1965).

23 Feinberg *La jurisdiction de la Court Permanente* (1931) 185.

24 *Advisory opinion* 6 April 1935 PCIJ Ser A/B no 64 17.

Die beskerming van minderheidsgroepe onder die vaandel van die Volkebond regverdig verskillende afleidings.²⁵ Enkele redes waarom daar nie groot sukses behaal is nie, is die volgende:

- State was nie werklik daartoe verbind om hulle verdragregtelike verpligtinge na te kom nie. Die bepaling is op hulle afgedwing en het dus nie op vrywillige ooreenkoms en samewerking berus nie. Daar was voorts ook nie 'n bereidwilligheid om die bepaling van die volkereg in die munisipale reg van state te inkorporeer nie.²⁶ Die "sukses" van 'n verdrag was steeds afhanklik van die druk wat state op mekaar kon uitoefen.²⁷
- Daar is net soos in die periode voor die Volkebond nie daarin geslaag om algemene beginsels wat universele toepassing kon vind, te ontwikkel nie. Daar is hoogstens aandag gegee aan *ad hoc*-gevalle wat meegebring het dat sekere groepe vir beskerming in aanmerking kon kom, terwyl 'n ander soortgelyke groep geïgnoreer is.²⁸ Die konsep "minderheidsgroep" het deurgaans met 'n benadeelde of bedreigde groep in verband gestaan, wat meegebring het dat lede van 'n kultuur- of godsdienstige groep wat nie "bedreig" was nie, nie op enige bystand kon reken nie.
- Die verdrae was op sekere minderheidsgroepe in Europese state toegespits, terwyl die dilemma van groepe in ander state, waaronder dié onder koloniale bewind, geïgnoreer is.²⁹
- Die minderheidsgroepe wat veronderstel was om beskerm te word, was deurgaans nie self betrokke by die proses om metodes te ondersoek om dié doelwit te bereik nie. Die ooreenkomste was meestal 'n verlengstuk van buitelandse betrekkinge, terwyl die minderheidsgroep deur sy staat van oorsprong verteenwoordig is. Groepe het voorts nie oor die nodige bevoegdhede beskik om te voorkom dat die bepaling van verdrae gewysig word nie, selfs al was so 'n wysiging tot hulle nadeel.

Ongeag die kritiek wat teen die Volkebond se benadering uitgespreek kan word, het daar egter ook positiewe ontwikkelings plaasgevind wat oorweging verdien, waaronder die volgende:

- Die belangrike bydrae wat tussen die twee Wêreldoorloë gemaak is, word deur Ermacora beklemtoon wanneer hy opmerk dat

"all dogmatic problems on which the present theory and policy of minority protection focus have already been developed during the world wars".³⁰

25 Sien ook McKean *Equality and discrimination under international law* (1983).

26 'n Staat soos Estland was 'n uitsondering in dié verband. De Villiers "Estland: Kopseer vir USSR maar lesse in minderheidsgroepebeskerming?" 1989 *SA Publikereg* 55. Selfs in Oostenryk het die stelsel van beskerming misluk omrede die verskillende groepe nie tot 'n "common set of rules" verbind was nie (Diamond "The group basis of Austrian politics" 1958 *Journal of Central European Affairs* 134).

27 Claude 50 merk dus tereg op dat "there could be no security for the rights of minorities in a lawless world, where the very concept of right was displaced by the concept of might as the criterion of state behaviour".

28 Sacerdoti "New developments in group consciousness and the international protection of the rights of minorities" 1978 *Group Rights* 120. Die resultaat was dat slegs daardie groepe wat uit invloedryke moederstate afkomstig was, beskerm is terwyl ander soortgelyke groepe vir geen voordele in aanmerking kon kom nie.

29 Rechetov "Minority rights in contemporary international law" 1978 *Revue Hellenique de Droit International* 155.

30 261.

- Daar is gepoog om deur multilaterale verdrae die tekortkominge van die bilaterale verdrae reg te stel.³¹ Dit het onder meer gelei tot die daarstelling van 'n internasionale hof wat klagtes kon aanhoor en adviserende opinies gee. Die noodsaak van die beskerming van groepe is deur die wêreldgemeenskap erken.³² Daar was egter geen verpligting op die state om tydens die opstel of die verandering van verdrae die geaffekteerde minderheidsgroepe te raadpleeg nie.
 - Daar is besef dat die beskerming van minderheidsgroepe nie alleen 'n verbod op diskriminasie teen hulle lede behels nie, maar ook 'n verpligting op die staat plaas om deur positiewe optrede behulpzaam te wees om die lede van die groep in staat te stel om hul eie identiteit te ontwikkel.³³ Die beskerming wat ter sprake is, kom die *individu* toe wat as lid van 'n bepaalde minderheidsgroep gevrywaar word van diskriminasie en waar nodig, bygestaan word.³⁴
 - Individue se lidmaatskap van 'n minderheidsgroep het berus op hul reg van vrye assosiasie. Hulle kon dus op grond van kulturele, godsdienstige of taaloorwegings met 'n groep assosieer. Die staat het in dié opsig 'n passiewe rol vervul deurdat dit nie aan individue kon voorskryf aan watter groep, indien enige, hulle moet behoort nie. Die individu kon dus uit hoofde van die reg van vrye assosiasie by 'n bepaalde groep of die breë bevolking inskakel.
- Erkenning is in beginsel ook verleen aan die feit dat groepe oor instellings kon beskik wat bindende besluite op die lede neem ten opsigte van die sake wat die eiesoortige identiteit van die groep raak.
- Die konsep "minderheidsgroep" het eerstens gedui op individue wat vrywillig verenig rondom taal, kultuur en godsdienstige gemeenskaplikhede. Tweedens het dit betrekking gehad op groepe wat in 'n numeriese minderheid was en wat weens 'n getalle-oorweging beskerm moes word. Derdens het dit gedui op 'n bedreigde of 'n benadeelde groep wat meegebring het dat nie alle kultuurgroepe vir beskerming in aanmerking gekom het nie.

4 PERIODE 3: DIE VERENIGDE VOLKE

Die pogings om minderheidsgroepe deur middel van volkeregtelike bepalings te beskerm, is beëindig met die uitbreek van die Tweede Wêreldoorlog en die daaropvolgende stigting van die Verenigde Volke.³⁵ Die na-oorlogse reaksie teen die identifikasie van groepe en die misbruik waartoe dit onder Nazisme gelei het, het 'n nuwe benadering meegebring wat uitsluitlik op die regte van die

31 Daar is vyf belangrike verdrae gesluit – die sogenaamde "Minority treaties" *Suid-Afrikaanse Regskommissie: Werkstuk 25 "Groeps- en menseregte"* (1989) 331.

32 Kunz "The present status of the international law for the protection of minorities" 1954 *AJIL* 48 282.

33 Die *Minority Schools of Albania*-uitspraak het uitdruklik die beginsel erken dat die staat eerstens moet toesien dat die lede van die minderheidsgroepe op 'n "equal footing" met ander individue geplaas word, en tweedens dat "suitable means" daargestel word om die groep se eiesoortigheid te bewaar (*Advisory opinion* 12).

34 Die praktiese uitvoering van dié verpligting het meestal agterweë gebly. Terwyl state 'n bereidwilligheid getoon het om stappe te doen om diskriminasie uit te skakel, wou hulle nie positiewe bystand aan minderheidsgroepe verleen nie.

35 Daar was nie absolute eenstemmigheid dat die verdrae wat onder die Volkebond tot stand gekom het, outomaties verval het nie; die VV het self aangedui dat die ontbinding van die Volkebond "has not resulted in the *ipso facto* termination of the obligations arising out of the various instruments" (UN Doc E/CN/4/367). Heunis 71 meen dat die verdrae wat op minderheidsgroepe van toepassing was hul gelding verloor het.

individue, ongeag sy groepsverband, konsentreer.³⁶ Die Handves van die Verenigde Volke en die Universele Verklaring van Menseregte bevat gevolglik geen besondere vermelding dat individue vanweë hul groepslidmaatskap beskerm word nie.³⁷

Die Verenigde Volke kon egter deur die jare nie daarin slaag om die beskerming van individue wat tot minderheidsgroepe behoort, te ignoreer nie.³⁸ Die Verenigde Volke was genoop om vanweë sy omvattende pogings om individue teen diskriminasie³⁹ te beskerm, op 'n indirekte wyse aandag te skenk aan die lot van minderheidsgroepe.⁴⁰ Die probleme wat egter ervaar word om 'n bevredigende definisie vir die konsep "minderheidsgroep" te vind, laat Ermacora opmerk dat dit vir die Verenigde Volke 'n onoplosbare vraagstuk was.⁴¹ Hy beklemtoon dat alvorens 'n definisie aanvaarbaar sal wees, dit wetenskaplike en politieke steun van state moet geniet. Hy kom tot die gevolgtrekking dat ongeag die Verenigde Volke se aanvanklike pogings om die beskerming van minderheidsgroepe te vermy,

"the fight against racial discrimination brought the protection of minorities once more into the work of the United Nations".⁴²

Die Verenigde Volke se vertolking van diskriminasie het vir die eerste keer daartoe gelei dat "ras" ook as basis vir groepslidmaatskap en dus beskerming

36 Daarmee word nie gesuggereer dat iemand anders as die individu voorheen die reghebbende was nie – intendeel, die individu was ook onder die Volkebond as die regsobjek beskou. Die VV het egter klem daarop geplaas dat alle individue oor dieselfde regte beskik terwyl daar voorheen net aan individue wat tot sekere groepe behoort het, besondere beskerming verleen is.

37 'n Voorstel van die Sowjet-Unie dat "national minorities shall be guaranteed the right to use their native language, museums and other cultural and educational institutions" is verwerp: *Official Record of the General Assembly Agenda 58 doc A/784*.

38 Capotorti (*Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities* (1979) iii) het in dié verband opgemerk dat die standpunt vir meer as veertig jaar was dat die beskerming van minderheidsgroepe nie meer relevant is nie, maar dat die sewentigerjare bewys het dat dit 'n foutiewe oortuiging was.

39 Barrie ("Group Rights and individual rights: an international perspective" 1988 *SA Publikereg* 109) wys op die onderskeid tussen "diskriminasie" en "differensiasie" en kom tot die gevolgtrekking dat indien verskille tussen individue misbruik word om "special privileges" te behou of in te stel, dit diskriminerend is. Kyk in die verband ook na Van Dyke *Human rights, ethnicity and discrimination* (1985) 4-7 218-220. Die Limburg-beginsels wat riglyne vir die Internasionale Akte vir Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte bevat, bepaal egter dat "special measures" wel getref kan word "for the sole purpose of securing adequate advancement of certain groups and individuals" ten einde hulle op 'n gelyke voet met ander te plaas ("The Limburg principles on the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights" 1987 *Human Rights Quarterly* 127).

40 Sien bv konvensies soos die Volksmoorde Konvensie (1948); die Internasionale Arbeidsorganisasie-Konvensie (1957); die Verbod op Diskriminasie-Konvensie (1965); en die Konsepkonvensie op die Beskerming van Inheemse Groepe (1989), soos hieronder bespreek word.

41 Ermacora 269. Sommige van die VV se pogings word gevind in *Study of the legal validity of the undertakings concerning minorities* UN Doc E/CN 4/367; *Definition of the expression "Prevention of Discrimination" and "Protection of Minorities"* UN Doc E/CN 4/Sub 2/6; *Definition and classification of minorities* Sales no 50 xiv 2; en *Protection of minorities* Sales no 67 xiv 4.

42 Ermacora 303. Die klem val egter steeds op die individu wat vanweë sy bepaalde groepsverbintenis beskerm moet word en nie op die beskerming van die groep as sodanig nie. Die standpunt van die VV is dus nie dat die minderheidsgroep as 'n regspersoon kan kwalifiseer en as sodanig oor regte beskik nie, maar dat die individu die reghebbende is. Die Konsepkonvensie op die Beskerming van Inheemse Groepe (sien hieronder) wyk van dié tradisionele benadering af deur oa aan sekere groepe *regspersoonlikheid* te verleen.

aanvaar is.⁴³ Die Verenigde Volke se gebruik van die konsep "etniese" groep sluit dus individue in wat nie net 'n gemeenskaplike taal, kultuur of godsdienstige oortuiging deel nie, maar ook mense wat aan dieselfde rassegroep behoort. Volgens Capotorti beteken dit dat

"racial and national minorities should therefore be regarded in the same category as ethnic minorities".⁴⁴

Een van die belangrikste na-oorlogse dokumente wat op die beskerming van minderheidsgroepe betrekking het, is die Internasionale Konvensie op Burgerlike en Politieke Regte.⁴⁵ Artikel 27 van dié konvensie bepaal:

"In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language."

Die vraag ontstaan of dié bewoording afwyk van die volkeregtelike benadering dat die individu die reghebbende is en nie die groep as sodanig nie. Capotorti antwoord ontkennend en benadruk dat "these rights are granted to individuals".⁴⁶ Hy toon egter geen beginselbeswaar dat 'n groep wel, indien daarvoor voorsiening gemaak word, as 'n "entity" beskou kan word nie maar argumenteer dat artikel 27 "does not imply any recognition of this sort". Hy toon aan dat alhoewel daar in die spreektaal na artikel 27 verwys word as sou dit "groepsregte" legitimeer, dit in der waarheid die individu beskerm wat met ander individue wat dieselfde kenmerke deel, wil assosieer.⁴⁷

Ermacora is van mening dat beide benaderings uit hoofde van die bewoording van die artikel regverdigbaar is.⁴⁸ Hy wys daarop dat hetsy dit die individu of die groep is wat as regsobjek erken word, die beskerming daarop moet berus dat dit vrywillig is en nie afdedwing word nie.⁴⁹ Wirsing kom daarenteen tot die gevolgtrekking dat

"as has been the practice since the days of the League System of minority protection, in article 27 individuals are designed as the bearers of rights".⁵⁰

Capotorti dui drie redes aan waarom daar nie bedoel is om aan minderheidsgroepe regsobjektiewiteit te verleen nie maar wel aan individue wat met 'n bepaalde groep assosieer:

(a) Vanuit 'n historiese oogpunt het die beskerming van minderheidsgroepe deurgaans die individu as vertrekpunt aanvaar.⁵¹

(b) Die Verenigde Volke poog om deur middel van die konvensie aan individue wat lede van sekere minderheidsgroepe is, op 'n samehangende wyse (wat deel vorm van die instrumente wat menseregte erken) beskerming te verleen.

43 Ermacora 274. Kyk ook na Haver "The United Nations sub-commission on the prevention of discrimination and the protection of minorities" 1982 *Columbia Journal of Transnational Law* 21 103 ev.

44 Par 201 (1979).

45 Geratifiseer op 1976-03-23. *UN Treaty Series* 999 171.

46 Capotorti "Minorities" 1985 *Encyclopaedia of Public International Law* 390.

47 Capotorti *Study on the rights of minorities* Sales no E 78 par 206.

48 Ermacora 308.

49 *Idem* 311.

50 "Cultural minorities: is the world ready to protect them?" 1980 *Canadian Review of Studies in Nationalism* 227.

51 "The substantive rights so far recognised by the United Nations . . . are rather the rights of persons belonging to minorities" (Ramcharan "Minorities' rights and people's rights: the United Nations practice" 1986 *Transnational Perspectives* 29).

(c) Daar is 'n "politieke" beswaar daarteen dat groepe met regs persoonlikheid beklee word omrede dit vir die stabiliteit van die staat 'n bedreiging kan inhou.⁵²

Die volkereg is gevolglik, selfs ná die aanvaarding van artikel 27, nie glashelder oor die juridiese omskrywing van die regs subjek wat ter sprake is wanneer van die beskerming van minderheidsgroepe gepraat word nie. Dit is egter duidelik dat daar 'n besonder noue verband bestaan tussen die beskerming van sekere individuele regte en die voortbestaan en ontwikkeling van 'n groep se eiesoortige identiteit.⁵³ Die afleiding kan gemaak word dat indien sekere kultuur-, godsdiens- en taalregte van individue beskerm word, die groep waarvan die individu lid is ten minste op 'n indirekte wyse beskerm word.⁵⁴ Die konvensie word egter gekritiseer omrede dit net 'n weerhoudingsplig op die staat plaas en nie uitdruklik van hom verwag om positiewe stappe te doen om 'n individu behulpsaam te wees om sy eie identiteit binne groepsverband te bevorder nie.⁵⁵

Capotorti omskryf 'n "minderheidsgroep" na 'n deeglike ondersoek in opdrag van die Verenigde Volke se Sub-komitee vir die Voorkoming van Diskriminasie en die Beskerming van Minderhede,⁵⁶ as

"a group numerically inferior to the rest of the population of the State, in a non-dominant position, whose members being nationals of the State, possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language".⁵⁷

Ermacora beskryf dié voorstel as "die mees algemene" en die "mees praktiese" omrede dit nie alleen die insette van verskeie regerings verwerk nie, maar ook wetenskaplik aanvaarbaar is.⁵⁸ 'n Interessante kenmerk van dié definisie is dat dit nie die konsep "minderheidsgroep" uitsluitlik aan numeriese grootte koppel nie, maar eerder aan die nie-dominante posisie van 'n groep in die gemeenskap. Daar word dus wegbeweeg van vorige omskrywings waarvolgens numeriese grootte deurslaggewend was.⁵⁹ "Minderheid" dui nou eerder op 'n groep se ondergeskikte of minderwaardige status in die gemeenskap.⁶⁰ Dié benadering kan

52 Capotorti (1979) 35.

53 De Villiers 27. Kiwanuka ("The meaning of 'people' in the African Charter of Human and People's Rights" 1988 *AJIL* 85) redeneer dat kollektiewe regte as *sui generis* beskou moet word omdat "when the group secures the rights in question, then the benefits redound to its individual constituents and are distributed as individual human rights".

54 *Ethnic minorities and groups in Eastern and Western Europe* (1986) 3.

55 Rechetov 159. Capotorti ("The protection of minorities under multilateral agreements on human rights" 1976 *Italian Yearbook on International Law* 23) steun die benadering dat die staat hom nie net moet weerhou van ongeoorloofde optrede nie, maar dat hy ook soms positief behoort op te tree ten einde hulp en bystand aan die individu en die groep te verleen.

56 Haver 1982 *Columbia Journal of Transnational Law* 21 103.

57 Capotorti (1979) par 568.

58 Ermacora 292. Die definisie erken dat vrywillig verwerfde eienskappe soos taal, kultuur, tradisie en godsdiens aanvaarbare redes vir groepsvorming is, maar maak nie melding van ras as norm nie.

59 Dié nuwe benadering is veral toe te skryf aan die feit dat daar groepe is wat as numeriese meerderheid, soos die Swartes in Suid-Afrika, nogtans 'n nie-dominante posisie beklee en dus beskerming verlang (Ermacora 292; UN Doc E/CN 4/641 Annex 1 res 2; E/CN 4/Sub 2/L 2). Capotorti (1979) 50 meld ook dat "the existence in Southern Africa of white minorities having a monopoly of power complicated the question of the identification of minorities".

60 Kallen "The Charter's omission: group rights of Canadian minorities" 1988 *Plural Societies* 18 41.

vanuit 'n sosiologiese oogpunt aanvaarbaar wees, maar dit is onvoldoende as basis om groepe vanuit 'n juridiese oogpunt te omskryf en, indien nodig, te beskerm.⁶¹

Daar is, soos reeds aangedui is, sedert die stigting van die Verenigde Volke 'n magdom pogings geloods om die konsep "minderheidsgroep" op 'n bevredigende wyse te omskryf. Ondanks die veelvoudige definisies kan daar wel tot die gevolgtrekking gekom word dat die klem op groepe val wat in 'n *nie-dominante* posisie⁶² is en waarvan die lede hulle op grond van hul *etniese* eiesoortigheid van die res van die bevolking onderskei en die *begeerte*⁶³ toon om binne *groepsverband* beskerm te word.⁶⁴

Dié gevolgtrekking het 'n drieledige implikasie, naamlik:

- (a) Enige groep individue kan nie op beskerming as groep aandrang nie, maar slegs individue wat hulself vrywillig vanweë etniese gemeenskaplikhede soos taal, kultuur en godsdiens verenig.⁶⁵
- (b) Nie alle etniese groepe word op hierdie wyse beskerm nie, maar slegs dié wat die uitdruklike begeerte na beskerming toon.⁶⁶
- (c) Voorsiening kan gemaak word dat groepe oor instellings kan beskik waarin besluite geneem word wat relevant vir die groep se identiteit en bindend vir die lede van die groep is.⁶⁷

61 De Villiers 389.

62 Die begrip "nie-dominant" is vanuit 'n juridiese perspektief vaag en onseker. In die praktyk kan dit gebeur dat 'n groep as meerderheid tog in sekere maar nie alle opsigte nie, ondergeskik is en op beskerming aandrang. Die huidige omskrywing maak nie daarvoor voorsiening nie. Die Vlaminge in België is eensyds "polities invloedryk en ekonomies welvarend" en dus in sekere opsigte "dominant". Terselfdertyd kla die Vlaminge oor hulle "ondergeskikte sosiale status" wat aan hulle 'n "nie-dominante" posisie gee. Die volkereg sou in dié geval dieselfde groep as "dominant" en "nie-dominant" beskou. Dit lei tot onsekerhede en teenstrydighede (sien Obler "Group rights and the linguistic dispute in Brussels" 1981 *Taal en Sosiale Integrasie* 53).

63 Die individu se reg om 'n keuse te maak, beteken nie altyd dat dit in die praktyk moontlik is om van groep te verwissel nie. Fried (*Minorities: community and identity* (1983) 5) dui aan dat lidmaatskap van etniese groepe "selde vrywillig" is omrede buitestaanders nie sonder meer lede kan word nie, terwyl lede telkens verhoed word om hul lidmaatskap op te sê. Dié dilemma kan egter aan groepsdinamika toegeskryf word en nie aan voorskriftelike deur die staat nie.

64 Volgens Ermacora 299 berus dié aandrang daarop dat "the will of a group presupposes an organizational structure of the group so that the group is capable to express its will".

65 In 'n toonaangewende beslissing van die House of Lords, *Mandla v Dowell Lee* 1983 2 AC 562, bepaal die hof dat 'n etniese groep deur die gemeenskap én deur sy lede as 'n groep beskou moet word wat kenmerke soos 'n lang geskiedenis, tradisie en taal het. 'n Individu word lid van die etniese groep indien hy daarby aansluit, deur die ander lede van die groep aanvaar word en "tuis" voel as 'n lid van die groep.

66 Die VV (*The main types and causes of discrimination* par 37) merk in dié verband op dat "the protection of minorities therefore requires positive action to safeguard the rights of the minority group, provided that the people concerned wish to maintain their differences of language and culture" (eie kursivering).

67 Kallen 49 steun die beginsel dat 'n groep oor die kollektiewe reg om outonome besluite te neem, kan beskik. Hy baseer die argument oa op a 1 van die Internasionale Konvensie op Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte wat bepaal dat "all people have the right of self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development". Daar is egter nie eenstemmigheid dat die volkeregtelike beskouing van "self-determination" aanwending kan vind tov groepe binne 'n soewereine staat nie (Ramcharan 29; Van Dyke "Self-determination and minority rights" 1969 *International Studies Quarterly* 225; Higgins *The development of international law through the political organs of the United Nations* (1963) 104; Schoenberg "Limits to self-determination" 1976 *Israel Yearbook of Human Rights* 93; Emerson "Self-determination" 1971 *AJIL* 459).

Een van die onlangsste pogings deur die Verenigde Volke om na die belange van minderheidsgroepe en hul lede om te sien, is vervat in die "Draft Universal Declaration on Indigenous Rights".⁶⁸ Dié konsepkonvensie bepaal onder meer dat inheemse groepe oor *kollektiewe regte* soos die reg op voortbestaan,⁶⁹ die reg om eie identiteit te ontwikkel⁷⁰ en beskerming teen gedwonge assimilasië⁷¹ beskik. 'n Plig word terselfdertyd op die staat geplaas om openbare fondse, indien dit beskikbaar is, te bewillig om 'n inheemse groep by te staan om sy eie identiteit te ontwikkel.⁷² Die groepe se "reg" op tradisionele grond word erken⁷³ asook hul "reg" om deur "verteenwoordigers wat deur hulself verkies is" deel te neem aan besluite wat hulle "voortbestaan en toekoms" raak.⁷⁴ Die konsepkonvensie gaan selfs sover as om die groepe se "kollektiewe reg tot outonomie"⁷⁵ ten opsigte van plaaslike aangeleenthede soos onderwys, kultuur, gesondheid, behuising en welsyn te erken.⁷⁶

Alhoewel die konsepkonvensie nog die geratifiseer is nie,⁷⁷ is die potensiële implikasies daarvan verreikend.⁷⁸ Die konsep gee nie aandag aan "minderheidsgroepe" in die algemeen nie⁷⁹ maar dit kan steeds, indien dit in breë trekke aanvaar word, 'n belangrike presedent skep waarvolgens ander groepe ook in die toekoms regte vir hulself kan beding.⁸⁰

68 E/CN.4/Sub.2/1988/25. Die konsepkonvensie is in Augustus 1988 gepubliseer. Die komitee het in 1981 van die Sub-komitee op die Voorkoming van Diskriminasie en die Beskerming van Minderheidsgroepe opdrag gekry om onder meer ondersoek in te stel na die "evolution of standards concerning the rights of indigenous populations . . ."

69 Deel 2 a 3.

70 Deel 2 a 4.

71 Deel 2 a 5.

72 Deel 2 a 7.

73 Deel 3.

74 Deel 5 a 22.

75 Die verslag bepaal uitdruklik (20) dat "it must be pointed out that collective rights should not be considered as contrary to already existing individual rights, but rather complementary and supportive of those".

76 Deel 5 a 23.

77 Die werkgroep beveel aan dat 1993 as die jaar van die inheemse bevolking verklaar moet word (*Annex 1 31*).

78 Dit is om verskeie redes onwaarskynlik dat die konsepkonvensie in die huidige vorm sonder wysigings aanvaar sal word. Die uitdruklike verlening van kollektiewe regte aan groepe sou in stryd met die VV se tradisionele beskouing wees. Die implikasies van sekere bepalinge, veral dié tov tradisionele grond, is ingrypend. Dit sal nie alleen finansiële gevolge meebring nie maar kan ook lei tot voortdurende geskille oor grense van tradisionele gebiede. Die state wat aan die komitee se werksaamhede deelgeneem het, was ook nie naastenby verteenwoordigend van Afrika en Suid-Amerika nie – die twee streke wat die meeste daardeur geraak sal word. Uit Afrika het slegs Senegal aan die verrigtinge deelgeneem. Die Pan Africanist Congress (PAC) was ook 'n waarnemer.

79 Die konsepkonvensie bevat geen akkurate omskrywing van 'n "indigenous group" nie. Dit wil egter voorkom of dit betrekking het op groepe wat hul oorsprong in die bepaalde staat gehad het en later deur buitestaanders verontreg is; daarom die talle verwysings na grond wat histories deur die groepe geokkupeer is. Die verslag (20) bepaal oa dat "indigenous groups were indeed peoples and not minorities or ethnic groups". Kyk in die verband ook na die "International Labour Conference" se "Convention 169" (1989), nl "Convention concerning indigenous peoples in independent countries".

80 Die Rapporteur (18) benadruk dat die belang van die konsepkonvensie veral in die volgende gesetel is: Dit vind 'n kombinasie tussen individuele en kollektiewe regte; dit beklemtoon groepe se outonomie oor hul eie taal, kultuur, tradisies en godsdiens; en dit erken groepe se aanspraak op tradisionele grond en die hulpbronne wat in dié gebiede is.

'n Werksgroep van die Verenigde Volke wat belas is met 'n ondersoek na die regte van mense wat aan nasionale, etniese, godsdienstige en linguïstiese minderhede behoort, het in 1990 dié organisasie se herwaardering van groepsbeskerming verder gevoer. Die werksgroep wat in 1989 tot stand gebring is, het op 5 Maart 1990 'n konsepdeklarasie⁸¹ aanvaar waarin onder meer vir die volgende voorsiening gemaak word:

- Etniese, linguïstiese en godsdienstige minderheidsgroepe het die reg om hul eie identiteit te bevorder sonder dat daar teen hulle gediskrimineer word (artikel 1).
- Elke staat moet die nodige stappe doen ten einde minderhede behulpsaam te wees om hul eie identiteit by wyse van kultuur, taal, godsdienste, tradisies en gebruike te bevorder.⁸²
- State moet die nodige wetgewende en ander stappe doen om die regte van minderhede in onderwys, kultuur en inligtingverskaffing te bevorder.⁸³
- Minderheidsgroepe het die reg om "effektief" aan die regeringsprosesse van die land deel te neem.⁸⁴

5 SAMEVATTING

Die ontwikkeling van die volkereg voor en na die stigting van die Verenigde Volke beklemtoon die problematiek ten opsigte van die omskrywing en beskerming van minderheidsgroepe.⁸⁵ Daar was tot dusver nie alleen 'n onvermoë om 'n algemeen aanvaarbare en juridies afdwingbare definisie vir die konsep minderheidsgroep te vind nie, maar ook is daar nie algemene instemming dat 'n groep enigsins as *persona iuris* erken word en as sodanig oor regte beskik nie. Die feit dat die volkereg ondanks die teenreaksie na die stigting van die Verenigde Volke steeds aandag aan die beskerming van minderheidsgroepe skenk, beklemtoon die behoefte dat bevredigende antwoorde nog op talle vrae gevind moet word.

Die aandag wat onder leiding van die Verenigde Volke aan die beskerming van minderheidsgroepe gegee word, kan soos volg saamgevat word:⁸⁶

- Daar bestaan nie meer so 'n afsydigheid jeens die beskerming van minderheidsgroepe as toe die Verenigde Volke meer as veertig jaar gelede gestig is nie. Dit is nietemin duidelik dat daar 'n groeiende besef is dat die debat rakende die beskerming van groepe lank nie afgehandel is nie.
- Die volkereg bevat talle teenstrydighede ten opsigte van die omskrywing van minderheidsgroepe en die aard en omvang van beskerming waarop die groepe en hul lede aanspraak kan maak. Dit wil egter voorkom of faktore soos taal,

81 E/CN 4/1990/41.

82 A 3.

83 A 4.

84 A 7.

85 Venter ("Menseregte, groepsregte en die prosesse na groter geregtigheid" 1986 *SA Publikereg* 216) waarsku dat "by die oorweging van die aard en inhoud van groepsregte is daar weinig lig of heil in volkeregtelike geskrifte te vind . . ."

86 De Villiers 28.

kultuur en geloof deurslaggewend is om te bepaal of 'n groep wel as "minderheidsgroep" kwalifiseer.⁸⁷

- Dit is noodsaaklik dat die minderheidsgroep se lede vrywillig met mekaar moet kan assosieer; daar moet dus geen dwang wees om tot die algemene bevolking te behoort of 'n verbod om met 'n groep van eie keuse te assosieer nie.
- "Minderheid" dui nie op numeriese grootte nie, maar eerder op 'n groep se nie-dominante status binne die gemeenskap. In teenstelling met die periode voor die stigting van die Verenigde Volke, verwys "minderheidsgroep" dus na ondergeskikte, sosiale status. Die leemtes in dié omskrywing blyk veral daaruit dat slegs 'n groep wat benadeel of bedreig word as "minderheid" kwalifiseer; dit bring verder mee dat 'n groep se status kan verander van "minderheid" na "meerderheid" en andersom. Dit op sigself plaas die individuele lede van so 'n groep in 'n onsekere posisie en is juridies onhoudbaar.

Die beskerming van minderheidsgroepe behels nie alleen die vrywaring van die lede van die groep teen diskriminasie nie, maar bring ook in sommige gevalle 'n positiewe verpligting mee wat bepaal dat die staat 'n groep en die lede daarvan behulpsaam moet wees ten opsigte van befondsing en die daarstel van sekere fasiliteite ten einde hul eie identiteit te kan behou en ontwikkel.

- Die bystand wat aan 'n groep verleen word, behels onder meer dat dit op 'n persoonlike of geografiese grondslag in staat gestel moet word om besluite te neem oor daardie aangeleenthede wat vir die groep se eiesoortige identiteit van belang is.⁸⁸

6 STAATSREGTELIKE TOEPASSING VAN VOLKEREGETELIKE BEGINSELS

Die volkereg kon nog nie daarin slaag om 'n universele raamwerk vir die beskerming van minderheidsgroepe te ontwikkel wat bindend vir soewereine state is nie. Selfs die state wat mede-ondertekenaars van konvensies is, kan nie juridies verplig word om die bepalinge daarvan teen hul wil na te kom nie. Dit bly gevolglik die taak van individuele state om die riglyne van die volkereg in hul munisipale reg op te neem en in werking te stel.⁸⁹

Volkereglike riglyne waarvan die toepassing in die staatsreg oorweeg kan word, is die volgende:⁹⁰

- Lede van minderheidsgroepe mag nie aan vervolging of uitwissing blootgestel word nie.

87 Die volkereg bied geen vaste uitsluitel tov die "positiewe" beskerming van 'n *rassegroep* nie. Terwyl daar talle pogings aangewend word om lede van rassegroepe teen diskriminasie te beskerm, wil dit voorkom of ras nie aanvaar word as 'n grond vir groepsvorming vir doeleindes van positiewe beskerming indien dit die enigste samebindende faktor tussen individue van verskillende etniese groepe is nie. Die volkereg bepaal gevolglik tans dat lede van 'n rassegroep op "negatiewe" beskerming – dus 'n verbod op diskriminasie – kan aandrang, maar nie op "positiewe" beskerming soos finansiële en ander bystand nie.

88 Vir gevallestudies oor persoonlike outonomie, sien De Villiers (96–141) vir 'n bespreking van België, Estland en Ciprus, en (*idem* 147–354) tov minderheidsgroepe se outonomie binne streeksverband, die gevalle van Indië, Maleisië, Nigerië, Switserland, Kanada en Joego-Slawië.

89 Die afleiding kan dus gemaak word dat ongeag die uitgekristalliseerde volkereglike beginsels "de beskerming van minderheden een binnelandse aangelegenheid is" (Fawcett en Kuper *De internasionale beskerming van minderheden* (1983) 56).

90 Glaser and Joie "Canada's native minorities and their status" 1987 *Plural Societies* 17 73.

- Lede van minderheidsgroepe is op dieselfde gelykwaardige behandeling as alle ander individue geregtig. Dit sluit onder meer 'n verbod teen diskriminasie in.⁹¹
- Individue mag nie verplig word om by 'n groep aan te sluit of verbied word om met die algemene bevolking te assosieer nie.⁹²
- Lede van minderheidsgroepe moet die vryheid geniet – en selfs bygestaan word – om binne groepsverband hul eie kultuur, godsdiens, taal,⁹³ tradisies en dit wat vir die behoud en ontwikkeling van die groep se identiteit van belang is, te beoefen.⁹⁴
- Die probleme wat met die daarstel van 'n juridiese omskrywing van die konsep “minderheidsgroep” ervaar word, regverdig die ontwikkeling van 'n akkurate en meer aanvaarbare konsep. Indien gelet word op die inherente eienskappe van die groepe wat telkens vir beskerming in aanmerking kom, gee faktore soos taal, kultuur en godsdiens deurgaans die deurslag. Die konsep *etniese groep* kan in hierdie verband meer funksioneel wees omdat dit nie alleen wegbeweeg van die negatiewe konnotasie van “minderheid” nie, maar ook omdat dit die tipe groep wat beskerm word, effektief omskryf.⁹⁵
- Statutêre voorsiening behoort gemaak te word dat lede van 'n minderheids-groep, of hulle nou verenig is op 'n geografiese grondslag⁹⁶ en of hulle vanweë verspreide leefpatrone slegs op persoonlike outonomie⁹⁷ aanspraak kan maak,

- 91 Die situasie in die meeste ontwikkelende state is dat, vanweë die heterogene aard van die onderskeie bevolkings, “collective rights are as important as individual rights. Judicial approaches to the protection of minorities are (thus) integrally connected with the judicial doctrine of equality and equal protection” (Tiruchelvam and Coomaraswamy *The role of the judiciary in plural societies* (1987) 181).
- 92 De Villiers (1989). Dinstein “Cultural rights” 1976 *Israel Yearbook of Human Rights* 70.
- 93 Tabory “Language rights as human rights” 1978 *Israel Yearbook of Human Rights* 167.
- 94 “The use of the languages of minority groups in the educational system is a crucial test for determining the ability of these groups to maintain and develop their own characteristics” (Capotorti (1979) 604). In 'n resoluë van die Europese parlement word oa bepaal dat moedertaalonderrig vanaf kleuterskool tot universiteitsvlak bevorder moet word, dat radio en televisie vir minderheidsgroepe toeganklik moet wees, dat taalgebruik in openbare ampte erken moet word en dat die grense van plaaslike regerings, waar moontlik, moet ooreenstem met groepe se woonpatrone (“Resolution on a community charter of regional languages and cultures and on a charter of rights of ethnic minorities” *Official Journal of the European Communities* 1981-01-09).
- 95 'n Etniese groep wat vir staatkundige beskerming in aanmerking kom, kan omskryf word as “enige permanente groepering burgers van 'n staat wat oor sekere gemeenskaplike godsdiensige, kulturele, en/of linguïstiese kenmerke beskik wat hulle van die res van die bevolking onderskei en wat hulself vir sekere doeleindes vrywillig met mekaar verenig en wat eksplisiet of implisiet die behoefte toon om hul eiesoortige identiteit binne groepsverband te behou en te ontwikkel” (De Villiers 396).
- 96 *Idem* 386–420. “Outonomie” kan omskryf word as “die statutêre kompetensies waaroor 'n deeleenheid, dit wil sê 'n etniese groep of 'n streek, kan beskik ten einde oor die sake waarvoor daar statutêre voorsiening gemaak word, selfstandige besluite te kan neem en dit uitvoer in instellings wat, binne die raamwerk van die statutêre bepalings, na die keuse van die deeleenhede se lede saamgestel en verkies word” (*idem* 407). Sien by die geval van Spanje, waar die inwoners van streke in 'n referendum eers tgv outonomie moes gestem en die streekgrondwet aan sekere norme moes voldoen het alvorens outonomie toegeken is (sien De Villiers “Grondwetlike streekontwikkeling in Spanje: enkele riglyne vir die vestiging van streekregerings in Suid-Afrika” 1989 *SA Publikereg* 251).
- 97 De Villiers “Die beskerming van groepe in Brussel en die toepassingsmoontlikhede vir die KwaZulu/Natal Indaba-voorstelle” 1990 *SA Publikereg*, De Villiers *Groepe: meulsteen of bousteen? 'n Regsvergelykende oorsig van state se pogings om groepe te beskerm* (1990) 114–129.

kan versoek dat die deeleenheid (hetsy 'n groep of 'n streek) oor outonome bevoegdhede beskik wat statutêr omskryf word en wat met die behoud en ontwikkeling van die groep se eiesoortige identiteit in 'n direkte verband staan.⁹⁸

Die ontwikkeling wat die beskerming van minderheidsgroepe in die volkereg ondergaan het, kan nie as waardeloos afgemaak word nie. Die omskrywing van die konsep "minderheidsgroep", die regsobjek wat beskerm word, die regsobjekte wat ter sprake is en die verhouding individu *vis-à-vis* groep, is aspekte waarvoor daar in die staatsreg nog nie bevredigende oplossings gevind is nie. Ongeag die leemtes wat steeds in die volkereg voorkom, is wel in 'n mate daarin geslaag om sekere algemene norme vas te lê in teenstelling met individuele state wat telkens *ad hoc* ter beslegting van 'n bepaalde brandpunt optree sonder dat universele beginsels daargestel word. Die staatsreg kan gevolglik met vrug op die volkeregtelike bepalings let ten einde dit wat toepaslik is, te identifiseer en te probeer toepas.

98 Van Dyke 14 meen dat 'n groep wel oor "collective rights" kan beskik indien positiefregtelik daarvoor voorsiening gemaak word. Dinstein sluit hierby aan in "Collective human rights of peoples and minorities" 1976 *ICLQ* 25 112. Svensson ("Liberal democracy and group rights: the legacy of individualism and its impact on American Indian tribes" 1984 *Political Studies* 27 421) is daarenteen van oortuiging dat net die individu oor "intrinsieke" rege kan beskik. Die verlening van streeksoutonomie is 'n algemene verskynsel in federasies soos Switserland (De Villiers 217-232), Indië (*idem* 148-159) en Kanada (*idem* 233-245). Die verlening van outonomie aan verspreide groepe is daarenteen in die praktyk betreklik seldsaam (*idem* 69-146).

The scales of justice must consequently be held firmly and in horizontal balance by the judicial hand, and the considerations for and against the Executive on the one side and the individual on the other accurately weighed strictly in accordance with their actual respective merits and demerits (per Steyn J in Bloem v State President of the RSA 1986 4 SA 1064 (O) 1079).

Die reg aangaande onregmatige mededinging sedert 1983

J Neethling

BA LLM LLD

Professor in die Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

The law of unlawful competition since 1983

Since the publication of Van Heerden and Neethling's *Die reg aangaande onregmatige mededinging* in 1983, there have not only been very important developments in South African case law in this dynamic area of the law of delict, but various important contributions by writers have also been published in this field. The aim of this article is to scrutinise these developments and contributions and at the same time to update the textbook mentioned. For this purpose the system of the book is followed in so far as it is feasible. Decisions are updated to the April 1991 issue of the *South African Law Reports*.

VOORAF

Sedert die publikasie van Van Heerden en Neethling se *Die reg aangaande onregmatige mededinging* in 1983, het daar nie alleen baie belangrike ontwikkelinge in die Suid-Afrikaanse regspraak op hierdie dinamiese gebied van die deliktereg plaasgevind nie, maar het ook verskeie betekenisvolle bydraes van skrywers in hierdie verband die lig gesien.¹ Die oogmerk met hierdie artikel is om die ontwikkelinge en bydraes onder die loep te neem en terselfdertyd vermelde handboek op datum te bring.² Vir doeleindes hiervan word die sistematiek van die handboek dan ook sover doenlik gevolg.

1 INLEIDING³

In verband met die begrippe *mededinging* en *onregmatige mededinging*⁴ behoef dit geen betoog nie dat onregmatige mededinging *mededinging* (oftewel die werf van dieselfde kliënte) tussen minstens twee ondernemers veronderstel; daar kan

1 Nuwe handboeke (of nuwe uitgawes daarvan) wat sedert 1983 gepubliseer is en die reg aangaande onregmatige mededinging in die geheel oorsigtelik behandel, is Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 382-388; Webster en Page *South African law of trade marks, unlawful competition, company names and trading styles* (1986) 396-476; Boberg *The law of delict 1: Aquilian liability* (1984) 149-170; Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1989) 255-262. 'n Bundel van referate (asook van die bespreking daarvan) oor sowel die algemene beginsels as besondere verskyningsvorme van onregmatige mededinging wat tydens 'n seminaar oor die onderwerp gelewer is, het ook verskyn: Neethling (red) *Onregmatige mededinging/Unlawful competition* (1990) 1-161. (Vir resensies hiervan sien Webster 1990 *De Rebus* 648-650; Swart 1991 *THRHR* 166-167.)

2 Die artikel kan gevolglik as byvoegsel tot die handboek dien. Vonnisse is bygewerk tot met die April 1991 aflewering van *Die Suid-Afrikaanse Hofverslae*.

3 Van Heerden en Neethling hfst 1 (1-11).

4 *Idem* 1 8-10.

dus nie van onregmatige mededinging sonder mededinging sprake wees nie.⁵ Hierdie vanselfsprekende waarheid word uitdruklik in *Tie Rack plc v Tie Rack Stores (Pty) Ltd*⁶ bevestig. Die hof wys naamlik 'n aansoek deur 'n *peregrinus* om 'n interdik gebaseer op onder andere onregmatige mededinging van die hand op grond daarvan dat die applikant nie besigheid in Suid-Afrika gedoen en bygevolg nie hier te lande meegeeding het nie. Regter Kriegler stel dit soos volg:⁷

"[O]ne essential component [of unlawful competition] is absent from this case. The parties are not and never have been in competition. The applicant has no business in this country."⁸

Die afdeling van die *mededingingsreg* wat in Suid-Afrika daarop gemik is om die *bestaan* van mededinging te verseker,⁹ te wete die Wet op die Handhawing en Bevordering van Mededinging,¹⁰ het ook ter sprake gekom.¹¹ Hieraan word egter nie verder aandag gegee nie.¹²

2 GRONDSLAG VIR DIE BESKERMING TEEN ONREGMATIGE MEDEDINGING IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG¹³

*Actio iniuriarum*¹⁴

Daar bestaan baie goeie redes waarom die *actio iniuriarum* van geen betekenis in die mededingingstryd behoort te wees nie. Dit gaan naamlik hier oor 'n inwerking op 'n vermoënsgoed, die werfkrag, van 'n ondernemer wat in beginsel

5 So gesien, is die volgende stelling van Joffe R in *Sage Holdings Ltd v Financial Mail (Pty) Ltd* 1991 2 SA 117 (W) 132 geheel en al onaanvaarbaar: "Any person's conduct which interferes with the trader's right to carry on his lawful business, whether he is a competitor or not, may constitute unlawful competition." Dit beteken natuurlik nie dat 'n buitestaander (nie-mededinger) nie ook op die reg op die werfkrag van 'n ondernemer inbreuk kan maak nie – soos inderdaad in hierdie saak gebeur het (sien Van Heerden en Neethling 79–80). Onregmatige *mededinging* is dit egter ten ene male nie.

6 1989 4 SA 427 (T) 445–446.

7 445. Page "The territorial limitations of repute in passing off, and the applicability of unlawful competition to situations created by international trading" in Neethling (red) 53 is nietemin van mening dat die *peregrinus* wel *in casu* beskerming behoort te geniet het en vra die vraag of "the requirement that the parties must be in competition with each other has not been unduly narrowly interpreted . . ." Hierdie vraag, en daarmee saam die posisie van die *peregrinus*, word *infra* par 6 (2) m.b.t. aanklamping in meer besonderhede behandel.

8 Dieselfde opvatting blyk by implikasie ook uit *Trustees, BKA Besigheidstrust v ENCO Produkte en Dienste* 1990 2 SA 102 (T) 110–111. Die hof gee te kenne dat omdat die respondent nie handel gedryf (dws nie meegeeding) het nie, daar nie van onwettige optrede sprake kon wees wat tot onregmatige mededinging aanleiding kon gee nie.

9 Van Heerden en Neethling 10–11.

10 96 van 1979.

11 In *National Home Products (Pty) Ltd v Vynide* 1988 1 SA 60 (T) moes die hof die vraag beantwoord of 'n bepaalde kontrak strydig is met 'n verbod op sekere beperkende praktyke wat kragtens Wet 96 van 1979 (vervat in par 2 van kennisgewing 801 SK 10211 van 1986-05-02) uitgevaardig is (sien hieroor Alberts "Verbod op beperkende praktyke: uitwerking op bestaande kontrakte" 1989 *THRHR* 280–292). Sien verder ivm die toepassing van die wet en die omsetting van "unfair" na "unlawful competition" in hierdie verband, Brooks "Unfair competition and the Maintenance and Promotion of Competition Act 1979" in Neethling (red) 125–129 133–134.

12 Op die wisselwerking tussen Wet 96 van 1979 en die reg insake onregmatige mededinging word *infra* par 6(9) teruggekom.

13 Van Heerden en Neethling hfst 2 (12–31).

14 *Idem* 14–16.

'n Aquiliese eis om vergoeding vir vermoënskade fundeer. Hierdie posisie geld onveranderd ten opsigte van 'n inwerking op die werfkrag wat op 'n *iniuria* volg (soos laster wat tot gevolg het dat 'n ondernemer kliënte en bygevolg winste verloor). Hierteenoor is die *actio iniuriarum* prinsipieel gerig op die verhaal van genoegdoening vir 'n opsetlike persoonlikheidskrenking.¹⁵ In die lig hiervan is dit verbasend dat hoofregter Corbett in *Caxton Ltd v Reeva Forman (Pty) Ltd*¹⁶ nie wou beslis nie of die *actio legis Aquiliae* dan wel die *actio iniuriarum* die toepaslike aksie is om skadevergoeding te verhaal vir die vermoënskade wat op die belasting van 'n regs persoon gevolg het.¹⁷

*Actio legis Aquiliae*¹⁸

1 *Algemene ontwikkeling van Aquiliese aanspreeklikheid*¹⁹

In hierdie verband het die houe die tendens gevolg om Aquiliese aanspreeklikheid te knoop aan elke onregmatige, skuldige veroorsaking van vermoënskade. Hierdie benadering blyk veral uit die bevestiging van die gedingsvatbaarheid van suiwer ekonomiese verlies,²⁰ ook op die gebied van nalatige wanvoorstelling.²¹ Afgesien hiervan het die appèlhof²² ook die deur oopgelaat – anders as in *Union Government v Ocean Accident and Guarantee Corp Ltd*²³ – vir die erkenning van Aquiliese aanspreeklikheid weens die *nalatige* bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding. Belangrike implikasies van hierdie ontwikkelinge vir die reg aangaande onregmatige mededinging is enersyds dat enige nalatige wanvoorstelling – hetsy ten aansien van die eie of 'n mededinger se prestasie – wat

15 *Ibid*; sien ook Neethling *Persoonlikheidsreg* (1985) 75–78; Neethling, Potgieter en Visser 214–268.

16 1990 3 SA 547 (A).

17 560–561. Corbett HR verklaar: “[I]t is common cause that [a trading] corporation may also claim damages to compensate it for any actual loss sustained by it by reason of the defamation. It is not necessary in this case to decide whether this latter claim falls under the *actio iniuriarum* or is rather to be classed as Aquilian . . .” (Sien ook Neethling en Potgieter “Persoonlikheidsregte van 'n regs persoon” 1991 THRHR 125.)

18 Van Heerden en Neethling 16–23.

19 Sien veral *idem* 21–22.

20 *Bv Barlow Rand Ltd t/a Barlow Noordelike Masjinerie Mpy v Lebos* 1985 4 SA 341 (T); *Zimbabwe Banking Corp Ltd v Pyramid Motor Corp (Pvt) Ltd* 1985 4 SA 553 (ZH) 557–558 561 ev; *Whitham v Minister of Home Affairs* 1989 1 SA 116 (ZH) 132–133; *UDC Ltd v Bank of Credit and Commerce Zimbabwe Ltd* 1990 3 SA 529 (ZH); vgl nietemin *Worcester Advice Office v First National Bank Ltd* 1990 4 SA 811 (K) veral 818–820. Sien verder oor aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies in die algemeen Boberg *Delict* 103 ev; Neethling, Potgieter en Visser 242–246; sien ook oor die begrip “suiwer ekonomiese verlies” Neethling en Van Aswegen “Aspekte van aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies: bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding en die rol van beleidsoorwegings” 1989 THRHR 607–608.

21 *Bv Siman and Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 2 SA 888 (A); *Lillicrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers (SA) Pty Ltd* 1985 1 SA 475 (A); *Crede v Standard Bank of SA Ltd* 1988 4 SA 786 (OK); *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A); *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Viljoen* 1990 2 SA 647 (A). Sien in die algemeen oor aanspreeklikheid weens 'n nalatige wanvoorstelling Boberg *Delict* 58 ev; Neethling, Potgieter en Visser 246–252.

22 *Dantex Investment Holdings (Pty) Ltd v Brenner* 1989 1 SA 390 (A); vir 'n bespreking sien Neethling en Van Aswegen 1989 THRHR 607–609; O'Brien “Deliktuele eis weens bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding” 1989 TSAR 274–283.

23 1956 1 SA 577 (A); vgl in die algemeen Neethling, Potgieter en Visser 252–255; Van der Merwe en Olivier 370 ev.

op die werfkrag van 'n mededinger inwerk, gedingsvatbaar behoort te wees; en andersyds dat die nalatige bemoeiing met die kontraktuele verhoudinge van 'n mededinger die Aquiliese aksie behoort te fundeer. Die beslissings wat opset steeds as 'n aanspreeklikheidsvereiste vir "injurious falsehood" of die bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding stel,²⁴ behoort dus nie gevolg te word nie.

2 Positiefregtelike erkenning van Aquiliese aanspreeklikheid op die gebied van onregmatige mededinging²⁵

Die howe het die gebaande weg²⁶ voortgesit en by herhaling onomwonde bevestig dat die *actio legis Aquiliae* die grondslag vir beskerming teen onregmatige mededinging in ons reg verskaf.²⁷ In die *William Grant*-saak²⁸ stel regter Berman dit soos volg:

"In South Africa unlawful competition is recognised as an actionable wrong . . . fitting comfortably under the umbrella provided by the *Lex Aquilia* . . ."

Desnietemin soek die howe steeds, in die besonder wat aanklamping betref, leiding by veral die Engelse reg.²⁹ Met hierdie feit kan op sigself nie fout gevind word nie mits maar die algemene beginsels van ons deliktereg daardeur geen geweld aangedoen word nie.³⁰ Veral moet in gedagte gehou word dat die Engelse reg, anders as ons eie, nie onregmatige mededinging as algemene delik erken nie maar deur die beperkende reëls van "torts" in hierdie verband verkneg word.³¹

Hoe dit ook al sy, 'n belangrike implikasie van die erkenning van Aquiliese aanspreeklikheid is dat die algemene deliksbeginsels nou tot 'n verontregte mededinger se beskikking is selfs in die afwesigheid van 'n regstreekse president

24 Sien Van Heerden en Neethling 21 vn 55 23 149 176–179. Die rol van opset by onregmatige mededinging geniet *infra* par 5 weer aandag.

25 Van Heerden en Neethling 23–29.

26 Sien *idem* 24.

27 Sien bv *Silver Crystal Trading (Pty) Ltd v Namibia Diamond Corporation (Pty) Ltd* 1983 4 SA 884 (D) 887; *Sea Harvest Corporation (Pty) Ltd v Irvin and Johnson Ltd* 1985 2 SA 355 (OK) 359–360; *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 678; *Moroka Swallows Football Club Ltd v The Birds Football Club* 1987 2 SA 511 (W) 519 520; *Elida Gibbs (Pty) Ltd v Colgate Palmolive (Pty) Ltd* 1988 2 SA 350 (W) 357; *Sibex Construction (SA) (Pty) Ltd v Injectaseal CC* 1988 2 SA 54 (T) 63; *Pepsico Inc v United Tobacco Co Ltd* 1988 2 SA 334 (W) 348; *Tie Rack plc v Tie Rack Stores (Pty) Ltd* 1989 4 SA 427 (T) 445; *Union Wine Ltd v E Snell and Co Ltd* 1990 2 SA 189 (K) 200–202; *William Grant and Sons Ltd v Cape Wine and Distillers Ltd* 1990 3 SA 897 (K) 915; *Long John International (Pty) Ltd v Stellenbosch Wine Trust (Pty) Ltd* 1990 4 SA 136 (D) 141; die *Sage Holdings*-saak 1991 2 SA 117 (W) 132; *Times Media Ltd v SABC* 1990 4 SA 604 (W) 606.

28 1990 3 SA 897 (K) 915.

29 In bv *Boswell-Wilkie Circus (Pty) Ltd v Brian Boswell Circus (Pty) Ltd* 1984 1 SA 734 (N) 742 sê die hof oor 'n besondere aanklappingsvraag: "South African case law on the question is thin . . . Plenty can be found, on the other hand, in England. The persuasive authority of English decisions on passing off has long been accepted in this country."

30 Sien ook Van Heerden en Neethling 25 97. Daarom word Stegman R se benadering in *Weber-Stephen Products Co v Albrite Engineering (Pty) Ltd* 1990 2 SA 718 (T) 734–735 onderskryf: "In passing off matters our Courts have frequently looked to the analysis of the problem in English cases. Our law on the subject derives, of course, from the *actio legis Aquiliae* which is unknown in English law. Nevertheless, the analysis of the problem to be found in English cases is often illuminating and can be of assistance in solving the problem of how to apply the principles of our own law to the facts of a particular case." Sien ook *Hoechst Pharmaceuticals (Pty) Ltd v The Beauty Box (Pty) Ltd* 1987 2 SA 600 (A) 613.

31 Sien die *Long John*-saak 1990 4 SA 136 (D) 142–143; sien ook Webster en Page 410–411; Van Heerden en Neethling 14 25.

in die regspraak. Gevolglik hoef 'n mededinger wat die slagoffer van 'n ander se onregmatige nuuthede is, nie te poog om sy eis binne die raamwerk van 'n erkende verskyningsvorm van onregmatige mededinging in te dwing nie.³² Hierdie opvatting blyk duidelik uit die beslissing van die appèlhof in *Schultz v Butt*.³³

"In order to succeed in an action based on unfair competition, the plaintiff must establish all the requisites of Aquilian liability, including proof that the defendant has committed a wrongful act. In such a case, the *wrongfulness which is a requisite of Aquilian liability may fall into a category of clearly recognized illegality*, as in the illustrations given by Corbett J in *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd* 1968 (1) SA 209 (C) at 216F-H, namely trading in contravention of an express statutory prohibition; the making of fraudulent misrepresentations by the rival trader as to his own business; the passing off by a rival trader of his goods or business as being that of his competitor; the publication by the rival trader of injurious falsehoods concerning his competitor's business; and the employment of physical assaults and intimidation designed to prevent a competitor from pursuing his trade. *But it is not limited to unlawfulness of that kind.*"

In hierdie verband moet regter Van Deventer se beslissing in die *Union Wine-saak*³⁴ met omsigtigheid benader word vir sover dit die indruk kan laat dat net erkende verskyningsvorme van onregmatige mededinging gedingsvatbaar is.³⁵

*Skuldvereiste*³⁶ Prinsipieel is sowel opset as nalatigheid voldoende om die *actio legis Aquiliae* te fundeer. Hierdie konsekwensie van die erkenning van Aquiliese aanspreeklikheid by onregmatige mededinging³⁷ word deur twee beslissings met betrekking tot misleiding ten aansien van die eie prestasie as verskyningsvorm van onregmatige mededinging erken.³⁸ Voorheen het die beslissings wat in hierdie verband op die voetspoor van *Geary and Son (Pty) Ltd v Gove*³⁹ gevolg het, slegs bevestig dat Aquiliese aanspreeklikheid geknoop word aan die *bedrieglike* of *opsetlike* wanvoorstelling ten aansien van die eie onderneming (prestasie) wat die werfkrag van 'n mededinger nadelig tref.⁴⁰ In geeneen van dié sake was dit nodig om te beslis of *nalatigheid* 'n voldoende skuldverwyf in die onderhawige gevalle is nie.

Nou aanvaar regter Berman in die *William Grant-saak*,⁴¹ in navolging van

32 Sien Van Heerden en Neethling 25; sien ook Neethling, Potgieter en Visser 255-256.

33 1986 2 SA 667 (A) 678 (my kursivering). Sien ook die *Sea Harvest-saak* 1985 2 SA 355 (OK) 359-360; die *Pepsico-saak* 1988 2 SA 334 (W) 348; die *Tie Rack-saak* 1989 4 SA 427 (T) 445; die *Moroka Swallows-saak* 1987 2 SA 511 (W) 520-521.

34 1990 2 SA 189 (K).

35 Sien *idem* 199-200. Ten einde te slaag, moet die applikant volgens die regter sy eis *in casu*, in die afwesigheid van aanklamping, op 'n ander (erkende) verskyningsvorm van onregmatige mededinging baseer, en hierin faal die applikant na sy mening. Hy sê oa (199): "I have not been referred to any South African decision in which a plaintiff was afforded protection against the use of his unregistered trade mark in the absence of dishonest or wrongful conduct on the part of the defendant." (Sien ook Neethling "Onregmatige mededinging: onregmatigheidskriteria, aanklamping ('passing off'), aanleuning ('misappropriation'), erosie ('dilution') en die reg op die reklameteken" 1990 *THRHR* 580-581.)

36 Van Heerden en Neethling 26-27.

37 *Idem* 20-21 26.

38 Die *Long John-* en *William Grant-saak supra* vn 27.

39 1964 1 SA 434 (A).

40 Sien Van Heerden en Neethling 87-89, veral vn 29.

41 1990 3 SA 897 (K) 915. Hy verklaar: "Put simply, unlawful competition is *culpable or blameworthy* conduct on the part of a person which - in and about the marketing of his product - results in or constitutes a false representation which causes, or which is likely to cause, confusion among or deception of a substantial number of prospective purchasers, eg that it has a distinctive attribute peculiar to that which is marketed by his competitor, and which misrepresentation occasions financial loss to him (the competitor)" (my kursivering).

reger Booyen se beslissing in die *Long John*-saak,⁴² by implikasie *obiter* dat dit wel die geval is. Die gebruik van die begrippe *skuldige* en *skuldige en verwytbare gedrag* (“culpably” en “culpable or blameworthy conduct”) dui naamlik daarop dat die skuldvereiste by onregmatige mededinging ongetwyfeld nie net tot opset (*dolus*) beperk word nie maar ook nalatigheid insluit omdat die begrip “skuld” sowel opset as nalatigheid omvat. Hierdie standpunt word ten volle onderskryf.⁴³

*Skadevereiste*⁴⁴ In *Montres Rolex SA v Kleynhans*⁴⁵ beslis die hof dat ’n bevel tot “an account of profits”⁴⁶ ten einde ’n benadeelde mededinger met sy bewys van skade te hulp te kom, ’n Engelsregtelike remedie is wat nie deel van ons reg is nie en ook nie behoort te wees nie omdat dit ’n ingrypende afwyking van gevestigde beginsels van ons reg sou teweegbring. Hierteenoor bevind regter Seligson dat, anders as in *Harvey Tiling Co (Pty) Ltd v Rodomac*,⁴⁷ ’n bevel tot “an enquiry as to damages” (wat ook uit die Engelse reg stam) “can serve a useful purpose and is not inconsistent with any fundamental tenet of our legal system”.⁴⁸

Interdik⁴⁹

Die regspraak⁵⁰ het feitlik deurgaans⁵¹ bevestig dat skuld (opset en nalatigheid) nòg in die algemeen, nòg met betrekking tot onregmatige mededinging ’n vereiste vir die interdik is.⁵² Met verwysing na sy omskrywing van misleiding ten aansien

42 1990 4 SA 136 (D) 143, waar Booyen R dit soos volg stel: “[A] person who falsely and culpably represents to the public that his products are products of a particular character, composition or origin known by the public under a descriptive name which has gained a public reputation, without passing them off as the product of the plaintiff, who produces what may be termed the genuine products and who thereby causes patrimonial loss to the plaintiff, commits the delict of unlawful competition, and is liable in damages to the plaintiff” (my kursivering).

43 Sien ook Neethling en Potgieter “Die rol van opset by onregmatige mededinging” 1991 *SALJ* 34–35; vgl *supra* par 2 (1). Die rol van opset by die *onregmatigheidsvraag* word *infra* par 5 behandel.

44 Van Heerden en Neethling 27–28.

45 1985 1 SA 55 (K) veral 65–68.

46 Vgl Van Heerden en Neethling 28.

47 1977 1 SA 316 (T) 328; Van Heerden en Neethling 28–29.

48 *Montres Rolex*-saak 1985 1 SA 55 (K) 68–70 op 69. Let nietemin daarop dat so ’n “enquiry” m.b.t. ’n aansoek om ’n interdik nie deur ons prosesreg geregverdig word nie (sien *Haggard Co v SA Tailorscraft (Pty) Ltd* 1985 4 SA 569 (T) 581–582; vgl ook die *Montres Rolex*-saak 70).

49 Van Heerden en Neethling 29–30.

50 Sien die *William Grant*-saak 1990 3 SA 897 (K) 916; die *Long John*-saak 1990 4 SA 136 (D) 143; *R and I Laboratories (Pty) Ltd v Beauty Without Cruelty International (South African Branch)* 1990 3 SA 746 (K) 754–755; die *Elida Gibbs*-saak 1988 2 SA 350 (W) 355; *Hawker v Life Offices Association of South Africa* 1987 3 SA 777 (K) 780; die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 337 met verwysing na Van Heerden en Neethling 116.

51 Sien egter *Escherich Development (Pty) Ltd v Andrew Mentis Steel Sales (Pty) Ltd* 1983 3 SA 810 (W) 813.

52 Sien ook *Boberg Delict* 152; Neethling, Potgieter en Visser 212–213; Van Heerden en Neethling 29–30 89 196; Neethling en Potgieter 1991 *SALJ* 35–36.

van die eie prestasie as verskyningsvorm van onregmatige mededinging in die *Long John*-saak,⁵³ vervolgt regter Booysen:⁵⁴

“It follows also that the injured party is entitled to an interdict restraining such conduct where such patrimonial loss has occurred or is likely to be caused. Perhaps I should add that I take the view that where all the above elements are present save that of fault (or culpability), an interdict would still be justified.”

Soos reeds gestel is, verdien hierdie standpunt volle instemming. Aangesien die interdik daarop gerig is om te verhinder dat onregmatig gehandel word – en nie om begane onregmatigheid te vergeld nie – is daar geen rede waarom skuld aan die kant van die dader ’n vereiste vir die verlening van ’n interdik moet wees nie.⁵⁵

Die vereistes vir ’n tydelike interdik⁵⁶ word ook deur die houe bevestig.⁵⁷

Anton Piller-tipe bevel Hierdie tipe bevel, wat onder andere daarop gerig is om die applikant in staat te stel om noodsaaklike bewysmateriaal te bekom wat in die respondent se besit is, het in verskeie sake (veral met betrekking tot die beskerming van die handelsgeheim in die mededingingstryd)⁵⁸ aandag geniet.⁵⁹ Dit is egter onseker of hierdie prosesmiddel deel van ons reg is, of, indien dit wel die geval is, wat die draagwydte daarvan is.⁶⁰

3 ONREGMATIGHEID EN SUBJEKTIEWE REG IN DIE MEDEDINGINGSTRYD⁶¹

’n Betekenisvolle ontwikkeling op die gebied van die leer van die *subjektiewe reg*⁶² – wat van indirekte belang vir die reg aangaande onregmatige mededinging is⁶³ – is die erkenning van “the subjective right to exercise [a] chosen calling”

53 1990 4 SA 136 (D) 143, aangehaal *supra* vn 42.

54 *Ibid.*

55 Sien Van Heerden en Neethling 29; Neethling en Potgieter 1991 *SALJ* 35–36.

56 Sien Van Heerden en Neethling 30.

57 Sien *bv Multi Tube Systems (Pty) Ltd v Ponting* 1984 3 SA 182 (D) 186; *Cambridge Plan AG v Moore* 1987 4 SA 821 (D) 833; die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 336–337.

58 Sien Knobel “Die deliktuele beskerming van die reg op die handelsgeheim in die mededingingstryd” in Neethling (red) 88 (“Die beskerming van handelsgeheime in die deliktereg” 1990 *THRHR* 501); sien in die algemeen oor hierdie prosesmiddel Burchell “An evaluation of Anton Piller orders – I, II” 1990 *BML* 99–102 113–115.

59 *Bv Trade Fairs and Promotions v Thomson* 1984 4 SA 177 (T); *Cerebos Food Corporation Ltd v Diverse Foods SA (Pty) Ltd* 1984 4 SA 149 (T); *Network Video (Pty) Ltd v Universal City Studios Inc* 1984 4 SA 379 (K) 382–383 (1986 2 SA 734 (A) 755); *Aercrete SA (Pty) Ltd v Skema Engineering Co (Pty) Ltd* 1984 4 SA 814 (D); *Economic Data Processing (Pty) Ltd v Pentreath* 1984 2 SA 605 (W); *Easyfind International (SA) (Pty) Ltd v Instaplan Holdings* 1983 3 SA 917 (W); *Petre and Madco (Pty) Ltd t/a T-chem v Sanderson-Kasner* 1984 3 SA 850 (W); vgl *Jafta v Minister of Law and Order* 1991 2 SA 286 (A); *Continental Wholesalers v Fashion Fantasy (Pty) Ltd* 1983 1 SA 683 (D).

60 Sien Knobel in Neethling (red) 88 veral vn 104 105. Die Anton Piller-tipe bevel is in Projek 57 van die Suid-Afrikaanse Regskommissie ondersoek. Daar word aanbeveel dat bepaalde regs vrae tav dié bevel aan die appèlhof voorgelê word ingevolge a 23 van die Wet op die Hoogeregshof 59 van 1959 (sien Knobel *idem* 88 vn 105).

61 Van Heerden en Neethling hfst 3 (32–47).

62 *Idem* 33–36.

63 Sien ook *infra* par 7 (2) by die bespreking van boikot.

(oftewel die reg op die verdienvermoë) in die *Hawker*-saak.⁶⁴ In hierdie saak is die applikant, 'n versekeringsagent, deur sy werkgever weens wangedrag op 'n swartlys van sy profesie geplaas (die sogenaamde "S-referensie"). Ingevolge hiervan sou hy vir 'n periode van tot twintig jaar van indiensneming in die versekeringsindustrie uitgesluit kon word. Die applikant vra 'n interdik aan ten einde sy vorige werkgever te gebied om sy naam van die swartlys te verwyder. Die hof staan die interdik toe op grond daarvan dat die gewraakte optrede die applikant se reg op die verdienvermoë aantas. Die applikant is naamlik verhoed om sy reg op die verdienvermoë uit te oefen; sodoende is sy gebruiksen genotsbevoegdheede ten aansien van sy verdienvermoë as regsobjek feitelik versteur en is die versteuring ook, in die afwesigheid van regverdiging, *contra bonos mores*.⁶⁵

Nou is dit belangrik om daarop te let dat die reg op die verdienvermoë heelwat ooreenkomste met die reg op die werfkrag toon.⁶⁶ Daarom is dit dan ook in die *Hawker*-saak moontlik om die beginsels wat ten aansien van boikot as verskyningsvorm van onregmatige mededinging geld, aldaar toe te pas.⁶⁷ Omgekeerd behoort egter ook die reëls wat reeds in verband met die beskerming van die verdienvermoë uitgekristalliseer het, (waar moontlik) *mutatis mutandis* in die mededingingstryd aanwending te vind.⁶⁸

Die sogenaamde *reg op ekonomiese bedrywigheid*,⁶⁹ of dan wel die "reg om handel te dryf" as "gemeenregtelike reg of vryheid om te doen wat die hand goed vind om te doen", het weer in die regspraak erkenning geniet.⁷⁰ Hierdie ietwat losse gebruik van die begrip "reg", asook die gelykstelling van "reg" en

64 1987 3 SA 777 (K) 780 (sien Boberg "Being in the black – not always a good thing" 1987 *BML* 61–64 vir 'n bespreking). Hierdie reg hoort tot 'n vyfde kategorie subjektiewe regte – naas die tradisionele vier, te wete saaklike, persoonlike, persoonlikheids- en immaterieelgoedereregte (sien Neethling, Potgieter en Visser 41) – wat as *persoonlike immaterieelgoedereregte* beskryf sou kon word. Regsgoedere soos die verdienvermoë (en kredietwaardigheid) word as persoonlike immateriële goedere tipes omdat hulle eienskappe of elemente van sowel persoonlikheids- as immateriële goed bevat. In die *Hawker*-saak 780 word bv verklaar dat die verdienvermoë sowel "factors of personality" as "a monetary component" het. Hulle is dus nóg suiwer persoonlikheidsgoed, nóg suiwer immateriële goed (sien in die algemeen hieroor Neethling "Persoonlike immaterieelgoedereregte: 'n nuwe kategorie subjektiewe regte?" 1987 *THRHR* 316–324; Neethling en Le Roux "Positief-regtelike erkenning van die reg op die verdienvermoë, of 'the right to exercise a chosen calling'" 1987 *Industrial LJ* 719–730; Neethling, Potgieter en Visser 41–42 vn 70; Neethling "Die reg op die verdienvermoë en die reg op die korrekte inligting as selfstandige subjektiewe regte" 1990 *THRHR* 101–105; sien verder Reinecke "Na-betragtinge oor die skadeleer en voordeeltorekening" 1988 *De Jure* 235; Van der Vyver "The doctrine of private-law rights" in Strauss (red) *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (1988) 232–233; vgl egter Van der Merwe en Olivier 187–188 vn 28, Van der Walt 1990 *THRHR* 141–142 oor verdienvermoë en Klopper *Die beskerming van kredietwaardigheid in die Suid-Afrikaanse reg* (LLD-proefskrif UOVS 1986) 248–249 oor kredietwaardigheid.

65 Sien die *Hawker*-saak 781–790.

66 Sien *idem* 780; Neethling en Le Roux 1987 *Industrial LJ* 723–724 729–730.

67 *Ibid*; sien ook Neethling 1987 *THRHR* 321–322; vgl verder *infra* par 7(2).

68 Howie R se *de lege lata* instemming in die *Hawker*-saak 780–781 met Van Heerden en Neethling 191–197 se benadering tot die opwekking van 'n boikot as verskyningsvorm van onregmatige mededinging – wat in vele opsigte krities teenoor die bestaande regspraak staan – behoort dus *de lege ferenda* inslag in die reg aangaande onregmatige mededinging te vind.

69 Vgl Van Heerden en Neethling 40–42; Neethling *Persoonlikheidsreg* 30–31.

70 *S v Pestana* 1985 3 SA 275 (T) 280, met verwysing na *Estate Agents Board v Lek* 1979 3 SA 1048 (A) 1064.

“vryheid”, kan net tot verwarring met werklike subjektiewe regte lei en behoort daarom eerder vermy te word.⁷¹ In der waarheid is daar by die “reg” of vryheid van doenigheid in ’n samelewing, veral op ekonomiese terrein, hoegenaamd nie van ’n subjektiewe reg sprake nie maar wel van die selfbestemmingsvryheid van die mens in daardie samelewing; as sodanig hoort dit by die regs subjektiwiteit self⁷² en het ’n mens gevolglik met ’n kompetensiebevoegdheid te make.

4 DIE REG OP DIE WERFKRAG AS UITGANGSPUNT BY ONREGMATIGE MEDEDINGING⁷³

Teoretiese beskouing van die reg op die werfkrag as immaterieelgoederereg⁷⁴

In hierdie verband moet verwys word na regter Van Niekerk se goedkeuring in die *Pepsico*-saak⁷⁵ van die volgende *dictum* in ’n Engelse gewysde:⁷⁶

“Goodwill, as the subject of proprietary rights, is incapable of subsisting by itself. It has no independent existence, apart from the business to which it is attached.”

Hierdie beskouing is vatbaar vir kritiek. Eerstens negeer dit die waarheid dat die werfkrag wel selfstandig van die onderneming kan bestaan. Dit is tog ’n ekonomiese feit dat die werfkrag nieteenstaande die verval van die onderneming nog vir ’n tyd lank kan voortbestaan. As sodanig verteenwoordig hierdie werfkrag vir die ondernemer ’n besliste ekonomiese waarde.⁷⁷ Tweedens lei dit tot die onaanvaarbare slotsom dat ’n ondernemer net ’n beskermingswaardige werfkrag kan opbou in die land of area waar hy ’n onderneming het of sake doen. Die werfkrag (of reputasie) wat hy nieteenstaande afwesigheid van ’n onderneming of sakedoening in ’n bepaalde land of gebied verwerf – en wat dus selfstandig van die onderneming in sodanige land of gebied bestaan – word sodoende verontagsaam.⁷⁸

Positiefregtelike erkenning van die reg op die werfkrag van ’n onderneming,⁷⁹ sy dit dan ook nie altyd eksplisiet nie, is nou ’n voldonge feit.⁸⁰ Oor die betekenis van die begrip “goodwill”,⁸¹ wat uitdruklik of by implikasie in ’n aantal sake

71 Sien *supra* vn 69.

72 *Ibid.*

73 Van Heerden en Neethling hfst 4 (48–64).

74 *Idem* 49–54.

75 1988 2 SA 334 (W) 347.

76 *Star Industrial Company Ltd v Jap Kwee Kor* 1976 FSR 256 259; vgl ook die *Tie Rack*-saak 1989 4 SA 427 (T) 442–443 en die verwysing na *Commissioner for Inland Revenue v Muller and Co's Margarine Ltd* [1901] AC 217 224.

77 Van Heerden en Neethling 52–52, veral ook vn 18.

78 Vgl die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 347. Daar word *infra* par 6(2) by die bespreking van die *peregrinus* se posisie by aanklamping vollediger hierop ingegaan (sien voorlopig Webster en Page 419–424; Page in Neethling (red) 41 ev; Van Heerden en Neethling 108–109 veral vn 34).

79 Van Heerden en Neethling 54–57.

80 Sien bv die *Silver Crystal*-saak 1983 4 SA 884 (D) 887; die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 347–348; die *Hawker*-saak 1987 3 SA 777 (K) 780; die *Sage Holdings*-saak 1991 2 SA 117 (W) 131–132; vgl die *R and I Laboratories*-saak 1990 3 SA 746 (K) 755; sien ook Van Heerden “Die mededingingsprinsiep en die *boni mores* as onregmatigheidsnorme by onregmatige mededinging” in Neethling (red) 10–11 (1990 *THRHR* 154).

81 Sien Van Heerden en Neethling 56–57.

ter sprake gekom het, is daar egter nie klaarheid nie. In die *Moroka Swallows*-saak⁸² word “goodwill” tereg as sinoniem vir die werfkrag van die betrokke onderneming (’n sokkerklub) beskryf:

“The goodwill consists of the *drawing power* attached to the reputation which the applicant claims to have built up over many years (spanning the careers of many individual soccer players) for regularly entertaining those who attend soccer matches in which its team plays, with a display of skilful, attractive, exciting and often winning soccer.”

En:

“[T]here are a number of factors that are recognised as contributing to create the *magnet that draws* greater or smaller crowds who are prepared to pay to watch professional soccer matches.”⁸³

In ander sake⁸⁴ weer word “goodwill” gelykgestel met die reputasie van ’n onderneming of daarmee in verband gebring. Dit kom voor of daar in hierdie verband tussen twee gevalle onderskei moet word:⁸⁵

Eerstens kan onder reputasie die *bekendheid* van ’n onderneming (handelsnaam) of produk (handelsmerk) verstaan word.⁸⁶ Nou is dit so dat die bekendheid of reputasie van die handelsnaam of handelsmerk ’n vereiste vir ’n suksesvolle beroep op aanklamping in minstens sommige gevalle is.⁸⁷ Die rede hiervoor is dat bekendheid aanduidend is en dus die nodige *bewys* voorsien dat die betrokke naam of merk onderskeidend van die onderneming of produk geword het en daarom as beskermingswaardige *onderskeidingsteken* kwalifiseer.⁸⁸ So gesien, is reputasie beslis nie in hierdie omstandighede die sinoniem vir werfkrag nie, te meer nog aangesien selfs ’n onderskeidingsteken maar net ’n – weliswaar belangrike – faktor in die vorming van werfkrag daarstel.⁸⁹ Afgesien van die funksie in verband met onderskeidingstekens, kan die bekendheid van ’n onderneming of produk in die algemeen ook nie met die werfkrag van die onderneming gelykgestel word nie. Bekendheid (berugtheid) kan in bepaalde omstandighede trouens die werfkrag verminder of selfs totaal ruïneer.⁹⁰ Daarom kan bekendheid hoogstens ’n faktor in die vorming van werfkrag wees.⁹¹

Tweedens word reputasie veelal nie in die sin van bekendheid nie maar in die sin van die *goeie naam (fama)* van ’n onderneming gebruik. Ook hierdie betekenis van reputasie is nie sinoniem met werfkrag nie; werfkrag is immers veel

82 1987 2 SA 511 (W) 519 523 (my kursivering); sien ook Van Heerden en Neethling 57. In die *Tie Rack*-saak 1989 4 SA 427 (T) 422–423 word “goodwill” ook – met verwysing na die bekende *dictum* in *Commissioner for Inland Revenue v Muller and Co's Margarine Ltd* [1901] AC 217 224 (aangehaal in Van Heerden en Neethling 57 vn 48) – met werfkrag (“the attractive force that brings in custom”) gelykgestel.

83 Sien ook die *Moroka Swallows*-saak 1987 2 SA 511 (W) 523–524 oor die faktore wat die werfkrag van ’n sokkerklub mede kan bepaal.

84 Sien bv *Brian Boswell Circus (Pty) Ltd v Boswell-Wilkie Circus (Pty) Ltd* 1985 4 SA 466 (A) 479; die *Moroka Swallows*-saak 1987 2 SA 511 (W) 519–521 529; die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 338–340; die *Tie Rack*-saak 1989 4 SA 427 (T) 443–445.

85 Sien ook Van Heerden en Neethling 57; Neethling “Aanklamping (‘passing off’) – gebruik van eie naam as handelsnaam” 1986 *THRHR* 233–234.

86 In bv die *Brian Boswell*-appêlhofsak 1985 4 SA 466 (A) 479 gaan reputasie oor “the extent to which that name is associated in the minds of members of the public with the business carried on by the plaintiff”.

87 Sien Van Heerden en Neethling 99–109. Ek kom *infra* par 6(2) by aanklamping hierop terug.

88 Sien *idem* 101 102 104.

89 Sien *idem* 59 61–62.

90 Dink maar aan die bekende Thalidomide-geval.

91 Vgl Van Heerden en Neethling 49–51 oor die betekenis van werfkrag.

meer as net die goeie naam van 'n onderneming. In die mededingingstryd kan die werfkrag trouens aangetas word sonder dat die goeie naam van die onderneming hoegenaamd daaronder ly, soos waar 'n ondernemer onware reklame vir sy eie produk maak. Dit beteken natuurlik nie dat die goeie naam van 'n onderneming geen rol in hierdie verband speel nie; inderdaad is die goeie naam 'n faktor wat die werfkrag medebepaal.⁹²

Vir sover die reputasie (in die sin van sowel bekendheid as die goeie naam) van 'n onderneming sy werfkrag wel medebepaal en daarom deel of 'n aspek daarvan is, is dit moeilik om te begryp waarom die hoewe hierdie feit negeer as die beskermingswaardigheid van die werfkrag van 'n buitelandse onderneming wat nie sake in Suid-Afrika doen nie, hier te lande op die spel is.⁹³ Volgens die gewysdes⁹⁴ is die reputasie wat in ons land bestaan – om watter rede ook al – dan nie (meer) deel van die werfkrag van die buitelandse onderneming nie⁹⁵ en word daarom nie teen byvoorbeeld aanklamping beskerm nie.⁹⁶

*Die reg op die werfkrag en regte op die onderskeidingstekens*⁹⁷ In verband met die gebruik van die *eie naam* as handelsnaam of -merk, oftewel as onderskeidingsteken, is daar een aspek wat aandag verdien. Dit is naamlik die aard van die reg wat op die eie naam betrekking het.⁹⁸ Beskouings hieroor is uiteenlopend. In die *Brian Boswell-appêlhofsaak*⁹⁹ word verwys na *Policansky Bros Ltd v L and H Policansky*¹⁰⁰ waar die hof van mening is dat die “reg” (bevoegdheid) wat 'n persoon het om sy naam in verband met 'n onderneming of produk te gebruik, uit hoofde van 'n “property right” of “quasi-property right” geskied.¹⁰¹ Hierteenoor huldig die advokate vir die appellant in die *Brian Boswell*-saak die opvatting dat bedoelde bevoegdheid deur die persoonlikheidsreg op identiteit gegrondves word,¹⁰² welke opvatting van die reg op identiteit op hulle beurt deur

92 Vgl bv die *Moroka Swallows*-saak 1987 2 SA 511 (W) 529; sien ook Van Heerden en Neethling 56–57.

93 Van Heerden en Neethling 108–109.

94 Sien bv die *Tie Rack*-saak 1989 4 SA 427 (T) 442–445; die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 347; sien ook Webster en Page 420–421.

95 Wat natuurlik bevestig dat ook volgens sommige sake werfkrag en reputasie nie identies is nie (sien Webster en Page 421; die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (T) 343). Hierdie feit beteken egter nie dat hulle vir doeleindes van regsbeskerming in die onderhawige gevalle verskillend beoordeel moet word nie aangesien reputasie tog 'n aspek van werfkrag is.

96 Hierop word *infra* par 6(2) ingegaan; vgl *supra* vn 78.

97 Van Heerden en Neethling 58–64.

98 *Idem* 63–64 105 vn 21; sien veral Neethling 1986 *THRHR* 234–236.

99 1985 4 SA 466 (A) 479–480.

100 1935 AD 89 101.

101 Volgens Corbett AR (497) is hierdie beskouing nietemin “open to some debate”.

102 *Idem* 467–468. Hulle sê nl: “A person's name is part of his overall 'identity'. J Neethling, in his thesis for a Doctorate in Laws of the University of South Africa which is entitled *Die Reg op Privaatheid*, describes the right to identity as consisting of the following: ‘fasette van 'n persoon se persoonlikheid wat hom as 'n bepaalde persoon identifiseer; wat dus kenmerkend van of eie aan hom is, en hom sodoende van andere onderskei, dws sy lewensgeskiedenis, sy karakter, sy stem, sy handskrif, sy gestaltebeeld, sy naam ens’. Being a part of his personal identity, an individual must acquire certain rights both to protect his name and also to exploit it in the manner which to him seems appropriate. In choosing a name under which to carry on a business activity, a person or group of persons may choose his or their own names or the name of someone else or the name of some thing or place or he or they may invent a completely new name which is not associated with any known person or thing. If a surname is chosen it should be done in the knowledge that any other person bearing that surname has certain rights in it and, in particular, may assert and make known his own identity by using it.”

die advokate vir die respondent weerspreek word.¹⁰³

Nou kom dit my voor of daar in hierdie verband baie noukeurig tussen *regsbevoegdheid* aan die een kant, en *persoonlikheidsregte* en *immaterieelgoedere-regte* as *subjektiewe regte* aan die ander kant, onderskei moet word. Joubert¹⁰⁴ stel die onderskeid soos volg:

“Heeltmaal apart van mekaar staan die regpersoonlikheid van die mens, die funksie waarvolgens hy doende in die reg optree, waarin ook opgesluit is sy bevoegdheid om subjektiewe regte en verpligtinge te kan dra, en die subjektiewe regte self wat hy kragtens sy subjektsfunksie het of kan verwerf.”

Die funksie om doende te wees, of, soos reeds gestel is,¹⁰⁵ die *vryheid* om doende te wees, is dus die selfbestemmingsvryheid van die mens in ’n samelewing. Gesien in hierdie lig is die “reg” van ’n persoon om handel te dryf en sy familienaam in verband met sy onderneming of produkte te gebruik, niks anders nie as aspekte van die funksie om doende te wees, oftewel van sy selfbestemmingsvryheid binne die perke van die reg. As sodanig hoort dit by die regsobjektiwiteit self.¹⁰⁶ Daarom kan die “reg” om ’n familienaam in die handel te gebruik nòg deur ’n “property right”, nòg deur ’n persoonlikheidsreg fundeer word.

Hierdie opvatting beteken nietemin nie dat ’n persoon nie in verband met sy eie naam subjektiewe regte het of kan verwerf nie. Inteendeel. Die naam van ’n persoon is in eerste instansie persoonlikheidsgoed, ’n faset van die individu se eieaard of identiteit wat hom individualiseer en sodoende van andere onderskei.¹⁰⁷ Waar ’n ondernemer egter sy eie naam ter onderskeiding van sy onderneming (of produkte) aanwend en dit sodoende sy onderneming individualiseer, val dit ongetwyfeld buite die persoonlikheidsfeer van die ondernemer. Dat dit so is, blyk uit die feit dat na oordrag van ’n onderneming die verkryger dit onder die ou naam kan voortsit; des te meer blyk dit uit die voortbestaan van die handelsnaam nadat die oorspronklike ondernemer te sterwe gekom het. Die eenvoudige feit is dat die handelsnaam nie die ondernemer nie, maar die onderneming individualiseer. Daarom dien die eie naam hier as objek van ’n immaterieelgoedere-reg op die onderskeidingstekens.¹⁰⁸ Samevattend kan gestel word dat ek as persoon aanspraak kan maak op die erkenning van my identiteit of individualiteit en as ondernemer op die individualiteit van my onderneming; en alhoewel dieselfde woorde my persoon en my onderneming individualiseer, het ’n mens tog hier met twee aparte regsgoedere en derhalwe objekte van verskillende regte te doen.

103 Hulle argumenteer soos volg (*idem* 475): “The quotation by appellants from Neethling’s thesis *Die Reg op Privaatheid* is repeated in his book *Persoonlikheidsreg* at 50. When read in its context it is clear that *Neethling* is here concerned with the right to an identity – an individual personality. *Neethling’s* reference (footnote 53) to W A Joubert *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* at 134 reinforces that interpretation. The emphasis is on the social attributes to one’s own name and own identity and not the right to its commercial exploitation.”

104 *Grondslae van die persoonlikheidsreg* (1953) 123; sien ook Neethling *Persoonlikheidsreg* 30–31.

105 *Supra* par 3; sien ook Joubert *idem* 127.

106 *Ibid*; sien ook Van Heerden en Neethling 36 41–42 54–55.

107 Sien Neethling *Persoonlikheidsreg* 47.

108 Van Heerden en Neethling 63–64.

Ten slotte moet genoem word dat afgesien van die *onderskeidingswaarde* wat die eie naam met betrekking tot die individu self asook sy onderneming het of kan hê, die naam beslis ook *reklamewaarde* sowel binne as buite ondernemingsverband kan besit. Mostert¹⁰⁹ voer in hierdie verband oortuigende argumente ten gunste van die erkenning van 'n selfstandige *immaterieelgoederereg op die reklameteken (-beeld)* aan. Sodoende sal 'n persoon (soos 'n bekende akteur of sportman) in staat gestel word om byvoorbeeld die reklamewaarde van sy eie naam vir advertensie- of ander kommersiële doeleindes te benut.¹¹⁰

5 AANTASTING VAN DIE REG OP DIE WERFKRAG: ONREGMATIGHEID¹¹¹

Die saak *Modimogale v Zweni*¹¹² bevestig die feit dat die aantasting van 'n substraat van die werfkrag van 'n onderneming (soos 'n afleweringvoertuig wat in 'n ongeluk afgeskryf word) nie noodwendig die werfkrag ook feitelik tref nie. In hierdie saak is 'n motorvoertuig van die eiseres as gevolg van die verweerder se nalatigheid beskadig. Die voertuig het 'n noodsaaklike vervoerfunksie in die eiseres se onderneming verrig. Daarsonder sou sy nie haar onderneming kon bedryf nie en sou sy gevolglik finansiële (wins-)verlies gely het (oftewel 'n inwerking op haar werfkrag ondergaan het). Ten einde sodanige benadeling van haar onderneming se werfkrag teen te werk – en sodoende haar skade nie te laat oploop nie – het sy van 'n huurmotor gebruik gemaak om haar besigheid mee voort te sit. Die hof beslis dat aangesien haar optrede redelik was, sy die huurmotor-onkoste ook van die verweerder kan verhaal.

Waar daar wel 'n feitelike inwerking op die werfkrag voorkom, is sodanige inwerking in die afwesigheid van regsnormoortreding nie onregmatig nie. Hierdie waarheid word nogmaals deur die appèlhof in *Taylor and Horne (Pty) Ltd v Dentall (Pty) Ltd*¹¹³ onderstreep. Appèlregter Van Heerden stel dit so:

“It has often been said that competition is the life blood of commerce. It is the availability of the same, or similar, products from more than one source that results in the public paying a reasonable price therefor. Hence competition as such cannot be unlawful, no matter to what extent it injures the custom built up by a trader who first marketed a particular product or first ventured into a particular sphere of commerce.”

'n Mededinger wat hom oor die aantasting van sy reg op die werfkrag bekla, moet vanselfsprekend die bestaan van dié reg bewys. Sodanige bewys is uit die aard van die saak egter onmoontlik waar die mededinger sy werfkrag uit onwettige of ongeoorloofde aktiwiteite opgebou het. In hierdie omstandighede vestig hy beslis nie 'n reg op dié werfkrag wat geskend kan word nie.¹¹⁴

109 *Grondslae van die reg op die reklamebeeld* (LLD-proefskrif RAU 1985) hfst IV v VI.

110 Sien ook Neethling *Persoonlikheidsreg* 48 vn 16; Van Heerden en Neethling 78 vn 63.

111 Van Heerden en Neethling hfst 5 (65–80).

112 1990 4 SA 112 (BGD) (in navolging van *Shrog v Valentine* 1949 3 SA 1228 (T)); vgl Neethling, Potgieter en Visser 189–190. Sien hieroor Van Heerden en Neethling 66.

113 1991 1 SA 412 (A) 421–422. Sien hieroor Van Heerden en Neethling 66–67.

114 Met verwysing na *Unity Longhuals (Edms) Bpk v Grindrod Transport (Pty) Ltd* 1978 2 SA 77 (D) 79 en Van Heerden en Neethling 158 vn 40 verklaar Howie R in *Boiler Efficiency Services CC v Coalcar (Cape) (Pty) Ltd* 1989 3 SA 460 (K) 465: “The learned authors’ proposition is clearly correct that an applicant trader who seeks to interdict competition must show that his clear right is based, *inter alia*, on the fact that his own trading is lawful. And their reference to the *Unity Longhuals* case in this connection is certainly appropriate.”

Onregmatigheidskriteria¹¹⁵

“Fairness and honesty” Aanvanklik het die houe die grense van die reg op die werfkrag in die mededingingstryd net met verwysing na die maatstaf van “fairness and honesty” in handel en mededinging omlyn. Onsekerheid bestaan egter of *billikheid* en *eerlikheid* twee selfstandige onregmatigheidskriteria daarstel, dan wel of die twee begrippe net gesamentlik as enkele onregmatigheidsmaatstaf dien.¹¹⁶

Laasgenoemde benadering, wat die eerste keer in *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd*¹¹⁷ voorgehou is en die klem op die oneerlikheids-element laat val,¹¹⁸ word in die *Union Wine*-saak¹¹⁹ onderstreep. ’n Mens kry trouens die indruk dat waar oneerlikheid ontbreek, ’n andersins onbillike mededingingshandeling volgens regter Van Deventer nooit onregmatig is nie.¹²⁰ Sodoende word oneerlikheid as ’t ware tot alleenstaande, deurslaggewende onregmatigheidsmaatstaf verhef.

Hierdie beskouing moet bevraagteken word.¹²¹ Alhoewel ’n oneerlike mededingingshandeling wat op die werfkrag van ’n ondernemer inwerk in die reël onregmatig is,¹²² is dit nie noodwendig die geval nie. Soos regter Van Dijkhorst tereg uitwys,¹²³ word byvoorbeeld die “dishonest puffing” van ware veelal deur die reg geduld.¹²⁴ Aan die ander kant kan ’n mededingingshandeling onregmatig wees ook by ontstentenis van enige vorm van oneerlikheid.¹²⁵ ’n Mens dink byvoorbeeld aan die *bona fide* opwekking van ’n boikot wat nie geregverdig is nie.¹²⁶ Die slotsom is dus dat “dishonesty” nie die enigste onregmatigheidsmaatstaf in die mededingingstryd kan wees nie.¹²⁷

Die beskouing dat billikheid (“fairness”) nie op sigself as onregmatigheidsmaatstaf kan dien nie,¹²⁸ word ook deur appèlregter Van Heerden in twyfel getrek.¹²⁹ Volgens hom word daar spesifiek verwys na “criteria such as fairness

115 Van Heerden en Neethling 67–77.

116 *Idem* 68–69.

117 1977 2 SA 221 (K) 249–250. Vgl Van Heerden en Neethling 69; Van Heerden 1990 *THRHR* 152; Neethling 1990 *THRHR* 581–582.

118 Theron R is nl van mening dat net mededinging wat “unfair and dishonest” is as onregmatig aangemerkt kan word. Die klem val trouens op “dishonesty” sodat “unfairness” alleen nie ’n handeling onregmatig kan maak nie.

119 1990 2 SA 189 (K) 199 200 201; sien ook Neethling 1990 *THRHR* 582.

120 Hy sê nl (203): “My conclusion is that in the absence of dishonesty, unfairness *per se* cannot serve as a criterion for unlawfulness.”

121 Sien ook Neethling 1990 *THRHR* 582; Van Heerden en Neethling 69 vn 26 met verwysing na Van Dijkhorst R se redenasie in *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd* 1981 2 SA 173 (T) 187.

122 Vgl Van Heerden 1990 *THRHR* 152.

123 *Atlas*-saak 1981 2 SA 173 (T) 187.

124 Sien hieroor Van Heerden en Neethling 90; die *Elida Gibbs*-saak 1988 2 SA 350 (W) 359–360. Sien ook Dean “Unlawful competition: The roles of wrongfulness and dishonesty” 1990 *BML* 16–18.

125 Van Heerden 1990 *THRHR* 152.

126 *Atlas*-saak 1981 2 SA 173 (T) 187.

127 Sien ook die *Elida Gibbs*-saak 1988 2 SA 350 (W) 356.

128 Soos blyk uit bv die *Stellenbosch Wine Trust*-saak 1977 2 SA 221 (K) 249–250 en die *Union Wine*-saak 1990 2 SA 189 (K) 203 (sien *supra* vn 117–119); vgl ook die *William Grant*-saak 1990 3 SA 897 (K) 916.

129 1990 *THRHR* 152–153.

and honesty”,¹³⁰ en aangesien ’n oneerlike mededingingshandeling nouliks ’n billike een kan wees, sou met “honesty” volstaan gewees het indien “fairness” nie ook ’n selfstandige funksie te vervul het nie. Onbillikheid moet egter nie hier as ’n pre-juridiese morele begrip opgevat word nie, maar eerder as ’n kriterium waarvolgens ’n mededingingshandeling *regtens* as onbillik en bygevolg onregmatig aangemerkt sou kon word.¹³¹

Boni mores Soos bekend,¹³² word die onregmatigheidsvraag in die *Atlas*-saak¹³³ hanteer met verwysing na “public policy”, “the general sense of justice of the community” of die *boni mores*. Sodoende word die algemene onregmatigheidsmaatstaf van die deliktereg¹³⁴ ook op die onderhawige gebied van toepassing gemaak. Hierdie beskouing het baie steun in die howe ontlok.¹³⁵

Versoening van boni mores met “fairness and honesty” Appèlregter Van Heerden toon aan dat die *boni mores*-maatstaf as regsoordeel versoenbaar is met die billikheidskriterium indien laasgenoemde ook as ’n regsmaatstaf – en nie as ’n suiwer morele oordeel nie – toegepas word.¹³⁶ Hierdie versoening blyk trouens reeds uit die appèlhofbeslissing in *Schultz v Butt*,¹³⁷ waar dit soos volg gestel word:

130 Deur Corbett R in *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd* 1968 1 SA 209 (K) 218–219 (my kursivering).

131 Van Heerden AR stel dit soos volg: “Onbillikheid is uiteraard primêr ’n pre-juridiese begrip. Vir die individu is ’n handeling onbillik indien dit in stryd met sy morele opvatting is. Ek meen egter nie dat regter Corbett [in die *Dun*-saak 1968 1 SA 209 (K)] ’n moreel afkeurenswaardige met ’n onbillike mededingingshandeling gelyk wou stel nie. Veeleer was ‘fairness’ vir hom ’n kriterium waarvolgens bepaalde gedrag as regtens onbillik en derhalwe onregmatig gebrandmerk sou kon word.” In die *Sea Harvest*-saak 1985 2 SA 355 (OK) 359–361 word die begrip “unfair” klaarblyklik in hierdie sin gebruik.

132 Van Heerden en Neethling 69–71.

133 1981 2 SA 173 (T) 188–189.

134 Sien Neethling, Potgieter en Visser 29 ev; vgl ook Van Heerden 1990 *THRHR* 154; Van Heerden en Neethling 67–68 70.

135 Sien bv die *Silver Crystal*-saak 1983 4 SA 884 (D) 888; die *Aercrete*-saak 1984 4 SA 814 (D) 822; *Scott and Leisure Research and Design (Pty) Ltd v Watermaid (Pty) Ltd* 1985 1 SA 211 (K) 223; die *Sea Harvest*-saak 1985 3 SA 355 (OK) 358–359; die *Elida Gibbs*-saak 1988 2 SA 350 (W) 356–357; die *Long John*-saak 1990 4 SA 136 (D) 150; die *Sage Holdings*-saak 1991 2 SA 117 (W) 133; die *Times Media*-saak 1990 4 SA 604 (W) 606; vgl die *Union Wine*-saak 1990 2 SA 189 (K) 202–203; sien ook Van Heerden 1990 *THRHR* 153; Van Heerden en Neethling 70.

136 1990 *THRHR* 153. Hy verklaar met verwysing na die *boni mores*-kriterium: “Die voordeel van hierdie formulering is dat die klem val op ’n regsoordeel en nie op ’n suiwer morele oordeel nie. ’n Mens sou egter net so wel kon sê dat mededinging onregmatig is indien dit volgens die regsdoelstelling van die gemeenskap onbillik of onbetaamlik is. Indien ’n mens steeds voor oë hou dat ’n onbillike handeling regtens nie altyd dieselfde is as ’n handeling wat volgens ’n morele oordeel – selfs die oordeel van ’n deursneemings – onbillik is nie, kom dit dus nouliks daarop aan of ’n mededingingshandeling getoets word aan ’n billikheidskriterium of aan openbare beleid. Welke woordlui ook al gekies word, lê die probleem nie soseer by die formulering nie as by die toepassing van die kriterium.”

137 1986 3 SA 667 (A) 679 (A); sien ook Van Heerden 1990 *THRHR* 153. Corbett “Aspects of the role of policy in the evolution of our common law” 1987 *SALJ* 62 stel die versoening soos volg: “[W]here unlawful competition is alleged and the case does not fall within one of the recognized categories of unlawfulness, the court is required to take a policy decision: a decision orientated by considerations of fairness and honesty, but at the same time guided by *boni mores* and the general sense of justice of the community.”

"In judging of fairness and honesty, regard is had to *boni mores* and the general sense of justice of the community. . . Van der Merwe and Olivier. . . rightly emphasise that 'die regsgevoel van die gemeenskap opgevat moet word as die regsgevoel van die gemeenskap se regsbeleidmakers, soos Wetgewer en Regter'.¹³⁸

In die lig hiervan kan regter Van Schalkwyk se bevinding in die *Elida Gibbs*-saak¹³⁹ dan ook onderskryf word.¹⁴⁰

"[T]here is no doubt that there exists in South African law a 'natural standard of fairness and reasonableness' beyond which competition must not go. What that is must depend upon the facts of each individual case. . . Commercial warfare is not proscribed by our law. So long as the combatants confine themselves to those legitimate methods of competition which the business community recognise as inevitable consequences of participation in commercial enterprise the Courts will refuse to interfere. However, there are certain forms of conduct which, when tested against the *boni mores* of the market place, remain untenable."

Onbillike ("unfair") of onregmatige ("unlawful") mededinging? Waarskynlik omdat die begrip "fairness" as onregmatigheidskriterium beskou word, word die uitdrukking "unfair competition" as sinoniem vir die delik "unlawful competition" in 'n aantal sake gebruik.¹⁴¹ Alhoewel hierteen geen prinsipiële beswaar geopper kan word nie, is dit ter wille van begripshelderheid en bygevolg regsekerheid miskien tog wenslik om sodanige sinonimiteit te vermy. Soos Webster en Page¹⁴² tereg aandui, kan die vereenselwiging van onbillike met onregmatige mededinging net verwarring in die hand werk, nie alleen vanweë die pre-juridiese morele betekenis van die begrip "unfair" nie, maar ook omdat die begrip in ander regstelsels (soos die VSA) 'n eiesoortige betekenis het wat van ons eie kan verskil.¹⁴³

138 Hierdie *dictum* het byval in die regspraak gevind (sien bv *Taylor and Horne (Pty) Ltd v Dentall (Pty) Ltd* 1991 1 SA 412 (A) 423; die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 348; die *Sibex*-saak 1988 2 SA 54 (T) 63; die *Union Wine*-saak 1990 2 SA 189 (K) 201-202; die *Sage Holdings*-saak 1991 2 SA 117 (W) 133. Nicholas WN AR se bevinding in die *Schultz*-saak 1986 3 SA 667 (A) 683 is ook in ooreenstemming met die *dictum*, nl dat "there can be no doubt that the *community would condemn as unfair and unjust*" (my kursivering) die optrede van die dader. In latere beslissings is daar insgelyks weer direkte beroepe op die kriteria van "fairness" en "honesty" (sien bv die *Elida Gibbs*-saak 1988 2 SA 350 (W) 358; die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 349-350; sien veral ook Van Heerden 1990 *THRHR* 153-154).

139 1988 2 SA 350 (W) 358; *contra* egter die *Union Wine*-saak 1990 2 SA 189 (K) 200-201.

140 Dieselfde geld tav die *William Grant*-saak 1990 3 SA 897 (K) 916. Met verwysing na die kriteria van "fairness and honesty" verklaar Berman R nl: "Indeed, to limit the vagueness and elasticity of these concepts, 'unfairness' and 'dishonesty' are to be gauged according to prevailing public policy which, it must be readily conceded, is also a phrase lacking a precise meaning and one which has more than once been described by English Judges as an 'unruly horse'. . . But even with a 'good man in the saddle' public policy remains a concept which is not, and which cannot be, contained within well-defined limits. Yet for all its lack of precision, public policy is now recognised as the objective norm for determining whether competition is to be held unlawful or not. It is 'the general sense of justice in the community, the *boni mores*, manifested in public opinion', *per* Van Dijkhorst J in *Atlas Organic Fertilisers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd. . .*" (sien ook Neethling 1990 *THRHR* 583).

141 Sien bv *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 683 waar die hof praat van "the broad equitable approach adopted by South African Courts in *unfair competition cases*" (my kursivering). Vir verdere beslissings sien Webster en Page 400; die *Union Wine*-saak 1990 2 SA 189 (K) 200.

142 400-401.

143 Hierdie redenasie word onderskryf in die *Union Wine*-saak 1990 2 SA 189 (K) 200-201; die *William Grant*-saak 1990 3 SA 897 (K) 916; die *Long John*-saak 1990 4 SA 136 (D) 141-142; sien ook Neethling 1990 *THRHR* 583.

*Mededingingsprinsiep*¹⁴⁴ Die mededingingsprinsiep, as konkretisering van die algemene *boni mores*-maatstaf,¹⁴⁵ het nog nie direk in die regspraak ter sprake gekom nie. Appèlregter Van Heerden toon nietemin oortuigend aan,¹⁴⁶ met verwysing na 'n aantal beslissings, dat hierdie prinsiep as rasionele afgrensingsmaatstaf by die meeste mededingingshandelinge kan dien. Indien die mededingingsprinsiep dus as aanvullende maatstaf tot die *boni mores* erken word, sal regsekerheid bevorder en die howe se taak bygevolg aansienlik vergemaklik word.

Opset 'n vereiste vir onregmatigheid? Boberg¹⁴⁷ is van mening dat opset 'n noodsaaklike kwalifikasie van onregmatigheid in die mededingingstryd is. Hierdie standpunt kan om verskeie oorwegings nie gesteun word nie.¹⁴⁸

(i) Daar word algemeen aanvaar dat onregmatigheid en skuld twee selfstandige delikselemente is.¹⁴⁹ Dit spreek vanself dat indien opset onregmatigheid sou kwalifiseer, die onderskeid tussen die twee delikselemente sou vervaag. In wese kwalifiseer onregmatigheid die *daad* (die juridiese ongeoorlooftheid van die optrede), terwyl opset (en nalatigheid) die *dader* betrek (die juridiese verwytbaarheid (gesindheid) vir sy ongeoorloofde daad).¹⁵⁰

(ii) Opset kom logies eers ter sprake wanneer onregmatigheid reeds vasstaan. Daarom is dit onjuis om soos Boberg te kenne te gee dat 'n dader se opset die onregmatigheid van sy optrede bepaal. Daar kan tog nie van onregmatigheidsbewussyn ('n element van opset) sprake wees alvorens onregmatigheid vasstaan

144 Van Heerden en Neethling 72-77. Die prinsiep hou in dat die mededinger wat die beste en/of billikste prestasie lewer, die oorwinning in die mededingingstryd moet behaal. Die meriete van 'n mededinger se prestasie - wat 'n eie, egte prestasie moet wees - moet dus die deurslag gee. Hiervolgens is 'n mededingingshandeling dan in beginsel onregmatig indien dit op 'n mededinger se werfkrag inwerk en nie op die meriete van 'n eie, egte prestasie van die dader berus nie.

145 *Idem* 71 77; sien ook Van der Merwe en Olivier 383-384; Boberg *Delict* 151-152; Neethling, Potgieter en Visser 257-258; Neethling 1990 *THRHR* 583-584; Van Heerden 1990 *THRHR* 154-156 160.

146 Aanvanklik in sy proefskrif (*Grondslae van die mededingingsreg* (UOVS 1958; HAUM 1961) 168 ev; bevestig in Van Heerden en Neethling 72 ev) en onlangs weer (1990 *THRHR* 155 ev).

147 "The role of fault in determining the lawfulness of competition" in Neethling (red) 20-40 (1991 *THRHR* 43-56); sien ook Boberg *Delict* 33 152; Visser "Die rol van opset en die *boni mores* by onregmatige mededinging" 1989 *THRHR* 115 ev; Pienaar *Misappropriation of confidential trade information as a delict* (LLM-verhandeling Natal 1989) 118 ev 126 170 ivm die misbruik van handelsgeheime.

148 Sien ook Neethling en Potgieter 1991 *SALJ* 36-38.

149 Van Heerden en Neethling 21-22 23-27; Boberg *Delict* 30 ev 268 ev; Van der Merwe en Olivier 47 ev 110 ev; Neethling, Potgieter en Visser 27 ev 103 ev 256.

150 Sien Neethling, Potgieter en Visser *op cit* 129 vn 133. Van Heerden AR 1990 *THRHR* 154 (vgl ook 155 ev) verduidelik dit soos volg mbt onregmatige mededinging: "'n [Mededingingshandeling [kan] onregmatig . . . wees selfs in die afwesigheid van 'n verwytbare gesindheid by die dader . . . Regsnorme, as norme van regmatige gedrag, stel eise aan die uitwendige gedrag van die mens. Daarom is die gesindheid van die dader in die reël nie ter sprake nie wanneer besin word oor die vraag of sy handeling strydig met die norm is." Hierdie standpunt blyk ook uit die *Elida Gibbs*-saak 1988 2 SA 350 (W). Die hof bevind nl dat ook 'n onskuldige misleiding tav die eie prestasie in stryd met die *boni mores* is (357-359). Die argument van die verweerder dat misleidende reklame net onregmatig teenoor 'n mededinger kan wees indien dit met opset (*dolus*) gepaard gaan (353 ev), word uitdruklik verwerp (*ibid*, veral 358-359). (Sien ook Van Heerden 1990 *THRHR* 155 159-160.)

nie – onregmatigheid moet immers eers vasstaan voordat 'n mens daarvan bewus kan wees anders span 'n mens, soos Scott¹⁵¹ dit uitdruk, die kar voor die perde.

Aangesien opset in juridiese sin klaarblyklik ontbreek, het Boberg met sy gebruik van die begrip “intention” in hierdie verband waarskynlik eerder *kwaadwillige of onbehoorlike motief (animus nocendi)*, wat deeglik van opset onderskei moet word, in die oog. Scott¹⁵² wys tereg daarop enersyds dat motief nie al die attribute van opset, soos onregmatigheidsbewussyn, het nie; en andersyds dat algemeen aanvaar word dat motief, anders as opset, wel 'n rol by die bepaling van onregmatigheid kan speel.

(iii) Boberg se aandrang op opset as skuldvorm by onregmatige mededinging het die noodwendige implikasie dat nalatigheid as voldoende skuldvorm vir Aquiliese aanspreeklikheid versak en deur opset vervang word.¹⁵³ Hierdie standpunt is onaanvaarbaar; in beginsel behoort nalatigheid altyd voldoende te wees om Aquiliese aanspreeklikheid te fundeer. Hierbenewens is daar reeds beslissings op die gebied van onregmatige mededinging wat nalatigheid as voldoende skuldvorm vir die *actio legis Aquiliae* aanvaar.¹⁵⁴

(iv) Boberg se opvatting impliseer, soos hy self te kenne gee,¹⁵⁵ dat opset as vereiste vir die interdik gestel word terwyl skuld – nie eers nalatigheid nie – hoegenaamd nie 'n vereiste vir die interdik is nie. Die feit dat skuld nie vir die interdik vereis word nie, is nie alleen geregverdig nie maar word ook (minstens wat opset betref) deur die meeste toepaslike beslissings op die gebied van onregmatige mededinging gerugsteun.¹⁵⁶

151 “Bespreking en Samevatting” in Neethling (red) 149; sien ook Neethling, Potgieter en Visser 34 vn 36. Boberg aanvaar die geldigheid van hierdie argument in sy reaksie op Scott se betoog (“Bespreking en Samevatting” in Neethling (red) 151): “Well, Prof Scott, I think, is also accusing me of something like a tautology. As I understand it, what he says is this: since intention requires consciousness of wrongfulness – and there is a very recent Appellate Division case confirming that; there is no question that that is correct – then, how can intention be a prerequisite for wrongfulness because it must first be wrongful before you can know that it is wrongful and you cannot have intention unless you know that it is wrongful. Have I got it? Well, I have to fall back by saying that I do not mean intention in the technical legal sense.” In die *Sea Harvest*-saak 1985 2 SA 355 (OK) 361 het die hof met sy gebruik van “deliberate intention” klaarblyklik ook nie opset in die regstegniese sin in gedagte nie.

152 In Neethling (red) 149–150; sien ook Neethling, Potgieter en Visser 33–34 98–99.

153 Dat Boberg volkome bewus van hierdie implikasie van sy standpunt is, blyk waar hy verklaar (“Bespreking en Samevatting” in Neethling (red) 154): “As far as the [Aquilian] action for damages is concerned, I would say this: if I require *dolus* for wrongfulness, then obviously I must require *dolus* for fault as well, because I will not have my wrongfulness without it. So in a case where the actor was merely negligent, I would non-suit the plaintiff for negligence. So where, as I said this morning [“The role of fault . . .” in Neethling (red) 27–28], I am quite happy to go with Van Heerden and Neethling that the fault element can be *dolus* or negligence, of course I had my tongue in my cheek. I knew I had to win on wrongfulness first.”

154 Sien hieroor *supra* par 2(2) by die bespreking van die skuldvereiste.

155 Hy verklaar (“The role of fault . . .” in Neethling (red) 21–22): “[U]nfair competition is not wrongful unless it is accompanied by *dolus*. The important implication of this, as everyone will readily perceive, is that, if I am right, *dolus* will have to be alleged and proved before an interdict can be granted against unfair competition, despite the fact that fault is not a requirement of an interdict. That is because, although fault is not required, wrongfulness certainly is, and the defendant’s conduct will not be wrongful unless he acted with *dolus*.”

156 Sien hieroor *supra* par 2 by die bespreking van die interdik.

In die lig van hierdie vier argumente is dit duidelik dat opset hoegenaamd nie 'n rol by die bepaling van onregmatigheid in die mededingingstryd te vervul het nie; dat selfs 'n onskuldige, onregmatige mededingingshandeling die interdik behoort te fundeer; en dat óók 'n nalatige onregmatige inwerking op die werfkrag van 'n ondernemer wat vermoënskade veroorsaak, *ex lege Aquilia* gedingsvatbaar behoort te wees.

Aantasting van die reg op die werfkrag en onregmatige mededinging¹⁵⁷

Van Heerden en Neethling¹⁵⁸ is in hierdie verband van mening dat 'n *werknemer* nie oor 'n onderneming beskik nie en daarom nie 'n reg op die werfkrag kan hê nie. Vir sover twee werknemers dus om dieselfde betrekking meeding en die een die ander onregmatig verhinder om die gemeenskaplike doel te bereik, het 'n mens nie met onregmatige mededinging te make nie (omdat dit 'n aantasting van die reg op die werfkrag impliseer), maar met optrede wat feitlik deurgaans teen die *persoon* van die getroffene gerig word. Die *Hawker*-saak¹⁵⁹ het egter nou die insig na vore gebring dat sodanige optrede teen 'n werknemer primêr sy reg op die verdienvermoë as persoonlike immateriële *vermoënsreg* – wat analoog aan die reg op die werfkrag is¹⁶⁰ – aantast en nie in eerste instansie 'n persoonlikheidsreg nie.

6 ONREGSTREEKSE INWERKINGS OP DIE WERFKRAG¹⁶¹

Daar word algemeen aanvaar dat die gesindheid van die dader (sy kwaadwillige motief, *animo nocendi* of “malice”) sy andersins redelike handeling onredelik en bygevolg onregmatig kan maak.¹⁶² Ook op die gebied van onregmatige mededinging kan 'n kwade motief 'n onregstreekse inwerking op die werfkrag wat oënskynlik in ooreenstemming met die mededingingsprinsiep en dus redelik is, onregmatig kleur.¹⁶³ Hierdie algemene beginsel van die deliktereg¹⁶⁴ word in die *Hawker*-saak bevestig. Regter Howie verklaar:¹⁶⁵

157 Van Heerden en Neethling 77-80.

158 *Idem* 78.

159 1987 3 SA 777 (K); sien *supra* par 3 vir 'n bespreking.

160 Sien *supra* par 3 veral vn 64. Howie R merk tereg in hierdie verband op (*Hawker*-saak 1987 3 SA 777 (K) 780): “Although the learned authors referred to [Van Heerden and Neethling] are of the view (at 77-8) that unlawful interference with an employee's liberty to earn a livelihood in his chosen sphere is not juridically the same as unlawful interference with a trader's right to goodwill, the two situations are, in my opinion, so closely analogous, especially as regards the instigation of a boycott, that the law they state (and I respectfully agree with their view) must constitute important guidelines in the instant case.”

161 Van Heerden en Neethling hfst 6 (81-168).

162 Sien Neethling, Potgieter en Visser 33-34 98-99; Van der Merwe en Olivier 68-69; Boberg *Delict* 206-208; sien ook *supra* par 5; vgl *Duncan v Minister of Law and Order* 1986 2 SA 805 (A) 817-820.

163 Van Heerden en Neethling 82-84; vgl ook Pienaar *Confidential trade information* 59-63 oor die rol van motief by die misbruik van handelsgeheime.

164 Sien Neethling 1985 *THRHR* 249; Neethling, Potgieter en Visser 97 vn 423; *contra* Boberg *Delict* 207 209.

165 1987 3 SA 777 (K) 781. In die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W), sy dit dan ook nie eksplisiet nie, het 'n mens waarskynlik te doen met 'n geval waar die onbehoorlike motief van die respondent 'n belangrike rol gespeel het om sy optrede as onregmatige mededinging (afgesien van “passing off”) te brandmerk. In hierdie saak het die respondent, wel wetende dat die applikant op die punt gestaan het om 'n nuwe produk – wat hy reeds onder groothandelaars bekend gestel het – op die mark te plaas, die applikant voorgespring deur

"If interference with another's subjective right is unreasonable according to the standard of the *boni mores* of the community, then it is unjustifiable and thus unlawful. . . . Reverting to the matter of malice, it can be a factor to be taken into account in determining reasonableness or not in a borderline case. . . . But, logically, if there are reasons enough to show that the giving of the S-reference¹⁶⁶ was unreasonable, it will be unnecessary to consider whether on anyone's part there was malice. Conversely, if it is clearly apparent that there were reasonable grounds for giving that reference, then the question of malice is irrelevant."

Besondere verskyningsvorme

1 Misleiding ten aansien van die eie prestasie¹⁶⁷

Regspraak 'n Aantal beslissings bevestig dat misleiding ten aansien van die eie prestasie wat op 'n mededinger se werfkrag inwerk, 'n verskyningsvorm van onregmatige mededinging is.¹⁶⁸ Die eerste is die *Escherich*-saak,¹⁶⁹ wat op die voetspoor van regter Theron se beslissing in die *Stellenbosch Wine Trust*-saak¹⁷⁰ gevolg het deur die vyf vereistes (waaronder opset) wat in *Geary v Gove*¹⁷¹ vir Aquiliese aanspreeklikheid gestel word, op die interdik van toepassing te maak. Die kritiek wat teen regter Theron se beslissing geopper is,¹⁷² geld uit die aard van die saak in 'n gelyke mate hier. Daarom verdien regter Van Schalkwyk se veroordeling van hierdie twee uitsprake in die *Elida Gibbs*-saak¹⁷³ dan ook volle steun.

In laasgenoemde saak het die eiser, 'n tandepastavervaardiger, interdike teen die verweerder, 'n mededinger, aangevra. Die een stut van die eis was dat die verweerder in advertensies valslik te kenne gegee het dat sy tandepasta die

vervolg van vorige bladsy

'n soortgelyke produk met dieselfde naam te bemark. Van Niekerk R verklaar (349): "With the knowledge that the [applicant's] product was about to be launched, they (respondent) scurried off and prepared a launching on a small scale with the *express intention of preventing the applicant from carrying out its prepared introduction and the final launch . . . of its product*" (my kursivering). Volgens die regter (349 350) is hierdie optrede "sharp practice" of "bears the stamp of unfair practice" wat onregmatige mededinging daarstel.

166 Sien *supra* par 3 vir die feite van die *Hawker*-saak.

167 Van Heerden en Neethling 85–94.

168 Sien die *Escherich*-saak 1983 3 SA 810 (W) 812–813; die *Scott and Leisure Research*-saak 1985 1 SA 211 (K) 223; die *Elida Gibbs*-saak 1988 2 SA 350 (W) 358–360; die *William Grant*-saak 1990 3 SA 897 (K) 915–916; die *Long John*-saak 1990 4 SA 136 (D) 141–143.

169 1983 3 SA 810 (W).

170 1977 2 SA 221 (K) 250–251; sien Van Heerden en Neethling 89.

171 1964 1 SA 434 (A) 440–441 (Van Heerden en Neethling 87–88).

172 Sien Van Heerden en Neethling 89.

173 1988 2 SA 350 (W) 355. Hy verklaar: "[T]here was, in my view, no justification for extending the requirement of *dolus* to an action based upon unlawful competition where the relief sought was an interdict only. *Van Heerden and Neethling* (*op cit* at 89) express strong disapproval of the requirement of *dolus* in an action for an interdict where the cause of action is unlawful competition: 'n Interdik behoort bloot op grond van die onregmatigheid van die gewraakte handeling verleen te word. Die vraag of die dader ook skuld (hetsy opset, hetsy nalatigheid) gehad het, is hier volkome irrelevant.' In [the *Escherich* case] Kriegler AJ adopted the remarks of Theron J in *Stellenbosch Wine Trust Ltd* without further consideration. It does not appear to me that the learned judge had the advantage of full argument in regard to the applicability of the requirement of *dolus* in an application for an interdict. To the extent, however, that the judgment is in conflict with the views of the learned authors *Van Heerden and Neethling*, I am of the view that the judgment is wrong."

vorming van tandsteen onderdruk. Die verweerder eksipieer op grond daarvan dat die maak van misleidende reklame nie onregmatig teenoor 'n mededinger kan wees nie tensy *dolus* aanwesig is, welke feit nie deur die eiser beweer is nie. Reger Van Schalkwyk verwerp egter die betoog; sy uiteindelijke *ratio decidendi* is dat selfs 'n onskuldige misleiding ten aansien van die eie prestasie *contra bonos mores* of onregmatig is,¹⁷⁴ en aangesien skuld (opset of nalatigheid) nie 'n vereiste vir die interdik is nie,¹⁷⁵ word die eis tereg toegestaan.¹⁷⁶

Insgelyks word in die *Long John*- en *William Grant*-saak beklemtoon dat die skuldvraag irrelevant vir doeleindes van die interdik is.¹⁷⁷ In albei sake het die gewraakte misleiding met Skotse whisky verband gehou: in die *William Grant*-saak het die verweerders die verkeerde indruk gewek dat hulle mengsel van Suid-Afrikaanse en Skotse whisky (eers bemark onder die naam "Macleans Gold Label" en later as "Macleans Gold Label Whisky") 'n suiwer Skotse whisky is; in die *Long John*-saak weer was die wanvoorstelling daarin geleë dat die respondente die vals indruk geskep het dat hulle produk (bemark as "Ben Nevis Scotch Whisky Liqueur") 'n Skotse whisky is terwyl dit in der waarheid volgens die samestelling daarvan nóg 'n whisky, nóg 'n likeur was. Baie belangrik is dat albei sake bevestig dat 'n ondernemer wat op 'n vals en skuldige wyse die publiek mislei aangaande die aard, samestelling of oorsprong van sy produkte wat onder 'n beskrywende naam bekendheid verwerf het,¹⁷⁸ en in die proses vermoënskade vir 'n mededinger veroorsaak wat die ware Jakob bemark, hom aan onregmatige mededinging skuldig maak wat die *actio legis Aquiliae* fundeer.¹⁷⁹ Soos reeds vermeld is,¹⁸⁰ impliseer beide uitsprake dat nalatigheid 'n voldoende skuldverwyt vir Aquiliese aanspreeklikheid is.

*Onregmatigheidsvereiste*¹⁸¹ Onregmatigheid word beoordeel met verwysing na die *boni mores*-maatstaf – ook waar daar direkte beroepe op die kriteria van eerlikheid en billikheid gedoen word. Hier geld as algemene reël dat misleiding van die publiek ten aansien van die eie prestasie *contra bonos mores* is;¹⁸² en vir sover 'n (dreigende) skending van 'n mededinger se werfkrag boonop voorhande is, is die gewraakte optrede ook *prima facie* onregmatig. Ten einde te bepaal of daar misleiding was, word die maatstaf van die *gewone klant* of koper

174 358–359; sien ook Van Heerden 1990 *THRHR* 155 159–160.

175 Sien *supra* par 2 by die interdik; sien ook *supra* vn 50.

176 Die uitspraak word deur Van Heerden AR (1990 *THRHR* 155) verwelkom; *contra* Boberg "The role of fault . . ." in Neethling (red) 37–38; Visser 1989 *THRHR* 115 ev.

177 Sien wat die *Long John*-saak betref, *supra* par 2 by die interdik, veral vn 54. In die *William Grant*-saak 1990 3 SA 897 (K) 916 verklaar Berman R: "It is sufficient if the representation is false – fraud is not a requisite for a successful action based on unlawful competition where the plaintiff only seeks an interdict."

178 Sien vir voorbeelde uit die Engelse reg die *Long John*-saak 1990 4 SA 136 (D) 142; die *William Grant*-saak 1990 3 SA 897 (K) 915–916.

179 Sien die aanhalings *supra* vn 41 42.

180 *Supra* par 2(2) by die bespreking van die skuldvereiste.

181 Van Heerden en Neethling 90–93.

182 Sien die *Elida Gibbs*-saak 1988 2 SA 350 (W) 357–359; die *William Grant*-saak 1990 3 SA 897 (K) 916–917 921; die *Long John*-saak 1990 4 SA 136 (D) 150; sien ook *supra* par 5 by die bespreking van die onregmatigheidskriteria. In die *Long John*-saak *ibid* sê Booysen R bv: "I have no doubt that their conduct [die respondente se wanvoorstelling] amounts to conduct which the *legal convictions of the general public* would not tolerate and that it is correct to brand it as unlawful" (my kursivering).

van die betrokke produk toegepas¹⁸³ wat as 'n konkretisering van die *boni mores*-toets gesien kan word.¹⁸⁴ Omdat die onregmatigheidsvraag objektief beoordeel word – die vraag is of daar 'n *redelike waarskynlikheid* van misleiding was¹⁸⁵ – behoort nie van die eiser geverg te word om aan te toon dat enige klant inderdaad subjektief mislei is nie; nietermin sal bewys van werklike misleiding vanselfsprekend die eiser se taak vergemaklik.¹⁸⁶

Die vraag na 'n redelike waarskynlikheid van misleiding is veral problematies waar 'n mens met sogenaamde “puffing advertisements” te make het.¹⁸⁷ In die *Elida Gibbs*-saak¹⁸⁸ doen regter Van Schalkwyk aan die hand dat daar in hierdie verband tussen “puffing” (oordrewe ophemeling) en “statements of fact” onderskei moet word. “Puffing” wat op 'n vals feitestelling neerkom – en dus nie net 'n opinie of mening omtrent die eie prestasie bevat nie – is dan in beginsel onregmatig.^{189 190}

Ten slotte dien daarop gelet te word dat die vraag of daar *onregmatig teenoor die eiser* opgetree is, afhanklik is daarvan of daar waarskynlik op die eiser se reg op die werfkrag ingewerk – dit wil sê of hy waarskynlik benadeel – is of sal word,¹⁹¹ en hier kan uit die regspraak afgelei word dat 'n redelike waarskynlikheid van misleiding alreeds sterk aanduidend is van 'n waarskynlikheid dat sodanige inwerking (benadeling) vroeër of later sal plaasvind.¹⁹² In die *Long John*-saak¹⁹³ stel regter Booysen dit soos volg:

“The applicant, as a producer of Scotch whisky, will in my view suffer some patrimonial loss in common with other producers of Scotch whisky if respondents continue to diminish the market for Scotch whisky by misleading a substantial number of members

183 In die *Long John*-saak 1990 4 SA 136 (D) 150 word verwys na “a substantial number of whisky drinkers” wat redelik waarskynlik mislei sal word; in die *William Grant*-saak 1990 3 SA 897 (K) 909 918 919 weer word melding gemaak van die reaksie van die “ordinary, average South African”, “the whisky-purchasing and whisky-drinking public” en “the hypothetical average drinker (and buyer) of whisky”.

184 Van Heerden en Neethling 91 vn 50; vgl ook *idem* 112–114 veral vn 53.

185 In bv die *Long John*-saak 1990 4 SA 136 (D) 150 bevind die hof dat daar 'n “reasonable likelihood” van misleiding was en staan die aansoek om 'n interdik toe. In die *Escherich*-saak 1983 3 SA 810 (W) 813–814 het die hof op die feite beslis dat daar nie 'n vals voorstelling gemaak was nie – van misleiding tav die eie prestasie was daar dus nie sprake nie. In die *Scott and Leisure Research*-saak 1985 1 SA 211 (K) 223 weer is tav die respondent se teeneis bevind dat die applikant wel wanvoorstellings gemaak het; omdat die partye eger in verskillende areas handel gedryf het en dus nie met mekaar meegeding het nie, was misleiding en bygevolg benadeling in die respondent se area uitgesluit. Die teeneis word gevolglik van die hand gewys.

186 Soos inderdaad in die *William Grant*-saak 1990 3 SA 897 (K) 907–910 gebeur het. Sien in die algemeen Van Heerden en Neethling 114 oor die analoë posisie mbt aanklamping.

187 Van Heerden en Neethling 90–91.

188 1988 2 SA 350 (W) 359, met verwysing na *Post Newspapers (Pty) Ltd v World Printing and Publishing Co Ltd* 1970 1 SA 454 (W).

189 Mits natuurlik die gewone klant daardeur mislei sal word (*supra* vn 183).

190 In die *Long John*-saak 1990 4 SA 136 (D) 149 is omgekeerd bevind dat – anders as wat die respondente te kenne gegee het – die woord likeur in die naam “Ben Nevis Scotch Whisky Liqueur” bloot as 'n “laudatory epithet (albeit as puffery)” opgevat moet word en nie as 'n feitebewering nie; die vals indruk is sodoende gelaat dat die betrokke produk 'n Skotse whisky is (sien ook *supra* vir die feite van hierdie saak).

191 Van Heerden en Neethling 92–93.

192 Vgl die *William Grant*-saak 1990 3 SA 897 (K) 919–920. Na sy bevinding dat daar 'n redelike waarskynlikheid van misleiding was, kom Berman R tot die volgende slotsom (920): “The probabilities of plaintiffs sustaining direct patrimonial loss are strong.”

193 1990 4 SA 136 (D) 149.

of the public who would otherwise have bought Scotch whisky into buying and drinking this product.”

*Misleiding ten aansien van die eie prestasie en aanklamping*¹⁹⁴ In die geval van aanklamping (“passing off”), wat ’n vorm van misleiding ten aansien van die eie prestasie is, verwek die verweerder die skyn dat sy prestasie die soortgelyke prestasie van die eiser is. Daarom word tereg in die *Long John*-saak te kenne gegee dat misleiding ten aansien van die aard, samestelling of oorsprong van die eie prestasie nie aanklamping daarstel nie maar ’n eiesoortige verskyningsvorm van onregmatige mededinging is.¹⁹⁵ Ten einde verwarring te voorkom, is dit dus beter om die benaming “passing off” – soos ten onregte in die Engelse reg gebruiklik is – vir hierdie tipe gevalle van misleiding te vermy.¹⁹⁶

2 Aanklamping¹⁹⁷

*Positiefregtelike erkenning*¹⁹⁸ Die omskrywing van aanklamping in *Capital Estate and General Agencies (Pty) Ltd v Holiday Inns Inc*¹⁹⁹ word in ’n hele aantal beslissings herhaal.²⁰⁰ Daar word ook bevestig dat “passing off” net ’n *species* van die *genus* onregmatige mededinging is wat die Aquiliese aksie fundeer.²⁰¹ Soos gestel is,²⁰² word die gebruik in die regspraak om na veral Engelse maar ook Amerikaanse beslissings te verwys nie veroordeel nie, mits maar die algemene beginsels van ons deliktereg daardeur nie geweld aangedoen word nie. Aanklamping van veral handelsmerke²⁰³ (insluitende die “get up” van ware²⁰⁴) en handelsname²⁰⁵ as onderskeidingstekens het ter sprake gekom.

194 Van Heerden en Neethling 93–94.

195 1990 4 SA 136 (D) 142–143; vgl ook die *William Grant*-saak 1990 3 SA 897 (K) 915–916; sien verder Webster en Page 410–411.

196 Sien ook *ibid*; Van Heerden en Neethling 93–94.

197 Van Heerden en Neethling 94–121.

198 *Idem* 95–98.

199 1977 2 SA 916 (A) 927 (sien Van Heerden en Neethling 95–96).

200 Sien bv die *Easyfind International*-saak 1983 3 SA 917 (W) 923; die *Boswell-Wilkie Circus*-saak 1984 1 SA 734 (N) 736 (N); vgl die *Brian Boswell*-appèlhofsak 1985 4 SA 466 (A) 478; die *Scott and Leisure Research*-saak 1985 1 SA 211 (K) 218; die *Hoechst*-saak 1987 2 SA 600 (A) 613; die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 339; *Hollywood Curl (Pty) Ltd v Twin Products (Pty) Ltd (I)* 1989 1 SA 236 (A) 249; die *Tie Rack*-saak 1989 4 SA 427 (T) 441.

201 Sien bv die *Brian Boswell*-appèlhofsak 1985 4 SA 466 (A) 478; die *Weber-Stephen*-saak 1990 2 SA 718 (T) 735. In die *Moroka Swallows*-saak 1987 2 SA 511 (W) 519 520 word dit soos volg gestel: “Historically the applicant’s claim is rooted in the *actio legis Aquiliae* for *damnum injuria datum*. That is the basis of all actions for unlawful competition including of course, those for passing off. . . . Our law characterises unlawful competition as a wide *genus* of delicts under the *lex Aquilia* of which *genus* passing off is a *species*.” Sien verder Van Heerden en Neethling 97–98.

202 *Supra* par 2(2) veral ook vn 29 30; sien ook Van Heerden en Neethling 97.

203 Sien bv die *Easyfind International*-saak 1983 3 SA 917 (W); die *Scott and Leisure Research*-saak 1985 1 SA 211 (K); die *Haggard*-saak 1985 4 SA 569 (T) 581–582; die *Hoechst*-saak 1987 2 SA 600 (A); die *Moroka Swallows*-saak 1987 2 SA 511 (W); *Cambridge Plan AG v Moore* 1987 4 SA 821 (D); die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W); *Union Wine Ltd v E Snell and Co Ltd* 1990 2 SA 180 (D).

204 Sien bv die *Weber-Stephen*-saak 1990 2 SA 718 (T); die *Hollywood Curl (I)*-saak 1989 1 SA 236 (A).

205 Sien die *Brian Boswell*-appèlhofsak 1985 4 SA 466 (A); die *Tie Rack*-saak 1989 4 SA 427 (T).

In verband met die erkenning van die reg op die onderskeidingstekens²⁰⁶ wek 'n *dictum* in die *Union Wine*-saak²⁰⁷ die indruk dat 'n reg (eienaarskap) net ten aansien van 'n *geregistreerde* handelsmerk bestaanbaar is. Dit behoeft egter weinig betoog dat 'n persoon ook reghebbende (oftewel eienaar) van 'n *ongeregistreerde* handelsmerk kan wees. Waar beskerming teen die aanklamping van 'n ongeregistreerde handelsmerk verleen word, gaan dit in der waarheid juis om die beskerming van die betrokke se reg op sy handelsmerk as onderskeidingstekens. Hierdie reg het weliswaar nie dieselfde omvang as die eienaarskap van 'n geregistreerde handelsmerk nie, maar dit is nietemin ongetwyfeld ook 'n selfstandige immaterieelgoederereg.²⁰⁸

*Locus standi*²⁰⁹ Die vraag of 'n sogenaamde "bare license" *locus standi* het om op grond van aanklamping te ageer, is afhanklik daarvan of hy 'n reg op die onderskeidingstekens ten aansien van die betrokke produk(te) gevestig het.²¹⁰ Hierdie vraag het weer in die *Easyfind International*-saak²¹¹ ter sprake gekom. Die hof beslis dat waar sodanige persoon 'n produk van 'n buitelandse vervaardiger invoer en hy – anders as in *Rusmarc (SA) (Pty) Ltd v Hemdon Enterprises (Pty) Ltd*²¹² waar 'n aanklappingsaksie tereg afgewys is omdat 'n ondernemer ingevolge 'n lisensie 'n produk wat deur 'n buitelandse vervaardiger onder sy eie handelsnaam verpak is, ingevoer en *onveranderd* verkoop het – nie "a mere conduit for the goods of another" is nie maar "markets its own product under its own name", dan mag hy wel op grond van aanklamping ageer. Hierdie beslissing verdien steun aangesien die betrokke lisensiehouer deur sy optrede inderdaad sy eie reg op die onderskeidingstekens gevestig het. Omgekeerd het die toepassing van die onderhawige beginsel tereg ook tot gevolg gehad dat die persoon wat die "sole agency" van 'n buitelandse ondernemer in Suid-Afrika gehad het, in die afwesigheid van 'n reputasie hier te lande (oftewel 'n reg op die betrokke merk as onderskeidingstekens), nie bloot op grond van sy kontraktuele regte op beskerming teen aanklamping geregtig was nie.²¹³

206 Van Heerden en Neethling 97–98.

207 1990 2 SA 180 (D) 181–182. Didcott R sê naamlik: "The affidavit of the applicant's spokesman referred repeatedly to the Johannesburg trade mark, and sometimes to its proprietorship of that. But no such trade mark, none consisting of or incorporating the word, has ever been registered in this country. The litigation has nothing therefore to do with the protection or infringement of a registered trade mark. Nor has it been brought on the strength of any. Passing off, and that alone, is the cause of action involved."

208 Sien Van-Heerden en Neethling 58 ev 63 96–97; vgl ook die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 337–339 waar daar met verwysing na Van Heerden en Neethling 99–100 116–117 by name erkenning aan onderskeidingstekens en die reg daarop verleen word.

209 Van Heerden en Neethling 98–99.

210 *Ibid.*

211 1983 3 SA 917 (W) 921–923; vgl ook die *Cambridge Plan*-saak 1987 4 SA 821 (D) 834–835.

212 1975 4 SA 626 (W) (Van Heerden en Neethling 98–99).

213 Sien die *Scott and Leisure Research*-saak 1985 1 SA 211 (K) 222–223. Hierbenewens kan sodanige ondernemer ook nie 'n mededinger op grond van *onregmatige mededinging* (afgesien van aanklamping) verbied om met die betrokke ingevoerde produk handel te dryf nie. In die *Taylor and Horne*-saak 1991 1 SA 412 (A) 422 sê Van Heerden AR tereg: "In the result it seems clear that the appellant must stand or fall by the contention that because of the existence of the exclusive supply agreement between it and ESPE [die buitelandse vervaardiger], nobody may lawfully market Impregum [die betrokke produk] in the Republic in competition with the appellant. Acceptance of this contention would certainly lead to startling consequences. It would mean that for as long as the sole agency endures the appellant would enjoy a monopoly, akin to that derived from a patent, in regard to the commercial distribution of Impregum in this country. It would also mean

Reputasie as aanspreeklikheidsvereiste²¹⁴ Die vereiste dat die eiser moet bewys dat sy onderskeidingsteken 'n reputasie of bekendheid verwerf het en daarom onderskeidend van sy onderneming of ware geword het, word opnuut deur die regspraak bevestig.²¹⁵ In die *Union Wine*-saak²¹⁶ merk regter Didcott in hierdie verband op:

"I shall say no more on the point but this. The need for some reputation or secondary meaning to be shown, term it what you will, is not a principle or rule of law. Proof of such is simply part and parcel of the factual cloth which must necessarily be weaved in order that a passing off may be demonstrated in a case of the present kind."

Hierdie opvatting kan nie genoeg onderskryf word nie. Dit is wel so dat die feit dat reputasie in verreweg die meerderheid beslissings as 'n vereiste vir aanklamping gestel word,²¹⁷ die indruk laat dat dit tot absolute regsbeginself verhef is.²¹⁸ Hier moet nietemin in gedagte gehou word dat 'n eiser wat hom oor die bestaan van sy reg op die onderskeidingsteken beklae, vanselfsprekend die bestaan van die reg moet bewys. Hy moet dus bewys dat sy handelsmerk (of wat ook al die geval mag wees) inderdaad sy ware onderskei. Een manier om dit te doen – soos regter Didcott tereg aandui – is om te bewys dat sy handelsmerk 'n reputasie of bekendheid ten aansien van sy produk verwerf het.²¹⁹ Dit beteken egter hoegenaamd nie dat hy in alle gevalle moet bewys dat potensiële klante met die merk bekend is nie, maar net dat hy moet aantoon dat die merk belangstellendes in staat stel om sy produk van ander soortgelyke produkte te onderskei.²²⁰ Daarom het dit in byvoorbeeld die geval van 'n "fancy name", wat op sigself reeds die produk onderskei, geen sin om daadwerklike bewys van bekendheid te vorder nie.²²¹

vervolg van vorige bladsy

that the agreement which created purely contractual rights between the parties thereto would in effect bind would-be competitors no matter from what source or however honestly they obtained supplies of Impregum. A further result would be to impose an unwarranted restriction on the right of ownership of a person who legitimately acquired supplies of Impregum . . ."

214 Van Heerden en Neethling 99–111.

215 Sien bv die *Easyfind International*-saak 1983 3 SA 917 (W) 924–925; die *Boswell-Wilkie Circus*-saak 1984 1 SA 734 (N) 737 ev; die *Brian Boswell*-appêlhofsak 1985 4 SA 466 (A) 479; die *Scott and Leisure Research*-saak 1985 1 SA 211 (K) 223; die *Sea Harvest*-saak 1985 2 SA 355 (OK) 361; die *Haggard*-saak 1985 4 SA 569 (T) 573–574; die *Cambridge Plan*-saak 1987 4 SA 821 (D) 834 ev 837; die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 338–339. In die *Hollywood Curl (I)*-saak 1989 1 SA 236 (A) 249 stel Corbett AR dit mbt ware soos volg: "In order to succeed in an action for passing off of goods, the plaintiff must establish that the name, mark or get-up adopted for his goods has by user become distinctive of his goods, ie associated with his goods in the minds of the members of the purchasing public, irrespective of whether his actual identity as the producer of the goods is known to the public or not. This concept is sometimes described by saying that the plaintiff must have acquired a reputation in the name or mark or get-up, as the case may be . . ."

216 1990 3 SA 180 (D) 183.

217 Sien Van Heerden en Neethling 100 vn 90.

218 In die *Brian Boswell*-appêlhofsak 1985 4 SA 466 (A) 479 merk Corbett AR nietemin op: "Whether reputation, in this sense, is always a *sine qua non* of a successful passing off action need not now be decided."

219 Dit is veral by beskrywende woorde en die eie naam die geval: sien Van Heerden en Neethling 102 106.

220 Sien *idem* 100: sien ook die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 339 waar hierdie redenasie van Van Heerden en Neethling aangehaal word.

221 Sien Van Heerden en Neethling 100–101; sien ook die *Sea Harvest*-saak 1985 2 SA 355 (OK) 360 waar die hof reputasie vir "descriptive words, as opposed to invented or fancy words", vereis.

Anders as in die geval van die “fancy name”, word reputasie steeds in beginsel vir beskrywende woorde,²²² die verpakking of “get up” en die eie naam as onderskeidingstekens vereis. Die “get up” en die eie naam verdien verdere aandag.

Verpakking of “get up” Die beslissing in die *Weber-Stephen*-saak²²³ is hier van besondere betekenis. Die applikant is die Amerikaanse vervaardiger van ’n ketel-tipe roosterroond (die “Weber Grill”) wat vir ’n aantal jare in Suid-Afrika versprei en verkoop is. Die oond het ’n reputasie hier te lande verwerf, gegrond op die besondere vorm, afwerking en algemene voorkoms daarvan; die “get up” van die oond het dus as onderskeidingstekens gedien. Die respondente, direkteure van ’n Suid-Afrikaanse maatskappy, het toe ’n feitlik identiese roosterroond (die “Omega Oven”) op die mark geplaas. Ten einde ’n vroeëre interdik op grond van aanklamping na te kom, het die respondente ’n kennisgewing in Afrikaans en Engels op hulle produk laat aanbring waarin verklaar word dat hulle produk geen verbintenis met die Amerikaanse eweknie het nie. Hiermee was die applikant egter nie tevrede nie aangesien die kennisgewing nie die verwarring wat tussen die twee produkte kon ontstaan, sou uitskakel nie – volgens die applikant sou die potensiële koper naamlik nie uit die kennisgewing kon bepaal welke van die twee identiese oonde die reputasie verwerf het wat aan hom *net* deur die onderskeidende voorkoms bekend is nie. Gevolglik word die hof versoek om ’n bevel dat die respondente in gebreke gebly het om die interdik na te kom. Die respondente argumenteer egter dat die applikant deur sy aansoek ’n regtens ontoelaatbare monopolie op die *vorm* van sy oond probeer vestig.

Die kernvraag is of daar van ’n ondernemer, wat ’n identiese produk bemark as dié van ’n mededinger wie se produk net op grond van sy vorm en voorkoms ’n reputasie verwerf en daarom onderskeidend geword het, verwag kan word om die vorm (“shape”) van sy produk te verander as die enigste ander stappe wat hy kon gedoen het om sy produk van die bekende een te onderskei ten einde verwarring tussen die twee produkte uit te skakel, nie die gewenste uitwerking gehad het nie.²²⁴

Die hof aanvaar wat “passing off” betref as uitgangspunt dat bemarkte produkte – uitgeslote die prestasieaanklamping wat in *Schultz v Butt*²²⁵ ter sprake is, en “statutory monopolistic rights derived from statutes relating to patents, designs and copyright” – gemeenregtelik vryelik of slaafs nagevolg mag word.²²⁶ Regter Stegmann vervolg:²²⁷

“A distinction is to be drawn between the article itself and its get-up. Anything that has a value in use belongs to the article itself and not to its get-up. The get-up is confined to capricious additions having no value in use. Save as mentioned below, even capricious additions may be freely copied. . . Capricious additions constituting the get-up may, when the article has been successfully marketed, become distinctive of an article from

222 Sien *ibid*; Van Heerden en Neethling 101–103.

223 1990 2 SA 718 (T).

224 Sien *idem* 734 ev.

225 1986 3 SA 667 (A); daar word *infra* par 6(6) by prestasieaanklamping hierop teruggekom; sien voorlopig Van Heerden en Neethling 143 ev.

226 *Weber-Stephen*-saak 735; vgl Van Heerden en Neethling 141–143.

227 736; sien ook *idem* 739 en in die algemeen 736 ev vir ’n indringende bespreking van relevante Engelse en Suid-Afrikaanse (oa *Adcock-Ingram Products Ltd v Beecham SA (Pty) Ltd* 1977 4 SA 434 (W) en die vonnisse aangehaal in Van Heerden en Neethling 146–147 vn 58 61) gewysdes.

a particular source . . . When it is shown that that has occurred . . . the copying of the *capricious additions* in those circumstances, in addition to the *lawful* copying of the article itself, leads to the inference that lawfully made copies of the article in question are to be unlawfully passed off as having come from the source of the originator of the capricious additions . . . The article itself, including every part having a value in use, does not, and as a matter of law cannot, become its own badge of origin. The article, and all its useful parts, remain the article; and it may be freely copied by lawful methods of copying . . . and it may be marketed in competition with the original article.²²⁸ The common law encourages competition and not monopolies.”

Die hof bevind dat aangesien alle dele van die applikant se oond in ’n mindere of meerdere mate nuttigheidswaarde (“value in use”) het en nie net van ’n suiwer nie-funksionele aard is (of “purely identifying features” het) nie, die kopiëring van die oond regmatig geskied het; daar word gevolglik nie van die respondente verwag om die vorm van hulle produk te verander nie; die verwarring tussen die twee produkte wat bly voortbestaan ten spyte van die respondente se kennisgewing, moet deur die applikant op die koop toe geneem word. Regter Stegmann wys gevolglik die aansoek van die hand.²²⁹

Dit is belangrik om daarop te let dat die hof Webster en Page²³⁰ se redenasie onaanvaarbaar vind dat net die identiese kopiëring van ’n produk (of aspekte daarvan) wat deur “functional necessity” voorgeskryf word, regmatig vir doeleindes van aanklamping is;²³¹ daarenteen verkies die hof die benadering dat alle aspekte wat “value in use” het, regmatig nagevolg mag word. Nou kom dit voor of daar in hierdie verband noukeurig tussen die navolging van die gepubliseerde idees waarop ’n mededinger se prestasie berus en die navolging van sy prestasie self onderskei moet word. Eersgenoemde is in die afwesigheid van statutêre beskerming in beginsel regmatig, terwyl laasgenoemde, synde prestasieaanklamping, in beginsel weer onregmatig is.²³² ’n Belangrike uitsondering behoort egter op hierdie algemene beginsel te geld; en dit is naamlik waar ’n ondernemer sy prestasie – wat koste en doeltreffendheid betref – op *geen ander wyse* (oftewel in Webster en Page se woorde, weens “functional necessity” nie) mededingend kan maak sonder om sy mededinger se prestasie identies na te volg nie. So gesien, word die prestasieaanklamping weens *noodsaak* geregverdig.²³³ Vir sover dit die geval is, kan die navolging om dieselfde oorweging ook nie onregmatige “passing off” daarstel nie. Anders is dit egter gesteld met die identiese navolging

228 Op ’n ander plek (745) stel Stegmann R dit so: “Passing off is committed by the false representation that the product passed off derives from a source from which it does not derive. When such misrepresentation is said to result from copying, it can *only* result from the copying of purely identifying features. It is not committed by the mere imitation of another’s product involving the copying only of features having value in use . . . It is essential not to lose sight of the fact that the features of a product which have value in use cannot, as far as the rules of the common law are concerned, serve as identifying features.”

229 *Idem* 748. Die regter lê klem op die feit dat die voortbestaande verwarring voor die deur van die applikante gelê kan word; hulle kon en behoort nl ook van meet af aan hulle produk ook deur ander metodes, soos ’n besondere handelsmerk, te onderskei het aangesien hulle bewus daarvan behoort te gewees het dat die gemenerereg nie beskerming teen die kopiëring van *nuttige* (“useful”) artikels verleen nie (sien *idem* 748; sien ook 732–733).

230 452 ev.

231 *Weber-Stephen*-saak 734 737 743.

232 Sien hieroor Van Heerden en Neethling 141–143.

233 *Idem* 143 ev, veral 145–146. Noodtoestand as vergerdigingsgrond kom dus hier te pas (vgl Neethling *Persoonlikheidsreg* 238 veral vn 20).

van nuttige aspekte ("value in use") van 'n produk wat nie funksioneel noodsaaklik is nie. Aangesien hierdie aspekte – vir sover dit koste en doeltreffendheid aangaan – wel mededingend verander kan word, is dit beslis nie onredelik dat *de lege lata* van die dader geverg word om, in ooreenstemming met die mededingingsprinsiep, 'n eie, egte prestasie te skep nie.²³⁴ Daarom behoort die identiese kopiëring van bloot nuttige produkte (of van nuttige aspekte van produkte) onregmatig te wees, hetsy as prestasieaanklamping, hetsy as "passing off" vir sover die skyn verwek word dat die twee produkte dieselfde oorsprong het. Webster en Page se redenasie verdien dus, minstens wat aanklamping betref, instemming. In die lig hiervan kom dit voor of die identiese navolging in die *Weber-Stephen*-saak van nie-noodsaaklike, nuttige eienskappe van die gewraakte oond onregmatig was en dat bygevolg van die respondente geverg behoort te gewees het om hulle oond se voorkoms en vorm te wysig.

*Eie naam*²³⁵ In die *Brian Boswell*-saak²³⁶ het die appèlhof die beginsels bevestig wat met betrekking tot die eie naam as onderskeidingsteken in die *Policansky*-saak²³⁷ neergelê is. Veral van belang vir die beslissing in eersgenoemde saak is die beginsel dat indien die eerste gebruiker se naam 'n reputasie of sekondêre betekenis verkry het, dan mag die tweede die naam net gebruik indien hy op die een of ander wyse duidelik laat blyk dat daar geen verband tussen die twee besighede is nie. Appèlregter Corbett²³⁸ bevind dat aangesien die eerste gebruiker (respondent) se naam wel 'n sekondêre betekenis ten aansien van sy onderneming verwerf het, en daar 'n redelike waarskynlikheid van misleiding aanwesig was, aanklamping bewys is. Dienooreenkomstig word die tweede gebruiker (appellant) verbied om die naam Boswell ten aansien van sy sirkus te gebruik "without clearly distinguishing [his] circus from the circus of the applicant [eerste gebruiker]".

*Langdurige gebruik en algemene vereenselwiging*²³⁹ Vir sover reputasie wel nodig is om die bestaan van die reg op die onderskeidingsteken te bewys, het die hof geheel en al wegbeweeg van die argaïese beskouing dat sodanige reputasie net volg as die betrokke teken as gevolg van langdurige gebruik universeel deur klante met die onderneming (of produk, diens) vereenselwig word.²⁴⁰ In die

234 Van Heerden en Neethling 145; vgl *supra* par 5 veral vn 144 oor die mededingingsprinsiep.

235 Van Heerden en Neethling 105–106.

236 1985 4 SA 466 (A) 479–480. Die feite was kortliks soos volg. Die "Boswell-Wilkie Circus", onder bestuur van die respondent (applikant in die hof *a quo*), is die produk van 'n samesmelting in 1963 van twee bekende Suid-Afrikaanse sirkusondernemings, naamlik "Boswell's Circus" en "Wilkie's Circus". Eg het 'n lang geskiedenis in Suid-Afrika gehad – die ontstaan daarvan strek so ver terug as 1913 – en was altyd in besit van die Boswell familie. Wilkie weer het in 1955 'n mededingende sirkus begin. Die appellant (respondent in die hof *a quo*), wat homself beskryf as "a fifth-generation Boswell to be involved in the circus industry", het toe so onlangs as 1982 'n eie sirkus onder die naam "Brian Boswell Circus" tot stand gebring. Die respondent het 'n interdik aangevra ten einde die appellant te verbied om die naam Boswell ten aansien van sy onderneming te gebruik aangesien sodanige gebruik op onregmatige aanklamping ("passing off") sou neerkom. Die aansoek slaag in die hof *a quo*. In appèl word die beslissing bevestig, maar die bevel gewysig.

237 1935 AD 89 103–104; sien Van Heerden en Neethling 105–106.

238 481–482 482 ev 485.

239 Van Heerden en Neethling 106–108.

240 *Idem* 106–107.

Haggar-saak²⁴¹ verduidelik regter Mostert reputasie, en die bewys daarvan, tans soos volg:

"Reputation in the market means that a number of persons are aware of the product and its qualities; the extent of that reputation depends on the number of persons who have this awareness. Even a product with a substantial reputation will not be known to every buyer or potential customer in the market. The evidence therefore of persons who are unaware of the existence of the product or the extent of its penetration in the market does not displace and therefore does not contradict the evidence of persons who have this knowledge and testify positively to the extent of such reputation."

Dit is dus voldoende as die eiser aantoon dat net 'n deel van die publiek sy teken met sy prestasie assosieer. In ooreenstemming hiermee is weer eens bevestig dat 'n ondernemer net in een deel van die land 'n beskermingswaardige reputasie kan opbou.²⁴² Insgelyks is beslis dat die reputasie wat deur 'n "pre-launch publicity" van 'n produk nog net onder groothandelaars verwerf is – sonder dat die produk aan die verbruikers self bekendgestel is – voldoende vir beskerming teen aanklamping is.²⁴³

*Peregrinus*²⁴⁴ Die beginsel dat 'n *peregrinus* wat geen sake in Suid-Afrika doen nie maar desnieteenstaande 'n reputasie hier te lande verwerf het, nie op beskerming teen aanklamping aanspraak kan maak nie, is in navolging van *Slenderella Systems Incorporated of America v Hawkins*²⁴⁵ in 'n aantal sake herhaal.²⁴⁶ Soos gestel is, is hierdie toedrag van sake onaanvaarbaar omdat die *peregrinus* beslis 'n beskermingswaardige belang in die integriteit van sy werfkrag onder Suid-Afrikaners kan hê.²⁴⁷ Die howe se aandrang dat die werfkrag net saam met die onderneming kan bestaan, asook hulle onderskeid tussen reputasie en werfkrag in hierdie verband, gaan eenvoudig nie op nie, enersyds omdat die werfkrag wel selfstandig van die onderneming (in 'n ander land) kan bestaan,²⁴⁸ en andersyds omdat reputasie net 'n aspek en daarom deel van die werfkrag is.²⁴⁹ Hierbenewens doen regter Page aan die hand dat die feit dat 'n onderskeidingsteken 'n regsgoed is wat selfstandig van die onderneming bestaan en terselfdertyd 'n belangrike faktor in die vorming van werfkrag is,²⁵⁰ 'n grondslag bied om die *peregrinus* te beskerm teen die aanklamping van sy onderskeidingsteken wat 'n reputasie in ons land verwerf het, selfs al het hy nog geen sake hier gedoen nie.²⁵¹ Hopelik sal hierdie onbevredigende posisie deur die appèlhof reggestel word.²⁵²

241 1985 4 SA 569 (T) 578.

242 Sien die *Scott and Leisure Research*-saak 1985 1 SA 211 (K) 223.

243 Sien die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 340-342; sien ook Webster en Page 416.

244 Van Heerden en Neethling 108-109; sien ook in die algemeen Page in Neethling (red) 41-54; Webster en Page 419-424.

245 1959 1 SA 519 (W) 521 (Van Heerden en Neethling 108).

246 Sien bv die *Tie Rack*-saak 1989 4 SA 427 (T) 442-445; die *Haggar*-saak 1985 4 SA 569 (T) 574; vgl die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 343; die *Scott and Leisure Research*-saak 1985 1 SA 211 (K) 223; sien ook Page in Neethling (red) 48-50.

247 Sien Van Heerden en Neethling 109 veral vn 34.

248 Die onderneming kan dus in een land wees met werfkrag wat selfstandig in 'n ander land bestaan: sien *supra* par 4.

249 Sien hieroor *supra* par 4.

250 Sien ook Van Heerden en Neethling 58-64.

251 Sien Page in Neethling (red) 51-52.

252 Page *idem* 53 merk in hierdie verband op: "One cannot dispute that the denial of any relief to a *peregrinus* under these circumstances runs counter to one's feeling for morality

Verweer van “unclean hands”²⁵³ Hierdie verweer, te wete dat ’n eiser nie op grond van aanklamping kan ageer as hyself die publiek ten aansien van sy eie prestasie mislei nie, het in ’n aantal vonnisse ter sprake gekom.²⁵⁴ In navolging van vroeëre regspraak word die toepassing van die verweer beperk tot gevalle waar daar bedrog, *mala fides* of oneerlikheid aan die kant van die eiser was.²⁵⁵

Misleiding as aanspreeklikheidsvereiste²⁵⁶ Die vereiste dat die eiser moet bewys dat die verweerder se onderskeidingsteken die skyn verwek dat sy prestasie die soortgelyke prestasie van die eiser is en daarom ’n waarskynlikheid van misleiding of verwarring by potensiële klante skep,²⁵⁷ word deur die regspraak bevestig.²⁵⁸ Vir doeleindes van skynverwekking hoef die eiser en verweerder se tekens nie identies te wees nie; dit is voldoende as hulle “deceptively similar” is²⁵⁹ en sodoende die *gewone klant* mislei of verwar. Hierdie “test of the reaction of the ‘ordinary purchaser’” het veral in die *Moroka Swallows*-saak²⁶⁰ aandag geniet. Hier was die vraag of die ondersteuners van ’n sokkerklub deur die dader se beweerde aanklamping mislei is. Regter Stegmann aanvaar die toets – soos omskryf deur die respondent se advokaat – as “that of the reaction of a reasonably intelligent, literate and reasonably well-informed soccer follower”, maar met die kwalifikasie dat “illiterate soccer followers are not to be excluded” omdat daar baie van hulle is. Die regspraak het voorts bevestig dat die vraag na waarskynlikheid van misleiding objektief beoordeel word.²⁶¹

vervolg van vorige bladsy

and natural justice. And one can ask with justification whether the courts have been correct in dismissing the claims of the *peregrinus* in so cavalier a fashion . . . One may also respectfully query whether the practice of copying a distinctive symbol devised and used by a foreign trader, with the purpose of exploiting the attractive power created by such use and of preventing the foreign trader from himself exploiting it in the local market, is as acceptable by current standards of commercial morality as the courts have held.” Dean “Stealing foreign fruits – I: passing off” 1989 *BML* 7–8 opper soortgelyke kritiek.

253 Van Heerden en Neethling 109–111.

254 Sien die *Scott and Leisure Research*-saak 1985 1 SA 211 (K) 220–221; die *Cambridge Plan*-saak 1987 4 SA 821 (D) 842; vgl die *Elida Gibbs*-saak 1988 2 SA 350 (W) 356.

255 Sien die *Scott and Leisure Research*-saak 1985 1 SA 211 (K) 221 waar met goedkeuring na Van Heerden en Neethling 111 verwys word. In die *Cambridge Plan*-saak 1987 4 SA 821 (D) 842 word verklaar: “[I]t is not enough to disentitle a party to relief that the conduct whereby he acquired the requisite reputation was illegal: such illegality must have taken the form of fraud or, at the very least, dishonesty.”

256 Van Heerden en Neethling 111–116.

257 Die verweerder se wanvoorstelling moet dus die oorsaak van die misleiding wees. In die *Hoechst*-saak 1987 2 SA 600 (A) 619 sê Nicholas WN AR: “Confusion *per se* does not give rise to an action for passing off. It does so only where it is the result of a misrepresentation by the defendant that goods which he offers are those of the plaintiff or are connected with the plaintiff.”

258 Sien bv die *Easyfind International*-saak 1983 3 SA 917 (W) 925–926; die *Boswell-Wilkie Circus*-saak 1984 1 SA 734 (N) 739 ev 741; die *Brian Boswell*-appèlhofsak 1985 4 SA 466 (A) 478 482–484; die *Hoechst*-saak 1987 2 SA 600 (A) 614 ev; die *Moroka Swallows*-saak 1987 2 SA 511 (W) 519 532 ev; die *Cambridge Plan*-saak 1987 4 SA 821 (D) 838 ev; die *Hollywood Curl (I)*-saak 1989 1 SA 236 (A) 249 ev; die *Union Wine*-saak 1990 2 SA 180 (D) 185 ev.

259 Sien die *Cambridge Plan*-saak 1987 4 SA 821 (D) 834.

260 1987 2 SA 511 (W) 532–533; vgl *Sportshoe (Pty) Ltd v Pep Stores (SA) (Pty) Ltd* 1990 1 SA 722 (A) 734; sien in die algemeen Van Heerden en Neethling 113–114.

261 Sien bv die *Cambridge Plan*-saak 1987 4 SA 821 (D) 841. In die *Hoechst*-saak 1987 2 SA 600 (A) 618–619 het die hof ’n markopname wat gepoog het om aan te toon dat misleiding waarskynlik is om verskeie redes verwerp, oa omdat die ondervraagdes nie versoek is om die betrokke twee produkte te vergelyk nie, en omdat sommige vroeë waarskynlik die ondervraagdes sou mislei het om verkeerde antwoorde te gee.

Gemeenskaplike mededingingsveld In verband met die vereiste van waarskynlikheid van misleiding word in die *Brian Boswell*-appèlhoofsak²⁶² in navolging van die *Holiday Inns*-saak²⁶³ verklaar:

“Passing off is a form of wrongful competition . . . Engagement in the same field of business activity is not a prerequisite of success but clearly the existence of this factor would tend to enhance the likelihood of confusion or deception as far as the general public is concerned.”²⁶⁴

Nou kan met die standpunt dat die ongemagtigde gebruik van ’n ondernemer se handelsnaam of -merk deur ’n *nie-mededingende* ondernemer onregmatig kan wees, nie fout gevind word nie.²⁶⁵ Daar bestaan egter baie goeie redes, soos in Van Heerden en Neethling²⁶⁶ aangetoon word, waarom ’n mens in omstandighede waar ’n gemeenskaplike mededingingsveld ontbreek, nie met “passing off” in die tradisionele betekenis van dié figuur te make het nie. Ten einde verwarring te voorkom, is dit daarom beter om die benaming “passing off” vir hierdie gevalle te vermy.

Remedies²⁶⁷ Wat die *gemeenregtelike* remedies by aanklamping betref, word in die *Pepsico*-saak,²⁶⁸ met verwysing na Van Heerden en Neethling,²⁶⁹ aandag aan sowel die interdik²⁷⁰ as die *actio legis Aquiliae* gegee. Met betrekking tot die Aquiliese aksie bevestig die appèlhof in die *Brian Boswell*-saak²⁷¹ voorts dat skade op twee wyses kan manifesteer, te wete “the improper filching of another’s trade and an improper infringement of his goodwill” en “injury to that other’s trade reputation”.

Ten opsigte van *statutêre* remedies is veral die beslissing in *Hollywood Curl (Pty) Ltd v Twins Products (Pty) Ltd (2)*²⁷² van betekenis.²⁷³ Hier het die appèlhof die beslissing in *Link Estates (Pty) Ltd v Rink Estates (Pty) Ltd*²⁷⁴ ten opsigte van die uitleg van artikel 45(2) van die Maatskappywet²⁷⁵ onderstreep. Die artikel bepaal dat die registrateur van maatskappye op versoek van ’n persoon of maatskappy ’n ander maatskappy kan beveel om sy geregistreerde naam te verander indien dié naam bereken is om skade aan bedoelde persoon of maatskappy te

262 1985 4 SA 466 (A) 478–479.

263 1977 2 SA 916 (A) 929–931 (sien Van Heerden en Neethling 115–116).

264 Vgl ook die *Sportshoe*-saak 1990 1 SA 722 (A) 735.

265 Dit gaan nl hier oor *bedekte aanleuning* wat ’n inwerking op die reg op die werfkrags van ’n onderneming *buite mededingingsverband* meebring: sien in die algemeen Van Heerden en Neethling 123 ev; *infra* par 6(3) by die bespreking van aanleuning.

266 115–116; sien ook Neethling 1986 *THRHR* 233.

267 Van Heerden en Neethling 118–121.

268 1988 2 SA 334 (W) 337–338; vgl ook die *Moroka Swallows*-saak 1987 2 SA 511 (W) 535–536.

269 116–117, ook vn 74.

270 Daar word oa bevestig dat skuld nie ’n vereiste vir die interdik is nie. Sien ook wat die tydelike interdik betref, die *Moroka Swallows*-saak 1987 2 SA 511 (W) 535–537; die *Pepsico*-saak 1988 2 SA 334 (W) 336–337.

271 1985 4 SA 466 (A) 478; sien ook Van Heerden en Neethling 117 vn 80.

272 1989 1 SA 255 (A).

273 Sien ook die *Hollywood Curl (I)*-saak 1989 1 SA 236 (A) 246 248 waar duidelik blyk dat die eienaar van ’n geregistreerde handelsmerk, afgesien van sy statutêre remedie, in beginsel ook ’n aksie op grond van aanklamping het indien inbreuk op sy geregistreerde merk gemaak is (sien hieroor Van Heerden en Neethling 118–119).

274 1979 2 SA 276 (OK).

275 61 van 1973.

veroorzaak ("calculated to cause damage to the objector"). Appèlregter Corbett verklaar:²⁷⁶

"It seems to me . . . that what the Legislator had in mind was damage caused to the objector by reason of the activities of the company in question under the name objected to; and that such damage could arise, *inter alia* at any rate, by the company being enabled through or by reason of the use of its name *to pass off its goods or its business as that of the objector*. This is how, in general, s 45(2) was interpreted . . . in the case of *Link Estates* . . . and in my view, there are two considerations which impel one to this conclusion."

So gesien, het die eiser in omstandighede waar die gebruik van 'n maatskappy-naam op aanklamping neerkom, afgesien van sy gemeenregtelike remedies ook die onderhawige statutêre remedie tot sy beskikking.

(*Word vervolg*)

276 262 (my kursivering).

*When researching the case law on the quantum of damages, I took note with some surprise of the comparatively low and sometimes almost insignificant awards made in Southern African Courts for infringements of personal safety, dignity, honour, self-esteem and reputation. It is my respectful opinion that courts are charged with the task, nay the duty, of upholding the liberty, safety and dignity of the individual, especially in group-orientated societies where there appears to be an almost imperceptible but inexorable decline in individual standards and values (per Van der Spuy AJ in *Ramakulukusha v Commander, Venda National Force* 1989 2 SA 813 (VSC) 847).*

Inadequacies in the legal system and administrative framework affecting river-system management in South Africa: a case study of the Eerste-Kuils River system in the Western Cape

KA Wiseman

BSc Hons MSc

Environmental Evaluation Unit, University of Cape Town

MR Sowman

BA MA

Environmental Evaluation Unit, University of Cape Town

OPSOMMING

Tekortkominge in die wetgewing en administratiewe raamwerk betreffende beheer oor rivierstelsels in Suid-Afrika: 'n gevallestudie van die Eerste-Kuilsrivier-stelsel in die Wes-Kaap

Die toenemende agteruitgang van rivierstelsels in Suid-Afrika lei reeds tot kommer. Die snelle bevolkingsgroeï en die gepaardgaande ontwikkelingsaktiwiteite beteken dat hierdie agteruitgang sal versnel tensy wetgewing en administratiewe beheer ingestel word vir beter beplanning en besluitneming in rivieropvanggebiede. In hierdie artikel word die tekortkominge van die wetgewing en administratiewe raamwerk waarbinne rivierstelsels beheer word, ondersoek aan die hand van drie belangrike probleme wat in die Eerste-Kuilsrivier-stelsel in die Wes-Kaap ondervind word: toenemende oorstromings, swak kwaliteit van water en verlengde periodes sonder riviervloei.

Oorstromings het in sowel frekwensie as tydsduur toegeneem as gevolg van die toename in afvoer- en stormwatervloei vanaf die toenemend verstedelike opvanggebied. Die uitwerking van stormwater-afloop op die rivierhidrologie is nie voldoende in ag geneem by die beplanning van nuwe ontwikkelinge nie, en tegnieke vir die beheer van stormwater in die opvanggebied word dikwels verontagsaam. Daar is geen statutêre bepalings wat ontwikkeling verbied of doeltreffend reguleer in gebiede waarvoor oorstromings 'n bedreiging inhou nie.

Die waterkwaliteit in die rivierstelsel het verswak as gevolg van nywerheids- en rioolafval, asook die besmette afloop vanaf landbougrond en stedelike gebiede. Statutêre bepalings om die waterkwaliteit te beskerm, was oneffektief as gevolg van vaagheid, tekortkominge in die standaard, die uitreiking van permitte vir die vrystelling van standaard en probleme met die toepassing van die wetgewing. Belangrike bevoegdhede wat vir die beheer van waterkwaliteit bestaan, word nog steeds nie toegepas nie.

Die onttrekking van water het die verlenging van periodes sonder watervloei veroorsaak. Die Waterwet 54 van 1956 verleen uitgebreide regte aan waterverbruikers, maar erken of beskerm nie die minimum hoeveelheid water wat benodig word om ekologiese sisteme in stand te hou nie.

Nog die huidige stelsel van wetgewing, nog die administratiewe raamwerk wat die beheer van rivierstelsels bepaal, spreek oorwegings aan wat die hele opvanggebied betrek en wat vir die

instandhouding van rivierstelsels belangrik is. Rivierstelsels word dus nie in òf die wetgewing òf die provinsiale ordonnansies as geïntegreerde dinamiese stelsels beskou nie, en daar is geen administratiewe liggame wat gekoördineerde besluitneming in rivieropvanggebiede voorsien of bevorder nie.

1 INTRODUCTION

The worsening degradation of South Africa's river systems is a cause for concern, particularly in urbanised or rapidly growing urban areas.¹ Rapid population growth, together with an increasing demand for industrial, infrastructural and recreational development, as well as the demands for water by agricultural and domestic consumers, means that the deterioration of South Africa's water resources will continue unless legal and administrative controls are instituted which provide for environmentally sound planning and the sustainable utilisation of river systems.

This article attempts to examine critically the law governing activities which affect river systems. The common law in this respect has been supplemented by a number of statutes and provincial ordinances. Reference is made to these, to pertinent common-law principles and to the various planning and decision-making authorities responsible for the implementation and enforcement of environmental legislation² in the context of a case study of the Eerste-Kuils River system in the Western Cape. The river system comprises the Eerste River, which flows through agricultural land and the town of Stellenbosch, and the Kuils River, which flows through extensively urbanised areas on the Cape Flats before joining the Eerste River near its estuary on the False Bay coast. It is submitted that the causes and effects of degradation in the Eerste-Kuils River system are representative of many other river systems in South Africa, particularly those located wholly or partly within an urban environment.

2 SYMPTOMS AND CAUSES OF RIVER-SYSTEM DEGRADATION

According to Heydorn,³ activities causing degradation within a river catchment also degrade the structure, function and inherent characteristics of the river and estuary. The degradation of a river system can accordingly be described in terms of one or more of the following characteristics: changes in hydrology, changes in sedimentation processes, changes in water quality, changes in river and estuarine biota, and aesthetic changes.

Changes in these categories within the Eerste-Kuils River system have caused the following problems to occur:⁴

- flooding of areas riparian to the Kuils River

1 Heydorn (ed) *Principles and objectives for coastal zone management in the Republic of South Africa* (1988) 3; Heydorn (ed) *An assessment of the state of the estuaries of the Cape and Natal in 1985/86* (1986) vii; Council for the Environment *Guidelines for environmental conservation and environmental creation in structure planning for the urban environment* (1989) 5; Davies and Day *The biology and conservation of South Africa's vanishing waters* (1986) 1.

2 Fuggle and Rabie (eds) *Environmental concerns in South Africa* (1983) 47.

3 Heydorn *supra* fn 1 vii.

4 Wiseman and Simpson "Degradation of the Eerste River system: legal and administrative perspectives" 1989 *SA Journal of Aquatic Sciences* 282.

- poor water quality in the river system
- prolonged periods of zero flow in the Eerste River.

These problems will be used to illustrate inadequacies that exist in the legal system and administrative framework governing the planning and decision-making of activities potentially affecting river systems.

2 1 Flooding of areas riparian to the Kuils River

Flooding is a problem along the Kuils River as a result of the extensive urbanisation that has occurred within the catchment and on the flood plain.⁵ The severity of the flooding problem has been exacerbated since inadequate consideration has been given to floodheights in the planning and assessment of development proposals, and to the effects of increasing development in the river catchment on flood heights.

The process of urbanisation within a river catchment alters the flood regime of the river since land is transformed from its natural vegetated state to a hard, paved surface. This increases the amount of stormwater run-off that reaches the river, resulting in higher flood peaks. In 1986 it was estimated that 22% of the catchment area of the Kuils River was urbanised.⁶ Development of the remaining areas for which the rezoning and subdivision of land for development has already been approved (as of 1986) will increase this figure to 56%. Unless remedial steps are taken, this will result in further increases in the frequency and height of floods.

For example, if a certain flood height is reached on average once in 50 years by a river with a catchment in a near natural state, then the same flood height can easily be reached once in 20 years after urbanisation has taken place.⁷ Nevertheless, this issue is given little attention in either the land-use planning process or in the statutes governing actions affecting river systems. The most important statutes in this respect are the Water Act 54 of 1956, the Conservation of Agricultural Resources Act 43 of 1983 and the Physical Planning Act 88 of 1967. The Health Act 63 of 1977 also contains relevant provisions, as do the Municipal Ordinance 20 of 1974, the former Divisional Council Ordinance 18 of 1976 and the Land Use Planning Ordinance 15 of 1985 in the Cape Province.

2 1 1 Statutory provisions pertaining to stormwater run-off

In terms of the Water Act 54 of 1956, urban stormwater may be classified as "private" water, since

"it rises or falls on any land [which is] the subject of separate original grants, but is not capable of common use for irrigation purposes".⁸

The rights to and responsibility for private water rest with the owner of the land on which the water is found,⁹ subject to certain conditions. These conditions refer, *inter alia*, to the use, purification and disposal of private water used for

5 Ninham Shand Raadgewende Ingenieurs *Benede-Kuilsrivier ontwikkeling: Beheer van die Kuilsrivier* (1986) Verslag nr 1165/4300 3/3.

6 *Idem* 4 1.

7 Annandale "The influence of urbanisation on the costs of flooding" 1989 *Municipal Engineer* 10 51 52.

8 S 1.

9 S 5.

agricultural and industrial purposes,¹⁰ and the prevention of water pollution.¹¹ The relationship between stormwater run-off and river flow or floods is not addressed in the Water Act.

The Conservation of Agricultural Resources Act 43 of 1983 is relevant to the management of rivers, since the objects of the act include the control over the utilisation of the natural agricultural resources in order to promote the conservation of the soil, the water sources and the vegetation.¹² However, section 2(1)(a) states that the act shall not apply to any land which is situated in an urban area. An "urban area" is defined as any land under the control of a local authority, except any commonage or other land under such control which is utilised for agricultural purposes.¹³

Stormwater is considered in regulations¹⁴ promulgated in terms of section 6(2) of the Conservation of Agricultural Resources Act. Section 8(1) of these regulations states that

"no land user shall in any manner whatsoever divert any run-off water from his farm unit to any other water course, except on authority of a written permission by the executive officer".

These provisions would not apply, however, to land within a local authority's jurisdiction, and thus stormwater from urban areas is excluded from this provision.

The Physical Planning Act 88 of 1967 includes amongst its objectives the promotion of co-ordinated environment planning,¹⁵ but does not mention stormwater run-off or any other possible effects of industrial or other development on river systems. Similarly, the recently published Physical Planning Bill¹⁶ provides for land use planning and policy to be determined from national and regional to urban scales,¹⁷ but does not indicate how stormwater run-off or river hydrology may be considered in such plans.

The Health Act 63 of 1977 contains provisions enabling the promulgation of regulations concerning, *inter alia*, the provision of sewerage and drainage systems for buildings, caravan parks and holiday resorts.¹⁸ However, no regulations concerning these issues have as yet been promulgated.

Apart from the above provisions and regulatory powers, there are no controls or management principles for urban stormwater run-off in the acts. In the Cape Province, however, important stormwater management principles are provided by the Municipal Ordinance 20 of 1974, the former Divisional Council Ordinance 18 of 1976 and the Land Use Planning Ordinance 15 of 1985.

2 1 2 Stormwater management in the Cape Province

The Municipal Ordinance 20 of 1974 grants local authorities in the Cape the power to "drain stormwater . . . into any natural watercourse"¹⁹ and to pay compensation to any person suffering damage in consequence.²⁰ Neither the division

10 S 12 21.

11 S 22 23 24.

12 S 3.

13 S 1(xxix).

14 R1048 *Government Gazette* No 9238 1984-05-25.

15 Preamble to the act.

16 Notice No 77 of 1990 *Government Gazette* No 12280 1990-02-09.

17 S 3 4 5 6.

18 S 34.

19 S 139(1)(d).

20 S 139(3).

of responsibility between a developer and the local authority for ensuring the adequate provision of stormwater drainage, nor the consideration of the possible effects of stormwater on river hydrology is addressed in the Municipal Ordinance. The Divisional Council Ordinance 18 of 1976 contained very similar provisions, but has now been superseded by the Regional Services Councils Act 109 of 1985. This act makes no mention of stormwater, but does provide that a council shall have all the powers and duties of a local authority in the province where the council is situated.²¹

The Land Use Planning Ordinance 15 of 1985 regulates the powers and functions of local authorities for the planning of land use and provides mechanisms for forward planning, as will be discussed later. Regulations relevant to the provision of engineering services, such as stormwater drainage systems, have been promulgated by the administrator in terms of section 47(1) of the ordinance.²² Section 39 of these regulations states that where an application for subdivision and development is granted,

“the standard of the services to be provided . . . and the division of the costs of such services between the developer and the local authority shall be in accordance with guide-lines, laid down from time to time by the chief director”.

These guide-lines²³ further state that the provision of engineering services must be in accordance with a set of published guide-lines,²⁴ commonly referred to as the “Blue Book”, and the division of costs in accordance with the recommendations of the 1983 Venter Commission.²⁵

The Blue Book contains technical guide-lines that could, if applied, mitigate many of the problems associated with increasing urbanisation in the river catchment. Some critical aspects of the guide-lines tend, however, to be overlooked by developers and local authorities. This is because, firstly, the responsibility for implementing certain of the guide-lines is not clearly defined. For example, very few local authorities have jurisdiction over an entire river catchment, whereas the Blue Book recommends the use of catchment wide stormwater management and drainage plans²⁶ that take into account present and future planned development. Secondly, local authorities do not adequately check that design principles contained in the guide-lines have been adopted, and in any case have only limited statutory authority to ensure that the guide-lines are implemented. Section 31(1) of the Land Use Planning Ordinance 15 of 1985 requires that, after an application for the subdivision of land is granted (which implies that layout plans have been drawn, considered and approved), the transferor “shall furnish proof” to the local authority that conditions attached to the approval have been

21 S 4(a).

22 Cape Provincial Administration *Official Gazette Extraordinary* 4563 1988-12-05.

23 Cape Provincial Administration *Circular* LG/PB/17/1986 1986-07-06.

24 Department of Community Development *Guidelines for the provision of engineering services in residential townships* (1983).

25 *Second report of the commission of enquiry into township establishment and related matters* (1983) 22 to 36. This report is commonly referred to by the name of the chairman of the commission, Mr AA Venter. Briefly, the commission recommended that the developer should be responsible for the complete design, installation and cost of all engineering services internal to the township, and the local authority should accept responsibility for engineering services external to the township. The latter includes, eg, the provision of a drainage route to a natural watercourse. Cost liability for these services “should be a matter in the first place for negotiation between the township establisher and the local authority” (36).

26 Department of Community Development *supra* fn 24 A17 and D2.

met. This proof usually takes the form of a certificate signed by a professional engineer to the effect that the guide-lines have been applied. However, the choice of township layout is a crucial factor determining the effect of the development on stormwater run-off characteristics,²⁷ such that adherence to the guide-lines should be ensured at the design stage rather than after approval. This oversight, together with the lack of a systematic procedure to ensure that appropriate techniques to avoid detrimental effects are applied, has contributed to the problems being addressed here.

2 1 3 Stormwater run-off and common law

In the Kuils River catchment, stormwater drainage from new urban areas has resulted in unforeseen consequences in terms of river hydrology, causing damage and costs to some landowners.

One such development has been the urbanisation of the Kleinvlei area, which was a seasonal vlei with no defined watercourse to the Kuils River. A canal was constructed to drain stormwater to the Kuils River, following the above-mentioned principle of draining stormwater to a natural watercourse. However, the canal ends before it reaches the watercourse, and discharges the stormwater onto an area of veld. The landowner through whose farm unit the canal passes, complains that the canal causes flooding of cultivated land and has reduced agricultural potential owing to raised groundwater levels. In this respect it is worth noting that the consulting engineers to the local authority recommended the construction of a retention dam to prevent flooding near the terminal point of the canal.²⁸

Under common law a downstream landowner is not obliged to receive unnatural water, and if the natural quality and quantity of flowing water is altered, then "the person who constructed the offending works . . . [is] liable in damages and to abate the mischief".²⁹ In this case the local authority is, however, exercising a statutory right to a servitude of drainage in order to perform a public duty. Nevertheless, Hall and Burger³⁰ point out that the enjoyment of a servitude of furrow entails liability for any inconvenience which may arise by reason of the position of that furrow on the servient tenement.

A valuable example of the issues and arguments that can arise during litigation between an affected property owner and a local authority relating to damage caused by stormwater is provided by *Johannesburg Municipality v African Realty Trust Ltd.*³¹ African Realty Trust contended (as it had successfully done in the court *a quo*) that roads, streets and drains constructed by the municipality had increased the volume and velocity of water flowing over its property. The works

27 *Idem* A18.

28 Ninham Shand Raadgewende Ingenieurs Report on the stormwater drainage of the Kleinvlei region between Blackheath and Eersterivier (1976) Report no 432/2615 13. The stormwater canal, which drains an area of about 5400 hectares, was terminated in an "apparent branch of the Kuils River" (13) identified from "certain [unspecified] published maps". The report further states that "the first mentioned branch of the Kuils River has at some time been closed off by a sand bar from the main channel" (13). The N2 National Road also lies between this branch and the main channel of the Kuils River.

29 Vos *Principles of South African water law* (1978) 77.

30 *Water rights in South Africa* (1974) 53.

31 1927 AD 163.

referred to included a drain by which stormwater from another catchment had been diverted onto the respondent's property. The drains and other works which carried water flowing normally towards the respondent's property were found by the court not to have been constructed negligently, since the cost of the additional measures proposed to prevent erosion was excessive. The municipality was, however, found to have wrongfully increased the flow of water by the diversion of water from an adjacent catchment, since it was quite feasible to have taken this water down its natural course.³²

It was held that a decision by the court must involve the consideration of three questions: whether the statutory powers conferred upon the local authority were intended to have the effect of prejudicing another person; whether the exercise of those statutory rights did in fact cause damage to the other person, and whether such damage, if it exists, was due to the negligent exercise of the said statutory powers.³³ It is clear that the statutory powers of a local authority to construct stormwater drains provide for the exercise of a public duty in the public interest as well as for situations where damage results to other persons as a consequence of the reasonable exercise of these powers. Hence attention should be focused on what constitutes a reasonable exercise of those statutory powers. Hall and Burger³⁴ have stated in this respect that the onus lies on the person alleging injury to prove that

"by the adoption of certain reasonably practical precautions or some other reasonable method of construction, the concentration of water and the resulting damage . . . could have been avoided".

In this decision the only precautionary measure proposed by the appellant was the canalisation of the kloof carrying the stormwater. The court found that the costs of this were excessive and hence it was not a reasonably practical measure. However, many other measures to attenuate the detrimental effects of stormwater run-off from urban catchments are available.³⁵

In the instance described here, a number of questions arise with respect to the rights of property owners and the responsibilities of local authorities. Since the Kleinvlei area had no natural watercourse, and was in fact a seasonal vlei, did the local authority act responsibly in granting a rezoning and subdivision of the area for development, obtaining a servitude of furrow for a drainage canal, and then terminating the canal without any flood prevention measures? A more general consideration may be that, since the hydrological relationship between catchment surface and river flow is well understood, and cost-effective techniques exist to limit the detrimental effects of stormwater, is it not reasonable to expect a local authority to *identify* potential problems associated with the approval of development within a river catchment, and thence to ensure that reasonably practical measures are applied to reduce these detrimental effects?

32 *Idem* 164.

33 *Idem* 170.

34 *Supra* fn 30 53.

35 The "Blue Book" guide-lines (*supra* fn 24) contain a number of technical principles in this respect. In the case under consideration techniques such as storage areas, retention dams and stepped gradients may have been applicable, as well as the use of vegetation, embankments and roughened channels to reduce the rate of run-off. See, eg, Beaumont "River management in the urban environment" 1979 *Municipal Engineer* 4 43-45; or, for further detail, National Institute for Transport and Road Research *Urban stormwater management* (1986) C11-C26.

2 1 4 *Land-use planning in river catchments*

The statutory rights and responsibilities of local authorities in the Cape Province have assumed increasing significance since considerable decision-making powers have recently been devolved from provincial to local authority level in terms of section 5(2) of the Land Use Planning Ordinance 15 of 1985. This allows for the transfer of certain powers to local authorities in terms of a general structure plan.³⁶

The general structure plan approved by the administrator in terms of section 4(6) of the ordinance enables local authorities to approve applications for the rezoning and subdivision of land in terms of sections 14(4), 16(1) and 18 of the Land Use Planning Ordinance 15 of 1985.³⁷ This delegation, however, specifically excludes any rezoning application for land below the 1-in-50 year floodline (that is, the level of floodwaters likely to be reached on average once in 50 years), *unless* an approved structure plan³⁸ exists. The delegation of powers further excludes a proposed rezoning which is inconsistent with an approved structure plan, as well as the rezoning of public open space to any other land use in an area for which an approved structure plan does not exist.

It may therefore be seen that the processes whereby structure plans are prepared, reviewed and approved, and the requirements for the consideration of river catchments, floodlines and stormwater drainage in those procedures, are critical for the attainment of sound land-use planning and decision making in a river catchment. The Land Use Planning Ordinance 15 of 1985, however, makes no reference to river catchments, floodlines or stormwater management and states only that "regard shall be had to the preservation of the natural and developed environment"³⁹ in the preparation, amendment, withdrawal or review of a structure plan.

2 1 5 *Floodlines in land use planning and decision-making*

The Land Use Planning Ordinance 15 of 1985 provides that any application for development shall be refused solely on the basis of a lack of desirability of the contemplated utilisation of land concerned including the guide-line proposals included in a relevant structure plan in so far as it relates to desirability.⁴⁰ An examination of the principles and guide-lines for structure planning,⁴¹ however,

36 Cape Provincial Administration *Circular GOK/LDC 9/1988* (1988) 1.

37 S 14(4) concerns the substitution of a zoning scheme for one in which land is not necessarily zoned in accordance with its existing utilisation. S 16(1) concerns the consideration of an application made by a landowner for the rezoning of land. S 18 concerns the rezoning of land by a local authority and the notification of the landowner if the rezoning is made with a view to the acquisition of land by the local authority concerned.

38 A major feature of the Land Use Planning Ordinance 15 of 1985 is the provision of structure plans for forward planning. A structure plan is usually prepared by the local authority having jurisdiction in that area. A structure plan can be approved or rejected by the administrator in terms of s 4(6), although the ordinance does not require that the reasons for approving or rejecting the plan be disclosed, and provides no criteria by which structure plans should be assessed. Structure plans are required to show land uses that are consistent with an approved guide plan in terms of s 6A(1)(b) of the Physical Planning Act 88 of 1967.

39 S 4(9).

40 S 36(1).

41 Chief Directorate Land Development Co-ordination (Cape Provincial Administration) *Manual for structure planning* (1986).

shows that no attention is necessarily given to either the potential consequences of increased development on river hydrology, or to the 1-in-50 year floodline, or to the effect of increased development on floodlines. These inadequacies in the structure planning process have been recognised by the Council for the Environment⁴² which recommended "restrictions" on development below the 1-in-50 year floodline for rivers or spruits.

The Cape Provincial Administration has a policy of requiring the inclusion of the 1-in-50 year floodline on the layout plan of proposals for the rezoning or subdivision of land that are submitted to it for consideration. Although the floodlines should be determined by a professional engineer, or a certificate from a land surveyor included with the proposal to the effect that no floodline is applicable, these requirements are not clearly documented and are often overlooked. In the case of an application to a local authority within the Cape Province, the local authority is not obliged to adhere to the Cape Provincial Administration policy.⁴³ Consequently, a competent assessment of floodlines may not be shown on a proposed township layout submitted to a local authority, and the issue of flooding may not be considered at all in the decision-making process.

Nevertheless, decisions made by local authorities or the administrator must conform to the requirements of any other applicable legislation. Requirements for indicating floodlines on proposed development plans are included in the Water Act 54 of 1956 and in the Conservation of Agricultural Resources Act 43 of 1983.

2 1 6 Statutory provisions pertaining to floodlines

The Water Act compels local authorities to require that lines showing the maximum level likely to be reached on an average every twenty years by floodwaters be shown on the layout plan of a proposed township or township extension.⁴⁴ The effect of this provision, however, is limited to drawing the attention of the decision-making authority to the fact that land below the floodline is vulnerable to inundation and floods.⁴⁵ A local authority can permit development to take place on such vulnerable land if an approved structure plan exists for the area. Furthermore, although failure to comply with this provision is subject to a fine "not exceeding one hundred rand",⁴⁶ the provision has been found elsewhere to be ineffective since it is often ignored, or the floodlines are drawn in "intuitively".⁴⁷

42 Council for the Environment *supra* fn 1 5.

43 S 38(1) of the Land Use Planning Ordinance 15 of 1985 provides that the form of any application can be determined by the Director of Local Government. This provision is restated in s 2 of the regulations promulgated in terms of s 47(1) (*supra* fn 22 1435). Nevertheless, the Cape Provincial Administration has stated that the prescribed application form is required to be completed only where consideration of the application has not been assigned to a council (Cape Provincial Administration *Manual for applications in terms of Ord 15/1985* (1988) 4). Local authorities are nevertheless advised to ensure that applications are drawn up by "capable persons" (*idem* 22).

44 S 169(A).

45 Department of Water Affairs *Management of the water resources of the Republic of South Africa* (1986) 6 28.

46 S 170(3).

47 Sowman (ed) *Socio-economic factors affecting estuarine degradation: a case study of the Kaffirkuils estuary* (1988) Environmental Evaluation Unit, University of Cape Town Report no 4/88/27 69. This report states that "floodlines do not seem to have been indicated on any plans for developments in the floodplain" (69).

Regulations promulgated in terms of the Conservation of Agricultural Resources Act prohibit the utilisation of vegetation within ten metres horizontally of the "flood area" of a watercourse.⁴⁸ However, the act⁴⁹ excludes urban areas from its provisions as mentioned earlier.⁵⁰ These regulations confer responsibility for the protection of river and stream banks in agricultural areas on the Department of Agriculture, although it has been reported that the regulations have had little effect.⁵¹ Apart from these unenforced provisions there is no other reference in the acts to matters relating to floodlines in township planning and decision making.

Hence, there are few, if any, safeguards against the approval of inappropriate activities within floodplains. Even fewer considerations are applied to the alteration of river flow characteristics as a result of development within river catchments. Stormwater run-off can have significant consequences for river hydrology, but also contributes to problems of poor water quality, which will now be addressed.

2 2 Poor water quality in the river system

Concern for the poor water quality of the Eerste-Kuils River system was expressed in the 1960s⁵² and more recent studies have shown that water quality has deteriorated further.⁵³ Gardiner⁵⁴ recently reported that soluble reactive phosphorus and nitrogen concentrations in the Eerste-Kuils River system contributed significantly to pollution loading problems in False Bay. The presence of these phosphorus and nitrogen compounds is significant to the status of the river system since they are important plant nutrients which, if present in excessive quantities, cause ecological degradation and eutrophication.⁵⁵ The main sources of nitrogen and phosphorus compounds are sewage effluent, run-off from agricultural land (where they are applied as fertilisers) and stormwater run-off from urban areas. In the Eerste-Kuils River system, five sewage works presently discharge into the Kuils River, one to the Eerste River, and one sewage work discharges directly into the Eerste River estuary.

2 2 1 Control of effluent water quality

The quality of wastewater effluent that may be discharged into rivers is required to meet certain physical and chemical standards, termed Uniform Effluent Standards, prescribed by the Minister of Water Affairs in regulations⁵⁶ promulgated in terms of section 21(1)(a) of the Water Act 54 of 1956. All effluent

48 *Supra* fn 14 5.

49 S 1.

50 S 2(1)(a).

51 Brownlie *Restoration of degraded estuaries* (1988) Environmental Evaluation Unit, University of Cape Town Report no 8/88/32 99.

52 Steer *Pollution surveys of the Berg and Eerste Rivers: Intensive survey of the Eerste River* (1964) National Institute for Water Research, Stellenbosch Project no 803 2.

53 Bartlett and Hennig *Pollution monitoring surveys of the Eerste River estuary* (1982) Marine Chemistry Division, National Research Institute for Oceanology Report T/SEA 8209 9; Petitjean *Eerste River catchment management report* (1987) Freshwater Research Unit, University of Cape Town 1-51.

54 *Pollution loading of False Bay: final report* (1989) Zoology Department, University of Cape Town 10.

55 See, eg, Davis and Day *supra* fn 1 80.

56 R991 *Government Gazette* no 9225 1984-05-18.

discharges must meet a set of criteria termed "general standards" or, if the effluent is to be discharged into certain "sensitive" streams or rivers,⁵⁷ then a set of more stringent "special standards" is applied. The Eerste River has been declared a special standards river, whereas the Kuils River remains in the general standards category.⁵⁸

The effluent standards were set at "technologically and economically feasible levels",⁵⁹ but have been criticised, since the general standards do not include a limit for phosphorus, the primary plant nutrient, and the special standards limit of 1,0 milligrams of phosphorus per litre of effluent has been described as "laughably" high.⁶⁰ This is because algae and other undesirable plants are quite capable of becoming nuisances at phosphate levels well below 0.1 milligrams per litre. Nevertheless, the phosphorus standard has not been widely enforced, although its inadequacy to prevent eutrophication problems and the concomitant need for additional phosphorus control measures in some areas have been acknowledged.⁶¹ The uniform effluent standards have also been criticised because they do not take into account the variable flow of rivers, the variable requirements of different rivers (meaning that standards which are hopelessly inadequate for some rivers will be excessively stringent for others), and because the standards do not provide any incentives for industry to locate itself in less sensitive areas.⁶²

The uniform effluent standards approach is based on the principle of the application of the "best available technology not entailing excessive cost" to the treatment of effluent before discharge into a watercourse.⁶³ Exceptions to the uniform effluent standards can be obtained where higher pollution loads than those prescribed in the standards can be tolerated, or where appropriate technology to meet the prescribed standards is not available.⁶⁴ Exemptions are possible, at ministerial discretion, to any or all of the provisions of section 21(1) of the Water Act 54 of 1956 in terms of section 21(4)(a). The act requires that the South African Bureau of Standards be consulted before an exemption is issued,⁶⁵ but does not require that the existence of or conditions attached to the exemption be reported in the *Government Gazette*.⁶⁶

Such an exemption allows the Stellenbosch sewage works to discharge general standard effluent into the special standards Eerste River. Nevertheless, until recent improvements to the sewage works, the effluent discharged was often of a quality below the general standards.⁶⁷ This contributed to the occurrence of stagnant conditions, algal blooms and signs of eutrophication observed in the river.⁶⁸ The sewage works are currently able to comply with the general standards,

57 Department of Water Affairs *supra* fn 45 8.17.

58 *Supra* fn 56 16.

59 Van der Merwe and Grobler "Water quality management in the RSA preparing for the future" 1990 *Water SA* 49.

60 Davies and Day *supra* fn 1 60.

61 Anon "Implementation of the special phosphate standard in sensitive catchments" 1989 *Municipal Engineer* 1 3.

62 Van der Merwe and Grobler *supra* fn 59 49.

63 *Idem* 49.

64 Department of Water Affairs *supra* fn 45 8.17.

65 S 21(4)(b).

66 S 21(4)(a).

67 Petitjean *supra* fn 53 10.

68 *Ibid.*

but continuing increases in sewage volumes because of population growth in Stellenbosch mean that system will once again be overloaded in the near future.

The shortcomings of the uniform effluent standards approach have been acknowledged by the Department of Water Affairs, and a new approach to effluent management, termed "Receiving water quality objectives,"⁶⁹ is being developed. This approach is based on an assessment of the capacity of a water body to assimilate pollution and still provide water of an acceptable quality for the uses to which it is likely to be put. Section 23(1) of the Water Act 54 of 1956 provides a basis for this approach since it states that it is an offence to do any act that could pollute public or private water, such that the water is less fit

"(i) for the purpose for which it is or could be ordinarily used by other persons; (ii) for the propagation of fish or other aquatic life; or (iii) for recreational or other legitimate purpose[s]".

This provision gives rise to the management principle that the desired quality of a water resource is determined by its present and/or intended use.⁷⁰ Accordingly, five categories of water use are recognised:⁷¹ urban, industrial, agricultural, recreational and environmental conservation.

2 2 2 *Water quality and environmental conservation*

In the new approach to water quality management, effluent discharged to a watercourse will be required to meet site-specific physical and chemical standards, calculated according to the requirements of the recognised users of the water listed above and likely pollution load from non-point sources, such as stormwater run-off. However, since the proposed water and effluent quality monitoring programmes⁷² will remain founded on physical and chemical indices, it is not clear how the success of the approach for the "environmental conservation" category of water use will be assessed.

The interpretation of "environmental conservation", or the above-mentioned criteria of the propagation of fish or other aquatic life⁷³ is further clouded by the statement that

"the Water Act . . . DOES NOT require the Department to ensure that the quality of our marine and freshwater resources remains in some original or pristine state unless it can be justified in terms of maintaining such a quality in order to meet the requirements of one of the recognised water users".⁷⁴

It could be argued that if the objective of environmental conservation is achieved first and foremost, then water for the remaining categories of beneficial use will continue to be available on an optimal and, more importantly, sustainable basis.

2 2 3 *Pollution offences and penalties*

In addition to providing for the control of effluent discharges, the Water Act 54 of 1956 also provides a schedule of penalties⁷⁵ for failure to comply with the various conditions contained in the act. Technical difficulties in obtaining evidence, ambiguity in the definition of water pollution⁷⁶ and the provision and

69 Van der Merwe and Grobler *supra* fn 59 49.

70 Grobler *The Department of Water Affairs' new approach to water quality management in the RSA* 1990 Department of Water Affairs 1-15 4.

71 *Idem* 3.

72 *Idem* 7.

73 S 23(1) of Act 54 of 1956.

74 Grobler *supra* fn 70 4.

75 S 170.

76 S 23(1).

enforcement of inadequate fines in the Water Act have, however, combined to limit the effectiveness of the act for the prosecution of pollution offenders.⁷⁷

For example, following the spillage of 700 000 litres of industrial effluent into the Ngodwana River in Transvaal, which resulted in the mortality of all fish and a high death rate for other plants and animals for a 36 kilometre stretch of the river, a representative of the Sappi Kraft's paper mill was fined R6 000 by a regional court.⁷⁸ The prosecution was brought in terms of section 23(1) of the Water Act 54 of 1956 for which a maximum fine of R10 000 for a first offence is provided.⁷⁹ The magistrate, noting the paper mill's history of six spillages between February 1985 and September 1989, for which no charges were brought,⁸⁰ in passing sentence stated that the need for industry does not give it the right to affect the environment adversely.⁸¹

2 2 4 *Water quality and stormwater run-off*

A further shortcoming of the Water Act 54 of 1956, and of other relevant legislation, is the absence of provisions for the effective management of stormwater run-off in terms of its effect on water quality. In the Eerste-Kuils River system, stormwater run-off from urban areas contributes to the problem of poor water quality.⁸² The deterioration of water quality in the Eerste River estuary after rain, for example, can be correlated with the length of the preceding dry period.⁸³

Section 22(1) of the Water Act provides for the control of stormwater quality under certain circumstances by stating that any person who has control over land on which anything is done that is capable of causing water pollution "shall take such steps as may be prescribed by regulation under section 26 in order to prevent" the pollution of water. This section was inserted by the Water Amendment Act 96 of 1984, but no such regulations have been promulgated to date.⁸⁴ The careful management of stormwater systems in industrial areas is important, since, in the case of the Sappi Kraft effluent spillage described above, for example, evidence presented in court showed that the effluent overflowed from a storage tank, found its way to the internal stormwater drain, and from there entered the Ngodwana river.⁸⁵

The Conservation of Agricultural Resources Act 43 of 1983 provides for control measures to protect water sources against pollution by farming practices.⁸⁶

77 Dr JA Lusher Water Pollution Control Directorate, Department of Water Affairs (1989) Pers Comm.

78 "Pollution: Sappi mill boss fined R6 000" *The Argus* 1990-03-16.

79 S 170(2).

80 *The Argus supra* fn 78.

81 *Ibid.*

82 Wiseman and Simpson *supra* fn 4 282.

83 Gardiner *supra* fn 54 16.

84 Since 1976 no regulations have been promulgated which address the water quality of run-off from urban or industrial areas. Regulations promulgated in 1976 (Reg R287 *Government Gazette* No 4989 1976-02-20) address the prevention of water pollution resulting from the operation of mines, although "acid mine drainage" remains a contributor to problems of poor water quality in some areas (Van der Merwe and Grobler *supra* fn 59 49).

85 *The Argus supra* fn 78.

86 S 6(2)(n).

However, appropriate regulations have not been promulgated, and river pollution resulting from agricultural practices, particularly the use of biocides and fertilisers, has been noted in the Eerste-Kuils River system⁸⁷ and elsewhere.⁸⁸

The Health Act 63 of 1977 empowers the minister to promulgate regulations pertaining to a number of issues potentially affecting water quality. These include the provision of sewage and drainage systems,⁸⁹ controls for the protection of catchment areas against pollution constituting a danger to health,⁹⁰ and reporting the pollution or suspected pollution of water.⁹¹ No regulations concerning these aspects have, however, been promulgated. Furthermore, the provisions of the Health Act⁹² are in addition to and not in substitution for the provisions of the Water Act 54 of 1956. Where there is any conflict or inconsistency between the two acts, the provisions of the Water Act 54 of 1956 prevail.⁹³

Hence it can be seen that the Water Act is the main vehicle for the management of water quality. The development of the "Receiving water quality objectives" approach is likely to result in improved, site-specific effluent standards, but the effect of polluted water on aquatic ecosystems is exacerbated by the excessive abstraction of river flow.

2 3 Prolonged periods of zero flow in the Eerste River

In the light of the problems of flooding and poor water quality in the Eerste-Kuils River system, the problem of zero river flow may appear to be non-existent. Nevertheless, conditions of zero flow resulting from the abstraction of water from the Eerste River have resulted in considerable ecological stress to the river,⁹⁴ including altered river animal and insect communities, stagnant conditions and algal blooms.

Water is abstracted from the Eerste River by riparian farmers associated with the Lower Eerste River Irrigation Board, by the Stellenbosch Municipality and by other riparian farmers. The effect of the abstraction of water has been exacerbated by the presence of a dam regulating flow in the upper reaches of the Eerste River.

"Compensation" water⁹⁵ is released from the dam in the summer months when natural river flow is insufficient to overtop the dam, but is entirely abstracted by downstream water users, with the result that conditions of zero flow persist in the river.⁹⁶ The effluent flow discharged to the river from the Stellenbosch sewage works is also abstracted for irrigation in summer. The resultant stagnant pools are nutrient rich, contributing to algal blooms and eutrophication.

87 Petitjean *supra* fn 53 31.

88 Hasset *et al* "An assessment of chlorinated pesticides in the major surface water resources of the Orange Free State during the period September 1984 to September 1985" 1987 *Water SA* 133-136.

89 S 34(h).

90 S 37(b).

91 S 37(j).

92 S 55(2)(a).

93 S 55(2)(b) of the Health Act 63 of 1977.

94 King "The distribution of invertebrate communities in a small South African river" 1981 *Hydrobiologia* 43-65; Petitjean *supra* fn 53 35.

95 Department of Water Affairs *supra* fn 45 6.45.

96 Petitjean *supra* fn 53 35.

The effect of these conditions on the aesthetic, recreational and scenic values of the river has not been examined closely.

The alteration of river hydrology by dams and the reduction of river flow to zero by abstraction have been shown to alter the physical, chemical and biological functioning of river systems detrimentally, and have given rise to the concept of "instream flow needs" for the management of rivers.⁹⁷ This concept is not recognised or addressed in the Water Act 54 of 1956, which focuses on the water needs of agriculture, and the water rights of riparian landowners, domestic consumers and industry. There is no statutory provision to prevent the reduction of river flow to zero by abstraction.

The Water Act defines a "public stream" as one capable of common use for irrigation,⁹⁸ and the "normal flow" of a stream as the amount of water visibly flowing which can be beneficially used for irrigation by riparian landowners.⁹⁹ Every riparian water user is entitled to so much water as he considers to be his share of the normal flow, provided that no other water rights are prejudiced.¹⁰⁰ The act provides extensively for riparian water users,¹⁰¹ but fails to ensure the maintenance of a minimum flow for biological, aesthetic, recreational or ecological needs.

Similarly, the powers, functions and duties of an irrigation board mainly concern the construction and maintenance of water works, the fair apportionment of water amongst users and the prevention of unlawful abstraction.¹⁰² The act is silent on the desirability of maintaining a record of the amount of water used for irrigation, the prevention of over-abstraction to zero flow or the maintenance of an ecologically or otherwise desirable minimum flow.

Abstraction of water to the point where a river ceases to flow is not only undesirable from an ecological perspective, but also causes a reduction of the potential recreational and aesthetic values of the river. In the light of rapid population growth and the associated demand for recreational resources, particularly in the coastal zone and in rapidly developing urban areas, the maintenance of the ecological, aesthetic and recreational values of river systems is becoming ever more important.

3 CONCLUSIONS

In this article the main legislative enactments, provincial ordinances and some applicable common-law principles pertaining to the rights and responsibilities to water and land-use planning in river catchments have been examined. Although this examination has not been comprehensive, it has, it is hoped, illustrated some specific weaknesses which are indicative of more fundamental inadequacies in the legal framework within which activities affecting river systems are undertaken.

97 Davies and Day *supra* fn 1 78. The concept of instream flow needs recognises that rivers are longitudinal systems. Hence the correct functioning of the lower reaches of a river is dependent on correct management of the middle and upper reaches.

98 S 1.

99 *Ibid.*

100 Department of Water Affairs *supra* fn 45 8.11.

101 S 9 52 53.

102 S 88-103.

The most important legislation affecting the management of water resources is the Water Act 54 of 1956. An important shortcoming applicable to both the provisions and the interpretation of the act is the failure to provide that a sufficient quality and quantity of water is available to ensure the continued ecological viability of river systems. Such viability has value not only in terms of flora and fauna, but also as an aesthetic and recreational resource to society. The act places water for these needs in a subservient role to the water needs of agriculture and industry. Although "environmental conservation" is acknowledged by the Department of Water Affairs as a beneficial water use, it receives no statutory protection of the kind enjoyed by riparian and other water users. Similarly, water quality is perceived in terms of its fitness for use, codified as physico-chemical criteria, whereas the relationship between water quality and biological viability is barely mentioned.

A further feature of the Water Act is that, in common with other statutes considered here, it contains regulatory powers that could improve the management status of river systems. Yet, this reservoir of power remains largely untapped since many potentially beneficial regulations have yet to be promulgated. Included here are powers that could be used to limit the pollution of surface water and stormwater by both industrial and agricultural activities.

The sound planning and management of stormwater run-off, in terms of both hydrology and water quality, is increasingly important as the needs of South Africa's growing population create extensive new urban and industrial areas. Thus far inadequate attention has been paid to these aspects in the forward planning of development as a result of the cursory treatment of stormwater in the Water Act, poorly defined responsibilities in the Land Use Planning Ordinance 15 of 1985 and, more generally, the lack of an integrated catchment planning mechanism which provides for the co-ordination of planning by the various bodies whose activities and decisions affect river systems. A further consideration in this respect is that important planning legislation provides little or no information on how biophysical characteristics, or natural and man-made features, should be incorporated into the planning and decision-making process.

The specific shortcomings in the legal system and administrative framework described here thus indicate the existence of more fundamental inadequacies that have contributed to the deterioration of river and estuarine systems. These are the failure of current legislation to reflect growing concern about environmental problems, or to ensure cognisance of land suitability and ecological principles in planning decisions, or to address the long-term effect of those decisions on the bio-physical environment. Compounding this effect is the lack of consultation and co-operation between local or regional authorities and other administrative agencies having some jurisdiction within a river catchment.

Some improvement in the latter has occurred through the introduction of regional services councils. The flooding problems on the Kuils River, for example, have resulted in the entrustment of the function of "[s]tormwater management in the catchment area of Kuils River"¹⁰³ to the Western Cape Regional Services Council by the administrator of the Cape in terms of the Regional Services Councils Act 109 of 1985.¹⁰⁴ It is not at all clear, however, whether this

103 Cape Provincial Administration *Provincial Notice* no 454/1989 (1989-05-19) 2106.

104 S 3.

regional function will result in improved stormwater management, since the regional services council has only limited authority and resources to enforce provisions or guide-lines in local authority areas, and the function itself is so broadly phrased as to obscure its intended meaning and object.

In conclusion, neither the present legislative system nor the administrative framework recognises freshwater systems as integrated dynamic ecosystems in need of co-ordinated planning and management. There are no statutory (or, for that matter, administrative) provisions that allow for an entire river system from source to sea to be managed as a single system,¹⁰⁵ or that provide for the consistent legal status of a river system along its entire course¹⁰⁶ or address the important aspect of maintaining the ecological integrity of river systems.

Although it is not the singular task of the legal system to seek solutions for deteriorating environmental problems, legislation can provide distinctive principles¹⁰⁷ for environmental management by defining aspects of environmental quality that should be maintained for the long-term benefit of society. For example, the proposed Physical Planning Bill 77 of 1990¹⁰⁸ includes provisions enabling the Minister of Planning and Provincial Affairs to determine policies applicable to forward planning,¹⁰⁹ but provides only a brief indication of the factors to be considered in such policies.¹¹⁰ The desirable principle and benefits of exposing matters of policy to parliamentary debate,¹¹¹ in preference to debate confined within the cabinet, ministers councils and administrators,¹¹² do not seem to be acknowledged in the draft bill. The inherent difficulties of a distinctive approach to environmental law have been thoroughly examined elsewhere,¹¹³ but in the case of river-system management described here it is restated that "particularity in the enabling legislation is desirable and helpful".¹¹⁴

A positive development to be noted is that the new Environment Conservation Act 73 of 1989 contains provisions capable of addressing some of the problems described here. The act confers upon the Minister of Environment Affairs the power to identify and control activities which can have a detrimental effect on river systems. These powers include the declaration of "protected natural environment[s]",¹¹⁵ the declaration of "limited development area[s]",¹¹⁶ the power to make regulations concerning waste management,¹¹⁷ and the power to identify and control other activities which may have a substantial effect on the environment.¹¹⁸ These provisions can be used to improve river-system management,

105 Fuggle and Rabie *supra* fn 2 255.

106 Rabie "The conservation of rivers in South African law" 1989 *SA Public Law* 12.

107 Cowen "Toward distinctive principles of South African environmental law: some jurisprudential perspectives and a role for legislation" 1989 *THRHR* 10.

108 *Supra* fn 16.

109 S 2.

110 S 2(1)(c).

111 Cf Rabie "A new deal for environmental conservation: aspects of the Environment Conservation Act 73 of 1989" 1990 *THRHR* 19.

112 S 2(1)(b).

113 Cowen *supra* fn 107 3-31.

114 *Idem* 27.

115 S 16(1).

116 S 17.

117 S 14.

118 S 21(1).

and it is hoped that these potentially beneficial regulatory powers will be exercised. Since the ministerial portfolios of Water Affairs and Environment Affairs have recently been combined, and a comprehensive review of the national policy on all aspects of flood management has been announced,¹¹⁹ it would appear that the potential for improved river-system management in South Africa is at a peak.

119 Department of Water Affairs "Revision of national flood management policy" 1989 *Municipal Engineer* 7 36.

Op die keper beskou, verhef die landdros sy sedenorme tot beginsels en openbare beleid en gebruik dit dan om nuwe reg daar te stel. Dit is nie vir hom of my beskore nie. Ons funksie is om reg te spreek, nie om dit te skep nie (per Kriegler R in S v Matsemela 1988 2 SA 254 (T) 257).

The continuous outstripping [by advocates' fees] of increases in general living expenses and general standards of remuneration in the community must necessarily result in an increasing inability of an increasing number of people to afford counsel's assistance. Neither this Court nor the Taxing Master can stop barristers from pricing themselves to the point where the very existence of the Bar becomes the issue. The concept of what is fair and the concept of what is reasonable in this society, is, however, one which is not governed simply by decisions of one or more advocates. . . [T]here are now . . . a need more than ever to have a social consciousness, to have nerves which are in touch with the community and the needs of the community (per Fleming J in Kronoscope (Pty) Ltd v Rinoth 1991 2 SA 250 (W) 253-254 255).

To see or not to see? – that is the question

(The right of access of a natural father to his minor illegitimate child)

Trevor Ohannessian

BA LLB H Dip (Com)

Advocate of the Supreme Court of South Africa

Michael Steyn

BA LLB

Legal Adviser, Johannesburg

OPSOMMING

Die reg van toegang van 'n natuurlike vader tot sy minderjarige, onwettige kind

In hierdie bydrae word die aandag gevestig op die onbevredigende toestand ten opsigte van die toegangsreg van die natuurlike vader tot sy onwettige kind. Die posisie word bespreek aan die hand van die vrae of die natuurlike vader 'n redelike toegangsreg tot sy buite-egtelike kind behoort te hê, óf so 'n reg inherent moet wees en wat die effek van sodanige reg sal wees.

Die menings van skrywers oor hierdie onderwerp is uiteenlopend. Sommige voer aan dat die natuurlike vader van 'n buite-egtelike kind wel 'n redelike toegangsreg tot die kind het terwyl ander van mening is dat daar geen inherente toegangsreg bestaan nie.

Uit die regspraak blyk duidelik dat die howe nie geneë is om 'n inherente toegangsreg te verleen nie. Die *ratio* vir die beslissings is vatbaar vir kritiek. Daar word verkeerdelik tot die gevolgtrekking gekom dat aangesien die natuurlike vader nie voogdyskap of beheer en toesig oor sy buite-egtelike kind het nie, hy eweneens nie 'n reg van toegang tot die kind het nie. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie se aanbeveling oor hierdie vraagstuk is dat die vader wel 'n inherente toegangsreg moet hê en dat die howe slegs inbreuk op hierdie toegangsreg moet maak wanneer dit misbruik word. Verdere aspekte van kardinale belang waaraan aandag geskenk word, is sowel die groot leemtes ten opsigte van die regsposisie by aanneming van buite-egtelike kinders, as die onhoudbare situasie dat kinders gebore uit huwelike gesluit volgens Mohamedaanse, Hindu of inheemse gebruik as buite-egtelik geklassifiseer word.

Uit voorgaande blyk duidelik dat aansienlike veranderings teweeggebring behoort te word met betrekking tot die huidige regsposisie van 'n natuurlike vader se toegangsreg tot sy buite-egtelike kind.

Daar word aan die hand gedoen dat dit inderdaad in die beste belang van die kind sal wees as die vader 'n inherente toegangsreg het, wat dan deur die howe weggeneem kan word indien dit misbruik word.

INTRODUCTION

“[T]he overriding principle which runs like a golden thread through the fabric of our whole law relating to children, [is] namely, that the interests of the children are paramount.”¹

1 *Segal v Segal* 1971 4 SA 317 (C) 324.

Honourable words indeed, but do our courts, when considering the issue of rights of access of non-custodian parents, in fact take due cognisance of what is in the best interests of the child?

This article is an attempt to analyse the state of the law in regard to the right of access of a natural father to his illegitimate child. As a result of recent decisions in case law,² our law appears to be unjust. Four interrelated issues warrant attention:

- (a) What is the present state of our law in respect of a natural father's right of access to his illegitimate child? Is there any binding authority?
- (b) Should the natural father of an illegitimate child have reasonable access to his child?
- (c) If the answer to (b) is in the affirmative, should such access be an inherent right? Alternatively, should the natural father be required to make an application to the supreme court in order to acquire such a right of reasonable access?
- (d) If access ought to be an inherent right, what is the effect on this right of the fact that only a mother's consent is required for the adoption of an illegitimate child by a third party?

CATEGORISATION OF CHILDREN IN OUR LAW AND ITS EFFECT ON RIGHTS OF ACCESS

Our law distinguishes between two broad categories of children, namely legitimate and illegitimate. The vexed question of rights of access will, for the purposes of this article, arise in the following instances:

- (a) The child is legitimate, either parent has custody, while the non-custodian parent wishes to secure access to the child. According to *Lecler v Grossman*³ our law accords the non-custodian parent (be it mother or father) an inherent right of access to the child; and
- (b) the child is illegitimate, the natural mother has custody and guardianship and the natural father wishes to have reasonable access to the child.

It will be our contention that in such circumstances the best interests of the minor are dominant, and we will argue that the non-custodian father in (b) above should have an inherent right of access to his child.

ASSESSMENT OF THE CURRENT LAW

Academic writings on the subject are numerous and divergent. There are academics⁴ who contend that a natural father of an illegitimate child does in fact have a right of reasonable access to his child.

Spiro, however, is of the opinion that the natural father has no such inherent right.⁵ He contends that the natural father would be granted such a right only if this were in the best interests of the child. It is submitted that the proper

2 *Douglas v Mayers* 1987 1 SA 910 (ZH) 914; *F v L* 1987 4 SA 525 (W) 527; *F v B* 1988 3 SA 948 (D) 949.

3 1939 WLD 41.

4 Boberg *The law of persons and the family* (1977) 334; Olivier, Barnard and Cronjé *Die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg* (1980) 328.

5 Spiro *Law of parent and child* (1985) 458.

approach is that taken by Van der Vyver and Joubert who contend that the matter has not yet been decided authoritatively.⁶

THE SOUTH AFRICAN LAW COMMISSION

The South African Law Commission⁷ (hereinafter referred to as the Commission) examined this very question in 1984. The Commission, chaired by Viljoen and Van Heerden JJA, asserted⁸ that it "appears that the direction in which the law is tending is to grant the father access to his illegitimate child . . ."

The Commission went further:⁹

"[S]ome would allow this only on an order of court . . . The present question is whether he must be able to exercise it automatically, the court being able to deprive him of it in appropriate cases, or whether he should be able to exercise it only with the court's approval"

and recommended the following:¹⁰

"Legal policy ought to be one of minimum interference — therefore the law should leave a father to do as he pleases regarding access, and only clamp down on him when he abuses it."

Since the publication of the report the issue has been canvassed afresh in a number of decisions, which bring into question the correctness of the Commission's conclusion that the law is moving in the direction of granting the father of an illegitimate child a right of access. The judgments also reject the notion that such a right should be an inherent one.

RECENT DEVELOPMENTS IN CASE LAW

In the Zimbabwean decision of *Douglas v Mayers*¹¹ Muchechetere J concluded that the natural father of an illegitimate child has no inherent right of access or custody. In *F v L*¹² Harms J also held:

"The applicant did not acquire parental authority over the child. He could therefore not have acquired any of the incidents of parental authority and he cannot acquire them by having the child declared his natural offspring. (Cf Arntzenius *Institutiones* 2.3.26.) The conclusion therefore is that the applicant has no *prima facie* right of access to the child."

Muchechetere J¹³ rejected the older authority of *Wilson v Ely*¹⁴ on the basis that the judge's decision should be confined to and indeed seen in the context of that particular case. Harms J¹⁵ similarly disposed of the purported authority of *Wilson v Ely* on the basis that the judgment could hardly be regarded as an acceptable source of law, since the case had been reported in the *Weekly Reporter* and was thus too briefly summarised to be sufficiently authoritative.

6 *Persone- en familiereg* (1985) 214.

7 Working Paper 7 Project 38 "Investigation into the legal position of illegitimate children" October 1984 82-84.

8 83.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

11 *Supra* 914.

12 *Supra* 527.

13 913.

14 1914 WR 34.

15 526.

Turning to *Matthews v Haswari*,¹⁶ Mucchechere J¹⁷ refused to accept the judgment as authority. His Lordship was of the view that the decision had to be confined to the specific context of that case. Harms J¹⁸ analysed the authority tendered in *Matthews* and concluded:

“In view of the factual disputes the matter was referred to trial. At the end of the order a rider was added that the father was entitled to reasonable access to the child. It is not clear whether this order as to access was interim or final. This part of the order was not explained nor justified in the course of the judgement. Accordingly, I am of the view that this part of the order cannot qualify as a precedent.”

Although in many aspects we are in agreement with the two judgments, and while we agree with the view that *Wilson v Ely* and *Matthews v Haswari* do not afford authority for the general proposition that a natural father has a right of reasonable access to his illegitimate child, we nevertheless disagree with the judgments in a number of important respects.

The judgment of Harms J, as we understand it, seems to be predicated upon the following rationale: South African sources of law, and more particularly our common law, clearly grant the natural mother of an illegitimate child the following two incidences of parental authority: (a) guardianship (where the mother is a major);¹⁹ and (b) custody. Harms J's argument is based on the premiss that as a logical corollary the natural father lacks these incidences. From the fact that the father lacks these two incidences, he then concludes that it inevitably follows that he also lacks a right of access. It is contended that this line of reasoning cannot be substantiated or justified in law.

Whereas our common law is quite clear in respect of guardianship and custody, it is silent as regards the crucial question of the father's right of access. It will be our assertion that it is precisely because of the lack of guardianship and custody that it is important that the natural father should have at least a right of access.

Mucchechere J's judgment purports to consider the issue of access in conjunction with the best interests of the illegitimate child. He clearly rejected any notion that an inherent right of access or custody exists for the father of an illegitimate child. However, his Lordship maintained that procedures can be initiated to apply for and obtain such a right if the claimant can show that it would be in the best interests of the child. He then explained the procedure as follows:²⁰

“The onus is on the applicant, in this case the father, to satisfy the Court on the matter and usually the Court will not intervene unless there is some very strong ground compelling it to do so. The standard usually applied by the Court is that used before interfering with the custodial rights of a father of a legitimate child . . .”

It is submitted that Mucchechere J had no authority for this sweeping assertion that the position in regard to a right of access to an illegitimate child is somehow equated with the custodial rights of a father of a legitimate child. Custody involves total physical control of the child, while access represents but a small

16 1937 WLD 110.

17 913.

18 526.

19 *Dhanabakium v Subramanian*: 1943 AD 160 166; s 3 of the Children's Status Act 82 of 1987.

20 914.

encroachment on this physical control. For this reason we reject the legal basis of this assertion.

It is our assertion that as things currently stand, the relevant judgments have not resolved the existing problem according to equity and justice. Furthermore, the unnecessarily harsh and arbitrary tests laid down by the courts before granting the father of an illegitimate child a right of access are unrealistic. In view of the fact that there are only single-judge decisions without any full bench or appellate division authority, it remains open to our courts to take a clear, certain and equitable stand on this question. The question which falls to be decided is how, and according to which guiding principles, courts, when facing this unhappy question, should formulate a socially and legally equitable solution. One must turn to our common law as a guiding mechanism and a solution can be reached by utilising the following:²¹

"If there is no Roman-Dutch rule which appears to the court to be applicable to the case, either because the old authorities did not advert to the legal issue at all, or because the issue was dealt with by them in a way that clearly excluded the matter in question from any form of judicial relief, how is the court, bereft of binding legislation, precedent and modern custom, to give a reasoned judgement? Dealing with this problem, Van der Keessel in his *Dictata* approvingly quotes Grotius's statement to the effect that 'wanneer daar in bepaalde sake geen wetteregtelike bepalinge, privilegies, keure (oftewel stedelike regsreëls) of gebruik regsreëls aangetref word nie, is die regters reeds van die vroegste tye af onder eed vermaan om in sodanige saak die beste rede te volg soos deur hulle pligsgetrouheid en verstand aan die hand gedoen', adding that judgement will have to be given in accordance with natural law and equity – 'secundum ius et aequitatem naturalem'. Theoretically, law is capable of dealing with every concrete situation that may arise, a fiction that must be maintained at all costs if the division between judiciary and legislature is not to break down. In fact, every system is incomplete in coverage, and the gaps have to be filled in as they are revealed, by judicial law-making."

We contend that our courts can resolve this matter according to the dictates of natural law and equity, by holding that the natural father of an illegitimate child has an inherent right of access. This would ensure that the father would enjoy a right of access without having to initiate costly legal proceedings in the supreme court. We further submit that in the majority of cases, natural fathers who actively seek access to their illegitimate children would not abuse such a right. We concede that cases may arise where the father is unfit to enjoy such a right and in such a situation the child's mother or any other interested party would be able to go to court and prove, on a balance of probability, that the child's best interests would be served by stripping the father of his inherent right of access. It is therefore our view that the courts can achieve justice and equity by following the opposite recommendations of the Commission and granting the father of an illegitimate child an inherent right of reasonable access.

We would go one step further and submit that, in line with a consideration of the determining criterion, namely "what is in the best interests of the child", it would in fact be more appropriate to talk, not of the right of access of the non-custodian parent to his or her child, but of a child to his non-custodian parent(s). This crucial viewpoint cannot be overemphasised and represents the crux of this vexed matter.

Hahlo has already alluded to the reassessment of access rights taking place worldwide, which has resulted in the view arising that the right of access is, in

21 Hahlo and Kahn *The South African legal system and its background* (1968) 304.

reality, first and foremost a right of the child.²² Milne DJP mentioned this trend in *Duncombe v Willies* where he said:²³

“Courts not infrequently talk of the ‘right of access’ of the non-custodian parent. I prefer, though this may be a difference of phraseology only, to think of the matter as being a question of the rights of the children, viz their right to have access to the non-custodian parent. It is in their interests, generally speaking, even where a family has broken up, that they should continue to have a sound relationship with both parents.”

While it is clear that Milne DJP was talking about “right of access” in the context of legitimate children, it is our contention that there should be no distinction between legitimate and illegitimate children, if one is being guided by the best interests of the child.

This is already the approach of the English courts, as expressed by Sir George Baker P in *S v O*.²⁴

“As has been said many times in this court, and in a decision by a full Divisional Court of this Division, *M v M (Child : Access)* [1973] 2 All ER 81 . . . access is a right of the child. In that case it was held that no court should deprive a child of access of either parent unless it was wholly satisfied that it was in the interests of the child that access should cease, and that was a conclusion at which the court should be extremely slow to arrive. I, for my part, take the view that that applies equally to illegitimate parents. Children, whether born in wedlock or not, need fathers. If there is a father then he should have the opportunity of developing the relationship.”

COMMON PERCEPTIONS, SOCIAL NORMS AND CHANGING SOCIAL MORES

To support our contentions, it is useful to examine the perceptions which underpin the confused and iniquitous position of illegitimate minors.

It is evident that the classification of a child as legitimate or illegitimate is of fundamental importance in determining the right of access of a father to his child. The distinction between legitimate and illegitimate children is based on the notion that a civil marriage premised on Christian values is the only legally recognised form of marriage in South Africa. The offspring of marriages according to Mohammedan or Hindu custom and Black marriages are, as a result, classified as illegitimate. The notion that the type of union that a child’s parents entered into should play such a determinant role in deciding rights of access, is at odds with the issue of what is in the best interests of the child, and thus should be of no significance.

Moreover, as the Commission pointed out:²⁵

“Traditional ways of contracting marriages occur amongst the Indians, Black persons and certain Coloureds, which, to those communities, are just as binding and moral as marriages contracted in terms of the South African law.”

In fact, far from it being widely accepted that a marriage based on Christian values is the norm, the Commission went on and stated²⁶ that an “attempt to establish the norms of a community may pose problems, especially since so many divergent norms among minority groups may be found in one community”.

22 1975 *Annual Survey* 60.

23 1982 3 SA 311 (D) 315–316.

24 (*Illegitimate Child : Access*) (FD) (1982) 3 FLR 17 18.

25 43.

26 43 44.

Furthermore, the current explosion in the incidence of "common-law" marriages or cohabitation indicates that the time has come when a marriage certificate should no longer be a predetermining factor in the context of rights of access. Referring to "common-law" marriages Bridge LJ in *Dyson Holdings Ltd v Fox* said:²⁷

"[B]etween 1950 and 1975 there has been a complete revolution in society's attitude to unmarried partnerships . . . Such unions are far commoner than they used to be. The social stigma that once attached to them has almost, if not entirely, disappeared."

Statistics on the position in South Africa show just how prevalent illegitimacy in fact is. This applies to Whites,²⁸ Coloureds²⁹ and Indians.³⁰ As regards Blacks the position is uncertain.³¹ In the context of "common-law" marriages or cohabitation, the Commission stated:³²

"Some interesting facts emerged when research on illegitimacy was done among Coloureds in the Cape Peninsula. Of a research group of 303 unmarried mothers who had given birth from 1 July 1976 to 31 July 1976, 27 were cohabiting. 60% of the cases had been cohabiting for longer than 10 months when interviewed and 54% already had two or more children by the man they were living with."

From the foregoing it is quite clear that a major reassessment of the perceptions underpinning our attitude to illegitimate children in the field of rights of access, is necessary. We believe that such perceptions are not only unjust but also outdated and subversive of a true consideration of what is in the best interests of children.

While the attitudes towards parents of such children are rapidly changing, the children of such unions, because they are illegitimate, continue to be penalised in the field of rights of access. This is unacceptable, both from a moral and from a contemporary point of view. As Bedil³³ points out:

"Retaining illegitimacy as a factor affecting status is being questioned in other jurisdictions as mores change and birth out of wedlock becomes socially less significant."

CHANGES IN SETTLED LAW - THE NEED FOR LEGISLATIVE INTERVENTION

As pointed out earlier, it still remains open to our courts to change course and bring some relief to the plight of fathers and their illegitimate children.

It is unfortunate that in the most recent decision, *F v B*,³⁴ the court chose to follow the approach adopted in *Douglas v Mayers* and *F v L*. The case is useful,

27 1976 QB 503 512-513.

28 The Commission stated (39 40): "In the case of illegitimate births there was an increase of 200% plus from 1940 to 1973, after which a decline of 11% may be observed till 1978. The steady rise in the illegitimacy rate expressed as the number of illegitimate births per 100 of all births since 1955, notwithstanding the decline in the total number of births, may be ascribed to the fact that the number of births is declining at a faster rate than the number of illegitimate births."

29 The Commission pointed out (41): "The increase in the illegitimacy rate from about a third of all births in 1940 to more than half in 1975 and thereafter, might be connected with the more efficient administrative procedures introduced for the registration of marriages and births, resulting in the ready detection of incorrect information. It is therefore possible that the illegitimacy rate among the Coloureds could always have been in the vicinity of 50%."

30 The Commission said (42) that "[i]llegitimate births increased drastically in the 1970s and declined again by 31% during 1977 and 1978".

31 According to the Commission (44) there "is a lack of comprehensive statistics for Black persons".

32 44.

33 "Putative marriages and legitimacy" 1984 *SALJ* 234.

34 See *supra* fn 2.

however, in that it points to the fact that judicial activism will not by itself be sufficient to deal with the iniquities that exist in this area of our law.

The case dealt with a common social phenomenon, namely "one-parent" adoptions.³⁵ Kriek J refused an illegitimate father rights of access on the grounds that the child's stepfather had become a "father figure" to it and there was a probability that he would adopt the child. Of signal importance to Kriek J appeared to be the fact that the stepfather and the mother did not get on at all well with the natural father and would do their best to inhibit the development of a close relationship between the child and the natural father.

However, as Boberg says:³⁶

"The objections raised to the father's claim for access to his child in F's case would be equally applicable in most cases where access is sought to a legitimate child . . . Yet no court would dream of denying the father access on those grounds. That is because he has a *prima facie* 'right' to access . . ."

"Three-parent" families occur regardless of whether children are legitimate or illegitimate. If one accepts that there are not grounds for distinguishing between legitimate and illegitimate children in this context, then it follows that all fathers should have an inherent or *prima facie* right to access.

It is no doubt true that the consent provisions relating to the adoption of illegitimate children are different from those relating to legitimate children. This, it is submitted, is no reason for maintaining any distinction. Rather, such differences are merely a function of this iniquitous distinction – they themselves must be changed.

As our law stands at present, the natural father loses all his rights and duties towards his child, including the right to access and the duty to pay maintenance, on the adoption of the child. It follows that even if he were granted an inherent right of access, the father of an illegitimate child could lose such a right at the whim of the mother, consent to the adoption of an illegitimate child being the sole prerogative of the mother³⁷ (unless the child is over ten years of age, where his consent is then also required).³⁸

Access would in such an event be a toothless right, open to the abuse of a vindictive ex-lover and, most important of all, its sudden retraction, often after years of utilisation, would in most cases be contrary to the best interests of the child trapped in the middle.

One may baulk at the task of not only granting fathers of illegitimate children inherent rights of access, but also giving teeth to such rights by granting these fathers a role in the adoption process. Here we tamper with settled law and would require legislative intervention to change the position.

The fact that law is settled, however, is not sufficient reason to warrant its retention. There is already ample evidence that our legislature is intent on ameliorating the position of illegitimate children and their fathers. Evidence of such new-found concern is alluded to by Bedil. She critically comments as follows:³⁹

35 S 17(c) of the Child Care Act 74 of 1983.

36 "The sins of the fathers – and the law's retribution" 1988 *BML* 38.

37 S 18(4)(d) of the Child Care Act 74 of 1983.

38 S 18(4)(e) of Act 74 of 1983.

39 1987 *Annual Survey* 84.

"The Children's Status Act 82 of 1987 came into operation on 14 October 1987. The Act originates from the recommendations made by the South African Law Commission in its report on the investigation into the legal position of illegitimate children published in October 1984 (Working Paper 7 Project 38). The aim of the new legislation is to improve the status of illegitimate children by bringing their position as far as possible into line with that of legitimate children. The Act attempts to eliminate some of the stigma that has attached to children born out of wedlock by describing these children as 'extra[-]marital' rather than 'illegitimate'. It is submitted that the Act does not go far enough since it retains the distinction between legitimate and illegitimate children."

We agree with Bedil and assert that, in light of the above, it is necessary that further material steps be taken to accord illegitimate children the same position in law as that enjoyed by legitimate children. A positive step in this direction would be to require the consent of an illegitimate father to the adoption of his child by the child's stepfather.

This very possibility was considered in the case of *W v S*.⁴⁰ The applicant (illegitimate father) sought an order requiring his consent to any adoption of the child in question. Unfortunately, Findlay AJ found it unnecessary to make a ruling on the possibility of such an order being granted. He did, however, point to the possibility of circumstances in which such an order might be granted. His reasoning was as follows:⁴¹

"An order such as that sought would, having regard to the facts, merit consideration only if there was a reasonable apprehension that adoption was to take place. In the absence of any such apprehension, I do not see that any case has been made for the grant of any such order. It is therefore unnecessary to consider whether or not a natural father would be entitled to such an order in the light of the provisions of the Child Care Act . . ."

With respect, we find this reasoning unconvincing. Surely it makes no difference to the merits of granting such an order that the likelihood of adoption is imminent or merely something that might occur in the future. We would go further and suggest that the whole idea of having to apply for such an order is unsatisfactory; far rather that such a right be inherent.

We submit that the recognition of such an inherent right is something that falls beyond the purview of our courts. In this regard we would endorse the view of Nathan⁴² who, in answering the question: "Can a court make an order regulating consent to adoption despite section 71(2)(d) of the Children's Act 33 of 1960?";⁴³ submitted that any court that granted such an order "acted outside of its powers"⁴⁴ since "[t]he effect of the court order is to amend the legislation . . ."⁴⁵

Subsequent to her article most of the Children's Act has been repealed by the Child Care Act 74 of 1983. Section 18(4)(d) of the new act replaces section 71(2)(d) in form but not in substance. It was Nathan's⁴⁶ suggestion that

"the act ought to be amended to cater for those instances where the parents and the court, or the court alone is of the opinion that it is in the interests of an illegitimate child that parental power or any of its facets be transferred to, or shared by the natural father. Perhaps a proviso ought to be added to Section 71(2)(d) that gives the father, in certain circumstances, the right to oppose a pending adoption".

40 1988 1 SA 475 (N).

41 496.

42 "A father and his illegitimate child; towards a permanent relationship" 1980 *THRHR* 293.

43 294.

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*

46 297.

We agree with the suggestion that legislative amendment is necessary; as to its extent, however, we disagree. Such a right should not be one that exists only in certain circumstances, but should be inherent. In this way one would do away with the distinction between the position of legitimate and illegitimate fathers in this context.

Fathers of illegitimate children who abuse such a right would not be protected if their position was brought totally into line with that of legitimate fathers. Section 19(b) of the Child Care Act 74 of 1983 states that no consent is required from any parent who deserts a child and whose whereabouts are unknown,⁴⁷ or who has assaulted or ill-treated the child.⁴⁸

Suffice it to say that the possibility of the natural father's obtaining an order requiring notice to be given to him beforehand of any intention on the mother's part to arrange an adoption of the child, as was raised in *W v S*,⁴⁹ has no appeal to us. This notion suffers from the same weakness as the order discussed above, namely that it continues to discriminate unfairly against fathers of illegitimate children. Furthermore, it would in no way protect the right of access of such a father unless it were coupled with the knowledge that on application an order requiring his consent to the adoption could be obtained.

CONCLUSION

The present state of family law in this area is riddled with iniquity. This situation has created an unfavourable climate of injustice and dissatisfaction owing to the numerous and divergent groups which constitute South African society. It is our contention that the law should interfere with the dynamics of society only where and when it is absolutely necessary. In accordance with this philosophy, we re-affirm our strong conviction that a natural father of an illegitimate child should (1) enjoy an inherent right of access to his child, and that (2) the consent of the father should also be required as regards the adoption of his illegitimate child by a third party. It must be emphasised, however, that should it be proved, on a balance of probability, that the best interests of the child are being prejudiced because the father is unfit or unsuitable to exercise such a right, then he should be stripped of his inherent right. Subsequent access ought then to be allowed only if the father can convince the court, on a balance of probability, that this would be in the best interests of the child.

47 S 19(b)(ii)

48 S 19(b)(iii), (iv).

49 *Supra* 496 497.

AANTEKENINGE

“TO BURDEN, OR NOT TO BURDEN?”

Inleiding

Die uitspraak in *Incedon (Welkom) (Pty) Ltd v QwaQwa DC Ltd* 1990 4 SA 798 (A) en in die besonder die volgende *dictum* van waarnemende appèlregter Goldstone het ernstige vrae laat ontstaan oor die rol van akademië in toekomstige regsontwikkeling in Suid-Afrika:

“For some years there was confusion concerning the precise nature and legal effect of such a cession. Much has been written on that subject and *I shall not burden this judgment with a reference to those writings*” (840G-H; my kursivering).

Vrae wat onwillekeurig opkom, is die volgende: Kan akademië ’n bydrae tot praktiese regsontwikkeling in Suid-Afrika lewer? Wat is die doel met akademiese navorsing en hoe kan dit ’n rol by regsontwikkeling speel? Wat moet ’n dosent sy studente leer ten einde hulle voor te berei op ’n beroep in die regte? Is die appèlhof só onsensitief vir en verwyderd van die praktyk en teorie dat daar in ’n uitspraak soos die onderhawige voorgegee kan word dat die onsekerheid wat oor die aard en effek van sessie *in securitatem debiti* bestaan het, uit die weg geruim is?

Anders as hul kollegas in ander vertakkinge van die regsberoep, sien akademië nie altyd onmiddellik die resultate van hul arbeid nie en aangesien hul materiële vergoeding ook nie met vele van hul kollegas s’n vergelykbaar is nie, plaas hul ’n hoë premie op die feit dat hulle die tyd en die geleentheid het om navorsing te doen, ’n aktiwiteit waaruit op sigself ’n groot mate van werksbevrediging verkry kan word. Tog gaan akademië ook van die veronderstelling uit dat sodanige navorsing boonop ’n bydrae tot regsontwikkeling kan maak. Die afgelope tyd het die vraag egter ontstaan of akademië werklik ’n bydrae kan lewer en of navorsing nie in die meeste gevalle ’n vermorsing van tyd is nie. Die gevoel van nutteloosheid bemerk ek ook by ander kollegas (sien bv. Sonnekus “Saaklike regte of vorderingsregte? — Tradisionele toetse en ’n *petitio principii*” 1991 *TSAR* 180) en ’n mens wonder soms waarom daar nog hoegenaamd navorsing gedoen word en die vrugte daarvan gepubliseer word.

Daar sal vervolgens op elkeen van bostaande vrae ingegaan word ten einde vas te stel of ’n negatiewe ingesteldheid oor akademië se rol in regsontwikkeling geregtig is en of daar iets aan die saak gedoen kan word.

Kan akademië ’n bydrae tot praktiese regsontwikkeling in Suid-Afrika lewer?

Lourens du Plessis (*Inleiding tot die reg* (1990) par 7 3 5) wys daarop dat die Romeins-Germaanse regstelsels uit ’n tradisie van geleerde reg ontwikkel het en dat die geskrifte van “geleerdes” (ek vervang “geleerdes” deur “akademië”), en

is bewus daarvan dat laasgenoemdes nie noodwendig “geleerd” is nie!) aansienlik gewig gedra het, selfs na kodifikasie. Hy dui voorts aan dat sodanige geskrifte, op enkele uitsonderings na, nie naastenby dieselfde aansien in die praktyksgerigte Engelse reg geniet het nie. Volgens hom speel akademiese en eietydse geskrifte in die moderne Engelse reg egter ’n groter rol en word dit ter staving en toeligtig van effektiewe gesagsbronne soos wetgewing en regspraak gebruik. Du Plessis meen dat die posisie in Suid-Afrika ooreenstem met dié in die moderne Engelse reg.

Die presiese waarde van die geskrifte van regsgeleerdes as gesag in die Suid-Afrikaanse howe is nie maklik bepaalbaar nie. Wat wel vasstaan, is die feit dat dit in die rangorde van gesag laaste op die lys is en dat die aanwending daarvan na my mening van die willekeur van elke regter afhang. Hoe dit ook al sy, dit ly geen twyfel nie dat akademiese ’n bydrae tot praktiese regsontwikkeling *kan* lewer, selfs in die howe; akademiese kan en moet hulle dus ook daarvoor beywer om wel ’n bydrae te lewer. Trouens, dit sou op pligsversuim neerkom as akademiese hulle nie met navorsing besig hou nie.

Akademiese geskrifte word in die Suid-Afrikaanse howe verskillend aangewend. In sommige uitsprake neem die regter nie net deeglik kennis van die positiewe reg oor ’n bepaalde onderwerp nie, maar ook van die geskrifte van akademiese skrywers daaroor. Hy oorweeg al die gesag voor hom en indien hy die standpunt van ’n bepaalde skrywer nie aanvaar nie, verduidelik hy ook waarom. So ’n benadering is te verwelkom en dien as aansporing vir akademiese om hulle met oorgawe in hulle vak(ke) te verdiep, selfs al sou die regter aandui dat die betrokke skrywer se standpunt nie gevolg word nie. As voorbeelde van uitsprake waarin van akademiese geskrifte kennis geneem is, kan na *Beaumont v Beaumont* 1987 1 SA 967 (A), *Lubbe v Volkskas Bpk* 1991 1 SA 398 (O) en *Erasmus v Minister van Wet en Orde* 1991 1 SA 410 (A) verwys word.

Daar is egter ook gevalle waar bydraes van akademiese oor ’n bepaalde kontensieuse onderwerp geïgnoreer word. In so ’n geval weet ’n mens nie of die regter werklik onbewus is van die literatuur wat oor die onderwerp bestaan nie, en of hy wel daarvan bewus is maar dit ignoreer omdat hy meen dat dit nie tot die oplossing van die probleem sal bydra nie, of omdat die gehalte van die publikasie nie na wense is nie, of omdat hy met die betrokke skrywers verskil en of hy bloot in beginsel nie na akademiese geskrifte verwys nie. Dit is natuurlik moeilik om vas te stel wat die regter se gesindheid in ’n bepaalde geval is; dus sal daar nie gepoog word om voorbeelde van elkeen van hierdie moontlikhede te gee nie, maar slegs om voorbeelde te noem waarin akademiese geskrifte, om watter rede ook al, nie aangehaal en ontleed is nie of selektief aangehaal is: *S v Motaung* 1990 4 SA 485 (A) waarin verwys word na Rabie se bibliografie van die beskikbare bronne, maar nie op die verskillende standpunte ingegaan word nie; *Ntsomi v Minister of Law and Order* 1990 1 SA 512 (K) (sien veral die bespreking van hierdie uitspraak *infra* 299 ev; *Caxton Ltd v Reeve Foreman (Pty) Ltd* 1990 3 SA 547 (A) waarin die hof dit nie nodig vind om in die betrokke saak uitsluitel te gee oor die aard van die eis nie en die indruk gelaat word dat daar onsekerheid oor die aangeleentheid heers (560I–561A), terwyl dit lank reeds ’n uitgemaakte saak is dat die eis op die *lex Aquilia* gebaseer is of behoort te wees (sien Van Heerden en Neethling *Onregmatige mededinging* (1983) 171–176 183; Neethling *Persoonlikheidsreg* (1985) 75–78); en *Pearly Beach Trust v Reg-*

istrar of Deeds 1990 4 SA 614 (K) waarin net na een handboek verwys word, terwyl daar veel meer oor hierdie fundamentele en kontensieuse aspek van die sakereg geskryf is (sien ook Sonnekus 1991 *TSAR* 173).

Voorts kom dit voor dat die howe by die oplossing van 'n probleem slegs na een basiese handboek verwys, sonder om aan te toon waarom die betrokke handboek gebruik is en ander handboeke oor dieselfde onderwerp nie geraadpleeg is nie, of om kennis te neem van skrywers wat nie met die betrokke handboekskrywer saamstem nie: *Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds* 1990 4 SA 614 (K) (sien ook Sonnekus 1991 *TSAR* 173).

Daar is egter ook gevalle, soos die *Inclendon*-saak *supra* waar die hof erken dat hy bewus is van 'n magdom literatuur – nie net van akademië afkomstig nie (sien bv Luttig, Nienaber, Streicher en Wunsh in *Sessie in securitatem debiti – quo vadis?* (1989)) – oor die kontensieuse vraagstuk wat voor hom dien en dit dan nie nodig ag om hierdie literatuur te ontleed ten einde die onsekerheid wat oor die onderwerp heers, moontlik uit die weg te ruim nie. Die regter vind dat hierdie gesag – wat tot sy beskikking is – selfs die uitspraak “belas”. Ek wil my dan ook verstout om te sê dat sy benadering, en ook dié van andere voor hom, daartoe bydra dat hierdie gebied van die reg in die praktyk soveel probleme verskaf. Trouens, regter Goldstone laat self in sy uitspraak blyk dat hy nie die implikasies van sy bevestiging van *National Bank of SA v Cohen's Trustee* 1911 AD 235 ten volle besef of dat hy die beginsels wat in daardie saak uiteengesit word, verkeerd toepas nie. Ter staving van hierdie bewering kan verwys word na sy stelling

“[that] ownership, as appears from the authorities, consists in a reversionary interest which entitled the owner (*cedent*) to claim the re-cession of the rights upon payment of the indebtedness” (my kursivering).

Oor die onjuistheid van hierdie stelling het ek reeds breedvoerig uitgewei en dit is sinloos om dit te herhaal (sien “Verpanding van vorderingsregte: uiteindelik sekerheid?” 1987 *THRHR* 175, in die besonder die bespreking van die aard van die *reversionary interest*; sien ook Scott *The law of cession* (1991) par 12 2 1 5 1).

Aansluitend by bogenoemde kan vermeld word dat die taal waarin 'n akademikus skryf, 'n verdere uitkakelende faktor kan wees. Sonder vrees vir teenpraak kan gesê word dat baie Afrikaanse akademië in Engels publiseer omdat hulle besef dat dit die enigste manier is om te verseker dat sommige studente, 'n groot aantal van hulle kollegas, prokureurs en advokate en selfs sekere regters kennis kan neem van wat hulle geskryf het.

Dit is dus duidelik dat die geskifte van akademië wel gesag as bron van die reg dra en dat die howe, op enkele uitsonderings na, bereid is om van sodanige geskifte kennis te neem. Dit is en bly egter frustrerend vir akademië as hulle pogings om 'n bydrae tot regsontwikkeling en regsekerheid te lewer, as “beswaring” afgemaak word en daar geen poging aangewend word om die onsekerheid wat daar sonder twyfel oor die aangeleentheid bestaan, uit die weg te ruim nie.

Wat is die doel met akademiese navorsing en hoe kan dit 'n bydrae tot regsontwikkeling maak?

Afgesien daarvan dat navorsing aan universiteite deur die staat gesubsidieer word en dus 'n bron van inkomste vir universiteite is, vorm dit 'n noodsaaklike deel van 'n dosent se leeropdrag. 'n Dosent met 'n grondige kennis van sy

vakgebied kan sy studente beter onderrig. Sy taak is egter wyer as bloot die oordra van kennis. Akademiese kennis veronderstel sowel die vermoë om kennis hanteerbaar en toeganklik te maak, as 'n besinning oor die *hoekoms* en die *waaroms* van die kennis. Aangesien regsopleiding beroepsgerigte opleiding is, moet dosente nietemin 'n ewig tussen die verskillende bene van hulle taak bewaar en moet hulle strewe na 'n gesonde interafhanklikheid tussen teorie en praktyk. Hierdie afhanklikheid kan egter nie slegs deur akademici bewerkstellig word nie, maar moet steun uit die praktyk ontvang; daarom is dit so belangrik dat die howe kennis neem van wat akademici skryf en vir hulle 'n aanduiding gee of hulle navorsing bydra tot regsontwikkeling al dan nie. Akademici het egter ook 'n verantwoordelikheid om te sorg dat hulle navorsing van 'n hoë gehalte is – met ander woorde dat daar nie net subsidie-onthalwe of *ars gratia artis*-halwe gepubliseer word nie – en dat hulle navorsing relevant is. Met die vermenigvuldiging van regstydskrifte en die subsidiestelsel van die staat vir universiteitsnavorsing rus daar egter op die redakteurs van sodanige tydskrifte 'n groot verantwoordelikheid om toe te sien dat wat gepubliseer word bydra tot regsontwikkeling en van 'n hoë akademiese standaard is.

Indien akademiese navorsing aan hierdie vereistes voldoen, kan dit nie alleen 'n gesonde interafhanklikheid tussen praktyk en teorie meebring nie, maar sodanige navorsing sou ook die swaar werklas van regters aansienlik kon verlig, met gepaardgaande voordele vir die hele land en sy bevolking.

Een van die redes waarom akademiese navorsing van nut sou kon wees, is die feit dat akademici oor die algemeen die tyd en geleentheid het om te spesialiseer. Daar kan by akademici ook 'n groter mate van objektiwiteit wees as by die regsverteenvoordigers van gedingvoerders wat argumente aan die hof moet voorlê. Hiermee wil ek hoegenaamd nie te kenne gee dat advokate subjektief is nie, maar dit spreek tog vanself dat wanneer 'n geding voor die hooggeregshof dien, en veral in die appèlhof, die regsposisie dermate onseker is dat albei partye (en dus hulle regsverteenvoordigers) van mening is dat hulle siening van die saak korrek is en dat hulle genoegsame gesag aan hulle kant het om sodanige houding te regverdig.

Vir akademici is daar ruim tyd en geleentheid om te spesialiseer, 'n moontlikheid wat nie in so 'n groot mate vir regters beskore is nie. Daar word tans op alle vlakke van die regsberoep gespesialiseer. Die groep wat egter die minste geleentheid tot spesialisasie het, is die regters. Waarom sal regters dan nie gebruik maak van navorsing wat deur spesialiste gedoen is nie? Net soos hulle, na aanhoor van argumente van advokate en kennisname van die gesag wat hulle aanhaal, 'n besluit neem in die lig van hulle eie kennis en insig oor die toepaslike regsposisie, kan kennis van akademiese navorsing oor die aangeleentheid geneem word. Laasgenoemde kan soos die argumente van advokate geëvalueer word om vas te stel of dit 'n bydrae tot die oplossing van die betrokke probleem lewer of nie.

Daar word ook deur regters en advokate erkenning gegee aan die feit dat daar van die gespesialiseerde kennis van akademici gebruik gemaak kan word, soos duidelik geblyk het uit die onlangse debat oor die afskaffing van Latyn as vereiste vir die regstudie (mag ek sydelings hier vermeld dat ek ten gunste van die afskaffing van Latyn is). Die argument is al deur lede van beide die *pro-* en *contra-* Latyn-groepe geopper dat 'n hof hom tot akademici kan wend vir die

vertaling en ontsyfering van die ou bronne! Die vraag ontstaan dan of die gespesialiseerde kennis van akademici slegs tot sulke uitsonderlike omstandighede beperk moet word.

Wat moet 'n dosent sy studente leer om hulle voor te berei op 'n beroep in die regte?

Daar is reeds aangedui dat navorsing en onderrig relevant moet wees. Aangesien studente aan byvoorbeeld die Universiteit van Suid-Afrika 'n heterogene groep mense is wat agtergrond, opvoeding, ouderdom, beroepskeuse ensovoorts betref, en dosente nie op die hoogte van elkeen se besondere omstandighede is nie, is dit uiters moeilik om te bepaal watter afdelings van die reg studente as relevant beskou. Aangesien daar egter op LLB-vlak 'n mate van keuse toegelaat word, kan aanvaar word dat studente hulle voorkeur laat blyk het en dat dit vir dosente beskore is om die aard van die kennis wat oorgedra moet word, te bepaal. By die vasstelling van hierdie kennis moet die dosent die belang van 'n interafhanklikheid tussen die teorie en die praktyk nie uit die oog verloor nie. Sonder om in besonderhede te verval, kan hier daarop gewys word dat daar by die opleiding van toekomstige regsgeleerdes 'n gesonde interaksie behoort te wees tussen die praktyksgerigte regsgeleerde wat klem op die *casus* laat val en die teoretici wat beginsels by die student wil tuisbring en hom wil leer om die praktyk te sien as die toepassingsveld van die teorie.

Wat navorsing betref, beteken relevansie daarvan myns insiens dat navorsing gedoen moet word oor gebiede van die reg waaroor daar onduidelikheid of onsekerheid bestaan sodat oplossings gevind kan word en dit nie vir strydende partye nodig sal wees om ten duurste appèlhof toe te gaan om uitsluitel te verkry nie. 'n Gesonde interafhanklikheid tussen teorie en praktyk behoort ook die howe se werkslas te verlig en geld te bespaar.

Is die appèlhof so onsensitief vir en verwyderd van die praktyk en teorie dat daar in 'n uitspraak (soos die *Incedon-saak supra*) voorgegee kan word dat die onsekerheid wat oor die aard en effek van sessie *in securitatem debiti* bestaan het, uit die weg geruim is?

Sessie *in securitatem debiti* het reeds so vroeg as 1842 in die howe sy verskyning gemaak (*Sutherland v Elliott Brothers* (1842) 2 M 349) en sedert die toonaangewende saak *National Bank of SA v Cohen's Trustees* 1911 AD 235 het die aangeleentheid reeds dertien keer voor die appèlhof gediën; laasgenoemde hof het sedert 1985 ses uitsprake oor die onderwerp gelewer.

Dat daar groot probleme en onsekerheid oor sessie *in securitatem debiti* bestaan wat op die een of ander wyse opgelos moet word, blyk uit die volgende: die gereelde voorkoms van sessie *in securitatem debiti* in die howe en die hoeveelheid literatuur wat oor die onderwerp bestaan (sien Scott 234 vn 14).

Die stelling van waarnemende appèlregter Goldstone dat die onsekerheid wat oor hierdie onderwerp geheers het, uit die weg geruim is (*supra* 804G), is dus onverklaarbaar. Die onsekerheid oor hierdie interessante aspek van die reg is so groot dat die Departement Privaatreg van die Universiteit van Suid-Afrika in 1989 selfs 'n daglange seminar oor die aangeleentheid gehou het waarop daar heftige meningsverskille was en waar verskeie probleme aangespreek is. Aan die einde van hierdie interessante en insiggewende seminar waar regters,

praktisyns en akademici goed verteenwoordig was, was dit duidelik dat daar twee hoofgedagterigtings oor die aangeleentheid is en dat elkeen van die skole meen dat hulle genoegsame steun vir hulle standpunt in die regspraak vind. Die verrigtinge van hierdie seminaar is saamgevat in 'n bundel wat deur die Universiteit van Suid-Afrika uitgegee is onder die titel *Sessie in securitatem debiti – quo vadis?*

'n Bekende handboeksrywer (Van der Merwe *Sakereg* (1989) 688) is byvoorbeeld van mening dat 'n sessie *in securitatem debiti* selfs na die nuutste uitsprake van die appèlhof ook nog die vorm van 'n algehele sekerheidsessie kan aanneem. Akademici wys herhaaldelik op die onsekerheid en daaglik word uitsprake gegee waaruit blyk dat die verskillende howe nie klaarheid het oor die effek van die nuutste appèlhuifuitsprake oor sessie *in securitatem debiti* nie (*Incorporated General Insurance Ltd v Joubert* 85-09-04 saaknr 573/85 (ongerapporteur) en *Springtex Ltd v Spencer Steward and Co* 90-11-16 saaknr 6135/88 (ongerapporteur)). Voorts kan ek noem dat ek gereeld deur praktisyns genader word vir regsmenings oor een of ander aspek van hierdie omstrede regsfiguur.

Sonder om in herhaling te verval, kan net gewys word op die volgende aspekte wat onlangs in die howe ter sprake gekom het en waaroor daar onduidelikheid is of ten opsigte waarvan geen bevredigende oplossings bestaan nie: die publiseitsbeginsel (in feitlik geeneen van die sake wat sessie *in securitatem debiti* as 'n verpanding sien, word aandag aan hierdie vereiste gegee nie: sien Scott par 12 2 1 1 en Lubbe "Sessie *in securitatem debiti* en die komponente van die skuldeisersbelang" 1989 *THRHR* 490); die aard van die bevoegdheid wat aan die sessionaris oorgedra word (Scott par 12 2 1 5 1), waarby dit veral van belang is om te bepaal wie die vorderingsreg mag afdwing voordat die sessionaris se eis opeisbaar is (sien *Springtex Ltd v Spencer Steward and Co supra*); en die feit dat die appèlhof se nuutste benadering oor sessie *in securitatem debiti* geheime sessies en sessies as "revolving security" uitsluit (sien Scott par 12 2 2). 'n Ander nadelige uitvloeisel van die toepassing van die verpandingskonstruksie as enigste vorm van sekerheidstelling deur middel van vorderingsregte, is die feit dat krediet duurder sal word aangesien skuldeisers by die berekening van die waarde van die sekuriteit in ag sal moet neem dat die kurator of likwidateur in die geval van insolvensie of likwidasië op 10% van die opbrengs van die vorderingsregte wat hy te gelde maak, geregtig sal wees (sien *Incorporated General Insurance Ltd v Gush* 1990 4 SA 573 (W)).

Die uitspraak van waarnemende appèlregter Goldstone in die *Inclledon*-saak *supra* skep die indruk dat die appèlhof nie alleen ongeneë is om kennis te neem van wat akademici oor die reg te sê het nie, maar ook dat die hof onbewus is van al die probleme wat in die praktyk oor hierdie aangeleentheid bestaan. Dit is natuurlik daardie hof se goeie reg om nie kennis te neem van literatuur wat moontlik as teoretisering afgemaak kan word nie, maar wanneer die onderwerp waaroor dit handel soveel probleme in die praktyk skep en litigante soveel geld kos, behoort die appèlhof die bul by die horings te pak en uitsluitel te gee oor die probleemareas wat alreeds uitgelig is. Indien dit dan blyk dat daar onoor-komelike probleme is of dat die regter se hande afgekap is vanweë die beperkinge wat op hom rus as gevolg van die beginsel *iudicis est ius dicere, non facere*, moet die aangeleentheid vir ondersoek na die Suid-Afrikaanse Regskommissie verwys word. Hier dien egter daarop gelet te word dat die regskommissie sessie *in securitatem debiti* reeds in sy werkstuk oor saaklike sekerheidstelling ondersoek

het en 'n aanbeveling gemaak het waarop ek, as lid van die Departement Pri-vaatreg van Unisa, kommentaar gelewer het. Tot op hede het ons egter nog nie terugvoer oor die aangeleentheid ontvang nie.

Slotsom

Na my mening behoort die appèlhof, in belang van regsekerheid en die vertroue van Jan Publiek in die regstelsel, telkens wanneer 'n omstrede onderwerp soos sessie in *securitatem debiti* voor hom dien, pro-aktief op te tree deur al die gesag en standpunte oor die aangeleentheid behoorlik te ontleed, sy eie standpunt duidelik te stel en die konsekwensies van sy standpunt ook uit te spel. Die reaksie wat ek dikwels op hierdie standpunt kry, is dat regters beperk is tot die geskilpunt wat voor hulle dien, of tot die gesag wat aan hulle voorgehou is of tot die argumente wat deur die regsvertegenwoordigers voorgedra is. Hierdie houding is, in die besonder in die geval van uitsprake van die appèlhof, nie aanvaarbaar nie veral aangesien daar allerweë aanvaar word dat regskoste in Suid-Afrika ('n verskynsel wat natuurlik nie eie aan ons land is nie) beslis te hoog is (sien in dié verband oa die *Sunday Times* (1991-03-17) 22 onder die opskrif "Break the cartel"; *Kromoscope (Pty) Ltd v Rinoth* 1991 2 SA 250 (W)) en kommer uit alle oorde oor die ontoeganklikheid van die howe uitgespreek word. In 'n land soos Suid-Afrika met sy buitengewoon groot probleme, ekonomies en andersins, moet elkeen 'n bydrae lewer om die knelpunte wat daar bestaan, te verlig. In 'n toespraak by geleentheid van die jaarlikse dinee van die Regsfakulteit van die Universiteit van Pretoria gedurende November 1990, het regter Kriegler van die knelpunte in die regsberoep melding gemaak en 'n beroep op almal in die beroep gedoen om 'n bydrae te lewer tot die oplossing van die probleme waarvoor die regspleging in die land te staan gekom het.

Hoewel advokate en akademici dikwels die skyf vir aanvalle is, en soms tereg ook, kan daar geen twyfel bestaan nie dat alle vertakkinge van die regsberoep 'n bydrae tot die oplossing van die talle knelpunte in die beroep sal moet maak en dat van sekere luukses afstand gedoen sal moet word. Na my mening is dit 'n luukse wat nie meer bekostig kan word nie indien die appèlhof sy taak so eng interpreteer dat hy sy uitspraak beperk tot die enkele geskilpunt(e) wat voor hom dien. Die afgelope tyd het daardie hof getoon dat hy bereid is om sy taak in omstandighede nie té beperkend te sien nie (gewag kan hier gemaak word van die interpretasie van veiligheidswetgewing in die onlangse verlede); daarom meen ek nie dat dit vergesog is om van daardie hof te verwag om omvattender en beter gemotiveerde uitsprake te gee as die onlangse uitsprake in *Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy Bpk* 1985 2 SA 769 (A), *Marais v Ruskin* 1985 4 SA 659 (A), *Bank of Lisbon and SA Ltd v The Master* 1987 1 SA 276 (A) en veral die uitspraak van waarnemende appèlregter Goldstone in *Incedon (Welkom) (Pty) Ltd v QwaQwa DC Ltd* 1990 4 SA 798 (A) nie.

SUSAN SCOTT

Universiteit van Suid-Afrika

REGSGENEESKUNDIGE LYKSKOUINGSVERSLAE: WAT MAG DIE GENEESHEER IN AG NEEM BY SY BEPALING VAN DIE DOODSOORSAAK?

Artikel 3(2) van die Wet op Geregtelike Doodsondersoeke 58 van 1959 bepaal dat indien die lyk van 'n persoon wat vermoed word aan onnatuurlike oorsake te gesterf het, beskikbaar is,

“moet ’n landdros by wie die sterfgeval aangemeld word, as hy dit in belang van die regspleging dienstig ag, dit laat ondersoek deur die distriksgeneesheer of ’n ander geneesheer wat, as hy dit nodig ag ten einde die oorsaak van dood met groter sekerheid vas te stel, ’n ondersoek kan uitvoer of laat uitvoer van enige inwendige orgaan of enige deel of enige inhoudsdeel van die lyk, of van enige ander stof of voorwerp” (vgl a 25 van die Wet op Registrasie van Geboortes, Huwelike en Sterfgevalle 81 van 1963).

Die amptelike verslagvorm van die Departement van Nasionale Gesondheid en Bevolkingsontwikkeling oor regsgeneeskundige lykskouings verg onder meer (par (v)) van die lykskouer dat hy sertifiseer dat

“as gevolg van my waarnemings waarvan ’n lys hieronder volg ek besluit het-

(a) dat die dood voor my ondersoek plaasgevind het; en

(b) dat die oorsaak/oorsake van die dood was”.

Op die volgende bladsy volg daar dan ’n “Lys waarnemings” met ’n verskeidenheid gespesifiseerde waarnemings wat pertinent op die lyk of dele daarvan as sodanig betrekking het, met onderaan ’n opskrif “Verdere waarnemings”.

Die probleem waarmee die lykskouer soms gekonfronteer word, is of hy sy bevinding oor die doodsoorsaak suiwer en alleen op sy eie waarnemings ten opsigte van die lyk self moet grond, en of hy daarbenewens ook ander mediese inligting aangaande die oorledene in berekening mag bring ten einde die doodsoorsaak vas te stel. Indien eersgenoemde alternatief die geldende is, kan dit in gegewe gevalle daarop neerkom dat die lykskouer verhinder word om volledig oor die betrokke sterfgeval aan die landdros te rapporteer. Dit sal die geval wees waar kliniese inligting (die geskiedenis van pasiënte wat voor hulle afsterwe mediese behandeling in die vorm van operasies of medikasie ondergaan of ontvang het) of mediese rekords beskikbaar is wat vir die bepaling van die doodsoorsaak relevant is, maar wat nòg as eie waarnemings kwalifiseer nòg uit die lykskouing self blyk. Die volgende voorbeelde getuig van die dilemma waarin die lykskouer hom in sodanige gevalle kan bevind:

(a) ’n Pasiënt met subdurale bloeding word in ’n hospitaal opgeneem en ’n chirurgiese evakuasie van die hematoom word op hom gedoen. Die pasiënt sterf egter as gevolg van die gepaardgaande komplikasies van verhoogde intrakraniale druk en/of brongopneumonie. Ten tyde van die lykskouing is die akute subdurale hematoom nie meer gereedlik aantoonbaar nie, maar duidelike tekens van die chirurgiese ingreep, *tesame met beskikbare kliniese dokumentasie oor sodanige behandeling*, kan die lykskouer in staat stel om ’n wetenskaplik gegronde mening oor die doodsoorsaak (te wete subdurale bloeding met komplikasies) uit te spreek.

(b) ’n Pasiënt met ’n stabiele nekfraktuur wat vir vier weke in traksie lê en dan as gevolg van ’n pulmonale trombo-embolisme sterf, se aanvanklike besering kan nouliks as die primêre mediese doodsoorsaak voorgehou word *indien voorafgaande kliniese inligting nie vir die lykskouer ter insae was nie*.

(c) ’n Pasiënt doen serebrale anoksie op tydens ’n narkose waar hoogselektiewe breinaantasting deur ’n langtermyn-koma gevolg word. Indien die pasiënt uiteindelik weens nierversaking of longontsteking sterf, *sal sy kliniese geskiedenis van kardinale belang by die vasstelling van die doodsoorsaak wees*.

Is die tweede alternatief die geldende, is dit meteen duidelik dat die lykskouer in die voormelde gevalle nie bloot op grond van sy eie waarnemings tot ’n objektief akkurate mediese bevinding oor die doodsoorsaak sal kan kom nie.

Dit laat die vraag ontstaan na welke van die twee alternatiewe die geldende is. Ongelukkig is die enigste steun vir die eerste alternatief te vinde in die verklaarde doel van ’n regsgeneeskundige lykskouing in artikel 3(2) van die Wet

op Geregte Doodsondersoek, naamlik om “die oorsaak van dood *met groter sekerheid vas te stel*” (ons kursivering). Die onmiddellik daaropvolgende woorde “ ’n ondersoek kan uitvoer of laat uitvoer van *enige inwendige orgaan of enige deel of enige inhoudsdeel van die lyk, of van enige ander stof of voorwerp*” (ons kursivering)

laat geen ruimte vir die insluiting van kliniese dokumentasie oor of mediese rekords van die oorledene nie (in die praktyk slaan die woorde “stof” en “voorwerp” op stowwe soos gif en alkohol en voorwerpe soos wapens en ammunisie). Ook die regs geneeskundige lykskouingsverslag skyn geen ruimte te laat vir die boekstaving van meer as die lykskouer se eie waarnemings nie. Die onderskeie paragrawe van die “Lys waarnemings” het almal betrekking op die fisiese kenmerke en toestand van die oorledene en die laaste opskrif “Verdere waarnemings” skyn eerder die lykskouer se waarnemings oor die oorledene se fisiese kenmerke en toestand, wat nie onder die voorafgaande paragrawe tuisgebring kan word nie, te dek as addisionele inligting wat uit kliniese dokumentasie en mediese rekords verkry is. “Waarnemings” dui tradisioneel op dit wat die waarnemer self waarneem en nie op inligting wat deur ander waarnemers opgeteken is nie.

Dit beteken dus dat nóg artikel 3(2) nóg die lykskouingsverslag voorsiening maak vir ’n skriftelike inkorporering van mediese inligting wat nie op die lykskouer se eie waarneming gegrond is nie, maar wat moontlik hoogs relevant vir die bepaling van die doodsoorsaak is. Dat dit ’n onbevredigende toedrag van sake is, ly geen twyfel nie. Dit kan kwalik “in belang van die regspleging” (a 3(2)) en die mediese praktyk wees dat die regs geneeskundige lykskouingsverslag in wesenlike opsigte onvolledig is of nie op al die relevante inligting berus nie. Trouens, so ’n toedrag van sake kan juis die doel van *regsgeneeskundige* lykskouingsverslae verydel, naamlik om “die oorsaak van dood met groter sekerheid vas te stel” (a 3(2)). Artikel 3(2) en die lykskouingsverslag konsentreeer bygevolg enersyds te eng op die lyk as sodanig en nie op die doodsondersoek in sy geheel nie en bevat andersyds ’n inherente teenstrydigheid. Per slot van rekening word nie alleen alle mediese diagnoses (klinies of patologies) deur ’n objektiewe evaluasie van alle beskikbare middele bereik nie, maar behoort ook alle regsbevindings op alle beskikbare feite en getuienis gemaak te word. Simpson *A doctor's guide to court* (1967) 34 35 verklaar in hierdie verband:

“Any doctor may ask to see a statement that has been made in connection with a case of assault, sexual injury, wounding or killing of any kind in which his professional opinion has been sought. Most pathologists have found it better to know what is alleged to have happened before visiting the scene or seeing the victim . . . Examination will be more purposeful and searching, more intelligently directed”

en:

“Let the doctor, the clinical diagnostic expert, the pathologist, know the facts, for their opinion will be enhanced thereby, but under no circumstances let any doctor be drawn into moulding the medical findings to what is said in statements to be the ‘facts.’”

(Sien ook Loubser “Probleemgevallen by lykskouing” 1 6, ongepubliseerde referaat gelewer tydens ’n opknappingskursus in geregte geneeskunde vir distriksgeneeshere 1990-11-14 tot 15.)

Nou sal daar waarskynlik geredeneer word dat die nagaan van kliniese dokumentasie en mediese rekords vir doeleindes van doodsoorsaakbevindings in regs geneeskundige lykskouingsverslae, die lykskouer sou kon bevooroordeel en sodoende die objektiwiteit en onafhanklikheid van sy verslag in die wiele sou

kon ry (vgl Loubser "Probleemgevalle by lykskouing" 6). Daar steek ongetwyfeld meriete in hierdie beswaar. Die moontlike teenargument dat die lykskouer eers insae in kliniese dokumentasie en mediese rekords behoort te verkry nadat hy die lykskouing uitgevoer het, bied geen oplossing vir dié probleem nie. Die kliniese dokumentasie en mediese rekords kan juis inligting bevat wat relevant is vir die wyse waarop die lykskouing uitgevoer word. Dit bring mee dat 'n lykskouing wat reeds sonder insae in die kliniese dokumentasie en mediese rekords voltooi is, net so onvolledig kan wees as 'n lykskouingsverslag sonder sodanige inligting. Die beswaar van potensiele bevooroordeeldheid waar die lykskouer voor die lykskouing insae in sodanige inligting verkry, kan egter ondervang word deur hom tydens die geregtelike doodsondersoek te ondervra oor die wyse waarop hy tot sy bevinding oor die doodsoorsaak gekom het en oor die gewig wat hy in die proses aan sodanige inligting verleen het. Op dié wyse kan die lykskouer se aanvulling van sy eie waarnemings met relevante inligting verkry uit kliniese dokumentasie en mediese rekords in die regsgeneeskundige lykskouingsverslag juridies getoets word.

Dat laasgenoemde alternatief verkieslik is bo 'n onvolledige en onakkurate doodsoorsaakbevinding en lykskouingsverslag, behoef nouliks enige betoog. In ieder geval is insae in kliniese dokumentasie en mediese rekords ter bereiking van 'n doodsoorsaakbevinding waarskynlik reeds praktyk onder lykskouers en sou dit bepaald nie onvanpas wees om die regsgeneeskundige lykskouingsvorm in ooreenstemming hiermee te bring nie. Dit sal lykskouers ook die verleentheid spaar dat hulle tydens die geregtelike doodsondersoek verplig word om inligting te openbaar wat nie in die lykskouingsvorm vervat is nie en hulle sodoende beskuldigings van diskrepancies tussen hulle skriftelike verslae en mondelinge getuienis op die hals haal. Sou so 'n voorstel byval vind, spreek dit vanself dat dit die swaartepunt, sowel wat die ondersoek as die terminologie betref, van 'n lykskouing na 'n doodsondersoek verskuif. Trouens, daar bestaan alreeds 'n versoenbare presedent vir die onderhawige aanbeveling. Artikel 3(2) magtig naamlik 'n lykskouer om, voortspuitend uit 'n lykskouing, 'n spesiale ondersoek te *"laat uitvoer van enige inwendige orgaan of enige deel of enige inhoudsdeel van die lyk, of van enige ander stof of voorwerp"* (ons kursivering; vgl egter die regsgeneeskundige lykskouingsverslagvorm wat geen pertinente voorsiening hiervoor maak nie). Waar 'n lykskouer dienooreenkomstig 'n spesiale ondersoek deur 'n laboratorium van 'n bloedmonster van die oorledene sou aanvra om die aanwesigheid al dan nie van stowwe soos alkohol en gif daarin te bepaal, omdat die lykskouing op sigself geen aanwysbare doodsoorsaak oplewer nie, grond hy sy bevinding juis op die waarnemings van iemand anders, eerder as op sy eie. Daar bestaan geen wesenlike verskil tussen andere se waarnemings soos vervat in kliniese dokumentasie of mediese rekords enersyds en andere se waarnemings soos vervat in 'n spesiale ondersoekverslag andersyds nie. Albei kan bydra tot die vaststelling van die doodsoorsaak en albei kan op meriete deur die voorsittende regterlike amptenaar oorweeg word.

Kortom, sowel artikel 3(2) as die lykskouingsvorm toon in gemelde opsig 'n leemte wat nie alleen vir die lykskouer 'n dilemma skep nie, maar ook nie vir behoorlike regspleging bevorderlik is nie. 'n Paslike wysiging van artikel 3(2) en die lykskouingsvorm verdien gevolglik oorweging deur die wetgewer en die Departement van Nasionale Gesondheid en Bevolkingsontwikkeling. In dié verband word daar aan die hand gedoen—

(a) dat die lykskouer sy bevinding rakende die doodsoorsaak nie alleen grond op sy waarnemings ten aansien van die lyk nie, maar wel op die *totale beeld* wat sy ondersoek oplewer; en

(b) dat die benaming van die verslag in ooreenstemming hiermee verander word van 'n "regsgeneeskundige *lykskouingsverslag*" na 'n "regsgeneeskundige *doods-ondersoekverslag*".

G SAAYMAN

Universiteit van Pretoria

FFW VAN OOSTEN

Universiteit van Pretoria

LIKWIDASIE VAN BESLOTE KORPORASIES EN REËLINGSKEMAS INGEVOLGE ARTIKELS 311 EN 389 VAN DIE MAATSKAPPYWET

1 Inleiding

Benewens prosedures wat kontraktueel geskep kan word, is verskillende prosedures om 'n vergelyk met skuldeisers te bewerkstellig vir 'n maatskappy ingelyf onder die Maatskappywet 61 van 1973 beskikbaar. 'n Kwelvraag in dié verband is of hierdie prosedures ook vir 'n beslote korporasie in likwidasië beskikbaar is. Hoewel die aangeleentheid reeds in 1985 in die regspraak onder die loep geneem is, het dit tot dusver opmerklik weinig reaksie in handboeke oor die beslote korporasiereg ontlok.

2 Artikels 311 en 389 van die Maatskappywet

2.1 Artikel 311

Artikel 311 voorsien die masjinerie waarvolgens 'n skikking of reëling aangegaan kan word, naamlik

- tussen 'n maatskappy en sy skuldeisers of 'n klas van hulle; of
- tussen 'n maatskappy en sy lede of 'n klas van hulle; of
- tussen 'n maatskappy en 'n kombinasie van sy skuldeisers en lede of enige klas van hulle,

hetsy die maatskappy in likwidasië is al dan nie. So 'n skikking of reëling moet nie slegs goedgekeur word deur 'n meerderheid in getal wat 'n driekwart in waarde van die skuldeisers verteenwoordig en/of 'n meerderheid wat driekwart van die stemme van die lede of klas van lede verteenwoordig nie, maar is ook aan goedkeuring deur die hof (a 311(2)) onderworpe. Dit word eers bindend wanneer 'n afskrif van die hofbevel by die Registrateur van Maatskappye ingedien en deur hom geregistreer word (a 311(6)). Die huidige polemiek oor die trefwydte en inhoud van 'n reëlinskema ingevolge artikel 311 is nie direk ter sake nie en word gevolglik daargelaat (sien oa *Ex parte Satbel (Edms) Bpk: In*

re Meyer v Saibel (Edms) Bpk 1984 4 SA 347 (T); *Ex parte Natal Coal Exploration Co Ltd* 1985 4 SA 279 (W); *Ex parte Kaap-Kunene Beleggings Bpk* 1986 2 SA 442 (K); *Ex parte NBSA Centre Bpk* 1987 2 SA 783 (W); *Ex parte Kaplan: In re Robin Consolidated Industries Ltd* 1987 3 SA 413 (W); *Ex parte Millman: In re Multi-Bou (Pty) Ltd* 1987 4 SA 405 (K); *Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear/In re Jerseytex* 1988 1 SA 616 (D); *Sackstein v Boltstone (Free State) (Pty) Ltd (In Liquidation)* 1988 4 SA 556 (O); *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T); *Incorporated General Insurances Ltd v Cement Distributors (South Africa) (Pty) Ltd* 1990 1 SA 132 (A); *Merican Investments (Pty) Ltd v Johannesburg City Council* 1990 1 SA 560 (W); *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler* 1990 2 SA 411 (K); *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd (In liquidation)* 1990 4 SA 59 (W)). Dit is duidelik dat 'n skikking of reëling ingevolge artikel 311 in gepaste gevalle onder meer vir die tersydestelling van die likwidasië van 'n maatskappy voorsiening kan maak (*Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd (In liquidation) supra* 75G).

Anders as in die geval van 'n akkoord, is die beskikbaarheid van die artikel 311-prosedure duidelik nie afhanklik van die voorafgaande likwidasië van die maatskappy nie. Nogtans behoort in gedagte gehou te word dat wetgewing oor maatskappyregtelike skikkings ontwikkel het uit 'n behoefte om aan 'n likwidateur die bevoegdheid te verleen om eise teen 'n maatskappy te skik. Die bepaling van die Joint Stock Companies Arrangement Act 1870, die statutêre stamvader van artikel 311, is eers meer as dertig jaar na inwerkingtreding op maatskappye wat nie in likwidasië is nie van toepassing gemaak (a 38 Joint Stock Companies Act 1907. Sien ook *De la Rey Skikkings in die maatskappyereg* (1983) 5-25; Henning 1987 *TRW* 218).

2 2 Artikel 389

'n Maatskappy wat sy skulde kan betaal en gelikwieder word of staan te word, kan ingevolge artikel 389 'n reëling met 'n driekwart in waarde en getal van sy skuldeisers aangaan sonder dat die tussenkoms van die hof verpligtend is. Dit is duidelik dat so 'n reëling ingevolge artikel 389 nie enige transaksie kan bewerkstellig wat nie by wyse van 'n reëling ingevolge artikel 311 ten uitvoer gebring kan word nie (Cilliers en Benade *Korporatiewe reg* (1987) 293). Dit wil voorkom of die trefwydte van artikel 389 beperk is in die sin dat dit slegs aanwending vind waar die reëling in wese 'n blote administratiewe maatreeël is wat daarop gerig is om die betaling van skulde voor of na die aanvang van likwidasië te bewerkstellig.

Indien die reëling 'n wesenlike verandering van die regte van skuldeisers behels, behoort van die artikel 311-prosedure gebruik gemaak te word (Meskin (red) *Henochsberg on the Companies Act* (1985) 685). Die artikel 389-prosedure kan egter koste bespaar aangesien dit nie nodig is om 'n aansoek om goedkeuring van die skema tot die hof te rig nie.

3 Beslote korporasies

3 1 Inleiding

Behoudens sekere uitsonderings is die bepaling van die Maatskappywet wat betrekking het op die likwidasië van 'n maatskappy van toepassing op die likwidasië van 'n beslote korporasie. Nogtans maak artikel 72 van die Wet op

Beslote Korporasies (die wet) in geval van 'n beslote korporasie wat nie sy skulde kan betaal nie, voorsiening vir 'n akkoord geskoei op artikels 119, 120, 123, 124(1) en 124(5) van die Insolvensiewet 24 van 1936.

Die vraag ontstaan of 'n skikking of 'n reëling ingevolge artikel 311 of 389 in gepaste gevalle desondanks by die likwidasië van 'n beslote korporasie toepassing kan vind.

3 2 Artikel 389

Artikel 66(1) van die wet bepaal uitdruklik dat artikel 389 van die Maatskappywet, wat beskikbaar is vir 'n maatskappy "wat in staat is om sy skulde te betaal en wat gelikwider word" om teenstemmende skuldeisers te bind, nie op die likwidasië van 'n beslote korporasie van toepassing is nie.

Bowendien sal die artikel 72-prosedure ook nie tot beskikking van 'n beslote korporasie wees indien die korporasie ten tyde van 'n beroep op die prosedure wel in staat is om sy skulde te betaal nie, aangesien die prosedure net aanwending vind by die likwidasië van 'n korporasie wat op daardie tydstip nie sy skulde kan betaal nie (vgl *Taylor and Steyn v Koekemoer* 1982 1 SA 374 (T) 377E; *TV and Radio Guarantee Co (Pty) Ltd v Du Preez* 1986 3 SA 866 (W) 868F-G; *Meskin* 685-686). Hoewel die beskikbaarheid van die akkoordprosedure tot so 'n geval beperk is, beteken dit egter nie noodwendig dat vereis word dat die korporasie se laste sy bates op die tersaaklike tydstip moet oorskry nie. Onvermoë om skulde te betaal, kan ook voortspruit uit sogenaamde kommersiële insolvensie (vgl *Taylor and Steyn v Koekemoer supra* 377E; *TV and Radio Guarantee Co (Pty) Ltd v Du Preez supra* 868F-G). Boonop is die beskikbaarheid van die akkoordprosedure wyer as slegs die geval van 'n beslote korporasie wat ingevolge artikel 68(c) deur die hof gelikwider is omdat dit nie sy skulde kan betaal nie. Die omstandighede waarin 'n korporasie geag word nie sy skulde te kan betaal nie word in artikel 69 omskryf. Die omskrywing geld egter net vir doeleindes van die toepassing van artikel 68(c) (vgl a 69(1)). Soos artikel 345 van die Maatskappywet, het artikel 69 nie betrekking op die vraag of 'n beslote korporasie *wat gelikwider word* nie sy skulde kan betaal nie; dit is wel relevant by die vraag of 'n korporasie op grond van sy onvermoë om sy skulde te betaal deur die hof gelikwider behoort te word (sien *Meskin* 567). Selfs al word 'n korporasie gelikwider op 'n ander grond as sy onvermoë om sy skulde te betaal, kan die artikel 72-prosedure nogtans toepassing vind indien die korporasie ten tyde van 'n beroep op die prosedure in werklikheid nie in staat is om sy skulde te betaal nie (vgl *Taylor and Steyn v Koekemoer supra* 376F; *TV and Radio Guarantee Co (Pty) Ltd v Du Preez supra*). Die artikel 72-prosedure behoort ook beskikbaar te wees in die geval van 'n beslote korporasie wat by inisiëring van likwidasië oor die nodige likwiditeit beskik het maar later nie meer in staat is om sy skulde te betaal nie (vgl *Taylor and Steyn v Koekemoer supra* 378B-379B; *Henning* 1987 TRW 222). Die prosedure is egter nie beskikbaar terwyl 'n korporasie onder voorlopige likwidasië is nie. 'n Artikel 72-akkoord kan eers na die eerste vergadering van skuldeisers aangegaan word, met ander woorde na die verlening van 'n finale likwidasiëbevel (*De Wit v Boathavens CC (King and another intervening)* 1989 1 SA 606 (K) 616H).

3 3 Artikel 311

3 3 1 Regspraak

Soos reeds beklemtoon is, is artikel 311 ook van toepassing op maatskappye wat nie in likwidasië is nie. Dit gaan egter hier oor die moontlike toepaslikheid van artikel 311 op beslote korporasies binne die trefwydte van artikel 66(1) van die wet, dit wil sê met betrekking tot die likwidasië van 'n korporasië. Die moontlike toepaslikheid van artikel 311 word dus slegs oorweeg vir sover dit op skikkings en reëlings by likwidasië betrekking het.

Die vraag of artikel 311 van die Maatskappywet by die likwidasië van 'n beslote korporasië aanwending vind, het in *Ex parte Arthur Ronald Kidson and John Lewis Fletcher: In re Eastern Cash and Carry CC* (1985-11-1 saaknr M1775/85 (OK)) ter sprake gekom. Daarvan is ongeveer die laaste helfte gerapporteer as *Kidson AR 1986 1 PH E2 (OK)*. Hierdie eerste gerapporteerde beslissing oor beslote korporasies het tot dusver weinig reaksie in handboeke ontlok. Aangesien dit bowendien nie in die geheel gerapporteer is nie, word die aandag kortliks op die volledige uitspraak gevestig.

Die applikante het in hul hoedanigheid van die gesamentlike voorlopige likwidateurs van Eastern Cash and Carry Corporation CC, wat handel dryf as Parry's Cash and Carry, 'n skriftelike aanbod in die vorm van 'n reëlinskema van ene Katz vir voorlegging aan en oorweging deur Parry se skuldeisers ontvang. Daarop het die likwidateurs aansoek gedoen om 'n vergadering van Parry se skuldeisers ingevolge artikel 311 byeën te roep ten einde die voorgestelde reëlinskema te oorweeg. Die aansoek word deur regter Smalberger van die hand gewys.

In die gerapporteerde gedeelte van die uitspraak (*Kidson AR supra*) is die gevolgtrekking dat die werking van artikel 311 van die Maatskappywet by noodwendige implikasie uitgesluit is aangesien die likwidasiëbepalings van die Maatskappywet slegs toepassing vind ten opsigte van 'n aangeleentheid waarvoor nie uitdruklik in die wet voorsiening gemaak word nie en artikel 72(1) van die wet juis uitdruklik vir 'n akkoord voorsiening maak:

"In any event, in terms of section 66(1) of the Close Corporations Act, the provisions of the Companies Act which relate to the winding-up of a company (except those specifically excluded) only apply to the liquidation of a corporation in respect of any matter not specifically provided for in this part or in any other provision of this Act. [C]omposition is . . . specifically provided for in the Close Corporations Act, and the concluding portion of section 66(1) which I have quoted above must be taken to have excluded, if not expressly, then by necessary implication, the operation of section 311 of the Companies Act, notwithstanding the fact that section 311 is wider in its scope and can operate more expeditiously. The more limited provisions of section 72(1) of the Close Corporations Act may be linked to the fundamental nature of a close corporation."

Hierdie gedeelte van die uitspraak kan denkbaar die indruk laat dat aanvaar word dat artikel 311 in beginsel wel binne die trefwydte van die frase "die bepalinge van die Maatskappywet wat betrekking het op die likwidasië van 'n maatskappy" in artikel 66(1) val; voorts dat bloot te kenne gegee is dat artikel 311 slegs nie by die likwidasië van 'n beslote korporasië van toepassing is "wat nie sy skulde kan betaal nie", en selfs dan ook net uitgesluit is binne die trefwydte van die artikel 72-akkoordprosedure wat weer slegs na die eerste vergadering van skuldeisers beskikbaar is. 'n Afleiding wat sou kon volg, is dat daar nie noodwendig beslis is dat artikel 311 hoegenaamd nie by die likwidasië

van 'n beslote korporasie aanwending kan vind nie, maar dat die prosedure wel beskikbaar kan wees, byvoorbeeld by die likwidasie van 'n korporasie wat op die tersaaklike tydstip wel in staat is om sy skulde te betaal of na verlening van die voorlopige likwidasiebevel maar voor die eerste vergadering van skuldeisers.

In die eerste en ongerapporteerde gedeelte van die uitspraak word egter wel aandag aan die trefwydte van die betrokke frase in artikel 66(1) geskenk. Regter Smalberger bevind:

"The 'provisions of the Companies Act which relate to the winding-up of a company' would seem to be those contained in chapter 14 of the Companies Act which is headed 'Winding-up of Companies'. Those provisions extend from section 337 to section 426. Section 311 falls outside their ambit. It is not a section which relates to the winding-up of a company. It deals with compromise or arrangement between a company and its creditors or members, or any class of them. The company, or any creditor or member thereof, may apply for a meeting of creditors or members, or any class of them, to be called to consider a proposed compromise or arrangement. In the case of a company being wound up the liquidator (including the provisional liquidator) may do so – although a creditor or member may do so as well. A compromise or arrangement is not an integral part of the winding-up of a company, but merely co-incident thereto" (2-3 van die getikte verslag).

Die regter beklemtoon egter ook dat hy nie die voordeel van volledige argumente vir en teen die toepassing van artikel 311 op 'n beslote korporasie in likwidasie gehad het nie en dat hy graag meer tyd sou wou gehad het om die aangeleentheid te oorweeg. Ongelukkig was dit egter in die omstandighede nie moontlik nie (4 van die getikte verslag). Hoe dit ook al sy, soos uit die aanhaling blyk, is tot die gevolgtrekking geraak dat die frase "die bepalings van die Maatskappywet wat betrekking het op die likwidasie van 'n maatskappy" in artikel 66(1) uitsluitlik dié bepalings behels wat in hoofstuk XIV van die Maatskappywet vervat is. Artikel 311 val nie binne hierdie hoofstuk nie en is dus nie op beslote korporasies in likwidasie van toepassing nie; veral ook omdat artikel 311 nie 'n integreerende deel van die likwidasie van 'n maatskappy vorm nie maar bloot insideneel daartoe is.

Word die gerapporteerde en ongerapporteerde gedeeltes van die uitspraak as 'n geheel beoordeel, kan beswaarlik tot 'n ander gevolgtrekking gekom word as dat beslis is dat 'n artikel 311-skikking of -reëling hoegenaamd nie by die likwidasie van 'n beslote korporasie beskikbaar is nie, selfs al val dit vanweë 'n ander rede buite die trefwydte van artikel 72. Die uitspraak kom dus daarop neer dat daar vir 'n korporasie in likwidasie, en net vir een wat op die tersaaklike tydstip nie in staat is om sy skulde te betaal nie en dan ook eers na die eerste vergadering van skuldeisers wat eers na die verlening van die finale likwidasiebevel mag plaasvind, slegs een beperkte statutêre alternatief vir 'n gemeenregtelike ooreenkoms beskikbaar is waardeur daar tot 'n vergelyk met skuldeisers gekom kan word, naamlik 'n artikel 72-akkoord.

3 3.2 Ander perspektiewe

Begrip bestaan vir die omstandighede waarin uitspraak oor 'n *res nova* gelewer moes word; verder dat min leiding, indien enige, in tydgenootlike publikasies oor die beslote korporasiereg aan te tref was. Dit beteken egter nie dat in alle opsigte met die bevindings en veral die restriktiewe uitleg van die trefwydte van die betrokke frase in artikel 66(1) van die wet akkoord gegaan behoort te word nie.

Dit is opmerklik dat artikel 66(1) uitdruklik na die “bepalings van die Maatskappywet wat betrekking het op die likwidasië van ’n maatskappy” verwys en, anders as die 1983-Konsepwetsontwerp op Beslote Korporasies, nie bloot na hoofstuk XIV van die Maatskappywet nie. Die vraag ontstaan waarom die wetgewer, as dit dan sy bedoeling was om slegs die bepalings in hoofstuk XIV van die Maatskappywet op die likwidasië van beslote korporasies van toepassing te maak, nie bloot die bewoording van die Konsepwetsontwerp behou het nie. Voorts kan aangevoer word dat die bepalings van die Maatskappywet “wat betrekking het” op die likwidasië van ’n maatskappy in elk geval nie uitsluitlik in hoofstuk XIV aan te tref is nie (sien oa *Vincent & Pullar Ltd v Commissioner of Customs* 1954 2 SA 33 (N) 37; *Johannesburg CC v VICTEREN TOWERS (PTY) LTD* 1975 4 SA 344 (T); Henning 1987 TRW 223). Daar is wel artikels buite hoofstuk XIV van die Maatskappywet “wat betrekking het” op die likwidasië van ’n maatskappy. Voorbeelde hiervan is die woordomsrywings van “likwidateur”, “Meester”, “Minister” en “likwidasiëbevel” in artikel 1 van die Maatskappywet, asook artikel 441 ten opsigte van strawwe vir misdrywe. Ook Blackman (“Companies” 4 LAWSA 347) is van mening dat bepalings soos vervat in artikels 49(7), 311(1), 433(1) en 262(1) wat in ander hoofstukke van die Maatskappywet voorkom, ook betrekking het op (“also relate to”) likwidasië. Daar word aan die hand gedoen dat al hierdie bepalings nie deur die bank as synde bloot insidenteel tot die likwidasië van ’n maatskappy afgemaak kan word nie. Trouens, daar is wel bepalings in hoofstuk XIV self aan te tref wat eerder as bloot “insidenteel” tot die likwidasië van ’n maatskappy aangestip kan word. As voorbeeld kan artikel 401 dien, wat aan die prokureur-generaal die bevoegdheid gee om in gepaste gevalle vir die diskwalifikasie van ’n direkteur aansoek te doen.

Verder is die onderskeid tussen integrerende en insidentele bepalings ten aangesien van likwidasië nie ’n baie betroubare maatstaf nie. Dit is byvoorbeeld onduidelik hoe ’n bepaling soos artikel 311, wat tot die tersydestelling van die likwidasië kan lei, as bloot “insidenteel” tot die likwidasië van ’n maatskappy getipeer kan word. Daarbenewens is daar nie net een kriterium wat vir die toepassing van die bepalings van die Maatskappywet op beslote korporasies in likwidasië gestel word nie. Daar word aan die hand gedoen dat die volgende toepaslikheidskriteria geld, naamlik dat die betrokke bepaling op die likwidasië van ’n maatskappy betrekking moet hê, dat dit nie spesifiek kragtens artikel 66(1) uitgesluit moet wees nie, dat dit slegs geld ten opsigte van ’n aangeleentheid waarvoor nie uitdruklik in die wet voorsiening gemaak word nie, dat dit net sal geld vir sover dit by die likwidasië van beslote korporasies toegepas kan word en dat dit aan die hand van die interpretasievoorskrifte van artikel 66(2)(a) toegepas moet word.

In die uitspraak is ook bevind dat die werking van artikel 311 by noodwendige implikasie uitgesluit is aangesien artikel 72 uitdruklik vir ’n akkoord voorsiening maak (*Kidson AR supra* 2). Hoewel daar sekere ooreenkomste tussen die voorskrifte bestaan, soos dat die instemming van alle belanghebbendes nie nodig is nie maar slegs dié van ’n voorgeskrewe meerderheid, behoort deeglik daarmee rekening gehou te word dat ’n skikking of reëling ingevolge artikel 311 van die Maatskappywet selfs in likwidasiëkonteks ’n veel wyer omvang as die akkoord voorsien deur artikel 72 van die wet het. Dit blyk uit die volgende:

- Slegs die lede van ’n beslote korporasie kan ’n artikel 72-akkoord aan die likwidateur aanbied terwyl bykans enige persoon ’n artikel 311-skikking of reëling kan voorstel. (Daar moet onderskei word tussen die bevoegdheid om ’n

aansoek kragtens artikel 311(1) te rig en die bevoegdheid om so 'n skikking of reëling voor te stel. Terwyl eersgenoemde beperk is, kan bykans enigeen 'n voorstel vir 'n skikking of reëling aan die maatskappy rig (sien *Ex parte Cassim: In re Bradford Clothing Manufacturers (Pty) Ltd* 1966 3 SA 362 (D) 363.)

- Die artikel 72-akkoord is net beskikbaar indien die korporasie ten tyde van 'n beroep op die prosedure “nie sy skulde kan betaal nie” (vgl *Taylor and Steyn v Koekemoer supra* 377E; *TV and Radio Guarantee Co (Pty) Ltd v Du Preez supra* 868F-G). Die artikel 311-skikking of -reëling kan aangegaan word selfs al kan die maatskappy in likwidasie sy skulde betaal.

- Die artikel 72-akkoord kan slegs na die eerste vergadering van skuldeisers aangebied word. Die eerste vergadering van skuldeisers moet, behalwe met toestemming van die Meester, nie later nie as een maand nadat 'n finale likwidasiebevel deur die hof gegee is of nadat 'n besluit vir 'n vrywillige likwidasie deur skuldeisers geregistreer is, deur die likwidateur belê word (a 78(1); *De Wit v Boathavens CC (King and another intervening) supra* 616H). Hierdie beperking geld nie in geval van 'n artikel 311-skikking of -reëling nie. 'n Artikel 311-skikking of -reëling kan, indien dit op die likwidasie van 'n maatskappy toegepas word, aangegaan word onmiddellik nadat 'n voorlopige likwidasiebevel verleen is of onmiddellik nadat 'n besluit vir 'n vrywillige likwidasie deur skuldeisers geregistreer is. ('n Voorlopige likwidateur het *locus standi* om die aansoek vir 'n artikel 311-skikking te rig – *Ex Parte Ruskin: In re Golden Reef Wineries (Pty) Ltd* 1957 4 SA 573 (W).)

- Terwyl 'n aanbod van 'n artikel 72-akkoord of die (gedeeltelike) vervulling daarvan nie afhanklik gemaak mag word van die tersydestelling van die likwidasie nie (a 72(2)(b)(iii) van die wet gelees met a 119(7) van die Insolvensiewet), mag 'n artikel 311-skikking of -reëling onder andere wel daarvoor voorsiening maak (*Ex parte De Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd (In liquidation) supra* 75G).

- Voorts kan die tersydestelling van die likwidasie van 'n beslote korporasie op grond van 'n aanname van 'n artikel 72-akkoord net versoek word indien die artikel 119(7)-sertifikaat vermeld dat nie minder nie as vyftig sent in die rand van elke vordering betaal of versekureer is (a 72(2) van die wet gelees met a 119(7) en 124(1) van die Insolvensiewet). By die artikel 311-skikking of -reëling word geen minimum-bedrag voorgeskryf waarvoor die eise van skuldeisers geskik moet word nie.

- Die artikel 311-skikking of -reëling verskil substansieel van die artikel 72-akkoord ten opsigte van die prosedure wat gevolg moet word. Die hof speel 'n groter rol in die artikel 311-prosedure, en net die hof kan beveel dat 'n vergadering van skuldeisers en lede belê moet word. Die artikel 72-akkoord is informeler en die likwidateur belê 'n vergadering van skuldeisers sonder verwysing na die hof. Dit is nie vir die likwidateur in hierdie akkoordprosedure nodig om daarna 'n verdere vergadering van lede te belê nie aangesien die voorgeskrewe meerderheid reeds hierdie akkoord aangebied het (a 72 van die wet saamgelees met a 119(5) van die Insolvensiewet). Indien die likwidateur nie die akkoord aangebied deur die lede aan die skuldeisers van die beslote korporasie voorlê nie, kan die lede hul op die Meester beroep, wat op sy beurt die likwidateur kan gelas om aan die skuldeisers van hierdie akkoord kennis te gee en om die voorgeskrewe vergaderings te belê ten einde oor die aanname van die akkoord te besluit.

Dit wil derhalwe voorkom of artikel 311 se werking soveel wyer is as dié van artikel 72 dat bloot aan die hand van 'n letterlike uitleg van artikel 66(1) van die wet nie sonder meer tot die gevolgtrekking gekom kan word dat laasgenoemde die toepassing van eersgenoemde uitsluit nie. Trouens, volgens 'n letterlike interpretasie van artikel 66(1) wil dit eerder voorkom of die artikel 311-prosedure wel op die likwidasie van beslote korporasies van toepassing is omdat dit aan die tersaaklike kriteria voldoen.

Hiermee word egter nie ontken dat daar denkbaar 'n aantal aanduidings geïdentifiseer kan word as sou dit nie die bedoeling van die wetgewer wees om artikel 311 op beslote korporasies van toepassing te maak nie. So is dit logieserwys te wagte dat indien die bedoeling is om die artikel 311-prosedure aan beslote korporasies beskikbaar te stel, die toepaslikheid daarvan nie beperk sou word tot slegs beslote korporasies in likwidasie nie, maar dat dit dieselfde uitgebreide toepassingsgebied as in die geval van 'n maatskappy sou hê. Tweedens het die wetgewer in sy hantering van die artikel 72-akkoord spesifiek voorsiening gemaak vir die interpretasie van die bepalings van die Insolvensiewet wat daarop van toepassing gemaak is. In die geval van die toepaslikheid van die meer gekompliseerde artikel 311-prosedure sou dit weer eens te wagte wees dat die wetgewer meer pertinent na hierdie bepaling sou verwys of die prosedure in vereenvoudigde vorm sou omskryf het. Derdens kan die nie-beskikbaarheid van die artikel 311-prosedure waarskynlik gesien word in die lig daarvan dat die beslote korporasie ingevoer is vanweë 'n behoefte aan 'n eenvoudiger en goedkoper ondernemingsvorm, terwyl 'n artikel 311-skikking en -reëling 'n gekompliseerde en duur prosedure is.

4 Slot

Tot tyd en wyl artikel 66(1) gewysig word om artikel 311 spesifiek van die toepassing op beslote korporasies in likwidasie in of uit te sluit, sal die aangeleentheid steeds in 'n mate van onsekerheid gehul bly. Tot dan regverdig 'n letterlike uitleg van die tersaaklike bepalings nie 'n onomwonde standpunt dat artikel 311 hoegenaamd nie op 'n beslote korporasie in likwidasie van toepassing is nie.

Die onsekerheid het reeds tot gevolg gehad dat daar in sekere gevalle waar by beslote korporasies die behoefte aan 'n artikel 311-reëlinskema ontstaan het, dit ten behoeve van regsekerheid die moeite werd geag is om die beslote korporasie in 'n private maatskappy te omskep, die artikel 311-reëlinskema deur te voer en daarna weer die private maatskappy in 'n beslote korporasie terug te omskep. Dit kan dui op 'n werklike praktyksbehoefte by beslote korporasies aan prosedures, soortgelyk aan dié vervat in artikel 311, om 'n vergelyk met die meerderheid skuldeisers te kan bewerkstellig, veral in die huidige ongunstige ekonomiese toestande.

Die invoering van 'n vereenvoudigde artikel 311-prosedure vir beslote korporasies behoort derhalwe nie sonder meer as onvanpas of oorbodig afgemaak te word nie, veral in die lig van die beperking waaraan die huidige artikel 72-akkoord onderworpe is.

JJ HENNING

A BONNET

*Sentrum vir Ondernemingsreg
Universiteit van die Oranje-Vrystaat*

INTO THE 21ST CENTURY WITH THE REFORM OF PLANNING LAW*

1 Introduction

When reference is made to planning law, what is generally meant is physical or land-use planning. This has traditionally been effected through town planning (Page and Rabie "Land-use planning and control" in Fuggle and Rabie (eds) *Environmental concerns in South Africa* (1983) 445-446) which, in South Africa, has occurred since the Dutch settlers arrived some three hundred and fifty years ago (Floyd *Town planning in South Africa* (1960) 27). Although the Gold Law 15 of 1890 (T) (s 91-92) was one of the first statutory measures to regulate aspects of town planning, comprehensive town planning measures were only introduced from 1931 onwards when provincial legislation was enacted first in the Transvaal (Townships and Town-planning Ordinance 11 of 1931), and then in the Cape (Townships Ordinance 33 of 1934), Natal (Private Township and Town Planning Ordinance 10 of 1934) and the Orange Free State (Townships Ordinance 9 of 1969).

All the early planning measures concentrated on town planning, which is concerned with the urban environment and ignores the greater physical environment. This fact was not recognised until 1947 when the Natural Resources Development Council was established in terms of the Natural Resources Development Act 51 of 1947 to plan and promote the better and more effectively co-ordinated exploitation, development and use of the natural resources of South Africa.

This initiative was followed by the introduction of guide plans in 1971. The early guide plans operated by way of ministerial and cabinet authority only but in 1975 a statutory basis was provided by the Physical Planning and Utilization of Resources Amendment Act 73 of 1975. In the same year, the National Physical Development Plan was published. Neither of these initiatives was entirely successful, the former because of the introduction of the draft Physical Planning Bill (GN 77 *Government Gazette* 12280 of 1990-02-09) and the latter because it was found to be impractical.

Although statutory planning provisions and particularly town planning measures have been in existence in South Africa for some sixty years, the acknowledgement of a planning law discipline has only recently come to the fore. Very little has been published on it, and since it is not generally taught as a separate subject in our law schools and no general principles exist, it can be accepted that the law relating to planning in South Africa is still very much in its infancy.

2 A definition of planning law

As with most young disciplines, the first aspect requiring attention is a definition or description. It is no easy task to provide a definition where boundaries have not been clearly drawn. This has occurred not only in South Africa, for, in the

* Note based on a paper read at the seminar on land law reform and the future of landownership conducted by the Department of Private Law, University of South Africa, on 1990-11-02.

introduction to *Planning law in Western Europe* (1986) 1 Garner and Gravells (eds) state that

“the principal difficulty which appears at the commencement of any discussion on planning law, is to ascertain a definition of the term ‘planning’”.

Many new disciplines have been confronted by this problem, the most notable of which is environmental law (Rabie *South African environmental legislation* (1976) 3; Cowen “Toward distinctive principles of South African environmental law: some jurisprudential perspectives and a role for legislation” 1989 *THRHR* 3–30).

Numerous issues are relevant in a description of planning law. Its purpose at the national, regional and local level is the creation of an environment which is conducive to the health, safety and welfare of society as a whole (see Town Planning Ordinance 27 of 1949 (N) s 40(1); Townships Ordinance 9 of 1969 (O) s 25(1); Land Use Planning Ordinance 15 of 1985 (C) s 5(1); Town-planning and Townships Ordinance 15 of 1986 (T) s 19). It is an evolving, multi-disciplinary subject which straddles both private and public law and must take into account transport, economic, political, social and environmental factors. The latter two play a pivotal role: social issues, foremost among which is population growth, have a marked impact on the physical environment and South Africa is already witnessing the tremendous pressure on the planning system caused by ever increasing urbanisation, squatting and homelessness. Environmental issues are relevant because at the heart of planning lies the protection of natural resources (Cowen “Planning for both development and environmental conservation” 1981 *Planning and Building Developments* (Supplement); Van der Walt *The conservation of buildings and townscapes in South African law* (1987) 23–26; Council for the Environment *IEM: a framework for harmony between development and the environment* (1989)).

In order to arrive at a definition of planning law, regard must be had to these contextual factors. This so-called “subject-matter” approach to planning law is no doubt flawed (Cowen (1989) 6–12) but it does provide a starting point in an area of South African law where no definition exists. In the light of this approach a tentative definition is suggested:

Planning law consists in the provision of comprehensive plans to regulate land-use, with the purpose of ensuring the health, safety and welfare of society as a whole, taking into account environmental factors and having regard to social, transport and economic factors.

3 Race as determinant in planning

The central element in this definition is land, its use and resources. In South Africa the use of land has always been defined along racial lines. Consequently, racial issues determined how the planning system should function. Although the government has announced its intention to repeal such racial laws as the 1913 and 1936 Land Acts, the Group Areas Act 36 of 1966 and the Black Communities Development Act 4 of 1984 it will take a long time to eradicate many of the problems caused by *inter alia* the absence of land surveying and the separate land registration systems in the so-called Black areas. Nevertheless, these initiatives are beneficial for planning law because there is no room for separate systems to be applied either to different parts of the country or to different racial

groups. No planning system can function properly within such a fragmented and unco-ordinated framework (Page and Rabie 477).

4 Planning and the environment

Fragmentation is not unique to the planning system. Environmental issues have suffered the same fate, not only as regards matters pertaining to the environment, but especially with respect to their interaction with planning. Since these two disciplines are so intricately interwoven, serious consideration needs to be given to uniting the planning function with environmental issues.

Any development of the land should include its protection and the conservation of its resources. This has not always been recognised and the land has been exploited, resulting in its often irreversible degradation. One of the ways in which the situation can be remedied, is by the mandatory submission of environment impact statements (Rabie "Disclosure and evaluation of potential environment impact of proposed governmental administrative action" 1976 *THRHR* 40-64; Cowen (1981)). Although the Environment Conservation Act 73 of 1989 (s 21-22) provides that a permit is required to perform certain activities which the minister may identify as having a detrimental effect on the environment, no regulations have as yet been published and consequently the general view is that these provisions are not taken very seriously.

5 The planning system

Not only does planning law comprise different disciplines, but different forms of planning take place at different levels of government. In South Africa there is no overall, co-ordinated planning system. Instead, planning is administered at the national, provincial and local levels by a large number of different, autonomous and unco-ordinated authorities (Page and Rabie 477-478).

On a comparative basis, physical planning is usually exercised by a single or a limited number of authorities at the national level where policies and structures are determined, while at the local level specific practical procedures laid down in terms of the policy or framework are administered. In Germany the *undgesetz* (s 75(4)) provides that framework provisions are enacted at federal level which the states and local authorities must take into account when enacting their own regulations. In the Netherlands the *Wet op de Ruimtelijke Ordening* (s 2.1) provides that, at state level, the minister must initiate proposals for a national policy (De Haan and Fernhout *Wetgeving, planning en financiering* (1981) 103; Ernst and Hoppe *Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht* (1981) 65-209; Petri and Van Dorsen *Milieu en wet* (1985) 193; Van Splunder *Hoofddlijnen van ruimtelijke ordening en volkshuisvesting* (1986) 15-18; Mainzcyk *Baugesetzbuch* (1987) 31-131).

5.1 A planning policy

What is therefore desirable for South Africa is a national planning policy or similar device which is binding on subordinate authorities. A draft Physical Planning Bill was published in 1990 to provide for a physical planning policy (cl 2) and a national development framework (cl 3). This draft has, however, been replaced by another Physical Planning Bill (B91-96), materially different from its predecessor and the present Physical Planning Act 88 of 1967. The

most recent version is based on the principle of development regions which in turn may be divided into two or more planning regions, a reminder of the not so successful National Physical Development Plan. It does away with the policy provisions in the draft bill, presumably because of the difficulties encountered in determining a policy in terms of the Environment Conservation Act 73 of 1989. Instead, the minister may have a policy plan, known as a national development plan, compiled for the Republic (cl 4(1)(a)). In addition, policy plans known as regional development plans may be compiled for the different development regions (cl 4(1)(b)). It is envisaged that these two forms of policy plan have as their content broad directives for the future physical development of either the entire country or development regions or parts thereof (cl 5). Their compilation is the responsibility of a planning committee which must consider suggestions made to it by interested persons (cl 7-11). Specific provisions are also made for their amendment (cl 19), revision (cl 20) and withdrawal (cl 21).

There are obvious flaws. Their amendment and especially their withdrawal would be all too easy; no provision is made for enforcement; it is uncertain how they are related and whether they bind urban structure plans and local town planning schemes.

5.2 *Planning at the regional level*

From the comparative literature it is clear that provision should be made for some type of regional planning which may include the regional policy plans of the Netherlands or the state development programmes and regional plans of Germany. The former indicate, in broad outline, future development earmarked for a specific area and consist of a description of the most desirable development and, where applicable, the phases in which such development should take place (Petri and Van Dorssen 194; Brussard "Physical planning legislation in the Netherlands" in Garner and Gravells 230; Van Splunder 12). The German state development programmes are legally binding plans which regulate the boundaries of planning regions and set guide-lines for the lower ranking plans while the regional plans refer only to certain regions and determine the spatial regulation and the economic and infrastructural development of the area ((Koch and Hosch *Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht* (1988) 63-81; Kimminich "Town and country planning in the Federal Republic of Germany" in Garner and Gravells 188 190).

In South Africa the latest proposals provide that the administrator may have a policy plan, known as a regional structure plan, compiled for a specific region or part thereof (cl 4(2)). Since the regional structure plan is classified as a policy plan in terms of chapter II, the provisions pertaining to the aims, content, compilation, approval, operation and amendment of the national and regional development plans are applicable to it. It is not clear precisely what is envisaged, but if these regional structure plans are indeed policy plans, unnecessary duplication is foreseen which this country can ill afford.

5.3 *Planning at local level*

The local level is traditionally the home of town planning. In respect of the effect on the rights of the parties involved, this area of land-use planning is perhaps the most important. Just as there is no room for different planning systems to be applied to different racial groups, neither can there be room for

different planning principles and systems within the greater South African planning context. Although the town planning and townships ordinances of Transvaal (Town-planning and Townships Ordinance 15 of 1986) and the Orange Free State (Townships Ordinance 9 of 1969) are, in broad terms, similar, they do exhibit significant differences. The Cape Land-Use Planning Ordinance 15 of 1985 differs entirely, providing for a system of structure plans based on different lines from the town planning schemes in the other provinces. In Natal the Town Planning Ordinance 27 of 1949 (s 40(3)(a)) provides for structure plans containing a policy and planning framework, development plans and town planning schemes.

The most recent bill provides that the administrator may have urban structure plans drawn up (cl 22) which should indicate the future development of the area to which they apply (cl 24). The present system of town planning schemes will continue within this proposed framework.

Although differences are inevitable, it is foreseen that the urban structure plan system could provide a broad basis for uniformity, away from the position at present which results in inconsistency and uncertainty and has serious repercussions for legal and planning practice. Matters are further complicated by the fact that in South Africa, as in England, lawyers and planners traditionally do not co-operate on concepts, procedures and structures (McAuslan *Land, law and planning* (1975) 12-33). Planners, planning and development need to be introduced to lawyers and the law and lawyers' attitudes to planners and planning because the ideas, knowledge and interaction of all these persons are an essential part of the planning process.

6 Public participation in planning

Besides lawyers and planners, perhaps the most important people who should be involved in the planning process are those directly affected by it, namely the public. The decision-making process is central in planning and because a conflict of interest can easily arise between those who must plan and those who are affected by planning decisions, provision must be made for involvement in this process. In many countries increasing participation is allowed by administrative authorities in, for example, plan preparation and permission to grant non-conforming uses. The worldwide trend to democratise the planning process may also be discerned in South Africa with a move towards increased public participation (Emanuel and Page "Public participation in regional planning" 1969 *Plan* 33-35; Cowen "Public participation in the planning process" 1980 *Planning and Building Developments* 11-14; Boule "Administrative justice and public participation in American and South African law" 1986 *TSAR* 136-152; Burdzik *The effect of public participation in land-use planning on the concept of ownership in South Africa* LLM research report University of the Witwatersrand (1987)). The type of participation favoured by South African planning legislation is the call for comments in the preparation of guide plans (s 6A(1)(a); s 6A(4)(a); s 6A(6) of the Physical Planning Act 88 of 1967) and town planning schemes (Town planning and Townships Ordinance 15 of 1986 (T) s 28(1)-(2), 32(2)-33 and 39(2)); in the declaration of protected natural environments, special nature reserves and limited development areas in terms of the Environment Conservation Act 73 of 1989 (s 32 read with s 16(1), 18(1) and 23(1)) and the suggestions for inclusion in the proposed new physical planning legislation (cl 9 and 11).

Although frequently and consistently made use of by objectors, the negative side of public participation is that objections can be capricious, costly and time consuming. However, the most serious accusation that can be levelled at the participatory procedure in South Africa is that it is often not taken seriously by the authorities. The veto by the Townships Board of numerous decisions for rezoning turned down by the City Councils of Johannesburg and Pretoria (*The Pretoria News* of 1989-11-27 "Council and the Townships Board; Bird "The conservation struggle at grassroots level" paper read at the Urban Conservation Symposium Johannesburg 1990-07-1 till 3) as well as a recent overruling of both the City Council and the Townships Board's decisions by the House of Assembly's ministerial representative (*The Pretoria News* 1990-10-26) is evidence of this.

Owing to the ineffectiveness of the formal procedure, informal action whereby neighbourhood associations campaign to stop undesirable developments has had increasing success ("Brooklyn rezoning approved" *The Pretoria News* 1990-06-01; "Geen kantore in Menlopark" *Beeld* 1990-06-04; "Committee backs city residents" *The Pretoria News* 1990-06-21; "People power" *The Pretoria News* 1990-06-21). The effect of these informal methods and the general democratisation of the planning process make a revision of the formal procedure imperative. A new act with a binding policy provision or the implementation of satisfactory participatory methods like those in the Netherlands or the United States could provide a solution.

7 Planning and ownership

The question of the effect of public participation in the planning process on ownership has relevance for the debate which is taking place on the erosion of ownership by both common-law and statutory provisions. Planning provisions, especially in the form of town planning, constitute one of the more serious forms of interference with private ownership (see eg *R v Davis* 1946 TPD 510; *Pretoria City Council v South African Organ Builders (Pty) Ltd* 1953 3 SA 400 (T); *Broadway Mansions (Pty) Ltd v Pretoria City Council* 1955 1 SA 517 (A); *Cape Town Municipality v Bethnal Investments (Pty) Ltd* 1972 4 SA 153 (C); *McCarthy v Mustheights (Pty) Ltd* 1974 4 SA 328 (C); *Cape Town Municipality v Frerich Holdings (Pty) Ltd* 1981 3 SA 1200 (A); *Johannesburg City Council v Tugendhaft* 1987 1 SA 16 (A); see also Floyd *More about town planning in South Africa* (1966) 62; Lewis "The modern concept of ownership of land" 1985 *Acta Juridica* 248-249; Milton "Planning and property" 1985 *Acta Juridica* 273-275). On the one hand it can therefore be said that limitations imposed by planning, although in the public interest (Lewis 249), result in ownership no longer being viewed as full and unlimited. On the other hand, planning, by its system of controls and use regulations, creates a framework within which a landowner can assess the physical and economic environment within which he may perform land-use activities and thereby formulate expectations as to future benefits which he can derive from the land (Milton 276; Haar "The master plan" 1955 *Law and Contemporary Problems* 353; Price and Cameron *The evolution and application of town planning legislation in South Africa* (1982) 11). Furthermore, it gives him the security of knowing exactly what not only he, but also his neighbours may do with their property (Price and Cameron 11). The latter view, although the

preferable one, presupposes the existence of certain elements: first that the prescriptions of planning are clear and determinate, secondly that standards and practices are available for the proper, sensible regulation of the authority of those empowered to administer the ways in which landowners use, enjoy and exploit their land, and thirdly that appropriate and effective processes of judicial review of planning powers are applicable (Milton 276-277).

8 Enforcement of planning provisions

This question of judicial review of planning powers opens up a hornet's nest of issues connected with the enforcement of planning measures generally. Judicial control itself and especially the question of unreasonableness (as held in *Administrator, Transvaal and the Firs Investments (Pty) Ltd v Johannesburg City Council* 1971 1 SA 56 (A); see also *Stadsraad van Vanderbijlpark v Administrateur, Transvaal* 1982 3 SA 166 (T) and the comments by Pavlich "Zoning law and administration" 1978 *SALJ* 413) is unsatisfactory and the general lack of adequate and appropriate remedies gives cause for concern (Milton 277). More significant, perhaps, and underlying this whole issue is *locus standi*, or rather the lack of it (see the discussion of *Bedfordview Town Council v Mansyn Seven (Pty) Ltd* 1989 4 SA 599 (N) in 1990 *THRHR* 622).

The purpose of planning as being in the interests of the welfare and security of the people to whom it applies, and the increasing democratisation of the planning system, should be reflected in the availability of remedies to enforce planning decisions. South Africa should follow the trends set elsewhere, where not only adequate provision is made for the enforcement of planning provisions, be it by the landowner or by the administration, but also a liberalisation of the *locus standi* issue is seen (Kodwo-Bentil "General recourse to the courts for environmental protection purposes and the problem of legal standing" 1982 *Anglo American Law Review* 286).

9 Into the 21st century

In South African planning law where grassroots reform is required, it is easy to identify problems. Solutions to these problems, or the decisions as to which steps should be taken towards the 21st century, are not so simple. Planning law is central to the land-reform issue and within the constitutional debate its reform should have broad participation as basis. The following suggestions are made:

(a) A moratorium should be placed by the government on any further unilateral development and implementation of land-use planning measures in South Africa. An acceptable land-use planning system can be designed only within a legitimate political and constitutional framework.

(b) The government and its constitutional negotiation partners, either in the present exploratory phase, or as soon as possible thereafter, should appoint a technical committee to investigate and make recommendations about the reform of planning law.

(c) The committee should avail itself of all information available from experiences in Eastern Europe, Africa and Latin America where similar challenges to those in South Africa have to be met. In addition, a comparative legal investigation should also be commissioned as a matter of urgency.

(d) Universities should give more attention to the study and teaching of planning law and the results of existing and new research must be published, collected and classified.

Finally, one has merely to read the local newspaper to realise the significant role which planning plays in the life of the ordinary citizen. It is clear that in many cases even the most basic principles are being violated by autocratic decisions. There is an urgent need for a proper system of planning law principles, where all people affected by decisions are drawn into the system. Not only the landowner and the tenant, but also the squatter must have active methods at his disposal to influence planning decisions affecting his position.

JEANNIE VAN WYK
University of South Africa

ONSEKERHEID EN DIE PARAMETERS VAN GERECHTIGHEID

Kundera skryf in *The art of the novel* (1988) 6:

“As God slowly departed from the seat whence He had directed the universe and its order of values, distinguished good from evil, and endowed each thing with meaning, Don Quixote set forth from his house into a world he could no longer recognize. In the absence of the Supreme Judge, the world suddenly appeared in its fearsome ambiguity; the single divine Truth decomposed into myriad relative truths parceled out by men.”

Kundera argumenteer dat die eksistensiële krisis van die moderne mens soos verwoord in Husserl se opvatting van die krisis van die Europese wetenskappe en Heidegger se gedagte van die vergetelheid van die syn, reeds vier eeue lank bepeins is deur die Europese roman. Die eksistensiële krisis waarvan hier gewag gemaak word, is die toenemende onvermoë van die moderne mens om, ten spyte en miskien as gevolg van die selfversekerde aanspraak op die toename in objektiewe kennis van sy omgewing, sin te maak van sy onmiddellike lewenswêreld. Die besef en tematisering in die Europese roman van die onseker posisie van die moderne mens wat betref sy plek in die lewenswêreld, is volgens Kundera (*The book of laughter and forgetting: afterword* (1986) 237) te danke aan die nalatenskap van Cervantes; dit is hierdie tradisie wat hyself voortsit wanneer hy van die roman sê dat dit nie waarhede stel of antwoorde gee nie, maar ondersoek loods en vrae vra. Die radeloosheid (aporie) van die moderne mens oor die verstaan van sy plek in die wêreld word, wat betref die vraag na etiese norme en sosiale geregtigheid, treffend verwoord deur Macintyre in sy werke *After virtue* (1987) en *Whose justice, which rationality* (1988). Macintyre se argument in *After virtue* is dat die verligtingsprojek om 'n universele en redelike grondslag vir die etiek neer te lê, misluk het en dat die moderne mens geen samehangende stel kriteria het aan die hand waarvan morele oordele gemaak kan word nie. Gevolglik bedien die moderne mens hom in sy morele argumente van fragmente van etiese raamwerke wat lank reeds gedisintegreer het en wat mekaar vanweë die gebrek aan 'n samehangende geheel, dikwels weersprek. As remedie vir hierdie morele wanorde voer Macintyre aan dat die Aristoteliese etiek hergeformuleer kan word op 'n wyse wat die rasonele verstaanbaarheid van ons morele en sosiale verpligtinge kan herstel (Macintyre *After virtue* 259).

Die Aristoteliese etiek wat Macintyre wil herstel, is die nastrewing van gemeenskaplike waardes of deugde binne 'n bepaalde gemeenskap by wyse van praktiese wysheid of *phronesis* (*idem* 155). Lukes vat Macintyre se standpunt juis en bondig saam:

"Macintyre the moral philosopher purported to recommend a return to a world we have lost, located in an idealised Greek past, in which there was moral unity, a rich and thick vocabulary of the role-centered virtues, where the individual was fully constituted by his place in the social order, where the agonies of moral choice and decision and indeed moral uncertainty, were unknown because practical rationality came naturally to everyone aware of the requirements of his station and its duties" ("Return to a world we have lost" Aug 1988 *New Statesman* 35).

In *Whose justice, which rationality* sit Macintyre hierdie gedagtegang voort. Hy voer aan dat die vraag na sosiale geregtigheid nie aangespreek kan word sonder verwysing na of losstaande van 'n opvatting van praktiese rasionaliteit nie en dat laasgenoemde nie konsekwent denkbaar is buite die raamwerk van 'n bepaalde tradisie van rasonele ondersoek en die sosiale *ethos* waarmee dit saamhang nie. Gevolglik staan hy krities teenoor die moderne universiteit wat in navolging van die Verligting 'n opvatting van neutrale en universele redelikheid as uitgangspunt vir rasonele ondersoek handhaaf en sigself dus nie ingevolge 'n bepaalde tradisie verstaan nie. Om dieselfde rede is hy krities teenoor die liberalisme wat die hedendaagse politieke debat oorheers. Volgens Macintyre kan daar tans hoogstens onderskei word tussen konserwatiewe liberalisme, liberale liberalisme en radikale liberalisme (*Whose justice, which rationality* 392), waarskynlik op grond van die onderskeie klem wat elkeen van hierdie standpunte plaas op dieselfde verhouding tussen individuele vryheid en die burokrasiese inperking daarvan ter wille van gemeenskaplike of kollektiewe belange (*After virtue* 34 35). Die rasonele minderwaardigheid van al hierdie standpunte lê volgens Macintyre in hulle gemeenskaplike weiering om soos ander tradisies te vertrek vanuit 'n oorkoepelende en samehangende opvatting van die menslike natuur of *telos* wat dit as tradisie konstitueer. Gevolglik kan hulle geen samehangende standhoudende rasonele benadering tot die werklikheid handhaaf nie en moet hulle noodwendig, soos die moderne universiteit, mank gaan aan kriteria aan die hand waarvan enigsins 'n konsekwente oordeel oor enige ter sake aangeleentheid uitgespreek kan word. Die liberalisme en die moderne universiteit is by enige rasonele ondersoek in laaste instansie gedoem tot die opweging van persoonlike voorkeure wat hoogstens voorlopig en op 'n demokratiese wyse tot uitsluitel gebring kan word. Die rasonele debat van die liberalisme is noodwendig onbeslis (Macintyre *Whose justice, which rationality* 343 344).

Hierdie onsekerheid is vir Macintyre een te veel. In *After virtue* neem hy sy toevlug tot die Aristoteliese tradisie van gemeenskaplike sosiale deugde. In *Whose justice, which rationality* weer gryp hy na die tradisie van praktiese rasionaliteit wat teruggaan na Thomas Aquinas se sintese van die Aristoteliese en Augustiniaanse opvattinge van rasonele ondersoek. Daar is egter 'n geweldige ironie in Macintyre se vlug uit moderne debatte na die tradisie van rasonele ondersoek wat begin by Plato en Aristoteles, in konflik beland met Augustinus en uiteindelik in die Aristotelies-Augustiniaanse Thomisme sy finale beslag kry. Die ironie is geleë in die feit dat die sentrale vraagstuk wat die "onbesliste liberale debatte" kenmerk, duidelik ook sentraal staan in die ewe onbesliste en byna niksseggende sintese wat Aquinas bewerkstellig tussen die Aristoteliese en Augustiniaanse teenstrydige opvattinge van geregtigheid.

Aristoteles se opvatting van geregtigheid is duidelik meritologies van aard. Geregtigheid lê vir Aristoteles daarin dat aan elkeen moet toekom waarop hy op grond van verdienste geregtig is (*Nikomachiese etiek* 1134a). Augustinus se opvatting van geregtigheid word daarenteen deur die Christelike opvatting van 'n ondiskriminerende goddelike genade gerugsteun en is dus radikaal gelykmakend van aard. In sy *De diversis quaestionibus* (vraag 31) haal hy Cicero se opvatting van die natuurreg aan. Die aanhaling vertoon duidelik die Aristoteliese inslag van Cicero se denke ten opsigte van geregtigheid, aangesien geregtigheid gedefinieer word ingevolge 'n verdienstelike verdeling binne 'n politieke gemeenskap: "Justice is a habit of soul which, with proper regard for the common welfare, renders to each man his own desert."

In sy *Retractiones* maak Augustinus dit duidelik dat hierdie nie sy eie nie, maar Cicero se mening is. Alhoewel Augustinus in sy *Civitas Dei* (Boek XIX) self na geregtigheid verwys as "the virtue which accords to each and every man what is his due", lyk die afleiding geregverdig te wees dat "what is his due" hier nie op Aristoteliese meriete betrekking het nie, maar verwys na wat elkeen en almal toekom op grond van die Christelike opvatting van naasteliefde (Deane *The political and social ideas of St Augustine* (1966) 79).

Die goddelike geregtigheid wat volgens Augustinus net in die stad van God bestaan, blyk dus neer te kom op 'n gelyke behandeling van alle mense binne 'n universele gemeenskap op grond van Christelike medemenslikheid (*idem* 82-84). Dat hierdie begroning van geregtigheid in die beginsel van 'n gelyke liefde vir almal in spanning staan met Aristoteles se meritologiese opvatting van geregtigheid, word tereg aangevoel deur Thomas Aquinas. Op die vraag of geregtigheid daarin bestaan om aan elkeen te laat toekom waarop hy geregtig is, antwoord hy soos volg:

"It seems not. For Augustine ascribes to justice *succouring the needy*. But we do this to others by giving them what is ours, not theirs. Therefore the act of justice is not rendering to each his due" (*Summa theologia* 11a 11ae 58 11).

Aquinas poog nietemin om die twee benaderings met mekaar te versoen. Die oplossing wat hy bied, is egter onbevredigend omdat hy geregtigheid ietwat niksseggend as die primêre deug, en barmhartigheid, vrygewigheid en ander tipies Christelike deugde as sekondêre kwaliteite wat daarmee saamhang, beskou (*ibid*). Afgesien van Macintyre se klaarblyklike tevredenheid met hierdie oplossing (*Whose justice, which rationality* 199) is dit verder verbasend dat hy nie insien hoe naby Aquinas se probleem lê aan die sentrale vraagstuk wat die liberale debat in die moderne tyd kenmerk nie. Die versuim om hierdie nabyheid in te sien, word des te verbasender waar hy Aquinas se opvatting van eiendomsreg bespreek. Aristoteles se meritologiese opvatting van geregtigheid ingevolge waarvan elkeen slegs geregtig is waarop hy weens verdienste kan aanspraak maak, impliseer 'n verbod op diefstal. Dié verbod impliseer voorts die erkenning van eiendomsreg. Vanuit die Augustiniaanse tradisie plaas Aquinas egter die beperking op eiendomsreg dat waar 'n persoon in 'n desperate staat van behoefte is, hy op enigiets wat aan 'n ander behoort, kan aanspraak maak as gemeenskaplike eiendom indien dit hom van ondergang sal red. Macintyre stel dit bondig: "Ownership is limited by the necessities of human need" (*ibid*). Dat Macintyre met hierdie stelling *via* Aquinas aan die sentrale problematiek van die moderne etiese debat raak, sal duidelik word wanneer hieronder na

enkele hedendaagse opvattinge van geregtigheid gekyk word, naamlik die libertariese opvatting van geregtigheid van Nozick, die welsynsliberalisme van Rawls en die sosialistiese geregtigheid van Macpherson, Nielsen en andere.

Dat Aquinas se poging om 'n versoening te bewerkstellig tussen Aristoteles en Augustinus se opvattinge van geregtigheid 'n mens by die moderne vraagstuk aangaande sosiale geregtigheid uitbring, is nie so verrassend nie as in ag geneem word dat die oorsprong van die moderne dilemma waarskynlik reeds te vinde is in die ontbinding van die Homeriese etiek vanaf die vyfde eeu voor Christus, wat Macintyre so helder uiteensit. Macintyre wys daarop dat Homeros se opvatting van deug (*areté*) twee duidelike komponente ingesluit het, naamlik voortreflikheid en doeltreffendheid of sukses (*idem* 27). Die voortreflikheid waarvan hier sprake is, het altyd 'n baie spesifieke sosiale konteks gehad, naamlik die maatskaplike ordening van die gemeenskap. Voortreflikheid is altyd verstaan ingevolge die voortreflikheid van die soldaat, die digter, die landbouer, die geneesheer ensovoorts. Die effek van die duidelike sosiale aard van voortreflikheid was dat dit die individu en gemeenskap in so 'n mate aan mekaar verbind het dat individuele belang volledig in gemeenskapsbelang opgegaan het. Die aktiwiteit van die goeie boer, soldaat, digter of geneesheer het die gemeenskap se belange in dieselfde mate gedien as wat dit sy eie belange gedien het. Trouens, daar kan kwalik by die Homeriese mens gepraat word van eiebelang in die moderne sin van die woord (*idem* 20). Die vraag is dus hoe die moderne opvatting van eiebelang ontstaan het. Hierop gee Macintyre se uiteensetting van die versplintering van die Homeriese etiek 'n belangrike leidraad. Die verdeling van die "Homeriese nalatenskap" het tot gevolg gehad dat voortreflikheid en doeltreffendheid as teenstrydige en onversoenbare waardes begin ervaar is. Perikles se retoriek veronderstel nog die eenheid van voortreflikheid en doeltreffendheid, maar Athene se optrede teenoor sy Deliese bondgenote getuig teen hierdie tyd reeds van 'n opvatting van geregtigheid wat ondoen is van die eise van voortreflikheid en alleen in die teken van die doeltreffendheid van die mag van die sterkere staan. Thucydides se weergawes van Athene se optrede teenoor Samos, Mytilene en Melos is hiervan goeie voorbeelde. Veral die woorde van die Atheense gesante na Melos is paradigmaties in hierdie verband:

"Well, then, we on our part will make use of no fair phrases, saying either that we hold sway justly because we overthrew the Persians, or that we now come against you because we are injured, offering in a lengthy speech arguments that would not be believed; nor, on the other hand, do we presume that you will assert, either that the reason why you did not join us in the war was because you were colonists of the Lacedaemonians, or that you have done us no wrong. Rather we presume that you aim at accomplishing what is possible in accordance with the real thoughts of both of us, since you know as well as we know that what is just is arrived at in human arguments only when the necessity on both sides is equal, and that the powerful exact what they can, while the weak yield what they must" (Thucydides *History of the Peloponnesian war* V 89).

Met hierdie uiteensetting van die ontbinding van die Homeriese etiek en die wyse waarop Plato en uiteindelik Aristoteles daarop reageer, vat Macintyre waarskynlik die kern van die moderne problematiek van sosiale geregtigheid raak. Ek dink daar kan geargumenteer word dat dit die voortreflikheidsaspek van die Homeriese opvatting van deug is wat deug wesenlik 'n maatskaplike aangeleentheid maak en wat individuele belang onlosmaaklik met maatskaplike belang verbind. Die doeltreffendheidsaspek van deug is veel meer afhanklik van persoonlike eienskappe soos intelligensie, vindingrykheid en uithou vermoë en staan

dus veel meer in die teken van individuele onderskeiding. Wanneer doeltreffendheid dan losgemaak word van voortreflikheid is dit dus te verwagte dat die vindingryke individu teenoor die gemeenskap te staan sal kom en dat die vraag na geregtigheid uiteindelik op die opweging van maatskaplike en individuele belange sal neerkom.

Dit is egter nuttig om vlugtig te kyk na Plato en Aristoteles se reaksies op die versplintering van die sosiale band wat die Homeriese etiek onderlê het, alvorens uiteengesit word hoe moderne geregtigheidsteorieë die opweging van maatskaplike en individuele belange hanteer. Plato se reaksie teen die opkoms van 'n etiek van doeltreffendheid, veral soos dit gerugsteun was deur die kultivering van die retoriek, was om geregtigheid as deug los te maak van die konkrete politiek en dit te reserveer as 'n persoonlike kwaliteit vir uitgelese enkelinge wat hulle lewe aan die soeke na die waarheid wy. Voortreflikheid self word dus uiteindelik by Plato 'n persoonlike aangeleentheid onafhanklik van konkrete maatskaplike verbintenisse (Macintyre *Whose justice, which rationality* 96). Waar die persoon wat homself in die soeke na die waarheid onderskei het, dan wel in Plato (*Politeia* VII 521a–521b) se Ideale Staat gevra word om vir 'n termyn die regeringsamp op hom te neem, die sogenaamde filosoof-koning, doen hy dit suiwer op grond van sy sosiale verpligting en glad nie uit eiebelang nie, aangesien hy in sy aanskouing van die waarheid alle persoonlike belange by die konkrete politiek afgesterf het. Plato se idealistiese oplossing van die spanning tussen sosiale en individuele belange stel dus nie werklik 'n oplossing daar nie maar systap die probleem.

Aristoteles (*Nikomachiese etiek* 1129b 30) sluit sonder om te skroom weer by die Homeriese tradisie aan deur geregtigheid uitdruklik 'n maatskaplike aangeleentheid te maak wat by uitstek in amptelike hoedanigheid uitdrukking vind. Volgens Aristoteles kan eiebelang deur opvoeding gekanaliseer word om een met sosiale belange te word en hang die herstel van geregtigheid as grondslag van die sosiale band af van die opvoeding van die jeug in die sosiale deugde en die daaropvolgende kultivering van praktiese wysheid ten einde die algemene ideale van geregtigheid korrek in elke besondere geval toe te pas (Macintyre *Whose justice, which rationality* 109–110). Wanneer onderwysers en ouers van 'n bepaalde tydvak, om nie te praat van die vernaamste filosowe nie, 'n ernstige betoeg lewer vir 'n bepaalde soort opvoeding is dit 'n duidelike aanduiding dat daar 'n wesenlike gebrek of probleem is wat hulle daardeur wil besweer. In Aristoteles se tyd was die probleem dat die individu al onomkeerbaar die grondslag van die maatskaplike orde geword het (Wund *Geschichte der griechischen Ethik* 2 (1969) 172).

Aristoteles (*Nikomachiese etiek* 1177b 33–1178b 7) se uiteindelige ondergeskikstelling van die politiek aan die hoogste doel van menswees, naamlik die teoretiese en derhalwe hoogs persoonlike en individuele oordenking van die hoogste doel, skyn self aan die individualisering van die gemeenskap erkenning te gee. Is die liriese appèl tot die metafisiese versugting van die enkeling nie ietwat onvanpas nie in 'n werk wat immers primêr oor die sosiale lewe gaan, amper asof uitstaande individue op hierdie manier oorreed moes word om hulle talente vir hulle eie uiteindelige heil tog maar aan die meer wêreldse en altruïstiese eise van die sosiale lewe te onderwerp?

Die vraag is dus of Aristoteles se hernieude beklemtoning van geregtigheid as 'n maatskaplike aangeleentheid nie dalk 'n magtelose of leë pedantiese reaksie

teen die disintegrasie van gemeenskaplike waardes is nie. Dit is interessant om daarop te let dat die *Magna Moralia* wat heel waarskynlik uit aantekeninge van sy beste (!) studente saamgestel is (Fechner *Über den Gerechtigkeitsbegriff des Aristoteles* (1964) 5), glad nie na die *pros heteron*-aspek van geregtigheid verwys wat die *Nikomachiese etiek* so beklemtoon nie en dat daarin slegs sprake is van geregtigheid as 'n deug *kath auton* of selfs *kath heaton* (*idem* 29). Die studente het helaas dalk iets heel anders verstaan as wat die meester in gedagte gehad het!

Ten spyte van Augustinus se skerp analise van die egoïsme van die gevalle mens en sy byna Hobbesiaanse beskrywing van die ewigdurende konflik waartoe dit aanleiding gee (Deane *op cit* 46), spreek hy nie werklik die probleem aan nie. Teenoor die aardse gemeenskap stel hy bloot die ideaal van die Stad van God waarin almal in 'n universele broederskap verenig is deur hulle liefde vir Christus. Trouens, daar is selfs blyke dat Augustinus geregtigheid as grondslag van die sosiale band laat vaar ten gunste van die Christelike liefdesbeginsel (Carlyle "St Augustine and the city of God" in Hearnshaw (red) *The social and political ideas of some great medieval thinkers* (1967) 49).

Soos hierbo aangetoon is, is Aquinas se poging om die teenstrydige benaderings van Aristoteles en Augustinus jeens geregtigheid en sosiale verpligtinge met mekaar te versoen, ietwat niksseggend. Wanneer 'n mens nou hedendaagse of moderne benaderings tot sosiale geregtigheid ondersoek, is dit duidelik dat die kern van die probleem deurgaans steeds wentel om die poging om individuele en sosiale of private en openbare belange te versoen. Vervolgens word gekyk na die "kommunitariese" aanslag van Macintyre self, die sosialistiese benadering van denkers soos Macpherson en Nielsen, die libertariese standpunt van Nozick en laastens na die liberale benadering van Rawls as verteenwoordigers van moderne geregtigheidsteoretici.

Die suggestie dat Aristoteles se hernieude beklemtoning van gemeenskaplike sosiale waardes in 'n tyd waarin individualisme reeds hoogty gevier het, 'n magtelose waanwysheid verraai, is seker nie ontdoen van 'n mate van spekulasie nie. So 'n leë pedanterie kan egter met groter selfvertroue aan Macintyre se poging tot 'n heraansluiting by die Aristoteliese tradisie van sosiale deugde toegeskryf word. In *After virtue* (253) skryf hy:

"What matters at this stage is the construction of local forms of community within which civility and the intellectual and moral life can be sustained through the new dark ages which are already upon us."

Die hegte sosiale band van die Griekse gemeenskap het, soos Macintyre dit self treffend verduidelik, reeds in die klassieke era gedisintegreer. Geen affiliasie by plaaslike gemeenskappies en tradisies, welke gevoel van intellektuele en morele geborgenheid dit ook al mag inboesem, regverdig werklik die hoop dat ons weer die "donker tye" waarin ons ons bevind, gaan transendeer nie. Dit is hoogs onwaarskynlik dat die ideaal van heropvoeding in en kultivering van sosiale deugde van vervloë tradisies 'n wesenlike merk sal maak op die rasse vermenigvuldiging van "irrasionele" individuele voorkeure as grondslag van die moderne samelewing.

Vanuit die perspektief van die teenoor mekaar stelling van individuele en maatskaplike belange wat hier ontwikkel is, moet Nozick se libertarisme beskou word as 'n poging om die probleem van sosiale geregtigheid op te los deur dit geheel en al toe te vertrou aan die onbelemmerde nastrewing van individuele

belange in 'n vryemarkstelsel. Nozick se opvatting van geregtigheid berus op die allesoorheersende bevestiging van negatiewe vryheid, met ander woorde die vryheid van enige eksterne beperkings en derhalwe van enige kollektiewe verbondenheid. Hy bepleit gevolglik 'n ultra-minimalistiese staatsbestel waarin die sentrale gesag niks meer sal wees as 'n *nagwag* wat kontrakte afdwing en eiendom beskerm nie (*Anarchy, state and utopia* (1974) ix). Enige ingryping van die sentrale gesag op hierdie algehele *laissez-faire* kapitalisme, enige herverdeling van rykdom van watter aard ook al is vir Nozick gelykstaande aan gedwonge arbeid (*idem* 169). Binne die ultra-minimalistiese staatsbestel is die individu geregtig op alles wat hy op 'n wettige wyse deur oorspronklike verkryging of oordrag kon bekom (*idem* 151–153). Wat sosiale belange betref, verlaat Nozick hom op Adam Smith se *invisible hand*-teorie. Hy voer met ander woorde aan dat die nastrewing van individuele belang tog op 'n onsigbare wyse gemeenskapsbelange sal bevorder en 'n minimum stand van maatskaplike welsyn sal waarborg (*idem* 18).

Die kern van sosialistiese of Marxistiese geregtigheidsteorieë lê in die verwerping van die beginsel van negatiewe vryheid wat in liberale sosiale teorieë beklemtoon word en in Nozick se libertarisme tot die uiterste gedryf word. In hierdie sosialistiese teorieë word aangevoer dat die beklemtoning van negatiewe vryheid in die weg staan van positiewe vryheid, die vryheid van elkeen om binne maatskaplike verband tot sy volle potensiaal te ontwikkel (vgl Gould *Marx's social ontology* (1978) 158 178; Nielsen *Equality and liberty* (1985) 311; Sterba "Recent works on alternative conceptions of justice" 1986 *American Philosophical Quarterly* 11).

Onderliggend aan die beginsel van positiewe vryheid lê 'n dialektiese sosiale ontologie. Hierdie sosiale ontologie hou in dat die individu en maatskappy nie los van mekaar staan nie, maar dat die individu eers in 'n noue dialektiese verhouding met die maatskaplike geheel werklik as individu tot stand kom (vgl Gould *op cit* 1–40). Hierdie beginsel maak baie goeie sin vir liefhebbers van fyn dialektiese argumente, maar die vraag bly steeds hoe hierdie gedagte van 'n dialektiese eenheid met die maatskaplike geheel tuisgebring moet word by die moderne individu wat die sosiale eise van die gemeenskap eenvoudig as 'n belemmering van sy negatiewe vryheid ervaar.

Die harmoniëring van individuele en algemene maatskaplike belange aan die hand van die gedagte van positiewe vryheid is reeds deur Rousseau in sy opvatting van die *algemene wil* bedink. Op die vraag wat sal gebeur as die individuele wil van die algemene wil verskil, het Rousseau (*The social contract and discourses* (1932) hfst 7) met sy bekende woorde geantwoord dat so 'n afvallige individu gewoon gedwing sal word om sy ware vryheid te aanvaar deur hom by die algemene wil neer te lê. Dit is hierdie totalitêre potensiaal in die beginsel van positiewe vryheid wat Berlin daartoe genoop het om die beginsel van positiewe vryheid te verwerp (*Four essays on liberty* (1969) 133 144).

In antwoord op hierdie verwerping voer Macpherson aan dat totalitêre potensiaal nie 'n noodwendige komponent van positiewe vryheid is nie, en dat die vryheid van die individu om sy volle potensiaal te ontwikkel wel binne maatskaplike verband moontlik is sonder totalitêre ingryping indien daar bloot gekonsentreer word op die verwydering van maatskaplike of institusionele hindernisse wat sodanige ontwikkeling verhinder. Volgens Macpherson is die fundamentele sosiale hindernis op weg na 'n maatskaplike orde wat die volle

ontwikkeling van die individu moontlik sal maak, die bourgeoise instelling van skaarste en die implikasie van konflik en kompetisie wat dit tot gevolg het (*Democratic theory: essays in retrieval* (1973) 236 237).

Dat die volle realisering van die menslike potensiaal van elke individu moontlik sal word wanneer daar oorgegaan word van 'n ekonomie van skaarste na 'n ekonomie van oorfloedigheid, kan geredelik toegegee word. Die vraag is egter steeds hoe hierdie oorgang bewerkstellig kan word sonder dat daar weer eens op 'n futiele pedantiese wyse melding gemaak word van "die heropvoeding van die bourgeoise psige", of erger nog, van die totalitêre onderwerping van die bourgeoise mentaliteit van skaarste aan "sy ware heil".

Wanneer 'n mens na Rawls se geregtigheidsteorie kyk, blyk dit duidelik uit die prioriteit wat hy aan gelyke basiese vryhede en gelyke geleenthede gee dat sy uitgangspunt ook gelykmakend (egalitêr) van aard is. Met sy "difference"-beginsel bring Rawls egter 'n tempering van die egalitêre benadering mee wat hom die onmin van radikale egalitariste op die hals haal. Die "difference"-beginsel hou in dat 'n mate van ekonomiese ongelukheid geduld moet word indien daardie ongelukheid daartoe sal lei dat die persone wat die swakste ekonomiese posisie in die maatskappy beklee, se lewensstandaard daardeur verbeter word. Die "difference"-beginsel stel aan die ander kant ook 'n beperking op die negatiewe vryheid van die ondernemende individu daar aangesien hy slegs toegelaat word om vir homself 'n groter aandeel van sosiale goedere ("goods") te beding in die mate wat die minste bevoorregtes in die samelewing daardeur voordeel word (*A theory of justice* (1988) 75).

Daar is al met reg aangevoer dat Rawls met sy "difference"-beginsel naby aan 'n pleidooi vir die moderne welsynstaat beweeg. Om hierdie rede is Rawls se denke dan ook van sowel die politieke linkerkant as regterkant gekritiseer; dit voldoen naamlik nie aan die radikale eise van volkskaalse kapitalisme of sosialisme nie (vgl Heyns *A critical study of the difference principle in John Rawls' theory of justice* (MA-verhandeling UP (1985)) 19; Goldman "Responses to Rawls from the political right" in Blocker en Smith (reds) *John Rawls' theory of social justice* (1980) 431 432; Francis "Responses to Rawls from the left" in Blocker en Smith *op cit* 463). Die belang van sowel Rawls se opvatting van geregtigheid as die filosofie van die welsynstaat wat dit verteenwoordig, lê myns insiens egter juis daarin dat dit die probleem van geregtigheid terugplaas in die onsekere tussenveld, tussen die twee duidelike ekstreme van kapitalisme en sosialisme. Sowel kapitalisme as sosialisme staan in die teken van 'n politiek-ekonomiese bloudruk wat sigself op 'n a-historiese wyse wil kontinueer. Die welsynstaat manifesteer daarenteen 'n onsekere spanning tussen individuele en kollektiewe waardes wat in sigself nog geen politieke resep daarstel nie, maar die politieke behartiging van geregtigheid 'n kontinue historiese opdrag maak—'n historiese opdrag wat dus erns maak met die besef dat die ideaal van geregtigheid 'n onsekere aangeleentheid is.

Rawls vermy dus Macintyre se herstel van die gaping tussen individu en maatskappy deur affiliasie by een of ander tradisie van sosiale deug en praktiese wysheid. Hy vermy ook radikale egalitêre pogings om aan die hand van die beginsel van positiewe vryheid die individu op 'n hegte wyse dialekties in die maatskaplike band in te bind. Hy weier ook om soos Nozick die belange van die gemeenskap afhanklik te maak van die newewerking van individuele optrede

wat onbelemmerd op eiebelang gerig is. In Rawls se denke word individu en maatskappy die parameters waartussen geregtigheid as 'n onsekere ideaal beweeg.

Die fundamentele onsekerheid wat ons opvatting van geregtigheid onderlê, moet nie gesien word as 'n leemte in bestaande teorieë van geregtigheid nie, maar as 'n ontologiese onsekerheid soortgelyk aan die onsekerheidsbeginsel van Heisenberg. Sy opvatting dat die momentum en posisie van 'n subatomiese partikel nie gelyktydig vasgestel kan word nie, impliseer dat 'n samehangende beeld van so 'n partikel slegs moontlik is by wyse van 'n alternerende oorweging daarvan ingevolge sy momentum en lokaliteit. Hoe meer daar uitsluitlik op die een gefokus word, hoe onduideliker raak die beeld van die ander en derhalwe van die geheel. Op dieselfde wyse impliseer Rawls se opvatting van die "difference"-beginsel dat 'n samehangende verstaan van geregtigheid slegs na vore tree wanneer individuele en kollektiewe belange op 'n alternerende wyse met mekaar in spanning geplaas word.

Die onsekerheid oor die ideaal van geregtigheid moet dus nie teruggevoer word na Aquinas se onvermoë om vryheid (die reg om anders te wees) en gelykheid met mekaar te versoen nie, maar na die interne spanning tussen vryheid en gelykheid waarsonder nie een van hulle eers afsonderlik denkbaar is nie. Gelykheid kry as *norm* slegs beslag wanneer dit in spanning staan met die vryheid van die individu om wel van daardie norm af te wyk. Insgelyks is vryheid slegs moontlik wanneer die norm van gelykheid in 'n negatiewe spanning daarmee staan. Vryheid in afwesigheid van gelykheid is sinlose willekeur. Gelykheid in die afwesigheid van vryheid is 'n stomme of onbewuste gelykheid wat sigself nooit as norm kan voorhou nie. Hierdie beginsel is maklik verstaanbaar as 'n mens dit vergelyk met die wyse waarop die lyn van 'n silhoeët slegs 'n kenbare beeld daarstel by wyse van die mate wat dit in spanning staan met die horison deur afwisselend verder weg en nader aan die horisontale lyn te beweeg (vgl Weinreb *Natural law and justice* (1987) 10).

Met die "difference"-beginsel van Rawls beweeg die liberalisme waarteen Macintyre dit het self ook terug na die denke van Aristoteles. Die Aristoteles wat hier ter sprake kom, is nie dié van Macintyre met sy goed gedefinieerde sosiale rolle en derhalwe relatief maklik identifiseerbare sosiale deugde nie, maar die denker wat besef het dat alle deugde in laaste instansie berus op die vind van 'n ontwykende ekwilibrium tussen twee uiterste moontlikhede. Die vind van die ekwilibrium is volgens hom geen klinkklare en maklike aangeleentheid nie. "We have it from Aristotle himself that life is hard", lui die inleidende en toonaangewende sin van Caputo se sprankelende werk oor die hedendaagse hermeneutiek (*Radical hermeneutics* (1987) 1). Maar dit is reeds voor Aristoteles wat die wortels van hierdie skeptiese tradisie lê. Na 'n lang gesprek oor die wese van geregtigheid in Boek I van Plato se *Politeia* sê Sokrates (354) dat hy na alles steeds nie weet wat geregtigheid is nie:

"We began by looking for a definition of justice; but before we had found one, I dropped that question and hurried on to ask whether or not it involved superior character and intelligence; and then, as soon as another idea cropped up, that injustice pays better, I could not refrain from pursuing that. So now the whole conversation has left me completely in the dark, for so long as I do not know what justice is, I am hardly likely to know whether or not it is a virtue, or whether it makes a man happy or unhappy."

Dit is duidelik dat die liberale wantroue jeens tradisionele opvattinge en vanselfsprekende waarhede nie bloot 'n post-Verligting fenomeen is nie. Miskien moet ook Kundera daaraan herinner word dat Plato etlike eeue voor Cervantes

'n Quixotiese karakter geskep het, 'n karakter wat, indien op 'n denkende wyse met die werklikheid omgegaan wil word, 'n mens nooit met rus sal laat nie. Die vraag na geregtigheid, bedink as die nalatenskap van Sokrates en later van Cervantes, weerhou 'n mens van 'n selfgenoegsame konstatering van ideale en bloudrukke. Die vraag na geregtigheid konfronteer ons by uitstek met die dubbelsinnigheid en onsekerheid waarin die menslike werklikheid onreduseerbaar gehul is. As sodanig stel die ideaal van geregtigheid nie die oplossing van sosiale probleme in die vooruitsig nie, maar beliggaam juis die imperatief om maatskaplike verhoudings opnuut te bevraagteken. Kort gestel: Geregtigheid is die rustelose vraag, nie die gemaklike antwoord nie.

JOHAN VAN DER WALT
Universiteit van Suid-Afrika

The reason of the law is the life of the law; for though a man can tell the law, yet if he know not the reason thereof, he shall soon forget his superficial knowledge. But when he findeth the right reason of the law, and so bringeth it to his natural reason, that he comprehendeth it as his own, this will not only serve him for the understanding of that particular case, but of many others (per Coke First institute 103).

VONNISSE

NOODWEER (OORDADIGHEID) IN DELIKTEREG NIE SUIWER OBJEKTIEF *EX POST FACTO* GETOETS

Ntsomi v Minister of Law and Order 1990 1 SA 512 (K)

Die toets om vas te stel of 'n dader se handeling aan die vereistes vir die regverdigingsgrond noodweer voldoen, is volgens die oorweldigende oorwig van gesag die objektiewe *ex post facto*-redelikheidstoets (Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1989) 64 66 70 129-132; Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 72-73 80; Van der Walt *Delict: Principles and cases* (1979) 44; Boberg *The law of delict I - Aquilian liability* (1984) 792 796 801-803; Neethling *Persoonlikheidsreg* (1985) 96-98; Burchell en Hunt *South African criminal law and procedure* vol I (1983) 328; De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1985) 72 ev; Snyman *Strafreg* (1986) 106 ev; Visser en Vorster *General principles of criminal law through the cases* (1991) 179 ev; Rabie ea in Joubert (red) 6 *LAWSA* 39-40; Labuschagne "Noodweeroordadigheid" in Coetzee (red) *Gedenkbundel HL Swanepoel* (1976) 152 162-165; Van der Westhuizen 1976 *De Jure* 371-376). Hierdie benadering is in ooreenstemming met die algemene beskouing dat onregmatigheid die "objektiewe" element van die delik uitmaak, in teenstelling met nalatigheid wat, hoewel ook meestal as 'n "objektiewe" element getipeer, tog "subjektiewer" as die onregmatigheidselement vertoon. Instemming heers dan ook algemeen dat die redelike man-toets vir nalatigheid *nie* identies is aan die objektiewe redelikeids-(*boni mores*-) toets vir onregmatigheid (en bygevolg vir die regverdigingsgronde) nie.

Die verskil in benadering tussen die objektiewe redelikheidstoets vir onregmatigheid en die (subjektiewer) redelike man-toets vir nalatigheid spruit daaruit voort dat die objek van beoordeling in die geval van oorweging van die onregmatigheidselement die *daad* is, terwyl dit by die beoordeling van nalatigheid as skuldvorm gaan om die al of nie verwytbaarheid van die *dader* (sien veral *S v Goliath* 1972 3 SA 1 (A) 11B; sien verder Neethling, Potgieter en Visser 129 vn 133). Soos blyk uit sommige van die aangehaalde bronne word hierdie gedagte soms uitgedruk deur te verklaar dat die onregmatigheidstoets *diagnosties* is, met ander woorde 'n waarde-oordeel word met nakennis gevel om die houding van die gemeenskap ten aansien van die daad vas te stel; terwyl dié vir nalatigheid *prognosties* is, met ander woorde die redelike man (*bonus paterfamilias*) word in die dader se plek gestel op die oomblik van handeling en dan word gespekuleer

oor die redelike man se optrede in die lig van alle relevante omstandighede op daardie bepaalde tydstip teenwoordig.

Ten spyte van hierdie teoretiese uiteensetting blyk dit dat die absolute onderskeid tussen die “diagnostiese” (onregmatigheids-) en “prognostiese” (nalatigheds-) toets in die praktyk nie suiwer deurgevoer word nie. Die effek hiervan is dat die toets vir onregmatigheid en nalatigheid na mekaar toe neig, en soms – byvoorbeeld in die geval van beoordeling van noodweeroordadigheid, soos in die onderhawige saak – selfs identies word.

Die beslissing in the *Ntsomi*-saak lewer by uitnemendheid tasbare bewys van hierdie neiging. Die relevante feite sien soos volg daaruit: ’n Polisieman (die beweerde deliktspleger) is in die uitvoering van sy pligte gedurende ’n onlustesituasie aangeval deur die eiser, ’n persoon wat besig was om van hom te vlug ten einde arres te ontsnap. Toe die polisieman, wat met ’n haelgeweer gewapen was, op die punt was om die voortvlugtige in ’n nou stegie in hegtenis te neem, het laasgenoemde omgedraai en hom hewig teen arres verset deur onder andere so hard teen die magasyn van die polisieman se haelgeweer te slaan dat dit beskadig is. Hierna het die voortvlugtige gereedgemaak om die polisieman weer met opgehefte regterarm aan te val, maar die geregsdienaar het hom in die been verwond met ’n skoot bokhael. In die daaropvolgende eis van die beseerde teen die Minister van Polisie, wat middellik aanspreeklik sou kon wees, bevind die hof dat die polisieman in noodweer opgetree het en die eiser se vordering word van die hand gewys. Veral die volgende *dicta* van waarnemende regter Van Deventer is relevant vir ons bespreking:

“Applying an objective test, the reasonable policeman in Sergeant Van der Merwe’s position would, in my view, *have had reason to consider himself to be in danger of serious injury*, having regard to the stone-throwing, the unrest and the hostile environment in which the policemen were being employed. *I am accordingly of the view that Sergeant Van der Merwe found himself in a situation of necessity . . .*” (527D-E; my kursivering; tav die aanwending van die term “necessity” in hierdie konteks, sien hieronder *in fin*).

“The question whether the requisite libration existed between counter-attack and attack has proved to be the most difficult facet of this enquiry. *Hereto an objective test must be applied, bearing in mind that the question of reasonableness must not be judged in abstracto*” (528E-F; my kursivering; as gesag word *in extenso* aangehaal uit Van Winsen WN R se uitspraak in *Ntanjana v Vorster and Minister of Justice* 1950 4 SA 398 (K) 406A-D).

Die inagneming van die reaksie van die redelike man wat in ’n noodweersituasie verkeer, word in die toonaangewende *Ntanjana*-beslissing gemotiveer met die stelling dat die ware objektiwiteit van die onregmatigheidstoets juis verg dat die leunstoelbenadering *nie* gevolg word nie. Boberg (803) betuig sy instemming hiermee en skep myns insiens selfs die indruk dat Van der Walt (44) sy instemming met die *Ntanjana*-benadering (en dus Boberg se eie uitgangspunt) betuig. Die ware toedrag van sake is egter dat Van der Walt juis verskil van daardie benadering deur te betoog dat die toets vir onregmatigheid altyd suiwer objektief moet wees en dat die gevaar hiervan nooit sal wees dat ’n onblaamwaardige verweerder aanspreeklikheid sal opdoen nie, omdat die korrekte toepassing van die toets vir skuld hom altyd as onblaamwaardig sal uitwys. Van der Walt se *ipsissima verba* lui soos volg:

“The objectivity of the applicable criterion implies, *according to our case law*, that the court must in so far as possible place itself in the position of the defendant at the time of the occurrence. It must not be an armchair critic, wise after the event, but must consider carefully whether the defendant had reasonable grounds for believing that the dangerous

situation existed. *It is submitted, however, that the objective test requires that the court must, looking a posteriori at all the circumstances, determine whether an actual or real situation of peril existed*" (my kursivering).

(Hieruit blyk duidelik dat die onderskeid tussen die *Sein* en die *Sollen* in Van der Walt se aangehaalde werk nie oor die hoof gesien moet word nie.)

Soos Van der Merwe en Olivier (sien veral 73 vn 62 waar die *Ntanjana*-beslissing gekritiseer word en 80 waar hulle wys op Trollip WN AR se soortgelyke "subjektivering" van die toets vir noodweer in *Ex parte die Minister van Justisie: in re S v Van Wyk* 1967 1 SA 488 (A) 509) is Van der Walt dus van oordeel dat putatiewe noodweer geensins die onregmatigheid van die dader se handeling uitskakel nie, dog dui op die afwesigheid van skuld (nalatigheid).

Die posisie word waarskynlik die raakste opgesom deur Rabie ea (39) waar hulle die volgende stelling maak:

"The approach to the question of unlawfulness in private defence is therefore not purely objective, in that the courts determine, not the real nature of the attack and concomitant danger *ex post facto*, but the attack and danger as they would have been perceived by a reasonable man. Because the criterion of the reasonable man is also applied to determine *mens rea* in the form of negligence, it appears that the approach of the courts to the question of unlawfulness in defence fails to distinguish between unlawfulness and negligence . . ."

Dit wil voorkom of hierdie stelling wat ten aansien van die strafreg gemaak word, in die lig van die *Ntsomi*- en *Ntanjana*- saak eweneens op die deliktereg van toepassing is. Hoewel nie een van hierdie gewysdes 'n beslissing van die appèlhof verteenwoordig nie en daardie hof nog, wat die deliktereg in die besonder betref, 'n ander rigting sou kon inslaan ten aansien van die probleem voorhande, is dit na my oordeel hoogs onwaarskynlik en moet aanvaar word dat die grens tussen die *boni mores*-toets vir noodweer (en veral noodweeroordadigheid) en die *bonus paterfamilias*-toets vir nalatigheid nie so duidelik is as wat die eise van die suiwer regsteorie dit sou wou hê nie.

Verder val dit vreemd op dat waarnemende regter Van Deventer, wat die *deliktereg* betref, nalaat om na die toepaslike *resente* akademiese gesag (dan dink mens veral aan die deliktereghandboeke) te verwys en, trouens, vir 'n opsomming van die elemente van die verweer van noodweer moet steun op 'n handboek oor die Engelse reg (*Heuston Law of torts*).

Ten slotte dien daarop gewys te word dat dit foutief is om die Engelse term "necessity" aan te wend vir die verweer wat in die saak onder bespreking ter sprake is (sien bv 526B 527E) – daardie woord behoort uitsluitlik gebruik te word as sinoniem van die Afrikaanse term "noodtoestand".

JOHAN SCOTT
Universiteit van Pretoria

WIE IS EIENAAR VAN DIE KERKEIENDOM?

**Kerkraad van die Nederduitse Gereformeerde Kerk, Gemeente Douglas
v Loots 1990 3 SA 451 (NK)**

1 Die feite

Ingevolge 'n testamentêre bemaking is 'n plaas aan die Nederduitse Gereformeerde Kerk te Douglas nagelaat met die voorwaarde dat dit op "billike terme en voorwaardes" verhuur word aan die persoon wat die testatrise onmiddellik

voor haar dood opgepas en na haar boerderybelange omgesien het (453E). Die geskil gaan daarvoor dat die kerkraad van die NG Kerk Douglas (die eerste applikant) die huurgeld op 'n bedrag van R14 per hektaar gestel het nadat hulle op 'n veiling huurgeld ten bedrae van R16,50 per hektaar deur die tweede applikant aangebied is. Die respondent, wat die testatrix tot met haar dood opgepas, na haar boerderybelange omgesien en die plaas vantevore teen R1 per hektaar van die kerk gehuur het, was bereid om huurgeld ten bedrae van R10 per hektaar aan die NG Kerk Douglas te betaal. Die aanbod is nie aanvaar nie. Die kerkraad het die plaas aan die tweede applikant verhuur en die kerkraad en die tweede applikant het gesamentlik aansoek gedoen om 'n uitsettingsbevel teen die respondent. Die respondent het aangevoer dat die aanbod van R14 per hektaar nie billik was in die lig van die heersende huurgeld wat in daardie stadium in die omgewing beding is nie en dat die testamentêre voorwaarde soos deur die testatrix gestel, dus nie nagekom is nie. Hierdie verweer word gehandhaaf.

Dat die hof by monde van regter Steenkamp alle relevante getuienis en toepaslike regspraak deeglik ontleed en oorweeg het en tot 'n billike en goedbegronde uitspraak gekom het, word nie betwyfel nie. Dit is egter jammer dat die verwysings na die eiendomsposisie van die kerkeiendom (die plaas) nie in die uitspraak korrek hanteer is nie. Die blaam hiervoor kan nie op die regter of die eerste applikant se regsvertegenwoordigers geplaas word nie, aangesien die regsposisie en regspraak in hierdie verband uiters verwarrend is.

Hoewel die bemaking in die testament heel korrek aan die NG Kerk te Douglas gemaak word (453E), word die applikant in die pleitstukke omskryf as die "Kerkraad van die Nederduitse Gereformeerde Kerk, Gemeente Douglas". Dit skep die indruk dat die kerkraad 'n regspersoon en eienaar van die kerkeiendom (die plaas) is, welke indruk gestaaf word deur die eerste twee sinne van die uitspraak:

"Die twee applikante doen aansoek vir die uitsetting van die respondent vanaf die plaas Vlakfontein, distrik Herbert (die plaas), wat die eiendom van die eerste applikant is. Die plaas tesame met R100 000 is aan die eerste applikant nagelaat . . ." (453C; my kursivering).

Daar word telkens in die uitspraak melding gemaak van die plaas wat in die naam van die eerste applikant geregistreer is, die eerste applikant se eiendom is en wat deur die eerste applikant verhuur word (bv 453D 454F 455F 456D). Dit blyk voorts duidelik dat die regter aanvaar dat die eerste applikant die kerkraad is (en nie die kerk nie) waar daar melding gemaak word van die "notule van die eerste applikant" (462F). Die omskrywing van die eerste applikant kan moontlik ook vir die vertolking vatbaar wees dat die kerkraad die bestuursorgaan van 'n groter geheel, naamlik die NG Kerk as kerkverband is, terwyl dit tog duidelik die geval is dat die kerkraad die bestuursorgaan van die NG Kerk Douglas, as selfstandige regspersoon, behoort te wees.

2 Vorige beslissings

Hierdie verwarrende terminologie blyk ook uit ander beslissings waar plaaslike gemeentes as eiser/applikant of verweerder/respondent aan die regsverkeer deelgeneem het. In *Van Vuuren v Kerkraad van die Môrelic Gemeente van die NG Kerk in die OVS* 1979 4 SA 548 (O) word byvoorbeeld beslis dat die respondent ". . . die kerkraad van die Bethlehem-Môrelic Gemeente van die NG Kerk in die Oranje-Vrystaat [is], 'n liggaam wat met regsbevoegdheid bekleed is ooreenkomstig die Kerkorde" (552G-553A; my kursivering).

Hieruit is dit nie duidelik of die regter bedoel dat die liggaam wat met regsbevoegdheid beklee is, die kerkraad of die Bethlehem-Môrelic Gemeente van die NG Kerk in die Oranje-Vrystaat is nie. Dit wil voorkom of die kerkraad ingevolge die uitspraak as 'n liggaam met regsbevoegdheid (dit wil sê 'n regs-persoon) bestempel word (bv 553F waar die "Kerkvergadering" as die respondent aangewys word en 554G waar na die "respondent kerkraad" verwys word). Ook in *Odendaal v Kerkraad van die Gemeente Bloemfontein-Wes van die NG Kerk in die OVS* 1960 1 SA 160 (O) word die kerkraad as die eerste respondent benoem sonder enige verwysing na die feit dat die kerkraad slegs die plaaslike gemeente verteenwoordig.

Soortgelyke verwarring heers in die uitspraak in *De Vos v Die Ringskommissie van die Ring van die NG Kerk, Bloemfontein* 1952 2 SA 83 (O). Die ringskommissie, wat bloot 'n orgaan van die ring van Bloemfontein (as regs-persoon) is, tree in hierdie geval as gedingsparty op. Daar word verwys na die "respondent Ringskommissie", sonder om te vermeld dat die ringskommissie slegs in verteenwoordigende hoedanigheid namens die ring optree (vgl die regsposisie van meerdere kerkvergaderings soos uiteengesit deur Fourie *Die NG Kerk as regs-persoon* (1973) 80). In *Smith v Ring van Keetmanshoop van die NG Kerk, Suidwes-Afrika* 1971 3 SA 353 (SWA) word die eerste respondent tereg as die "Ring van Keetmanshoop van die NG Kerk in Suidwes-Afrika" en die derde respondent as die "Sinode van die NG Kerk in Suidwes-Afrika" omskryf. Albei hierdie respondente beskik oor regs-persoonlikheid (die "sinode" dui op die sinodale verband van plaaslike gemeentes wat in die betrokke sinode byeenkom) (Fourie 196 203). Wat egter vreemd voorkom, is dat die "Ringskommissie van die Ring van Keetmanshoop" as die tweede respondent vermeld word. Die ringskommissie is slegs 'n orgaan van die ring (as regs-persoon) en nie 'n selfstandige regs-persoon nie (*idem* 80). Orgaanshandelinge deur die ringskommissie behoort die ring toegereken te word en die ringskommissie kan hoogstens in verteenwoordigende hoedanigheid as gedingsparty optree. Dit blyk egter nie uit die uitspraak nie.

3 Kerkeiendom

Daar word algemeen aanvaar dat 'n plaaslike Nederduitse Gereformeerde, Nederduitsch Hervormde en Gereformeerde kerk (gemeente) 'n gemeenregtelike regs-persoon is. In 'n aantal ou beslissings is die plaaslike gemeente of kerk baie duidelik as 'n regs-persoon aangewys (vgl *Venter v Den Kerkeraad der Gereformeerde Kerk te Bethulie* 1879 OVS 4 6; *Prinsloo v Nederduitsch Hervormde of Gereformeerde Church* 1889 3 Barber 220 223; *De Waal v Van der Horst* 1918 TPD 277 281; *Dutch Reformed Church, Van Wijk's Vlei v Registrar of Deeds* 1918 CPD 375 377-378). Een van die duidelikste uitsprake in hierdie verband is *Venter v Den Kerkeraad der Gereformeerde Kerk te Bethulie supra*, waar soos volg beslis is (6):

"Met de oog op de hierboven aangehaalde outoriteiten [Voet] heb ik geenen twijfel dan dat de Gereformeerde Kerk van Bethulie een geldelijk lichaam is, of eene corporatie; en dat zoodanige corporatie geene uitdrukkelijke outorisatie noodig heeft . . . Naar mijn oordeel dus is de kerk van Bethulie eene corporatie, en as zulks kunnen de goederen hier corporatie niet aan de leden, door wien zij bijgedragen zijn, trug worden gegeven."

In *De Waal v Van der Horst supra* 281 word dit soos volg verwoord:

"As the Congregation is before the Court, the owner of the property and funds in question, and therefore the only party interested in the questions relating thereto, there was no

necessity to have sued the members of the Congregation who passed the resolution of the 10th July, 1915."

Daar bestaan geen twyfel daaroor dat 'n plaaslike NG gemeente of kerk 'n gemeenregtelike regspersoon is nie. Die twee vereistes vir die toekenning van gemeenregtelike regspersoonlikheid, naamlik dat 'n entiteit ongeag die wisseling van lede moet voortbestaan en draer is van afsonderlike regte en verpligtinge (*Webb & Co Ltd v Northern Rifles* 1908 TS 462 464; *Morrison v Standard Building Society* 1932 AD 229; Pienaar *Die gemeenregtelike regspersoon in die Suid-Afrikaanse privaatreë* (1982) 126-132), kom baie opvallend by NG gemeentes voor. Dit word gestaaf deur die bepaling in die kerkreglement (vgl Bylae 2.1 (Suid-Transvaal); reglement 11.1 (Kaap); reglement 24.1 (Natal); Fourie 163):

"Elke gemeente van die Nederduitse Gereformeerde Kerk, wat as sodanig erken word deur die kerkverband, is eienaar van sy goedere en fondse."

Dit is opvallend dat daar nêrens melding van 'n kerkraad as afsonderlike regspersoon gemaak word nie. Die regsposisie in hierdie verband is dan ook baie duidelik – die kerkraad is bloot die bestuursorgaan van die gemeente of kerk as regspersoon en kan as bestuursorgaan namens die gemeente of kerk aan die regsverkeer deelneem. Hierdie reëling geld ten opsigte van alle plaaslike kerke of gemeentes van die NG Kerk (vgl Fourie 160). Daarom behoort 'n kerkraad van 'n gemeente nooit eienaar van enige kerkeiendom te wees nie, maar bloot met die kerkeiendom, wat die gemeente of kerk in eiendomsreg toeval, in verteenwoordigende hoedanigheid te handel.

Veral in die ouer regspraak is dit egter nie so duidelik uiteengesit nie. In *Dutch Reformed Church, Van Wijk's Vlei v Registrar of Deeds supra* 378 word beslis:

"There was in 1910 no *persona* in existence known as the Van Wijk's Vlei Kerkeraad or Gemeente. . . I cannot, therefore, regard Carnarvon and Van Wijk's Vlei as having been joint owners."

Alhoewel hieruit afgelei kan word dat die gemeente as 'n regspersoon beskou word, word daar telkens ook na die kerkraad verwys sonder om duidelik tussen die twee entiteite te onderskei. Voorts skryf die kerkreglement voor dat kerkeiendom in die naam van die kerkraad geregistreer moet word (Fourie 164; Bepaling 55.1.1 (Suid-Transvaal); reglement 11.2.1 (Kaap)). As gevolg van hierdie voorskrif het die aktesgebruik ontstaan dat kerkeiendom van 'n plaaslike NG gemeente in die naam van die kerkraad geregistreer word (Heyl *Grondregistrasie in Suid-Afrika* (1977) 228).

In die geval van die Gereformeerde kerke en Nederduitsch Hervormde Kerk word die kerkeiendom wel in die naam van die gemeente geregistreer (*idem* 228). Hierdie praktyk word egter nie in die geval van NG gemeentes gevolg nie. Ingevolge artikel 6 van die Nederduitse Gereformeerde Kerken Verenigings Akte 23 van 1911 is die liggaam of instansie waarin die kerkeiendom setel, die gedingsparty in enige regsgeding wat met die eiendom verband hou. Dit verklaar moontlik waarom die kerkraad dikwels as gedingsparty omskryf word. Fourie (56 164-166) kritiseer heeltemal tereg hierdie voorskrif en toon op oortuigende gronde aan dat dit nie met die werklike regsposisie strook nie indien die kerkeiendom van die gemeente in die naam van die kerkraad geregistreer word en dat die kerkraad gevolglik as gedingsparty optree. Hy is voorts van mening (57) dat hierdie akte nooit in werking gestel is nie en derhalwe nie op NG kerke van toepassing is nie. Artikels 2 en 3 van die akte skryf voor dat dit deur 'n driekwart meerderheidsbesluit van die betrokke kerkraade en sinodes aanvaar moet word

voordat dit toegepas kan word. Sodanige meerderheidsbesluit is nooit verkry nie en gevolglik vind die akte nie toepassing nie.

4 Gedingsparty

Reël 14(2) van die Hooggeregshofreëls maak daarvoor voorsiening dat verenigings sonder regs persoonlikheid in die naam van die vereniging kan dagvaar of gedagvaar kan word (Herbstein en Van Winsen *The civil practice of the superior courts in South Africa* (1979) 137–140 159–160). 'n Kerkraad is egter nie 'n vereniging sonder regs persoonlikheid nie, maar bloot die bestuursorgaan van die gemeente as regs persoon (Fourie 165 veral vn 49). In die geval van 'n gemeenregtelike regs persoon behoort die regs persoon as gedingsparty op te tree, behalwe as daar ingevolge die regs persoon se reglement of konstitusie bepaal word dat 'n beampte, bestuurslid of verteenwoordiger namens die regs persoon moet dagvaar of gedagvaar word (Herbstein en Van Winsen 160). In die geval van NG gemeentes beïnvloed die bepaling van artikel 6 van die Nederduitse Gereformeerde Kerken Verenigings Akte die regsposisie deurdat kerkeiendom in die kerkraad se naam geregistreer word en die kerkraad gevolglik as gedingsparty optree. Dit lei egter tot die verwarrende regsposisie wat hierbo uiteengesit is en in elk geval nie strook met die werklike toedrag van sake nie. Die kerkraad is nie 'n regs persoon nie, maar verteenwoordig slegs die gemeente as regs persoon (Fourie 165). Daarom behoort kerkeiendom in die naam van die plaaslike kerk of gemeente geregistreer te word.

Dit is ook geykte reg dat 'n bestuursorgaan van 'n regs persoon in verteenwoordigende hoedanigheid namens die regs persoon in hofgedinge betrokke kan raak (Herbstein en Van Winsen 160). Dit bly egter altyd die regs persoon wat die gedingsparty is en wat deur die uitspraak gebind word, nie die bestuursorgaan nie. Die verteenwoordigende hoedanigheid waarin die kerkraad optree, behoort dus deurentyd in die pleitstukke vermeld te word en daar behoort beklemtoon te word dat die gemeente, en nie die kerkraad nie, die eienaar van die kerkeiendom is.

5 Kerkverband

Dit is voorts belangrik om presies te bepaal wat met die term “kerk” bedoel word. In die geval van die meeste kerkverbande het die term 'n meerduidende betekenis. Die kerk in plaaslike sin dui op 'n afsonderlike gemeente, wat gewoonlik met regs persoonlikheid bekleed is (vgl Fourie 59–61; Pienaar 272–285). Die term “kerk” kan egter ook op die kerkverband of kerkgroep dui. In die geval van verskeie kerkgroepe is die kerkverband met regs persoonlikheid bekleed, byvoorbeeld die Nederduitse Gereformeerde Kerk, die Nederduitsch Hervormde Kerk, die Apostoliese Geloofsending van Suid-Afrika en die Metodistekerk van Suider-Afrika.

Die Gereformeerde kerke in Suid-Afrika is egter nie 'n regs persoon nie, maar bloot 'n benaming van 'n kerkgroep (sonder regs persoonlikheid) wat uit 'n aantal afsonderlike plaaslike kerke of gemeentes (elk met regs persoonlikheid) bestaan. Alle regshandeling word in die plaaslike gemeente namens die regs persoon deur die kerkraad hanteer en dit is dus moontlik dat 'n plaaslike kerk of gemeente as litigant optree. Die kerkverband funksioneer slegs op geestelike vlak en word sigbaar gemanifesteer in die byeenkoms van plaaslike kerke in tydelike, meerdere vergaderings. Geen regshandeling word uitgeoefen deur of eiendomsreg setel

in sodanige tydelike, meerdere vergaderings nie. Die Administratiewe Buro van die Gereformeerde kerke is wel 'n regspersoon, bestaande uit plaaslike Gereformeerde kerke as lede, en gemeenskaplike kerkeiendomme word geregistreer in die naam van en regshandeling word uitgeoefen deur die Administratiewe Buro. Daar is dus in die geval van die Gereformeerde kerke slegs twee klasse regspersone, naamlik die plaaslike kerke en die Administratiewe Buro. Indien enige aanspreeklikheid in die geval van 'n tydelike, meerdere vergadering ('n vergadering van plaaslike kerke) ontstaan, is die kerke waaruit die vergadering saamgestel is as individuele regspersone gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik (vgl Pienaar *Die gemeenregtelike regspersoon* 271-300; Pienaar *Die regsposisie van Gereformeerde kerke* (1986) 51-57).

In die geval van 'n aantal kerkverbande word statutêr bepaal dat die kerkverband 'n regspersoon is, byvoorbeeld die Apostoliese Geloofsending van Suid-Afrika ingevolge artikel 3 van die Private Wet op die Apostoliese Geloof Sending van Suid-Afrika 24 van 1961. Artikel 7 skryf voor dat alle onroerende goed in die naam van die kerkverband geregistreer moet word. In die Bylae tot die wet word die kerkverband se reglement of konstitusie vervat in artikels 8 tot 12, wat oor die plaaslike kerke of gemeentes handel, dui nie aan of die plaaslike gemeentes wel regspersone is nie. Die Metodiste Kerk van Suider-Afrika is ook as kerkverband ingevolge die voorskrifte van artikel 3 van die Private Wet op die Metodistekerk van Suider-Afrika 111 van 1978 'n regspersoon. Net soos in die geval van die Apostoliese Geloofsending bepaal artikel 4 dat alle kerkeiendom in die naam van die kerkverband geregistreer moet word. Daar is geen verdere aanduiding in die wet of plaaslike gemeentes regspersone of verenigings sonder regspersoonlikheid is nie. In die geval van die Rooms-Katolieke kerk, wat as kerkverband beslis 'n regspersoon is, word kerkeiendom in die aktekantoor in die naam van 'n verteenwoordiger van die kerk geregistreer, byvoorbeeld "The archbishop of the archdiocese of Pretoria of the Roman Catholic Church" (Heyl 227). Toestemming tot transporter van hierdie eiendomme moet gewoonlik nog van die Vatikaan in Rome bekom word.

Die NG Kerk is saamgestel uit verskeie klasse of tipes regspersone. Die plaaslike kerke of gemeentes vorm die eerste klas regspersone en is eienaar van die kerkeiendom van die gemeente en kan ander regshandeling uitvoer. Die kerkraad is slegs die bestuursorgaan van hierdie regspersoon en is nie met afsonderlike regsbevoegdheid beklee nie (Fourie 58-59 163-168). Benewens die plaaslike kerk, word verskeie meerdere vergaderings as regspersone aangewys. 'n Ring ('n meerdere vergadering bestaande uit 'n aantal plaaslike kerke in 'n bepaalde omgewing) is 'n regspersoon (*Theron v Ring van Wellington van die NG Sendingkerk in Suid-Afrika* 1976 2 SA 1 (A); Fourie 79-82). Streeksinodes en algemene sinodes is die bestuursorgane van die NG Kerk in sinodale verband, byvoorbeeld die NG Kerk Suid-Transvaal, wat met regsbevoegdheid beklee is (Fourie 196-203). Die NG Kerk in Suid-Afrika as kerkverband is eweneens 'n regspersoon (Fourie 207-208).

Die wyse waarop kerkeiendom deur die verskillende kerkverbande hanteer word, verskil dus. In die geval van die NG Kerk kan enige van die onderskeie klasse regspersone eienaar van kerkgoedere wees en word onroerende goed in die naam van die betrokke regspersoon geregistreer, uitgesonderd die onroerende goed van 'n plaaslike gemeente wat in die naam van die kerkraad geregistreer word.

Dit is dus belangrik om in die geval van die NG Kerk vas te stel watter regs persoon aanspreeklik gestel behoort te word. Dat 'n kerkraad nooit as afsonderlike regs persoon aan die regsverkeer kan deelneem nie, maar hoogstens as bestuursorgaan namens 'n plaaslike kerk of gemeente optree, staan vas. Dit is dus noodsaaklik dat regsprekers en praktisyns dit by uitsprake en die opstel van pleitstukke in gedagte hou.

GERRIT PIENAAR

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

OUERLIKE TUGBEVOEGDHEID

Du Preez v Conradie 1990 4 SA 46 (BGD)

1 Feite en geskilpunte

Applikant (D) en tweede respondent (V) was getroud maar hulle huwelik is in 1979 ontbind. Twee kinders, 'n seun en 'n dogter, is uit die huwelik gebore. Die toesig en beheer oor die kinders is aan V toegeken. In 1981 is V met eerste respondent (C) getroud. Die dogter is deur C getugtig omdat sy na bewering 'n leuen aan hom vertel het toe hy haar gevra het of sy Sondagskoolwerk gehad het om te doen. C is baie godsdienstig en 'n ouderling in die kerk. Hy het beweer dat indien hy nie opgetree het nie, hy aan die Almagtige verantwoordings sou moes doen. (Dit is, terloops, interessant om daarop te let dat wetenskaplikes van mening is dat die hedendaagse ouerlike tugbevoegdheid 'n sosio-emosionele oorblyfsel is van 'n primitiewe gebruik om kinders aan die voorvadergeeste of gode te offer met die doel om bonatuurlike vergelding vir sekere optrede te voorkom (De Mause *The history of childhood* (1974) 1; Zenz *Kindesmisshandlung und Kindesrechte* (1979) 22-23; Trube-Becker *Gewalt gegen das Kind* (1987) 2). C se motivering vir sy optrede in die onderhawige saak toon 'n duidelike verband met hierdie sosio-emosionele oerbasis van die ouerlike tugbevoegdheid, naamlik 'n vrees vir bonatuurlike vergelding indien tugtiging nagelaat word.)

D beweer dat V haar met die gewelddadige optrede van C vereenselwig het. Hy versoek die hof gevolglik om 'n bevel uit te reik wat V en C verbied om die kinders aan te rand. Regter Friedman wys daarop dat die onderhawige geskil tot twee regsvrae gereduseer kan word: (i) Het C, uit hoofde van sy huwelik met V, die reg om die kinders te dissiplineer? (ii) Kan V, as toesighoudende ouer, haar tugreg aan 'n ander, soos C, delegeer?

2 Die aard en omvang van die ouerlike tugbevoegdheid

2.1 *Algemeen* Regter Friedman wys daarop dat dit gevestigde reg is dat ouers 'n bevoegdheid het om hulle minderjarige kinders met die oog op verbetering en opvoeding te tugtig. Die straf wat toegedien word, moet redelik en matig wees "even when it takes the form of corporal punishment which in turn must be restrained and tenable" (51). Ten opsigte hiervan kan die volgende opgemerk

word: (i) Die verwysing na “minderjarige kinders” het die gevolg dat ’n seun of ’n dogter van 20 jaar ook deur hulle ouers lyfstraf toegedien mag word. In Duitsland en Nederland is die ouerlike tugbevoegdheid hedendaags beperk tot klein kindertjies (Jescheck *Lehrbuch des Strafrechts AT* (1988) 357; Hazewinkel-Suringa-Remmeling *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht* (1984) 303). Hierdie benadering is te verkies indien lyfstraf hoegenaamd toelaatbaar behoort te wees. (ii) Tug is slegs toelaatbaar as dit geskied met die doel om die kind te verbeter en op te voed. Dit is gevolglik nie toelaatbaar as die kind nie vir verbetering en opvoeding vatbaar is nie (sien die Kanadese saak *Ogg-Moss v R* 14 CCC 3d 116 (SC of Canada)). Straf wat nie die gewenste effek het nie, behoort nie oor en oor herhaal te word nie. In dié verband sê regter Mason in *R v Janke en Janke* 1913 TPD 382 388 tereg:

“Whilst it may be quite reasonable to punish a child severely for such faults as untruthfulness or dishonesty, yet if the punishment has little effect and if it is constantly being inflicted the question naturally arises whether such repeated chastisement is not unreasonable and excessive, and whether the fault may be not so much any real naughtiness of the child as the harsh and unfeeling conduct of the parent and a prejudiced view of the child’s actions.”

2 2 *Die posisie van die nie-toesighoudende ouer* In *Germani v Herf* 1975 4 SA 887 (A) het die appèlhof beslis dat die toesighoudende ouer geregtig is om ’n redelike mate van geweld te gebruik om ’n onwillige of hardkoppige kind te dwing om te voldoen aan die nie-toesighoudende ouer se reg tot toegang tot die kind. Die toesighoudende ouer kan ook die hulp van die nie-toesighoudende ouer in dié verband inroep. Regter Friedman merk teen die agtergrond soos volg op:

“Even while the child is temporarily under the control of the non-custodian parent pursuant to a right of access, the parental authority revives, and the non-custodian parent in these circumstances can use reasonable force to correct or discipline the child should it be necessary” (51).

Sover my kennis strek, is dit die eerste keer dat ’n Suid-Afrikaanse hof dié bevoegdheid uitdruklik aan die nie-toesighoudende ouer toeken (sien Labuschagne “Noodweer ten aansien van nie-fisiese persoonlikheidsgoedere” 1975 *De Jure* 66). Veronderstel ’n nie-toesighoudende ouer loop toevallig sy kind raak waar hy besig is om ’n ander se eiendom te beskadig. Kan hy hom daar en dan tuggtig? Die vraag is gevolglik of ’n nie-toesighoudende ouer ’n inherente tugbevoegdheid ten aansien van sy kind behou in gevalle waar die toesighoudende ouer nie teenwoordig is nie en die omstandighede onmiddellike optrede vra. In die lig van huidige opvattinge kan ek nie sien waarom die vraag nie bevestigend beantwoord moet word nie.

2 3 *Wanneer is lyfstraf toelaatbaar?* Volgens regter Friedman is lyfstraf slegs toelaatbaar as dit “equitable and fair” is (51). Met dié woorde wil die regter klaarblyklik die tradisionele vereiste dat lyfstraf redelik en matig moet wees, bevestig (Labuschagne “Kindermishandeling: ’n juridiese perspektief” 1976 *De Jure* 194–195 200–201). Om te bepaal of die straf redelik en matig is, moet op die volgende faktore ag geslaan word: (i) die aard van die oortreding; (ii) die geestelike en liggaamlike toestand van die kind; (iii) die motief van die straf-toediener; (iv) die mate van geweld aangewend; (v) die instrument gebruik om die straf toe te dien; (vi) die geslag en ouderdom en (vii) die liggaamsbou van die kind (“build of the child”) (51–52; sien ook *R v Lochner* 1935 2 PH H59

(K); *R v Janke en Janke supra* 385–386; *R v Jacobs* 1941 OPD 7 11; *R v Mgikela* 10 SC 240 242).

2 4 *Die dadersubjektiewe dimensie* Regter Friedman verklaar in die verband soos volg:

“It must also be emphasised that a parent . . . who acts from improper or ulterior motives, or from a sadistic propensity, may well face civil and criminal liability” (52).

Hierdie sogenaamde subjektiewe kant van wederregtelikheid word deurlopend deur ons howe beklemtoon (sien bv *R v Janke en Janke supra* 385; *S v Lekgathe* 1982 3 SA 104 (BSC) 108). Dit is ook die posisie in byvoorbeeld die Duitse en Amerikaanse reg (Zenz 35; Friebe *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Lehrers* (1958) 169; Kienapfel *Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht* (1961) 36–37; Warren “Criminal liability for excessive or improper punishment inflicted on a child by parent, teacher, or one in loco parentis” 89 *ALR* 2d 396 (annotasie) 401–407).

3 Delegasie van tugbevoegdheid

’n Ouer het die reg om sy tugbevoegdheid te deleger, onderworpe aan dieselfde inherente beperkinge. ’n Ouer kan nie slegs die toediening van die straf (“actual administration of corporal punishment”) deleger nie, maar ook die beslissing *of en hoe* getugtig moet word (52–53). Ook in Duitsland en Engeland, om maar twee voorbeelde te noem, kan ouerlike tugbevoegdheid gedeleger word (Jescheck 357; Smith en Hogan *Criminal law* (1988) 386). Ten aansien van die posisie van C in die onderhawige saak sê regter Friedman:

“He is the head of the household and unless he is party to or assists the second respondent to maintain discipline in the home, the children may well find themselves in an atmosphere where there is no aim, direction or purpose in their upbringing” (53).

Regter Friedman wys daarop dat C hierbenewens ’n situasie-gegenereerde tugbevoegdheid het; dit sal die geval wees waar hy in ’n feitelike *in loco parentis* posisie is wanneer V byvoorbeeld tydelik afwesig is (54).

4 Konklusie

In die lig van bogenoemde argumente beslis die hof dat V as toesighoudende ouer ’n tugbevoegdheid het; dat sy dit aan C kan oordra; en dat tugtiging slegs toelaatbaar is as dit matig en redelik is en aan die ander regsvereistes voldoen.

Die ouerlike tugbevoegdheid het sy (normatiewe) ontstaan in die vaderlike *ius vitae necisque* van die verre verlede. Dit is met die loop van jare aansienlik afgewater. In die lig van die proses van afwatering wil dit voorkom of die ouerlike tugbevoegdheid uiteindelik afgeskaf gaan word. In Swede is dit dan ook reeds in 1979 afgeskaf (Feshbach “Tomorrow is here today in Sweden” 1980 *Journal of Clinical Psychology* 109; Zetterström “Die Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechtes in Schweden” in Pernhaupt (red) *Gewalt am Kind* (1983) 83). Die bevoegdheid van die onderwyser om lyfstraf toe te dien, is ook reeds in die hele Europa afgeskaf (Newell *A last resort? Corporal punishment in schools* (1972)

10; Stopp (Society of Teachers Opposed to Physical Punishment) *The European example* (1981) 4; Smith en Hogan 386). Dit wil voorkom of die meeste fundamentele veranderinge in die menslike waardesistiem hedendaags hulle oorsprong in òf Swede òf Nederland het en dat dit daarvandaan geleidelik oor Europa en uiteindelik oor (ten minste) die res van die Westerse wêreld versprei.

JMT LABUSCHAGNE
Universiteit van Pretoria

**DIE KANSELLASIE VAN VRUGGEBRUIK INGEVOLGE
ARTIKEL 68(1) VAN DIE WET OP DIE REGISTRASIE VAN
AKTES 47 VAN 1937***

United Building Society Ltd v Du Plessis 1990 3 SA 75 (W)

1 Inleiding

Die registrasievereistes vir die kansellasië van persoonlike serwitute word in artikel 68 van die Wet op die Registrasie van Aktes 47 van 1937 (die Akteswet) gevind. Die artikel maak vir twee gevalle voorsiening waar 'n persoonlike serwituut gekanselleer kan word: eerstens as die serwituut *verval* het (a 68(1)) en tweedens as daar op kansellasië *ooreengekom* is (a 68(2)).

In hierdie bespreking word slegs op die werking van artikel 68(1) van die Akteswet gekonsentreer aangesien die werking en effek van artikel 68(2) reeds in *Bezuidenhout v Nel* 1987 4 SA 422 (N) redelik volledig bespreek is.

Die tersaaklike gedeeltes van artikel 68(1) van die Akteswet lui soos volg:

“Registrasie van verval van persoonlike serwituut—

(1) Indien 'n persoonlike serwituut om een of ander rede verval het, moet die registrateur op skriftelike aansoek deur of ten behoeve van die eienaar van die daarmee beswaarde grond, vergesel van die bewys van die verval van die serwituut . . . die verval van die serwituut op die titelbewys van die grond en van die serwituut . . . aanteken . . .”

Aangesien die begrippe “verval”, “kansellasië” en “beëindiging” by 'n bespreking van artikel 68(1) van die Akteswet van belang is, word daar vir doeleindes van die huidige bespreking volstaan met die volgende omskrywings: “beëindiging” (tenietgaan) is die omvattende begrip waaronder “verval” (a 68(1)) en “ooreenkoms” (a 68(2)) tuisgebring kan word, terwyl “kansellasië” na die registrasiehandeling in die akteskantoor verwys.

Die begrip “verval” in die wet is besonder wyd. Trouens, alle gevalle waar persoonlike serwitute *anders* as deur ooreenkoms beëindig word, kan ingevolge hierdie artikel gekanselleer word. Die volgende kan as voorbeelde dien: die dood van die serwituutreghebbende; die serwituutreghebbende se eensydige afstanddoening van die serwituutregte; en die verstryking van die serwituuttermyn.

* Menings hierin uitgespreek is die van die skrywer en nie die amptelike standpunt van die akteskantore nie.

Kansellasië word in sekere gevalle ook weens die insolvensie van die eienaar en die eksekusieverkoping van die eiendom ingevolge hierdie artikel bewerkstellig.

In hierdie bespreking val die klem veral op die insolvensie van die eienaar en die eksekusieverkoping van die eiendom en word die beslissing in die lig van die relevante aktespraktyke ontleed en bespreek.

2 Feite

Die feite is kortliks soos volg: Du Plessis transporteer in 1985 'n sekere erf aan Schoeman. Schoeman verleen aan 'n familielid (die respondēt) van Du Plessis 'n vruggebruik oor die eiendom en gelyktydig daarmee word 'n verband ten gunste van die United Bouvereniging (die applikant) oor die eiendom geregistreer. In die notariële akte waarin die vruggebruik geskep is, word die vruggebruik aan die voorkeurreg van die verbandhouer (United Bouvereniging) onderworpe gemaak.

Schoeman word kort na die registrasie van die aktes gesekwestreer en die eiendom word daarna op 'n openbare veiling te koop aangebied. Die aanbiedinge op die veiling kon egter nie die verbandskuld dek nie en die kurator van die insolvente boedel staan die eiendom aan die verbandskuldeiser af (78B). Volgens die ooreenkoms tussen die kurator en die applikant sou die transport van die eiendom vry van die vruggebruik geskied.

Uit die beslissing is dit nie duidelik wanneer die geskil met betrekking tot die vruggebruik ontstaan het nie. Dit lyk of die transportakte vir die oordrag van die eiendom aan die applikant, vry van die vruggebruik, aanvanklik weens die afwesigheid van 'n registrasiehandeling ten opsigte van die vruggebruik deur die akteskantoor verwerp is (82D–E 94B–D). Op versoek het die respondēt geweier om van haar vruggebruik afstand te doen. Daarna het die applikant en die kurator van die insolvente boedel 'n bevel aangevra wat die respondēt sou verplig om 'n volmag te teken om die vruggebruik te kanselleer, of wat die adjunk-balju sou magtig om dit namens haar te doen.

3 Uitspraak

Volgens waarnemende regter Wulfsohn kan die posisie met betrekking tot die botsing van regte tussen 'n verbandhouer en 'n persoonlike serwitutreghebbende by die insolvensie van die eienaar aan die hand van twee analoë gevalle behandel word. Die botsing van regte ontstaan hier omdat 'n eiendom wat met 'n verband beswaar is, onderworpe aan 'n latere (tweede) saaklike reg opgeveel word en die hoogste bod op die veiling onvoldoende is om die verbandskuldeiser se eis te dek; die gevolg is 'n botsing van regte tussen die verbandhouer en die latere saaklike reghebbende (bv 'n persoonlike serwitutreghebbende of langtermynhuurder). Die hof het eerstens die geval van 'n verband en 'n huurkontrak (79F–80I) ontleed en tweedens die posisie ten aansien van 'n verband en 'n ander saaklike reg (80I–81C). Aan die hand van hierdie twee gevalle kom die hof tot die slotsom dat verbandhouders in sekere gevalle beskerming teen benadeling kan geniet. Die beskerming by insolvensie is in die verval van die latere huurkontrakte of saaklike regte geleë. Die verval van die huurkontrakte of saaklike regte word deur 'n bepaalde wyse van verkoping bewerkstellig. Die regter som die regposisie by insolvensie waar sodanige botsende belange bestaan, soos volg op:

“[I]t is clear, that if a mortgage bond is preferent, or treated as preferent, to another real right, then upon a sale in execution of the property, or upon a sale of the property by the trustee in insolvency, the property should first be offered for sale subject to that other real right. If the highest bid or the best offer would satisfy the mortgage debt, or if the mortgagee consents thereto, then the sale is at that price, the other real right being saved. But if the highest bid or the best offer would not satisfy the mortgage debt, and if the mortgagee does not consent thereto, then the property may be sold free of the other right, and if a sale then arises, the property will be transferred free of the other right, which latter right then falls away or is terminated” (81C-E).

Volgens die regter is hierdie wyse van verkoping gerig op die beskerming van die verbandhouer se belange (81E). Alhoewel hierdie reël by uitstek in gevalle van botsings tussen verbande en huurkontrakte ontwikkel het, sien die regter geen rede waarom

“the same rule should not apply also as between a bond and another kind of real right, for instance, a usufruct, where the bond enjoys the preferential right” (81F).

Met verwysing na die *ratio* in *Wiber v Mahodini* (1904) 21 SC 645, naamlik dat ’n verbandhouer by insolvensie beskerming teen benadeling moet geniet en dat hy in gevalle van benadeling die eiendom vry van die huurkontrak kan verkoop, is die regter van mening dat daardie *ratio* ook *in casu* toegepas kan word. Regter Wulfsohn kom tot die volgende gevolgtrekking:

“I would follow the *Wiber* decision and sanction the first applicant’s takeover of the property free of the usufruct, without there being any need even for a power of attorney to be signed by the respondent. The *Wiber* decision gives effect to the law of priority in real rights. As I understand it, the prior ranking of the mortgage bond over the other real right, be it a lease as in *Wiber’s* case, or a usufruct as here, is recognised by the court” (83F-H).

Die hof staan die aansoek van die applikant toe en beslis dat:

- (a) die oordrag van die eiendom vanaf die insolvente boedel na die applikant vry van die vruggebruik moet geskied;
- (b) die vruggebruik by die registrasie van die transportakte verval; en
- (c) die respondent die notariële akte van vruggebruik aan die applikant vir die nodige registrasiehandelinge in die akteskantoor moet oorhandig.

4 Kommentaar

4.1 Gelyktydige registrasie van verbande en ander saaklike regte

Aangesien hierdie beslissing oor die botsing van geregistreerde saaklike regte handel, is dit nodig om eers die relevante aktespraktyke insake die voorrang van saaklike regte te ontled.

Indien daar ’n stel onderling afhanklike aktes saam geregistreer moet word (bv ’n transportakte, verband en ander beperkte saaklike regte), bepaal artikel 13(1) van die Akteswet dat die afsonderlike aktes eers geregistreer is wanneer die registrateur al die aktes en die endossemente geteken het. Alhoewel aktesregulasie 63(3) bepaal dat die aktes vir doeleindes van registrasie in ’n bepaalde volgorde geskakel moet wees, bepaal die volgorde van skakeling nie die volgorde van registrasie nie. Al die aktes word geag gelyktydig geregistreer te wees (Jones *Conveyancing in South Africa* (1985) 18–20; De Beer en Rorke *Newall’s law and practice of deeds registration* (1964) 21–22; Laurens *Inleiding tot die studie van aktebesorging* (1988) 30–31).

'n Uitsondering op hierdie algemene reël word in aktesregulasie 45(4) aangeset. Dit het op die gelyktydige registrasie van verbande betrekking. As daar twee of meer verbande oor dieselfde eiendom deur die verbandgewer gepasseer en geen rangorde vermeld word nie, moet die registrateur die tydstip van ondertekening aantekening aantekening aantekening.

As daar dan (soos in hierdie beslissing) 'n verband en 'n ander saaklike reg gelyktydig oor die eiendom geregistreer word, is dit vir doeleindes van die bepaling van die rangorde van saaklike regte noodsaaklik òf dat daar 'n rangorde in die aktes gemeld word, òf dat afstand van voorkeurreg gedoen word. Dit word deur die aktespraktyk vereis ten einde aan die stelreël *qui prior est tempore potior est iure* gevolg te gee. In die lig van die beslissing word die afstanddoening van voorkeurreg van nader beskou.

4 2 Afstanddoening van voorkeurreg van persoonlike serwitute ten gunste van verbande Daar word in artikel 3(1)(i) van die Akteswet voorsiening gemaak vir die afstanddoening van 'n voorkeurreg voortspruitende uit 'n persoonlike serwituut ten gunste van 'n verband. Die artikel bepaal nie die vorm daarvan nie, maar in die lig van aktesregulasie 41(7) word dit òf by die verband ingelyf, òf notariëel gedoen (Jones 464; De Beer en Rorke 111-112; Elliot *The South African notary* (1987) 189; Van der Merwe *Notariële praktyk – 'n praktiese handleiding* (1989) 122; Van Huyssteen “Die persoonlike serwituut vruggebruik – 'n akteperspektief” 1989 *De Rebus* 117-122 215-221).

Gesien in die lig van die praktyksposisie met betrekking tot afstanddoenings (dus notariëel of by die verband ingelyf), kom die afstanddoening soos uit die feite blyk ietwat vreemd voor. *In casu* was die vruggebruik van die respondent in die *notariële akte van vruggebruik* aan die voorkeurreg van die applikant onderworpe. Die relevante gedeelte van die notariële akte lui soos volg:

“die gesegde reg tot vruggebruik . . . sedeer en oormak onderhewig aan die voorkeurreg ten gunste van die United Bouvereniging, en die komparant . . . aanvaar die sessie van voormelde reg tot vruggebruik oor gemelde eiendom, onderhewig aan die voorkeurreg ten gunste van die United Bouvereniging” (77G-I).

Ongeag die feit dat die afstanddoening nie volkome met die aanvaarde praktyk ooreenstem nie en soos later sal blyk bepaalde probleme kan oplewer, is die effek tog dat die vruggebruik na die verband sal rangeer. Die regter merk tereg op dat die verband voorrang geniet as gevolg van die respondent se afstanddoening van die voorkeurreg van vruggebruik (80D).

4 3 Insolvensie van eienaar Soos reeds aangetoon is, het die hof na aanleiding van twee analoë gevalle tot die gevolgtrekking gekom dat 'n verbandhouer in gevalle van insolvensie beskerming moet geniet. Die beskerming is in die volgorde van verkopings geleë en die gevolglike verval van die latere (botsende) saaklike reg. Dit wil sê dat die eiendom by insolvensie eers onderworpe aan die latere saaklike reg(-te) opgeveil word en eers as die hoogste bod nie die verbandskuld kan dek nie, word dit vry van die latere saaklike reg verkoop. Daardeur word die latere saaklike reg beëindig en die verbandhouer beskerm teen benadeling.

Wat die geval van die botsing tussen 'n verband en 'n huurkontrak betref, het die reël ontwikkel dat die eiendom eers onderworpe aan die huur opgeveil word en indien die hoogste bod nie voldoende is nie, word dit vry van die huur

verkoop (Scott en Scott *Wille's law of mortgage and pledge in South Africa* (1987) 160–161; Silberberg en Schoeman *The law of property* (1983) 452–453; Van der Merwe *Sakereg* (1989) 630–631). Die gevolg van hierdie volgorde van verkoping is dat die huurkontrak beëindig word.

Alhoewel dit minder in die regspraak voorkom, is daar in die geval van ander saaklike regte tog voorbeelde waar die howe ook aan hierdie volgorde van verkopings erkenning gegee het. Deur sodanige verkoping is die latere saaklike reg beëindig (sien bv *The Colonial Government v Fryer and Huysamen* (1886) 4 SC 313 317–318 (serwituut van weidingsregte) en *Oeseldien v Laattoe* 1934 CPD 348 (*fideicommissum*)).

Die wyse waarop verkopings in hierdie twee gevalle plaasvind, bied by insolvensie van die eienaar die grootste mate van beskerming aan die verbandhouer en het tot gevolg dat die latere saaklike reg verval. Dieselfde volgorde van verkopings kan ook by eksekusie gevolg word.

Alhoewel die hof nie daarna verwys nie, is daar ook enkele ander voorbeelde in die regspraak waar hierdie volgorde by ander vorme van *verpligte* verkopings gevolg is. So is daar in *Ex parte Ladybrand Munisipaliteit* 1970 2 SA 321 (O) beslis dat hierdie volgorde op 'n openbare veiling gevolg kan word; dit sou dan ook die verval van latere saaklike regte meebring. In die *Ladybrand*-beslissing was daar ook 'n vruggebruik oor die eiendom geregistreer. Die belastings oor die eiendom was vir 'n periode van drie jaar nie betaal nie en die munisipaliteit het gepoog om die eiendom vry van die vruggebruik te verkoop. Die hof lê die betrokke artikel in die ordonnansie (Ordonnansie 8/1962 (O)) uit en wys daarop dat die vruggebruiksregte voor die munisipaliteit se preferensie ten opsigte van die verskuldigde dorpsbelastings moet swig. Die hof sê dat dit nie beteken dat die eiendom sonder meer vry van die vruggebruik verkoop mag word nie. Die eiendom moet in eerste instansie onderworpe aan die vruggebruik opgeveel word en indien die hoogste bod nie die agterstallige belastings dek nie, mag die eiendom vry van die vruggebruik verkoop word. Daarna kan die eiendom met die hof se toestemming vry van die vruggebruik in die naam van die koper geregistreer word. Dieselfde benadering as in die onderhawige beslissing word dus in die *Ladybrand*-saak aangetref met die gevolg dat die persoonlike serwituut verval het.

Daar is myns insiens nie fout te vind met die benadering in die *United Building Society*-beslissing nie. Die bevinding oor die volgorde van verkopings, die verval van die persoonlike serwituut en die daaropvolgende kansellasië in die aktekantoor daarvan, is al telkens deur die howe erken en die beskerming wat die verbandhouer daardeur geniet, is voor-die-hand-liggend.

Die effek van die uitspraak is in elk geval nie vreemd vir die aktespraktyk nie. Dit is al jare die praktyk dat by insolvensie- of eksekusieverkopings persoonlike serwitute in sekere gevalle gekanselleer kan word (dws sonder die persoonlike serwituutreghebbende se medewerking). Na aanleiding van 'n aantal Registrateurskonferensiebesluite (36/1959; 34/1964; 16/1967 en 2/1970) is dit die gebruik dat in die afstanddoening van voorkeurreg daar vir die moontlike insolvensie van die eienaar voorsiening gemaak word (Jones 465; De Beer en Rorke 111 487–488; Van Huyssteen 1989 *De Rebus* 219). Daardeur erken die vruggebruiker dat die eiendom by moontlike insolvensie of eksekusie vry van die vruggebruik verkoop mag word.

Die effek van genoemde konferensiebesluite is dat daar in sodanige gevalle ooreenkomstig artikel 68(1) van die Akteswet gehandel mag word, maar net as die aanvanklike afstanddoening vir die insolvensie en 'n latere verkoping voorsiening gemaak het. Die persoonlike serwituutreghebbende se medewerking of toestemming word nie vir hierdie registrasiehandeling vereis nie. Die vruggebruik word dan gekanselleer asof dit *verval* het.

Op die oog af wil dit voorkom of die effek van die beslissing dieselfde as die huidige aktespraktyk is. Daar is nietemin tog 'n verskil tussen die praktyk en die beslissing. Die verskil is in die aanvanklike afstanddoening van voorkeurreg geleë. Volgens die huidige aktespraktyk moet die aanvanklike afstanddoening reeds vir die insolvensie voorsiening maak (soos hierbo geskets is); volgens die beslissing is sodanige voorsiening in die aanvanklike afstanddoening nie 'n vereiste nie.

4 4 *Wysiging van artikel 68(1)* In die loop van sy uitspraak merk regter Wulfsohn op dat daar na sy mening 'n leemte in artikel 68(1) is. Hy wys daarop dat die serwituutreghebbende nie 'n party tot die registrasiehandeling is nie; dit kan tot die kansellasië van 'n serwituut aanleiding gee sonder dat hy daarvan bewus is. Die regter laat hom soos volg uit:

"I think the *lacuna* in question may cause persons holding real rights in immovable property to be deprived of their rights, without notice to them or without their consent being required . . . This could endanger the sanctity of the Deeds Registry . . . In my view the attention of the Chief Registrar of Deeds should be drawn hereto, and he should consider asking the Legislature for appropriate amending legislation in respect of s 68(1) of the Deeds Registries Act. Notification to the holder of a personal servitude would have the salutary effect of abiding by the *audi alteram partem* principle and of curtailing litigation after the event" (94D-H).

Alhoewel daar vanweë die onderhawige artikel se aanwending (soos hierbo uiteengesit is) kwalik aan 'n geval gedink kan word waar die serwituutreghebbende nie van die serwituut se beëindiging bewus sal wees nie, moet daar saamgestem word dat in die gevalle onder bespreking (insolvensie- en eksekusieverkopings) 'n saaklikreghebbende se regte dusdanig aangetas kan word. 'n Kennisgewing aan die saaklikreghebbende kan die gewenste uitwerking hê dat hy van die beëindiging van sy saaklike reg bewus raak. Ek kan egter nie met die regter saamstem dat die Akteswet gewysig moet word nie. Dit is eerder ander wetgewing wat oor die prosedure by eksekusie- en insolvensieverkopings handel wat te dien effekte gewysig behoort te word. Die Akteswet reël slegs die wyse van die registrasie van aktes en artikel 68(1) bepaal reeds dat die aansoek om kansellasië van die persoonlike serwituut van die nodige *bewys* van die verval van die serwituut vergesel moet gaan. Indien ander wetgewing dan sodanige kennisgewings vereis, sal dit juis ingevolge artikel 68(1) 'n vereiste vir die registrasiehandeling wees. Dit is gevolglik nie die Akteswet wat gewysig moet word nie, maar wel ander wetgewing.

4 5 *Effek van die beslissing* Die effek van die beslissing kan soos volg saamgevat word:

(a) Die huidige aktespraktyk is nie meer nodig nie. Sels al is die aanvanklike afstanddoening gebrekkig (volgens die huidige aktespraktyk), kan daar nou van die metode ingevolge artikel 68(1) gebruik gemaak word. Dit is egter belangrik dat die volgorde van verkopings, soos hierin uiteengesit is, gevolg moet word.

Die onvoldoende hoogste bod en die veilingsprosedure gee dus tot die verval van die persoonlike serwituut aanleiding en dan kan daar ooreenkomstig artikel 68(1) gehandel word.

(b) Die huidige aktespraktyk kan nog voortgaan – die hof het nie die huidige praktyk ontleed nie – maar in die lig van die beslissing behoort die gemelde konferensiebesluite en praktyke heroorweeg te word.

5 Slot

Die uitspraak word verwelkom. Een van die probleemgevalle van vruggebruik in die aktespraktyk (Van Huyssteen 1989 *De Rebus* 219) word hierdeur aangespreek en dit is veral die effek wat dit op die bestaande aktespraktyk het, wat steun verdien.

DP VAN HUYSSTEEN
Akteskantoor, Bloemfontein

FIDEICOMMISSUM, VRUGGEBRUIK EN MODUS

**Kerkrad van die Nederduitse Gereformeerde Kerk, Gemeente Douglas
v Loots 1990 3 SA 451 (NK)**

1 Aanknopingspunt

Die feite en beslissing in hierdie saak was kortliks die volgende. Die testatrise het haar plaas aan die eerste applikant (die kerkrad) bemaak onderworpe aan die voorwaarde dat dit nooit verkoop mag word nie. Voorts is bepaal dat die persoon wat haar voor haar dood versorg het en na haar boerderybelange omgesien het, geregtig sou wees om die plaas “op billike terme en voorwaardes” van die kerkrad te huur. Dit was gemene saak dat die respondent (Loots) die persoon was waarna in die testament verwys is, asook dat hy, voor die testatrise se dood, die plaas teen R1 per hektaar van haar gehuur het. Die eerste applikant het vir ’n tydperk van drie jaar na die testatrise se dood die plaas op dieselfde voorwaardes aan die respondent verhuur, waarna die huur op ’n openbare veiling opgeveil is. Die hoogste bod van R16,50 per hektaar is van die tweede applikant verkry. Daarna het die eerste applikant die huur teen R14 per hektaar aan die respondent aangebied, waarop hy ’n teenaanbod van R10 per hektaar gemaak het. In die brief waarin laasgenoemde aanbod gemaak is, is ook melding gemaak van huurgeld wat ten opsigte van ander plase in die omgewing betaal word. Die eerste applikant het egter geen oorweging aan hierdie brief geskenk nie, maar voortgegaan om ’n huurkontrak met tweede applikant te sluit en om die onderhawige aansoek te doen om uitsetting van die respondent wat steeds die plaas beset het.

In sy uitspraak wys regter Steenkamp daarop dat die bedoeling van die testatrise vasgestel moet word en dat daar gepoog moet word om ’n balans tussen die letterlike betekenis van die woorde wat in die testament gebesig is en die

ware bedoeling van die testatrise te handhaaf. Die hof beslis dat die bedoeling van die testatrise was dat die kerkraad die plaas aan Loots moet verhuur op “terme en voorwaardes” wat in alle opsigte billik moet wees. Hierdie “terme en voorwaardes” moet noodwendig ook ’n billike huurgeld insluit. Ten einde ’n billike huurgeld vas te stel, moes die eerste applikant huurwaardes in die omgewing in ag neem en in gedagte hou dat die testatrise nooit bedoel het dat die respondent meer moet betaal as wat *bona fide* boere in die omgewing betaal nie. Volgens die hof is dit dus duidelik dat die testatrise nie bedoel het dat die respondent huurgeld moet betaal wat op ’n openbare veiling vasgestel is en wat meer is as wat boere in daardie omgewing bereid is om te betaal nie.

Die hof beslis gevolglik dat die eerste applikant, in die lig van sy weiering om enige oorweging aan respondent se teenaanbod en die daarmee gepaardgaande brief te skenk, onbillik, onredelik en teen die bedoeling van die testatrise opgetree het. Voorts het eerste applikant nie daarin geslaag om te bewys dat sy aanbod van R14 per hektaar ’n billike huurgeld is nie of dat respondent uitdruklik of stilswyend van sy reg om die plaas te huur, afstand gedoen het nie. Gevolglik word die aansoek om uitsetting van die hand gewys.

Met die feitebeslissing van die hof is daar geen fout te vind nie; ’n enkele terloopse opmerking deur regter Steenkamp leen hom egter tot bespreking. Die volgende stelling word naamlik gemaak (454E): “Die bemaking van die plaas aan die eerste applikant is vergelykbaar met ’n *fideicommissum* . . .”

As in ag geneem word dat die geskil eintlik oor die interpretasie van die woorde “op billike terme en voorwaardes” gehandel het en dat die enigste probleem was om die bedoeling van die testatrise vas te stel, was dit nie werklik vir die hof nodig om ’n bepaalde regsfiguur te identifiseer nie. Die hof kon die bemaking bloot as afdwingbaar beskou het en kon op daardie basis voortgegaan het om die bepaling uit te lê.

Hoe dit ook al sy, die hof het verkies om die bemaking met ’n *fideicommissum* te vergelyk en die vraag wat nou ontstaan is of dit inderdaad die toepaslike regsfiguur is en of ’n mens nie eerder met ’n vruggebruik of ’n *modus* te doen het nie. Al hierdie regsfigure word vervolgens van naderby beskou.

2 Omskrywing van ’n *fideicommissum*

’n *Fideicommissum* word gedefinieer as

“[a] disposition by which a person (the *fideicommittens*) transfers property to a beneficiary (the *fiduciary* or *fiduciarius*) subject to a provision that, if a certain condition is fulfilled, the property is to go over to a further beneficiary (the *fideicommissary* or *fideicommissarius*) . . .” (Erasmus en De Waal *The South African law of succession* (1989) par 142).

’n Mens het dus met fideikommissêre substitusie te doen wanneer die erfflater in sy testament beveel dat ’n reeks erfopvolgers dieselfde goed moet ontvang (Joubert “Direkte substitusie of fideikommissêre substitusie?” 1953 *THRHR* 240; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse erfreg* (1990) 293). Die *fiduciarius* verkry eiendomsreg sodra registrasie op sy naam bewerkstellig is. (Dit is die posisie in geval van onroerende goed. Ter wille van vereenvoudiging word so na as moontlik aan die feite *in casu* gebly.) Sy eiendomsreg is egter onderworpe aan ’n ontbindende voorwaarde, naamlik die verpligting om die erfplating uiteindelik by die aanbreek van ’n bepaalde tydstop of die vervulling van ’n voorwaarde, soos in die testament bepaal, aan die *fideicommissarius* oor te dra, waarop laasgenoemde dan weer eienaar van die goed word. (Oor die

vraag of die *fideicommissarius* outomaties eienaar word al dan nie, bestaan daar 'n afsonderlike debat: sien in die verband *Greenberg v Estate Greenberg* 1955 3 SA 361 (A); *Eksteen v Pienaar* 1969 1 SA 17 (O); Van der Merwe en Rowland 320; Joubert "Die ontwikkeling van die *fideicommissum* in Suid-Afrika" 1960 *Acta Juridica* 56; Laurens "Fideikommis oor onroerende goed: aard van die *fideicommissarius* se reg" 1983 *THRHR* 21 vn 51.)

Die *fiduciarius* is dus reghebbende van die fideikommissêre vermoë ten behoewe van homself, maar sy eiendomsreg word wat inhoud en duur betref, deur die reg van die *fideicommissarius* beperk. (Vir die argumente rondom die vraag of 'n *fideicommissarius* slegs 'n *spes* dan wel 'n reg het, asook oor die aard van hierdie reg, sien Van der Merwe en Rowland 332 ev; Beinart "Fideicommissum and modus" 1968 *Acta Juridica* 157; Laurens 1983 *THRHR* 14; *Barnhoorn v Duvenage* 1964 2 SA 486 (A); *Van der Merwe v Registrateur van Aktes* 1975 4 SA 636 (A); *Wasserman v Sackstein* 1980 2 SA 536 (O). Vir 'n duidelike uiteensetting van hierdie uitspraak en argumente, sien Cronjé en Roos *Erfreg vonnisbundel* (1988) 320 ev.)

3 Omskrywing van 'n vruggebruik

Vruggebruik word soos volg omskryf:

"Usufruct is a legal institution whereby there is conferred upon a person (the usufructuary) the right to possess, use and enjoy property (the usufructuary property) belonging to another in such manner that its substantial character is preserved" (Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn *The law of succession in South Africa* (1980) 378).

Die vruggebruiker is dus geregtig op besit, gebruik en genot van die eiendom wat aan iemand anders, die bloot-eienaar genoem, bemaak is.

4 Die onderskeid

Soos reeds gesien is, word eiendomsreg deur beide die *fideicommissum* en die vruggebruik aangetas. Juis in die feit dat verskillende inhoudsbevoegdhede van eiendomsreg geraak word, is 'n belangrike verskil tussen dié twee regsfigure te vinde. Die inhoudsbevoegdhede van eiendomsreg is: (a) beheersbevoegdheid; (b) genot- en gebruiksbevoegdheid; (c) vervreemdingsbevoegdheid (sien Olivier, Pienaar en Van der Walt *Sakereg studentehandboek* (1989) 39-40).

By die *fideicommissum* word slegs een van die inhoudsbevoegdhede van eiendomsreg, naamlik die vervreemdingsbevoegdheid (van die *fiduciarius*), aan bande gelê. Hy mag nie die fideikommissêre vermoë vry van die *fideicommissum* vervreem nie. Hierdie verbod geld selfs waar die testament geen uitdruklike vervreemdingsverbod bevat nie (*Ex parte Van Staden* 1923 OPD 19; *Hansen v Venter* 1957 4 SA 422 (O)). Die beginsel word afgelei uit die feit dat die *fiduciarius* by die beëindiging van die *fideicommissum* verplig is om die eiendom aan die *fideicommissarius* oor te dra, asook uit die feit dat hy gedurende die loop van die *fideicommissum* niks mag doen wat die regte van die *fideicommissarius* aantast nie. (*Swart v Van der Vyver* 1970 1 SA 633 (A); *Estate Smith v Estate Follett* 1924 AD 364; *Oost v Reek en Snideman* 1967 1 SA 472 (T) – hoewel 1g twee sake oor die *fideicommissum residui* gehandel het, word dit daarin duidelik gestel dat die *fiduciarius* niks mag doen wat die *fideicommissarius* benadeel nie; sien ook *Cronjé v Kruger* 1985 2 SA 812 (A); Van der Merwe en Rowland 319; Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn 302.) Die *fiduciarius* mag egter wel sy beperkte reg vervreem. (Sien Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn 303;

Fick and Fick v Murray and Co 1917 TPD 226; *Van der Vyver v Estate Van der Vyver* 1932 CPD 45; *Van der Walt v Registrar of Deeds* 1935 CPD 463; *Ex parte Wessels* 1949 2 SA 99 (O). Vir gevalle waarin en voorwaardes waarop die fideikommissêre vermoë wel vervreem mag word, sien Van der Merwe en Rowland 321 ev; Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn 302 ev.) In *Crookes v Watson* 1956 1 SA 277 (A) 299–300 vat appèlregter Van den Heever die posisie soos volg saam:

“A fiduciary as I understand his position, is full owner enjoying all the fruits, save that he is subject to a restraint of alienation and is obliged, when the time arrives or the condition is fulfilled to yield up the gift over.”

Hoewel die *fiduciarius* dus nie oor die vervreemdingsbevoegdheid beskik nie, het hy volle beheers-, genots- en gebruiksbevoegdhede en is hy derhalwe ten volle geregtig op alle vrugte van daardie eiendom (Erasmus en De Waal par 159; *Crookes v Watson* 1956 1 SA 277 (A)). Die *fiduciarius* is egter verplig om toe te sien dat die waarde van die eiendom nie daal nie (*Ex parte Pierce* 1950 3 SA 628 (O); *Swart v Van der Vyver* 1970 1 SA 633 (A)). Gevolglik mag hy minerale op die eiendom ontgin maar is nie geregtig op die opbrengs daarvan nie. Hy is slegs geregtig op die rente wat hierdie opbrengs inbring (*Ex parte Erasmus* 1950 1 SA 359 (T) 360; *Ex parte Pierce* 1950 3 SA 628 (O) 632). In hierdie opsig is die *fiduciarius* se posisie wel vergelykbaar met dié van die vruggebruiker (sien die bespreking *infra*) aangesien laasgenoemde ook geregtig is op die vrugte van die eiendom.

In sterk teenstelling met die posisie van die *fiduciarius* staan die posisie van die bloot-eienaar van goedere ten opsigte waarvan ’n vruggebruik verleen is (die *res usufructuaria* genoem). Hoewel hierdie persoon net soos die *fiduciarius* ook eienaar is, word ander komponente van sy inhoudsbevoegdhede, naamlik sy beheers-, genots- en gebruiksbevoegdhede, beperk. In teenstelling met die *fideicommissum* is daar by die vruggebruik nie sprake van ’n vervreemdingsverbod nie en is die bloot-eienaar vry om ooreenkomstig sy vervreemdingsbevoegdheid die eiendom aan ’n derde te vervreem (natuurlik onderworpe aan die regte van die vruggebruiker: Van der Merwe en Rowland 265). Die bloot-eienaar se beheers-, genots- en gebruiksbevoegdhede word egter beperk of selfs opgehef aangesien hierdie bevoegdhede deur die testament aan die vruggebruiker toegeken is.

Die beperking op die bloot-eienaar se bevoegdhede word opgehef sodra die ontbindende voorwaarde wat die vruggebruik beëindig, vervul word, of sodra die tydstop vir beëindiging van die vruggebruik aanbreek. Daarteenoor kan die beperking op die *fiduciarius* se vervreemdingsbevoegdheid slegs met die samewerking van die *fideicommissarius* of met die toestemming van die hooggereshof opgehef word (sien Van der Merwe en Rowland 321 ev; Erasmus en De Waal par 163; Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn 304 ev). Dit word natuurlik ook opgehef indien die *fideicommissum* misluk (vir voorbeelde sien *infra*).

Die *fideicommissum* en vruggebruik verskil verder wat betref die duur van eiendomsreg. By die *fideicommissum* is die *fiduciarius* se eiendomsreg in duur beperk aangesien hy slegs eienaar is tot die aanbreek van ’n bepaalde tydstop of die vervulling van ’n voorwaarde. Slegs indien die *fideicommissum* om een of ander rede misluk, word hierdie beperking op die *fiduciarius* se eiendomsreg opgehef. (Bv indien die *fideicommissarius* by vervulling van die voorwaarde, die aanbreek van die tydstop of die dood van die *fiduciarius* reeds oorlede is.

Dieselfde geld indien die *fideicommissarius* sou weier om die bevoordeling te aanvaar (sien *Estate Wright v Estate Simey* 1913 CPD 949; *Breytenbach v De Villiers* 1959 4 SA 560 (T); *Ex parte Die Standard Bank van Suid-Afrika Bpk* 1974 2 SA 310 (T)). Ook indien die voorwaarde nie vervul word nie of dit onmoontlik word om dit te vervul, word die beperking op die *fiduciarius* se eiendomsreg opgehef (*Geffen v Standard Bank of SA* 1954 4 SA 476 (N); sien verder Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn 331-334.) Daarenteen is die eienaar van die *res usufructuaria* se eiendomsreg geensins in duur beperk nie. Hy is en bly die eienaar by die vervulling van die voorwaarde of die aanbreek van 'n tydstip, soos bepaal in die testament. Slegs op hierdie stadium verkry hy sy beheers-, gebruiks- en genotsbevoegdheede. Die eiendom val ook by sy dood in sy boedel en hy kan na goeddunke in sy testament daarvoor beskik. Sodanige beskikking (net soos 'n verkoop van die eiendom) sal ook onderworpe wees aan die regte van die vruggebruiker indien die vruggebruik op daardie stadium nog bestaan. Die bloot-eienaar se eiendomsreg is dus nie, soos die *fiduciarius* se eiendomsreg, onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde nie.

Tot dusver is daar slegs vanuit die oogpunt van die *fiduciarius* en die bloot-eienaar na die verskille tussen die twee regsfigure gekyk. Word daar nou vanuit die oogpunt van die vruggebruiker gekyk, is dit duidelik dat hy nooit, soos die *fiduciarius*, eienaar van die eiendom is nie; dat hy geen reg het om, soos die *fideicommissarius*, oordrag van eiendomsreg te eis nie; en dat hy selfs nie eers 'n spes (as die tradisionele beskouing van die *fideicommissarius* se posisie gevolg word: sien *supra* vir gesag oor hierdie onderwerp) het om ooit eienaar van die *res usufructuaria* te word nie. Hy het net 'n beperkte saaklike reg oor die *res usufructuaria* wat inhou dat hy die bevoegdheid het om dit te beheer, te gebruik en die vrugte daarvan te neem (Van der Merwe en Rowland 267; Olivier, Pienaar en Van der Walt 309). Die vruggebruiker beskik dus wel oor sekere komponente van die inhoudsbevoegdheede van eiendomsreg, naamlik beheers-, gebruiks- en genotsbevoegdheid, maar hy beskik nie oor die vervreemdingsbevoegdheid nie. Vruggebruik staan juis bekend as 'n "beperkte" saaklike reg omdat dit minder inhoudsbevoegdheede toeken as eiendomsreg (sien Van der Merwe en Rowland 263 vn 92). Ingevolge die bevoegdheid om die vrugte te neem, is die vruggebruiker geregtig op natuurlike, industriële en burgerlike vrugte. In hierdie opsig is sy posisie in 'n mate met dié van die *fiduciarius* vergelykbaar en wel omdat die *fiduciarius* ook op die vrugte van die eiendom geregtig is. Daar dien egter op gewys te word dat die vruggebruiker eienaar van die vrugte word by wyse van *fructum perceptio*, terwyl die *fiduciarius* by *separatio* eienaar daarvan word. Die analogie eindig egter daar aangesien die *fiduciarius* ook eienaar is van die eiendom wat die vrugte voortbring, terwyl die vruggebruiker geregtig is op die vrugte van iemand anders (die bloot-eienaar) se eiendom.

5 Toepassing

Uit die voorgaande blyk duidelik dat die verskil tussen *fideicommissum* en vruggebruik nou saamhang met die kwessies rondom eiendomsreg van die betrokke saak. Die vraag na welke van hierdie regsfigure deur 'n testament ingestel word, moet beantwoord word deur middel van uitleg van die testament. Die algemene reël dat die bedoeling van die testateur/testatrise vasgestel moet word, moet dus altyd nagevolg word. Om hiermee behulpsaam te wees, kan daar van verskeie *indicia* in die testament self gebruik gemaak word (Erasmus en De Waal

par 144; vir 'n volledige bespreking van hierdie *indicia*, sien Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn 383–385; sien ook *Estate Koster v CIR* 1963 2 SA 716 (K); *Sutton v Sutton* 1963 2 SA 602 (N); *CIR v Sive's Estate* 1955 1 SA 249 (A); *CIR v Lukin's Estate* 1956 1 SA 617 (A); *Schaumberg v Stark* 1956 4 SA 462 (A)).

Word daar nou na die feite van die *Loots*-saak gekyk, is dit duidelik dat die bedoeling van die testatrix nie was dat Loots op enige stadium eienaar van die plaas moet word nie, maar slegs dat hy die plaas teen 'n "billike" vergoeding van die kerkraad moet huur. Daar kan dus nie sprake van 'n *fideicommissum* wees nie en die vraag is nou of vruggebruik die toepaslike regsfiguur is.

Met die eerste oogopslag wil dit voorkom of dit wel die geval is aangesien Loots nooit eienaar van die plaas kan word nie maar tog gebruik en genot daarvan kan verkry. Die probleem met hierdie gevolgtrekking is egter dat hy 'n billike vergoeding vir sy regte moet betaal – 'n situasie wat nie by vruggebruik voorkom nie. Vruggebruik is dus ook nie die korrekte regsfiguur nie. Die enigste moontlike gevolgtrekking is dan dat Loots 'n normale huurder is en dat daar op die kerkraad 'n las of *modus* rus om die plaas aan hom te verhuur. (Die testamentêre bepaling in die *Loots*-saak toon groot ooreenkoms met 'n soortgelyke *modus* wat die kerk in *Ex parte the Dutch Reformed Church of Dewetsdorp* 1938 OPD 136 opgelê is. In dié saak is twee plase ook onderworpe aan 'n vervreemdingsverbod aan die kerk bemaak met die verdere bepaling dat dit teen 'n vasgestelde huurgeld aan sekere familieleden van die testateur verhuur moet word.)

6 Omskrywing van 'n *modus*

'n Mens het met 'n *modus* te doen waar 'n testateur 'n begunstigde verplig om 'n bemaakte voordeel (of die opbrengs daarvan) vir 'n bepaalde doel aan te wend, byvoorbeeld vir die onderhoud van weeskinders (*Jewish Colonial Trust Ltd v Estate Nathan* 1940 AD 163) of, soos *in casu*, om dit te verhuur aan 'n derde persoon. Aanvaar die begunstigde die bemaking, ontstaan daar 'n verbintenis ingevolge waarvan hy verplig is om die las (*modus*) na te kom (*Wessels v Wessels en Seuns (Edms) Bpk* 1987 3 SA 530 (T)). Uitvoering van dié persoonlike verpligting kan van die beswaarde begunstigde geëis word deur diegene in wie se guns die *modus* gemaak is. Met betrekking tot die *Loots*-saak beteken dit dus dat Loots van die kerkraad kan eis dat die plaas "op billike terme en voorwaardes" aan hom verhuur moet word.

Ten slotte kan genoem word dat die hof (454) daarop wys dat daar nie namens die applikante betoog is dat die bepaling 'n *nudum praeceptum* is nie. 'n Bepaling word as 'n *nudum praeceptum* beskou wanneer 'n voordeel onderworpe aan 'n vervreemdingsverbod nagelaat word en geen aanduiding van die gevolge van verontagsaming van die verbod gegee word nie. Die vervreemdingsverbod is in so 'n geval nietig (*Jewish Colonial Trust Ltd v Estate Nathan* 1940 AD 163; *Ruskin v Sapire* 1966 2 SA 306 (W); sien ook Van der Merwe en Rowland 314; *Ex parte Estate Wienand* 1965 1 SA 576 (K); *Ex parte Roads* 1978 4 SA 649 (O) en *Ex parte McClung* 1983 3 SA 446 (O) oor die *nudum praeceptum* in die algemeen). By nadere ondersoek blyk dit dat die bepaling in die *Loots*-saak

inderdaad 'n *nudum praeceptum* is aangesien daar nie bepaal is wat met die eiendom moet gebeur indien die vervreemdingsverbod verontagsaam word nie. Die kerkraad sou dus die plaas kon vervreem en sodoende die respondent alle regte ontsê. Soos reeds genoem is, is die feit dat die bepaling 'n *nudum praeceptum* kan wees egter nie aangevoer nie en het die hof die aangeleentheid nie verder ondersoek nie.

J JAMNECK

Universiteit van Suid-Afrika

The right of an individual to personal freedom is a right which has always been jealously guarded by our courts and our law has always regarded the deprivation of personal liberty as a serious injury. The unlawful arrest and detention of the plaintiff amounted to a serious invasion of this right (per Van Rensburg J in Ochse v King William's Town Municipality 1990 2 SA 855 (E) 860).

BOEKE

INLEIDING TOT DIE REG

deur LOURENS M DU PLESSIS in medewerking met AG DU PLESSIS

Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1990; xiii en 241 bl

Prys R58,00 + AVB (sagteband)

In 'n handboek wat bedoel is om beginners en oningewydes in die Suid-Afrikaanse reg in te lei, verwag 'n mens inleidende opmerkings oor die reg en regs wetenskap. 'n Mens verwag byvoorbeeld 'n uiteensetting van wat die reg is en hoe dit verskil van sedes en moraliteit, van die geskiedenis en ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg, die band tussen die Suid-Afrikaanse regstelsel en ander regstelsels, die indeling van die Suid-Afrikaanse reg, die bronne van ons reg en die talle basiese onderskeide wat in die reg voorkom, byvoorbeeld die onderskeid tussen regsobjek en regsobjek en tussen privaat- en publiekreg. *Inleiding tot die reg* bevat dit en nog meer.

Inleiding tot die reg bestaan uit 'n voorwoord, inhoudsopgawe, sewe hoofstukke met praktiese oefeninge en 'n lys van verdere leeswerk aan die einde van elke hoofstuk, vier aanhangsels en 'n trefwoordregister.

Hoofstuk 1, "Inleiding: reg in teorie – en aan die universiteit", bevat meer inligting as wat 'n mens normaalweg in 'n inleidende boek oor die reg sou verwag. Dit bevat 'n bespreking van die verwerping van teoretiese kennis en die nut van akademiese opleiding as voorbereiding op en metgesel van die praktyk. Verder word 'n kort historiese oorsig van die universiteit as instelling gegee en word verduidelik wat 'n universiteit en akademiese vryheid is en hoe 'n universiteit funksioneer en georganiseer word. Hierdie inligting is streng gesproke nie nodig vir iemand wat bloot 'n inleiding tot die Suid-Afrikaanse reg verlang nie. Dit word nietemin verwelkom aangesien dit aan die beginnerstudent 'n beter begrip van en perspektief op die universiteitsmilieu, waarbinne hy/sy sy/haar regstudies onderneem, verskaf.

Die tweede hoofstuk bevat 'n historiese en vergelykende oorsig van die Suid-Afrikaanse reg. Hierdie oorsig is egter nie beperk tot 'n bespreking van die oorsprong en plaaslike ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse regstelsel nie. Die bevat onder andere ook 'n uiteensetting van die wisselwerking tussen die Romeins-Hollandse en Engelse reg in Suid-Afrika (insluitende die "stryd" tussen die puriste en moderniste), die aanwending van die reg as ideologiese instrument om apartheid te vestig, af te dwing en te versterk, enkele onlangser regsfilosofiese benaderings tot die reg (in besonder positivisme) en die lotgevalle van die inheemse regstelsels.

In hoofstuk 3, "Die reg en sosiale ordening: die regspleging", word aan die hand van drie voorbeelde verduidelik "hoedat die reg (kan) werk" (80). Die voorbeelde

handel oor 'n kontrak wat behoorlik uitgevoer word, die dood van 'n persoon en oor 'n motorbotsing wat gevolg word deur aanranding, laster en onsmaklike en dreigende telefoonoproepe. Die praktiese regsgevolge van hierdie gevalle word aangedui, byvoorbeeld in geval twee gaan die persoon se regstatus tot niet met die gevolg dat haar huwelik ontbind, haar boedel onder haar erfgename verdeel word, haar lewenspolis uitbetaal word ensovoorts. Die res van die hoofstuk bevat 'n uiteensetting van die regspleging. Waarom daar hoewe is, wat hulle doen, die verskillende soorte hoewe, die verskille tussen straf- en siviele sake, die verloop van 'n siviele en 'n strafsak, hersienings en appèlle en die regsprofessie word behandel. Dit is interessant om daarop te let dat die afdeling oor die regsprofessie ook 'n bespreking van sowel die persoonlikheidsienskappe wat van die juris geveerg word, as die gebreke in en/of kritiek wat dikwels teen die regspleging en -professie geopper word, bevat.

Hoofstuk 4 handel oor subjektiewe regte en menseregte. In hierdie hoofstuk word sowel 'n privaatregtelike as publiekregtelike perspektief op die reg gegee. Eerstens word die verskille tussen privaat- en publiekreg aangedui. Dan volg 'n uiteensetting van die privaatregtelike subjektiewe regte-teorie. In dié uiteensetting word onder andere aandag geskenk aan die onderskeid tussen regsobjek en regsobjek, die verskillende kompetensies en bevoegdhede waarmee regsobjekte bekleed kan wees en die indeling van subjektiewe regte.

Die bespreking van die indeling van subjektiewe regte sluit ook kort besprekings in van 'n vyfde kategorie subjektiewe regte, genaamd persoonlike immaterieelgoedereregte, wat deur Neethling (1987 *THRHR* 316) geïdentifiseer is (130 131 136). Die outeur maak egter in sy indeling van die subjektiewe regsfeer van die materiële privaatrege in sake-, immaterieelgoedere-, persoonlikheids- en verbintenisreg (142), hoegenaamd nie melding van hierdie vyfde kategorie subjektiewe regte nie. Is dit 'n blote oorsig of beteken dit dat die outeur eintlik meen dat die vyfde kategorie nie as afsonderlike regsfeer erkenning behoort te geniet nie? Uit die besprekings van die moontlike erkenning van die vyfde kategorie blyk dit nie of die outeur die aanvaarding van 'n vyfde kategorie steun of verwerp nie (130 131 136). Die rede waarom nie sterk standpunt oor hierdie indeling ingeneem is nie, is waarskynlik omdat die outeur

“aan lesers die geleentheid [wou] gee om sêlf [die] kwessie te beredeneer en sêlf uitsluitel daarvoor te probeer kry” (15).

Ongelukkig kan hierdie prysenswaardige doel in die onderhawige geval die indruk skep dat 'n oorsig ingesluit het. (Sien verder die bespreking *infra* ivm die outeur se hantering van meningsverskille omtrent akademies omstrede kwessies.)

'n Uiteensetting van Hahlo en Kahn (*The South African legal system and its background* (1973) 76–82) se alternatiewe benadering tot privaatregtelike regte en verpligtinge word ook in hoofstuk 4 verskaf.

'n Publiekregtelike perspektief volg na die bespreking van die privaatregtelike benadering tot subjektiewe regte. In hierdie afdeling word menseregte, wat merendeels in verband gebring word met “die beskerming van regsobjektiewiteit in die publiekreg” (146), bespreek. 'n Historiese en vergelykende perspektief op die beskerming van menseregte word gegee en alternatiewe tot die huidige ontoereikende menseregtebeskerming in Suid-Afrika word aangedui. Verder word drie generasies of vlakke menseregte (die outeur verkies eg benaming – sien 164) verduidelik. Laastens word die vraag of daar publiekregtelike subjektiewe regte is, aan die hand van Venter (*Die publiekregtelike verhouding* (1985) 148–171) en Wiechers (“Die publieke subjektiewe reg” in Strauss (red) *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (1988) 270–291) se botsende standpunte oor hierdie aangeleentheid bespreek.

Hoofstuk 5 is een van die korter hoofstukke in *Inleiding tot die reg*. Dit bevat 'n verduideliking van wat regsfeite is. Die indeling van regsfeite in subjektiewe regsfeite (menslike handelinge), objektiewe regsfeite (natuurlike gebeurtenisse, optredes van

ontoerekeningsvatbare persone, toestande) en toegerekende handeling word ook verduidelik.

Hoofstuk 6 handel oor die reg in normatiewe sin en bevat eerstens 'n uiteensetting van die verskil tussen regsnorme, moraliteit en gemeenskapsedes. Die res van die hoofstuk handel hoofsaaklik oor die bronne van die reg (wetgewing, regspraak, ou bronne ensovoorts). Die bespreking van ons regsbronne word in hierdie hoofstuk vervat, skynbaar omdat die norme van die Suid-Afrikaanse positiewe reg hulle oorsprong in hierdie bronne vind en daarin vasgelê word (179). Myns insiens kon die bespreking van die bronne van die Suid-Afrikaanse reg eerder in 'n afsonderlike hoofstuk opgeneem gewees het. Die gedeelte in hoofstuk 2 wat handel oor die plek en rol van die gemenereg, wetgewing, regspraak, gewoonte en regsgeleerde geskifte (hfst 2 7 3) kon dan uit daardie hoofstuk verwyder en ook in die afsonderlike hoofstuk oor die regsbronne opgeneem gewees het. Selfs indien die bespreking van die bronne van die reg in hoofstuk 6 behou word, behoort bogenoemde gedeelte van hoofstuk 2 verwyder en by die bespreking van die regsbronne geplaas te word. Tans word daar wel in hoofstuk 6 terugverwys na die bespreking in hoofstuk 2 (7 3) maar dit sal myns insiens vir die leser geriefliker wees indien die bespreking van die plek en rol van die bronne van die reg in dieselfde hoofstuk verskyn as dié waarin die regsbronne bespreek word. 'n Verdere punt wat in verband met die bespreking van die bronne van die reg gemeld kan word, is dat die outeurs na ken- en ontstaansbronne van die reg verwys (bv op 72 word gemeld dat wetgewing 'n ontstaans- en kenbron is) sonder om duidelik aan te dui wat die verskil tussen die twee tipes bronne is en welke bronne onder elke tipe val.

In die laaste hoofstuk word die tradisionele indeling van die reg in publiek- en privaatreë, met verdere onderafdelings of -indulings, bespreek. Die noue band tussen privaatreë en handelsreg word ook aangedui. Die hoofstuk bevat verder 'n skematiese voorstelling van die publiekreg/privaatreëindeling. Die algemene ondersteunings- of oorsigdisiplines, naamlik uitleg van wette, geregtelike geneeskunde, regsvergelyking, regsfilosofie en regsgeeskiedenis word ook in hierdie hoofstuk aangeraak.

Daar is reeds gemeld dat elke hoofstuk 'n lys van verdere leeswerk asook praktiese oefeninge bevat. Die lys van verdere leeswerk kan van nut wees vir persone wat meer oor 'n bepaalde afdeling van die stof te wete wil kom.

Die praktiese oefeninge is "ontwerp om akademiese vaardighede te help inoefen" (15). Hierdie oefeninge bevat vrae wat bloot op die toets van kennis gerig is, byvoorbeeld oefening 3 op 119:

"Maak 'n lys van al die provinsiale sowel as plaaslike afdelings van die Hooggeregshof van Suid-Afrika. Gee ook die afkortings wat in die Suid-Afrikaanse Hofverslae vir elke afdeling gebruik word."

Hierbenewens bevat dit vrae wat van die leser vereis om versigtig na te dink oor die stof wat aan hom voorgehou word, byvoorbeeld oefening 14 op 79:

"Dink u die huidige reëling in verband met die erkenning van swart inheemse reg in Suid-Afrika laat reg geskied aan die inheemse reg? Motiveer u antwoord en indien u antwoord 'nee' is, wat anders stel u voor?"

Laasgenoemde tipe vrae is in die meerderheid.

Soos vermeld, bevat *Inleiding tot die reg* aanhangsels. Aanhangsels 2 tot met 4 sal waarskynlik veral vir beginners van groot waarde wees – sommige meer gevorderde regstudente kan egter ook daarby baat.

In Aanhangel 2 word die Suid-Afrikaanse howe se benadering tot wetsuitleg uiteengesit. Daar word aangedui dat die basiese uitgangspunt is dat die woorde van 'n wet volgens hulle gewone, alledaagse betekenis verstaan moet word en dat, in gevalle van onduidelikheid en/of dubbelsinnigheid, die bedoeling van die wetgewer vasgestel moet word. Die howe se hantering van bogenoemde uitgangspunt en die vernaamste uitlegteorieë word kortliks uiteengesit. Die gebruik van uitlegnorme en

-middele word ook verduidelik maar die reëls en/of vermoedens self word nie bespreek nie. Alhoewel dit te verstane is dat die aanhangsel nie 'n bespreking van alle uitlegreëls en/of -vermoedens kan bevat nie, word aan die hand gedoen dat die belangrikste of mees algemeen gebruikte reëls en/of vermoedens tog kortliks aangestip behoort te word – selfs net 'n baie kort aanduiding van die belangrikste daarvan kan vir oningewydes en beginners van hulp wees.

Aanhangsels 3 en 4 handel oor die aanhaal en opspoor van wetgewing en die lees van beslissings. Hierdie aanhangsels behoort vir alle oningewydes en beginners van onskatbare waarde te wees. In Aanhangsel 3 word byvoorbeeld nie net verduidelik hoe om na statute te verwys nie, maar ook hoe om na proklamasies en regulasies te verwys. Die opspoor van wetgewing en ondergeskikte wetgewing deur gebruikmaking van die geklassifiseerde en geannoteerde Butterworths-statute word ook, met behulp van voorbeelde, verduidelik. Aanhangsel 4 sit die tipografiese voorkoms van 'n gerapporteerde beslissing uiteen, verskaf wenke by die lees daarvan, verduidelik enkele woorde en uitdrukkings wat dikwels in beslissings gebruik word en gee (aan die hand van *Le Roux v Le Roux* 1963 4 SA 273 (K)) 'n praktiese voorbeeld van hoe om 'n beslissing op te som. Verder word verduidelik hoe gerapporteerde beslissings opgespoor kan word en hoe die *Index and Noter-up to the South African Law Reports* en die *Index and Annotations to the South African Law Reports* hiermee van hulp kan wees. Die gebruik van die *Noter-up* en *Index and Annotations* word deur middel van voorbeelde geïllustreer. Aan die einde van Aanhangsel 4 verskyn ook 'n kort lysie van verwysings na sommige van die voor-1910 hofverslae. Vir 'n volledige uiteensetting van alle beskikbare Suider-Afrikaanse hofverslae verwys die outeur na Hahlo en Kahn 293–301. Dit sou waarskynlik geriefliker vir die leser gewees het indien 'n uitgebreider lys van verwysings in *Inleiding tot die reg* verskyn het – al sou dit (gedeeltelike) oorvleueling met Hahlo en Kahn se boek tot gevolg gehad het.

Aanhangsel 1 het die opskrif “Drie perspektiewe op die reg”. Hierin word aanhalings van Cicero, Kant en Esegïel verskaf en ontleed ten einde die drie perspektiewe op die reg te verduidelik. Die stof is miskien te filosofies vir 'n oningewyde in die reg. Die stof kon stellig eerder in meer vereenvoudigde vorm in hoofstuk 4 1, waar die objektief-normatiewe en subjektief-relasionele gesigspunte op die reg uitgewys word en waarin daar tans 'n kruisverwysing na Aanhangsel 1 voorkom, opgeneem gewees het.

Inleiding tot die reg eindig met 'n nuttige lys trefwoorde. Dit kom egter voor of die trefwoorde in die aanhangsels nie in die trefwoordelys opgeneem is nie (teenoor die begrippe “obiter dicta” en “ratio decidendi” verskyn daar byvoorbeeld geen verwysing na 225 waar hierdie begrippe ook verduidelik word nie; die woord “kopstuk”, wat in Aanhangsel 4 voorkom (224), is nie in die lys opgeneem nie). Dit sou gerieflik gewees het indien die trefwoordregister ook die trefwoorde in die aanhangsels ingesluit het.

Met *Inleiding tot die reg* het Lourens du Plessis (bygestaan deur Abrie du Plessis) nog 'n waardevolle bydrae tot ons regsliteratuur gelewer. Die werk slaag daarin om op 'n verstaanbare, logiese en sistematiese wyse die inligting te bied wat beginners en oningewydes benodig om met die Suid-Afrikaanse reg vertrouwd te kan raak.

Een van die besonder waardevolle eienskappe van die handboek is dat dit weg-beweeg van die tradisionele, redelik eng privaatregtelike benadering tot 'n inleidende kursus oor die reg. Die leser word van die belang van sowel die privaat- as publiekreg bewus gemaak en word sodoende 'n breër perspektief as bloot die privaatregtelike gegee.

'n Ander eienskap op grond waarvan die handboek sterk aanbeveel word, is die ruim gebruik van voorbeelde om verduidelikings toe te lig. Die voorbeelde sal dit vir 'n beginner waarskynlik veel makliker maak om die inhoud te begryp.

Verder dui die outeur nie bloot net sy eie standpunt omtrent akademies omstrede kwessies aan nie. Hy maak lesers bewus van meningsverskille oor spesifieke aangeleenthede, maar neem nie sterk standpunt na die een of ander kant toe in nie,

“juis om aan lesers die geleentheid te gee om sêlf [die betrokke] kwessie te beredeneer en sêlf uitsluitel daaroor te probeer kry, besluite te neem en keuses te maak” (15).

(Vgl in hierdie verband ook die bespreking *supra* van die outeur se hantering van Neethling se identifisering van ’n vyfde kategorie subjektiewe regte.) Hierdie benadering beteken nie dat verskillende standpunte bloot klakkeloos weergegee word nie. Waar die outeur dit nodig ag, lewer hy kritiek op standpunte, byvoorbeeld op Van der Vyver se standpunt omtrent die tradisionele onderskeid tussen absolute en relatiewe subjektiewe regte (139–140). Die outeur dui egter ook aan wanneer en waarom hy met ’n sekere standpunt saamstem (sien byvoorbeeld die opmerkinge op 184 oor Basson en Viljoen se standpunt dat provinsiale wetgewing onder die nuwe bedeling, ingevolge waarvan die wetgewende gesag in die provinsies aan die onderskeie administrateurs toegeken is, waarskynlik ondergeskikte wetgewing is).

Inleiding tot die reg word van harte verwelkom en word sterk aanbeveel vir studente wat nog geen, of slegs ’n beperkte, kennismaking met die reg gehad het. Ongelukkig verskyn *Inleiding tot die reg* tans net in Afrikaans. ’n Engelse vertaling sal verwelkom word.

Die proefleesgehalte van die werk is goed. ’n Paar geringe foute kom voor, byvoorbeeld “soiets” op 139, “toegspits” op 142, “mensregteleer” op 147, “mensregtebeskerming” op 155, “choas” op 180 en “alle die reg” op 199. Die inligtingsblad op die rugkant van die titelblad bevat ook ’n aantal foute (“work” ipv “word”, ’n komma ontbreek na “inligting-” en die besonderhede oor die omslagontwerp verskyn in Engels).

Ten slotte verwelkom die resesent die gebruik van die vroulike vorm as alternatief tot die manlike (sien bv 2 3 137 161 170).

JACQUELINE HEATON
Universiteit van Suid-Afrika

KELSEY STUART'S NEWSPAPERMAN'S GUIDE TO THE LAW

by BELL, DEWAR AND HALL

Fifth edition; Butterworths Durban 1990; vii and 352 pp

Price R77,00 (soft cover) R105,00 (hard cover) + GST

This well-known and established publication has achieved a first. It is the first time that a text-book of a legal nature has been published under the auspices of a firm of attorneys.

As previously stated when I reviewed the fourth edition (see 1986 *De Rebus* 585), this book does not presume to be an exhaustive legal text-book, but endeavours to outline and underline the legal dangers and pitfalls of journalistic reporting. Its concise and authoritative exposition of the legal aspects affecting journalism at this particular level, makes this edition an indispensable standby for every journalist and legal practitioner wishing to have access to an abbreviated legal compendium of the law applicable to journalism.

The fifth edition differs from the previous edition in that certain events and developments have necessitated a revision of chapters 4 (The SA Media Council), 5 (Defamation), 7 (Publications Control), 11 (Police, Defence and Armscor Agreements), 13 (Court Reporting), 14 (Gambling and Trade Coupons), 15 (Copyright), 17 (Statutes Regulating Advertising), 18 (Advertising Standards), 19 (Disclosure of Sources, Search and Seizure), 20 (Sundry Statutes) and 21 (Emergency Regulations). In order to achieve a more logical presentation of subject matter, some of the chapters have been rearranged.

The recent revision has improved the structure of the book, but there is still room for further improvement with regard to the grouping of subjects under one chapter or heading. The chapter on court reporting and the discussion of contempt of court are still separated by four chapters despite the fact that contempt of court by a journalist will almost invariably arise out of court reporting and that the mere existence of contempt of court has a profound influence on what may be reported by a journalist in respect of court proceedings (see eg *S v Harber* 1988 3 SA 396 (A)). Another example of lack of system is that injurious falsehood is discussed as a form of defamation when in fact it should form part of unlawful competition or the common-law regulation of advertising. Why deal with Police and Armscor agreements separately when the arrangement with the Commissioner of Prisons is dealt with in correct sequence, namely directly after the prohibitions of the Prisons Act of 1959? There should at least have been a cross-reference to the chapter dealing with the agreements. In the preface the authors state as their primary objective the presentation of subject matter in such a way that it enables a busy newspaper person to identify the area of law in which his problems fall. If the arrangement is such that related subject matter is not presented together, this objective becomes nigh on unattainable as related subject matter is not always dealt with under one heading or chapter.

Cross-referencing could solve this problem, but unfortunately the authors do not utilise extensive cross-referencing as an editorial policy. Examples of this are paragraph 3.9 (21) (relationship between the Newspaper Press Union and the Publications Act dealt with under newspaper registration); paragraph 10 *et seq* (144 ff) (no cross-reference to the agreement with the Minister of Defence in ch 12); dealing with the Children's court as a court of criminal instance (191) and thereafter omitting to point out in the section on "Restrictions on court reporting" the restrictions contained in section 8(3) of the Child Care Act of 1983; failure to deal specifically with the publication of civil proceedings under a separate heading but hidden away under the heading "General remarks on court reporting" (200) (no reference to this page in the general index); and the prohibition on certain advertisements in terms of the Publications Act of 1974 with no cross-reference to this in the section on advertisements in chapter 17 (241).

As far as the main body of the book is concerned, and bearing in mind the stated objective of the authors, it can hardly be faulted. There are, however, certain aspects of the revision that deserve the authors' future attention. The first of these is the extensive use of quotations from statutes (see as an example the whole of ch 17). Secondly, the inclusion of some acts quoted in full without any explanation of how they affect the dissemination of information or the exercising of the journalistic profession. (See, eg, the Measuring Units and National Measuring Standards Act 76 of 1963 (275); the Subdivision of Agricultural Land Act of 1970, the Population Registration Act of 1950 and the Sectional Titles Act of 1971, which specifically provides that only the *developer* can commit the stated offence. The same applies to the Architects Act of 1970; the Quantity Surveyors Act of 1970; and the Diamond Cutting Act of 1979.) Thirdly, some minor omissions do occur. (Eg, the section on "Restrictions on court reporting" (172) appears to have lost the helpful and illustrative reference and discussion of *S v Citizen Newspapers (Pty) Ltd*, *S v Perskorporasie* 1980 3 SA 889 (T) (1981 4 SA 18 (A)) contained in the fourth edition; the

discussion on the legality of comparative advertising is less than satisfactory – cf 70 ff with Van Heerden and Neethling *Onregmatige mededinging* (1983) 175 ff – and furthermore no reference to this par is to be found either in the general index or in ch 17 dealing with advertising; the failure to deal with or at least to mention *GA Fichardt v Friend Newspapers Ltd* 1916 AD 1 in respect of injurious falsehood and the persistence with the legally unfounded concept of strict liability of the press for actions which amount to unlawful competition; the failure to deal with the publication of information regarding the granting of nuclear licences and related matters in terms of the Nuclear Energy Act of 1982 (159); referring to self-defence as a defence against a claim for defamation without referring to the only reported case on this point: *Rhodes University College v Field* 1947 3 SA 437 (A); and the absence of any reference to or discussion of the jurisdictional aspects dealt with by the Media Council in *End Conscription Campaign v Aida Parker Newsletter* (34 35.) Fourthly, the failure to refer the legal specialist reader to pages of sources of first reference on particular topics, detrimentally affects the usefulness of the publication to the specialist legal user (eg, in the entire chapter on defamation there is only one page reference to the specialist work of Burchell *The law of defamation in South Africa* (1985)).

The book is technically and typographically of a particularly high standard, although the use of paragraph numbers as a means of referencing slows down speed of reference as does the injudicious use of quotations. The general index, however, should receive the special attention of the authors in the next edition as it is not as useful as it should be – particularly if the present order of the book is retained (eg, when looking for the liaison procedure in respect of defence matters this does not appear separately or under “Defence” and unless the reader is aware of the fact that the procedure is in terms of an agreement with the minister, he will spend a considerable time in locating the desired topic, especially in view of the fact that this particular topic does not appear under the heading of “The Defence Act, 1957” (144 ff). The same applies to the user who wishes to write on racial matters. He will only find a reference to the defamatory consequences of averments of race but no reference to either the fomenting of racial hostility in terms of the Internal Security Act of 1982 or the Black Administration Act of 1927).

In conclusion: in this work the authors undoubtedly succeed in what they set out to do. This book will, however, for the reasons stated above (particularly the partial absence of a consistent logical system, a general index lacking in certain respects and the failure to refer to works of first reference with particularity) have limited appeal for the legal practitioner. The remaining lack of a logical system will also to a certain extent affect its suitability as a student text-book. *The Newspaperman's guide to the law* nevertheless remains an indispensable companion to any journalist and legal practitioner wishing to ascertain concisely the influence of the law on journalistic reporting.

HB KLOPPER
University of Pretoria

GRONDTREKKE VAN DIE SIVIELE PROSESREG IN DIE LANDDROSHOWE

deur CF ECKARD

Tweede uitgawe; Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1990; lxii en 385 bl

Prys R86,00 + AVB

Grondtrekke van die siviele prosesreg in die landdroshowe is 'n werk wat geen bekendstelling onder studente en regsgeleerdes nodig het nie. Dit is 'n boek wat geskryf is omdat

“prokureursklerke, advokaatpupille en senior studente dikwels behoefte het aan ’n werk wat in hoofsaak verduidelik hoe die beginsels van die siviele prosesreg in die praktyk toegepas word”.

By die tweede uitgawe van hierdie boek is dieselfde doelwit nagestreef as by die eerste uitgawe, naamlik om ’n basiese handboek oor die onderwerp daar te stel. Alhoewel daar ’n aantal gesaghebbende werke oor die siviele prosesreg is en die outeur telkens daarna verwys ter wille van diegene wat dieper navorsing wil doen, is daar ’n neiging in hierdie werke om ’n basiese kennis by die leser te veronderstel; dit bring mee dat die student en nuwe praktisyn verstrengel kan raak in ’n magdom feite en hofbeslissings. Hierdie tweede uitgawe is, soos die eerste, daarop ingestel om op ’n eenvoudige en logiese wyse die onervare student en praktisyn te help om die basiese beginsels te bemeester voordat tegniese punte ondersoek word.

In die lig van al die belangrike wysigings wat sedert die vorige uitgawe op die gebied van die siviele prosesreg ingetree het, was daar ongetwyfeld ’n behoefte aan ’n nuwe uitgawe – die tweede uitgawe van die boek moet dus verwelkom word. Nuwe statutêre wysigings, tot met dié wat op 1 Julie 1989 in werking getree het, is in hierdie uitgawe vervat en belangwekkende hofuitsprake is bygewerk. Die werk volg grootliks dieselfde indeling as in die verlede. Dit bestaan uit twintig hoofstukke. Verder bevat dit ’n volledige register met kruisverwysings na regspraak, die artikels van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944, die reëls wat ingevolge genoemde wet afgekondig is, en die vorms en voorbeelde wat in die boek opgeneem is. Die register kan beslis baie nuttig gebruik word vir vinnige en doeltreffende naslaanwerk.

Die bespreking in hoofstuk 1 van die geskiedkundige agtergrond is kort en bondig. In hoofstuk 2 volg ’n paar algemene opmerkings oor die prosedure in die landdroshowe met verwysing na die rol van landdroste, die klerk van die hof, geregsbodes en regsvertegenwoordigers. Die outeur slaag goed daarin om die siviele prosesreg in perspektief te stel. Hy benadruk dat die allesoorheersende beginsel van die siviele prosesreg die *audi alteram partem*-reël is. Die siviele prosesreg is dus die reëls wat bepaal hoe die partye te werk moet gaan om hul sake so deeglik moontlik voor die hof te lê sodat die hof ’n uitspraak in ooreenstemming met die materiële reg kan gee. Daar word ook kortliks aandag aan die howe vir klein eise gewy. Hierdie howe het eers na die verskyning van die vorige uitgawe in werking getree en die bespreking is dienooreenkomstig aangepas om die werking van dié howe te reflekteer.

In hoofstuk 3 word jurisdiksie breedvoerig bespreek. Die relevante artikels word stuksgewys uiteengesit met ’n verduideliking van die betekenis van elk. Moeilike begrippe waarmee studente dikwels probleme ondervind, word uitgelig en verduidelik. Veral vermeldingswaardig is die eenvoudige en logiese wyse waarop aspekte soos afstanddoening van ’n gedeelte van ’n vordering (35) verduidelik word.

Hoofstukke 4 tot 17 word aan ’n uiteensetting van die verloop van die proses gewy. Onderskeid word tussen aansoek- en aksieprosedure gemaak. Daarna volg ’n bespreking van die omstandighede waarin die twee prosedures toepaslik sal wees, asook ’n uiteensetting van die stappe wat in elke geval gedoen moet word. Wat hierdie boek so besonder waardevol maak, is die praktiese wyse waarop die besprekings telkens met gepaste voorbeelde toegelig word. Sodoende word die leser nie net ingelig oor wat gedoen moet word nie, maar ook oor hoe dit gedoen moet word. Die bespreking van die dagvaarding is uitgebrei deur ’n toevoeging (114) wat oor die wysiging van die dagvaarding na betekening handel. Ook die gedeelte oor die kennisgewing van voorneme om te verdedig is aangevul deur ’n uiteensetting van die plig van die eiser by ontvangs van so ’n kennisgewing (156). Een van die aspekte wat normaalweg oorweeg word deur ’n party wat ’n geding wil instel of verdedig, is die finansiële implikasies (koste) wat dit kan inhou. Hierdie onderafdeling bevat dan ook ’n bespreking oor die vernaamste aspekte rakende koste, waaronder party-en-party-koste, prokureur-en-kliënt-koste, interlokutêre bevels, asook die riglyne wat die hof by die maak van ’n kostebevel volg. Die onderafdeling oor die verloop van

die proses word afgesluit met 'n bespreking van die tenuitvoerlegging van 'n vonnis of bevel van die hof.

Hoofstuk 18 handel oor appèlle en hersienings. Die bespreking van appèlle toon dat die outeur wel kennis geneem het van kritiek wat in vorige resensies uitgespreek is. Daar word nou (304 saamgelees met vn 6) tereg aangetoon dat 'n party in 'n siviele geding in die landdroshof nie slegs kan appelleer na 'n provinsiale afdeling van die hooggeregshof nie, maar ook na daardie plaaslike afdelings wat wel appèl-bevoegdheid het. Die laaste twee hoofstukke handel onderskeidelik oor skuldinvorderingsprosedures en administrasiebevele wat vir die praktisyn van groot belang is. Hierdie hoofstukke is merendeels 'n oornameword van die ooreenstemmende gedeeltes in die vorige uitgawe.

Alhoewel kritiek al uitgespreek is dat meer hofbeslissings in die teks bespreek kon gewees het, is ek van mening dat in die lig van die omvang van die veld wat gedek word en die doel van die boek, die verwysing na en bespreking van hofbeslissings voldoende is. Die outeur sê dan ook uitdruklik: "Deurentyd val die klem op die essensiële."

Die skryfstyl is vloeiend en die outeur slaag uitmuntend daarin om die stof op 'n eenvoudige, logiese en maklik verstaanbare wyse uiteen te sit. Om die gebruik van die boek verder te vergemaklik, is alle aanhalings uit ander werke, hofbeslissings en wetgewing in 'n kleiner lettertype gedruk en word dit in blokvorm vertoon wat dit duidelik van die outeur se kommentaar onderskei. Aan die begin van elke hoofstuk verskyn daar ook 'n kort bibliografie om verdere navorsing te vergemaklik. Die tegniese versorging is van 'n hoë standaard. Hierdie boek word met die grootste vrymoedigheid aanbeveel vir enige student en ander persone wat die betrokke vak wil bestudeer.

SS NEL

Universiteit van Suid-Afrika

The permanent reputation of a legal system is made or marred by its lawyers (per Holdsworth Sources and literature 72-73).

Feesbundel

ter viering van die
vyf en twintigste bestaansjaar
van die

Fakulteit Regte
Potchefstroomse Universiteit
vir
Christelike Hoër Onderwys



Voorwoord

Die herdenking van die vyf en twintigjarige bestaan van die Fakulteit Regte van die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys het onder meer die gedagte aan 'n bundel met bydraes deur die huidige personelede van die fakulteit laat ontstaan. Dit sou moes aansluit by die beeld wat die fakulteit in die verlede gedra het, asook dien om die rigting aan te dui waarin toenemend in die fakulteit gewerk word. Ons glo dat ons met die stof wat hierin opgeneem is, die beeld van die fakulteit getrou weergee as 'n kundigheidsentrum waar, deur navorsingswerk van 'n innoverende aard op sowel die vakfilosofiese as die vaktegniese terreine, 'n unieke bydrae tot die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg in ons veranderde omstandighede gemaak is en verder gemaak sal word. Daardeur wil ons ook die nagedagtenis eer van diegene wat voor ons op hierdie pad geloop het. Ons begeerte is om steeds deur die vernuwende denke waartoe ons grondslag en missie ons verbind – meer nog, wat juis deur ons grondslag op 'n besondere manier moontlik en noodsaaklik gemaak word – aan die veelfasettige werk van hierdie fakulteit vorm en voortgang te gee.

Nadat daar op 'n feesbundel besluit is, het die lang verbintenis met die *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, asook die feit dat hierdie fakulteit hom steeds heelhartig met die doelstellings van die Vereniging Hugo de Groot vereenselwig, gelei tot 'n versoek aan die redakteur en bestuur om 'n feesnommer van die *Tydskrif* te oorweeg. Die bestuur en redaksie het ons versoek van meet af aan met welwillendheid en begrip gehanteer en alle besonderhede kon maklik afgehandel word. Die uitvoerende redaksie moes uiteraard bykomende werk doen om 'n vyfde nommer van die *Tydskrif* die lig te laat sien. Hulle het dit uiters professioneel en heelhartig gedoen. Daarvoor bedank ons graag die redakteur en sy mederedakteurs asook die bestuur van die Vereniging van harte. Sonder hulle goedgeunstige insette sou hierdie onderneming nie uitgevoer kon word nie.

Ten einde sake binne die fakulteit te koördineer, is die hulp van wyle mnr JC Burger, voorheen van die Departement Handelsreg, bekom. Sy toewyding en bekwame hantering van talle aangeleenthede in verband met die feesbundel was vir ons onmisbaar. Ons vertrou dat die eindproduk 'n waardige blyk van waardering vir sy onbaatsugtige insette daarstel.

Teenoor die bestuurskomitee van die PU vir CHO is ons dank verskuldig vir die goeie ontvangs van ons voorstelle en die finansiering van die feesbundel. Mnr Ugo Paladini en Professionele Uitgewers (Butterworths) se bekwame en simpatieke hantering van alle aspekte van hierdie onderneming word ook hoog op prys gestel. Laastens wil ons die outeurs bedank vir die moeite wat hulle gedoen het met die werk wat in hierdie feesbundel opgeneem is. Ons kon te alle tye op hulle stiptelike samewerking staatmaak. Dit toon nogmaals die besondere kollegialiteit en lojaliteit wat ons, wat die voorreg het om aan hierdie fakulteit verbonde te wees, nog altyd ervaar het.

CFC VAN DER WALT

Die grondslag en missie van die Fakulteit Regte

Die Fakulteit Regte vereenselwig hom met die Christelike grondslag waarop die PU vir CHO staan, wat beteken dat die Bybel as die Woord van God aanvaar word en dat dié Woord rigtinggewend is vir die hele lewe en dus ook vir die opvoeding van regstudiante en regswetenskapsbeoefening.

Die Fakulteit Regte streef daarna om deur die beoefening van die regswetenskap op die genoemde grondslag:

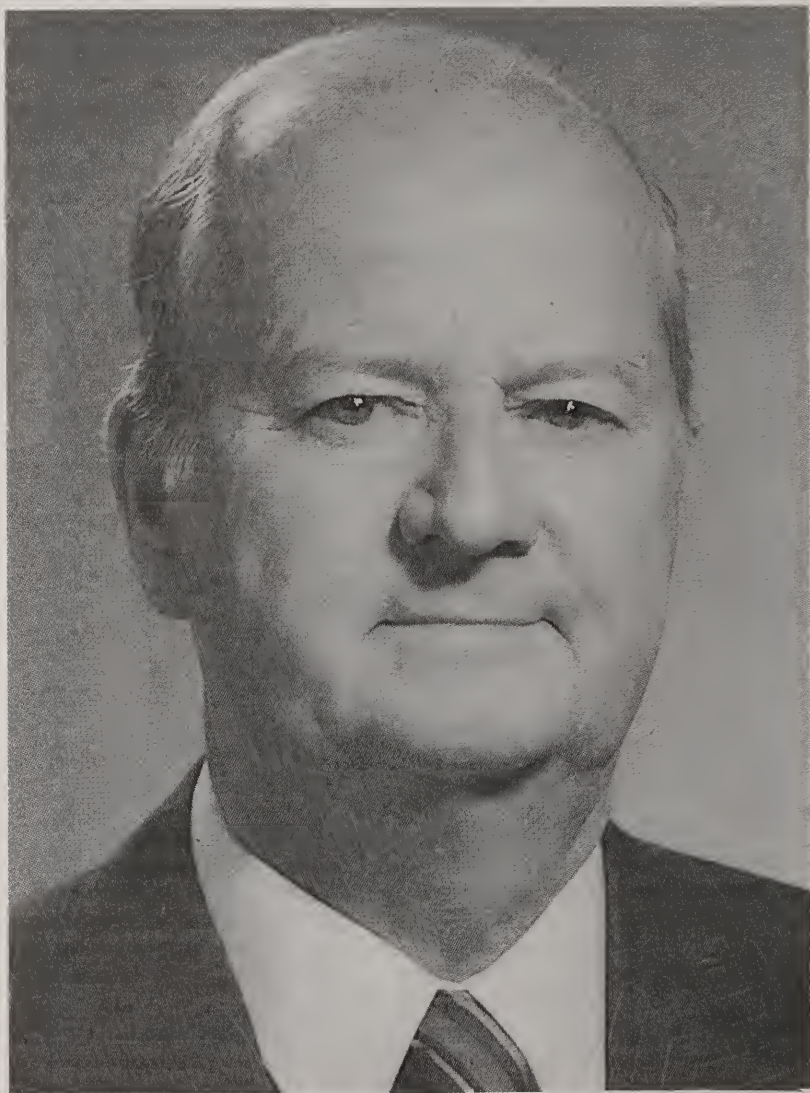
- Christelike regswetenskapsbeoefening uit te bou;
- studente regswetenskaplik toe te rus binne 'n moderne, didakties verantwoorde opvoedingsprogram, waarin ook op die totale vorming van die student tot roepingsvervulling en dienslewering klem gelê word; en
- hom as 'n erkende kundighedsentrum op die gebied van regsnavorsing, regsopleiding en diensbaarheid aan die gemeenskap uit te bou.



Die Hoofgebou (1930), setel van die Fakulteit Regte, PU vir CHO en 'n nasionale gedenkwaardigheid



LJ du Plessis (1933-1945; 1953-1961)



WA Joubert (1945-1952)



HL Swanepoel (1948–1972): Dekaan (1965–1971)



FJ van Zyl (1955-1969)



*Staatspresident FW de Klerk BA LLB
(1958) LLD hc (1990)*



*Dekane: WE Scott (1981-1986); JD van der Vyver (1972-1974);
HN Pretorius (1975-1980); CR de Beer (1987-)*

Fakulteit Regte, Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys – Vyf en twintig jaar*

TER INLEIDING

Die Fakulteit Regte van die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys vier onder andere by wyse van hierdie spesiale uitgawe van die *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins- Hollandse Reg* sy vyf en twintigste bestaansjaar.

Die grondslag en missie van die fakulteit is soos volg geformuleer: Die Fakulteit Regte vereenselwig hom met die Christelike grondslag waarop die PU vir CHO staan, wat beteken dat die Bybel as die Woord van God aanvaar word en dat dié Woord rigtinggewend is vir die hele lewe en dus ook vir die opvoeding van regstudente en regs wetenskapsbeoefening.

Die Fakulteit Regte streef daarna om deur die beoefening van die regs wetenskap op genoemde grondslag:

- Christelike regs wetenskapsbeoefening uit te bou;
- studente regs wetenskaplik toe te rus binne 'n moderne, didakties verantwoorde opvoedingsprogram, waarin ook op die totale vorming van die student tot roepingsvervulling en dienslewering klem gelê word; en
- hom as 'n erkende kundighedsentrum op die gebied van regsnavorsing, regsopleiding en diensbaarheid aan die gemeenskap uit te bou.

Hierdie uitgawe van die *Tydskrif* is onderneem in die vertroue dat die bydraes daarin as getuienis mag dien vir die aanvaarding en erkenning van die fakulteit as kundighedsentrum op die gebied van regsnavorsing.

Die besondere benadering in regs wetenskapsbeoefening waarna hierbo verwys is, word bepaal deur die Christelik-historiese karakter van die PU vir CHO asook deur die ontstaansgeskiedenis van die fakulteit.

* Die gebruik van die volgende bronne by die voorbereiding van hierdie oorsig word met dank erken: Strauss (red) *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (1988); Du Plessis *Geskiedenis van die Potchefstroomse Universiteitskollege vir Christelike Hoër Onderwys* (1975); Coetzee (red) *Genk bundel HL Swanepoel* (1976); Van der Vyver (red) *Ses Inouguerele Redes* (1975); Verslag *Akademie en verwante aangeleenthede aan die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys* (1966); Van Wyk 1989 (April) *Consultus* 42-46.

DIE DEPARTEMENT REGSVAKKE OF REGSWETENSKAPPE

Die moontlike aanbieding van regsvalke aan die toentertydse *Het Potchefstroomse Universiteitskollege* het reeds in 1922 ter sprake gekom na aanleiding van 'n brief van 'n prokureur, ene JLP Erasmus. Na 'n uitgebreide ondersoek en sorgvuldige oorweging is om verskeie redes besluit dat verdere uitbreiding voorlopig nie moet plaasvind nie.

In 1932 is daar egter besluit om regskursusse vir die BA-graad aan te bied, waarna die Departement Regsvalke vanaf 1933 amptelik in die jaarboek van die universiteit aangekondig word. Senior lektor LJ du Plessis tree op as hoof van en enigste dosent in hierdie departement.

Die aanvanklike keuse vir regsvalke is so uitgeoefen dat dit voldoende sou wees vir die B Econ-graad en tegelykertyd ook vir die BA-graad. In hierdie verband het die keuse geval op Romeinse Reg, Romeins-Hollandse Reg, Staatsreg en Jurisprudensie. Daar is egter onsekerheid rondom die vraag of Staatsreg aanvanklik deel van die Departement Regsvalke was en of dit as 'n aparte departement bestaan het. Vanaf 1937 word Staatsreg egter as deel van die Departement Regswetenskappe aangebied.

Die ontstaansgeskiedenis van die Departement Regsvalke of Regswetenskappe is nou verweef met die vroeë geskiedenis van die Departemente Klassieke en Staatsleer. Dit is noodwendig so omdat die grondleggers van regsopleiding aan die universiteit gelyktydig in hierdie departemente werksaam was. Eers in 1946, toe Du Plessis die diens van die PU vir CHO verlaat het om 'n pos in die sakewêreld te aanvaar, het 'n reorganisasie plaasgevind. Dit het daartoe gelei dat Staatsleer en Staatsadministrasie by die Departement Geskiedenis geplaas is en WA Joubert in 1947 as hoof van die selfstandige Departement Regswetenskappe benoem is.

Die begeerte om die LLB-graad ingestel te kry, was bepalend vir die besluite wat die universiteit vervolgens oor regsopleiding geneem het. Daar is gemeen dat so 'n graad slegs deur 'n Fakulteit Regte toegeken kon word, waarop besluit is om so 'n fakulteit tot stand te bring wat voorlopig by die Fakulteit Lettere en Wysbegeerte sou inskakel. Die Minister van Onderwys het die voorgestelde struktuur goedgekeur, maar voordat parlementêre goedkeuring verkry is, het dit duidelik geword dat die totstandkoming van 'n fakulteit nie 'n noodsaaklike voorvereiste vir die toekenning van 'n LLB-graad is nie. Hierop is die aansoek van die universiteit laat vaar. Intussen het die minister egter 'n addisionele senior lektoraat vir die Departement Regte goedgekeur, welke betrekking deur HL Swanepoel aanvaar is. So kon die Departement Regte die nuwe bedeling wat met die selfstandigwording van die PU vir CHO in 1951 ingelui is, tegemoetgaan as 'n volwaardige departement wat LLB-opleiding kon aanbied. Die eerste kandidaat, PR de Wet en GJ Fourie, behaal dan ook die LLB-graad in 1951. Die personeelkorps bestaan nou uit Joubert (departementshoof) en Swanepoel.

DIE TOTSTANDKOMING VAN DIE FAKULTEIT REGTE

Na die selfstandigwording van die PU vir CHO in 1951 het die strewing om 'n selfstandige fakulteit daar te stel, voortgeduur. So het professor HG Stoker, destydse dekaan van die Fakulteit Lettere en Wysbegeerte, van 1952 tot 1953 'n fondsinsamelingsveldtog vir die stigting van 'n regs fakulteit van stapel gestuur. Die stigting van die Fakulteit Regte spruit egter voort uit 'n verslag van pro-

fessor JH Coetzee, dekaan van die Fakulteit Lettere en Wysbegeerte wat tydens 'n fakulteitsraadsvergadering op 28 Augustus 1964 behandel is. Die daaropvolgende besluit van die fakulteitsraad dat 'n fakulteit as 'n saak van dringendheid ingestel moet word, word deur die Senaat op 9 September 1964 bekragtig, waarop die fakulteit in 1965 tot stand kom.

Die geledere van die doserende personeel van die Departement Regte is sedert 1955 stelselmatig uitgebrei. Met die totstandkoming van die fakulteit in 1965 het die voltydse personeelkorps aange groei tot ses, naamlik HL Swanepoel (dekaan), FJ van Zyl, S Postma, JD van der Vyver, JA Coetzee en PJ van R Henning. Laasgenoemde twee het mettertyd die akademie verlaat en praktiseer tans as senior advokate. Postma het in 1986 afgetree, terwyl Van Zyl en Van der Vyver tans verbonde is aan onderskeidelik die universiteite van Port Elizabeth en die Witwatersrand. Benewens bovermelde persone, was CM Wimmers, 'n Nederlander, en AB Prollius, wat in diens van die universiteit oorlede is, ook vir 'n kort tyd voor die totstandkoming van die fakulteit in die Departement Regs-wetenskappe werksaam.

Met die totstandkoming van die fakulteit was dit reeds formeel in departemente ingedeel. Uit 'n verslag van die Opnamekomitee van die Senaat wat in 1966 saamgestel is, blyk dat vanuit vyf departemente, naamlik

- (1) Prosesreg, Bewysreg en Geregtelike Geneeskunde,
- (2) Regsfilosofie en Regsvergelyking,
- (3) Romeinse Reg en Regsgeskiedenis,
- (4) Privaatreg en Internasionale Privaatreg, en
- (5) Strafrege en Persreg

veertien regs kursusse vir die BA(Regte)-, B Com(Regte)- en LLB-graad, asook 'n aantal regsdiplomas (RDP, RDS, HRDS), aangebied is.

In vermelde verslag word die rasionalisering en verdere uitbreiding van die programme van die fakulteit in die vooruitsig gestel. Hierdie voorstelle is met enkele wysigings in 1966 geïmplementeer. Die Regs-BA- en B Com-graad word vervang deur die B Juris et Artium- en die B Juris et Commercium-graad onderskeidelik, terwyl die B Civilis Juris-graad ook ingestel word. Daarbenewens is besluit om ter voldoening aan die behoefte aan 'n driejarige regsgraad vir prokureurs en staatsamptenare, die B Juris-graad (ook na-uurs) in te stel. Die nagraadse program van die fakulteit maak nou ook spesifiek voorsiening vir die LLM-graad.

Hoewel hierdie program in meer as een opsig verskil van die huidige program van die fakulteit, het dit nogtans die grondslag vir toekomstige werksaamhede gelê.

Belangrike verdere ontwikkelinge wat tot die huidige akademiese program gelei het, is die volgende:

- Die verhoging van die minimum akademiese kwalifikasies vir toelating tot die prokureursberoep, lei daartoe dat die vierjarige B Proc-graad in 1972 ingestel word met die oogmerk om die besondere behoeftes van die prokureursberoep te akkommodeer.
- Die besondere kundigheid wat in die fakulteit in die tagtigerjare ontwikkel is ten aansien van Boedelreg, waarin die Buro vir Boedelbeplanning wat tot

1986 bestaan het 'n belangrike rol gespeel het, het daartoe gelei dat 'n nagraadse LLM-kursus in Boedelreg ingestel is.

Tans word die grade B Juris, B Proc, LLB, LLM en LLD in die fakulteit aangebied. Geen diplomas word aangebied nie, terwyl studente in die Fakulteit Lettere en Wysbegeerte vir die BA(Regte) en in die Fakulteit Ekonomiese en Bestuurswetenskappe vir die B Com(Regte) kan registreer. Die fakulteit aanvaar ook verantwoordelikheid vir 'n aantal regs kursusse wat uitsluitlik vir B Com-en Onderwysdiploma-studente aangebied word. Die program vir B Com-studente word ook by die Vaaldriehoek kampus van die universiteit aangebied.

Die totale studentekorps van die Fakulteit het stelselmatig gegroei en kom tans op ongeveer 825 te staan. Die akademiese prestasies van studente van die fakulteit, veral in die LLB-graad, verdien besondere vermelding. Hierdie prestasies is by verskeie geleenthede bekroon met nasionale en internasionale toekennings in die vorm van beurse en pryse.

Die fakulteit is veral trots op die prestasies van oud-studente. Talle oud-studente is reeds op die regbank aangestel terwyl andere 'n belangrike rol as senior regspraktisyns in die georganiseerde regsberoep, die staatsdiens en privaatsektor speel. Verder het heelwat prominente politici, waarvan Staatspresident FW de Klerk en verskeie ministers en adjunk-ministers die bekendste is, hul regsopleiding aan die fakulteit ontvang.

Namate omstandighede dit vereis het, of nuwe regsontwikkelinge plaasgevind het, is die departementele samestelling van die fakulteit en die kursussamestelling van grade dikwels aangepas. Tans is die fakulteit georganiseer in ses departemente, naamlik:

Privaatreg
Handelsreg
Romeinse reg en Regspluralisme
Publiekreg en Regsfilosofie
Strafreg
Proses- en Bewysreg

Altesaam 69 regs kursusse word in die akademiese program, wat vanaf 1989 slegs voltyds geneem kan word, aangebied.

Sedert die LLB-graad aangebied word, het 503 studente reeds die graad verwerf. Die LLM-graad is aan 16 kandidate en die LLD-graad sedert 1962 aan 18 kandidate toegeken.

Nege persone is met die LLD (honoris causa) vereer, te wete:

PGW Grobler	(1938)
J de Klerk	(1960)
HF Verwoerd	(1961)
CR Swart	(1963)
J v Wyk de Vries	(1969)
BJ Vorster	(1969)
FLH Rumpff	(1980)
VG Hiemstra	(1985)
FW de Klerk	(1990)

DIE GRONDLEGGERS VAN REGSOPLEIDING TE POTCHEFSTROOM

Die name van LJ du Plessis (1897-1968), WA Joubert (1918-) en HL Swanepoel (1912-1972) moet as grondleggers van regsopleiding te Potchefstroom uitgesonder word.

LJ du Plessis was reeds sedert 1918 in diens van die universiteit en was sedert sy aanstelling betrokke by die werksaamhede van verskeie departemente. Sy doseeropdrag sluit onder meer Ekonomie, Etiek, Staatsleer en die Klassieke in. In 1933 word hy tot professor bevorder en tree hy op as hoof van die Departemente Staatsleer, Regswetenskappe en Klassieke, in welke hoedanighede hy tot sy bedanking aan die einde van 1945 dien. Na 'n kort verblyf in die sakewêreld word Du Plessis in 1953 herbenoem, eers as senior lektor en kort daarna as professor. Hierdie benoeming was in die Departement Regte wat intussen as 'n selfstandige departement tot stand gekom het, en in Staatsleer. Vanaf Augustus 1957 tot Maart 1959 dien hy as dekaan van die Fakulteit Ekonomiese Wetenskappe. Du Plessis se besondere wetenskaplike toerusting en wye belangstelling kulmineer in 'n aantal insiggewende publikasies op verskillende vakterreine waarin hy besondere insigte openbaar. Op juridiese gebied het hy veral op die terrein van die regsfilosofie en administratiefreg baanbrekerswerk gedoen. Op vele ander terreine van die Afrikaner volkslewe, soos die sakewêreld, die politiek en joernalistiek, het Du Plessis ook sy invloed laat geld. Dit is juis hierdie veelsydigheid en wysgerig-prinsipiële benadering van hierdie eerste PU-dosent in die regte wat die besondere benadering in regsopleiding te Potchefstroom ten grondslag lê. Du Plessis het in 1961 afgetree en is in 1968 oorlede.

As gevolg van die omvangryke verpligtinge van Du Plessis is 'n lektoraat in 1944 ingestel waarin WA Joubert in 1945 benoem is. Die aanstelling was daarop gerig om hulp te verleen in Staatsleer, Regte en die Klassieke. Hierdie uitbreiding van personeel wat regsvalke sou aanbied, was eger van korte duur omdat Du Plessis aan die einde van 1945 die diens van die universiteit verlaat het. Joubert is toe met ingang van 1947 tot senior lektor bevorder en as hoof van die nuwe Departement Regswetenskappe benoem. In hierdie hoedanigheid het hy aanvanklik man-alleen, totdat HL Swanepoel op 'n deelydse grondslag betrek is, die verantwoordelikheid gehad om die bouwerk van Du Plessis voort te sit en so die grondslag vir volwaardige regsopleiding te Potchefstroom te lê.

In die afwesigheid van Du Plessis, maar gerig deur sy fundamentele bouwerk, het die unieke karakter van regsopleiding te Potchefstroom nou beslag gekry. Die wysgerig-prinsipiële benadering van Du Plessis is blootgestel aan die tradisionele benadering van Joubert (en Swanepoel op 'n tydelike basis), wat regsopleiding te Stellenbosch ontvang het. Oor die Stellenbosse benadering laat Van Wyk hom soos volg uit:

“Dit is 'n regs fakulteit se taak om juriste op te lei, en nie net produkte vir die regspraktiek nie . . . [B]y die ontwikkeling en beoefening van die Suid-Afrikaanse reg, met sy Romeinsregtelike agtergrond, [moet] deurgaans kennis gedra word van die Vastelandse regsgeleerdheid.”

Die beklemtoning van die beginselgrondslae van die reg teen hierdie agtergrond en vanuit die Christelik-historiese karakter van die PU vir CHO, bepaal die unieke karakter van regsopleiding te Potchefstroom. Dat Regsfilosofie as spesialisiteitsrigting op Potchefstroom heel gou nasionaal besondere erkenning verkry het, is niks anders nie as 'n logiese uitbouing van hierdie unieke benadering.

Die tydperk vanaf 1947 tot die selfstandigwording van die PU vir CHO op 17 Maart 1951 is enersyds gekenmerk deur die behoefte aan personeeluitbreiding en stabiliteit en andersyds deur die strewe na 'n eie fakulteit met die noodwendige verdere ontwikkeling van akademiese programme. In hierdie tydperk het die departement Regswetenskappe moeilike jare beleef wat die PU vir CHO gedwing

het om regsopleiding deeglik te ondersoek. Daar is van heelwat deelydse personeel gebruik gemaak, deels genoodsaak deur die afwesigheid van Joubert wat met studieverlof in die buiteland was. Die tydelike dienste van Swanepoel, wat ook by die aanbied van Naturelleadministrasie en Naturelereg in die Geskiedenisdepartement betrokke was, dié van advokate De Vos Hugo, K Schwietering en prokureur CMS Brink, is vir bepaalde tydperke bekom. Dit was juis in hierdie krisistyd, toe op 'n gegewe tydstip nie tydelike hulp beskikbaar was nie en Joubert nog met verlof was, dat Swanepoel in 1950 ooreed is om sy dienste voltyds aan die universiteit as plaasvervanger vir Joubert beskikbaar te stel.

Na sy terugkeer uit die buiteland was Joubert tot aan die einde van die eerste kwartaal in 1952, toe hy die diens van die PU vir CHO verlaat het, intens betrokke by die grondige herevaluering en reorganisasie van regsopleiding op Potchefstroom. Die bydrae wat Joubert gemaak het tot die vestiging van regsopleiding op Potchefstroom, veral sy bydrae om daaraan 'n besondere karakter te verleen en om dit sinvol te struktureer en uit te bou, moet besondere erkenning ontvang.

Met die vertrek van Joubert uit Potchefstroom het Swanepoel in 1952 hoof van die Departement Regte geword. Kort na sy benoeming as departementshoof word hy in 1953 bevorder tot professor. Hy was tot met die herbenoeming van Du Plessis in 1953 verantwoordelik vir die aanbied van regsvalke. Tot sy dood in 1972 sou die veelsydige Swanepoel 'n sentrale rol in die totstandkoming en uitbouing van die Fakulteit Regte speel.

Nadat hy vir die termyn 1959-1961 as dekaan van die Fakulteit Lettere en Wysbegeerte gedien het, word Swanepoel met die totstandkoming van die Fakulteit Regte in 1965 as die eerste dekaan benoem, 'n pos wat hy tot aan die einde van 1971, kort voor sy dood, beklee het. Swanepoel het nie net as mens respek afgedwing nie, maar is ook op grond van sy uitnemende talente erken as sportman, skrywer/digter, joernalis, praktisyn en regsakademikus van uitnemende gehalte. Op grond van die alombekende publikasie *Die Suid-Afrikaanse strafreg* (met JC de Wet as mede-outeur) is die Stalsprys in 1963 aan hom en De Wet toegeken.

Swanepoel, as eerste leier van die Fakulteit Regte, as regsakademikus en navorsers van gehalte, word met reg deur die fakulteit vereer met die HL Swanepoellessings wat jaarliks deur dosente van die fakulteit gehou word en wat op 'n gepaste wyse jaarliks in die HL Swanepoelbundel gepubliseer word. Die unieke benadering tot regsopleiding aan Potchefstroom, wat met die vertrek van Joubert nog in sy kinderskoene gestaan het, is met visie op 'n dinamiese wyse deur Swanepoel gevestig en uitgebou. Hiertoe was hy nie alleen weens sy agtergrond en opleiding goed toegerus nie, maar is hy deur Du Plessis aktief ondersteun en gerig.

Hoewel elke personeellid wat by regsopleiding te Potchefstroom betrokke was 'n besondere bydrae tot die werksaamhede van die fakulteit gelewer het, het Van Zyl wat in 1955 en Van der Vyver wat in 1958 aangestel is, deur hul belangstelling en skerp kritiese analitiese vermoëns 'n wesenlike bydrae gemaak om die benadering tot regsopleiding wat alhier gevolg word, finaal te vestig en verder wetenskaplik te ontgin en te dokumenteer. Die baanbrekerswerk wat in hierdie verband verrig is met die publikasie van die standaardwerk *Inleiding tot die regswetenskap* in 1972, verdien besondere vermelding.

DIE VESTIGING VAN DIE FAKULTEIT REGTE AS KUNDIGHEIDSENTRUM

Hoewel dit klaarblyklik van meet af aan die bedoeling was, het die fakulteit weens beperkte mannekrag aanvanklik nie streng binne departementele verband gefunksioneer nie. In hierdie verband is daar eers vanaf 1971/72 werklike vordering gemaak.

Na aanleiding van 'n memorandum van professor WN Coetzee, wat weens die ongesteldheid van die dekaan in hierdie hoedanigheid waargeneem het, is die ernstige personeelkrisis in die fakulteit wat die handhawing van akademiese standaarde onder geweldige druk geplaas het, onder die soeklig gestel. Bovermelde memorandum lei daartoe dat personeeluitbreiding in die fakulteit plaasvind wat die funksionering in departementele verband en spesialisasie vergemaklik. Daarin is ook beginselstandpunte ingeneem wat die handhawing van hoë akademiese standaarde in die toekoms sou verseker, terwyl die fakulteit sy regmatige plek as kundigheidsentrum in nasionale verband kon vind. Die standpunt dat, benewens die kwaliteit van onderrigprogramme, die kwaliteit van akademiese personeel die belangrikste faktor in die handhawing van hoë akademiese standaarde is, word sterk ondersteun. Die resultaat was die ontwikkeling van departementele tradisies en ervaring waarbinne spesialisering, personeelontwikkeling en die kweek van 'n navorsingskultuur doelgerig kon plaasvind. Hierdie geleentheid het ruimte geskep vir jong personeel om tot senior akademiëci te ontwikkel wat deur gehalte-navorsingsuitsette en onderigvaardighede tans wye erkenning geniet.

Met dankbaarheid kan daarom vermeld word dat die fakulteit oor die afgelope twee dekades in die samestelling en ontwikkeling van sy personeelkorps 'n unieke bate verkry het. Die fakulteit beskik tans oor 'n permanente personeelkorps van 25 en bestaan uit vakkundiges op byna elke terrein van die regs wetenskap. Twee van hierdie personelede is verantwoordelik vir die akademiese program by die Vaaldriehoek kampus van die universiteit. Die fakulteit kon verder ook op 'n indirekte wyse 'n besondere bydrae tot regsopleiding in breër verband lewer. 'n Beduidende getal akademiëci wat by ander universiteite met regsopleiding gemoeid is, het hul skoling te Potchefstroom ondergaan.

Sedert die totstandkoming van die fakulteit het vyf dekane aan die stuur van sake gestaan. Benewens professor HL Swanepoel (1966-1971) wat reeds oorlede is, het professor JD van der Vyver (1972-1974) (tans van die Universiteit van die Witwatersrand), professor HN Pretorius (1975-1980) (tans direkteur van die Regshulpraad), professor WE Scott (1981-1986) (tans registrateur van die PU vir CHO) en professor CR de Beer (1987 - huidige) reeds hierdie pos beklee.

Die bydrae wat professore JD van der Vyver, HN Pretorius en WE Scott as dekane van die fakulteit en ander senior kollegas as departementshoofde gelewer het om personeel van die prioriteite vir 'n akademiese instelling van gehalte bewus te maak, verdien besondere vermelding. Hulle onvermoeide ywer en toekomspektief het ruimte geskep waarin hierdie ideale deur opvolgers nagestreef en verder uitgebou kan word.

Verskeie belangrike navorsingsprojekte kon derhalwe in opdrag van die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing, die Suid-Afrikaanse Regskommissie en staatsdepartemente onderneem en afgehandel word. Daarby lewer personeel op 'n gereelde grondslag bydraes tot erkende subsidiedraende regs publikasies en het

belangrike rigtinggewende publikasies in die vorm van standaardwerke uit die pen van verskeie outeurs in die fakulteit verskyn. Hierdie ervaring van personeel het gelei tot die eerste omvattende publikasie oor regsnavorsing wat in Suid-Afrika gepubliseer is.

Die behoefte aan die daarstelling van volledige en toeganklike regsdatabasisse is reeds sedert die vroeë sewentigerjare sterk aangevoel. Dit het gelei tot die skepping en ontwikkeling van 'n uitgebreide databasis, ondersteun deur moderne rekenaarprogrammatuur, oor publikasies in nasionale en 'n verskeidenheid buitelandse tydskrifte op die gebied van die privaat-, handels- en publiekreg. 'n Unieke kombinasie van kundigheid stel die fakulteit gedurende die tagtigerjare ook in staat om baanbrekerswerk op die gebied van boedelbeplanning te doen. Met behulp van die Buro vir Boedelbeplanning wat tot 1986 bestaan het, word op 'n wetenskaplike grondslag 'n objektiewe benadering tot boedelbeplanning ontwikkel.

Die onderrigprogram en -tegnieke word steeds dinamies ontwikkel. In die samstelling van die leerstof, veral vir die LLB-graad, word hoë prioriteit verleen aan die aanbod van moderne regsontwikkelinge. Hoë akademiese standaarde en die betrokkenheid van studente in die leerprosesse word verseker deur 'n semesterstelsel waarin op die selfwerkzaamheid van studente gefokus word. In hierdie proses word van beproefde onderrigmetodes, wetenskaplik saamgestelde studiehandleidings, plaaslik ontwikkelde rekenaargesteelde regs onderrigprogramme, 'n verpligte referaat- en skripsiestelsel en 'n stelsel van deurlopende evaluering gebruik gemaak. In hierdie verband word daar nie net binne universiteitsverband leiding gegee nie, maar geniet die fakulteit nasionaal erkenning as 'n leier op die gebied van die aanwending van die rekenaar in regsopleidingsprogramme en regsnavorsing.

Benewens die beklemtoning van beginselgrondslae in die opleiding van studente, word ook besondere aandag verleen aan die ontwikkeling van noodsaaklike vakwetenskaplike en professionele vaardighede. In hierdie verband speel die geïntegreerde navorsingsmetodologieprogram en kursusse in regstoepassing, etiek en kliniese regsopleiding 'n belangrike rol.

In die werksaamhede van die fakulteit vind 'n gesonde wisselwerking plaas tussen regsopleiding, praktykervaring en regsnavorsing. Die feit dat 'n groot persentasie van die personeelkorps oor uitgebreide praktiese ervaring beskik, verseker dat produkte afgelewer word wat in die regspraktik in aanvraag is. Daarom kon die fakulteit ook 'n belangrike bydrae maak op nasionale vlak ten aansien van die vestiging en inrigting van regsklinieke by universiteite. Die kundigheidsvlakke in hierdie verband het ook sodanige nasionale erkenning geniet dat die fakulteit in staat was om die Vereniging van Prokureursordes van Suid-Afrika behulpsaam te wees met die vestiging van skole vir kandidaat-prokureurs.

Die voortsnellende veranderinge in Suid-Afrika en die wêreldgemeenskap bring die Suid-Afrikaanse regsgemeenskap voor nuwe en opwindende uitdagings te staan. Die Fakulteit Regte van die PU vir CHO erken nie alleen die uitdagings van die toekoms nie, maar is gereed en toegerus om met oorgawe mee te werk aan die ideale van 'n nuwe Suid-Afrika.

CR DE BEER

*Dekaan, Fakulteit Regte,
Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

Die publieke subjektiewe reg – 'n voorraadopname*

F Venter

LLD

Professor in die Publiekreg en Regsfilosofie, Potchefstroomse Universiteit vir CHO

SUMMARY

The public subjective right – taking stock

Since the notion of subjective rights in public law was explored in the author's book *Die publiekregtelike verhouding*, published in 1985, a considerable amount of commentary and criticism has been published. This article draws on such commentary and criticism in an attempt to improve the theoretical tenability of the endeavour consistently to describe and explain the legal relationship between the state and other subjects of the law in legally justifiable terminology.

Attention is given to the dangers of dogmatism, too ready employment of private-law theory in public law, unwarranted application of German legal theory to South African law, the tenability of the idea that the state may be the bearer of subjective rights and a number of fundamental theoretical matters. The identification of legal objects as a focus of subjective rights in public law is further developed and finally the relevance of public subjective rights to human rights is pointed out. It is concluded that a comprehensive system of public subjective rights would support and enhance a successful transition to a system of constitutionally guaranteed fundamental rights.

Sedert die verskyning van *Die publiekregtelike verhouding*¹ het verskeie outeurs na die teorie en begrip van *publieke subjektiewe regte* verwys – sommiges goedkeurend, ander skerp afwysend. Reaksie (van watter aard ook al) op teoretiese voorstelle is vir die voorsteller daarvan altyd bemoedigend en prikkel natuurlik verdere denke en (hopelik) versterking, korrigerende en verbeterende van die voorstelle.

In hierdie bydrae word gepoog om die voorstelle van 1985 oor 'n sisteem van publieke subjektiewe regte met behulp van die gepubliseerde kritiek en kommentaar daarop, te verbeter en te konsolideer.

* Terwyl hulle nie vir die inhoud van hierdie artikel verantwoordelik gehou kan word nie, word die uitstekende advies van professore Gerrit Ferreira, Johan Kruger, JA Robinson, Chris van der Walt en Peet van Niekerk by die afronding van die manuskrip met opregte dank erken.

1 Venter *Die publiekregtelike verhouding* (1985) (hierna Venter).

1 DIE SIN EN AARD VAN DIE SISTEEM VAN PUBLIEKE SUBJEKTIEWE REGTE

Die sisteem is met slegs een doel voor oë ontwikkel, naamlik om daartoe by te dra om die regsverhouding tussen die staat en ander regssubjekte konsekwent met wetenskaplik-verantwoordbare terminologie te kan beskryf en te verklaar. Dat daar reeds lank 'n behoefte aan 'n sisteem bestaan wat aan die gemelde doel beantwoord, is vir die meeste mense wat gereeld met die publiekreg omgaan (en vir vele ander) vanselfsprekend.²

Die regswetenskap en die regsteorie is egter nie so eksak soos die meeste natuurwetenskappe nie en wanneer daar sprake van fundamentele terminologie is, is dit onwaarskynlik dat 'n mens absolute, onomstrede konstruksies sal kan maak; maar juriste het deur die eeue heen met hierdie relatiewiteit van hulle begrippe-arsenaal oor die weg gekom sonder om self in moedelose relativisme te verval. Om aan die eise van die moderne publiekreg te voldoen en ter wille van die sinvolle juridiese ordening van die staat, moet daar egter na die konkretisering van konsepte en begrippe gestreef word.

Die saak waarom dit gaan, lê op ten minste twee vlakke, naamlik eerstens die taalkundige uitdrukking van konsepte en tweedens die teoretiese konstruksie van daardie konsepte. Laasgenoemde is die kwesbaarste vir ideologiese en dogmatiese verskille en geskille,³ maar die verskille is gewoonlik die sigbaarste in die verwoording van die konstruksies. Op plekke in die kommentaar op die voorgestelde sisteem van publieke subjektiewe regte kom sodanige verskille soms duidelik na vore. Wat die taalkundige uitdrukking van die toepaslike konsepte betref, is daar die probleem enersyds van die twee amptelike tale, waar vertaalde woorde meermale verskillende gevoelswaardes het, en andersyds van die semantiese spel waarvoor veral filosofe bekend is.

Die sisteem wat voorgestel is, gaan daarvan uit dat daar 'n behoefte bestaan om 'n reeks publiekregtelik-relevante entiteite as objekte te identifiseer waarop publiekregtelik-bepaalde subjektiewe regte deur die deelnemers aan die publiekregsverkeer verkry kan word.⁴

As 'n vaste uitgangspunt is aanvaar dat die subjektiewe regsbegrip noodsaaklik is vir 'n bevredigende teoretiese verklaring van die publiekregtelike verhouding. 'n Klassifikasie word voorgestel met erkenning van die feit dat dit (die klassifikasie) onortodoks is en ook op verskeie ander wyses gedoen sou kon word.

Die publiekregtelike verhouding word voorgestel as 'n regsgerereguleerde (in teenstelling met 'n magsgebaseerde of buite-juridiese) verhouding tussen die staat as regspersoon-regsubjek enersyds en individue of regspersone wat aan die

2 Vgl bv Raath se resensie 1986 *TRW* 103; Robinson " 'n Regsteoretiese perspektief op die publieke subjektiewe regsleer as verklaringsmodel van die publiekregtelike verhouding" 1988 *SA Publiekreg* 210; Van der Vyver "The doctrine of private-law rights" *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (1988) 208 (hierna Van der Vyver); Alexy *Theorie der Grundrechte* (1985); Boulle, Harris en Hoexter *Constitutional and administrative law* (1989) veral deel I; Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* (1985) 24 ev en vele ander.

3 Vgl Wiechers "Die publieke subjektiewe reg" *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (1988) 276 (hierna Wiechers): "Soos te verwagte, het hierdie uiteenlopende opvattinge in ons publiekregsteorie ook sy neerslag in die staatspraktyk en politieke opvattinge gevind. Veral die heersende menseregdebat is oorgroei met allerhande opvattinge wat tot die publiekregtelike denkverskeidenheid herlei kan word."

4 Venter 162.

publiekregsverkeer deelneem andersyds. In hierdie verhouding is dit nie net die nie-staatlike subjekte wat regtens aanspraak op bepaalde regsobjekte kan verwerf nie, maar ook die staat, wat dus in die publiekreg ook met subjektiewe regte beklee word.⁵

Verskillende soorte publieke subjektiewe regte word aan die hand van die moontlike of denkbare klasse regsobjekte waarop hulle betrekking het, voorgestel en ook skematies gedemonstreer.

Die sin van die voorgestelde sisteem is dus om die publiekregtelike verhouding te probeer verwoerd. Daar is natuurlik geen gebrek aan woorde, konsepte en begrippe in die Suid-Afrikaanse publiekregstaal nie, maar dit is nouliks denkbaar dat iemand gevind sal kan word wat sal wil beweer dat die taal van ons publiekreg helder beskrywend, skerp omlin of naastenby so samehangend is soos in sommige van die ander fasette van ons regsbedeling.

Daar is egter wel diegene wat voel dat ander of meer begrippe vir die beskrywing van die verhouding waaroor dit hier gaan, onnodig is.⁶ Dit is egter moeilik om die gevoel te ontwyk dat sulke denke ietwat koloniaal is en dat dié soort bedryf van die publiekreg asof dit sosiologie is, weinig daartoe sal kan bydra om die regsteoretiese spanning van die staatsregtelike ontwikkelinge in die afsienbare toekoms te verlig. Selfs die kontemporêre Britse skrywers neig al hoe meer, onder andere weens die blootstelling van die Engelse reg aan die Europese gemeenskapsreg, maar veral weens die ontwikkelingseise wat die administratiefreg in Brittanje stel, om konsepte en denkpatrone soos die onderskeid tussen privaat- en publiekreg en 'n helderder teorie oor die publiekregsverhouding te ontwikkel.⁷

'n Soort tussengroep-teoretici erken weer die belang van omskrywing en beskrywing in die publiekreg, maar gaan lakoniek daarmee om: hulle ruim deurlopend die moontlikheid daarvoor in dat 'n begrip of definisie by die volgende geleentheid wat dit benut word, weer anders kan wees en dring in baie opsigte nie deur tot die werklike fundamentele kwessies nie – in hierdie groep se werk bewoon die grondliggende konsepte steeds die domein van die impressionisme.⁸

5 Hierdie kwessie word in par 2 4 hieronder verder bespreek.

6 Wiechers 276 vat dit in sy behandeling van die “Engelsregtelik-georiënteerde publiekreggeleerdes” treffend soos volg saam: “Dit spreek vanself dat hierdie skool van regsdenkers, wat die klem hoofsaaklik op die kwaliteit van die objektiewe reg laat val, sulke teoretiese sake soos die onderskeid tussen privaat- en publiekreg, owerheidsgesag en publieke subjektiewe regte van mindere belang ag. Trouens, sommige van hulle is uitgesproke afwysend teenoor die hantering en ontleding van sulke begrippe: erkenning van owerheidsgesag ruik na onbeteuelde magsaansprake, terwyl die verkondiging van 'n materiële regstaat aanleiding kan gee tot onrealistiese burgereise en politieke verwagtinge.”

7 Vgl bv Beatson “‘Public’ and ‘private’ in English administrative law” 1987 *LQR* 34; Allan “Pragmatism and theory in public law” 1988 *LQR* 422.

8 'n Verteenwoordigende voorbeeld van hierdie benadering is te vinde in Boulle, Harris en Hoexter *Constitutional and administrative law* waarin die kuns van vryblywende definisie op fassinerende wyse beoefen word. Een van vele voorbeelde is hulle omskrywing van en onderskeid tussen *staat*, *regering* en *gemeenskap*. Op 3 word bv gesê: “The term state does not refer only to the government of a country but also by implication to those who are governed. It suggests a two-way political relationship between the two entities. In theory the state personifies the interests of its citizens, and it claims to exercise power in the public or national interest.” Op 16 lees 'n mens egter die volgende: “*State* has been defined in terms of the system of authorities which regulate society. *Government* is sometimes used synonymously with the state, from which it should be clearly distinguished, or in the sense of the whole system of ‘government’, including that at local and regional levels. Here it is understood in a narrower and more accepted sense as relating to the ‘government of the day’. In this sense the government is the group which controls the most important state institution, the executive branch or cabinet, though it may control other branches as well.”

Oormatige dogmatisering, die indwing van alle regsverskynsels in die een of ander terminologiese keurslyf en dus die algemene aartssondes van die *Begriffs-jurisprudenz* is ook steriel. Daar word egter ononderbroke in die howe en wetgewersale van hierdie land gedemonstreer dat die begrippegebrek en afwesigheid van terminologiese konsekwentheid 'n onuitgesproke duidelikhedaat op die terrein van die publiekregtelike verhouding verteenwoordig.⁹ In die versugting om aan hierdie onverkwiklike verwarring te ontkom, is die sin van 'n sisteem van publieke subjektiewe regte te vind.

2 VRAE OOR DIE SISTEEM VAN PUBLIEKE SUBJEKTIEWE REGTE

Omdat die publiekreg, miskien meer as die meeste aspekte van die regs wetenskap, in 'n raamwerk van ideologiese voorkeure bedryf word, is die verskille op dogmatiese gronde waarna hierbo reeds verwys is, des te moeiliker om te oorbrug. Dit is die belangrikste struikelblok in die weg van die algemene aanvaarding van 'n sisteem van publieke subjektiewe regte en trouens van enige teoretiese sisteem wat daarop gemik is om die publiekregtelike verhouding te verklaar.

Van die gepubliseerde kommentaar op die voorgestelde sisteem is onomwonde op verklaarde of versweë beginselverskille gebaseer, terwyl ander kommentaar op immanente gebreke van die voorstelle wys. Albei soorte kommentaar is natuurlik geldig en nuttig, maar die immanente kritiek kan geredeliker in verbetering op die voorstelle omgesit word.¹⁰

Ter ordening van fasette van die voorstelle oor publieke subjektiewe regte wat kommentaar of bespreking ontlok het, kan die volgende inventaris van kritiekpunte en kritiese vrae voorlopig gemaak word:

- Is publieke subjektiewe regte nie maar dieselfde as menseregte nie?¹¹
- Orde is nie die wesenseienskap van die reg nie en regsobjekte kan geen ordeningskwaliteite hê nie.¹²
- Regstoestand is nie objektiveerbaar nie en die voorstelle is nie op 'n geskikte teorie oor regsobjektiwiteit en -objektiwiteit gefundeer nie.¹³
- Die objektivering van handeling en van persoonlikheidsgoedere is nie net in die publiekreg nie, maar ook in die privaatrek, problematies.¹⁴

9 Die raak inleidende woorde van Van der Vyver "Expropriation, rights, entitlements and surface support of land" 1988 *SALJ* 1 is hier *mutatis mutandis* van toepassing: "From time to time academics have the satisfaction of witnessing in judgments of the Supreme Court the practical impact of their theoretical endeavours. Once in a while, however, it emerges that those entrusted with the administration of justice and who in the exercise of that function are charged with the implementation and, indeed, the expansion of juridical notions have in fact been let down by the academic component of the legal fraternity." 'n Goeie publiekregtelike voorbeeld van waar die teorie vir die howe ontbreek het, is die uitspraak in *Tshwete v Minister of Home Affairs (RSA)* 1988 4 SA 586 (A) wat ook bespreek is deur Budlender 1989 *SAJHR* 37 en Venter 1989 *SA Publikereg* 302.

10 Benewens legitieme kritiekpunte is daar in enkele kommentare ook op plekke misverstande gedemonstreer, wanvertolkings aan aspekte van die betrokke publikasies geheg of kritiek buite konteks gelewer. Dit is nie die bedoeling om van sulke gevalle hier enige ophef te maak nie, ook omdat die huidige bydrae nie as 'n laaste-loopgraaf-apologie bedoel is nie.

11 Raath 1986 *TRW* 104; Wiechers 290. Die verband tussen menseregte en publieke subjektiewe regte word hieronder in par 4 bespreek.

12 Du Plessis se resensie 1987 *THRHR* 115-116. Hieraan word hieronder in par 2 5 en 3 aandag gegee.

13 Du Plessis 1987 *THRHR* 120-121. Hierop word ook verder in par 3 ingegaan.

14 Du Plessis 1987 *THRHR* 121. In par 3 hieronder word hierdie probleem bespreek.

- Om die publiekreg met behulp van 'n sisteem van publieke subjektiewe regte te probeer verklaar en te beskryf, is oormatig dogmaties en onnodig.¹⁵
- Die voorgestelde sisteem verskil nie juis van die privaatregtelike benadering tot subjektiewe regte nie en is dus nie geskik vir die publiekreg nie.¹⁶
- Die aanleun van die voorstelle teen die Duitse teorieë is misplaas omdat dit in die Duitse reg as verouderd beskou word¹⁷ en nie met die absorbering van die publieke subjektiewe regsleer in die teorie oor *Grundrechte* rekening hou nie.¹⁸
- Die staat is bekleed met gesag of mag en hoef dus nie en kan ook nie die draer van regte wees nie.¹⁹

2 1 Dogmatisme

Wiechers se behandeling van die onderwerp begin met 'n aanhaling uit die werk van WA Joubert waarin gewaarsku word teen die dwalinge van die *Begriffsjurisprudenz*²⁰ en in sy slot skryf hy:

“Ongelukkig het die naartste soeke na 'n objek van die publieke subjektiewe reg na analogie van die Joubert-konsep van die privaatregtelike subjektiewe reg, by sommige geleerdes tot 'n effens versterkte begrippeleer gevoer.”²¹

Dat hierdie kritiek nie bedoel is om teoretisering oor die publiekregtelike verhouding as sodanig te verdoem nie, blyk uit die feit dat Wiechers dit bedroewend vind dat die stand van ons publiekregsteorie “lewendig maar baie verwarrend” is, “[w]ant die tye waarin ons leef, vra dringend na duidelike riglyne”,²² en ook dat hy sy eie publieke subjektiewe regsterminologie voorstel.²³ Dit dui egter wel op 'n fundamentele verskil in teoretiese uitgangspunt: teenoor die aanvaarding in die voorgestelde sisteem van publieke subjektiewe regte dat regte in die publiekreg, net soos in die privaatrege, noodwendig betrekking op regsobjekte moet hê, voel Wiechers²⁴ dat subjektiewe regte in die publiekreg eenvoudig onvervreembare aansprake van die individu teenoor die staat op gelyke behandeling en beskerming deur die staat is, welke onvervreembare regte gegewenes in elke mens se “natuurlike staat van regsobjektiwiteit” is wat nie deur die werking van die reg of deur bemiddeling van die staat tot stand kom nie. As “publiekregtelike geloofsbelydenis” kan die geldigheid van hierdie benadering, soos alle ander basiese lewensbeskoulike sienings, nie betwis of regswetenskaplik gekritiseer word nie, en wel omdat dit op voor-regswetenskaplike vlak lê. Wat wel geldig gesê kan word, is dat die sprong vanaf hierdie fundamentele aanname na 'n sistematiese van materiële publiekreg (sonder tussenstappe soos die uiteensetting van 'n (besondere) staats- en owerheidsgesagsbeskouing²⁵ en 'n verduideliking van die rol van positiewe regsreëls in die publiekreg) nie kan slaag nie: so 'n sprong kan net geluk in 'n bedeling waar die gemelde fundamentele uitgangspunt

15 Wiechers 274.

16 *Idem* 271–275.

17 Blaauw *The constitutional tenability of group rights* (LLD-proefskrif Unisa 1988) 367–368.

18 Wiechers 274 284–285.

19 Blaauw 359.

20 Wiechers 270.

21 *Idem* 290.

22 *Idem* 277.

23 *Idem* 285 ev.

24 *Idem* 285.

25 Wat nie in hierdie verband vermy kán word nie, soos Wiechers 279 dit wil doen.

kenmerkend is van die hele regsweese, dus van die regskeppers, regsplegers en die regsgemeenskap.²⁶ Waar sulke eenstemmigheid ontbreek, sal die een hanterder van die publiekreg oor sulke regte sê “is”, en die ander “is nie”. Wat dus nodig is om ’n teoretiese *impasse* of die huidige algemene spraakverwarring te vermy, is ’n publiekregtelike sisteem wat nie so absoluut afhanklik is van ’n dogmatiese beginsel soos die aanname van onvervreembare, aangebore aansprake nie, maar wat eerder op ’n logiese en analiseerbare struktuur berus.²⁷

Dat die regs wetenskap nie sonder sisteem, definisie, klassifikasie en terminologiese standaarde kan funksioneer nie, lyk vanselfsprekend. Dat dit enersyds gevaarlik is om betekenisgewing en klassifikasie ten koste van realisme en werkbaarheid te oordryf, staan ook vas: daardeur word die reg grootliks van sy elasticiteit en gevolglike vermoë om aan die eise van geregtigheid te voldoen, beroof. Die teenpool van so ’n oordrewe begrippepresisering sou ’n ewe onbevredigende begrippekasiïsme wees wat dit aan die regskepper, die regspleger en die regsdenker sou oorlaat om sy terminologie en inkleding van die reg telkens na die onmiddellike omstandighede sonder verwysing na ’n kenbare raamwerk te plooi. Die gevolg van so ’n benadering sal wees dat fundamentele regs konsepte nie binne intellektuele bereik gebring kan word nie en die los pante van regsbegrippe steeds in die wind van misterie sal fladder.

Tussen die pole van begripsverstrikking en -kasiïsme is daar egter heelwat ruimte vir verskil van smaak vir meer of minder sekerheid oor die betekenis van regsbegrippe. Onverdraagsaamheid teenoor sodanige smaakverskille bevorder nie juis helderheid nie. Die gemelde smaakverskille kan dalk verklaar word aan die hand van die vraag hoe diep of fundamenteel die gebruiker van begrippe op die probleem wil ingaan. Ongelukkig word meer konsepte betrek wanneer dieper gedelf word in die onderlae van betekenis, herkoms en konsekwente teoretiese en semantiese betekenisgewing. Derhalwe word aan die hand gedoen dat dit nie geregverdig is om die voorgestelde sisteem van publieke subjektiewe regte, in die proses van die neem van teoretiese kortpaaie, as begripsverstarring te etiketteer nie.

2 2 Subjektiewe regte uit die privaatreë

’n Grondliggende meganisme vir die ontwikkeling van ’n alternatiewe wyse van die aanwending van die publieke subjektiewe regsbegrip deur Wiechers²⁸ is, soos hierbo reeds aangedui is, sy verwerping van die gedagte dat publieke subjektiewe regte, soos subjektiewe regte in die privaatreë, op regsobjekte betrekking moet

26 Of in ’n geval waar die gesagsdraers wie se standpunt dit is, oor genoeg mag beskik om dit af te dwing: so ’n situasie is onwaarskynlik weens die ooglopende feit dat sulke optrede in beginsel strydig sou wees met die uitgangspunt self.

27 Hierdie benadering word soos volg in Venter *Publieke subjektiewe regte: ’n beskouing oor die regsverhouding tussen staat en burger* (Intreerede PU vir CHO 1980) 13 verduidelik: “Hier moet egter weer beklemtoon word dat [so] ’n klassifikasie van publieke subjektiewe regte nóg uitsluitlik op die stand van die positiewe reg moet berus nóg uitsluitlik op regs-ideële oorwegings. Die klassifikasie moet inpas by die realiteite van die positiewe regstelsel waarin dit toegepas moet word; publieke subjektiewe regte wat inderdaad deur die positiewe reg geskep is, moet dan aan die hand van die klassifikasie geëien word, en dan beskik ’n mens oor ’n goeie feitlike, gesistematiseerde basis waarop regs-ideële antwoorde op die vraag of die positiewe reg goed of sleg is, beantwoord kan word.” Vgl ook Venter 189.

28 Wiechers 285.

hê.²⁹ Daar word aan die hand gedoen dat dit bloot logies nie sin maak om van *subjektiewe* regte (privaat- of publiekregtelik) te praat as die betrokke regte nie op *regsobjekte* betrekking het nie. Vermy 'n mens die taak om objekte te identifiseer waarop regte in die publiekreg betrekking het, word dit veel moeiliker om aan die "regte" juridiese inhoud te gee. 'n Reg bestaan tog *op* "iets",³⁰ anders is dit self net 'n voorwerp soos 'n toordokter se dolos waarmee die wêreld beïnvloed moet word. Om werksaam te kan wees, moet 'n (subjektiewe) reg vergelykbaar kan wees met 'n instrument of gereedskapstuk: 'n moersleutel (lees "reg") in die hand van 'n werktuigkundige (lees "regsobjek") pas op 'n spesifieke vorm en grootte moer (lees "regsobjek"). Die moersleutel is nutteloos as eetgerei of strykstok en as daar nie moere was waarop die moersleutel pas nie, sou daar ook nie so 'n moersleutel gewees het nie.

Spesifieke subjektiewe regte, word aan die hand gedoen, se geaardheid word in die eerste plek bepaal deur die aard van die regsobjekte waarop hulle betrekking het. 'n Subjektiewe reg figureer in die privaatreg eerstens omdat die betrokke regsobjek in die *privaatregs*verkeer benut word om tweedens die verhouding tussen regsobjekte ten opsigte van die regsobjek te orden. Eweneens figureer 'n publieke subjektiewe reg in die publiekreg omdat die regsobjek waarop dit betrekking het, benut word om die publiekregtelike verhouding tussen 'n regsobjek en die staat ten opsigte van die betrokke regsobjek te orden. Wanneer en indien dit nodig is om 'n bepaalde subjektiewe reg te klassifiseer, maak dit sin om in die eerste plek vas te stel of die betrokke regsobjek privaat- of publiekregtelik benut word en as dit uitgemaak is, om dan van 'n verder verfynde klassifikasie gebruik te maak om aan die betrokke subjektiewe reg 'n naam te gee soos "vorderingsreg" of "publieke saaklike reg".

So gesien, behoort dit nie 'n probleem te wees indien daar 'n korrelasie tussen die klassifikasie Modelle van privaat- en publiekregtelike subjektiewe regte sou bestaan nie. Korrelasie of verskille sal wel 'n probleem wees indien dit blyk dat die oorsaak daarvan in 'n foutiewe identifikasie van die betrokke regsobjekte geleë is. Die vraag wat onder die huidige opskrif opgeklar moet word, is dus nie soseer of publieke subjektiewe regte 'n valse (of te maklike) namaaksel van die subjektiewe regte van die privaatreg is nie, maar of die publiekregtelike regsobjekte korrek geïdentifiseer is. Wat die geskikste metode vir die klassifikasie van publiekregtelike regsobjekte is en watter regsobjekte spesifiek in die publiekreg tuishoort, bly oop vir debattering: daarvoor meer hieronder.

29 Wiechers (273–274) is skynbaar onder die (beslis foutiewe) indruk dat die voorgestelde sisteem van publieke subjektiewe regte hoofsaaklik bedoel is om *vir die staat* subjektiewe regte te konstrueer en verstaan die voorstelle skynbaar so (ook verkeerdelik – dit behoort duidelik te wees uit die lees van bv Venter 157) dat subjektiewe regte wat nie die staat toekom nie, privaatregtelik van aard is. Op 274 kom hy dan ook tot die volgende interpretasie van die voorstelle wat (tov die plasing van die staat se belange) duidelik nie die bedoeling kon wees as die voorstelle volledig gelees word nie: "Venter het die inspirasie vir sy leerstellingheid in die figuur van die privaatregtelike subjektiewe regte *à la* Joubert gevind en met gebruikmaking van veral Duitse geleerdheid sy beskouings tot hoogtes van *staatsubjektiviteit* gevoer" (kursivering bygevoeg).

30 Vgl bv die bespreking van Alexy 171 ev van hierdie kwessie onder die opskrif "Rechte af etwas". Hierdie besonder deeglike *Habilitationsschrift* behandel die saak met wye verwysing na sowel Duitse as Anglo-Amerikaanse literatuur en onderskei tussen regte, vryhede en kompetensies.

2 3 Die Duitse voedingsbron

Om fundamentele beginsels uit die publiekregsteorie van 'n stelsel soos dié van die Duitse Bondsrepubliek wat grondliggend van die Suid-Afrikaanse stelsel verskil, sonder meer te probeer invoer, is beslis nie haalbaar nie.³¹

In die moderne Duitse regsteorie speel die konstruksie van die *subjektive öffentliche Rechte* sonder twyfel nie (meer) 'n primêre rol in die verklaring van die publiekregtelike verhouding nie.³² Die grondwetlike *Grundrechte* se prominensie oor die afgelope veertig jaar het verseker dat die publieke subjektiewe regsleer hoogstens as hulpmiddel dien om aspekte van die leer van fundamentele regte te verklaar en in vele opsigte in die dogma tweede viool speel. Dit is ook nie verbasend nie aangesien die besonderhede van die Duitse publieke subjektiewe regsleer ontwikkel is in 'n atmosfeer van die negentiende-eeuse positivisme, terwyl die heersende atmosfeer in die Bondsrepubliek eerder een van liberale konstitusionalisme en individualisme is.

Opvallend van die Duitse figuur van *subjektive öffentliche Rechte*, in teenstelling met die Suid-Afrikaanse konstruksie van subjektiewe regte in die priaatreg en van die voorstelle oor publieke subjektiewe regte hier onder bespreking, is dat die Duitsers gewoonlik nie juis met die konstruksie van regsobjekte opereer nie.³³ Die klassieke Duitse konstruksie pas eerder in die vorm van die *kompetensie* as dié van die subjektiewe reg. Daarom is dit ook nie vreemd nie dat, soos Blaauw duidelik aantoon,³⁴ die publiekregtelike kompetensies van die burger (wat later *subjektive öffentliche Rechte* genoem is) in die tye van staatsabsolutisme in vergelyking met die kompetensies van die staat uiters beperk was.

Om dus te beweer dat die voorgestelde sisteem van publieke subjektiewe regte op die Duitse leer van *subjektive öffentliche Rechte* gefundeer is, is om by die materiële besonderhede van die voorstelle verby te kyk en by die ooreenkomste in benamings vas te steek. Daar is naamlik bloedweinig uit die Duitse leer geleen om publieke subjektiewe regte as sodanig in die Suid-Afrikaanse reg te konstrueer, maar wel meer om die sisteem van *publiekregtelike kompetensies*, en spesifiek die verskillende statuskompetensies,³⁵ te ontwikkel.

31 Wiechers 285: "Insigte oor publieke subjektiewe regte vanuit die Duitse staatsteoretiese oogpunt is werklikwaar veelvuldig. Ons moet egter beseft dat die staatsteorie in daardie land die voortreflike produk van 'n hoogkonjunktuur van regstaatlikheid is en gedra word deur 'n konstitusionalisme wat by ons afwesig is."

32 Vgl Alexy 159 vn I waar hy verwys na 'n uittaling van Hans Kelsen van 1911 met die strekking dat die subjektiewe reg die juridiese grondbegrip is wat die meeste teoretiese aandag geniet het. Alexy sê dat dit stellig nie meer heeltemal geldig is nie, maar "von seinem Spitzenplatz mußte dieser Begriff aber nicht weit absteigen".

33 Vgl Venter hfst II en Stern *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (1988) Band III/1 *passim*, maar veral par 65 II 3 op 534 ev.

34 Blaauw 367-368, waar sy heeltemal buite konteks en sonder enige rasonale regverdiging gebaseer op die besonderhede van die voorgestelde sisteem van publieke subjektiewe regte, op die geskiedenis van die Duitse publiekreg steun om die konstruksie met *staatsabsolutisme* te assosieer: "Venter's construction of the public law relationship shows some remarkable similarities to theories of 'subjective rights' espoused during the time of state absolutism in Europe. Then it was almost taboo even to consider rights for the individual *vis-à-vis* the state authority. Rights for the individual were simply not compatible with state absolutist conceptions. In view of the constitutional history of South Africa and the undeniable state-absolutist tendencies reflected by it, a view such as Venter's is hardly surprising."

35 Vgl Venter 165-172.

2 4 Publieke subjektiewe regte vir die staat

Hierbo³⁶ is die probleem van die verlening van publieke³⁷ subjektiewe regte aan die staat reeds in die verbygaan aangeraak. Soos aangetoon is, het hierdie aspek van die voorgestelde sisteem verrassend by 'n paar kommentators die agterdog gewek dat 'n bedekte pleidooi vir die juridiese bevoordeling van die staat ten koste van die individu gelewer is.³⁸ Hierdie reaksie is gebaseer op die ignorering van enkele grondliggende fasette van die voorstelle.

“Vir die herkenning van die publiekregtelike verhouding vir wat dit is, is dit 'n *sine qua non* om in te sien dat die staat daarin figureer as regs subjek wie se bevoegdhede dus onderhewig is aan dieselfde regsorde as alle ander regs subjekte. Indien dit nie die geval was nie, was die publiekreg 'n stel buite-juridiese reëls.”³⁹

As die staat dan aan die voorskrifte van die reg gebonde is, hoe kan, soos enkele kommentators skynbaar meen, dit die staat tot groter voordeel strek as subjektiewe regte en verpligtinge vir die staat gekonstrueer word? Die voorstelle trek juis die staat “af” na die vlak van gelyke en beregbare regsverhoudinge. 'n Staatsbeskouing wat die staat of sy owerheid buite die werking van die reg laat en dit bloot as imperatiewe formuleerder van voorskrifte wil sien wat die ander deelnemers aan die publiekregsverkeer as “blote onderdane” bind, is 'n uitnodiging tot, of 'n onnadenkende reaksie op, staatsabsolutisme. Die magtige staat kan nie in toom gehou word met “sagte” etiese verwere alleen nie. Dit kan tog nie naïef wees⁴⁰ om die moderne staat, 'n skepsel van die reg, as gebonde aan die voorskrifte van die reg te beskou nie. Dit sal wel naïef wees om te dink dat individuele en ander gesagsdraende organe van die staat nie geneig sal wees tot die misbruik van hulle gesag tot persoonlike of seksionele voordeel nie. Dit is juis hierdie universele menslike geneigdheid wat dit wenslik (en inderdaad onvermydelik) maak om die grense van nie net die “gewone” regs subjek se kompetensiesfeer regtens af te baken nie, maar ook dié van die staat. Doen 'n mens dit nie, moet jy jou anomalies tot die juridies-ondefinieerbare⁴¹ wend om die essensieel-juridiese probleem van endemiese gesagsmisbruik te bekamp.

Voorts is die toekenning van publieke subjektiewe regte ook⁴² aan die staat, volkome afhanklik van die aanvaarding van die uitgangspunt dat subjektiewe regte op regsobjekte betrekking moet hê. Die konstruksie van subjektiewe regte *in vacuo* vir die staat (soos morele menseregte vir die individu) sou inderdaad moet berus op 'n bedenklieke staatsteorie wat aan die staat “aangebore” en onbepaalde magsaansprake verleen.⁴³

36 Par 2 2 by vn 29.

37 Daar kan seker as vanselfsprekend aanvaar word dat niemand die feit dat die staat kompetent is om die draer van privaatregtelike subjektiewe regte te wees, sal ontken nie. Vgl by a 1 van die Wet op Staatsaanspreeklikheid 20 van 1957, wat nie sin sou hê nie indien die staat nie subjektiewe reghebbende kon wees nie.

38 Van der Vyver 208 beskou as een van die grootste tekortkominge van die voorstelle “the preposterous idea that the state – over and above the citizen – also qualifies to be the bearer of public-law rights”.

39 Venter 157.

40 Soos Wiechers 288 skynbaar meen.

41 Soos “aangebore, onvervreembare, natuurlike menseregte”.

42 Dit is by die lees van die voorstelle darem duidelik genoeg dat publieke subjektiewe regte nie net vir die staat nie, maar vir alle deelnemers aan die publiekregsverkeer gekonstrueer is, en dus eweser vir individuele burgers en nie-staatlike regspersone as vir die staat geld.

43 Blaauw 359 maak hierdie fout. Dit is opsigtelik (en anomalies) hoedat die vurigste betoë ten gunste van die beskerming van die individu met behulp van menseregte dikwels terug te voer is na die (wan-)jopvatting dat die staatsowerheid juridies vry is om na willekeur te handel.

Die benadering wat in die voorstelle gevolg is, is juis die teenoorgestelde van so 'n staatsteorie, want die konstruksie van alle publieke subjektiewe regte is volkome afhanklik gemaak van die identifikasie van publiekregtelik-relevante regsobjekte en

“die publiekreg behoort nie konfrontasie te wees nie maar behoort, soos alle reg ordenend, harmoniërend, balanserend en tot voordeel van alle regsobjekte te wees”.⁴⁴

2 5 Fundamentele teoretiese kritiek

Seker die mees fundamentele (en dus baie nuttige) kritiekpunte op die voorstelle is deur LM du Plessis⁴⁵ na vore gebring. Die meeste van die kritiekpunte spreek die standhoudendheid van bepaalde konstruksies en motiverings van die voorstelle aan en onderwerp dit aan streng immanente kritiek. Ten einde die belangrikste fasette van die kritiek onder die loep te neem en daardeur ook moontlik die voorstelle te hersien en in 'n mate verder te voer, moet dit hier oorweeg word.

'n Paar van Du Plessis se kritiekpunte kan wel met verwysing na die gekritiseerde werk self beantwoord word,⁴⁶ maar hier moet ook toegegee word dat nie al die gevolgtrekkings en standpuntstellings in die voorstelle deur voldoende argumente en motiverings ondersteun is nie. Die probleem is dat standpunt nie oor die publiekregtelike verhouding ingeneem kan word sonder dat ook oor 'n reeks baie fundamentele sake soos die regs- en staatsbegrippe standpunt gestel word nie, welke begrippe elk op sigself staande groot regsfilosofiese onderwerpe is.

Kwessies wat Du Plessis opper en pertinent om hantering roep, is egter regs-subjektiviteit en -objektiviteit,⁴⁷ die rol van *orde* in die reg⁴⁸ en die bruikbaarheid van die konstruksie van die publieke subjektiewe reg ter ondersteuning van die regsdeed.⁴⁹

Gereduseer tot die mees essensiële algemene betekenis van *subjek* en *objek*, beteken die begrippe eenvoudig onderskeidelik die *aktiewe* en *passiewe*, teenoorteenstaande elemente in 'n bepaalde verband. As die subjek menslik is, is hy

44 Venter *Intreerede* 3.

45 1987 *THRHR* 113.

46 'n Voorbeeld hiervan is dat Du Plessis *idem* 116–117 verkies om die definisie van die positiewe reg van Venter (138) te verstaan as 'n poging om die reg omvattend te definieer, terwyl daar (*idem* 136–137) verduidelik word dat die korrekte benadering eerder is om by die “regsbegrip die subjektiewe en positiewe reg asook die kenbare beginsels en perke wat deur die skeppingsreg aan die juridiese reg voorgeskryf word”, in te sluit en dat daar om doelmatigheidsredes besluit is op die beperking van die omskrywing hoofsaaklik tot die positiewe reg.

47 Du Plessis se probleme hiermee verwoord hy soos volg (1987 *THRHR* 116): “[W]at hy oor die reg sê, mag bes moontlik die noodsaak aan reël- of normmatigheid impliseer, maar hoe kom subjektiviteit en objektiviteit nou ewe skielik in die prentjie?” en (120): “Dit is ongelukkig egter juis in sy beredeneringe oor die aard van publiekregtelike regsobjekte – en veral hulle onderskeidende kenmerke – dat die skrywer se gebrek aan 'n behoorlike teoretiese fundering van (reg-)subjektiviteit en (regs-)objektiviteit in korrelasie of samehang met – maar ook soos te onderskei van – (regs-)ordelikheid hom markant wreek.”

48 Du Plessis se ernstigste bedenkinge hieroor word op 115–116 en 120 van sy resensie behandel.

49 In verband waarmee Du Plessis sy probleme op 121–123 van die resensie beskryf. Dit sou nie by die opset (en beskikbare ruimte) van hierdie bydrae inpas om verder op sy kritiek rakende die onderskeid tussen konstituiviteit en regulatiewiteit (123) te reageer nie as om na Venter 189 te verwys, waar die nodige verduideliking gegee is. Hieronder in par 4 word die simbiotiese benutting van publieke subjektiewe regte en menseregte wel voorgestel.

handelend (aktief) en die objek is dit waarmee gehandel word (passief).⁵⁰ Subjek en objek veronderstel mekaar en gevolglik vloei die konstruksie van verbande en verhoudinge tussen subjekte en objekte, onderling en teenoorstaande, natuurlikerwys uit die gebruik van die konsepte voort.

In die verband van die reg dra die begrip *regsubjek* die waarde van 'n aktiewe en outonome bepaler en deelnemer aan die regsverkeer. In die verband van die voorstelle rakende publieke subjektiewe regte word dit duidelikshalwe vermy dat subjektiwiteit geassosieer word met onderdaanskap soos in die Engelse staatsdenke, en, sonder om die binding van regsreëls op regsubjekte te ontken, word die taalkundig dualistiese Dooyeweerdiaanse aanwending van die begrip (subjek in die "subjéksy" van die juridiese wetskring as onderworpene aan die positiewe reg én draer van kompetensies en subjektiewe regte) ook liever vermy.

Hier word dus nie van 'n meer belade betekenis van *regsubjek* uitgegaan as die mens (of, in toepaslike gevalle, 'n groep mense wat as regs persoon gekonstitueer is) wat as enigste akteur in die regsverkeer figureer nie. Die *regsubjek*, kortweg gesê, is dit waarmee die regsubjek in die proses van sy deelname aan die regsverkeer werk. Regsobjekte het dus *betekenis* of waarde in regsverband en dit is aan die hand van sodanige juridiese betekenis van regsobjekte wat hulle geklassifiseer kan word. Regsobjektiveerbaarheid word deur regs waarde bepaal. Regs waarde vloei voort uit die funksie van die reg, naamlik *ordering*. Die funksie van die reg hou vanselfsprekend noue verband met en vloei voort uit die wesensaard van die reg.⁵¹

Die regsbegrip waarmee geopereer word, is vir ooglopende redes vir 'n subjektiewe regsteorie bepalend. Die vraag na die regsbegrip is 'n vraag na die *wesensaard* van die reg as 'n universele en onontbeerlike gegewenheid. Wanneer sodanige fundamentele identifikasie bewerkstellig moet word, gaan dit nie oor die identifikasie van 'n proses of 'n aktiwiteit nie, maar is dit die vraag na die *essensie* van die reg, die beginpunt van 'n mens se denke oor die reg, die kernkonsepsie waarom 'n mens se houdings, standpunte, terminologie en konstruksies in die reg gebou word.

Die denkoefening om tot 'n verantwoording van die wesensaard van die reg te kom, is die moeite werd omdat dit, bewustelik of onbewustelik, die res van 'n mens se regsdenke bepaal. 'n Bewuste verantwoording daarvoor behoort tot konsekwente denke oor en formulering van regs konstruksies soos 'n sisteem van publieke subjektiewe regte mee te help.

In *Die publiekregtelike verhouding* word voorgestel dat die wese van die reg "te vinde is in die begrip *orde*".⁵² Orde is dit wat uit wanorde, nie-orde of gebrekkige orde tot stand gebring word deur 'n handeling of 'n reeks handeling van 'n ordenende subjek. Hierdie beskrywing van die ordeningsproses het nie

50 Hier hoef nie op die posisie van nie-menslike subjekte ingegaan te word nie, want in die reg kan slegs mense of groepe mense as subjekte figureer. Die semantiese wortels van die begrip *subjek* impliseer onderworpenheid, ondergeskiktheid of onderdaanskap, maar dit is beslis nie die betekeniswaarde van die begrip wanneer dit in verband (en in teenstelling) met die begrip *objek* gebruik word nie. Die gebruik hier van die begrippe "aktief" en "passief" moet *nie* in verband gebring word met die behandeling van kompetensies in publiekregtelike verband deur Venter 165-172 nie.

51 Meer hieroor in par 3 hieronder.

52 Venter 134.

noodwendig 'n juridiese konnotasie nie: dit kan ook die aktiwiteit van 'n skoonmaker in 'n deurmekaar kantoor beskryf (hoewel iets van dié aktiwiteit 'n mens aan die reg herinner, naamlik die gestruktureerde, normatiewe, *ordelike* reëlmatigheid daarvan). Orde is 'n abstrakte, selfs relatiewe begrip, maar elke mens het 'n instinktiewe aanvoeling vir die aard daarvan.

Die reg het met mense en die menslike samelewing te doen. Aan die samelewing en die lede daarvan se gedrag word op verskillende maniere struktuur en ordelikheid verleen. So is daar byvoorbeeld sosiale voorskrifte en gebruike, ekonomiese kragte, sedes en konvensies. Al hierdie soorte norme dra, elkeen op 'n besondere wyse ten opsigte van 'n bepaalde faset van die menslike bestaan, daartoe by dat die gemeenskap ordelik funksioneer. Die reg reguleer egter die gemeenskapsorde as sodanig. Sonder regsordening is die ander fasette van 'n gemeenskap se orde nie haalbaar of denkbaar nie. Die reg bied die onmisbare raamwerkorde waarbinne alle ander fasette van die gemeenskap tot hulle reg kan kom. Wanneer nou spesifiek die juridiese funksionering van die gemeenskap bestudeer word, is dit gerieflik om van die *regsgemeenskap* te praat.

Kritiek⁵³ wat daarop wys dat orde 'n universele verskynsel is, en nie net vir die reg opgeëis kan word nie, is sekerlik geregverdig. Dit is egter nie die bedoeling om te beweer dat alle orde juridies van aard is nie. Die stelling wat wel gemaak word, is dat orde 'n mens meer aan die reg as aan enigiets anders herinner, dat orde oral voorkom en noodsaaklik is as faset van alle bestaansdimensies, dat die hele skepping ordelik is omdat dit so deur die Skepper gemaak is,⁵⁴ maar dat orde die *hoof*kenmerk alleen van die reg is.⁵⁵ Dit is byvoorbeeld nie die primêre taak van die getalle- en abstrakte simbolewêreld van die wiskunde om te orden nie: met getalle word van een- en veelvoudigheid verstaanbare en presiese konsepte gemaak, weliswaar met behulp van vaste, ordenende wiskundige wetmatighede, maar nie, soos in die geval van die reg, primêr ter wille van die ordening van die gemeenskap nie.⁵⁶ Waar ander werklikheidsfasette enersyds

53 Vgl Du Plessis 1987 *THRHR* 116.

54 Met die verwysing na orde in die skepping word nie by terugwysende implikasie bedoel dat die skeppingsdaad 'n juridiese daad was nie: natuur- en ander skeppingswette is nie juridiese norme nie en die skeppingsmatige daarstelling van die reg as 'n fundamentele lewensfaset van die mens was nie 'n proses van verordening van 'n volmaakte regstelsel waarna die menslike regskeppers op soek moet bly in die hoop om daarin te kan slaag om ten minste 'n skaduwee daarvan tot stand te bring nie. Skeppingsnorme – vir die mens waarneembaar uit die aard van sake self, en in die geval van die reg, uit die aard van die juridiese werklikheid self – is wel kenbaar. Omdat die “ken” van dinge egter 'n per definisie onvolmaakte funksie van die mens is, is daar altyd ruimte vir verskil in interpretasie en “kenne” en kan die subjektief-bepaalde uitgangspuntverskille wat dikwels intuïtief en onuitgesproke is, nie ontwyk word nie. Daar is egter bepaalde gegewenhede in die skepping wat nie misgekyk kan word nie en waarvoor mense met wyd uiteenlopende uitgangspunte moet saamstem. Daartoe hoort mi onder meer fundamentele, en dus “ingeskape”, kenmerke en veral beperkinge van die reg.

55 Vgl Venter 134 vn 5.

56 Du Plessis 1987 *THRHR* 116 se tipering hiervan as 'n denkfout, gaan nie op nie: hy struikel te gereedelik oor die (toegegee strategies gebrekkige) benoeming in die voorstelle (Venter 134–135) van die ordenende skeppingsinstrumente van God as “reg in die wydste moontlike sin van die woord” of “skeppingsreg” en plaas dit sonder regverdiging in 'n kategorie van 'n radikale natuurregseleer: vn 6 135 behoort dit duidelik te gemaak het dat dit inlegkunde is om in die frase (135) “omdat die skeppingsreg bepaalde eise stel en wesenskenmerke aan juridiese reg verleen”, natuurregseleer in te lees. Al wat dit beteken, is dat dit tot die aard van die reg hoort dat dit alleen juridies kan werk en nie ook by matematiese norme kan skep nie.

dus wel nie sonder orde (en dan wel hoofsaaklik orde wat nie juridies van aard is nie) kan wees nie, is orde andersyds nie 'n grootheid wat in die eerste plek, soos in die geval van die reg, met daardie werklikheidsfasette geassosieer word nie.

3 PUBLIEKREGTELIKE REGSOBJEKTE EN DIE KLASSIFIKASIE VAN PUBLIEKE SUBJEKTIEWE REGTE

By die identifikasie en klassifikasie van publieke subjektiewe regte aan die hand van 'n klassifikasie van publiekregtelik-relevante regsobjekte,⁵⁷ staan of val die idee van publieke subjektiewe regte nie. Die essensie van die saak is wel die aanvaarding van die noodsaak vir, en die basiese konseptuele raamwerk van publieke subjektiewe regte as 'n belangrike instrument in die proses van die verklaring van die publiekregtelike verhouding.

Hoe publieke subjektiewe regte geëien en geklassifiseer word, is volkome van die identifikasie van publiekregtelik-relevante regsobjekte afhanklik. Oor hierdie identifikasieproses kan heelwat verskil word sonder dat die publieke subjektiewe regs-konsep as sodanig skade hoof te ly. Dit is so omdat die antwoord op die vraag watter dinge regsobjekte is, nie konstant dieselfde in alle regstelsels of vir alle tye hoof te wees nie: wat as 'n regsobjek figureer, word (binne die natuurlike beperkinge van die reg) bepaal deur geldende materiële regs-norme, wat op hulle beurt weer wesenlik beïnvloed word deur die wense, behoeftes en ontwikkeling van die regsgemeenskap self.

Die vraag wat die regsobjek *as verskynsel* is, moet egter konsekwent beantwoord word. In *Die publiekregtelike verhouding*⁵⁸ is voorgestel dat iets 'n regsobjek kan wees as dit juridiese waarde het en dat juridiese waarde geleë is in die ordeningskwaliteit daarvan in die regsverkeer. Du Plessis⁵⁹ beskryf hierdie benadering as ondeurdag en vind dit

“onbegryplik hoedat 'n mens van 'n 'dooie', onaktiewe (stoflike of nie-stoflike) regsobjek kan beweer dat dit oor ordeningskwaliteite beskik of so nie aangewend kan word om die regsgemeenskap te orden”.

Daarmee raak hy 'n wesenlike kwessie aan wat sonder verdere opheldering sekerlik vir misverstand vatbaar is.

In aansluiting by dit wat reeds hierbo oor regsobjektiwiteit en -objektiwiteit gesê is, kan regsobjektiwiteit verder verklaar word deur daarop te wys dat dit moeilik denkbaar is dat 'n regsobjek aan die regsverkeer kan deelneem sonder dat hy oor regsobjekte beskik. Anders gestel, wanneer 'n regsobjek dinge in regsverband doen, doen hy dit normaalweg met of ten opsigte van regsobjekte.

Daar is reeds op gewys dat die essensie van die reg *orde* is en dat die funksie van die reg *ordering* van die regsgemeenskap behels. Wat die reg dus (onder meer) doen, is om die regsobjek se deelname aan die regsverkeer te *orden*. Du Plessis is dus korrek waar hy sê:⁶⁰

“Dit is immers mense met gesag wat die gemeenskap orden en die middele wat hiertoe gebruik word, is regs-norme.”

57 Soos tentatief deur Venter 162-164 gedoen is.

58 158.

59 Du Plessis 1987 *THRHR* 120.

60 *Ibid.*

Die ordenende norme het betrekking op (onder meer⁶¹) die verhoudinge tussen regsobjekte ten opsigte van regsobjekte. Om regsobjekte te kan wees, moet die regsnorme (die positiewe reg) hulle as sodanig erken. Dinge word deur die reg as regsobjekte erken wanneer hulle vir die ordeningsproses bruikbaar is, dit wil sê *juridies waardevol* is.

Die juridiese ordeningsproses hou onder meer in dat regsobjekte ordelik binne regsobjekte se regsbeheer geplaas word. Iets sal dus net in die kategorie van regsobjek geplaas word as die regsgemeenskap deur wie en vir wie regsnorme tot stand gebring word, 'n behoefte daaraan het om dié "iets" vir die juridiese ordeningsproses te benut. Van so iets kan dan gesê word dat dit 'n *ordeningskwaliteit* het.⁶²

Ter wille van die identifikasie en klassifikasie van subjektiewe regte in die publiekreg moet die vraag dus ondersoek word watter entiteite in die Suid-Afrikaanse regsgemeenskap weens hulle publiekregtelike ordeningskwaliteite geobjektiveer kan en moet word en waarop daar dus publieke subjektiewe regte verkry kan word.

Om dit te kan doen, moet daar natuurlik duidelikheid wees oor wat met *publiekregtelike* (in teenstelling met *privaatregtelike*) ordeningskwaliteite bedoel word. Die antwoord daarop is betreklik eenvoudig: 'n regsobjek geld as publiekregtelik relevant wanneer dit in die publiekregtelike verhouding ordenend benut word. 'n Regsverhouding is publiekregtelik van aard wanneer die staat as sagsdraer daarin as 'n party figureer.⁶³

Die eiening van stofflike sake soos 'n persoonlike identiteitsdokument en die staatsterritorium as publieke regsobjekte, waarop dus publieke saaklike regte gevestig kan word, en immateriële goedere soos die landsvlag en die ontwerp van amptelike uniforms waarop publieke immateriële goedereregte verkry kan word,⁶⁴ is relatief probleemloos.⁶⁵ Nie so maklik motiveerbaar nie is die voorstel dat bepaalde regstoestande en handeling in die publiekreg geobjektiveer kan word.

Die bekende indeling van die regsobjekte van die privaatreë, te wete sake, immateriële goedere, persoonlikheidsgoedere en prestasies is geen noodwendige model vir die identifikasie van objekte in die publiekreg nie. Per slot van rekening is dit ook geen noodwendige model vir die klassifikasie van regsobjekte

61 Die reg het natuurlik op meer as die subjektiewe regsverhouding betrekking, want regsobjekte beskik ook oor kompetensies wat nie op regsobjekte betrekking het nie, die reg funksioneer binne die konteks van gemeenskapsopvattinge en etiese persepsies en skep en hou essensiële strukture in stand.

62 Du Plessis 1987 *THRHR* 120 het dus nie reg nie waar hy sê: "Wat 'n mens wel tereg kan beweer, is dat om 'n regsobjek te kan wees, 'n entiteit oor die 'kwaliteit' of, liever kenmerk van *ordenbaarheid* moet beskik." Dit is nie die regsobjekte wat in die eerste plek georden word nie, maar die regsgemeenskap. Regsobjekte hoort tuis by die dinge waarmee die regsgemeenskap deur die normskeppers georden word.

63 Vgl Venter 157.

64 Nie net deur die staat nie, maar ook deur burgers: dink bv aan die aanspraak wat 'n lid van die weermag moet hê om 'n uniform en die toepaslike rangkentekens te dra.

65 Vgl by Du Plessis *Die reg op inligting en die openbare belang* (LLD-proefskrif PU vir CHO 1986) wat (bv 88) die volgende interessante standpunt inneem: "Die reg op inligting is 'n publieke subjektiewe reg waarvan die regsobjek openbare inligting is. Dit word as immateriële publieke subjektiewe reg en wel as 'n openbaringsreg beskerm."

in die privaatreë nie.⁶⁶ Klassifikasie van regsobjekte volg op identifikasie daarvan en nie andersom nie. Identifikasie van regsobjekte as sodanig is trouens belangriker as hulle klassifikasie.

Om te kan besluit of 'n toestand en 'n handeling as regsobjekte kan deug, is dit sinvol om uit te gaan van bekende toestande en handelinge en hulle dan teen dit wat hierbo oor regsobjekte gesê is, te toets. Du Plessis⁶⁷ aanvaar nie die objektiveerbaarheid van 'n toestand nie, want

“ 'n [t]oestand is immers 'n toedrag van sake waarin regsobjekte en regsobjekte hulle bevind”

en die objektivering van 'n toestand kom vir hom neer op die deurmekaarloop van feitlikheid en objektiwiteit binne een en dieselfde konteks. Hierdie analise van Du Plessis lyk oortuigend, ook omdat die regstoestand nie oor die kenmerke van die regsobjek soos hierbo uiteengesit is, voldoen nie. Ten minste die volgende drie vrae moet positief beantwoord kan word voordat 'n toestand as regsobjek aangemerkt kan word:

- (a) Handel regsobjekte met die toestand as objek in die regverkeer?
- (b) Is die toestand bruikbaar (juridies waardevol) in die publiekregtelike ordeningsproses?
- (c) Is daar 'n behoefte in die regsgemeenskap dat die toestand binne regsobjekte se regsbeheer geplaas word?

Hierdie vrae kan waarskynlik nie ten opsigte van enige toestand positief beantwoord word nie.

Die identifisering van burgerskap, staatsveiligheid en wet en orde as publiekregtelike regsobjekte in *Die publiekregtelike verhouding*⁶⁸ was dus nie houdbaar nie. Die fout kan moontlik daaraan toegeskryf word dat onwillekeurig aan die meer geykte klassifikasie in die privaatreë van persoonlikheidsgoedere gedink is. In die publiekreg sou burgerskap miskien as 'n soort ekwivalent van privaatreëtelike *dignitas* beskou kon word en staatsveiligheid (sou die staat gepersonifieer word) herinner oordragtelik aan liggaamlike integriteit. Die konstruksie van publieke persoonlikheidsregte, wat nie na 'n aantreklike moontlikheid lyk nie, sou net verder gekompliseer word deur die “persoonlikheidsgoedere” aan regstoestande te koppel.

Du Plessis⁶⁹ het ook probleme met die objektivering van handelinge. Hy meen 'n handeling “ bestaan ’ immers slegs in die stadium dat en vir sover dit *verrig* word” en doen aan die hand dat 'n vorderingsreg nie aanspraak op 'n handeling as sodanig verleen nie, maar op die vermoë en verpligting van die krediteur om te handel. Hierdie probleem is egter nie wesenlik nie, want dit berus in 'n groot mate op die wyse van formulering: dit is waarskynlik korrek om te sê dat 'n handeling 'n betreklik kortstondige verloop het en dat dit nie bestaan voordat dit verrig is nie, terwyl die soort reg wat daarop betrekking het reeds voor die handeling tot stand kom. Wat bedoel word met 'n “handelingsreg” is egter *dat* 'n bepaalde handeling verrig moet word wanneer die reghebbende regmatig daarop aanspraak maak. Die handeling self moet dus nie soseer as die objek gesien

66 Vgl bv Van der Vyver 232–233 en sy verwysings tap.

67 Du Plessis 1987 *THRHR* 121.

68 Venter 161.

69 Du Plessis 1987 *THRHR* 121.

word nie, maar eerder die gebondenheid van die persoon ten aansien van wie die reghebbende kan aandrang om dienooreenkomstig te handel.

Aan die identifikasie en klassifikasie van publiekregtelike regsobjekte is daar nog baie werk te doen. Daar kan egter nie twyfel oor bestaan nie dat die reg met sulke objekte opereer: hulle is dáár en moet net as sodanig geëien word om in die analise van die publiekregtelike verhouding benut te kan word. 'n Benadering wat gevolg sou kon word, is om verskynsels in die publiekreg van alle kante te betrag met die doel om hulle juridiese karakter ter wille van 'n helder begrip van die verskynsel te bepaal. So kan dan goeie vordering met die broodnodige ontplooiing en ontwikkeling van ons publiekreg gemaak word en kan ons uit die teoretiese windstilte van vormloosheid en begripsverwarring vorder sodat ons met vertroue kan sê of ons met 'n toestand, 'n kompetensie, 'n reg, 'n ideële norm of enige ander kenbare regsverskynsel werk. So kan 'n mens byvoorbeeld toets of 'n deelnemer aan die regsverkeer se aanspraak op 'n hof se *regsprekende aandag en onpartydigheid* nie dalk betrekking het op 'n publiekregtelike objek nie; of *inligting*⁷⁰ nie as 'n kompleks van (privaat- en publiekregtelike) regsobjekte verstaan kan word nie; of die *omgewing*⁷¹ nie 'n besondere klas van publiekregtelike regsobjekte verteenwoordig nie, en so nog veel meer.

4 MENSEREGTE EN PUBLIEKE SUBJEKTIEWE REGTE

Enige suggestie dat menseregte nie die prominentste rol in die verklaring van die publiekregtelike verhouding kan speel nie, waarborg by baie moderne regs- en ander wetenskaplikes 'n heftige en soms emosionele reaksie. Die standpunte wat in *Die publiekregtelike verhouding* ingeneem is dat⁷²

“die menseregteleer nie 'n *sistematiserings*maatstaf of -instrument is nie, maar die positivering van individuele aansprake teen die staat voorafgaan en onderlê”,

en⁷³ dat 'n menseregtebedeling wat nie berus op 'n *Leitidee* wat breë steun in die gemeenskap geniet nie, weinig kans op sukses het, het skerp veroordelende, dog betreklik onspesifieke kritiek uitgelok.⁷⁴ Sodanige reaksie is miskien verstaan- en verklaarbaar uit hoofde van die sterk dogmatiese kleur van die menseregteleer. 'n Beperkende vertolking van die leer word gevolglik maklik met verontwaardiging as opposisie teen die strewe na groter geregtigheid in ons

70 Wat 'n komplekse sambreelebegrip is en ten minste verskynsels soos *deskundige kennis, persoonlike gegewens, gegewens wat kommersieel en polities sensitief is, nuuswaardighede en staatsveiligheidsinligting* omvat: vgl bv die benaderings van Du Plessis *Die reg op inligting en openbare belang* 15-16 en Neethling “Databeskerming: motivering en riglyne vir wetgewing in Suid-Afrika” *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (1988) 105, wat inligting beperkend moes definieer om dit vir hulle tema's hanteerbaar te maak.

71 Die oordeelkundige openbare bestuur waarvan bv besoedeling al dan nie, en dus individuele en gemeenskapsrykdom, openbare gesondheid en uiteindelik menslike voortbestaan, afhanklik is.

72 Venter 178.

73 *Idem* 179-182.

74 Van der Vyver 208 sê bv: “The main fallacy – as I see it – in Venter’s theory of rights stems from a patent reluctance on his part to accommodate fully the notion of human rights in his perception of state-subject relations” en Du Plessis 1987 *THRHR* 122 voer aan: “Nee wat, met alle eerbied: die outeur se wesenlik afsydige houding teenoor die idee van menseregte huisves bepaalde onuitgesproke (miskien selfs tipies Suid-Afrikaanse) vooroordele jeens die menseregteleer – vooroordele wat 'n onbevange beoordeling van die leerstuk in 'n groot mate in die weg staan.”

regs- en staatsstelsel verwerp. Van sodanige opposisie is hier beslis nie sprake nie. Inteendeel. Die vraag wat egter met verantwoordelikheid aangepak moet word, is *hoe 'n simbiose tussen die ideale wat deur die menseregtebeweging nagestreef word enersyds, en die ideaal van 'n samehangende, konsekwente regs-wetenskaplike verklaring van die publiekregtelike verhouding andersyds, bewerkstellig kan word.*

Daar word aan die hand gedoen dat daar langs die volgende weg vordering op die pad van die sinchronisering van bogemelde twee ideale gemaak kan word:

Eerstens moet aanvaar word dat die geregtigheidsideaal⁷⁵ en die sistematiese verklaringsideaal⁷⁶ nie opponerende pole verteenwoordig nie en dat die een dus die ander kan aanvul en behoort aan te vul.

Tweedens moet rekening gehou word met die heersende publiekregsbedeling: in 1990 is die positiewe grondwetlike beskerming van menseregte in Suid-Afrika nog nie meer as 'n voorgestelde toekomsbedeling nie, terwyl dit glad nie ondenkbaar is nie dat die Suid-Afrikaanse grondwet van die jaar 2000 'n verskanste, afdwingbare en regsoorheersende akte van fundamentele regte kan bevat. Wanneer so van die een na die volgende staatsregtelike bedeling oorgegaan word, sal die afwesigheid van 'n behoorlike, teoretiese verklaringsmodel 'n bedreiging vir die sukses en selfs die effektiewe voortbestaan van die nuwe stelsel inhou, want die verandering sal radikale denk- en verklaringsaanpassings verg wat net sal kan geluk as dit nie op teoretiese sand of in die wolke gebou is nie.

Derdens kan 'n "versoeningsmodel" ontwikkel word. Kursoriese raamwerkvoorstelle vir so 'n model waarin die publieke subjektiewe regsfiguur benut word om konkrete teoretiese inhoud aan grondwetlike fundamentele regte te gee, volg nou ten slotte.

By die bestudering van wat vir en teen 'n publieke subjektiewe regsstelsel gesê word, ontdek 'n mens een duidelike benaderingsverskil: standpunte wat die publiekregtelike verhouding primêr uit die regsiedeële menseregteperspektief betrag, vertoon weerstand eerstens teen die gedagte dat regte in die (publiek)reg betrekking moet hê op objekte en tweedens teen die idee dat die staat aan die publiekregsverkeer as *regsubjek* deelneem. Vir hierdie denkhouding is daar misken verskeie verklarings, maar, so word aan die hand gedoen, die waarskynlikste rede daarvoor is in 'n oorbeklemtoning van die oorheersende posisie van die staat in die publiekregtelike verhouding geleë.⁷⁷ Wat ook al die verklaring van die betrokke soort benadering is, behoort dit moontlik te wees om almal van die wenslikheid⁷⁸ van die juridiese regulering van die publiekregtelike verhouding te oortuig. *Aanvaarding van die regsgereguleerde karakter van die verhouding tussen staat en burger hou geen bedreiging vir die handhawing van menseregte in nie.*

Die leer van menseregte het nog altyd essensieel 'n regsiedeële karakter gehad. Dit kan ook nie anders nie, want die konsep self impliseer die stel van hoë

75 Soos deur die meeste menseregteorieë nagestreef.

76 Wat die oogmerk met die teoretiese analise van die publiekregtelike verhouding is.

77 'n Sinvoller benadering oorskat nie die mag van moderne staatsorgane nie; terwyl juis die feit dat die staat oor gesag beskik die verhouding tussen hom en 'n ander regsubjek 'n publiekregtelike verhouding maak, moet daardie staatsgesag in 'n ordelike regsgemeenskap *regtens* verleen en beheer word: die publiekregsnorme omskep naakte mag in juridiese gesag.

78 Per slot van rekening is dit tog ook die (weliswaar gebrekkige) realiteit.

morele eise aan veral die staatsowerheid wanneer hy in sy omgang met ander regsobjekte gesag uitoefen. Daar word aan die hand gedoen dat dit die rol en funksie ook van die grondwetlike identifikasie van menseregte moet wees: dit moet die etiese en morele bakens en maatstawwe vir behoorlikheid in owerheidsgesagsuitoefening wees. Hierdie aanwending van die begrip *menseregte* beperk die betekenis daarvan tot die regsdele. So verstaan, beteken "menseregte" dus nie regte in subjektiewe sin nie, maar kragtige regsmorele beginsels aan die hand waarvan die publiekregtelike verhouding gereguleer en in stand gehou moet word.

'n Grondwetlike akte van regte bevat egter selde *net* 'n lys van menseregte in bogemelde sin. Die effektiëste elemente van so 'n akte het betrekking op wat *fundamentele regte* (of grondregte) genoem kan word. Daarmee word subjektiewe regte bedoel wat in die publiekregsverkeer gekonkretiseer is en in die verhouding tussen die staat en ander regsobjekte sonder onsekerheid oor die bestaan of essensiële inhoud daarvan afgedwing kan word. Sulke fundamentele regte is dikwels afleidings van, of opereer ter realisering van die verheve menseregte wat in die akte opgeneem is. Terwyl *menseregte* in gemelde sin dus inderdaad nie betrekking het op regsobjekte nie maar op *openbare ideale*, kom *fundamentele regte* in bedoelde sin regsobjekte spesifiek toe omdat hulle betrekking het op identifiseerbare *regsobjekte*. Gevolglik is fundamentele regte ten beste verklaarbaar en in die regsverkeer hanteerbaar as publieke subjektiewe regte.⁷⁹

Om die aanwendbaarheid van hierdie onderskeid tussen menseregte enersyds en fundamentele regte as objek-gerigte publieke subjektiewe regte andersyds te demonstreer, kan 'n tentatiewe (en beslis nie absolute nie) indeling in hierdie twee kategorieë van die regte wat in die konsepmenseregteakte van die Suid-Afrikaanse Regskommissie⁸⁰ voorgestel word, onderneem word. As menseregte kan byvoorbeeld die reg op lewe, reg op menswaardigheid en regsgelykheid, die reg op deelname aan die ekonomiese verkeer en ander⁸¹ ingedeel word, terwyl voorbeelde van fundamentele regte in gemelde sin, regte op spraakvryheid, vrye wetenskaplike navorsing, keuse van onderwys, bewegingsvryheid, persoonlike veiligheid, en so meer is.

Daar word ten slotte aan die hand gedoen dat dit wetenskaplik wenslik en ook prakties sinvol is om die akademiese debat oor die publiekregtelike verhouding konstruktief en rasioneel te voer. Konstruktiewe vordering met die saak binne 'n samehangende teoretiese sisteem was nog nooit wensliker as nou nie.

79 Hiermee word nie bedoel dat alle publieke subjektiewe regte as fundamentele regte verstaan moet word nie, maar andersom.

80 Vervat in hfst 15 van *Werkstuk 25 - Projek 58: Groeps- en menseregte* (in 1989 deur die regskommissie vir kommentaar gepubliseer).

81 Rofweg beoordeel, wil dit voorkom of die volgende artikels van die konsepkte as menseregte in gemelde sin aangesien kan word: a 1-5 7 11 14 16 17-19 en 22 en dat die res moontlik as fundamentele regte in die vorm van publieke subjektiewe regte gekonstrueer kan word.

Kontrakte en beheer oor kontrakteervryheid in 'n nuwe Suid- Afrika¹

CFC van der Walt

B Iur et Art LLB LLD

*Professor in en Hoof van die Departement Privaatreg, Potchefstroomse
Universiteit vir CHO*

Summary

Contracts and control over freedom of contract in a new South Africa

The question addressed in this contribution is the extent to which the proposals recently made to the South African Law Commission (under Project 47 *Unfair contract terms and the rectification of contracts*) with regard to direct control over freedom of contract, might be acceptable and what the prospects for their implementation in a new South Africa might be.

The proposed basis for such control is that good faith should be required in all phases of contractual relationships. Courts should be empowered to apply this test, assisted by an open-ended list of guide-lines, to refuse to enforce unfair contracts or to change such contracts before enforcing them. Preventive control should be facilitated by empowering an existing body, such as the Harmful Business Practices Committee, to apply the test to reach enforceable negotiated settlements, to promote self-control and to give interim relief.

The gist of the matter is that contractual justice can be attained only when individual autonomy is given its rightful place. This precept was prominent in the thinking of natural lawyers and led to meaningful developments with regard to the social contract idea: *pacta sunt servanda*; limitation of contractual freedom by refusing to enforce unconscionable contracts; the optimistic view that individuals, left to themselves, will act to their own benefit and for the good of the community; and the doctrine of human rights.

The further development of natural-law ideas coincided with the development of economic theory. From the mercantilistic emphasis upon central planning and relative freedom of contract, and the strong reaction among the physiocrats to any state involvement with the economy, the firm belief developed that the free play of market forces would guarantee individual autonomy and would satisfy both individual and communal needs. To the economists of the classical mould, any suggestion that legislation might be used as a method to introduce control over contractual freedom, would be to involve the state and would be doubly unacceptable. That consumers could get hurt if they were not protected against imperfections in the market, was accepted by the classicists.

Central planning is characteristic of scientific socialism. In practice contracts are increasingly used to shape the lives of individuals and to attain the productivity goals set for collectives in terms of the central plan. Control over freedom of contract, therefore, is part and parcel of socialist economic life.

Freedom of contract and limitations on it are embodied directly or indirectly in all relevant declarations of human rights. Any steps taken to enhance contractual justice by implementing

¹ Verwerking van 'n voordrag gelewer tydens die kongres van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte te Pietermaritzburg op 1990-07-11.

a system enabling proper control over the freedom of contract will, therefore, fit well into a probable future South African declaration of human rights.

In conclusion, it may be said that freedom of contract and its limitation through a system such as has been proposed, would fit in well enough with whatever social or economic system might emerge from the current process. Speedy implementation would, moreover, by enhancing contractual justice in South Africa, facilitate the process that could lead to greater political, social and economic justice for all in South Africa.

1 INLEIDING

Kontraktering en beperkings op kontrakteervryheid in 'n nuwe Suid-Afrika is die hoek waaruit in hierdie bydrae na die probleemstelling en voorstelle wat tans met die oog op beheer oor onbillike kontrakbedinge aan die Suid-Afrikaanse Regkommissie² gemaak is, gekyk gaan word.³ Uiteraard sal daar na sekere aspekte van die finale verslag ten opsigte van Projek 47 verwys moet word. Hier kan egter nie volledig daarop ingegaan word nie. Hierdie bydrae is spesifiek daarop gemik om die houdbaarheid en vooruitsigte vir die implementering van die voorstelle wat in die projekverslag met die oog op die invoer van regstreekse geregtelike en voorkomende beheer oor onbillike kontrakbedinge gemaak is, binne die moontlike konteks van die nuwe Suid-Afrika aan die orde te stel. Uit die aard van die saak weet niemand nog presies hoe die "nuwe" Suid-Afrika daar sal uitsien nie. Al wat vasstaan, is dat daar verskillende moontlike benaderings ter sprake is, 'n kombinasie waarvan waarskynlik uiteindelik inslag sal vind. *Vryemark, outonomie, privatisering, deregulering, beheer, verantwoordelikheid, nasionalisering, herverdeling* ensovoorts is almal slagspreuke wat aan die orde van die dag is. In hierdie bydrae gaan nie partypolitiek gepraat word nie alhoewel groter sosio-politieke kwessies juis in die tema opgesluit is. Terwyl hierdie sake is waarvoor mense grondliggend kan verskil, moet deurgaans in gedagte gehou word dat hierdie bydrae nie die standpunt van enige ander persoon of enige instansie of organisasie verteenwoordig nie. Elke standpunt oor die onderwerp, wat ernstig gehuldig en middelpuntsoekend beredeneer word, is egter vir die uiteindelijke gesprek van belang.

Daar word dikwels beweer dat die klassieke beginsels van ons kontraktereg, naamlik kontrakteervryheid, konsensualiteit en afdwingbaarheid, sisteem-noodwendig met die vrye markstelsel van 'n Westers-demokratiese opset saamhang. Hoe en hoedanig hierdie benaderingswyses met mekaar verweef geraak het, sal kortliks hieronder uiteengesit word.

Daardie hipotese sal noukeurig oorweeg moet word. Is dit byvoorbeeld inderdaad so dat die kontrak as regsinstrument, met die unieke elemente daarvan, geensins nie, of in 'n mindere mate in die bekende sosialistiese gemeenskapstipes 'n rol speel? Verstaan diegene in die een stelsel werklik iets heel anders onder die begrip "kontrak" as wat iemand in 'n fundamenteel ander sisteem daaronder verstaan? Watter invloed sal die uiteindelijke uitslag van die menseregtedebat

2 Projek 47 van die Suid-Afrikaanse Regskommissie.

3 Hierdie projek, wat oor bykans vyf jaar met die insette van 35 medewerkers oor ongeveer 52 aspekte onderneem is, het op 'n finale verslag en konkrete aanbevelings uitgeloopt wat op 1989-10-11 amptelik aan die onder-voorsitter van die regskommissie, regter PJJ Olivier, oorhandig is. Die verslag word nou verder deur die regskommissie gehanteer.

by ons op die kontraktereg hê? Watter lig werp die verskillende visies wat die hoofrolspelers op die politieke terrein oor die toekomstige sosio-ekonomiese opset het, op die vraag na die rol van die kontraksinstrument en die kwessie van beheer oor onbillike kontraksbedinge? Daar kan nie in 'n bydrae van hierdie omvang na volledigheid gestreef word nie. Daarom sal op grondlyne gekonsentreer word. Te veel besonderhede van 'n nie-juridiese aard sal ook nie noodwendig meehelp om die kwessies waaroor ons wil dink, helderder na vore te bring nie;⁴ net besonderhede wat vir die vloei van die argument nuttig lyk, sal dus genoem word.

2 DIE ESSENSIE VAN DIE VOORSTELLE AAN DIE REGSKOMMISSIE

Die voorstelle behels dat regstreekse voorkomende en geregtelike beheer ingevoer word oor die vorm, inhoud en uitwerking van enige kontraksbeding wat in stryd met die goeie trou⁵ is. Naas 'n algemene bepaling wat hierdie uitgangspunt verwoord, word 'n ope lys riglyne voorgestel waarin sowel formele as inhoudelike aspekte gedek word. 'n *Konsepwetsontwerp op die Beheer van Onbillike Kontraksbedinge* word dus voorgestel. Die beoogde beheer kom nie in die plek van enige bestaande gemeenregtelike of statutêre beheermaatreëls nie, maar vervul 'n reserwe-funksie. Voorkomende beheer moet uitgevoer kan word deur noue samewerking tussen alle belanghebbendes wat tot afdwingbare skikkings kan lei; wat selfbeheer deur ondernemings en bedryfsverenigings aanmoedig; wat tussentydse maatreëls moontlik maak en algemeen lei tot die nodige stappe om misbruik van kontrakteervryheid te voorkom. Bestaande liggame kan gebruik word om die voorkomende beheer uit te oefen. Om dit moontlik te maak, word sekere wysigings aan die Wet op Skadelike Sakepraktyke 1988 voorgestel.⁶

2 1 Konsepwetsontwerp op die Beheer van Onbillike Kontraksbedinge 1990

"1 'n Hof kan enige kontrak, of beding in 'n kontrak, wat ontstaan het onder omstandighede wat, of wat 'n vorm, inhoud of strekking het wat, of die uitvoering of afdwinging waarvan in die lig van al die omstandighede meebring dat dit in stryd met die handhawing

4 Vir 'n algemene uiteensetting van 'n besondere kant van hierdie geskiedenis, kyk Borrie en Diamond *The consumer, society and the law* (1976) hfst 2; Borrie *The development of consumer law and policy - bold spirits and timorous souls* (1984) *passim*; Cranston *Consumers and the law* (1984) *passim*.

5 Kyk bv ook die prominente plek wat Lubbe en Murray *Farlam and Hathaway: Contract - cases, materials and commentary* (1988) 26(3) toesê aan die beginsel dat die goeie trou in alle fases van 'n kontraktuele verhouding gehandhaaf moet word. Dit klop met alles wat voortgekom het uit die ondersoek in verband met Projek 47, soos dit weergegee is in die *Hoofverslag, Suid-Afrikaanse Regskommissie Projek 47: Onbillike kontraksbedinge en die rektifikasie van kontrakte* (1989) hfst 2 5. 'n Historiese en regsvergelykende benadering blyk uit Van Zyl "The significance of the concepts 'justice' and 'equity' in law and legal thought" 1988 *SALJ* 272 veral 282 ev waar op grond van die goeie trou-beginsel bevind word dat dit strydig met die openbare beleid sou wees om onbillike bedinge klakkeloos af te dwing. Vgl ook die klem wat deur Corbett AR (soos hy toe was) "Aspects of the role of policy in the evolution of our common law" 1987 *SALJ* 52 veral 67 en 68, op die rigtinggewende rol van openbare beleid geplaas word.

6 Uit verskillende ondersoeke het ook geblyk dat 'n kombinasie van al die verskillende vorme van beheer die beste kans op 'n gesonder reëling bied (kyk bv Von Hippel *Verbraucherschutz* (1974) 27). Oor die verskillende moontlikhede en die ervaring daarmee kan ook gekyk word na Hondius "The legal control of unfair terms in consumer contracts: some comparative observations" in Bourgoignie (red) *Unfair terms in consumer contracts: legal treatment, effective implementation and final impact on the consumer* (Proceedings of the second European workshop on consumer law, Louvain-la Neuve on December 17, 1982) (1983) hfst 2.

van goeie trou is, geheel of gedeeltelik nietig verklaar, of kan dit voor die afdwinging daarvan so wysig, of enige ander bevel maak wat waarskynlik sal meebring dat enige onbillike uitwerking daarvan voorkom word.

2 Riglyne⁷ vir die uitoefening van beheer ingevolge die wet:

2(1) By die toepassing van die algemene maatstaf ingevolge artikel 1, moet die riglyne vervat in subartikel 2(2)(b) aangewend word; met dien verstande dat sodanige riglyne slegs in ag geneem hoef te word vir sover hulle in die betrokke geval relevant is, en verder met dien verstande dat geen hof by die toepassing van die Wet tot die lys riglyne vervat in subartikel 2(2)(b) beperk is nie;

2(2)(a) Kontrakte of bedinge in kontrakte wat, in die lig van al die omstandighede aan een of meer van die riglyne in subartikel 2(2)(b) voldoen, word vermoed strydig met die algemene maatstaf ingevolge artikel 1 te wees;

2(2)(b) Die riglyne is:

- (i) Wat die relatiewe bedingingsmag van die partye met betrekking tot die betrokke transaksie was;⁸
- (ii) Wat die kommersiële raamwerk van of die omstandighede rondom die betrokke transaksie was;⁹
- (iii) Wat die aard en patroon van vorige handelsbedrywighede tussen die partye was;¹⁰
- (iv) Of daar enige aanduiding van die aanwesigheid van misleiding of bedrog deur of namens enige van die partye, voor of tydens sluiting van die kontrak, met betrekking tot die aard, inhoud of uitwerking van die kontrak of enige beding daarin was;
- (v) Of enige openbaringsplig deur 'n party nie nagekom is nie en die teenparty daardeur onredelik verras is;
- (vi) Of daar voorkontraktuele onderhandelings was en wat die aard daarvan was;
- (vii) Of aan die een party in die lig van die omstandighede 'n ongewone lang tyd gegee is om op 'n aanbod of ander verklaring van die teenparty te reageer;
- (viii) Of die een party teenoor sy teenparty in enige opsig in 'n posisie geplaas is wat wesenlik beter is as die posisie waarin daardie party ingevolge die reëlende reg sou gewees het as dit nie vir die betrokke kontrak of beding was nie;
- (ix) Of aan een party die bevoegdheid gegee is om 'n wesenlik ander prestasie as waarop ooreengekom is te lewer, sonder dat die teenparty in so 'n geval die kontrak kan kanselleer, met teruggawe van wat reeds gepresteer is, sonder om enige bykomende verpligting op te doen;
- (x) Of die een party kragtens die kontrak in ekonomiese sin die reg van lewe en dood oor die teenparty verkry het, en dit gebruik het om 'n onredelike hoë of lae prys af te dwing;

7 Riglyne (i)-(vi) van a 2(2)(b) (*infra*) handel oor formele kwessies waarvoor daar waarskynlik reeds genoeg reëls geld. Hulle kan dus goedsikks weggelaat word sodat net op riglyne wat *waardeoordele* ingevolge geoorlooftheid impliseer, gekonsentreer kan word. Dit lyk wenslik om net die howe (a 2(1) *infra*) toe te laat om ander riglyne te gebruik as dit wat in die wet verskaf word. Die administratiewe beheerliggaam moet dus die riglyne wat in die wet neergelê is, sover dit wel relevant is, op die betrokke kontrak of beding toepas. Hierdie beperking op die diskresie van die administratiewe liggaam behoort enige bedenkinge oor die houdbaarheid van 'n situasie waar aan amptenare 'n onbeperkte diskresie gegee word om met kontrakteervryheid in te meng, uit die weg te ruim.

8 Spesifieke faktore wat ter vasstelling hiervan oorweeg kan word, kan goedsikks by regulasie bepaal word. Faktore wat hierby ter sprake kom, is ouderdom, onderwyspeil, intelligensie, ervaring of bedrewenheid in saketransaksies, wie die kontrak opgestel het, of die kontrak en sy bepalings aan die teenparty verduidelik is sodat hy dit kon verstaan, of die kontrakbepalings gewysig kon word, of die teenparty hom na 'n ander verskaffer kon gewend het, en die lees- en verstaanbaarheid van die beding in die lig van die kriteria wat van tyd tot tyd daarvoor neergelê word.

9 Hierdie riglyn en die volgende een sal veral voorkom dat die bepalings van die wet ivm kontrakte tussen handelslui misbruik word.

10 Sien vn 9.

(xi) Of ingevolge die kontrak of 'n beding daarin eensydige beperkings op die verhaalsreg van 'n party ten opsigte van skadevergoeding vir gevolgskaide of vir persoonlike beserings geplaas is, tensy die kontrak in die loop van albei partye se professionele of handelsaktiwiteite gesluit is;

(xii) Of onredelike tydsbeperkings aan die teenparty opgelê is;

(xiii) Of daar op standaardbedinge gesteun word;

(xiv) Of onafhanklike advies oor die aard, inhoud en uitwerking van die kontrak of enige beding daarin, voor en tydens kontraksluiting beskikbaar was en verkry is, tensy die kontrak in die loop van albei partye se professionele of handelsaktiwiteite gesluit is;

(xv) Of die betrokke goedere of dienste elders verkry kon word sonder die betrokke beding waarteen beswaar gemaak word, tensy die kontrak in die loop van albei partye se professionele of handelsaktiwiteite gesluit is;

(xvi) Of daar 'n onredelike verplasing van die normale handelsrisiko na die teenparty was;

(xvii) Of daar in die kontrak bedinge voorkom wat onredelik moeilik is om na te kom, of wat nie redelikerwys nodig is om die partye te beskerm nie;

(xviii) Of daar 'n gebrek aan wederkerigheid in 'n andersins wederkerige kontrak is;

(xix) Of die teenparty se bevoegdheid om bewys te lewer van enige aangeleentheid wat in verband met die kontrak of die uitvoering daarvan nodig mag wees, uitgesluit of beperk word, of die normale ligging van die bewyslas tot nadeel van die teenparty gewysig is;

(xx) 'n Beding wat bepaal dat die teenparty *geag* sal word 'n verklaring te gemaak het, of nie te gemaak het nie, indien hy iets doen of nalaat, tensy

(a) aan hom 'n gepaste tyd vir die maak van 'n uitdruklike verklaring daarvoor gebied word, en

(b) die party in wie se guns so 'n beding is, onderneem om die teenparty se aandag by die aanvang van die termyn te vestig op die betekenis wat aan sy gedrag geheg sal word.

(xxi) Of die kontrak bepaal dat 'n verklaring deur een party, wat vir die teenparty van besondere belang is, *geag* sal word hom te bereik het;

(xxii) Of die kontrak of 'n beding in die kontrak bepaal dat die teenparty sy bevoegdheid om nakoming te eis, onder enige omstandighede geheel en onvoorwaardelik verbeur;

(xxiii) Of die teenparty se weerhoudingsreg weggeneem of beperk word;

(xxiv) Of een party self die beoordelaar gemaak word van die deugdelikheid van sy eie prestasie, of die teenparty verplig word om eers 'n derde aan te spreek voordat hy teen eersgenoemde kan optree;

(xxv) Of die beding regstreeks of onregstreeks neerkom op die afstanddoening of beperking van die teenparty se bevoegdheid om skuldvergeliking toe te pas;

(xxvi) Of daar Latynse uitdrukkinge in die beding waarteen beswaar gemaak word voorkom, of die beding tautologies is, behalwe waar die kontrak in die loop van albei partye se professionele of handelsaktiwiteite gesluit is;

(xxvii) Of die beding waarteen beswaar gemaak word bloot die geldende regsposisie stel, of dit eensydig of misleidend stel.

3 Hierdie Wet is nie van toepassing nie op:¹¹

¹¹ Indien die pogings om die versekeringswetgewing te hersien, meebring dat behoorlike beheer voortaan oor die billikeidshalte van daardie kontrakte uitgeoefen sal kan word, kan dit later van die toepassing van sommige van die bepalings van die beheerwetgewing uitgesluit word. Let intussen op die verslag oor die eerste nege maande van die mate van selfbeheer wat deur die versekeringsbedryf toegepas word: Schreiner *Ombudsman vir korttermynversekering* (1990).

- (1) Kontraktuele handeling en verhouding wat uit of in verband met omstandighede ontstaan wat binne die strekwydte van die Wet op Arbeidsaangeleenthede 1979 val of uit die toepassing van daardie wet voortspruit;
 - (2) Kontraktuele handeling wat binne die strekwydte van die Wisselwet 1964 val;
 - (3) Kontraktuele handeling waarop die Maatskappywet 1973 of die Wet op Beslote Korporasies 1984 van toepassing is of wat uit die toepassing van daardie wette voortspruit;
 - (4) Familiereg telike ooreenkomste ingevolge die Wet op Egskeiding 1979, die Wet op Huweliksaangeleenthede 1953 of die Wet op Huweliksgoedere 1984, asook erfregtelike skikkings;
 - (5) Kontraksbedinge ten opsigte waarvan reëlings geld ingevolge internasionale verdrae waarvan die Republiek van Suid-Afrika 'n ondertekenaar is, wat afwyk van die bepalings van hierdie Wet;
 - (6) Geen kontrak of beding in 'n kontrak is bloot op grond van 'n beweerde buitensporige prys wat die teenparty moet betaal, aan beheer ingevolge hierdie Wet onderhewig nie;
 - (7) Hierdie Wet bind die staat;
 - (8) Die minister is bevoeg om na gelang van die omstandighede en op gepaste voorwaardes om behoorlike toepassing van die Wet te verseker, spesifieke kontrakte, kontrakspartye of omstandighede algeheel, of van sommige bepalings van hierdie Wet uit te sluit.
- 4 By die toepassing van die bepalings van hierdie Wet op enige kontrak of beding in 'n kontrak, word die omstandighede in ag geneem wat by kontraksluiting bestaan het; met dien verstande dat geen kontraksparty onbillike voordeel mag trek uit onvoorsiene, of redelikerwys onvoorsienbare veranderings van die omstandighede wat tydens kontraksluiting bestaan het nie.
- 5 Enige kontrak of beding in 'n kontrak of ander afspraak waardeur, hetsy regstreeks of onregstreeks, van die beskerming ingevolge hierdie Wet afstand gedoen of daaraan beperkings opgelê word of gepoog word om dit te doen, is nietig.
- 6 'n Kontrak of beding in 'n kontrak, behalwe waar dit aangegaan word tussen partye wat in die loop van hulle beroep of besigheid kontrakteer, wat regstreeks of onregstreeks die reg van 'n ander land as die Republiek van Suid-Afrika op die kontrak van toepassing maak, is nietig.
- 7 Geen seëlreg ingevolge die Wet op Seëlregte 1968 is betaalbaar ten opsigte van dokumente wat in verband met die toepassing van hierdie Wet gemaak of gebruik moet word nie.
- 8 Behoudens artikel 3, geld hierdie Wet ten opsigte van alle kontrakte tussen alle kontrakspartye, behalwe waar die bepalings hiervan strydig is met die bepalings van ander wetgewing wat op 'n spesifieke geval van toepassing is.
- 9 Geen kontraksparty is gebonde aan 'n kontraksbeding wat meebring dat hy deur die oordrag van die ander party se regte uit daardie kontrak aan 'n derde, van enige verwere wat hy andersins sou gehad het, ontnem of met betrekking tot die aanwending daarvan beperk word nie."

Die taak van voorkomende beheer kan opgedra word aan 'n komitee, genoem die Komitee oor Onbillike Kontraksbedinge, wat ingevolge die beoogde wet aangestel word. Die samestelling en bevoegdhede van die komitee kan *mutatis mutandis* van die bestaande bepalings in die Wet op Skadelike Sakepraktyke 1988 ten opsigte van die Sakepraktykekomitee afgelei word. Dit word gevolglik nie hier herhaal nie. Indien hierdie moontlikheid nie aanvaarbaar is nie, kan die Wet op Skadelike Sakepraktyke 1988 aangepas word om die taak van voorkomende beheer aan 'n subkomitee van die Sakepraktykekomitee toe te vertrou. Dit sal verdere wetswysigings nodig maak.

2 2 Voorgestelde wysigings aan die Wet op Skadelike Sakepraktyke 1988

Die voorstel is dat benewens die afsonderlike Wet op Onbillike Kontraksbedinge 1990, met die algemene bepalings en riglyne wat vir effektiewe voorkomende en geregtelike beheer nodig is, die Wet op Skadelike Sakepraktyke 1988 sodanig gewysig word dat die taak van algemene voorkomende beheer ten opsigte van onbillike kontraksbedinge ingevolge die bepalings van die voorgestelde Wet op Onbillike Kontraksbedinge 1990, deur 'n vaste subkomitee van die Sakepraktykekomitee (aangestel ingevolge die bepalings van die Wet op Skadelike Sakepraktyke 1988), genoem die Komitee oor Onbillike Kontraksbedinge, uitgevoer kan word.

Die voorgestelde bepalings kan soos volg lui:

By die woordomsrywingsartikel moet die volgende ingevoeg word:

“onbillike kontraksbeding” enige beding in enige kontrak, wat ingevolge die Wet op Onbillike Kontraksbedinge 1990 vir beheer vatbaar is;”

Verder moet die woordomskywing voorsiening maak vir die voorgestelde Komitee oor Onbillike Kontraksbedinge. Dit kan gebeur deur 'n omskrywing in te voeg van “Komitee oor Onbillike Kontraksbedinge”, wat soos volg lui:

“Komitee oor Onbillike Kontraksbedinge” die vaste subkomitee by artikel 3A(1) ingestel;”

Voorts moet artikel 3 gewysig word om vir die daarstelling van 'n Komitee oor Onbillike Kontraksbedinge voorsiening te maak. Dit kan soos volg lui:

“3A(1) Die Minister stel, na oorleg met die Sakepraktykekomitee, die Komitee oor Onbillike Kontraksbedinge by artikel 3(1) en (2) as 'n vaste subkomitee van die Sakepraktykekomitee in, bestaande uit minstens twee lede van die Sakepraktykekomitee en hoogstens drie bykomende lede, wat die Minister op advies van die Sakepraktykekomitee by artikel 2(4) aanstel.

3A(2) Die bepalings van artikel 2(3) tot 2(8) is op die Komitee oor Onbillike Kontraksbedinge van toepassing.”

Die werksaamhede van die Komitee oor Onbillike Kontraksbedinge moet in die Wet op Skadelike Sakepraktyke 1988 duidelik gestel word en moet nie net as 'n opdrag ingevolge artikel 3(1)(b) deur die Sakepraktykekomitee aan hom opgedra word nie. Sodoende kan groter regsekerheid bereik word, verkry die Komitee oor Onbillike Kontraksbedinge die statuut waarsonder hy nie effektief as onderhandelaar sal kan optree nie en sal die oogmerke met voorkomende beheer ingevolge die voorgestelde Wet op Onbillike Kontraksbedinge 1990 ten beste bereik kan word.

Om die voorgaande te bereik, moet artikel 4 van die Wet op Skadelike Sakepraktyke 1988 dienooreenkomstig ingerig word. Dit kan soos volg geskied:

“4(1) (Behou die huidige artikel 4 in sy geheel)

4(2) Die Komitee oor Onbillike Kontraksbedinge pas die bepalings van die Wet op Onbillike Kontraksbedinge 1990 toe, en oefen verder sodanige bevoegdhede uit en voer sodanige pligte uit wat die komitee ingevolge artikel 3(1)(b) aan hom opdra.

4(3) Die Komitee oor Onbillike Kontraksbedinge het al die bevoegdhede en verpligtinge wat ingevolge artikels 5, 6, 7, 8, 9, 10 en 11 van hierdie Wet op die komitee van toepassing is.”

Die Komitee oor Onbillike Kontraksbedinge se verslae sal in die praktyk – omdat dit 'n subkomitee van die Sakepraktykekomitee is en dit danksy die sitting van lede van die Sakepraktykekomitee daarop waarskynlik sonder probleme sal kan gebeur – deur middel van 'n verslag van die Sakepraktykekomitee onder die minister se aandag kom. Die minister kan dan sy bevoegdhede ingevolge

artikel 12 uitvoer, en appèl teen die minister se optrede ingevolge artikel 13 kan gehanteer word sonder enige wysigings aan die betrokke artikels. Die misdrywe ingevolge artikel 15 kan onaangeraak bly asook die verdere bepalings van die wet. Die wysigings wat wel aangebring moet word, moet in werking tree op dieselfde datum as die voorgestelde Wet op Onbillike Kontraksbedinge 1990.

3 DIE OUTONOMITEITSVRAAG AS KERNKWESSIE IN VERBAND MET DIE INVOER VAN BEHEER OOR KONTRAKTEERVRYHEID

Hierdie vraag raak die uiteenlopende opvattings oor die betekenis en strekwydte van die wilsvryheid van die individu, soos in verband met die kontraktereg daaraan beslag gegee kan word. Hoe hoër die outonomieit van die individu aangeslaan word, hoe sterker word gewoonlik standpunt ingeneem teen enige owerheidsbemoeienis.¹² Diegene wat meer bereid is om te aanvaar dat die gemeenskap, deur die owerheid of langs ander weë, by die onderlinge verkeer tussen individue belang het en daarby betrokke mag raak, ondervind gewoonlik minder probleme met pogings om perke op individue se kontrakteervryheid te plaas. Waar hierin dan na gemeenskapstelsels verwys word, sal die klem hoofsaaklik val op die mate waarin sentrale beplanning 'n kenmerk van so 'n stelsel is of daarin ontbreek. Die ideologiese oogmerke wat gewoonlik in politieke-ekonomiese argumente ter regverdiging van sentrale beplanning gestel word, en wat gevolglik in daardie tipe stelsel kan dien as verklaringsmodel vir die beperking van individuele kontrakteervryheid, sal dienooreenkomstig aangedui word.

Die uiteensetting van verskillende moontlike benaderings tot die kwessies van privaoutonomie of sentrale beplanning, en wat alles daarmee saamhang, kan uiteraard nie beoordeel word sonder om die grondliggende verskuiwing van grondmotiewe wat in die afgelope maande hier te lande en veral in die Oosbloklande plaasevind het, deeglik in ag te neem nie. Dit is nog te vroeg om 'n mening te waag oor die presiese betekenis van daardie sosio-politieke grondverskuiwings vir die kontraktereg en die gedagte van kontrakteervryheid; vakliteratuur daarvoor is nog nie beskikbaar nie en die voorlopige evaluering deur elke denkbare kommentator, om van die selfregverdigende reaksie van sommige Westerse waarnemers nie te praat nie, kan nie 'n betroubare basis vir enige vooruitskatting vorm nie. Enige standpunt moet dus deeglik gekwalifiseer en getemper word deur die besef dat dit bykans onmoontlik is om 'n akkurate evaluering te maak van 'n uiters ingewikkelde en veelvlakkige grondverskuiwing terwyl dit nog aan die gang is en Suid-Afrika deel daarvan is. 'n Mens kan jou egter ook nie die luukse van 'n "laat ons maar eers sien"-houding veroorloof nie, want dan kan 'n mens die taak om konstruktief aan die vormgewing van die nuwe Suid-Afrika deel te neem, nie na behore uitvoer nie.

Ten einde enigsins 'n greep op die onderhawige onderwerp te kry, sal vervolgens bepaal word waarom die siening dat daar in 'n vryemarkomgewing eintlik geensins van beheer oor kontrakteervryheid sprake kan wees nie of ten minste dat daar geen bykomende beheermaatreëls oorweeg behoort te word nie, kon ontwikkel tot die punt waar somer maklik gepraat word van die "*sanctity of contract*". Daarna word die hooftrekke gestel van die ekonomiese stelsels wat

¹² Kyk bv Cranston 21 ev se uiteensetting van die benadering wat as die "Chicago-skool" bekendheid verwerf het. Hulle het hierdie gedagtegang tot die uiterste gevoer maar word nie meer ernstig opgeneem nie (*idem* 23-28).

op privaatoutonomie en sentrale beheer berus. Die moontlike invloed vanuit die oogpunt van die menseregte-debat word vervolgens oorweeg voordat 'n gevolgtrekking gemaak word.

4 KONTRAKTEERVRYHEID TEEN DIE AGTERGROND VAN DIE NATUURREG

Sonder om hier op besonderhede in te gaan,¹³ word die ontwikkeling van die gedagte van kontrakteervryheid kortliks aangestip.

Dit is alom bekend dat kontrakteervryheid as 'n grondbeginsel van die kontraktereg nie voor die Middeleeue as sodanig aandag ontvang het nie. In die Romeinse reg het daar, as nou daarvoor nagedink word, tog wel kontrakteervryheid bestaan in die sin dat daar 'n redelike mate van vryheid met betrekking tot die inhoud van die konsensuele kontrakte bestaan het.¹⁴ Die vrye inkleebaarheid van die *stipulatio* het baie hiertoe bygedra.¹⁵ Vanweë die beperkte aantal kontraktvorme wat as afdwingbaar beskou is, was daar egter nie in alle opsigte kontrakteervryheid nie. Die ontwikkelinge wat daartoe gelei het dat die informele afsprake (*nuda pacta*) as regtens afdwingbare ooreenkomste erken is, sou eers eeue later nuwe rigting en sin aan die inhoud van 'n spreuk soos *pacta sunt servanda* gee.¹⁶

Toe eenmaal algemeen aanvaar is dat informele ooreenkomste regtens bindende kontrakte daarstel indien dit aangegaan is met die ernstige wil om gebonde te wees (dit wil sê toe ingevolge die konsensualiteitsleer aanvaar is dat wilsooreenstemming die grondslag van kontraktuele gebondenheid daarstel), is die spreuk *pacta sunt servanda* nie net meer in sy tradisionele betekenis gebruik nie, naamlik om te onderskei tussen afsprake wat afdwingbaar was en afsprake wat nie regtens afgedwing kon word nie, maar is dit voorts ter bevordering van handelsvryheid gebruik om te sê dat alle ooreenkomste onontwykbaar afgedwing moet word omdat wilsooreenstemming daarvoor bereik is.¹⁷ Onder die invloed van die natuurregdenke en sekere prominente rasionaliste¹⁸ het die gedagte inslag gevind dat geregtigheid bereik kan word deur positiewe regsreëls te vorm volgens die universele natuurregsbeginsels wat deur die menslike rede ontdek is. Die handhawing van hierdie beginsels sou dan ook die behoud van die bestaande sosiale

13 Meer besonderhede is te vinde in Atiyah *The rise and fall of freedom of contract* (1979); Aronstam *Consumer protection, freedom of contract and the law* (1979) 1-25; Eiselen *Die beheer oor standaardbedinge: 'n regsvergelijkende ondersoek* (LLD-proefskrif PUCHO 1988) hfst 4; Eiselen "Kontrakteervryheid, kontraktuele geregtigheid en die ekonomiese liberalisme" 1989 *THRHR* 516-539; Van der Merwe *Die beskerming van die handelsvryheid in die Suid-Afrikaanse kontraktereg* (LLD-proefskrif PUCHO 1988) hfst 4.

14 Feenstra en Ahsmann *Contract: aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief* (1980) 9.

15 *Idem* 14.

16 Kyk hieroor Nanz *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert* (1985) *passim*; Feenstra en Ahsmann 12-14.

17 Eiselen *Standaardbedinge* 57; Feenstra en Ahsmann 6-7; Visser 1984 *SALJ* 646-654. Op 646 sê Visser: "In such a system [dws een gebaseer op konsensualiteit] sanctity of contract would logically seem to take pride of place."

18 Locke *Two treatises of government* (1988) (Laskett red) bk II par 6 (270-271); Nanz 135-136 139-140 151; Feenstra en Ahsmann 6-7.

orde in die hand werk.¹⁹ Een van die grondliggendste natuurregsbeginsels wat so “ontdek” is, is dat die individu outonoom is en dat hy as sodanig met sekere fundamentele regte beklee is.²⁰ Die fundamentele “reg” wat hier van belang is, is die kompetensie van die individu om sy handelsvryheid uit te leef deur kontrakte te kan aangaan.²¹

Voorgaande ontwikkeling het daarop uitgeloop dat dit as ’n vereiste van die natuurreg beskou is dat ooreenkomste afdwingbaar moet wees.²² Die kanoniste en moraalteoloë het in hierdie ontwikkeling ’n beduidende rol gespeel.²³ Bemoeiingsvryheid as ’n verskyningsvorm van kontrakteervryheid het daarmee reeds ’n mate van (onverdiende) onaantasbaarheid verkry.²⁴ Hierdie skyn was onverdiend omdat in geen stadium verkondig is dat daar nooit op enige manier op kontrakteervryheid inbreuk gemaak kon word nie.²⁵ Die tipering van sommige kontrakte as ongeoorloofde (en dus onafdwingbare of nietige) kontrakte is dus geredelik deur die natuurregsgeleerdes aanvaar²⁶ – die moeilike vraag was net nog altyd waar die grens van geoorlooftheid en dus van afdwingbaarheid getrek moet word.

Dit is begryplik dat die standpunte van die natuurregsgeleerdes oor die afdwingbaarheid van kontrakte goed sou inpas by die idee van die sosiale verdrag om die totstandkoming van die staat en die grondslag vir die onderdane se gehoorsaamheid aan die owerheid te verklaar.²⁷ In die huidige tydsgewrig, met veranderde sienings van die staat en waar gehoorsaamheid aan die owerheid nie meer so geredelik aanvaar word nie, is dit egter jammer dat die kontraktsfiguur vir so lank gebruik is²⁸ om dinge te verklaar wat vandag self in die spervuur beland het. Dit kan naamlik meebring dat die kontrakteregtelike grondbeginsels self ook met agterdog beskou word. Omdat handelsvryheid, kontrakteervryheid en die afdwinging van kontrakte nie in ’n vakuum kan geskied nie, maar integreerende deel van die gemeenskapslewe is, kan verstaan word waarom hierdie begrippe reeds vanaf die agtiende eeu ’n politieke lading bygekry het.²⁹

19 Locke par 13 (275–276). Eers die nuwe gemeenskapsverhoudinge wat uit die Industriële Rewolusie ontstaan het, het hierdie optimistiese siening onder druk geplaas: Feenstra en Ahsmann 7; Grimm *Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit* (1977) 1245–1246, teks aangehaal in Feenstra en Ahsmann 69; Friedmann *Law in a changing society* (1972) 119–120, teks aangehaal in Feenstra en Ahsmann 62–63.

20 Eiselen *Standaardbedinge* 57 en die gesag daar aangehaal.

21 Locke par 15 22 23 (277–278).

22 Feenstra en Ahsmann 12–14.

23 *Idem* 17–19; Visser 1984 SALJ 646–654.

24 Eiselen *Standaardbedinge* 58–59.

25 Feenstra en Ahsmann 19 wys daarop dat De Groot, behalwe vir die bekende beperkings op kontrakteervryheid ingevolge die leerstukke *clausula rebus sic stantibus* en *laesio enormis*, ook al erken het dat die positiewe reg ’n individu daarvan kan weerhou om hom teenoor ’n ander te verbind, deur die inhoud van sodanige verbintenisse te reguleer of die wyse voor te skryf waarop iemand hom kan verbind.

26 Eiselen *Standaardbedinge* 59–61.

27 Locke par 22 (283–285); Feenstra en Ahsmann 31. Daarmee word natuurlik ’n ooreenkoms gekonstrueer waar daar geen werklike ooreenkoms in die normale sin van die woord aangegaan is nie (Beekhuis *Contract en contractsvryheid* (1953) 4, teks aangehaal in Feenstra en Ahsmann 67).

28 Koopmans *Contractueel stippelwerk* (1965) 8, teks aangehaal in Feenstra en Ahsmann 57, wys op die “hipertrofie” van die kontraktsfiguur, omdat die kontraktsfiguur eenvoudig bygetrek is om talle dinge te probeer verklaar waarby dit nie goed inpas of nie meer inpas nie.

29 Feenstra en Ahsmann 7; Grimm 1223–1224, teks aangehaal in Feenstra en Ahsmann 67.

Die natuurregtelike beklemtoning van die outonomie van die individu, welke outonomie juis 'n veronderstelling van die sosiale verdragsidee was, het van 'n optimistiese siening van die mens in sy natuurstaat uitgegaan. In sy natuurstaat sou die mens dan vry wees van enige oorheersing, kon hy na eie goeiddunke handel, sou hy altyd in sy eie en die gemeenskap se beste belang optree en kon hy dus ook vryelik aan die handelsverkeer deelneem en kontrakte aangaan waaruit vir hom regte en verpligtinge voortspruit.³⁰ Indien hy wel sodanige verbintenisse aangegaan het, moes die afdwingbaarheidsreël eenvoudig oorneem.³¹ Selfs indien die sosiale, ekonomiese en politieke verhoudinge in 'n betrokke regs-gemeenskap relatief staties gebly het, kon egter nie werklik baie ver met hierdie verklaring gevorder word nie.³² Dit het desnieteenstaande beduidende invloed uitgeoefen.

Die teenkant van die voorgaande redenasie, naamlik dat die outonome mens sy natuurlike vryhede net so ver ten behoeve van die staat kon beperk as wat hy sou goeiddink terwyl die restant van sy vryhede sy eie outonome terrein bly, het 'n vrugbare teelaarde gevorm vir die menseregteleerstuk.³³ Laasgenoemde leerstuk kom hieronder³⁴ pertinent aan die orde omdat daarin aan kontraktee-vryheid die status van een van die "menseregte" verleen is, hetsy uitdruklik hetsy by implikasie in die manier waarop ander menseregte wat beskerm moet word hulle beslag kry.

5 KONTRAKTEERVRYHEID EN VERSKILLENDE EKONOMIESE TEORIEË

5 1 Kontrakteevryheid en die merkantilisme

Die verbrokkeling van die feodale stelsel, waar monargisme, standverskille en staatsabsolutisme die normale patroon gevorm het, en die vervanging daarvan deur die opkoms van (sentristsiese) nasionale state en 'n sterk middelklas,³⁵ het nie dadelik gelei tot beter verwesenliking van die siening van die mens as outonome wese nie. Daarvoor het veral die ekonomiese verskynsel van merkantilisme gesorg. Die kenmerk van die era van merkantilisme wat hier van belang is, is dat daar 'n groot mate van sentralisering van staatsgesag plaasgevind het.³⁶ Die owerheid moes sorg, desnoods deur verowering en wapengeweld, dat die eie buitelandse handel uitgebrei en beskerm word en dat die binnelandse vervaardigingsektor verskans en die vreemde handel streng gereguleer word. *Sen-trale beplanning* kan dus as die belangrikste eienskap van die merkantilisme uitgelig word.³⁷ Die verreikende inmenging met die ekonomiese proses deur nasionale state se owerhede ingevolge hierdie benadering het uiteraard groot-skaalse inmenging met kontrakteevryheid beteken.

30 Locke par 4 (269).

31 Eiselen *Standaardbedinge* 61-62.

32 Hierbo is reeds opgemerk dat die grondliggende veranderings wat met die Industriële Re-wolusie ingetree het, 'n nuwe vloeibaarheid laat ontstaan het wat nie meer so gereedelik aan die hand van die kontraksgedagte verklaar kon word nie.

33 Eiselen *Standaardbedinge* 62-63.

34 Par 5 5 hieronder.

35 Viljoen *Economic systems in world history* (1974) 142-143 162 ev.

36 Neff *Economic Doctrines* (1950) 50-51.

37 *Idem* 50 55 478.

Die groter klem wat reeds onder die merkantilisme op die vryheid van die individu geplaas is om hom deur sy vrye wilsuitoefening te verbind (weliswaar net vir sover sy optrede nie met die owerheidsbelang sou bots nie), het egter ook aan die gedagte van kontraktevryheid stimulus verskaf. Trouens, daar is selfs gesê dat 'n onverbreeklike verband tussen die outonomie van die individu, sy wilsvryheid en die beginsel van kontraktevryheid bestaan.³⁸ Van ware kontraktevryheid – en dus kontraktuele geregtigheid³⁹ – sou daar dus slegs sprake kon wees waar individuele outonomie en ongebonde wilsuitoefening bestaan.⁴⁰ By hierdie slotsom kon die voorstanders van die klassieke ekonomiese liberalisme hulle dadelik tuis voel. Hierdie geesgenootlike band is vandag nog baie sterk waarneembaar by sommige teenstanders van enige beheer oor die inhoud van kontrakte. Die klem wat die grondleggers van die moderne ekonomiese wetenskap gedurende die agtiende eeu op die beskerming van handelsvryheid geplaas het, het dus, ironies genoeg, veral daartoe bygedra dat die gedagte van kontraktevryheid baie hoog aangeslaan is. Die twee begrippe het trouens eintlik sinonieme geword.

5 2 Kontraktevryheid en die fisiokrate

Die natuurregfilosofie het ook in die ekonomiese denke neerslag gevind deurdat die fisiokrate,⁴¹ onder aanvoering van Francois Quesnay (1694–1774), Pierre Samuel Du Pont de Nemours (1739–1817) en Anne Robert Jacques Turgot (1727–1781), verkondig het dat die gemeenskap ook aan die natuurwette onderworpe is: dit het ingehou dat enige owerheidsinmenging met die ekonomie wat nie op beskerming van die lewe, eiendom en vryhede van die individu neerkom nie, in stryd met die natuurwette is en dus ten sterkste teengestaan moet word.⁴² Die staat se taak sou wees om openbare werke op te rig en in stand te hou, die mense te onderrig sodat hulle die natuurlike orde van dinge kon leer begryp, en om die sosiale hiërargie te bewaar. Die sterk klem wat die fisiokrate geplaas het op die waarde van privaat eiendomsreg (veral van grond) en handelsvryheid, het 'n vrugbare teelaarde help vorm vir die verdere ontwikkeling van die ekonomiese teorie van die klassieke kapitalisme.⁴³ Hierdie sterk reaksie op enige owerheidsbetrokkenheid by die ekonomie en veral teen die proteksionistiese inmenging wat so kenmerkend van die merkantilisme was, het geleid tot die siening dat handelsvryheid (lees: “kontraktevryheid”) en die vrye verloop van markkragte die beste – en selfs die enigste – manier is waarop die meeste langtermynvoordele vir elke individu – en daarom ook vir die gemeenskap – verseker kan word.⁴⁴ Hierdie siening berus op die veronderstelling dat outonome, wilsvrye individue ten beste weet wat in hulle eie belang is en dit ook ten beste op hulle eie maniere kan verwesenlik.⁴⁵ Hierdie optimistiese uitgangspunt gaan egter nog verder. Daar word voorts veronderstel dat die individu

38 Gesag by Eiselen *Standaardbedinge* 65 vn 74, waarmee Eiselen klaarblyklik saamstem.

39 Kyk ook Von Mehren “A general view of contract” in *International encyclopedia of comparative law* Vol VII hfst 1 1–72 ev.

40 Eiselen *Standaardbedinge* 65.

41 Kyk bv Neff 67–77.

42 Eiselen 66; Neff 68 76.

43 “Kapitalisme” word hierin gebruik in die sin dat dit geld in 'n ekonomiese stelsel waar produktiewe bates hoofsaaklik in private beheer is en produkte in die eerste plek voortgebring word om dit te verkoop (Grossman *Economic systems* (1974) 37–38).

44 Kyk bv ook Lubbe en Murray 25(2) en die sienings daar weergegee.

45 Lubbe en Murray 25(1) wys ook hierop.

sy eie belange op so 'n manier sal bevorder dat die algemene belang ook gedien word, omdat die mens se aangebore verlange na orde in die gemeenskap andersins nie bevredig sal word nie.⁴⁶ Daarmee is die grondslag gelê vir die *laissez faire*-benadering wat eers in die denke van David Ricardo (1772–1823) tot sy volle ontplooiing sou kom.⁴⁷

Die natuurregtelike inslag van hierdie denkrigting hou in dat daar maar min vertroue op wetgewing of enige ander owerheidsingrype geplaas kan word om 'n situasie te bereik wat die belange van die individu die beste sal dien. Die teorie lui dat die individu dit die heel beste sal doen as hy bloot toegelaat sou word om homself te wees.⁴⁸

David Hume (1711–1776) was 'n oorgangsfiguur na die klassieke ekonomiese teorie van Adam Smith. Die klem wat Hume op die rol van die handel en handelaars geplaas het,⁴⁹ kan as 'n voorloper beskou word van diegene wat sterk vertroue op die rol van die markmeganisme plaas om kontraktuele geregtigheid te bereik. Wat Hume vroeg reeds ingesien het, is dat dit vir die verkryging van rykdom nodig is dat die oorskotte voortgebring deur die een produsent met die behoeftes van die potensiële gebruikers daarvan in verband gebring moet word. Hierdie denkrigting het 'n hoogtepunt bereik in die beroemde werk van sy vriend en tydgenoot Adam Smith (1723–1790), te wete *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations* (1776).⁵⁰

5 3 Kontrakteervryheid en die klassieke ekonomiese teorie

Adam Smith beklemtoon die rol van die uitruil van oorskotte wat deur die kombinasie van meerdere medewerkers se inspanning, grondstowwe en kapitaal tot stand gebring is en dit wat op dieselfde manier deur ander tot stand gebring is.⁵¹ Die markmeganisme sou verseker dat die nodige balans gehandhaaf word tussen die individu se optrede om sy eie behoeftes te bevredig en sy optrede in openbare belang om almal se posisie te verbeter.⁵² Hieruit blyk die natuurregtelike inslag⁵³ en optimistiese mensbeskouing van Adam Smith. Volgens hom is elkeen instinktief daarop ingestel om sy eie posisie te verbeter.⁵⁴ Eiebelang rig dus elke individu se optrede “asof deur 'n onsigbare hand”, sodat hy daardie oogmerk kan bereik selfs sonder dat hy dit bewustelik nastreef.⁵⁵ Hoewel sy siening sterk optimisties was, was sy optimisme tog getemper.⁵⁶ Dit is 'n faset wat dikwels – selfs deur sy navolgers – misgekyk word wanneer gepraat word oor die sin van die beklemtoning van die individuele outonomie en die mate van vryheid wat aan die vrye markkragte gelaat moet word.

Uit die voorgaande moet dit duidelik wees dat Adam Smith voorkeur sou gee aan 'n baie oop en onbeheerde ekonomiese stelsel. Hy het geglo dat die staat

46 Neff 72–74.

47 *Idem* 159.

48 *Idem* 481.

49 *Idem* 90–91 111.

50 *Idem* 88.

51 Smith *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations* (herdruk 1905) vol 1 1–2 5–6 12–13; Neff 101.

52 Smith 15–16; Eiselen 68.

53 Mense is van nature geneig tot spontane samewerking en mededeelsaamheid (Smith 14).

54 *Idem* 14–15 16–17.

55 Neff 106–107.

56 Neff 197 wys daarop dat Smith van sy stellings gekwalifiseer het.

van nature ongeskik vir ekonomiese rolspel is.⁵⁷ As redes vir sy negatiewe oordeel voer Smith aan dat elke owerheid tot oorbesteding geneig is, dat dit té ver van die handelsverkeer verwyder is om werklik toegespitste aandag aan ekonomiese sake te kan gee en dat dit boonop oneffektief is as gevolg van die nalatigheid en spandabelrigheid van sy amptenare.⁵⁸ Die owerheid se taak sou dan slegs wees om te sorg dat die vrye mark in stand gehou en so wyd moontlik, nasionaal en internasionaal,⁵⁹ uitgebrei word. Om die nodige mate van sekerheid in verband met die handelsverkeer te bereik en in stand te hou, moet die staat die nodige vervoer- en kommunikasiekanale daarstel en oophou.⁶⁰

Ter bereiking van wat Smith as die gewenste toestand beskou het, is dit noodsaaklik dat monopolievorming teengegaan word.⁶¹ Hy het sterk klem gelê op die noodsaaklikheid – en natuurlikheid – van mededinging. Die enigste regulerende faktor moet volgens hom die vlak van die aanvraag vir 'n betrokke produk wees. 'n Oormaat van handelaars kan volgens hom nooit tot nadeel van produsente of verbruikers wees nie, maar kan net daartoe lei dat van die oortollige handelaars deur onderlinge mededinging uitgeskakel word. Die feit dat sommige verbruikers juis as gevolg van strawwe mededinging tussen handelaars benadeel kan word, moet volgens Smith as 'n minder belangrike randverskynsel aanvaar word wat in elk geval nie deur 'n verhoging van die vlak van mededinging uitgeskakel sou kon word nie.⁶²

Na Adam Smith is die markdenke nog nie weer na die agtergrond verskuif nie – ten minste nie vir lank nie, as 'n mens dink aan die jongste stappe in die Sowjet-Unie en ander Oosblok-georiënteerde lande om (weer⁶³) minstens elemente van die vrye markstelsel by hulle in te voer.⁶⁴

5 4 Kontrakteervryheid en staatlike sosialisme

5 4 1 Inleiding

Johann Karl Rodbertus (1805–1875) het in reaksie op Adam Smith se geloof dat die individu en gemeenskap se belange ten beste bevorder kan word deur maksimale vryheid te handhaaf, van die standpunt uitgegaan dat die behoeftes van die gemeenskap slegs bevredig kan word deur doelgerigte pogings om die nodige instansies om dit te verwesenlik daar te stel, te versterk en te beheer. Die staat was vir hom die aangewese liggaam vir hierdie doel.⁶⁵ Gevolglik moes

57 Sy navorger Jeremy Bentham (1748–1832) het hierdie siening nog verder gevoer; hy het nl verklaar dat dit die beste sou wees indien die staat hom heeltemal van ekonomiese sake weerhou aangesien enige owerheidsoptrede per definisie vir die ekonomiese proses skadelik sou wees (Neff 129–131 484).

58 *Idem* 112.

59 Hier sien 'n mens die invloed van die merkantilisme.

60 Neff 112–114.

61 *Idem* 115.

62 *Idem* 111.

63 Grossman 122.

64 *Beeld* (1990-06-14) 13. Die Oos-Duitse parlement het op 1990-06-21 met 'n groot meerderheid stemme finaal besluit om die Oos-Duitse ekonomie vanaf 1990-07-01 by die ekonomie van Wes-Duitsland in te skakel (*Beeld* (1990-06-22) 13). Die Wes-Duitse parlement het die volgende dag 'n gelykluidende besluit geneem en op 1990-07-01 is met implementering daarvan begin, deurdat die Oos-Duitse geldeenheid deur die Wes-Duitse geldeenheid vervang is.

65 Neff 266.

alle kapitaal en grond die eiendom van die staat word. Uiteindelik moes alle huurgelde en rentevereistes afgeskaf word sodat die werkersklas die volle voordeel van hulle arbeid sou ontvang. Omdat dit egter lank sou kon neem om daardie ideale posisie te bereik, moes die bestaande regeerders intussen sosialistiese monargieë daarstel. Hulle sou dadelik stappe kon doen om lone en werksure te begin reguleer.⁶⁶ Die gedagte van sentrale beplanning kom dus hier baie sterk na vore.

Karl Heinrich Marx (1818–1883) se benadering kom duidelik in die *Kommunistiese manifest* (1848) (saam met Friedrich Engels) en sy hoofwerk, *Das Kapital* (1867–1894), na vore. Marx het Hegel se driedeling tussen tese, antitese en sintese ook as sy eie kenteoretiese uitgangspunt aanvaar. Dienooreenkomstig het hy verklaar dat die noukeurige bestudering van die wese van die sosiale instellings van die verlede daartoe kon lei dat die beginsels ontdek kan word waarvolgens die gemeenskap huidig funksioneer en waarop dit in die toekoms sal ontwikkel. Gemeenskapinstellings was vir hom soos biologiese organismes en word dus deur 'n gedurige proses van groei en afval gekenmerk; volgens hom sou dit nog binne sy leeftyd langs die weg van 'n noodwendige evolusionêre proses tot 'n beter toekoms voer.⁶⁷ Sy gevolgtrekking was dat die geskiedenis toon dat daar 'n deurlopende stryd tussen die kapitaliste en die werkersklas was wat uiteindelik daartoe sou lei dat die werkers die kapitaliste sou onteien.⁶⁸

In die praktyk het hierdie benadering uitgeloopt op sentraal beplande, gesoosialiseerde produksie volgens sogenaamde vyfjaarplanne⁶⁹ in plaas van privaat-inisiatief.⁷⁰ Die staatsabsolutistiese en daarmee gepaardgaande diktatoriale styl wat tot onlangs toe nog geheers het in lande wat hulle op die Marxisme beroep het,⁷¹ was waarskynlik nie in ooreenstemming met die einddoel wat deur die oorspronklike teoretici beoog is nie.⁷² Die groter aggressiwiteit wat Vladimir Lenin (1870–1924) se variasies op Marx se tema tot gevolg gehad het, het die lande wat daardeur geraak is, gebring tot by die punt waar “Leninisme” 'n etiket geword het vir watter ortodokse standpunt ook al deur die betrokke tyd en plek se kommuniste geregverdig moes word.⁷³ Veral onder Joseph Stalin (1879–1953) is dit gebruik om die verreikendste staatsabsolutisme onder diktatoriale bestuur as nastrewenswaardig voor te stel.⁷⁴

Die gebeure van die afgelope jaar en langer⁷⁵ wat reeds gelei het tot die verbrekking van wat tot onlangs toe nog 'n taamlik monolitiese magsbeeld probeer⁷⁶ vertoon het,⁷⁷ moet noodgedwonge aldaar tot ingrypende heroerwering van die

66 *Idem* 495–496.

67 *Idem* 271.

68 *Idem* 271–273.

69 Kyk hieroor by Grossman 115 ev.

70 Such “Contract in the socialist economy: the experience of the German Democratic Republic” in *International encyclopedia of comparative law* (1981) vol VII hfst 5 par III–15.

71 Schumpeter *Ten great economists from Marx to Keynes* (1952) 57–58.

72 Neff 510; Schumpeter 7–8.

73 Grossman 49.

74 *Idem* 50 94–95 96–98 103 152.

75 Mehnert “Westerly winds over Eastern Europe” in *Eastern Europe in transition* (London red) (1966) 309–323.

76 Gyorgy “The role of nationalism in Eastern Europe: from monolith to polycentrism” in *Eastern Europe in transition* 3–18.

77 Marxiste het graag handevrywend die gebreke in die vryemarkdenke uitgewys (Schumpeter 60).

verband tussen die ideale van die voorstanders van 'n staatsosialisme en die kommunisme lei.⁷⁸ Watter invloed sodanige heroowering uiteindelik op die ontwikkelinge in daardie lande sal hê, is tans nog nie heeltemal duidelik nie.⁷⁹ Al wat vasstaan, is dat die mate waartoe vryemarkdenke (weer⁸⁰) toegelaat gaan word om vastrapplek te kry in stelsels wat tot nog toe sentrale beplanning en diktatoriale beheer verabsoluteer het, aldaar tot ingrypend veranderde opvattinge oor die waarde van handelsvryheid sal lei.⁸¹ Marx self sou nie kon voorspel in watter mate die "sprokie",⁸² soos hy die feit genoem het dat individue op grond van hulle intelligensie, harde werk en spaarsin kapitaliste kan word⁸³ en wat eintlik die grondliggende mensbeskouing van die vryemarkstelsel vorm, in die laaste vyfde van die twintigste eeu tot 'n grondige heroriëntering in andersins sosialistiese state sou kon bydra nie.⁸⁴

5 4 2 Die kontrak as regsinstrument ingevolge die sosialistiese regstelsel

In ooreenstemming met die teoretiese eindfase van die kommunistiese leerstelling moet die sosialistiese staat tot die gewenste vlak opgebou word. Om dit te bereik, moet die sosialistiese regsbenadering 'n al hoe belangriker rol begin speel, in die sin dat die reëls wat vir daardie doel deur die staat neergelê word op al hoe meer terreine die norm word. In ooreenstemming hiermee is dit die ervaring dat die kontrak as regsinstrument voortdurend belangriker eerder as minder belangrik geword het.⁸⁵ Kontrakte word net soos in die Weste deur die privaatrek gereël en nie deur die publiekreg nie.⁸⁶ Die grondslag hiervan is geleë in die siening dat die sosialistiese gemeenskap uit die werkersklas bestaan wat bewustelik en ingevolge 'n plan tot almal se voordeel moet saamwerk.⁸⁷ Die sosialistiese staat dien dan as die politieke aspek van die gemeenskap van werkers, wat onder hulle leiding die hele gemeenskap se ekonomiese, kulturele en sosiale lewe reël.⁸⁸ Wanneer die sosialistiese staat reëls neerlê of beheer uitoefen,

78 Ironies genoeg, berus die beleid van *perestroika* self juis al op die uitgangspunt dat die beleid wat tot onlangs toe nog in die Oosbloklande gevolg is, van die eintlike ideale van die sosialisme afgedwaal het: *Beeld* (1990-05-28) 13; Pienaar *Gorbachev's appointment and change in the USSR* (1985) 12.

79 Hoewel dit begryplik is dat waarnemers uit die vryemark-wêreld met genoeë die ontwikkelings in die Oosbloklande verwelkom, moet realisties gebly word oor die kansen dat voormalige sosialiste oornag in voorstanders van alles waartoe beleidvoering in die Weste geleidelik sal verander.

80 Pienaar 6-7.

81 Gorbatsjof se ingrypende hervormingsplanne beteken egter nie dat hy nie meer 'n kommunis is of dat hy van die sosialisme afgesien het nie (*Beeld* (1990-05-28)13).

82 Marx *Das Kapital* (1960) bk I 752 praat van 'n "Kinderfibel".

83 Schumpeter 18.

84 Voorbeelde hiervan is talryk: Mosambiek, Namibië (*Beeld* (1990-06-15) 13 en Sowjet-Rusland (Grossman 122; *Beeld* (1990-05-28) 13; (1990-06-14) 13) is maar enkeles wat vir ons van belang kan wees.

85 Eörsi "Contract in the socialist economy: general survey" in *International encyclopedia of comparative law* vol VII hfst 5 par I-3; Von Mehren par I-22 verwysing 56. Eörsi par I-6 druk dit só uit: "In the framework of a socialist planned economy, contract has, subordinated to the plan, an important function in the production and distribution of commodities."

86 Ioffe "Contract in the socialist economy: the experience of the Soviet Union" in *International encyclopedia of comparative law* vol VII hfst 5 par II-4.

87 Pienaar 2-3 wys daarop dat "privaatinisiatief" uiters lewendig in die swartmark-aktiwiteite is; dit is die gevolg van die ongereelde en ongekoördineerde verskaffing van verbruikersgoedere in die USSR.

88 Such par III-2.

is dit dus in teorie die werkersklas wat dit vir hulleself doen. Dienooreenkomstig word kontraksluiting beskou as die natuurlike uitvloeisel van die werkersklas se bevoegdheid om, in ooreenstemming met die sentrale plan, aan hulle stoflike en kulturele lewensomstandighede beslag te gee.⁸⁹

In verband met die uitoefening van beheer oor die sluiting en inhoud van kontrakte,⁹⁰ kan met groot stelligheid beweer word dat sodanige beheer nie net vir sosialistiese regsgeleerdes en ekonome aanvaarbaar is nie, maar dat dit inderdaad vir hulle vanselfsprekend is⁹¹ – alles moet immers met die (jongste) sentrale plan of produksiedoelwitte ooreenstem. Dit is die geval met privaatkontrakte,⁹² maar is des te meer waar vir die sogenaamde ekonomiese kontrakte⁹³ wat die wese van die beplande ekonomie ten uitvoer moet help bring deur produksiedoelwitte vir die kollektiewe organisasies te stel. Dat kontrakteervryheid dikwels maar 'n holle slagspreuk is, is dus ook vir die sosialistiese wêreld waar.⁹⁴ Trouens, dit is waarskynlik juis met die oog hierop dat dit gebruiklik is om duidelik te onderskei tussen kontrakte tussen privaatlui onderling en tussen privaatlui en handelaars, soos veral in Tsjeggo-Slowakye en Oos-Duitsland die geval is.⁹⁵

5 5 Kontrakteervryheid en die menseregtedebat

Die veranderings sedert die Renaissance ten opsigte van die groter erkenning van die waardigheid van die individu, die toename in sy persoonlike vryheid en sosiale mobiliteit as gevolg van die verbrokkeling van die feodale stelsel en verstedeliking, asook die opkoms van nasionale state, het vrae rondom die verhouding tussen die individu en die staat na vore laat kom wat nie op die tradisionele manier beantwoord kon word nie. Enersyds het die nasionale state vir hulle absolute gesag opgeëis en andersyds is gekonstateer dat elke mens in beginsel vry is om self sy wel en wee te bepaal.⁹⁶ Verskillende menseregteorieë is gevolglik aangewend om hierdie teenstrydigheid te probeer oplos. Die voorstanders van die menseregteorie wil daardeur vir die burgers sekere fundamentele vryhede afbaken wat in die geheel of net in sekere omstandighede deur die owerheid ingekort mag word.⁹⁷ Hierdie leerstuk is deur John Locke (1632–1704) geformuleer in die humanistiese terme van sy tyd, wat daartoe

89 Such par III-6; Eörsi par I-4; Ioffe par II-4.

90 Eörsi par I-3 wys daarop dat kontrakte volgens die sosialistiese regsleer eweneens op die wilsbenadering berus. Verder beklemtoon hy dat daar origens groot ooreenkomste tussen kontrakte tussen individue onderling en tussen individue en ondernemings in die Westerse en die Oosbloklande bestaan (par I-7).

91 Een voorbeeld hiervan is die beheer wat oor huurtransaksies uitgeoefen word (Such par III-8(1)); die mate waarin verbruikerstransaksies beheer word ten einde die vlak van verantwoordelikheid van die leweransiers te verhoog (*idem* par III-8(2)); die feit dat standaardbedinge deur die owerheid goedgekeur moet word voordat dit gebruik kan word (dit is die geval in Oos-Duitsland (Eörsi par I-8 verwysing 17) ens.

92 Such par III-7.

93 Dit is die kontrakte wat onderling tussen verskillende organisasies of kollektiewe van die werkersklas aangegaan moet word om die sentrale plan ten uitvoer te bring (Ioffe par II-18; Such par III-11(1)).

94 Eörsi par I-3(3).

95 *Idem* par I-8. Kyk ook Hondius *Standaardvoorwaarden – rechtsvergelijkende beskouingen over standaardisering van kontraktsbedingen en overheidstoezicht daarop* (1978) 205 ev.

96 Eiselen *Standaardbedinge* 62.

97 Van der Vyver *Die beskerming van menseregte in Suid-Afrika* (1975) v.

meegewerk het dat die leerstuk van menseregte en die natuurregsteleer steeds met mekaar in verband staan.⁹⁸

Die tradisionele gedagte van 'n universele natuurreg en menseregte met 'n vaste inhoud is na die Tweede Wêreldoorlog (1939–1945) vervang deur 'n relativistiese benadering, wat inhoud dat na gelang van omstandighede aan die menseregte wat op 'n gegewe tyd in 'n bepaalde staat beskerm moet word, inhoud verleen kan word.⁹⁹ In die lig van die huidige vordering met die menseregte-debat in Suid-Afrika¹⁰⁰ kan volstaan word met die stelling dat daar ook Calvinistiese menseregte-teorieë tot stand gekom het.¹⁰¹ Sonder om by die strydpunte in hierdie verband betrokke te raak,¹⁰² kan aanvaar word dat Suid-Afrika waarskynlik binnekort 'n eie menseregte-akte sal hê met alles wat sinvol daarby hoort.¹⁰³ Daar kan gevolglik net oorweeg word of die beskerming van menseregte in Suid-Afrika enige invloed op die handhawing of beperking van kontrakteervryheid of die rol van die kontrak as regs- en ekonomiese instrument sal hê.

Van der Vyver¹⁰⁴ wys daarop dat kontrakteervryheid, wat 'n juridiese kompetensie is en nie 'n reg nie, wel as 'n mensereg beskerm kan word. Dit kan, lyk dit vir my, regstreeks of onregstreeks geskied.

Voorbeelde van stellings in menseregte-aktes, wat kontrakteervryheid regstreeks of onregstreeks verskans, is volop. Hier word net enkele genoem:¹⁰⁵

- Die vryheid om te werk.¹⁰⁶
- Die vryheid om behoorlike diensvoorwaardes,¹⁰⁷ veilige en gesonde werksomstandighede, gelyke geleentheid en genoeg rus en ontspanning te geniet.¹⁰⁸
- Die vryheid om vakbonde te vorm en daarby aan te sluit.¹⁰⁹

98 *Idem* 1.

99 *Idem* 9–10.

100 Kyk bv Van Heerden "Suid-Afrikaanse wetgewing gemeet aan 'n handves van menseregte" 1990 *TSAR* 1.

101 Van der Vyver 13–16.

102 Kyk bv Potgieter "Gedagtes oor die nie-Christelike aard van menseregte" 1989 *THRHR* 386.

103 Dat die invoer van 'n menseregte-akte op die lang duur ongekwalifiseerd bevredigende resultate sal verseker, kan seker in elk geval nie verwag word as die ervaring wat elders opgedoen is as maatstaf geneem word nie: kyk die aangehaalde standpunt onder die opskrif "Mensenrechten uit de mode?" 1990 *Nederlands Juristenblad* 581. Daarin word gewys op die toenemend siniese reaksie van die Nederlandse howe op die misbruik wat gemaak word van hulle menseregte-akte en veral van die tegniek van ekstensiewe interpretasie om "menseregte-oortredings" by die bepaling van verdrae in te lees.

104 16.

105 Bronne: Brownlie *Basic documents on human rights* (1981); *Verslag in verband met projek 58 van die Suid-Afrikaanse Regskommissie, werkstuk 25* (1989).

106 Bv die International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966) a 6.1; Universal Declaration of Human Rights a 23.1; International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1966) a 5e(i).

107 The Freedom Charter (1955).

108 International Covenant on Economic, Social and Cultural rights a 7.

109 *Idem* a 8 1(a); Universal Declaration of Human Rights a 23.4; International Covenant on Civil and Political Rights (1966) a 22.1; International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination a 5e(ii); The Freedom Charter; Handves van Menseregte (1986) (Kwazulu/Natal) a 12(1).

- Die vryheid van keuse oor die aard van werk en plek om te werk.¹¹⁰ Dit gaan oor die individuele handelsvryheid wat 'n sinoniem vir individuele kontrakteervryheid is.
- Die reg om eiendom alleen of saam met ander te hê.¹¹¹
- Die vryheid van keuse ten opsigte van 'n woonplek.¹¹²
- Die vryheid om banklenings aan te gaan, verbande te verleen en ander vorme van finansiële krediet te verkry.¹¹³
- Die vryheid om kontrakte te sluit.¹¹⁴
- Vryheid van enige kontraktuele of ander vorme van beperking op kontrakteervryheid.¹¹⁵
- Die vryheid van slawerny en dwingelandy – dit wil sê vryheid van beperkings op die individu se handelsvryheid.¹¹⁶

Elkeen van die vryhede wat hierbo genoem is, verskans kontrakteervryheid by name of veronderstel dat die kontrakte wat vir die verwesenliking van daardie vryhede nodig mag wees, gesluit moet kan word. Gevolglik kan met veiligheid verklaar word dat die invoer van 'n menseregte-akte in Suid-Afrika – indien hoegenaamd gehou sou word by die patroon van sodanige aktes wat elders in die wêreld van krag is en ook reeds in ons streek geld of al spesifiek vir Suid-Afrika voorgestel word – geensins 'n ontwrigtende uitwerking behoort te hê op die plek en rol van kontraksluiting of die beskouing oor kontrakteervryheid en die beheer daarvoor wat tans bestaan nie. Die sterk ingesteldheid teen enige vorm van diskriminasie wat met die menseregteleerstuk vereenselwig word, hou in dat die gedagte van beheer oor kontrakteervryheid ook nie in stryd met die grondmotief van hierdie leerstuk is nie.¹¹⁷

110 Employment Policy Convention (1964) a 2(c); The Freedom Charter; Handves van Menseregte a 13(1).

111 Universal Declaration of Human Rights a 17 1; International Convention of the Elimination of All Forms of Racial Discrimination a 5d(v); The Freedom Charter; Handves van Fundamentele Regte en Doelstellinge (1985) (Prok R101 van 1985) (Namibië) a 11; Declaration of Fundamental Rights (1977) (Republic of Bophuthatswana Constitution Act 18 of 1977) a 17(1); Handves van Menseregte (1986) a 7(1); Menseregte-akte (1989) (Suid-Afrikaanse Regskommissie) a 15.

112 Handves van Fundamentele Regte en Doelstellinge (1985) a 10; Handves van Menseregte (1986) a 7(1); The Freedom Charter; Menseregte-akte (1989) a 12.

113 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979) a 13(b) 14.2(g).

114 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (*idem*) a 15(2); Handves van Menseregte (1986) a 13(2); Menseregte-akte (1989) a 5 14.

115 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979) a 15.3.

116 Universal Declaration of Human Rights a 4; The Freedom Charter; Declaration of Fundamental Rights (1977) a 12(1); Handves van Menseregte (1986) a 4(1); Menseregte-akte (1989) a 7; Van der Merwe *Handelsvryheid* 177–180.

117 The Freedom Charter; *Constitutional guidelines for a democratic South Africa* (ANC Lusaka) par (n), (o) en (p); en kyk ook spesifiek na die beperking tov bedinge wat daarop gerig sou wees om mense se kontrakteervryheid enigins aan bande te lê, waarna in vn 115 verwys is.

6 SLOTSOM

Al die hoofbenaderings tot ekonomiese en menseregte-aangeleenthede maak voorsiening vir die behoud van minstens¹¹⁸ 'n mate van individuele keusevryheid. Dit is daaraan toe te skryf dat die gehalte van iemand se individuele vryheid en waardigheid bepaal word deur dit wat tot uitdrukking kom in sy keusevryheid ten opsigte van waar hy wil woon, die soort werk en werkplek wat hy verlang, die besluit om uit 'n werk te bedank en die vryheid om eiendom te hê en te beheer.¹¹⁹ Uiteraard word hiermee sake met 'n primêr ekonomiese inslag op die voorgrond gebring. Daar kan gevolglik met Unterhalter¹²⁰ saamgestem word waar hy sê:

"In South Africa, once the issue of the franchise is settled, the question of welfarist policies versus free-market economics will excite intense debate."¹²¹

In die proses om by 'n keuse van die beste sosio-politieke benadering uit te kom, sal egter deeglik met die werklike toedrag van sake eerder as met teoretiese vertrekpunte of ideologiese standpunte rekening gehou moet word.¹²² Dit sal in die algemeen min help as bloot van die een uiterste na 'n ander beweeg sou word. Spesifiek met die oog op die invoer van regstreekse beheer oor kontrakteervryheid aan die hand van die goeie trou, sal dit sinloos wees om bloot slagspreuke op te werp. Dit gaan uiteindelik – ongeag watter sosio-ekonomiese stelsel vorentoe aanvaar word – daaroor dat kontraktuele geregtigheid bevorder moet word deur die regsetiese basis van die goeie trou (weer?) nader te bring en prakties toepaslik te maak.¹²³

Die invoer van 'n stelsel van regstreekse voorkomende en geregtelike beheer oor kontrakteervryheid sal beslis veel daartoe bydra om die vlak van kontraktuele geregtigheid vir alle gebruikers van die kontraksinstrument te verhoog. Trouens, as ons erns wil maak met die behoud van die beginsel van privaatononomie, móét die invoer van beheer oor kontrakteervryheid aan die hand van die goeie trou-beginsel dringend aandag ontvang. Indien dadelik met die invoer van so 'n beheerstelsel voortgegaan sou word, sal dit *ware keusevryheid* en dus kontraktuele geregtigheid beklemtoon. Dit impliseer geensins dat uiteindelijke

118 Individuele keusevryheid word in die menseregte-debat en die vryemarkstelsel hoër aangeslaan as in benaderings wat meer klem op sentrale beplanning plaas, maar as gevolg van verskynsels soos monopolievorming, standaardbedinge, die oorheersende rol wat aan konsensualisme en afdwingbaarheid in die kontrakteregtelike praktyk toegesê word, onbetrokkenheid en onkunde van verbruikers asook ander gebreke van die markstelsel, het individuele kontraktante in die Weste waarskynlik ook maar nie beduidend groter kontrakteervryheid as wat hulle eweknieë in sentraal beplande stelsels het nie (Grossman 58 64–65 170).

119 Grossman 169–170.

120 Unterhalter "A bill of rights for South Africa – III: the Law Commission's draft bill" 1989 *Businessman's Law* 103.

121 In dieselfde rigting is ook die uitspraak van Davis "Critical legal studies and insurance – or no, is there really anything new?" (Voordrag CLS-konferensie Kaapstad 1990) 13.

122 Die behoefte aan beheer oor kontrakteervryheid word immers in sowel die Oosbloklande as die Weste ervaar (Hondius *Unfair terms in consumer contracts* (1987) 135–136).

123 Reuter "Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?" 1989 *AcP* 222 wys tereg daarop dat dit fataal sou wees om simplistiese oplossings vir moeilike en veelvlakige probleme aan te bied – die behoefte is volgens hom uiteindelik 'n behoefte aan 'n verhoging van die *etiese standaard van optrede* deur elkeen. Reuter noem dit die "(u)nleugbare Bedarf an ethisch verantwortungsbewusstem Handeln der Wirtschaftssubjekte", iets waarvoor hy meen die kerke maar sal moet instaan!

onderhandelinge oor die gewenste sosio-ekonomiese stelsel vir die nuwe Suid-Afrika vooruitgehoop word nie. Regstreekse voorkomende en geregtelike beheer oor kontrakteervryheid volgens die regsetiese goeie trou-maatstaf, aan die hand van 'n ope lys riglyne om regsekerheid en selfbeheer te bevorder, is dus in die openbare belang en is hoegenaamd nie revolusionêr nie: trouens, dit is juis heeltemal versoenbaar met die handhawing van die grondslae van ons kontraktereg.¹²⁴ 'n Belangrike slag kan dus vir kontraktuele geregtigheid¹²⁵ geslaan word deur so spoedig moontlik regstreekse beheer oor kontrakteervryheid in te voer. Die verhoging van kontraktuele geregtigheid waartoe dit sal lei, kan 'n belangrike bydrae maak tot die proses wat na groter politieke, sosiale en ekonomiese geregtigheid in die nuwe Suid-Afrika moet lei.

124 Von Mehren par I-72: "Requirements of contractual justice serve to preserve, rather than change, the economic and social status quo; views of social and economic justice raise, on the other hand, the issue whether the status quo should be changed."

125 Dws vir die behoud van privaatoutonomie as beginsel vir die kontraktereg, asook groter regsekerheid en vertroue in die weg van die reg vir alle kontrakgebruikers, en die herstel van die regsetiese basis van ons kontraktereg.

Bokant slagwoord sowel as verstarde gedagte, staan die rigsnoere van die reg, waarheid en skoonheid . . . soos leisterre of liever sonne waarvan die ander twee hul lig kry. Sonder hulle is denk sowel as goeie daad onmoontlik. Maar (en dit is die noodlot van ons menswees) ons kan volgens hulle lewe maar nooit kan ons hulle volledig ken nie (NP van Wyk-Louw (1938)).

“Estoppel by representation” in die publiekreg¹

GM Ferreira

B Iur LLB LLM LLD

Professor in die Administratiefreg, Potchefstroomse Universiteit vir CHO

SUMMARY

Estoppel by representation in public law

This article deals with the application of the doctrine of estoppel by representation in public law. An analysis of English and South African cases indicates that the courts are reluctant to allow public authorities to be bound by estoppel where this would result in the disregarding of the doctrine of *ultra vires* or in the prevention of the exercise of a statutory discretion or obligation on the part of the authority concerned.

It seems, however, that the courts are prepared to allow the operation of the doctrine of estoppel by representation with regard to procedural requirements, internal formalities or administrative policies applicable to the actions of public authorities.

It is clear from the cases examined that the refusal by the courts to extend the operation of estoppel to the *ultra vires* acts of public authorities can be harsh on the individual. It is therefore suggested that the courts should be prepared to balance the individual and public interests and decide on that basis whether the operation of estoppel should be allowed in a specific case or not. Estoppel is, after all, a doctrine of equity.

1 INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

Die leerstuk van “estoppel by representation” is eie aan die privaatreë, maar vind nietemin in die jongste tyd in toenemende mate aanwendig by die verhouding tussen owerheid en individu. Dit geskied egter nie sonder probleme nie. Die eiesoortige aard van die publiekregtelike verhouding soos weerspieël word in die aanwesigheid van owerheidsgesag, die onvermoë van die staat om as entiteit selfstandig op te tree en die feit dat die optrede van owerheidsorgane altyd deur wetgewing gemagtig moet word, bring mee dat die leerstuk nie ongekwalifiseerd toegepas kan word nie. Opmerkings soos die onderstaande deur Lord Denning in *Robertson v Minister of Pensions*² kan derhalwe nie sonder meer aanvaar word nie:³

1 HL Swanepoel-lesing gelewer voor die Fakulteit Regte, PU vir CHO op 1990-05-08. Die navorsing waarop hierdie publikasie gebaseer is, is onderneem met die finansiële steun van die RGN.

2 (1948) 2 All ER 767.

3 770.

“The crown cannot escape by saying that estoppels do not bind the Crown, for that doctrine has long been exploded.”⁴

Die oogmerk met hierdie bydrae is om die publiekregtelike toepassingsgebied van estoppel te bepaal en die huidige stand van die reg te evalueer met die oog op moontlike aanpassings.

2 OMSKRYWING EN VEREISTES

Die leerstuk van “estoppel by representation” soos dit in die privaatreë toegepas word, behels volgens Rabie⁵

“that a person is precluded, ie estopped, from denying the truth of a representation previously made by him to another person if the latter, believing in the truth of the representation, acted thereon to his prejudice”.

Hierteenoor omskryf De Wet die leerstuk soos volg:⁶

“Wanneer ’n persoon opsetlik of deur sy nalatigheid by ’n ander die vertroue wek dat ’n bepaalde toedrag van sake bestaan, en die ander handel tot eie nadeel tengevolge van die vertroue, dan word die verhouding tussen die twee persone beoordeel asof die gemelde toedrag van sake werklik bestaan.”

Estoppel is ’n verskyningsvorm van *equity* in die Engelse reg⁷ en is daarop gemik om verlies of nadeel te voorkom.⁸ Die belangrikste vereistes vir ’n suksesvolle toepassing van die leerstuk kan soos volg opgesom word:⁹

- (a) ’n *Skynverwekking* dat ’n bepaalde feitelike toedrag van sake bestaan;
- (b) *nadeel* wat reeds gely is of gely sal word indien die beroep op estoppel nie slaag nie; en
- (c) ’n *kousale verband* tussen die skynverwekking en die nadeel wat gely is of gely staan te word.
- (d) *Skuld*, met as voorvereiste *onregmatigheid*,¹⁰ word slegs in sommige gevalle as ’n noodsaaklike element van estoppel beskou, byvoorbeeld in gevalle waar estoppel teen die *rei vindicatio* opgewerp word.¹¹ In die lig hiervan moet omskrywings soos dié van De Wet wat skuld as vereiste vir ’n suksesvolle beroep op estoppel stel, beoordeel word.

3 BEPERKINGS OP DIE PUBLIEKREGTELIKE TOEPASSING VAN ESTOPPEL

Die belangrikste faktore wat in hierdie verband ’n rol speel, kan geriefshalwe soos volg saamgevat word:

4 Hierteenoor het die House of Lords by monde van Lord Simonds in *Howell v Falmouth Boat Construction Ltd* (1951) 2 All ER 278 280 Lord Denning se besondere formulering en toepassing van die leerstuk in die *Robertson*-saak verwerp en soos volg verklaar: “My Lords, I know of no such principle in our law nor was any authority for it cited.”

5 Rabie “Estoppel” 9 *LAWSA* 191 367.

6 De Wet “*Estoppel by representation*” in die *Suid-Afrikaanse reg* (LLD-proefskrif US 1939) 16.

7 De Wet aw 5–9; *Waterval Estate and Gold Mining Co Ltd v New Bullion Gold Mining Co Ltd* 1905 TS 717 722; *Baumann v Thomas* 1920 AD 428 434.

8 Rabie 9 *LAWSA* 198 378.

9 Schmidt *Bewysreg* (1982) 583–592.

10 Van der Walt *Delict: principles and cases* (1979) 60 par 36 verklaar dat “wrongful conduct . . . is . . . logically an indispensable prerequisite for the existence of fault”.

11 Vgl bv Louw “Estoppel en die *rei vindicatio*” 1975 *THRHR* 218; *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd* 1970 1 SA 394 (A); *Sunday v Surrey Estate Modern Meat Market (Pty) Ltd* 1983 2 SA 521 (K).

3 1 Kompetensie om die gewraakte voorstelling of beslissing te maak¹²

Die staat is nie 'n organisme wat self kan handel nie. Soos alle regs persone kan die staat alleen deur sy organe handel.¹³ Dit spreek vanself dat alvorens 'n staatsorgaan sekere handelinge regsgeldig kan verrig, hy oor die nodige kompetensie moet beskik om dit te kan doen. Verrig 'n staatsorgaan 'n handeling sonder dat hy die nodige kompetensie daartoe het, tree hy uiteraard *ultra vires* op. In hierdie verband moet tussen die volgende twee gevalle onderskei word: die gewraakte optrede kan *ultra vires* wees, eerstens omdat dit buite die kompetensies van die betrokke *staatsorgaan self* val, en tweedens, omdat die *funksionaris* wat namens die staatsorgaan optree weens 'n gebrek aan delegasie nie oor die nodige kompetensies beskik om die handeling te verrig nie. In laasgenoemde geval kan die funksionaris normaalweg nie deur sy optrede die staatsorgaan bind nie, selfs al strook sy optrede met die kompetensies van die staatsorgaan.¹⁴

Ten spyte van die werking van die *ultra vires*-leerstuk, het die Kings Bench-afdeling by monde van Lord Denning in die Engelse gewysde *Robertson v Minister of Pensions*¹⁵ die owerheid op grond van estoppel gebonde gehou aan 'n beslissing wat sonder die nodige magtiging geneem is. Robertson, 'n weermag-offisier, is gedurende Desember 1939 beseer. Sy aanspraak op pensioen was afhanklik van die vraag of sy besering aan militêre diens toegeskryf kan word. Na aanleiding van 'n navraag wat hy in hierdie verband aan die War Office rig, word hy skriftelik in kennis gestel dat sy geval behoorlik oorweeg is en dat aanvaar word dat sy besering aan militêre diens te wyte is. Agterna blyk dit dat die Minister van Pensioene die geval moes hanteer. Die minister weier egter om Robertson se besering aan militêre diens toe te skryf. Robertson is nooit meegedeel dat hy by die verkeerde instansie navraag gedoen het nie en het onder die indruk verkeer dat die War Office sy geval in oorleg met die Minister van Pensioene oorweeg het. Lord Denning motiveer sy standpunt soos volg:¹⁶

"In my opinion, if a government department in its dealings with a subject takes it on itself to assume authority on a matter with which he is concerned, he is entitled to rely on it having the authority which it assumes. He does not know, and cannot be expected to know, the limits of its authority. The department itself is clearly bound, and as it is but an agent for the Crown, it binds the Crown also, and as the Crown is bound, so are the other departments, for they also are but agents of the Crown."

Hierteenoor het ander regters van die Kings Bench-afdeling konsekwent geweier om die owerheid aan *ultra vires*-handelinge gebonde te hou op grond daarvan dat

"it would entirely destroy the whole doctrine of *ultra vires* if it was possible for the donee of a statutory power to extend his power by effecting an estoppel".¹⁷

12 Vgl oor die algemeen Baxter *Administrative law* (1984) 400-404 424-426; Craig *Administrative law* (1983) 559-588; Evans *De Smith's judicial review of administrative action* (1980) 100-105; Foulkes *Administrative law* (1986) 184-190; Garner *Administrative law* (1979) 172-175; Wade *Administrative law* (1988) 261-264. Vgl Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die regswetenskap* (1982) 412-415 vir die onderskeid tussen kompetensie (soms ook kompetensiebevoegdheid genoem) en bevoegdheid.

13 Venter *Die publiekregtelike verhouding* (1985) 145.

14 Craig *aw* 560 564.

15 (1948) 2 All ER 767.

16 770.

17 Cassels R in *Ministry of Agriculture and Fisheries v Matthews* (1949) 2 All ER 724 729 met verwysing na die ongerapporteerde saak van *Ministry of Agriculture and Fisheries v Hunkin* (1948).

Lord Denning het nietemin in *Falmouth Boat Construction Co Ltd v Howell*¹⁸ sy standpunt herhaal en dit geregverdig deur daarop te wys dat die verlening van kompetensies aan amptenare van staatsdepartemente hedendaags dikwels op wyses (byvoorbeeld in departementele omsendskrywes) geskied wat nie vir die publiek toeganklik is nie.

In appèl het die House of Lords¹⁹ by monde van Lord Simonds egter Lord Denning se benadering verwerp omdat geen gesag daarvoor in die Engelse reg gevind kan word nie. Die hof beklemtoon dat

“the illegality of an act is the same whether or not the actor has been misled by an assumption of authority on the part of a government officer however high or low in the hierarchy”.²⁰

Die Suid-Afrikaanse appèlafdeling handhaaf 'n soortgelyke standpunt as die House of Lords. Waar 'n handeling van 'n statutêre liggaam, soos die Landbank, *ultra vires* is omdat hy òf sy verleende kompetensies oorskry het òf versuim het om statutêre voorskrifte vir die regsgeldigheid van die handeling na te kom, het sodanige liggaam volgens appèlregter Botha in *Strydom v Die Land- en Landboubank van Suid-Afrika*²¹ regtens glad nie gehandel nie. Aldus die hof kan 'n *ultra vires*-handeling van 'n statutêre liggaam nie deur estoppel tot 'n geldige of wesenlik afdwingbare handeling verhef word nie.

In latere uitsprake het Lord Denning as regter van die Court of Appeal sy standpunt herhaal maar tog ietwat anders geformuleer. In *Lever (Finance) Ltd v Westminster Corporation*²² het 'n argitek toestemming van die beplanningsowerhede bekom om 'n aantal wooneenhede op te rig. Hierna besluit hy om die planne te wysig. 'n Amptenaar van die beplanningsowerhede deel die argitek mee dat die voorgenome veranderinge na sy mening nie wesenlik is nie en dat geen verdere goedkeuring derhalwe benodig word nie. Nadat reeds ver met die oprigting van die wooneenhede gevorder is, teken van die bure beswaar teen die gewysigde planne aan. Die argitek doen daarop aansoek om goedkeuring van die gewysigde planne maar dit word deur 'n komitee wat die aangeleentheid ondersoek het van die hand gewys. Lord Denning formuleer sy standpunt soos volg.²³

“If an officer, acting within the scope of his ostensible authority, makes a representation on which another acts, then a public authority may be bound by it, just as much as a private concern would be.”

Die vereiste dat die owerheidsorgaan binne die omvang van sy *oënskynlike kompetensies* moet opgetree het, bring die saak egter nie verder nie. Waar die optrede van die owerheidsorgaan *ultra vires* is, kan daar steeds geen sprake wees van magtiging, oënskynlik of werklik, om die betrokke handeling te verrig nie.

3 2 Uitoefening van 'n diskresie en die nakoming van 'n verpligting

Die aanwending van estoppel kan nie tot gevolg hê dat 'n owerheidsorgaan van die uitoefening van 'n statutêre diskresie of die nakoming van 'n statutêre verpligting ontnem of vrygestel word nie. In *Southend-on-Sea Corporation v Hodgson (Wickford) Ltd*²⁴ het die opmeter van 'n plaaslike owerheid aan Hodgson

18 (1950) 1 All ER 538.

19 *Howell v Falmouth Boat Construction Co Ltd* (1951) 2 All ER 278.

20 280.

21 1972 1 SA 801 (A) 816; vgl ook *Trust Bank van Afrika v Eksteen* 1964 3 SA 402 (A) 411–412.

22 (1970) 3 All ER 496.

23 500 (my beklemtoning).

24 (1961) 2 All ER 46.

die versekering gegee dat 'n bepaalde perseel as 'n skeepsbouwerf benut mag word omdat daar reeds sodanige gebruiksreg ten opsigte van die betrokke perseel bestaan. Op grond van dié versekering koop Hodgson die perseel, maar word later deur die owerheid meegedeel dat daar geen sodanige reg ten opsigte van die perseel bestaan nie en dat alle skeepsbou-aktiwiteite gestaak moet word. Hodgson beweer daarop dat die owerheid estop is om aan te toon dat die perseel nie lank genoeg as 'n skeepsbouwerf benut is om sodanige gebruiksreg te vestig nie. Die Queens Bench-afdeling by monde van Lord Parker verwys na die uitspraak van die Geheime Raad in *Maritime Electric Co Ltd v General Dairies Ltd*²⁵ en meen dat daar geen logiese onderskeid gemaak kan word tussen die aanwending van estoppel, aan die een kant om die nakoming van 'n statutêre verpligting te verhoed, en aan die ander kant die uitoefening van 'n statutêre diskresie te verhinder nie. Lord Parker vervolg:²⁶

“There is a long line of cases . . . which lay down that a public authority cannot by contract fetter the exercise of its discretion. Similarly, as it seems to me, an estoppel cannot be raised to prevent or hinder the exercise of the discretion.”

Hy wys daarop dat indien estoppel teen die owerheid sou slaag, dit die onaanvaarbare resultaat sou hê dat die owerheid verhoed word om aan te toon dat sy kennisgewing aan Hodgson om alle skeepsbou-aktiwiteite te staak, 'n geldige kennisgewing is. Alhoewel die uitreiking van die kennisgewing eerder 'n kompetensie as 'n verpligting is, is daar wel 'n verpligting op die plaaslike owerheid om die uitoefening van die kompetensie te oorweeg.

In Suid-Afrika koppel die hof die vraag of die aanwending van estoppel tot gevolg kan hê dat 'n owerheidsorgaan van die nakoming van 'n statutêre plig ontnem word, aan die vraag of die voorskrif wat die verpligting oplê gebiedend geformuleer is en of die verpligting in die openbare belang opgelê is. In *Durban City Council v Glenore Supermarket and Café*²⁷ het die eiser oor 'n tydperk van vyf en 'n half jaar per abuis elektrisiteitsgelde teen 'n te lae tarief van die verweerder gehef. Die eiser eis derhalwe 'n bedrag van R11 864,68 van die verweerder. Artikel 247(1) van die toepaslike ordonnansie²⁸ lê 'n verpligting op die plaaslike owerheid om elektrisiteit te voorsien en skryf in hierdie verband voor dat “no preference or privilege shall be accorded”. Met verwysing na die vraag of die verweerder hom in hierdie omstandighede suksesvol op estoppel kan beroep, laat die hof hom by monde van regter Thirion soos volg uit:²⁹

“It would seem to me . . . that, where the allowance of a plea of estoppel would result in a party being prevented from performing a duty imposed on him by a statute, it is necessary to enquire whether the provision imposing the duty is peremptory and whether the duty is imposed in the public interest. If it is, then the plea of estoppel cannot succeed.”

Die hof bevind dat artikel 247(1) gebiedend geformuleer is en dat die verpligting in die openbare belang op die plaaslike owerheid gelê is. Daar kan derhalwe nie aan die verpligting om elektrisiteit teen die voorgeskrewe tariewe te voorsien, ontkom word nie.³⁰ Dit is voorts duidelik dat die plaaslike owerheid verbied word om ten opsigte van elektrisiteitsvoorsiening voorkeurbehandeling aan

25 (1937) 1 All ER 748.

26 48-49.

27 1981 1 SA 470 (D).

28 Ordonnansie op Plaaslike Owerhede 25 van 1974 (N).

29 478.

30 479.

enige persoon of instansie te verleen. Die verweerder se beroep op estoppel slaag dus nie.

Dit is te betwyfel of die onderskeid tussen gebiedende en aanwysende voorskrifte 'n rol te speel het in die beantwoording van die vraag of estoppel tot gevolg kan hê dat 'n owerheidsorgaan verhoed word om 'n statutêre verpligting na te kom. 'n Statutêre verpligting kan na my mening nooit anders as gebiedend geformuleer wees nie. 'n Sogenaamde verpligting wat aanwysend geformuleer is, neem eerder die geaardheid van 'n diskresie aan. Soos hierbo uit die standpunt van die Engelse howe blyk, kan estoppel ewemin tot gevolg hê dat 'n owerheidsorgaan sy diskresie ontnem word as wat dit kan verhoed dat 'n owerheidsorgaan sy statutêre verpligtinge nakom.

Uit voorgaande behoort duidelik te blyk dat die publiekregtelike aanwending van estoppel nie tot die uitbreiding of wegneming van 'n owerheidsorgaan se statutêre kompetensies kan lei nie.

4 DIE ONBELEMMERDE PUBLIEKREGTELIKE TOEPASSING VAN ESTOPPEL

Dit wil voorkom asof die leerstuk van estoppel in die volgende gevalle onbelemmerde toepassing sal geniet:

4 1 Prosessuele vereistes en interne formaliteite

In *Wells v Minister of Housing and Local Government*³¹ beskik 'n maatskappy wat in boumateriaal handel dryf oor 'n perseel waar sementblokke vervaardig word. Die struktuur waar die vervaardiging geskied, is 32 voet hoog. Met die oog daarop om 'n sogenaamde "concrete batching plant" op die perseel op te rig, doen die maatskappy se argitek by die plaaslike beplanningsowerhede aansoek om die nodige toestemming en vestig hul aandag daarop dat die beoogde aanleg 27 voet 6 duim hoog sou wees. Die opmeter van die betrokke owerhede stel die argitek skriftelik in kennis dat, aangesien die beoogde ontwikkeling 'n "permitted development" kragtens die toepaslike voorskrifte is, geen verdere optrede ten opsigte van die aansoek nodig is nie. Hierna wysig die argitek egter die planne en 'n struktuur wat 48 voet hoog is, word opgerig. Onder die indruk dat die mededeling van die opmeter ook vir die gewysigde planne geld, doen die argitek nie aansoek om goedkeuring van die gewysigde planne nie. Nadat van die inwoners teen die oprigting van die struktuur beswaar aangeteken het, word die maatskappy deur die plaaslike owerheid gelas om die struktuur af te breek. Die maatskappy steun op die skriftelike mededeling van die opmeter maar die plaaslike owerheid wys daarop dat die argitek se aansoek nie aan die neergelegde statutêre vereistes voldoen het nie.

Die Court of Appeal by monde van Lord Denning formuleer die toepaslike beginsel soos volg:³²

"Now I know that a public authority cannot be estopped from doing its public duty, but I do think that it can be estopped from relying on technicalities; and this is a technicality

31 (1967) 2 All ER 1041.

32 1044.

to be sure . . . I take the law to be that a defect in procedure can be waived, even by a public authority, so as to render valid that which would otherwise be invalid."³³

Aanknopingspunte vir 'n soortgelyke standpunt is in die Suid-Afrikaanse reg te vind.³⁴ In *Potchefstroom se Stadraad v Kotze*³⁵ het die stadsclerk, sonder dat hy kragtens 'n raadsbesluit daartoe gemagtig is, die huurder van die raad se plaas skriftelik in kennis gestel dat die raad die huurkontrak kanselleer. Toe die raad daarna sekere huurgelde van die huurder wou vorder, beroep laasgenoemde hom op die kansellasië van die huurkontrak en beweer, met verwysing na die *Turquand*-reël en die vermoede *omnia praesumuntur rite acta esse*, dat die raad estop is om die kansellasië van die kontrak te repudieer. Na analogie van die *Turquand*-reël beslis appèlregter Van Blerk dat onderskei moet word

"tussen aangeleenthede van publieke aard en handeling aangaande die interne bestuur van liggeme. Terwyl kennis van die inhoud van eersgenoemde veronderstel word kan die bestaan van laasgenoemde afgelei word en veronderstel word dat daaraan voldoen is".³⁶

Hy beskou raadsbesluite waardeur opdragte aan die stadsclerk gegee word as handeling wat op die interne bestuur van die raad betrekking het.³⁷ Dit sou in sulke gevalle onprakties wees om van persone te verwag om vooraf seker te maak dat 'n stadsclerk, as hoofadministratiewe en -uitvoerende beampte van 'n stadsraad, wel deur sy raad gemagtig is om sekere handeling te verrig. Die feit dat die raad in die onderhawige geval in werklikheid nie opdrag tot kansellasië gegee het nie, is derhalwe nie ter sake nie en kan die huurder nie benadeel nie.³⁸ Die hof beklemtoon egter dat die *Turquand*-reël slegs toepassing kan vind in daardie gevalle waar die raad deur sy stadsclerk sekere handeling wettig kan verrig sonder om gebonde te wees aan die nakoming van spesifieke statutêre voorvereistes of voorskrifte.³⁹

In gegewe gevalle kan dit natuurlik moeilik wees om tussen handeling van 'n publieke aard en interne handeling te onderskei. Bowendien wil dit voorkom

33 Hierteenoor maak Lord Russell in sy afwykende uitspraak die volgende opmerking (1050): "The local planning authority is not a free agent to waive statutory requirements in favour of (so to speak) an adversary; it is the guardian of the planning system."

34 Vgl bv *Rooдеpoort Settlement Committee v Retief* 1951 1 SA 73 (O). Die komitee het sy besluit om grond te verkoop, gerepudieer omdat twee van sy lede ten tyde van die beslissing nie voldoen het aan die voorgeskrewe vereistes vir lidmaatskap nie en die goewerneur-generaal se toestemming vir die verkoop van die grond nie vooraf verkry is nie. Estoppel word opgewerp. Die hof beslis dat hierdie interne formaliteite is. Die verantwoordelikheid om toe te sien dat dit nagekom word, berus by die komitee en nie by die koper nie. Vgl ook *National and Overseas Distributors Corporation (Pty) Ltd v Potato Board* 1958 2 SA 473 (A). Die bestuurder van die Aartappelraad het per abuis die verkeerde tender aanvaar. Die hof beslis egter dat hy deur sy optrede, alhoewel dit strydig met 'n resoluë van die raad was, die raad kontraktueel verbind het.

35 1960 3 SA 616 (A).

36 622.

37 *Ibid.*

38 624.

39 623. Vgl bv *Hoisain v Town Clerk, Wynberg* 1916 AD 236. Die stadsclerk het per abuis die appellant se naam op 'n statutêre voorgeskrewe lys van handelaars geplaas. Dit kon egter kragtens die toepaslike statutêre voorskrifte slegs gebeur indien die stadsraad 'n sertifikaat te dien effekte uitgereik het. Omdat die stadsraad pertinent geweier het om sodanige sertifikaat uit te reik, slaag die appellant se beroep op estoppel nie. In Oosthuizen (red) *Suid-Afrikaanse handelsreg* bd 2 (1988) 354 word tereg gewaarsku dat die *Turquand*-reël nie bloot as 'n verskyningsvorm van estoppel gesien behoort te word nie.

of die hof se standpunt ten opsigte van interne handelinge nie wesenlik verskil van die *ostensible authority*-benadering in ander uitsprake nie.

In 'n poging om uitsluitel te gee oor die vraag wanneer estoppel suksesvol teen 'n owerheidsorgaan opgewerp kan word, het die Amerikaanse howe 'n onderskeid gemaak tussen *governmental* en *proprietary* funksies.⁴⁰ Die toepassing van estoppel word in laasgenoemde geval toegelaat. Gemelde onderskeid herinner sterk aan die problematiese onderskeid tussen die privaat- en publiekreg en is derhalwe ewe moeilik om te maak.

4 2 Beleidsoorwegings

Die Suid-Afrikaanse howe is nie ongeneë om owerheidsorgane op grond van die werking van estoppel gebonde te hou aan handelinge wat strydig met hul eie *administratiewe* beleidstandpunte verrig is nie. In *Mossel Bay Municipality v Ebrahim*⁴¹ het die munisipaliteit, omdat hy gemeen het dat dit in die openbare belang was, die beleid gevolg om geen handelslisensies in sekere swart woongebiede toe te staan nie. Weens 'n oorsig en strydig met sy eie beleid, verleen die munisipaliteit egter wel 'n lisensie aan 'n handelaar wie se perseel in die betrokke gebied geleë is. Die munisipaliteit beklemtoon dat hy nie die lisensie sou toegestaan het indien hy nie onder 'n wanindruk verkeer het met betrekking tot die ligging van die perseel nie. Regter Van Winsen meen egter dat uitsluiting van die werking van estoppel in sulke omstandighede

“would open up a new and alarming avenue to a local authority to review a decision once taken to grant a certificate on the ground that had certain other facts, subsequently ascertained, been present in the minds of its Councillors when they took a decision to grant a certificate, such decision would never have been taken. It seems to me that where no statutory prohibition would be violated or duty left unfulfilled by reason of the operation of estoppel, the local authority must be held bound to its decision”.⁴²

Ondersteuning vir hierdie standpunt word ook in die Engelse reg gevind. In *Attorney General of Hong Kong v Ng Yuen Shiu*⁴³ het die respondent Hong Kong in 1976 onwettig binnegegaan. In 1980 kondig immigrasie-owerhede 'n beleid aan waarvolgens onderhoude met alle onwettige immigrante gevoer sou word ten einde vas te stel welke persone gelas moet word om Hong Kong te verlaat. Die versekering word egter gegee dat elke geval op eie meriete beoordeel sou word. Die respondent lei hieruit af dat hy geleentheid gegun sou word om sy saak te stel alvorens 'n finale besluit rakende sy voortgesette verblyf in Hong Kong geneem sou word. Hy word egter gelas om Hong Kong te verlaat sonder dat sodanige geleentheid aan hom gebied is. In sy uitspraak verwys die Geheime Raad by monde van Lord Fraser weliswaar nie pertinent na estoppel nie, maar formuleer die toepaslike beginsel soos volg:⁴⁴

“[W]hen a public authority has promised to follow a certain procedure, it is in the interest of good administration that it should act fairly and should implement its promise, so long as implementation does not interfere with its statutory duty.”⁴⁵

40 Vgl Craig aw 571; Rydstrom “Modern status of applicability of doctrine of estoppel against federal government and its agencies” 27 *ALR Fed* 722-724.

41 1952 1 SA 567 (K).

42 574.

43 (1983) 2 All ER 346.

44 351.

45 In gemelde saak is beslis dat die *audi alteram partem*-reël nagekom moet word op grond van 'n *legitimate expectation* aan die kant van die respondent. Die leerstuk van *legitimate expectation* het in die onlangse saak van *Administrator, Transvaal v Traub* 1989 4 SA 731 (A) erkenning in die Suid-Afrikaanse reg verkry.

Die Engelse howe is nie bereid om toe te laat dat estoppel die vorming van *regeringsbeleid* verhinder nie, 'n standpunt wat waarskynlik in toepaslike omstandighede deur die Suid-Afrikaanse howe gevolg sal word. In *Laker Airways Ltd v Department of Trade*⁴⁶ het Laker onder 'n Konserwatiewe regering in die Verenigde Koninkryk 'n lisensie bekom om 'n lugdiens tussen Londen en New York te bedryf. Kort hierna kom die Arbeidersparty aan bewind en as gevolg van 'n verandering in beleid word besluit om die lisensie in die openbare belang in te trek ten spyte van die feit dat Laker reeds ongeveer £7 miljoen aan die projek bestee het. Met betrekking tot die vraag of estoppel in hierdie omstandighede suksesvol opgewerp kan word, verklaar die Court of Appeal by monde van Lord Lawton soos volg:⁴⁷

“The fact that Laker Airways Ltd suffered loss as a result of the change is unfortunate: they have been the victims of a change of government policy. This often happens. Estoppel cannot be allowed to hinder the formation of government policy.”

5 EVALUASIE VAN DIE HUIDIGE STAND VAN DIE REG

Die onwilligheid van die howe om in 3 1 en 3 2 hierbo erkenning aan die werking van estoppel te verleen, kan waarskynlik op grond van die volgende faktore geregverdig word:

- Die legaliteitsbeginsel⁴⁸ wat vereis dat die owerheid in sy optrede teenoor die individu te alle tye die voorskrifte van die reg moet gehoorsaam. Indien estoppel tot gevolg het dat erkenning aan die *ultra vires*-optrede van die owerheid verleen word, is dit kennelik in stryd met gemelde beginsel.
- Die stelreël *ignorantia iuris non excusat* waarvolgens onkunde van die reg geen verweer is nie. Op grond hiervan word van die standpunt uitgegaan dat die individu veronderstel is om op die hoogte van die omvang van die owerheidsorgaan se kompetensies te wees. Na die uitspraak van die appèl-afdeling in *S v De Blom*⁴⁹ word die *ignorantia*-reël egter, ten minste wat die strafreg betref, nie meer ongekwalifiseerd toegepas nie. In *Federal Crop Insurance Corporation v Merrill*⁵⁰ het die Amerikaanse owerheid 'n boer se gesaaides strydig met regulasies wat in die sogenaamde Federal Register vervat is, verseker. Toe die boer 'n eis instel, steun die owerheid op die regulasies en weier om die eis te betaal. Die federale hof reken kennis van die regulasies, en derhalwe van die omvang van die owerheid se kompetensies, aan die boer toe.

In 'n minderheidsuitspraak kritiseer regter Jackson egter hierdie benadering:⁵¹

“To my mind, it is an absurdity to hold that every farmer who insures his crops knows what the Federal Register contains or even knows that there is such a publication. If he were to peruse this voluminous and dull publication as it is issued from time to time in order to make sure whether anything has been promulgated that affects his rights, he would never need crop insurance, for he would never get time to plant any crops.”

Hierby moet steeds in gedagte gehou word dat owerheidsorgane se kompetensies dikwels in dokumente omskryf word wat geheel en al ontoeganklik vir die publiek is.

46 (1977) 2 All ER 182.

47 211.

48 Vgl Wiechers *Administratiefreg* (1984) 196–201.

49 1977 3 SA 513 (A).

50 175 ALR 1075.

51 1080–1081.

- Die regte van derdes wat in gedrang kom vir sover estoppel tot gevolg kan hê dat 'n owerheidsorgaan verhoed word om 'n statutêre verpligting na te kom of 'n diskresie uit te oefen, of dat persone hul statutêre reg om beswaar teen sekere beoogde optredes aan te teken, ontnem word.
- Die huiwering en onwilligheid wat by owerheidsorgane sal posvat om die gemeenskap te adviseer indien erkenning aan die werking van estoppel verleen sou word. Die negatiewe uitwerking wat so 'n tendens op die daaglikse staats-administrasie en gemeenskapslewe sal hê, is voor-die-hand-liggend.

Bogenoemde beredenering, wat die weiering van 'n remedie aan die individu tot gevolg het, bevat, in die woorde van Bernard Schwartz, "all the beauty of logic and all the ugliness of injustice".⁵²

Die nadeel wat die individu ly omdat hy nie op estoppel kan steun nie, is dikwels van so 'n aard en omvang dat dit nie maar net geïgnoreer kan word nie. Met die oog hierop is die volgende reeds as moontlike oplossings vir die probleem geopper:

- Persone wat benadeel word as gevolg van die weiering om die werking van estoppel uit te brei om ook die *ultra vires*-optrede van die owerheid in te sluit, behoort vergoeding te ontvang.⁵³ Die betaling van skadevergoeding is sekerlik moontlik indien skuld aan die kant van die owerheid bewys kan word. Dit sal uiteraard egter nie altyd moontlik wees nie. Hierby moet in gedagte gehou word dat dit in gegewe gevalle eerder in die openbare belang sal wees om die owerheid op grond van die werking van estoppel toe te laat om 'n *ultra vires*-handeling te verrig as om die legaliteitsbeginsel streng te handhaaf en vergoeding te betaal. A bou byvoorbeeld, op grond van 'n versekering wat van die owerheid ontvang is dat dit wel mag geskied, 'n drieverdiepinggebou op 'n perseel wat vir geboue nie hoër nie as twee verdiepings gereserveer is. Die gebou kos hom drie miljoen rand. Om A in hierdie omstandighede te gelas om die gebou af te breek omdat die owerheid se versekering *ultra vires* die toepaslike wetgewing was en daarna aan hom 'n bedrag van drie miljoen rand vergoeding te betaal, kom neer op 'n vermorsing van hulpbronne wat nie altyd in die openbare belang kan wees nie.

Dit kan wel nodig wees om aan *derdes* wat as gevolg van die werking van estoppel in geval van *ultra vires*-optrede deur die owerheid benadeel word, vergoeding te betaal.

- 'n Ombudsman is die aangewese instansie om klagtes van individue wat op grond van mededelings deur die owerheid tot hul nadeel gehandel het, te ondersoek.⁵⁴ Hierdie instelling het egter sekere beperkinge ten opsigte van die problematiek onder bespreking. Daar moet in gedagte gehou word dat die ombudsman 'n beampete van die wetgewer is wat slegs oor die kompetensie beskik om ondersoek te doen en nie om administratiewe beslissings te gee of te wysig nie.⁵⁵ Selfs al sou die ombudsman in 'n gegewe geval bevind dat

⁵² Schwartz *Administrative law* (1976) 134.

⁵³ Vgl Baxter aw 403-404; Craig aw 582.

⁵⁴ Vgl Evans aw 105; Crawford "Estoppel in public law - the final nail in the coffin" 1982 *MLR* 91. Vgl hierteenoor Baxter aw 403.

⁵⁵ Vgl Kachelhoffer "'n Ombudsman vir Suid-Afrika binne die raamwerk van die nuwe konstitusionele bedeling" in Jacobs (red) 'n *Nuwe grondwetlike bedeling vir Suid-Afrika* (1981) 221.

wanadministrasie plaasgevind het, moet steeds besluit word of die benadeelde individu tegemoet gekom gaan word of deur die betaling van vergoeding of deur die handhawing van die *ultra vires*-optrede van die owerheid. Aan die probleme wat met elkeen van die gemelde twee moontlikhede gepaard gaan, word dus nie op hierdie wyse ontkom nie.

- Die oplossing van die problematiek onder bespreking is nie in die erkenning van estoppel geleë nie, maar moet eerder in die deliktereg gesoek word.⁵⁶ Aanvaar 'n mens hierdie uitgangspunt, word skuld en onregmatigheid onmiddellik as vereistes ten opsigte van die gewraakte owerheidsoptrede betrek. Dat dit vir die individu meer as dikwels baie moeilik sal wees om hierdie twee vereistes ten opsigte van owerheidsoptrede in die soort gevalle onder bespreking te bewys, behoef weinig betoog. Die probleem sal grootliks ondervang kan word indien die wetgewer bereid sou wees om die owerheid in gevalle soos hierdie skuldloos aanspreeklik te stel. Daar moet egter in gedagte gehou word dat hierdie werkswyse steeds 'n onekonomiese aanwending van hulpbronne tot gevolg kan hê. Omdat die owerheid *ultra vires* opgetree het, word A gelas om 'n gebou ter waarde van miljoene rand af te breek waarna A met 'n ewegroot skadevergoedingseis slaag. Indien die regte van die owerheid of derdes nie weselik aangetas word nie, is dit onwaarskynlik dat sodanige optrede in die openbare belang sal wees.
- Die leerstuk van estoppel behoort toepassing te vind ten opsigte van owerheidsoptrede wat strydig is met (ondergeskikte) wetgewing wat deur die betrokke owerheidsorgaan *self* tot stand gebring is omdat daar, so lui die argument, in so 'n geval geen gevaar bestaan dat die orgaan sy eie kompetensies kan uitbrei nie.⁵⁷ Sonder om die meriete van hierdie benadering te analiseer, behoort dit duidelik te wees dat dit slegs 'n gedeeltelike oplossing bied. Indien die owerheidsorgaan nie *self* die wetgewing tot stand gebring het nie, kan estoppel nie op sy optrede van toepassing gemaak word nie en staan die individu derhalwe remedieloos.
- Die werking van estoppel op publiekregtelike terrein behoort nie sonder meer afgewys te word nie, maar die afweging van individuele en openbare belange behoort deurslaggewend te wees in die beantwoording van die vraag of estoppel in 'n gegewe geval aanwending behoort te vind al dan nie.⁵⁸ Is dit duidelik dat die individuele belang die swaarste weeg, behoort erkenning aan die werking van estoppel verleen te word. In die afweegproses moet daar natuurlik deeglik rekening gehou word met die regte en belange van derdes.

Die voordeel van hierdie benadering is geleë in die buigsamheid daarvan. In plaas van 'n streng legalistiese benadering word elke geval op sy eie meriete beoordeel sonder om skuld as vereiste te stel. Daar moet egter in gedagte gehou word dat die *ultra vires*-geaardheid van die owerheidsoptrede vasstaan. Die werking van estoppel bring slegs mee dat die gevolge van die owerheidsoptrede in besondere gevalle in stand gehou word. 'n Owerheidsorgaan sou dus nie op so 'n geval kan steun ten einde voortaan vir homself kompetensies toe te eien waarvoor hy andersins nie sou beskik nie. Alhoewel hierdie benadering nie in

56 Crawford 1982 *MLR* 91.

57 Schwartz aw 135; Baxter aw 426 vn 254.

58 Craig aw 572-583.

alle gevalle daarin slaag om die nadeel wat deur die individu gely word ongedaan te maak nie, lyk dit na die eenvoudigste en billikste oplossing van die probleem.

Aanknopingspunte vir hierdie benadering is in sowel die Engelse as die Suid-Afrikaanse reg te vind. In *Laker Airways Ltd v Department of Trade*⁵⁹ verklaar die Court of Appeal by monde van Lord Denning soos volg:⁶⁰

“The underlying principle is that the Crown cannot be estopped from exercising its powers, whether given in a statute or by common law, when it is doing so in the proper exercise of its duty to act for the public good, even though this may work some injustice or unfairness to a private individual . . . It can, however, be estopped when it is not properly exercising its powers, but is misusing them; and it does misuse them if it exercises them in circumstances which work injustice or unfairness to the individual without any countervailing benefit to the public . . .”

In *Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen*⁶¹ maak die appèlafdeling by monde van waarnemende appèlregter Hoexter die volgende opmerking:⁶²

“The doctrine of estoppel is an equitable one, developed in the public interest, and it seems to me that whenever a representor relies on a statutory illegality it is the duty of the Court to determine whether it is in the public interest that the representee should be allowed to plead estoppel.”

6 SLOTOPMERKING

Die owerheid, wat in vele opsigte die doen en late van die individu reguleer, moet altyd deur sy optrede die openbare belang dien. In hierdie verband speel estoppel as billikheidsleerstuk 'n belangrike rol deurdat die aanwending daarvan erkenning verleen aan die feit dat dit juis in die openbare belang kan wees om in gegewe gevalle die individuele belang swaarder as die openbare belang te laat weeg.

59 (1977) 2 All ER 182.

60 194.

61 1964 3 SA 402 (A).

62 415-416.

All error, not merely verbal, is a strong way of stating that the current truth is incomplete (RL Stevenson (1881)).

Die regsraad van privaatregtelike reëls en regulasies

Gerrit Pienaar

B Iur et Comm LLD

Professor in die Privaatreg, Potchefstroomse Universiteit vir CHO

SUMMARY

The legal nature of private-law rules and regulations

Although the legal relationships in a society are largely established and arranged by means of public-law rules and regulations, the importance of the rules and regulations of private-law institutions has increased owing to *inter alia* the policy of privatisation and devolution. The legal nature of these rules and regulations has to be established because the capacity to act, internal relationships and the accountability of institutions and their members depend on it. It is generally accepted that these rules and regulations are of a contractual nature because they originate from institutions and societies which are based on contract.

In the case of private-law institutions like voluntary associations, churches, companies and sectional title associations, their contractual nature is questionable owing to various practical and theoretical problems. As a result the contractual nature of their rules and regulations is also questionable. A more realistic approach is to describe private-law rules and regulations as the objective law of private-law institutions which is promulgated by the members of the institution and has legal authority on the members as well as third parties. It is these non-statutory measures which can be classified as autonomous legislation, for legislation is not a function confined to the state. It is based on the voluntary acceptance of, and submission to, the law of the society by the members without necessarily obtaining consensus or maintaining freedom of contract in respect of every rule or decision. The internal or autonomous legislation is the outcome of the legislative authority vested in the majority of the members.

1 DIE BELANG VAN PRIVAATREGTELIKE REËLS EN REGULASIES

Die reg as ordeningsinstrument vind hoofsaaklik neerslag in verskillende verskyningsvorme van reëls en regulasies. Die belangrikste vorme van objektief-regtelike reëls en regulasies is publiekregtelik van aard,¹ maar die belang van privaatregtelike reëls en regulasies word toenemend erken.² As gevolg van die huidige beleid van privatisering word die ekonomiese, sosiale en handelsverkeer in 'n veel groter mate deur privaatregtelike instansies en maatreëls gereël en georden, wat meebring dat daar tans veel meer verskyningsvorme van privaatregtelike ordeningsmaatreëls as in die verlede bestaan. Dit hou in dat die aard

1 Bv wetgewing en regspraak.

2 Hahlo en Kahn *The South African legal system and its background* (1973) 166-167; Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die regswetenskap* (1982) 273; Baxter *Administrative law* (1984) 199; Wiechers *Administratiefreg* (1984) 77.

en trefwydte van privaatregtelike reëls en regulasies van toenemende juridiese belang is.

Privaatregtelike reëls en regulasies kan verskeie verskyningsvorme aanneem. Die reëls wat byvoorbeeld in 'n gesin verorden word, is net sulke egte reg as dié wat in 'n statuut vervat word, mits dit 'n element van juridiese ordening bevat.³ Die klem val in hierdie artikel egter op die reg wat deur privaatregtelike organisasies en groepe gepositiveer word ter ordening van sodanige groepe se ekonomiese, sosiale en handelsaktiwiteite intern (tussen die lede) en ekstern (teenoor derdes). Sodanige organisasies funksioneer aan die hand van hulle konstitusies wat die vernaamste bron van die reëls en regulasies is. Aangesien die reëls en regulasies ingrypende aangeleenthede soos die kompetensie om regshandelinge aan te gaan, interne besluitneming en aanspreeklikheid van die lede individueel of die organisasie as entiteit bepaal, is die regsraad daarvan van groot belang.

2 DIE REGSAARD VAN REËLS EN REGULASIES

In die Suid-Afrikaanse regspraak is reeds by herhaling bevestig dat die konstitusie van sowel privaatregtelike regspersone as verenigings sonder regspersoonlikheid kontraktueel van aard is en dat die reëls en regulasies op kontrak berus. Gevolglik word alle interne en eksterne regsverhoudinge as kontraktueel van aard bestempel.⁴ Dit noop verskeie juriste om te verklaar dat 'n vrywillige vereniging (met of sonder regspersoonlikheid) 'n kontraktuele aard het deurdat sodanige vereniging se konstitusie 'n kontrak tussen die lede daarstel en die reëls en regulasies die terme of bepalinge van die kontrak tussen die lede uitmaak.⁵ Moontlik kan nog gestel word dat verenigings sonder regspersoonlikheid op kontrak berus en dat die reëls en regulasies van sodanige verenigings 'n kontraktuele aard het.⁶ Om egter alle privaatregtelike reëls en regulasies (ook dié van verenigingsregspersone) as kontraktueel te bestempel, is nie teoreties suiwer nie en skep bepaalde praktiese probleme.

2 1 Gemeenregtelike gesag

In die vroeëre regspraak is daar dikwels met die ontleding van die regsposisie van verenigings by die Romeins-Hollandse reg aansluiting gesoek. Die duidelikste voorbeelde hiervan is die beslissings in *Venter v Den Kerkeraad der Gereformeerde Kerk te Bethulie*⁷ en *The Johannesburg Public Library v Spence*⁸ waar daar op uitsprake van Voet gesteun word om tussen 'n *universitas hominum* (korporasie of verenigingsregspersoon) en 'n *societas* (vennootskap of genootskap wat op kontrak berus) te onderskei. Een van die belangrikste verskille wat deur

3 Van Zyl en Van der Vyver 273.

4 *Jockey Club of South Africa v Feldman* 1942 AD 340 350-351; *Turner v Jockey Club of South Africa* 1974 3 SA 633 (A) 645B; *Theron v Ring van Wellington van die NG Sendingkerk in SA* 1976 2 SA 1 (A) 25G.

5 Caney en Brooks "Associations" 1 *LAWSA* par 498 499; Bamford *The law of partnership and voluntary association* (1982) 132; Oosthuizen en Malan "Die aard van onderlinge regsverhoudinge geskep deur die Johannesburgse Effektebeurs" 1989 *TSAR* 193.

6 Pienaar *Die gemeenregtelike regspersoon in die Suid-Afrikaanse privaatreë* (LLD-proefskrif PU vir CHO 1982) 190-199; Bamford 132-133. Dit word egter betwyfel deur Smith *The law of associations* (1914) 19; Hallis *Corporate personality* (1978) liv; Green "The dissolution of unincorporated non-profit associations" 1980 *MLR* 629.

7 1879 OVS 4 6.

8 1898 5 Off Rep 84.

Voet beklemtoon word, is dat 'n *societas* op kontrak berus, terwyl 'n regs persoon gegrond is op die interne verenigingsband wat daar tussen 'n groep mense bestaan en wat in die voortbestaan van die regs persoon ongeag die wisseling van lede na vore kom.

'n Soortgelyke verwysing na die Romeins-Hollandse reg (en veral na Voet en Noodt) kom in *Webb & Co Ltd v Northern Rifles*⁹ voor. Dit is opvallend dat daar nêrens in die uitspraak enige melding daarvan gemaak word dat die *universitas personarum* op kontrak berus nie. In *Morrison v Standard Building Society*¹⁰ word daar ook na Romeins-Hollandse regs beginsels verwys in 'n poging om die posisie van 'n bouvereniging te bepaal. Die Romeins-Hollandse vereistes vir die bestaan van 'n regs persoon (soos blyk uit die *Webb*-uitspraak) word net so in hierdie uitspraak bevestig en daar word geen melding gemaak dat 'n verenigingsregs persoon (en die reëls en regulasies daarvan) kontraktueel van aard sou wees nie.

'n Belangrike regs beginsel wat in die *Morrison*-saak ter sprake kom, is dat 'n gemeenregtelike regs persoon nie uitdruklik owerheidstoestemming benodig om as regs persoon erken te word nie.¹¹ Die Engels regtelike konsessiesistiem is dus nie deur die appèlafdeling op regspersone in Suid-Afrika van toepassing gemaak nie. Hierdie regs beginsel is sonder uitsondering gehandhaaf in uitsprake wat op die *Morrison*-saak gevolg het. Daar word na die aard van die vereniging, die konstitusie daarvan en die doel en optrede van die vereniging gekyk om vas te stel of dit 'n gemeenregtelike regs persoon is of nie.

Ten einde die huidige regspraak in verband met verenigings in die Suid-Afrikaanse reg te begryp, is dit noodsaaklik om ook die Engelse regs beginsels te ondersoek. Die konsessiesistiem word in die Engelse reg as uitgangspunt by die verlening van regs persoonlikheid gebruik. Dit hou in dat regs persoonlikheid slegs deur die owerheid op grond van *uitdruklike* magtiging verleen kan word.¹²

In die Engelse reg word daar tussen die sogenaamde "incorporated associations" en "unincorporated associations" onderskei. Eersgenoemde geniet regs persoonlikheid omdat dit deur koninklike oktrooi of wetgewing aan sodanige verenigings verleen is. Hierdie regspersone ontstaan nie deur kontraksluiting nie en hulle funksioneer gevolglik ook nie ingevolge kontrakteregtelike beginsels nie.¹³ So is die universiteite van Oxford en Cambridge voorbeelde van regspersone wat op grond van koninklike oktrooi ontstaan het. Regspersone wat deur wetgewing ontstaan, kan òf regstreeks deur 'n wet in die lewe geroep word (byvoorbeeld die British South Africa Company met 'n eie magtigende wet), òf dit kan onregstreeks op grond van 'n algemeen magtigende wet erken word. In

9 1908 TS 462 465. Kyk ook *Cassim v Molife* 1908 TH 748; *Levin v Transvaal Miners' Association* 1912 WLD 144; *Tilbrook v Higgins* 1932 WLD 147 153; *Malebjoë v Bantu Methodist Church in SA* 1957 4 SA 465 (W).

10 1932 AD 229 233-237.

11 236. Vgl ook *The Committee of the Johannesburg Public Library v Spence* 1898 5 Off Rep 84; *Ex parte Johannesburg Congregation of the Apostolic Church* 1968 3 SA 377 (W); *Malebjoë v Bantu Methodist Church in SA* 1957 4 SA 465 (W); *Moloi v St John Apostolic Faith Mission* 1954 3 SA 940 (T) 942.

12 Smith 7-10; Hallis liii; Pienaar 171-176.

13 Hallis liii; Pienaar 171.

laasgenoemde geval word 'n regs persoon eers tot stand gebring na 'n registrasiehandeling wat voldoen aan die voorskrifte wat in die magtigende wet vervat is (byvoorbeeld die Companies Consolidation Act van 1908).¹⁴

Hierteenoor berus "unincorporated associations" gewoonlik op kontrak.¹⁵ Sodanige verenigings ontstaan deur kontraksluiting; aansluiting van nuwe lede word kontraktueel gereël en die konstitusie word as die kontrak waarop die vereniging berus, beskou. "Unincorporated associations" word nie in die Engelse reg as regspersone erken nie aangesien hulle nie op grond van koninklike oktrooi of wetgewing tot stand kom nie. Die bekendste verskyningsvorm van 'n "unincorporated association" in die Engelse reg is 'n klub wat deur kontraksluiting ontstaan en nie met 'n winsoogmerk opererig word nie.¹⁶

In die Suid-Afrikaanse reg is die regsposisie van klubs in 'n groot mate analoog aan dié van die Engelse klubs.¹⁷ Daar word egter tussen klubs met regs persoonlikheid en klubs sonder regs persoonlikheid onderskei,¹⁸ terwyl 'n klub altyd in die Engelse reg 'n vereniging sonder regs persoonlikheid is. 'n Verenigingsregspersoon se regsposisie verskil egter ingrypend van die Engelse klub (sonder regs persoonlikheid) en behoort aan die hand van Romeins-Hollandse beginsels grond te word. As oorblyfsel van die Engelse konsessiesistiem word alle verenigings (regspersone en nie-regspersone) hier te lande egter as kontraktuele verhoudings aangemerkt aangesien die Engelse reg daarvan uitgaan dat alle verenigings wat nie op grond van koninklike oktrooi of wetgewing ontstaan nie, op kontrak berus. Langs hierdie weg word die kontrakgedagte ook op die gemeenregtelike regs persoonsof figuur van toepassing gemaak hoewel daar geen Romeins-Hollandse gronding daarvoor bestaan nie.

Die vermenging van Romeins-Hollandse en Engelse regs begrippe het in die Suid-Afrikaanse reg aanleiding gegee tot die opvatting dat verenigingsregspersone (net soos verenigings sonder regs persoonlikheid) op kontrak berus en dat die reëls en regulasies van sodanige verenigingspersone noodwendig kontraktueel van aard is.

2 2 Vertolking van regspraak

Die *Jockey Club*-beslissings word dikwels in die Suid-Afrikaanse regspraak en deur juriste aangehaal ter ondersteuning van die opvatting dat dié reëls en regulasies van verenigings met of sonder regs persoonlikheid op kontrak berus.¹⁹ In sowel *Jockey Club of South Africa v Feldman*²⁰ en *Turner v Jockey Club of South Africa*²¹ word op die uitspraak in *Marlin v Durban Turf Club*²² gesteun. Die regsverhouding tussen die jockie (wat 'n lisensie by die betrokke klub moet

14 Weens die ontstaansgeskiedenis en eie aard van maatskappyregspersone word lg egter wel in die Engelse reg as kontraktueel van aard aangemerkt - sien par 2 5 hieronder.

15 Smith 18 27; Hallis liv; Pienaar 171-172.

16 Smith 49.

17 *Bruyns v Rand Sporting Club* 1919 WLD 51 55; *Cape Indian Congress v Transvaal Indian Congress* 1948 2 SA 595 (A) 597. Vgl ook die groot ooreenkoms wat tussen die uiteensetting van Halsbury *The laws of England* (1974) vol 6 56-60; Bamford 117-119 126-131 (veral 130 vn 47) en Caney en Brooks 286-287 bestaan.

18 Bamford 126.

19 *Idem* 132 vn 8.

20 1942 AD 340 347.

21 1974 3 SA 633 (A) 645D-G.

22 1942 AD 112 122.

uitneem ten einde aan wedrenne deel te neem) en die klub word in al drie hierdie uitsprake as kontraktueel van aard bestempel. Aangesien die jockie egter nie 'n lid van die klub is nie, is dit verstaanbaar dat die regsverhouding op kontrak berus. Hierdie aspek blyk uit *Marlin v Jockey Club of South Africa*:²³

"It is quite certain that the grant of a licence to a jockey or a trainer does create a contract between that person and the Jockey club which has the effect, *inter alia*, of preventing the Jockey club from cancelling or revoking the licence during its currency without giving him a hearing in accordance with its rules."

Dit dui egter nie daarop dat die jockieklub op kontrak berus nie, soos dikwels verkeerdlik uit hierdie uitsprake afgelei word. Hierdie onderskeid blyk uit *Rowles v Jockey Club of South Africa*:²⁴

"The Club's Rules are the domestic statutes of a voluntary association. In order to achieve its objects its rules also refer to the conduct of non-members. But since the rules have no statutory authority they cannot, save as a non-member has bound himself by agreement to observe them, be legally binding upon non-members. Similarly, the Club cannot, apart from contract, impose its will upon non-members by legal process . . .

One must not overlook the fact that here we are not concerned with the relations between members of a Club *inter se*, to which extremely high standards of good faith and mutual consideration may apply, but with the relations between the Club as an entity and outsiders."²⁵

In *Theron v Ring van Wellington van die NG Sendingkerk in SA*²⁶ word gesteun op die verkeerde interpretasie van die *Jockey Club*-beslissings om die kerkorde as kontraktueel van aard te bestempel. Voorts word gesteun op Ordonnansie 7 van 1843 (Kaap) waar verklaar word dat

"the said rules and regulations or some of them [shall be regarded] in such manner as to be bound thereby in virtue of the ordinary legal principles applicable to cases of express or implied contract".

Ingevolge Ordonnansie 7 van 1843 is in navolging van die Engelse klubreg alle kerke aangemerkt as "unincorporated associations" (verenigings sonder regs persoonlikheid) wat op kontrak berus – slegs die Church of England wat deur koninklike oktrooi ontstaan het, is as 'n "incorporated association" erken. Hierdie toedrag van sake bestaan egter beslis nie meer nie aangesien daar herhaaldelik bevestig is dat kerke tans gemeenregtelike regs persone is.²⁷ Om dus die kerkorde van kerke op grond van hierdie gesag as kontraktueel aan te merk, berus op 'n verkeerde interpretasie van die *Jockey Club*-sake en die handhawing van die Engelsregtelike konsessiesistiem.

Daar word ook dikwels gesteun op *In re Cape of Good Hope Permanent Building Society*²⁸ om die kontraktuele aard van verenigings se reëls en regulasies te bevestig. Indien hierdie beslissing egter noukeurig gelees word, is dit duidelik dat die ondernemingsvorm wat in die besondere omstandighede gebruik was, wel op 'n kontrak *sui generis* berus het maar dat dit nie 'n regspersoon was nie. In *Morrison v Standard Building Society*²⁹ is beslis dat die bouvereniging *in casu* 'n gemeenregtelike regspersoon was maar daar word geen melding gemaak dat

23 1951 4 SA 638 (T) 649A.

24 1954 1 SA 363 (A) 364C.

25 365B.

26 1976 2 SA 1 (A) 23F-G.

27 Sien 2 4 hieronder.

28 1898 15 SC 323 326. Vgl veral Caney en Brooks par 498 vn 1; Bamford 117.

29 1942 AD 229 238.

'n gemeenregtelike regspersoon (*universitas*) op kontrak berus nie. Bamford³⁰ steun voorts op *Lewis & Co Ltd v Pietersburg Ko-operatiewe Boere Vereniging*³¹ om aan te toon dat 'n *universitas* op kontrak berus. Hy voeg egter die term *universitas* by die aanhaling sonder om daarop te wys dat dit sy eie invoeging is. In die betrokke uitspraak word nêrens na 'n *universitas* verwys nie, maar na 'n boerevereniging wat in die betrokke omstandighede wel op kontrak berus het.

Dit is dus duidelik dat die toepassing van oorgeblewe opvattinge van die Engelsregtelike konsessiesisteen (teenstrydig met die uitspraak in *Morrison v Standard Building Society*³² dat die konsessiesisteen nie in die Suid-Afrikaanse reg toepassing vind nie) veroorsaak dat die Romeins-Hollandse onderskeid tussen verenigingsregspersone (*universitates*) en verenigings sonder regspersoonlikheid (*societates*), en veral die beginsel dat eersgenoemde op interne verbandsreg en laasgenoemde op kontrak berus, algaande vervaag het.

2 3 Bestuurs- en gedragsreëls by deeleiendom

Die beheersregspersoon van 'n deeltitelskema kom ingevolge die Wet op Deeltitels 95 van 1986³³ tot stand wanneer die ontwikkelaar van 'n deeltitelskema die eerste eenheid aan 'n ander persoon in eiendomsreg oordra. In daardie stadium moet die deeltitelskema alreeds in die akteskantoor geregistreer wees aangesien eiendomsreg op deeltiteleenhede (as onroerende goed) slegs by wyse van registrasie in die akteskantoor oorgedra kan word. Die beheersregspersoon kom dus tot stand sonder dat enige ooreenkoms of kontrak gesluit is om die totstandkoming te bewerkstellig.³⁴

Die lidmaatskap van lede van die regspersoon is eweneens nie kontraktueel van aard nie. Die eienaars van deeltiteleenhede word outomaties lede van die beheersregspersoon sodra hulle eiendomsreg op 'n deeltiteleenheid bekom, selfs in gevalle waar sodanige eienaars nie eens bewus was van die bestaan van die beheersregspersoon nie en daar gevolglik nie wilsooreenstemming om lede van die regspersoon te word, bestaan het nie.³⁵ Die interne regsverhouding tussen die lede kan dus nie kontraktueel van aard wees nie. Dit verskil van maatskappye waar 'n persoon wat aandele in die maatskappy koop, bewus is van die feit dat aandeelhouding lidmaatskap van die maatskappyregspersoon aan die hand van die akte van oprigting en statute inhou. In die geval van lidmaatskap van die beheersregspersoon is voornemende deeleienaars dikwels nie eers van die bestaan van so 'n regspersoon bewus nie en kan lidmaatskap dus onmoontlik nie as kontraktueel van aard bestempel word nie. Deeleienaars het ook nie die reg tot uitrede nie aangesien lidmaatskap aan die eiendomsreg op 'n deeltiteleenheid verbind is.

Dit is voorts ook nie moontlik om die bestuurs- en gedragsreëls van die beheersregspersoon as kontraktueel van aard te tipeer nie. Ingevolge artikel 35 van die Wet op Deeltitels 95 van 1986 word die reëls by die aansoek om opening

30 126.

31 1936 AD 344 353.

32 1932 AD 229 238.

33 A 36(1).

34 Pienaar "Die beheersregspersoon by deeleiendom" 1983 *THRHR* 71-72; Van der Merwe en Butler *Sectional titles, share blocks and time-sharing* (1985) 40-41 240-244; vgl ook Anoniem "The rule of law in residential associations" 1985 *Harv LR* 472 481-484.

35 *J de Moor (Edms) Bpk v Beheerliggaam van Outeniqua* 1985 3 SA 997 (T) 1002-1003.

van 'n deeltitelregister en die registrasie van die deelplan deur die ontwikkelaar vir registrasie in die akteskantoor aangebied. Dit kan in sekere voorgeskrewe opsigte afwyk van die bestuurs- en gedragsreëls wat deur die regulasies voorgeskryf word en deeleienaars wat nie van die bestaan van die beheersregspersoon bewus was nie, sou gewoonlik ook nie van die bestuurs- en gedragsreëls kennis gedra het nie. Daar kan dus nie sprake van wilsooreenstemming wees nie.

In *Wiljay Investments (Pty) Ltd v Body Corporate Bryanston Crescent*³⁶ word die reëls getipeer as kontraktueel van aard, welke kontrak ontstaan tussen die deeleienaars *inter se* en die deeleienaars en die regspersoon. Weens die gebrek aan wilsooreenstemming by die ontstaan van die reëls en die feit dat die regspersoon nie op kontrak berus nie, is dit egter teoreties suiwerder om die reëls as die interne verbandsreg van die deeltitelgemeenskap as outonome privaatregtelike samelewingsverband te omskryf.³⁷ Die reëls is dus die gepositieerde reg van 'n privaatregtelike samelewingsverband wat die regsverhouding tussen die lede van die beheersregspersoon reël en orden.

2 4 Kerke

In *Long v Bishop of Cape Town*³⁸ is beslis dat slegs die Church of England in Groot-Brittanje as die sogenaamde "established church"³⁹ (en dus as regspersoon deur koninklike oktrooi) erken word. Daarenteen het die Church of England in Suid-Afrika asook alle ander kerke aan die Kaap nie deel van die sogenaamde "established church" gevorm nie. Hulle is dienooreenkomstig beskryf as vrywillige verenigings (en daarom "unincorporated associations" sonder regs persoonlikheid) wat kontraktueel van aard is; hierdie denkgring is deur Ordonnansie 7 van 1843 (Kaap) bevestig.⁴⁰ In hierdie ordonnansie is die kontraktuele fundering van kerke in die kerkwette of -orde as uitgangspunt geneem, soos blyk uit *Theron v Ring van Wellington van die NG Sendingkerk in SA*.⁴¹

Die verwarring waartoe die toepassing van hierdie Engelse regsbegrippe in die geval van kerke aanleiding gegee het, skep besondere praktiese probleme. Ingevolge *Venter v Den Kerkeraad der Gereformeerde Kerk te Bethulie*⁴² en *De Nederduitsche Hervormde Gemeente van Standerton v De Nederduitsche Hervormde of Gereformeerde Gemeente van Standerton*⁴³ word die regsposisie van kerke aan die hand van Romeins-Hollandse regsbeginsels bepaal. Met verwysing na *Digesta* 3 4 7 2 en Voet 3 4 1 is beslis dat die kerk 'n regspersoon is en as sodanig eienaar van kerkeïendom kan wees. Sonder dat die onderskeie kerke deur wetgewing of owerheidstoestemming as regspersoon verklaar is (die "established church"-gedagte van die Engelse reg), is dit as 'n gemeenregtelike regspersoon erken sonder enige verwysing dat dit op kontrak berus. In navolging van die Romeins-Hollandse reg is daar streng tussen die regsposisie van 'n

36 1984 2 SA 722 (T) 727D.

37 Van der Merwe "Die reëls van die deeleiendomsgemeenskap ingevolge die Wet op Deeltitels" 1981 *TSAR* 267-270; Van der Merwe en Butler 253; Olivier, Pienaar en Van der Walt *Statutêre sakereg* (1988) "Deeltitels" 30B-31.

38 1863 IV Searle's Rep 162.

39 176.

40 Vgl *Loedolff en Smuts v Robertson* 1863 IV Searle's Rep 128 132-133; *Burgers v Murray* 1865 1 Roscoe 252 255-257; sien ook par 2 2 hierbo.

41 1976 2 SA 1 (A) 25F-G.

42 1879 OVS 4.

43 1897 Hertzog 84 98.

korporasie (vereniging met regs persoonlikheid) en dié van 'n *societas* (vereniging sonder regs persoonlikheid wat op kontrak berus) onderskei. Hierdie onderskeid is nie gehandhaaf in *Theron v Ring van Wellington van die NG Sendingkerk in SA*⁴⁴ en *Van Vuuren v Kerkraad van die Môrelog Gemeente van die NG Kerk in die OVS*⁴⁵ nie; hier is beslis dat die onderskeie kerke regs persone is wat kontraktueel van aard is en waarvan die kerkorde of -wette die kontrak tussen die lidmate daarstel.

Toetrede van lidmate tot 'n kerk kan egter moeilik aan die hand van kontraksluiting verklaar word. By die meeste kerke word daar tussen dooplidmate en belydende lidmate onderskei. Die doop van 'n kind sou moontlik as kontraksluiting getipeer kon word indien die kind deur sy ouers bygestaan word. Dit gebeur egter dikwels dat kinders sonder die bystand van hulle ouers deur familie (wat nie juridies die voogde van die kinders is nie) laat doop word of dat minderjarige kinders self (sonder die bystand van hulle ouers) aansoek doen om gedoop te word. Om hierdie handeling as 'n kontrak (wat juridies onafdwingbaar is)⁴⁶ te tipeer, strook nie met die werklikheid nie. Die aard van die doop en die doopsformulier is ook sodanig dat daar nie sprake van kontraksluiting met ander lidmate van die kerk is nie, maar veel eerder van die aflegging van bepaalde beloftes. By die aflegging van geloofsbelydens (wat ook dikwels deur minderjariges sonder die toestemming of bystand van hulle ouers geskied) en waardeur dooplidmate as belydende lidmate erken word, geld dieselfde argumente.⁴⁷ Dit sou myns insiens veel eenvoudiger wees om (soos in die Nederlandse reg⁴⁸) aan die hand van Romeins-Hollandse beginsels te bepaal dat toetrede gewoon 'n onderwerping aan die bepaling van die interne verbandsreg van die kerk is.

Om die kerkorde of -wette voorts as kontraktueel aan te merk, strook nie met die dogmatiese opvatting van verskeie kerkregseleerdes en teoloë nie.⁴⁹ Die inhoud van die kerkorde is duidelik nie kontraktueel van aard nie maar word deur die teoloë as die interne verbandsreg van die kerk, bestaande uit die *ius constituendum* (voorskrifte wat direk uit die Bybel afkomstig is) en die *ius constitutum* (voorskrifte wat op onderlinge aanvaarding berus), omskryf. Die blote feit dat die *ius constitutum* op onderlinge aanvaarding berus, beteken nie dat die kerkorde kontraktueel van aard is nie. Die belydenisskrifte berus ook op onderlinge aanvaarding maar kan tog nooit as kontrakte aangemerkt word nie.⁵⁰

44 1976 2 SA 1 (A) 13.

45 1979 4 SA 548 (O).

46 Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* (1985) 161-165.

47 Pienaar *Die gemeenregtelike regs persoon* 273-275.

48 Van der Velden *De vereniging-rechtspersoon en haar leden* (1969) 3 12 83 102 116; Van Schilfgaarde *Rechtspersonen* (1979) 38; Asser-Van der Grinten *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht; De Rechtspersoon* dl 2/II (1980) 187.

49 McGregor "Church and state: associations and corporate personality" 1944 *SALJ* 148-151 153-154; O'Brien Geldenhuys *Die regspisies van kerkraad, ring en sinode* (1945) 349; Van der Linde *Die grondbeginsels van die presbiteriale kerkregeringstelsel* (1965) 107; Fourie *Die Nederduitse Gereformeerde Kerk as regs persoon in die Suid-Afrikaanse privaatrek* (LLD-proefskrif PU vir CHO 1973) 132 ev; *Theron v Ring van Wellington van die NG Sendingkerk in SA* 1976 2 SA 1 (A) 13 26.

50 Vgl Pienaar 275-276 en die gesag daar aangehaal. Christie *The law of contract* (1983) 79-81 bevestig dat ooreenkoms of onderlinge aanvaarding nie noodwendig op kontraksluiting dui nie.

Die kerkerde vorm dus veel eerder die objektiewe reg wat gepositiveer word deur die kerkgemeenskap en waaraan die lidmate hulle onderwerp.

2 5 Maatskappye

Die akte van oprigting en statute van 'n maatskappy word in die Suid-Afrikaanse reg as die kontrak tussen die maatskappy en aandeelhouers en ander lede van die maatskappy aangemerkt.⁵¹ Die akte van oprigting bepaal 'n maatskappy se kompetensie om eksterne regshandelinge aan te gaan, terwyl die statute die reglement of uiteensetting van die reëls en regulasies is wat die bestuur en interne ordening van die maatskappy bepaal.⁵² Die historiese ontwikkeling van maatskappye in die Engelse reg was egter sodanig dat dit aanvanklik getipeer is as 'n besondere verskyningsvorm van 'n vennootskap wat op kontrak berus het.⁵³ Dit is mettertyd in Engeland deur statutêre maatreëls as 'n regs persoon erken maar met behoud van die kontraktuele onderbou.⁵⁴ Weens verskeie praktiese probleme wat as gevolg van die kontraktuele grondslag van die regsverhouding tussen die maatskappy, aandeelhouers en lede ontstaan, verklaar Van Wyk:⁵⁵

“Die kontraktuele basis waarop art. 65 (2) die maatskappy en die lede se gebondenheid aan die konstitusie plaas, is kenmerkend van die Engelse maatskappiereg en is nie vry van anomalieë nie. Dit lyk dus wenslik om 'n ander grondslag hiervoor te vind, en wel op die volgende wyse: deur registrasie van die akte en statute word as 't ware objektiewe reg geskep vir 'n bepaalde regsgemeenskap, bestaande uit die maatskappy en al sy lede. Hierdie objektiewe reg is alleen op 'n bepaalde gebied van toepassing en het slegs betrekking op persone wat hulle op daardie gebied beweeg, d.w.s. die maatskappy en sy lede. Buitestaanders en lede in enige ander hoedanigheid (bv. as direkteur, ens.) word nie geraak deur hierdie objektiewe reg nie.”

Indien die akte van oprigting en statute op kontrak berus, behoort dit moontlik te wees dat die maatskappy en/of die lede foutief-geregistreerde maatskappydokumente kan laat rektifiseer. Ingevolge die huidige stand van die regspraak is dit egter nie moontlik nie.⁵⁶ Weens die probleme wat ontstaan indien die lede van 'n maatskappy die akte van oprigting wil “rektifiseer” en die gebrek aan wilsvryheid en wilsooreenstemming wat dikwels besluite van maatskappye kenmerk, verklaar Olivier⁵⁷ dat die gebondenheid tussen die maatskappy en lede *ex lege* ontstaan en nie kontraktueel van aard is nie. Hy ontleed die historiese verloop van maatskappywetgewing in Suid-Afrika en kom tot die gevolgtrekking dat die Engelsregtelike fiksie dat die regsverhouding kontraktueel van aard is, nooit in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar is nie. Olivier begrond die totstandkoming van 'n maatskappy in die (staatlike) objektiewe reg (insluitende die Maatskappywet)

“wat aan mense die bevoegdheid gee om op 'n bepaalde voorgeskrewe wyse 'n regs persoon tot stand te bring. Die grondslag van die skepping van die regs persoon is konsensus oor

51 Maatskappywet 61 van 1973 a 65(2); Cilliers en Benade *Korporatiewe reg* (1987) 57; *Gohlke en Schneider v Westies Minerale (Edms) Bpk* 1970 2 SA 685 (A) 692E-693A; *De Villiers v Jacobsdal Saltworks* 1959 3 SA 873 (O) 876.

52 Olivier “Die grondslag van maatskappy-gebondenheid aan die akte van oprigting en statute” 1989 *THRHR* 409.

53 Formoy *The historical foundations of modern company law* (1923) 40; Gower *The principles of modern company law* (1979) 23-26; Olivier 419-420. Ivm die Nederlandse reg, sien Raaijmakers *Rechtspersonen tussen contract en instituut* (1987) 9-10.

54 Formoy 40-41.

55 De Wet en Yeats *Kontrakte- en handelsreg* (1978) 542.

56 Vgl Olivier 1989 *THRHR* 411-416 en die regspraak wat daar bespreek word.

57 *Idem* 419-421.

die akte van oprigting en die statute van die te stigte regspersoon . . . Wanneer die maatskappy tot stand kom deur die registrasie van die akte en statute, word dit nie 'n mede-kontraktant nie en is dit nie *ex contractu* nie, maar *ex lege* aan die akte en statute gebonde".⁵⁸

Die *ex lege*-gebondenheid aan die akte en statute kan moontlik in die geval van statutêre regspersone afdoende verklaring van die regsposisie tussen die lede en die regspersoon bied. In die geval van gemeenregtelike regspersone, waar die (staatlike) objektiewe reg wel die algemene vereistes vir die ontstaan en bestaan van regspersone stel, maar nie die interne verbandsreg reël nie, bied die beginsel van privaatregtelike objektiewe reg wat deur positivering tot stand kom 'n veel beter verklaring.⁵⁹

2 6 Verenigings

Die volgende praktiese probleme bestaan indien die reëls en regulasies van verenigingsregspersone op kontrak gebaseer word:

(a) Indien die wese van 'n verenigingspersoon in die een of ander kontraktuele verhouding gesoek word, het Uys⁶⁰ om twee redes probleme met die begrip "legal relationship":

(i) As met die begrip "legal relationship" die ooreenkoms bedoel word waardeur 'n regspersoon tot stand kom, vervel die regsverhouding sodra die regspersoon opgerig is want die doel met die ooreenkoms is dan bereik.

(ii) Die toetrede van 'n lid kan nie die begroning van die regsverhouding wees nie aangesien die lid toetree tot iets wat reeds bestaan. 'n Kontrak kan voorts nie met 'n regsverhouding gesluit word nie.

Die regsverhouding by die toetrede van lede kan moeilik aan die hand van kontrakbeginsels verklaar word. Indien die regspersoon 'n kontraktuele verhouding sou wees, sou dit inhou dat die toetredende lid òf met die kontraktuele verhouding òf met die afsonderlike lede moet kontrakteer; dit sal belaglike gevolge hê en in elk geval nie met die huidige regsposisie ooreenstem nie. In laasgenoemde geval kom dit daarop neer dat 'n reeks (fiktiewe) kontrakte met alle ander lede gesluit moet word. Dit kom gekunsteld voor daar hierdie kontrakte gesluit sal moet word met lede van wie die identiteit in die meeste gevalle nie eens aan die toetreders bekend is nie. By die verenigingsregspersoon, waar die belange van die lede in dié van die samewerkingsverband (*persona*) opgaan, is hierdie verklaring soveel te meer onvanpas.

Die Nederlandse reg bied 'n veel suiwerder oplossing. By toetrede onderwerp 'n lid hom aan die objektiewe reg soos vervat in die doelstellings, statute of konstitusie van die regspersoon. Dit is dus nie 'n kontraktuele verhouding wat tussen gelyke kontraktpartye op grond van wilsooreenstemming ontstaan nie, maar 'n onderwerping aan die objektiewe reg wat die onderlinge regsverhoudinge tussen lede en regsverhoudinge tussen regspersoon en buitestaanders reël.⁶¹

(b) Die oprigting van 'n verenigingspersoon berus op wilsooreenstemming tussen die oprigters. Die wilsooreenstemming is eger nie in die eerste plek daarop gerig om elke party se belange teenoor ander partye te handhaaf nie. Daar is

58 Olivier 1989 *THRHR* 418.

59 Vgl Pienaar 144-147 en sien par 3 hieronder.

60 *Die genootskapsoreenkoms* (1961) 16-17.

61 Asser-Van der Grinten 187; Van der Velden 83 88.

trouens nie eens sprake van kontrakspartye wat teenoor mekaar te staan kom nie. Die bedoeling is om gesamentlik 'n groepverband (*persona*) met bepaalde doelstellings tot stand te bring en lede se persoonlike belange is aan hierdie doelstellings ondergeskik.⁶² Hoewel lede se belange ondergeskik aan dié van die groepverband is, word hulle belange tog in ag geneem as uitvloeiing van die verhouding wat tussen die lid en die groepverband bestaan, welke verhouding deur goeie trou en billikheid gekenmerk word. Die oprigtingshandeling is dus nie kontraktueel van aard nie maar 'n meersydige regshandeling met 'n eie aard.⁶³

(c) Die samewerkingsverband wat op hierdie wyse tot stand kom, hou regsgevolge vir oprigters, lede en derdes in.⁶⁴ Dit is meer as 'n kontraktuele verhouding tussen die oprigters aangesien ook derdes (buitestaanders) deur die inhoud van die konstitusie of statute geraak word. Die persoonlike aanspreeklikheid van lede van die regspersoon (wat as organe regshandelinge namens die regspersoon uitgevoer het) teenoor derdes word byvoorbeeld uitgesluit. Dit dui daarop dat die oprigtingshandeling (wat regsgevolge betref) verder as 'n kontrak tussen die oprigters strek.⁶⁵ Die statute of konstitusie vorm die objektiewe reg wat alle lidmaatskapsbetrekkinge asook verhoudinge teenoor derdes reël.⁶⁶

(d) Dit is moeilik om uit die funksionering van 'n regspersoon 'n kontraktuele verhouding tussen die lede af te lei. Besluite word nie geneem op grond van wilsooreenstemming nie, want daar bestaan dikwels juis nie wilsooreenstemming tussen die meerderheid en die minderheid van die lede op 'n vergadering nie.⁶⁷ Sommige besluite, al is dit met die instemming van al die lede geneem, kan desondanks nie bindend wees nie aangesien dit nie in ooreenstemming met die doel of konstitusie van die regspersoon of die algemene voorskrifte rakende besluitneming op vergaderings is nie. In *Shifren v SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Bpk*⁶⁸ is beslis dat dit nie moontlik is dat kontrakspartye kan ooreenkom dat hulle selfs met wilsooreenstemming nie 'n kontrak mag sluit nie. Die feit dat lede sekere besluite nie eens met wilsooreenstemming van al die lede kan neem nie,⁶⁹ is strydig met die beginsel van kontrakteevryheid. Besluitneming, wat as die wilsvorming van 'n regspersoon dien, vertoon ongetwyfeld 'n meer objektiefregtelike as kontraktuele karakter.⁷⁰

(e) Om 'n regspersoon op kontraksluiting te grond, skep ook probleme by die stigting. In die geval van 'n stigting wat eensydig by wyse van 'n testament opgerig word, kan daar tog geen kontrak tussen die oprigter en die bestuurder(s) of begunstigdes bestaan nie. By oprigting van die stigting is die oprigter reeds oorlede en is 'n kontraktuele verhouding tussen oprigter, bestuurder(s) en begunstigdes onmoontlik.

62 Raadpleeg veral *Venter v Den Kerkeraad der Gereformeerde Kerk te Bethulie* 1879 OVS 4 6; *Maasdorp Institutes of SA law* deel 1 (1968) 236 239; Fourie 107.

63 Sien Asser-Van der Grinten 184; Van der Velden 88; Fourie 107. Christie 79-81 beklemtoon die feit dat alle vorme van wilsooreenstemming nie noodwendig 'n kontraktuele verhouding skep nie.

64 Asser-Van der Grinten 187; vgl ook *Jockey Club v Symons* 1956 4 SA 496 (A) 502H.

65 Lloyd *The law relating to unincorporated associations* (1938) 18-19; *Webb & Co Ltd v Northern Rifles* 1908 TS 462.

66 Van der Velden 63-68; Asser-Van der Grinten 201-203; De Wet en Yeats 542 (veral gesag in vn 94 aangehaal).

67 Van der Velden 84; Asser-Van der Grinten 187.

68 1964 2 SA 343 (O) 347.

69 Bamford 134-138 188.

70 Van der Velden 84 85.

3 TEORETIESE BEGRONDING VAN PRIVAATREGTELIKE OBJEKTIEWE REG

Die erkenning van privaatregtelike reëls en regulasies as die objektiewe reg van 'n bepaalde samelewingsverband wat deur sodanige verband ter ordening van interne en eksterne regsverhoudinge van die verband gepositiveer word, is geen nuwigheid nie. Dat hierdie reëls en regulasies nie kontraktueel van aard is nie, maar die interne verbandsreg van sodanige verband of gemeenskap vorm, word deur verskeie juriste erken.⁷¹

Salmond⁷² noem privaatregtelike objektiewe reg "autonomous legislation" en beskou dit as 'n vorm van "subordinate legislation". Hy verklaar dat die wetgewende funksie nie noodwendig die staat toekom nie, maar dat bepaalde privaatregtelike instansies met die goedkeuring van die staat privaatregtelike maatreëls kan tref wat sowel interne as eksterne bindingskrag het, byvoorbeeld die statute van 'n maatskappy of die reëls en regulasies van 'n universiteit. Hy onderskei hierdie maatreëls van kontraktuele reëls (byvoorbeeld in die geval van 'n vereniging sonder regs persoonlikheid) deurdat die laasgenoemde net bindend is op partye wat daartoe toegestem het, terwyl "autonomous legislation" alle lede van die verband bind ongeag of hulle daartoe toegestem het. Wils-ooreenstemming is dus geen vereiste by "autonomous legislation" nie; die minderheid onderwerp hulle gewoon aan die objektiewe reg soos deur die meerderheid ingestel:

"But conventional law is the product of agreement, and therefore is law for none except those who have consented to its creation. Autonomic law, on the contrary, is the product of a true form of legislation, and is imposed by superior authority *in invitos*."⁷³

Die sosiale bindingskrag van privaatregtelike reëls en regulasies word deur Hart⁷⁴ beklemtoon. Deur sosiale druk word daar bepaalde verpligtinge op die samestellende lede van enige groep geplaas en die reëls wat ten grondslag van hierdie verpligtinge lê, word nie noodwendig deur die staatlke objektiewe reg afgedwing nie. Die lede van die groep kan self hierdie verpligtinge deur reëls afdwing en die sosiale druk van die groep is die afdwingingmaatreël met betrekking tot die nakoming van die verpligtinge. Daar word geen melding gemaak dat hierdie verpligtinge uit kontrak voortspruit nie. Die sosiale bindingskrag van privaatregtelike reëls en regulasies word ook deur Allen⁷⁵ vermeld. Sodanige maatreëls bestempel hy as "autonomic legislation" en is veral van toepassing op die reëls en regulasies van kerke en korporasies (verenigings met regs persoonlikheid).

Dit is belangrik om te beklemtoon dat die erkenning van die positivering van objektiewe reg in privaatregtelike verband nie noodwendig verband hou met 'n positivistiese benadering tot die reg nie. Van Zyl en Van der Vyver⁷⁶ wys daarop dat, alhoewel hulle dit eens is met die natuurregsidee dat daar sekere voorpositiewe regsbeginnels bestaan wat in die positiewe reg opgeneem moet en kan word, sodanige beginnels deur 'n kompetente regsvormende orgaan gepositiveer

71 Daar is ook diegene wat dit ontken, bv Caney en Brooks par 499; Bamford 132-133; Oosthuizen en Malan 193.

72 *Jurisprudence* (1966) 122-124; sien ook Austin *Lectures on jurisprudence* (1972) vol 1 189-195.

73 124.

74 *The concept of law* (1961) 84 ev.

75 *Law in the making* (1964) 426-428.

76 244.

moet word alvorens dit regsgelding geniet. Die positivering van nie-staatlike reg berus nie op kontrak nie:⁷⁷

“Dit word beklemtoon dat . . . die reëls van ’n sportvereniging (soos vervat in sy konstitusie en in die besluite van sy ledevergadering en sy bestuur), net sulke egte reg is as dié wat in ’n statuut vervat is, *mits daardie reëls die element van ordening deur vergelding (dit wil sê: regsbeginnels) bevat.*

Nie-staatlike reg is daardie regsreëls wat vir ’n persoon in die hoedanigheid van lid van ’n ander sosiale entiteit as die staat geld en wat deur die kompetente regsvormende orgaan in daardie samelewingskring gepositiveer word. Hieronder kry ’n mens die reëls van ’n sportklub, die konstitusie van ’n maatskappy, die kerkreg, ensovoorts.”⁷⁸

Hierdie positivering geskied by die ontstaan van ’n verenigingsregspersoon deur ’n meersydige regshandeling met ’n eie, nie-kontraktuele aard, deur ’n aantal persone wat met die oog op die bereiking van ’n wettige doel of doelstellings die konstitusie opstel en aanvaar.⁷⁹ Die regsverhouding wat daarna tussen die vereniging en die individuele lede ontstaan, berus nie op kontrak nie, maar word deur objektiewe regsreëls soos in die doelstellings, statute of konstitusie uiteengesit, beheers. Die grondliggende doel is om die samelewingsverband se belange, waaraan die belange van die individuele lede ondergeskik is, te dien. Die verhouding tussen verband en lede berus op goeie trou en billikheid, wat die omvang van lede se regte bepaal. Uit hoofde van hierdie verhouding tussen die lede en die regspersoon ontstaan daar vorderingsregte tussen die lede en die regspersoon onderskeidelik.⁸⁰

Die reg van ’n lid is ’n vorderingsreg wat berus op die verhouding waarin die lid tot die verenigingsregspersoon staan. Hierdie reg is so persoonlik van aard dat dit onoordraagbaar is.⁸¹ ’n Subjektiewe reg (waaronder ’n vorderingsreg) word omskryf as “die eenheid verhoudinge . . . waarin die regsobjek teenoor ’n regsobjek en teenoor ander persone staan”.⁸²

Uit hoofde van die verhouding waarin die lede en die regspersoon ingevolge die interne verbandsreg teenoor mekaar staan, ontstaan daar myns insiens wetersydse vorderingsregte tussen die lede en die regspersoon. Aangesien ’n regspersoon nie op kontrak nie maar op interne verbandsreg berus, ontstaan die vorderingsregte *ex variis causarum juris figuris*. *Obligaciones ex variis causarum juris figuris* was nie ’n geslote groep verbintenisse nie.⁸³ Reeds in die Romeinse

77 Van Zyl en Van der Vyver 273.

78 340. Mbt die toepassing van administratiefregtelike beginsels by privaatregtelike entiteite, vgl Baxter 199; Wiechers 9–10 77 132–136; Ferreira *Enkele gedagtes oor die onderskeid tussen publiek- en privaatrege* (1989) 26 28–29; Turner v *Jockey Club* 1974 3 SA 633 (A); Theron v *Ring van Wellington van die NG Sendingkerk in SA* 1976 2 SA 1 (A); Lunt v *University of Cape Town* 1989 2 SA 438 (K) 449E–H.

79 Onderlinge aanvaarding dui nie noodwendig op kontraksluiting nie; vgl Christie 79–81.

80 Vgl Pienaar 215–219 en gesag daar aangehaal.

81 Vgl *McPhee v McPhee* 1989 2 SA 765 (N) 767G–769A.

82 Van Zyl en Van der Vyver 415; Van der Merwe *Die beskerming van vorderingsregte uit kontrak teen aantasting deur derdes* (1959) 138–139; Joubert “’n Realistiese benadering van die subjektiewe reg” 1958 *THRHR* 114: “Onmiskienbaar is die feit dat van subjektiewe reg alleen sprake is ivm regsverhouding tussen subjekte onderling; die verhouding subjek-subjek is so vanselfsprekend van die subjektiewe reg as die bestaan van die reg as samelewingsordering.” Kyk ook *Malebjoë v Bantu Methodist Church of South Africa* 1957 4 SA 465 (W) 466 en die gesag aangehaal in *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 382.

83 Van Oven *Leerboek van Romeinse privaatrecht* (1948) 365–266; Kaser *Römisches Privatrecht* (1979) 157.

reg is verbintenis voortspuitend uit familieregterlike en erfregterlike verhoudings erken, welke verhoudings nie op kontrak, kwasi-kontrak, delik of kwasi-delik berus het nie. Die objek(te) in hierdie geval is die wedersydse prestasie(s) wat die lede en die regs persoon uit hoofde van die interne verbandsreg en die verhouding van goeie trou en billikheid (wat as grondslag vir alle regsverhoudinge tussen die lede en die regs persoon dien) onderskeidelik aan mekaar verskuldig is.⁸⁴

Die inhoud van die prestasie(s) wat wedersyds tussen die lede en die regs persoon aan mekaar verskuldig is, kan 'n *dare, facere of non facere* wees. Die vorderingsreg van 'n lid teenoor die regs persoon hou onder andere die volgende inhoudsbevoegdhe in: die reg van inspraak ten opsigte van die aanwending van die vermoë deur middel van spreekbeurte en stemreg op die algemene ledevergaderings; die reg om daarop aan te dring dat die vermoë in ooreenstemming met die doelstellings en konstitusie aangewend word; die reg dat die vermoë nie strydig met die konstitusie of sonder instemming van al die lede vervreem mag word nie; en die reg om die hof te nader indien die vermoë nie in ooreenstemming met die konstitusie aangewend word nie.

Die statute of konstitusie moet aan die hand van die beginsel van goeie trou en billikheid so toegepas word dat daar nie op lede se vorderingsregte inbreuk gemaak word nie. Daar rus gevolglik 'n wedersydse regsplig op die lede en regs persoon onderskeidelik om nie op mekaar se vorderingsregte inbreuk te maak nie. Nie-nakoming van hierdie regsplig kan in sekere omstandighede onregmatig wees, aangesien onregmatigheid privaatregtelik in die skending van 'n subjektiewe reg (in hierdie geval die wedersydse vorderingsregte tussen regs persoon en lede) geleë is.⁸⁵

Wanneer die voorskrifte van die statute of konstitusie verbreek word, dui dit nie op kontrakbreuk tussen kontrakspartye nie,⁸⁶ maar op 'n skending van die vorderingsregte wat uit hoofde van die interne verbandsreg en die verhouding van goeie trou en billikheid tussen die lede en die verband bestaan. Die skending van 'n vorderingsreg is dus 'n onregmatige handeling wat in gepaste omstandighede aan die benadeelde wel 'n deliktuele regsmiddel verskaf. Wanneer daar dus op 'n onregmatige en skuldige wyse op die regte van of 'n individuele lid of die verenigingsregspersoon inbreuk gemaak word, kan die benadeelde party sy regte met 'n deliksaksie, interdik of verklarende bevel beskerm. Tugstappe wat op 'n onregmatige wyse, dit wil sê strydig met die voorskrifte van die konstitusie of statute of strydig met die voorskrifte van billikheid en goeie trou, teen 'n lid toegepas word, kan dus die grond vir 'n deliksaksie deur so 'n lid teen die regs persoon wees.⁸⁷

84 Joubert 113; Van der Merwe 140-141; Van der Vyver en Joubert 18. Let egter op die kritiek van Van Zyl en Van der Vyver 410 teen die wyd aanvaarde stelling dat die regsobjek 'n *prestasie* is: "Dit blyk dus dat nie die 'prestasie' nie, maar 'n bepaalde aspek van die skuldenaar se persoonlikheid die skuldeiser se regsobjek is." Kyk ook 424-426.

85 *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 1 SA 102 (A) 111; *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597; *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 382; raadpleeg ook Joubert 112.

86 Verbreking van die konstitusie word deur die houe as kontrakbreuk aangemerkt - vgl bv *Wilken v Brebner* 1935 AD 175 181 187-188; *Theron v Ring van Wellington van die NG Sendingkerk in SA* 1976 2 SA 1 (A) 25; *Crisp v South African Council of Amalgamated Engineering Union* 1930 AD 225 238; *Marlin v Durban Turf Club* 1942 AD 112 127.

87 Fourie 149.

Politieke onderhandelinge, menseregte en die regbank

Johan Kruger

B Iur et Art LLB

Mede-Professor in die Publiekreg en Regsfilosofie, Potchefstroomse Universiteit vir CHO

SUMMARY

Political negotiations, human rights and the bench

The process and results of political negotiations are highly relevant for the entire South African legal order. Finding and formulating a new, legitimate constitution in principle also implies a revision of the very foundations on which the present legal order and court structures are based. The role and function of the supreme court come into play, particularly as far as the implementation of a future human rights dispensation is concerned. The judiciary will, therefore, be subjected to considerable pressure during the phase of political negotiations.

Whilst it may be accepted that the present regime will attempt to keep the *status quo* (particularly the legal system and court structures) as intact as possible, the opposition in the negotiating process (mainly the ANC) will probably opt for the eradication of, *inter alia*, the present court system. Compromises will thus have to be reached.

The introduction of a human rights dispensation into a system where parliamentary sovereignty and a positivistic method of the interpretation of statutes reign supreme (as, for example, in Canada) poses definite problems. On the other hand, the introduction of a constitutional court may simultaneously compensate for lost legitimacy and provide the opportunities for creating a sound basis for a new approach to public law (as was the case in West Germany). The viewpoint that introducing a constitutional court will of necessity mean that the judiciary will be "politicised", takes no cognisance of the fact that the present judiciary has, albeit to an extent, already been "politicised".

To achieve the aims of a "new beginning" envisaged by the process of political negotiations, the introduction of a constitutional court is, if not inevitable, then highly recommended.

INLEIDING

Met die aanbreek van die negentigerjare het Suid-Afrika 'n fase betree wat in vele opsigte van deurslaggewende belang sal wees. Hoog op die agenda van die verpolitiseerde Suid-Afrikaanse samelewing staan die politieke "onderhandelingsproses" met as gestelde oogmerke (onder meer) die uitwissing van apartheid, die skep van 'n nuwe, regverdige, demokratiese bestel, en les bes, die daarstelling van 'n nuwe grondwet vir die Suid-Afrikaanse staat.

Het dié gegewe enigiets met die Suid-Afrikaanse regstelsel en sy strukture te doen? Meer in die besonder: indien aanvaar word dat die nuwe Suid-Afrikaanse orde op 'n menseregtebestel gegrondves sal wees, kom die vraag na die onveranderde voortbestaan van ons huidige regsbestel na vore. Op die oog af, en

gesien vanuit die tradisionele benadering, hou die politieke onderhandelingsproses bloedweinig verband met die regstelsel en die strukture daarvan. Die Suid-Afrikaanse regspreker, regspraktisyn en akademiese juris hou hom ten ene male besig met die toepas, vind en doseer van die "reg soos dit is"; en binne die terrein van die "reg soos dit is", is daar nouliks ruimte vir politieke kaperjolle.

Of die afsydige verwyderheid tussen juris en die werklikhede van die dag baie langer kan standhou, is te betwyfel. Trouens, die spreuk "law is politics" het juis vanweë die politieke verwickelinge 'n dringende waarheidstoon gekry – 'n sirene waarvan die geloei nie geïgnoreer sal kan word nie.

Een van die grootste probleme waaronder die huidige staatsbestel gebuk gaan, is 'n gebrek aan legitimiteit – 'n krisis wat uiteraard nie slegs beperk is tot die terrein van die staatsmodel wat deur die 1983-Grondwet¹ geskep is nie, maar wat deurwerk na alle bestaande gesagstrukture. Die politieke onderhandelingsproses is primêr op die vind van 'n nuwe grondwet afgestem, maar dan langs sodanige weë en op so 'n wyse dat die nuwe grondwet as stabiele basis kan dien om relatief blywende oplossings vir die Suid-Afrikaanse politieke probleme te verskaf. Dit impliseer meteen dat die nuwe grondwet oor die nodige legitimiteit sal moet beskik: sonder 'n legitieme grondwet kan geen "oplossings" as "blywend" beskou word nie.

Ten einde as legitiem aangemerkt te kan word, sal die nuwe Suid-Afrikaanse grondwet vanselfsprekend die eindproduk van indringende onderhandeling tussen legitieme verteenwoordigers van die hele spektrum van die Suid-Afrikaanse bevolking moet wees.

'n Aspek wat noodwendig na die politieke onderhandelingsstafel gaan kom, is die wyses waarop 'n staatsbestel wat op ware demokratiese beginsels gebaseer is, tot stand gebring kan word. Dit beteken gewoon dat alle vorme van diskriminasie uit so 'n nuwe bestel geweier sal moet word en dat vir sover die huidige regsbestel diskriminasie gedoog, die *regsbestel self* verander sal moet word. Selfs die hardvotigste regspositiviste kan in die proses vind dat die mat in vele opsigte onder hulle voete uitgetrek word: dit wat vandag nog as "reg" en "regserfenis" beskou word, kan dit moontlik môre nie meer wees nie.

Die ideologiese vertrekpunte (oftewel politieke beleidstandpunte) van die deelnemers aan die politieke onderhandelingsproses gaan bepalend inwerk op die uiteindelijke onderhandelingsresultate, ook wat die regsorde betref. Gegewe dat die politieke onderhandelingsproses die vind van oplossings in die aard van kompromieë op die oog sal hê, en dat die eindresultate van die onderhandelingsproses afhang van vele veranderlikes en die inherente dinamika wat deur verandering self gegeneer word, kan nietemin aanvaar word dat die debat aanvanklik gekenmerk sal word deur die stel van skynbaar onversoembare standpunte. Dit behoeft weinig betoog dat hierdie voorsienbare stryd tussen ideologieë ook op regsgebied neerslag sal vind; dit gaan om veel meer as die blote skryfaksie aan 'n nuwe grondwet: dit gaan ook om die neerlê van die grondtrekke van 'n nuwe regsorde.

Dit is in hierdie vroeë stadium van die politieke "onderhandelingsproses" onmoontlik om te voorsien watter ideologie of ideologieë uiteindelik die sterkste in die nuwe grondwet verteenwoordig sal word. Dit sou eweneens op raaiwerk

¹ Wet 110 van 1983.

neerkom om 'n voorspelling te waag oor die aard van moontlike kompromieë wat tussen die ideologieë bereik kan word. Juis vanweë die faktor van onsekerheid, is verskillende grade van aanpassing, verandering, hervorming en vervanging wat die huidige regsorde sal ondergaan, moontlik – en kan alleen die toekoms leer hoe die eindproduk sal lyk. Vir doeleindes van hierdie artikel word eger aanvaar dat die Suid-Afrikaanse regsorde, soos dit tans bestaan, eerder méér as minder ingrypend deur daardie proses geraak sal word. Teen hierdie agtergrond kan die uitgangspunte vir wat hieronder volg, soos volg saamgevat word:

- Reg en politiek is in die ontwikkelingsfase waarin Suid-Afrika tans verkeer, grotendeels en onlosmaaklik verweef;
- die politieke onderhandelingsproses het as oogmerk die skep van 'n “nuwe Suid-Afrika” wat 'n nuwe grondwet, staatsmodel en gesagstrukture insluit: kortom, 'n demokratiese Suid-Afrika;
- om daardie doel te bereik is apartheid² wesenlik onhervormbaar;
- gevolglik kom die vraag of die Suid-Afrikaanse regsorde onveranderd sal bly voortbestaan, aan die orde. Hierdie vraag raak die gemeneg van die Suid-Afrikaanse regsorde, die presedentereg, statutereg en die struktuur en samestelling van die howe.

In hierdie bydrae val die klem op die struktuur en samestelling van die howe, veral sover dit die suksesvolle inwerkingstelling van 'n toekomstige menseregtebestel betref.

DIE LEGITIMITEIT VAN DIE HOWE

Oor die vraag of die Suid-Afrikaanse hooggeregshof tans deur die bevolking as legitiem beskou word, bestaan daar uiteraard 'n wye spektrum van menings.³

Voorstanders van die standpunt dat die hofstruktuur en howe wel oor die nodige legitimiteit beskik sodat die hofstruktuur in 'n toekomstige Suid-Afrika wesenlik onveranderd sal kan voortbestaan, voer onder meer argumente soos die volgende aan:⁴

- Ons howe is bekend en word gerespekteer vir hulle onpartydigheid en objektiwiteit;

2 Met “apartheid” word bedoel 'n staatsbestel en -model wat primêr op 'n rasse-indeling van staatsburgers berus. Daarom kan gesê word dat die Suid-Afrikaanse staatsmodel (bv stemreg en die samestelling van die parlement), sosio-maatskaplike bedeling (groepsgebiede, afsonderlike geriewe en afsonderlike onderwysdepartemente), sosio-ekonomiese bedeling (bv grondeienaarskap en sg vrye vestigingsgebiede) en selfs die regsbedeling (wat al bogenoemdes moet toepas) op ras gegrond is.

3 Enkele van die tersaaklike bronne is die volgende: Cowling “Judges and the protection of human rights in South Africa: articulating the inarticulate premiss” 1987 *SAJHR* 177; Cameron “Legal chauvinism, executive-mindedness and justice” 1982 *SALJ* 38; Kentridge “The pathology of a legal system: criminal justice in South Africa” 1980 *University of Pennsylvania LR* 603; Hoexter “Judicial policy in South Africa” 1986 *SALJ* 436; Dugard *Human rights and the South African legal order* (1978); Van Blerk *Judge and be judged* (1988); Forsyth *In danger for their talents* (1988); RGN-Ondersoek na Tussengroepverhouding: *Die Suid-Afrikaanse samelewing: werklikhede en toekomsomoonlikhede* (1985).

4 Die argumente ten gunste van die behoud van die *status quo* soos hier weergegee word, is uiteraard uit verskillende oorde afkomstig en is oorbekend. Vir doeleindes hiervan word slegs 'n persoonlike samevatting daarvan gegee.

- die gehalte van ons regsprekers word sowel binnelands as in die buiteland hoog aangeslaan;
- die blote feit dat soveel “anti-establishment”-organisasies (en -individue) die houe om regshulp teen die staat nader, toon watter vertroude daar in die houe bestaan;
- regstradisies en regsinstellings word nie oornag geskep, verander of vervang nie;
- watter regering ook al in die “nuwe” Suid-Afrika die gesag sal oorneem, sal orde- en stabiliteitsonthalwe genoodsaak wees om die (bestaande) hofstrukture in stand te hou;
- die Romeins-Hollandse reg (soos beïnvloed deur die Engelse reg) het sigself bewys as ’n stelsel wat inherent aanpasbaar is en geskoei is op die beginsels van gelykheid en vryheid;
- die regsprekers het al male sonder tal bewys dat hulle bereid is om vreesloos in die bres te tree vir die vryheidsregte van die individu teenoor die mag van die staat.

Aan die ander kant van die spektrum klink argumente soos die volgende op:⁵

- Apartheid en die strukture waardeur apartheid vir soveel jare in stand gehou is, kan nie “hervorm” word nie – dit kan slegs vervang word. Dit geld ook die regsorde wat die hofstruktuur insluit;
- die Romeins-Hollandse reg as gemenerereg het sigself bewys as onvoldoende om grootskaalse diskriminasie te voorkom of te neutraliseer;
- weens die leerstuk van *stare decisis* en die toepassing daarvan is die Suid-Afrikaanse presedentereg tot so ’n hoogte besoedel deur onaanvaarbare regsreëls dat met daardie prinsipe weggedoen moet word;
- die aanvaarbaarste wyse om weg te doen met die onreg wat onder die dekmantel van die Romeins-Hollandse regstelsel, die *stare decisis*-leerstuk en die statutereg gepleeg is, is om al die genoemdes te vervang deur ’n gekodifiseerde stelsel;
- nie slegs die publiekreg nie maar ook die privaatrek wemel van diskriminerende maatreëls wat as “reg” deurgaan. So is kontraktevryheid en vrye eiendomsbesit blote mites, gesien die magdom beperkings wat in daardie verband ten aansien van “nie-blankes” geld;
- regsprekers tot in die hoogste hof van die land het hulleself telkens bewys as bevooroordeelde teen “nie-blankes”, onsensitief vir die lot van “nie-blankes” en ten gunste van die behoud en beskerming van die *status quo*.

5 Die argumente ten gunste van die omverwerping of dan, ten minste, radikale verandering van die *status quo*, is waarskynlik minder bekend in regsgeledere – oa omrede baie van die bronne waarin daardie standpunte vervat is, tot onlangs ontoeganklik was weens die verbodsbepalings wat ten aansien daarvan gegeld het. Van die tersaaklike bronne sluit in: Maduna “*Stare decisis* and fundamental change in South Africa” (ongepubliseerde referaat, regskongres oor “The role of law in a society in transition” Harare 1989-01-29 tot 1989-02-05); Sachs *Towards a bill of rights in a democratic South Africa: The future of Roman-Dutch law in a non-racial democratic South Africa* (1989); Masemola “Apartheid jurisprudence and beyond – a discourse” (ongepubliseerde referaat, regskongres Harare 1989) Naidoo “The role of the South African judiciary (ongepubliseerde referaat, regskongres Harare, 1989).

Oor die meriete van al die genoemde (en baie meer) gelykluidende argumente kan lank gedebatteer word. Die klem behoort egter nie op die meriete of gebrek aan meriete van die onderskeie standpunte te val nie: die klem behoort veel eerder te val op die feit dat genoemde debat wel aan die gang is en waarskynlik in momentum gaan toeneem. Dit is trouens te betwyfel of 'n beduidende persentasie regsgeleerdes reeds besef watter ingrypende implikasies die "politieke onderhandelingsproses" vir die Suid-Afrikaanse regsorde kan (en waarskynlik sal) inhou. Die kans is goed dat 'n klomp ontnugterde juriste binne die nie te verre toekoms nie sal ontdek dat die "reg soos dit is" nie meer die reg is nie.

Die mate van legitimiteit wat 'n bepaalde orde of struktuur geniet, kan uiteraard van tyd tot tyd verskil. Die mate van legitimiteit wat die Suid-Afrikaanse howe gedurende die tydperk van die onderhandelingspolitiek sal geniet (of nie geniet nie), sal grotendeels van die regsprekers afhang. Legitimiteit wat in die verlede – en veral gedurende die hoogbloeit van die apartheidstaat – verlore gegaan het, kan in 'n mindere of meerdere mate herwin word. Daar kan trouens verwag word dat die optrede van die howe gedurende die volgende aantal jare fyn dopgehou sal word.

Die beskerming van die fundamentele regte van die individu, die beskerming van die individu teen staatsabsolutisme, die beskerming deur die howe van hulle eie jurisdiksie, die "keuses" wat regters by die uitleg van statutêre maatreëls gaan maak en die mate waarin die regsprekers sensitiwiteit sal openbaar vir die sosio-maatskaplike en sosio-ekonomiese werklikhede van die land,⁶ is onder meer faktore waardeur die legitimiteit van die howe geraak sal word.

In byvoorbeeld die *Masina*-saak⁷ het dit by vonnisoplegging van drie beskuldigdes wat aan moord skuldig bevind is, gegaan om die vraag of daar versagtende omstandighede deur die beskuldigdes bewys is. By oorweging van dié vraag neem regter De Klerk faktore soos die volgende in ag:

- Die beskuldigdes is van oordeel dat swartmense die slagoffers van jare van geweld is en dat die gewapende stryd van die ANC (waarvan hulle lede is) 'n laaste hulpmiddel vir hulle is;⁸
- die beskuldigdes glo dat talle versoeke wat van tyd tot tyd aan die regering gerig is om deur onderhandelinge swartmense se (politieke) probleme op te los, geïgnoreer is;⁹
- die beskuldigdes glo dat hulle as soldate in 'n oorlog om geregtigheid betrokke is;¹⁰
- in die gemoedere van die beskuldigdes het, as gevolg van (onder andere) bogenoemde faktore, wrewel en 'n gevoel van magtelosheid ontstaan;¹¹
- die beskuldigdes glo waarskynlik dat die beleid van apartheid en die toepassing daarvan op sigself gewelddadig is;¹²

6 Goeie voorbeelde van regters wat bereid was om gemelde faktore in ag te neem, word gevind in *S v Masina* (De Klerk R in CC 400/88 TPA, soos verwys na in 1990 4 SA 709 (A)) en *S v Moses Mayekiso* (Van der Walt R in 115/89 WPA). Beide sake is tans nog ongerapporteer. Vir 'n bespreking van die *Mayekiso*-saak, sien Bila *et al* 1989 *SALJ* 595-599.

7 Vn 6 *supra*.

8 798; bladsyverwysings is deurgaans na die getikte hofoorakonde.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

11 805.

12 *Ibid.*

- mense van 'n ander "groep" kan hulleself soms moeilik in die posisie van die beskuldigdes indink.¹³

Op grond van gemelde (en meerdere) oorwegings kom regter De Klerk tot die volgende gevolgtrekking:¹⁴

"Ek is van mening dat iemand wat nie met die opsomming van die waarskynlike aard en omvang waarna ek [sal] verwys saamstem nie, die *realiteit van wat om ons gebeur het gedurende die tersaaklike tyd ignoreer en nie wil raaksien nie*"¹⁵ (my kursivering).

Hoewel die uiteindelijke resultate van die politieke onderhandelingsproses, en daarom die staatsmodel waaraan in die nuwe grondwet beslag gegee sal word, onvoorspelbaar is, kan vrywel aanvaar word dat die "nuwe orde" wel op 'n menseregtebestel van die een of ander aard geskoei sal wees. Daar kan aanvaar word dat die inhoud en aard van so 'n menseregtehandves vir 'n geruime tyd steeds die onderwerp van debat en onderhandeling sal uitmaak. Wat ook al die aard en kenmerke van die uiteindelijke menseregtehandves mag wees, kan aanvaar word dat so 'n handves wel as deel van die toekomstige grondwet die lig sal sien.

Teen hierdie agtergrond en op grond van die aanname dat die Suid-Afrikaanse regstelsel (wat die hofstruktuur insluit) in 'n meerdere of mindere mate in 'n legitimitateitskrisis verkeer, ontstaan die vraag of die inwerkingstelling, toepassing en wetenskaplike begroning van 'n Suid-Afrikaanse menseregtehandves aan die bestaande hofstruktuur toevertrou moet word. Om die vraag anders te formuleer: is ons howe toegerus om 'n toekomstige Suid-Afrikaanse menseregtebestel van die grond af te kry en op vaste regs-wetenskaplike bene te plaas? Of sou die instel van 'n konstitusionele hof in die lig van die voorafgaande dalk wensliker wees?

DIE STANDPUNTE VAN DIE HOOFROLSPELERS

Vir doeleindes hiervan word aanvaar dat die hoofrolspelers in die politieke onderhandelingsproses die Suid-Afrikaanse regering en die ANC sal wees.¹⁶

Die standpunt van die Suid-Afrikaanse regering rakende 'n menseregtebestel is by die skryf hiervan¹⁷ grootliks ongenueanseerd. Behalwe vir die feit dat president FW de Klerk hom by sy inhuldiging verbind het tot die instel van 'n "handves vir menseregte", is dit nie duidelik wat die regering na die aard en inhoud daarvan beoog nie. Die regering het tot dusver ook nog nie standpunt ingeneem oor die verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie¹⁸ ten aansien van groeps- en menseregte nie. Gegewe die feit dat regeringswoordvoerders tot onlangs teen die idee van 'n menseregtehandves gekant was¹⁹ en dat daar tans ook geen aanduiding bestaan hoe die regerende Nasionale Party die konsep van

13 810.

14 800.

15 De Klerk R se assessore het bevind dat versagende omstandighede nie bewys is nie; die hof was gevolglik verplig om die doodsvonnis aan drie beskuldigdes op te lê.

16 Die aanname dat die regering en die ANC die hoofrolspelers in die onderhandelingsproses sal wees, word bloot gegronde op politieke verwickelinge soos dit aan die begin van 1990 daar uitsien. Die term "hoofrolspelers" impliseer egter reeds dat genoemde partye nie die enigste deelnemers sal wees nie; ondersteunende rolspelers sal daar wel aan beide kante wees.

17 Januarie 1990.

18 Tussentydse verslag: *Groeps- en menseregte* (Werkstuk 25 Projek 58 (1989)).

19 Coetsee "Hoekom nie 'n verklaring van menseregte nie?" 1984 *TRW* 5.

'n menseregtehandves binne sy nog bestaande groepsideologie wil tuisbring nie, kan daar hoogstens gesê word dat die Nasionale Party-regering in beginsel ten gunste van so 'n handves is.

Dit is uiteraard onseker in watter mate die finale aanbevelings van die regs-kommissie uiteindelik deur die regering aanvaar sal word. Vir doeleindes hiervan sal egter gebruik gemaak word van die standpunte van die regs-kommissie²⁰ soos dit uit sy tussentydse verslag blyk; dit gee 'n aanduiding van wat die regerings-standpunt moontlik kan wees spesifiek wat betref die toekomstige hofstruktuur met betrekking tot die toepassing van 'n menseregtehandves.

In sy tussentydse verslag neem die regs-kommissie die standpunt in dat die (bestaande) Hooggeregshof 'n toekomstige Suid-Afrikaanse menseregtehandves moet toepas en dat die normale regsprosedures daarvoor moet geld.²¹ Die regs-kommissie se standpunt in die verband kan soos volg saamgevat word:

(a) Suid-Afrika se bevolkingsamestelling maak die instel van 'n konstitusionele hof "gevaarlik" omdat so 'n hof juis weens die bevolkingsamestelling legiti-miteit kan inboet.²² Die kommissie grond sy argument daarop dat die "gewone howe dwarsdeur die geskiedenis van Suid-Afrika belas [is] met die beskerming van menseregte wat deur die parlement ongeskonde gelaat is".²³ Hierdie stand-punt berus op die aanname dat die "gewone howe" oor die legitiemiteit beskik wat nodig is vir die beskerming van menseregte wat in 'n handves vervat word. Of aanname sonder meer geldig is, is 'n ope vraag.

(b) Die kommissie is van oordeel dat "die publiek 'n groot mate van vertroue [het] in die howe wat hulle reeds ken". Hierdie is wesenlik 'n herhaling van die standpunt in a hierbo en die kommentaar daarop is dieselfde.

(c) "Die regters van die Hooggeregshof het op pad na die regbank die leerskool van die praktyk deurgegaan."²⁴ Met hierdie aspek word hieronder gehandel.²⁵

(d) "Om die normale regsprosedure en gewone howe te gebruik, verg nie ekstra koste en nuwe reëls wat die daarstelling van 'n konstitusionele hof sal meebring nie." Ekstra koste en nuwe reëls is voorwaar 'n geringe prys om te betaal vir 'n "nuwe begin" gegrond op legitiemiteit.

(e) Die sogenaamde "verpolitiserings" van die konstitusionele hof skep vir die kommissie wesenlike probleme,²⁶ naamlik dat 'n konstitusionele hof as 'n "ge-laaide" of "politieke" hof beskou kan word. Met hierdie aspek word ook later gehandel.²⁷

Die standpunte van die ANC rakende die plek, status en rol van die regbank in 'n "nuwe" Suid-Afrika kan primêr afgelei word uit amptelike dokumentasie van die organisasie maar ook uit standpunte van lede en ampsdraers van die ANC.

20 *Ibid.*

21 Par 14.90.

22 Par 14.87.

23 *Ibid.*

24 Par 14.89.

25 "'n Konstitusionele hof vir Suid-Afrika?" *infra*.

26 Vgl bv par 14.89.

27 "'n Konstitusionele hof vir Suid-Afrika?" *infra*.

Waarskynlik die rigtinggewendste dokument uit ANC-geledere is die sogenaamde "Constitutional guidelines for a Democratic South Africa", soos gelees teen die agtergrond van die Vryheidsmanifes.²⁸ As vertrekpunt word gestel:

"The Constitution must give firm protection to the fundamental human rights of all citizens. There shall be equal rights for all individuals, irrespective of race, colour, sex or creed. In addition, it requires the entrenching of equal cultural, linguistic and religious rights for all."²⁹

Voorts word in klousule (d) van die "Guidelines" daarvoor voorsiening gemaak dat

"all organs of government including justice . . . shall be representative of the people as a whole, democratic in their structure and functioning and dedicated to defending the principles of the constitution".

Die "Guidelines" bevat voorts 'n klousule wat handel met 'n menseregtehandves en regstellende aksie.³⁰

Veral insiggewend is die gedeelte van die voorrede van die "Guidelines" wat soos volg lui:³¹

"The removal of discriminatory laws and eradication of all vestiges of the illegitimate regime are, however, not enough; the *structures* and the *institutions* of apartheid must be dismantled and replaced by democratic ones. Steps must be taken to ensure that apartheid ideas and practices are not permitted to appear in old forms or new."

Die woorde "structures" en "institutions" in die aangehaalde gedeelte is duidelik wye begrippe. Om hierdie rede kan sekerlik geargumenteer word dat dit ook die (bestaande) hofstruktuur en hofstelsel insluit. Daardie afleiding word versterk wanneer gekyk word na die standpunt³² van Maduna.³³

"The new state that will replace the current order of things will need a new approach to law and order. The old and moribund state machinery of apartheid colonialism, naturally, cannot be used for bringing about such conditions. It will have to be dismantled together with its structures and institutions and replaced by a state apparatus built entirely on a new philosophy and new principles. The entire apartheid colonial legal system and its institutions that essentially protect the interests of the ruling class par excellence, will have to be abolished and replaced by a new legal and judicial order and apparatus capable of serving the interest of the toiling masses of our people, black and white, who comprise that majority. The new legal order will have to consolidate the changes that shall have taken place in the political, economic and social spheres and enable the new state to address the problems of mass poverty, hunger, mass homelessness, squalor, disease and ignorance, which are the lot of the majority of our people. Indeed, the new order will have to help the state address the issue of control and direction of all economic activity in our country to assist the wellbeing of all our people. It is not bare and formal liberation that we are fighting and dying for; we want more than a mere shadow of liberation. The vested interests that have traditionally been protected by the status quo will indeed have to be shaken radically, even by means of law, to meet the demands and address the grievances of the majority."

Hoewel klaarblyklik nie alle invloedryke lede van die ANC met Maduna se standpunte saamstem nie,³⁴ is dit tog duidelik dat daar by die ANC 'n ondertoon

28 Vgl Corder en Davis "The constitutional guidelines of the African National Congress: a preliminary assessment 1989 *SALJ* 634-639; Van der Vyver "Comments on the constitutional guidelines of the African National Congress" 1989 *SAJHR* 133-153.

29 "Constitutional Guidelines", voorrede, par 6.

30 Klousules (h) tot (m).

31 Par 4 (my kursivering).

32 Maduna "*Stare decisis* and fundamental change in South Africa" *supra* vn 5.

33 'n Lid van die sekretariaat van die ANC se Departement van Regs- en Konstitusionele Aangeleenthede.

34 Vgl bv Sachs *Towards a bill of rights in a democratic South Africa* 21.

van suspisie teen die huidige regbank te bespeur is. As voorvereiste vir die instel van 'n menseregtehandves stel Sachs³⁵ dit byvoorbeeld dat

“[t]he mechanism for applying the Bill of Rights must be broadly based and not restricted to a small class of judges defending the interests of a small part of the population,”

en verder op dieselfde bladsy:

“The assumption in most current writing on a Bill of Rights is that its final watchdog should be a body of highly trained and elderly judges, applying traditional legal wisdom in what is considered a neutral and objective manner. If the goal is selfishly to guarantee a minimum disturbance of existing property and social rights . . . then who better to fulfil the role than those who not only belong to and share the values of the very group to be protected but whose whole professional mode has been shaped in the context of the interests, values and styles of that group? If, on the other hand, the dog is to watch the interests of the former oppressed, it would have to have a totally different pedigree and training.”

Die onderliggende gedagtegang uit die aangehaalde gedeelte spreek duidelik van wantroue in die bestaande regsprekers – indien dan nie ten aansien van die bestaande struktuur self nie.

Uit wat hierbo gesê is, kan die volgende afleidings gemaak word:

- Daar kan stellig verwag word dat die huidige maghebbers sal poog om die *status quo* te verander slegs in die mate waartoe die onderhandelingsproses hulle daartoe dwing. 'n Organisasie soos die ANC, aan die ander kant, is ten gunste van 'n radikale (indien nie rewolusionêre nie) vervanging van die ou stelsel deur 'n totale nuwe stelsel;
- die verloop van die politieke onderhandelingsproses sal grotendeels bepaal na watter kant van bogenoemde twee standpunte die skaal uiteindelik sal swaai;
- aangesien 'n balans gevind sal moet word tussen stabiliteit en orde wat vir 'n nuwe regering van die uiterste belang sal wees enersyds, en vernuwing in die stelsel wat noodwendig sal moet intree andersyds, lyk dit onafwendbaar dat 'n kompromis wat betref die regstelsel en die strukture daarvan gevind sal moet word.

DIE GROEIPYNE VAN 'N NUWE MENSEREGTEBESTEL

By oorweging van die faktore wat die tot stand bring van 'n menseregtebestel in Suid-Afrika sal beïnvloed, kan daar met vrug kennis geneem word van die ondervinding in ander state. Vir hierdie doel word kortliks stilgestaan by die ervaring van twee Westerse state wat albei relatief onlangs 'n menseregtebestel ingestel het.

Synde beide regstelsels (*in casu* “publiekregstelsels”) wat grootliks die denkbearde van die Engelse reg vertoon, is daar duidelike raakpunte tussen die Kanadese en Suid-Afrikaanse publiekregstelsels. 'n Besondere ooreenkoms lê in die feit dat beide stelsels deur die sogenaamde beginsel van parlementêre soewereiniteit onderlê en deur die positivistiese wetsuitlegstradisie gekenmerk word. Die aanvanklike Kanadese Bill of Rights wat op 10 Augustus 1960 deur die Britse monarg goedgekeur is,³⁶ was (om staatsregtelike redes) 'n gewone statuut, nie deel van die grondwet nie en daarom ook nie grondwetlik verskans nie. Die

35 *Ibid.*

36 1960 *Hansard* 7948.

effek hiervan was dat die howe nie oor 'n toetsingskompetensie beskik het om die Bill of Rights toe te pas nie en dat daardie wetgewing slegs as rigsnoer vir die howe moes dien.

Vanselfsprekend het die toepassing van 'n menseregtehandves binne 'n stelsel waarin parlementêre soewereiniteit steeds onaangetas bly staan het, eiesoortige probleme geskep. Die spanning tussen parlementêre soewereiniteit aan die een kant en die howe wat die Bill of Rights probeer toepas aan die ander kant, het duidelik in die Kanadese regspraak neerslag gevind.³⁷ Een van die opmerkbare probleme waarmee die Kanadese regbank geworstel het, was dié van regsprekers wat geskool was in die Diceyaanse tradisie van die positivisme en boonop deur regstradisie gedwing is om die beginsel van parlementêre soewereiniteit toe te pas. Trouens, die spanningsverhouding tussen die beginsel van parlementêre soewereiniteit enersyds en die sinvolle toepassing van die Bill of Rights andersyds, het onoorkomelike probleme vir die Kanadese regters geskep. Die uiteinde was 'n toestand van regsonsekerheid wat, ter wille van die behoud en aansien van die regstelsel, reggestel moes word.

Die probleem is uiteindelik ondervang deur die invoer van die Constitution Act 1982 wat in die eerste gedeelte die "Canadian Charter of Rights and Freedoms" bevat. Artikel 24(1) ken aan die howe 'n betreklik uitdruklike toetsingskompetensie toe. Artikel 24(1) bepaal naamlik:

"Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances."

Dit is belangrik om daarop te let dat in die geval van Kanada dit aan die "gewone howe" oorgelaat is om die bepalinge van die Bill of Rights (en later die Charter) toe te pas. Die pogings deur die regbank om die situasie te hanteer (ten minste vir die eerste twintig jaar na die totstandkoming van die Bill of Rights) kan op sy beste as juridiese kleitrapperie bestempel word: positivistiese uitlegbenaderings, parlementêre soewereiniteit en 'n gebrekkige toetsingskompetensie is onbestaanbaar met 'n menseregtebestel. Maar self al sou die Kanadese howe vir die eerste twintig jaar na die instel van die Bill of Rights oor voldoende toetsingskompetensie beskik het, bly dit 'n ope vraag of, gegewe die regstradisie van positivisme en parlementêre soewereiniteit, die resultaat wesenlik anders sou gewees het.

In die *Drybones*-saak³⁸ worstel die hof van appèl byvoorbeeld met probleme soos die volgende:

- Dit blyk nie uit die bewoording van die Bill of Rights of die parlement bedoel het om sy magte met betrekking tot die herroeping of tersydestelling van wette aan die howe oor te maak nie;
- die "rights and freedoms" waarna in die Bill of Rights verwys word, is nie "legal concepts" nie en het 'n onsekere inhoud;
- die parlement het nagelaat om by die formulering van die Bill of Rights behoorlike inhoud aan begrippe soos "liberties", "equality" en "due process of law" te gee;

37 Die bekende sake *Regina v Drybones* 1970 SCR 282 en *Attorney-General of Canada v Lawell, Isaac et al v Bedard* 1973 38 TLR (3d) 481 (ook gesitêr onder 1974 SCR 1349) is sprekende voorbeelde van die teenstrydighede en verwarring wat die toepassing van die Bill of Rights in die Kanadese regspraak tot gevolg gehad het.

38 Vorige vn.

- hoewel nie in soveel woorde na die beginsel van parlementêre soewereiniteit verwys word nie, is dit uit die benadering wat die hof volg duidelik dat (by gebrek aan 'n toetsingskompetensie) die hof nie bereid is om 'n wet van die parlement ter syde te stel nie; op eg Diceyaanse wyse word die Bill of Rights, as 'n latere wet van die parlement, geïnterpreteer as sou dit die Indian Act, 'n voorgaande wet, by noodwendige implikasie wysig.

In sowel die pasgemelde sake as die *Lavell*-saak³⁹ is dit opmerklik dat die howe aanmerklike probleme ondervind om die bevoegdhede wat artikel 2 van die Bill of Rights aan hul toeken,⁴⁰ *vis-à-vis* die beginsel van parlementêre soewereiniteit toe te pas. Die howe is klaarblyklik deur die bepalings van die Bill of Rights onkant betrap en, by wyse van spreke, aan die diep kant ingegooi.

Binne 'n stelsel wat deur die *Grundnorm* van parlementêre soewereiniteit onderlê word, val die *klem* op die “duidelike bedoeling” van die wetgewer soos dit (hoofsaaklik) uit die betrokke statuut self blyk. Aan die hand van die pasgemelde kriterium beslis die hof dan of die betrokke statuut 'n bepaalde “fundamentele reg”⁴¹ beperk of selfs wegneem. In die geval van 'n menseregtebedeling word die *klem* egter primêr geplaas op die vraag na wat die inhoud en omvang van die betrokke grondwetlik-verskanste “fundamentele reg” sou wees, en, afhangende van die gevolgtrekking waartoe die hof kom, word oor die geldigheid (al dan nie) van 'n bepaalde statuut (of gedeelte van 'n statuut) beslis.

Die Kanadese howe toon, veral gedurende die bestaanstydperk van die Bill of Rights, 'n duidelike onvermoë om die gemelde klemverskil in te sien en toe te pas. Trouens, binne 'n menseregtebestel ondergaan die beginsel van parlementêre soewereiniteit noodwendig (en ten minste) 'n betekenisverandering, juis omdat die parlement deur die neerlegging van 'n menseregtehandves self beperkinge op sy eie magte plaas. Parlementêre soewereiniteit, in die absolute sin waarin die begrip gewoonlik verstaan word, moet binne 'n menseregtebestel plek maak vir 'n ander parlementêre soewereiniteitsbegrip: hoewel slegs die parlement bevoeg is om wette te maak, beskik die hof oor die kompetensie om te beslis of die parlement hom aan sy selfopgelegde beperkings gehou het. Dié ommekeer van die geykte benadering het klaarblyklik vir die Kanadese howe 'n te groot sprong geblyk te wees; tradisionele vertrekpunte by èn die betekenis van “parlementêre soewereiniteit” èn uitlegbenaderings is moeilik (indien enigsins) van afstand gedoen.

Apartheid en rassisme word deur die wêreldgemeenskap met argwaan bejeën. Dié argwaan vind dan ook neerslag in die ANC se “Guidelines”. So word die begrippe rassisme, fascisme en naziïsme in die “Guidelines” feitlik as sinonieme gebruik.⁴² Sonder om op die meriete van so 'n vergelyking in te gaan, kan daar tog kers opgesteek word by Wes-Duitsland, waar die totale gebrek aan legitimiteit wat deur die tydvak van die Nasionaal-Sosialisme teweeggebring is, ondervang is deur die instel van 'n nuwe grondwet en deur voorsiening te maak vir die

39 Vn 37 *supra*.

40 Nl dat die (lands-)reg so toegepas en uitgelê sal word “so as not to abrogate, abridge or infringe or to authorise the abrogation, abridgement or infringement of any of the rights or freedoms herein recognised or declared . . .”

41 Gewoonlik word die bestaan van “fundamentele regte” uit die gemenerereg, die presedentereg of regstradisie afgelei.

42 Klousule (k): “The advocacy or practice of racism, fascism, nazism or the incitement of ethnic or regional exclusiveness or hatred shall be outlawed.”

instel van 'n konstitusionele hof. Nie alleen het die totstandkoming van die Wes-Duitse Bundesverfassungsgericht die moontlikhede vir die ontwikkeling van nuwe legitimiteit geskep nie, maar is daardie hof ook die enigste hof binne die Wes-Duitse hofstruktuur waarvan die uitsprake ware bindende regsrag het.

In vergelyking met die onhanteerbare begrippe waarmee in die Kanadese regstelsel gewerk word (soos hierbo na verwys is), word die Wes-Duitse stelsel gekenmerk deur 'n volledig omskrewende stelsel van *Grundrechte*, wat op sy beurt gegrondves is in 'n wetenskaplik verantwoordbare sisteem van subjektiewe regte.⁴³ Uiteraard speel die sogenaamde beginsel van parlementêre soewereiniteit ook geen rol in die Duitse stelsel nie. Die uitlegbenadering wat gevolg word is ook, anders as in die stelsels wat sterk onder die invloed van die Engelse reg staan, baie meer elasties en minder letterknegtig. Daarbenewens word die "wil" of "bedoeling" van die wetgewer baie meer genuanseerd aangewend.⁴⁴

Die bindende krag van die uitsprake van die Duitse konstitusionele hof is statutêr vasgelê.⁴⁵ Sodanige hofuitsprake bind nie alleen alle staatsonderdane nie, maar ook die staatsorgane en alle ander geregshowe. Die presedentereg wat aldus geskep word, moet eger steeds binne die normraamwerk van die vasgelegde prinsipes, dit wil sê van die neergelegde grondregte van die grondwet, bly. Op dié wyse word byvoorbeeld inhoud gegee aan begrippe wat in die grondwet voorkom soos geloof, gewete, persvryheid, persoon, mening ensovoorts, en word terselfdertyd grensbepalings aan die konstitusioneel daargestelde grondregte opgelê.⁴⁶

Die Kanadese ervaring leer onder meer die volgende:

- 'n Halfgebakte menseregtehandves, wat bowendien nie 'n duidelike toetsingskompetensie aan 'n bevoegde hof verleen nie, is 'n resep vir juridiese chaos;
- 'n menseregtebestel en die sogenaamde beginsel van parlementêre soewereiniteit is nie karperde nie: die begrippe is wedersyds uitsluitend en kan nie binne dieselfde stelsel bestaan nie;
- 'n regstradisie van positivisme, 'n meganiese funksie van die regbank (deur die regter wat reg "spreek" en nie "skep" nie) en letterknegtige wetsuitlegteorieë is nie hoekstene waarop 'n menseregtebestel gebou behoort te word nie;
- die terminologie waarmee in 'n menseregtebestel geopereer word en wat in 'n menseregtehandves beliggaam moet wees, moet duidelike en sinvolle inhoud verkry deur middel van die konkretisering wat die regbank daaraan gee;
- daar skuil duidelike gevare in die reëling om die toepassing en uitbouing van 'n menseregtebestel aan die "gewone howe" toe te vertrou, veral waar die regstradisie waaruit en teoretiese raamwerk waarmee sodanige howe opereer, teruggevoer kan word na die tipies Engelsregtelike benadering waarvan parlementêre soewereiniteit die hoeksteen vorm.

Op sy beurt leer die Duitse ervaring die volgende:

43 Vgl Hesse *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1988) par 283-289.

44 *Idem* par 29-85.

45 A 31(1) *BverfGG*.

46 In ooreenstemming met die bepalinge van a 19(2) *GG* waarvolgens nie op die "wesensaard" van 'n grondreg inbreuk gemaak mag word nie.

- 'n Bestel waarin fundamentele regte vertrap en geminag is, kan nouliks op sigself hervorm word: wesenlike ingryping is nodig om verlore legitimiteit te herstel;
- die instel van 'n konstitusionele hof is waarskynlik die effektiëste metode om verlore legitimiteit te herstel;
- 'n behoorlike en gedetailleerde omskrywing van grondregte in 'n verskanste akte bied 'n stewige vertrekpunt vir die konkretisering en uitbouing van die aldus verskanste regte;
- die begrippe-apparatuur en terminologie waarmee binne 'n menseregtebestel gefunksioneer word, kan slegs sinvolle inhoud kry indien dit ingebed is in 'n handves wat voldoende ruimte laat vir sinvolle inhoudgewing aan sodanige begrippe.

'N KONSTITUSIONELE HOF VIR SUID-AFRIKA?

Gegewe dat die tot stand bring van 'n Suid-Afrikaanse menseregtebestel deel sal uitmaak van 'n nuwe konstitusionele bedeling, en verder gegewe dat die politieke onderhandelingsproses hom grotendeels tussen opponerende ideologieë sal afspeel, sal die uiteindelige formulering van 'n menseregtehandves 'n formidabele taak wees. Die ligpunt is egter dat dit in beginsel 'n nuwe begin moontlik sal maak. Hopelik sal so 'n nuwe begin die Suid-Afrikaanse regsorde in staat stel om die grusame negering van menseregte wat in die verlede plaasgevind het, reg te stel.

Legitimiteitsonthalwe sal dit verkieslik wees as die konkretisering van en inhoudgewing aan 'n nuwe menseregtebestel aan 'n konstitusionele hof toevertrou word. Daardeur sal enige verwyte oor die wyse waarop fundamentele regte tydens die bestaan van die apartheidstaat deur die howe hanteer is, die nek ingeslaan word. Die instel van 'n konstitusionele hof sal inderdaad sigbare gestalte gee aan die "nuwe begin" wat beoog word.

Die regstradisies waaruit die Suid Afrikaanse hooggeregshof tot dusver opereer het, is grootliks onbestaanbaar met 'n menseregtebestel: parlementêre soewereiniteit, die hof as "spreker" van die reg en nie "maker" van die reg nie en die grootlikse verontagsaming van enige ekstra-statutêre norme by die uitleg van wette, hoort nie tuis in 'n menseregtebestel nie. Om 'n sintese tussen die ou en nuwe regsordes te probeer vind, sou dus gedwonge en gekunsteld wees.

Gevolgtik sal 'n nuwe regstradisie met 'n nuwe verwysingsraamwerk en wat met 'n nuwe terminologie opereer, ontwerp en geskep moet word. In die besonder sal aan die huidige publiekregstelsel wat hoofsaaklik deur sy ongesistematiseerdheid gekenmerk word, regswetenskaplike begroning gegee moet word. Die grondwet as normraamwerk en die menseregtehandves as normgegewe sal regswetenskaplik en regsistematies begrond moet word;⁴⁷ die publiekregtelike verhouding sal van inhoud voorsien moet word; die publieke subjektiewe reg met sy regsobjekte en regsobjekte sal aangedui moet word; die aard, inhoud en grense van die menseregte wat in die handves gewaarborg word, sal bepaal moet word.

47 Vgl by Müller "Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" 1968 *Schriften zum Öffentlichen Recht* 9-29.

Sonder om te kenne te probeer gee dat die huidige regbank nie in staat is of sal wees om bovermelde te doen nie, spreek dit vanself dat die sinvolle ontwikkeling van 'n menseregtebestel die hoogste eise sal stel en veral die hoogste mate van spesialisasie van die regsprekers sal vereis. Die eise wat in daardie proses aan die regbank gestel gaan word, is enorm. Die vraag is dus gewoon of die reeds oorwerkte Suid-Afrikaanse regterskorps met so 'n taak opgesaal moet word. Sal dit nie beter wees as die toepassing van 'n menseregtebestel gesentraliseerd deur 'n enkele hof wat deur gespesialiseerde regsprekers beman word, geskied nie?

Soos die Kanadese ervaring geleer het, is 'n halfgebakte "menseregtebestel" – iets wat tussen parlementêre soewereiniteit en die soewereiniteit van die reg huiwer – nie 'n werkbare model nie. Dit beteken dus dat by die instel van 'n menseregtebestel sekere radikale breuke met die "ou" stelsel noodsaaklik en 'n vernuwende benadering vir die suksesvolle toepassing van die "nuwe" stelsel onafwendbaar is. Dit is 'n ope vraag – gegewe die konserwatiewe Suid-Afrikaanse regstradisie en die dikwels bewese onbereidwilligheid van ons regbank om te vernuwe – of die "gewone howe" die aangewese instrument is om 'n menseregtebestel te grondves, te konkretiseer en wetenskaplik uit te bou.

Daar word dikwels geskuil agter die beweerde "verpolitiserings" van die regbank wat met die instel van 'n konstitusionele hof gepaard sou gaan ten einde die sogenaamde neutrale, maar in werklikheid onaktivistiese en positivistiese benadering van die regbank, te probeer regverdig. Die Duitse ervaring het geleer dat die gevare wat in die verpolitiserings van die regbank sou skuil (in die geval waar 'n konstitusionele hof ingestel word), grootliks oorskadu word deur die voordele wat so 'n hof meebring, te wete legitimiteit, onpartydigheid, regs-wetenskaplike begronding en inhoudgewing aan, en die daadwerklike en kragtige beskerming van menseregte.

Die vraag ontstaan voorts in watter mate ons howe nie reeds "gepolitiseer" is nie – al is dit dan net volgens die beskouing van 'n substansiële deel van die bevolking. Is die "prototipe" regter nie reeds simbool van 'n sekere "politieke" stelsel nie? Is die wit, konserwatiewe, manlike, *pro status quo*, gesagsgeoriënteerde oud-lid van die geslote geledere van die advokatuur in staat om die sosiaal-maatskaplike werklikhede juridies te verdiskonteer en toe te pas? En aansluitend daarby, die meer tegniese-juridiese vraag: is die "prototipe" regter toegerus om die besondere eise wat die sistematiesing van 'n nuwe publiek-regsorde sal meebring, te hanteer?

Die heterogene aard van die Suid-Afrikaanse bevolkingsamestelling behoort, op sigself genome, geen probleem te wees nie. By die aanstel van regsprekers in die konstitusionele hof, kan faktore (of 'n kombinasie van faktore) soos die volgende geld: praktykservaring en ervaring in regspraak; bewese kundigheid op die gebied van veral die publiekreg; en "groepsverteenvoording", dit wil sê 'n regbank wat al die "groepe" van die Suid-Afrikaanse bevolking verteenwoordig. 'n Formule behoort uitgewerk te word waarvolgens nie net die regerende politieke party nie, maar byvoorbeeld alle politieke partye wat in die parlement verteenwoordig word en wat, sê, op ten minste vyf persent steun van die kieserskorps kan aanspraak maak, inspraak het in die aanstelling van die betrokke regters. Op dié manier kan 'n gesonde balans tussen praktykservaring, kundigheid en verteenwoordiging verseker word.

'n Sterk, werklik onafhanklike en verteenwoordigende regbank wat die vertroue van sowel die staatsburgers as die owerheid geniet ten einde die reg as hoogste gesag te laat seëvier, is 'n *sine qua non* vir die suksesvolle instel van 'n menseregtebestel. Hiervoor is 'n konstitusionele hof onontbeerlik. Daarom moet vrede gemaak word met die feit dat die "ou" hofstruktuur nòg die nodige aankopingspunte bied, nòg oor die nodige tradisie of middele beskik om die "nuwe" bedeling wat deur die politieke onderhandelingsproses teweeggebring sal word, te akkommodeer. Dit is per slot van rekening bloot sinvol om die "nuwe begin" wat op 'n legitieme politieke onderhandelingsproses kan volg, aan 'n ewe legitieme forum vir die bewaring daarvan toe te vertrou.

Lasz von brutalen Gewalten,
Nie deine Seele knechten,
Kannst du nicht recht behalten,
Halte doch fest am Rechten (P Heyse (1897)).

Huurpag

NJJ Olivier

BA LLD

Professor in die Romeinse reg en Regspluralisme, Potchefstroomse
Universiteit vir CHO

SUMMARY

Leasehold

Various statutory measures regulate black leasehold in South Africa. Three categories of black land may be distinguished: urban areas (urban black townships), South African development trust (SADT) land and the self-governing territories; in these areas divergent systems of leasehold obtain. In this article these measures are compared with reference to competency, identification of leasehold sites, granting, registration and the transfer of leasehold as well as diverse matters. The conclusion consists of an exposition of ensuing problems and a number of recommendations.

1 INLEIDING¹

Tot en met 1978² het huurpag slegs 'n beperkte aanwendingsgebied gehad. Die volgende verskyningsvorme is aangetref:³

- (a) ewigdurende huur;⁴
- (b) huur vir 'n tydperk van 99 jaar;⁵ en
- (c) huur vir 'n bepaalde tyd, gekoppel aan 'n hernuwingsreg (vir ewig of vir 'n onbepaalde tyd).⁶

Die statutêre toekenning van huurpag aan swartes vanaf 1978 het tot 'n dramatiese toename in huurpagregistrasies gelei.⁷ Hierdie verskynsel word egter grootliks gekompliseer deur die bestaan van uiteenlopende maatreëls met betrekking tot onder meer die identifikasie van persele en die toekenning van huurpag.

1 Statutêre maatreëls bygewerk tot 1990-01-31. Kragtens a 5 van die Wysigingswet op die Grondwet van die Nasionale State 111 van 1990 word alle verwysings in enige wet of stuk na nasionale staat met terugwerkende krag as 'n verwysing na 'n selfregerende gebied uitgelê.

2 Tot die inwerkingtreding van a 2 van die Swartes (Stadsgebiede) Wysigingswet 97 van 1978 as a 6A van die Swartes (Stadsgebiede) Konsolidasie Wet 25 van 1945.

3 Delpont en Olivier *Sakereg vonnisbundel* (1985) 702-703; Erasmus, Van der Merwe en Van Wyk *Lee and Honoré: family, things and succession* (1983) 356; Van der Merwe *Sakereg* (1989) 590-591.

4 *Perpetual lease*: sien *Cohen v Van der Westhuizen* 1912 AD 519.

5 *Alexander v Johns* 1912 AD 431.

6 *Klipdam Estate v Vaal River Cold Storage Supply Syndicate* (1903) 9 HCG 293.

7 Van 1955 tot 1968 kon ongeregisteerde huurpag in bepaalde omstandighede in stedelike swart woongebiede verkry word, en weer vanaf Januarie 1976 tot die inwerkingtreding van die 1978-maatreëls: Corder "The rights and conditions of entry into and residence in urban areas by Africans" 1984 *Acta Juridica* 56.

Hierdie artikel het ten doel om die verskillende statutêre huurpagmaatreëls, soos wat dit tans in die onderskeie swart gebiede (die stedelike swart woongebiede, Suid-Afrikaanse Ontwikkelingsstrustgebiede (SAOT-gebiede) en die selfregerende gebiede) geld, te bespreek.⁸ Na 'n uiteensetting van die betrokke gebied (telkens met die toepaslike magtigende wetgewing), sal daar vergelykenderwys ondersoek na die verlening, verkryging, toekenning, registrasie, oordrag en diverse aangeleenthede met betrekking tot huurpag aldaar ingestel word. Ten slotte word 'n evaluasie van die verskillende maatreëls gegee en 'n aantal aanbevelings gemaak.

2 TOEPASSINGSGEBIED EN TERSAAKLIKE WETGEWING

2 1 Gebiedende en magtigende wetgewing

Die volgende gebiede wat vir uitsluitlike swart okkupasie opsy gesit is, moet vir doeleindes van huurpag onderskei word:

2 1 1 Stedelike swart woongebiede

Stedelike swart woongebiede⁹ word kragtens artikel 33 van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 as "ontwikkelingsgebiede" omskryf. Tot en met 1978 was die enigste beskikbare grondbeheervorme dié vermeld in GK 1036 van 1968-06-14.¹⁰ Dié vorme (perseel-, woon-, loseerders- en tehuispermitte, asook sertifikate van bewoning) het slegs vorderingsregte teen die eienaar van die betrokke persele (voorheen ontwikkelingsrade, later swart plaaslike besture en die administrateur) tot gevolg gehad.

8 Die volgende aspekte word weens lengtebeperkings vir doeleindes van hierdie artikel nie bespreek nie:

- (a) 'n Historiese oorsig van statutêre huurpag:
 - (i) die aanvanklike erkenning in 1978: vgl Corder 1984 *Acta Juridica* 56-57; Delpont en Olivier 658-663; Olivier MP "Enkele regsaspekte van die verblyfposisie van swartes in stedelike gebiede" 1985 *TRW* 50; Jackson *The system of 99-year leasehold in South Africa* (1987) 1-3; Olivier WH "'n Juridiese evaluasie van burgerskap" 1980 *TSAR* 146 (1978-reëls); Olivier WH "Swartes en die reg" 1984 *De Jure* 329; Olivier WH en Van der Post *CLEVRO-seminaar oor die stelsel van huurpag (ten aansien van swartes)* (1980);
 - (ii) die 1984-wysigings asook die verskillende prosedures wat voor 1985 gegeld het: Delpont en Olivier 697-704; Jackson 3-13; Olivier WH en Van der Post in geheel; Van der Merwe "Law of property" 1984 *ASSAL* 290.
 - (b) Deelhuurpag (a 55 van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 (wat nog nie in werking getree het nie: sien daaroor Bekker *A home of your own* (1987) 9 44-45; reg 5 hfst 2A PR153 van 1983-10-15 (SK 8933)).
 - (c) Die omskepping van huurpag in eiendomsreg (a 57A-E van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984, hfst 5A GK R109 van 1989-01-27 (SK 11667); reg 6 gelees met reg 9 PR29 van 1988-03-09 (SK 11166) en reg 6 GK R403 van 1988-03-09 (SK 11166)).
- 9 Sien oor die huidige beleid en voorskrifte die *Witskrif oor verstedeliking* (1986); Olivier NJJ "Property rights in urban areas" 1988 *SA Publikereg* 25-33; Jackson 16-47; Burdzik en Van Wyk "Apartheid legislation" 1987 *Acta Juridica* 149-150 (tav prosedurevoorskrifte); Van der Merwe 591-596; Bekker *passim*. Tav die Wet op die Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 88 sien Suid-Afrika *Hansard* (1988) kol 14944 (271 000 GK R1036 - regte omskepbaar in huurpag); Du Plessis en Olivier "Die Wet op die Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 1988" 1988 *SA Publikereg* 272-275.
- 10 SK 2096. Sien Corder 1984 *Acta Juridica* 57-58; Olivier 1988 *SA Publikereg* 25-33; Robertson "Black land tenure; disabilities and some rights" in Rycroft (red) *Race and the law in South Africa* (1987) 129-133; Robertson "'Orderly urbanization' - the new influx control" in Rycroft 107.

Huurpag in hierdie gebiede word tans gereël deur:

- (a) Die bepalings van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937. Artikel 16A bevat voorskrifte oor die registrasie van oordrag van regte van huurpag.¹¹ Nie-teenstaande die bepalings van artikels 3(1)(p),¹² 16¹³ en 77,¹⁴ bepaal artikel 56(1) van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 dat registrasie van huurpag in die akteskantoor geskied. Daarbenewens hoef daar kragtens artikel 56(3) van laasgenoemde wet vir huurpagregistrasie nie aan die normale vereiste van 'n sertifikaat van geregistreerde titel voldoen te word nie.¹⁵
- (b) Artikels 52-57 van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984.¹⁶
- (c) Artikel 52(14) van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 bepaal dat die Wet op Vervreemding van Grond 68 van 1981 ook ten aansien van huurpag geld.
- (d) Artikel 53(6) van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 sluit die Wet op Seëlregte 77 van 1968 asook die betaling van hereregte uit.
- (e) GK R2451 van 1985-11-01 (SK 9990) (huurpageregulasies - hierna GK R2451) soos gewysig deur GK R1898 van 1986-09-12 (SK 11688) (hierna GK R1898) uitgereik kragtens artikel 66(1) van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984.

Die Wet op die Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 1988¹⁷ maak voorsiening vir die omskepping van perseel- en handelsperseelpermitte asook van sertifikate van bewoning na huurpag. Die tersaaklike wetgewing is:

- (a) Die bepalings van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 soos hierbo uiteengesit is.
- (b) Die bepalings van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 soos hierbo uiteengesit is.
- (c) Die Wet op die Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 1988.
- (d) GK R109 van 1989-01-27 (SK 11677) (hierna GK R109) uitgereik kragtens artikel 9 van die Wet op die Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 1988 en artikel 10 van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937.

2 1 2 SAOT-grond

SAOT-grond¹⁸ bestaan uit daardie "afgesonderde gebiede" (kragtens die Swart Grond Wet 27 van 1913) en "oopgestelde gebiede" (kragtens die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936) wat nog nie deel van die jurisdiksiegebied

11 Soos hierbo uiteengesit is, word die omskepping van huurpag na eiendomsreg (a 16B) nie bespreek nie.

12 Bevoegdheid van die registrateur.

13 Registrasie van saaklike regte geskied op grond van 'n akte van oordrag wat notarieel geteesteer is.

14 Registrasie van huur- en onderhuurkontrakte geskied op grond van ondertekening en notariële attestasie.

15 A 6 van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937.

16 Soos hierbo uiteengesit is, word die omskepping van huurpag in eiendomsreg (a 57A-E) nie bespreek nie.

17 Sien Du Plessis en Olivier 1988 *SA Publikereg* 272-275.

18 Sien Van der Post 1985 *Acta Juridica* 213-222.

van die onderskeie selfregerende gebiede se wetgewende vergaderings vorm nie. In hierdie SAOT-gebiede word daar verder onderskei tussen landelike gebiede¹⁹ en dorpe. Huurpag in SAOT-dorpe word deur die volgende statutêre maatreëls beheer:

- (a) Die bepalings van die Swart Grond Wet 27 van 1913.
- (b) Die bepalings van die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936.
- (c) Artikel 30 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 met betrekking tot die instelling van dorpe vir swart persone.
- (d) Hoofstuk II en III van PR29 van 1988-03-09 (SK 11166) uitgereik kragtens artikel 48(1) van die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936 en artikel 25(1) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 gelees met artikel 21(1) van die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936 ("die regulasie betreffende grondbesit in dorpe" – hierna PR29).
- (e) Die Wet op Hereregte 40 van 1949, die Wet op Seëregte 77 van 1968 en gedeeltes van die Wet op die Vervreemding van Grond 68 van 1981 word uitdruklik uitgesluit deur regulasie 3 PR29.
- (f) PR30 van 1988-03-09 (SK 11166) uitgereik kragtens artikel 25(1) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 gelees met artikel 21(1) van die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936 ("die regulasie betreffende grondbesit in dorpe" – hierna PR30).
- (g) GK R402 van 1988-03-09 (SK 11166) uitgereik kragtens artikel 48(1) van die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936 ("die regulasies vir die vervreemding van trustgrond in dorpe" – hierna GK R402).
- (h) GK R403 van 1988-03-09 (SK 11166) uitgereik kragtens artikel 30(2) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 gelees met artikel 2(2) van die Wysigingswet op Samewerking en Ontwikkeling 83 van 1984 ("die regulasies vir die registrasie van aktes in dorpe" – hierna GK R403).
- (i) GK R405 van 1988-03-09 (SK 11166) uitgereik kragtens artikel 30(2) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 gelees met artikel 2(2) van die Wysigingswet op Samewerking en Ontwikkeling 83 van 1984 ("die regulasies vir plaaslike owerhede" – hierna GK R405).

2 1 3 Selfregerende gebiede

Kragtens artikel 1 van die Grondwet van die Selfregerende Gebiede 21 van 1971 is wetgewende vergaderings vir elke selfregerende gebied ingestel met as jurisdiksiegebied daardie "afgesonderde gebiede" (kragtens die Swart Grond Wet 27 van 1913) en "oopgestelde gebiede" (kragtens die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936) wat voorheen onder die jurisdiksie van 'n gebiedsoverheid geval het, asook grond wat later bygevoeg is.²⁰ In die selfregerende gebiede word daar ook onderskei tussen landelike gebiede²¹ en dorpe. Op 31 Desember 1986 is die beheer oor grond asook die bevoegdheid om self wetgewende maatreëls daaromtrent uit te reik, geheel en al aan die onderskeie selfregerende gebiede

19 PR188 van 1969-07-11 (SK 2486).

20 Sien Olivier 1988 *SA Publikereg* 23-25; Van der Post 1985 *Acta Juridica* 213-221; Jackson 70-80 (oorspronklike situasie soos in die SAOT-gebiede; in beginsel ook van toepassing op die selfregerende gebiede).

21 PR188 van 1969-07-11 (SK 2486).

oorgedra (en is die bevoegdheede van die Suid-Afrikaanse parlement daarvoor beëindig).²² Vanaf 1978²³ moet die selfregerende gebiede enige wysiging aan bestaande wetgewing deur die Suid-Afrikaanse parlement laat aanvaar alvorens dit geldingskrag aldaar verkry. Dit impliseer dat wysigings aan regulasies met betrekking tot grondbeheer en -registrasie wat deur die Suid-Afrikaanse uitvoerende gesag tydens die periode 1978–1986 afgekondig is, eers deur 'n wetgewende vergadering aanvaar moet word voordat dit daar van toepassing kan wees.

Die tersaaklike wetgewende maatreëls met betrekking tot huurpag is:

- (a) Die bepalings van die Swart Grond Wet 27 van 1913.
- (b) Die bepalings van die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936.
- (c) Artikel 30 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 met betrekking tot die instelling van dorpe vir swart persone.
- (d) PR293 van 1962-11-16 (SK 373) uitgereik kragtens artikels 6(2) en 25(1) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 gelees met artikel 21 van die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936 (“regulasies vir die administrasie en bestuur van dorpe in swart gebiede” – hierna PR293).
- (e) PR153 van 1983-10-14 (SK 8933) (“wysigings van die regulasies vir die administrasie en bestuur van dorpe in swart gebiede” – hierna PR153) wat PR293 wysig. PR153 is slegs van toepassing indien dit uitdruklik na 1983-10-14 deur die betrokke selfregerende gebied aanvaar is.
- (f) Die bepalings van die Opmetingswet 9 van 1927 en die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 is nie van toepassing op onderskeidelik die opmeting van grond en registrasie daarna nie (regulasie 3(2) hoofstuk 1 PR293). Die Wet op Seëlsregte 77 van 1968 word ook deur regulasie 8 hoofstuk 1 PR293 uitgesluit.
- (g) Eie wetgewing van die selfregerende gebiede na 31 Desember 1986.

3 VERLENING EN VERKRYGING VAN HUURPAG

Wat die aanvanklike verlening van huurpag betref, moet daar onderskei word tussen die identiteit van die verlener, die voorskrifte met betrekking tot die eerste (en latere) verkrygers en die identifikasie van persele wat vir huurpag vatbaar is.

3 1 Identiteit van die verlener

3 1 1 *Stedelike swart woongebiede*

Kragtens artikel 52(1)(a)(i)–(ii) van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 mag 'n ontwikkelingsraad,²⁴ plaaslike owerheid²⁵ en 'n dorpsontwikkelaar huurpag verleen oor grond of waarvan hy die geregistreerde eienaar is of wat ingevolge artikel 34(9) van dié wet deur die staat aan hom vir dorpsstigtingsdoeleindes beskikbaar gestel is.²⁶ Insgelyks mag die staat ten opsigte van grond waarvan hy die eienaar is of by hom berus, huurpag verleen.²⁷

22 GK R2571 van 1986-12-31 (SK 10570).

23 A 37A(2) van die Grondwet van die Selfregerende Gebiede 21 van 1971.

24 Ingestel kragtens a 3 van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984.

25 Ingestel kragtens die Wet op Swart Plaaslike Owerhede 102 van 1982.

26 Bekker 6–7.

27 A 52(1)(a)(iii) van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984.

In die geval waar perseelpermitte, handelsperseelpermitte en sertifikate van bewoning in huurpag omskep word, geskied dit deur die optrede van die provinsiale sekretaris kragtens die Wet op die Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 1988.²⁸

3 1 2 SAOT-grond

PR29 bepaal dat huurpag verleen mag word deur die dorpsgebiedeienaar (of die SAOT) in die geval van dorpe;²⁹ die trustee³⁰ ten aansien van persele op grond waarvan die SAOT die eienaar is;³¹ en die geregistreerde eienaar (of die SAOT) ten aansien van grond in informele gebiede³² asook grond ten aansien waarvan die dorpstigtingsproses nog nie afgehandel is nie.³³

3 1 3 Selfregerende gebiede

PR293 bepaal dat die Direkteur-Generaal van Ontwikkelingshulp huurpag vir 'n tydperk van nege en negentig jaar op huurpagpersele³⁴ mag verleen.³⁵ Na oordrag van die bevoegdheids met betrekking tot grond op 31 Desember 1986 is die funksionaris die hoof van die desbetreffende staatsdepartement in die onderskeie selfregerende gebiede.³⁶

3 2 Identiteit van die verkryger

3 2 1 Stedelike swart woongebiede

Artikel 52(4) van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 bepaal dat huurpag deur enige bevoegde persoon verkry mag word. "Bevoegde persoon" word omskryf as³⁷

- (a) 'n Swarte, met inbegrip van 'n Swarte wat 'n burger is van 'n staat waarvan die grondgebied voorheen deel van die Republiek uitgemaak het;
- (b) 'n Swarte wat wettig in die Republiek woonagtig is;
- (c) 'n dorpsontwikkelaar;
- (d) 'n vereniging;
- (e) 'n werkgewer, slegs vir die doeleindes van verkryging van grond of persele in 'n dorp vir die beskikbaarstelling aan of bewoning deur Swartes in sy diens;
- (f) 'n persoon wat lid is van 'n kategorie van persone deur die Minister by kennisgewing in die *Staatskoerant* goedgekeur, onderworpe aan die voorwaardes wat die Minister in sodanige kennisgewing mag bepaal; of
- (g) 'n persoon of liggaam deur die Minister goedgekeur onderworpe aan die voorwaardes wat die Minister in sy diskresie mag bepaal."

28 A 2 en 4.

29 Reg 5(1) gelees met reg 9.

30 Ingestel kragtens a 4(3) van die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936.

31 Reg 5(2) gelees met reg 9.

32 Reg 1: " 'Informele gebied' grond - (a) in 'n gebied waarop hierdie regulasies van toepassing is; geleë buite 'n dorpsgebied; en wat kragtens regulasie 7 deur die minister aangewys is".

33 Reg 5(3) gelees met reg 7 8 en 9.

34 Hfst 1 reg 2(j) " 'huurpagperseel' - 'n eienaarsheid of 'n konsolidasie of kombinasie van twee of meer sodanige eenhede of van enige ander grond in 'n dorp aangedui op 'n diagram of 'n algemene plan van 'n dorp of 'n gedeelte daarvan".

35 Hfst 2A reg 1(1)(a).

36 GK R2571 van 1986-12-31 (SK 10570); sien par 2 1 3.

37 Bekker 7 16-19 asook 19-24 (bevoegdheid van swart vroue); Jackson 27-31.

Geregistreerde gebruiklike verbindings word as geldige huwelike vir doeleindes van die verkryging van huurpag beskou.³⁸

Die huurpagapplikant (asook latere huurpagverkrygers) moet 'n eedverklaring dat hy 'n bevoegde persoon is, aan die registrateur voorlê.³⁹

Die Wet op die Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 1988 bepaal dat die provinsiale sekretaris huurpagregte mag toeken aan individue wat sowel (a) bevoegde persone (soos hierbo omskryf) as (b) die houer van 'n perseelpermit, handelsperseelpermit of 'n sertifikaat van bewoning⁴⁰ is.

3 2 2 SAOT-grond

Aangesien die tersaaklike regulasies geen uitdruklike voorskrif in dié verband bevat nie, geld die bepalings van die Swart Grond Wet 27 van 1913 en die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936. Daarvolgens kan slegs swartes regte op sodanige grond verkry.

3 2 3 Selfregerende gebiede

PR293 omskryf "bevoegde persoon"⁴¹ met betrekking tot huurpag as iemand bedoel in regulasie 6(1) van hoofstuk 2 wat bevoeg is om 'n reg van huurpag te verkry en te behou. Kragtens regulasie 6(1) kan grond verkry word deur 'n swarte, 'n vereniging, 'n dorpsontwikkelaar, 'n finansiële instelling of enige ander instelling, liggaam of persoon wat deur die minister daartoe gemagtig is.⁴² Wanneer 'n huurpaghouer ophou om 'n bevoegde persoon te wees, bly die huurpag voortbestaan maar verloor hy sy okkupasiereg.⁴³

3 3 Identifikasie van persele

3 3 1 Stedelike swart woongebiede

Artikel 52 van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 bepaal dat huurpag in ontwikkelingsgebiede⁴⁴ verleen mag word selfs al het daar nog nie opmeting plaasgevind nie.⁴⁵ Opmeting by wyse van 'n plan of lugfoto,⁴⁶ asook die indiening van die diagram of algemene plan vir goedkeuring by die landmeter-generaal, moet in so 'n geval egter binne vier jaar na huurpagtoekenning geskied; intussen word daar 'n beperking op die vervreemding daarvan geplaas.⁴⁷ Indien die betrokke huurpagverlener (die betrokke owerheid of die dorpsontwikkelaar) versuim om binne die voorgeskrewe tydperk die perseel te laat opmeet en om die betrokke diagram of algemene plan in te dien, mag die huurpaghouer dit self laat doen en die koste verhaal.⁴⁸ Daar bestaan

38 Reg 16(1) GK R2451; vgl ook reg 16(2) vir reëlings mbt die effek van huwelike op die verkryging van huurpag.

39 Reg 14A GK R2451.

40 A 2(4)(a)–(b)(i); of 'n soortgelyke reg (a 2(4)(b)(ii)).

41 Reg 1 hfst 1 PR293.

42 Hfst 2 PR293.

43 Reg 3(1)(3) hfst 2A PR293.

44 A 33.

45 A 52(5); sien Bekker 8–9; Jackson 31–35.

46 Reg 6 GK R2451 verwys na 'n sertifikaat deur 'n landmeter uitgereik waarin die plan of lugfoto vermeld moet word.

47 A 52(6).

48 A 42(7); reg 7A GK R2451.

ook voorskrifte met betrekking tot die beslegting van afbakeningsgeskille.⁴⁹ Die registrateur van aktes is voorts verplig om in die geval van die registrasie van 'n onopgemete huurpag 'n desbetreffende endossement op die huurpagakte aan te bring.⁵⁰ Waar registrasie plaasgevind het op grond van 'n algemene plan wat nie deur 'n landmeter onderteken is nie (maar ten aansien waarvan hy 'n verifikasiesertifikaat uitgereik het), mag die landmeter-generaal 'n nuwe algemene plan goedkeur.⁵¹

3 3 2 SAOT-grond

PR29 maak voorsiening vir huurpag in dorpsgebiede,⁵² voorgestelde dorpsgebiede⁵³ en informele gebiede.⁵⁴

Wat die vervreemding van trustgrond betref, bevat GK R402 voorskrifte met betrekking tot die wyse van vervreemding van trustgrond,⁵⁵ die vervreemdings-ooreenkoms en akte of sertifikaat van verlening,⁵⁶ en die registrasie van 'n sertifikaat van 'n reg van huurpag kragtens PR30 en ander registrasiemaatreëls in die voorgeskrewe vorm (aanhangel C).⁵⁷

In informele gebiede⁵⁸ soos deur die minister aangewys,⁵⁹ mag huurpag verleen word op erwe en persele asook op ander grond mits daar 'n kaart of aangetekende lugfoto en 'n konsepkaart of konsep algemene plan⁶⁰ bestaan. Opmeting moet ook binne vier jaar na verlening van huurpag geskied en die huurpaghouer mag by ontstentenis daarvan die koste van die eienaar verhaal.⁶¹ Ook in hierdie geval word daar vir grensgeskilbeslegting voorsiening gemaak.⁶²

Huurpag mag ook in voorgestelde dorpsgebiede wat in die proses van stigting is, verleen word⁶³ mits die betrokke stuk grond getoon word op 'n deur die minister goedgekeurde algemene plan.⁶⁴ Verlening moet in ooreenstemming met die regsbepalings met betrekking tot dorpsstigting wees.⁶⁵ Die bepalings van regulasie 7(3)–(5) is *mutatis mutandis* van toepassing.

3 3 3 Selfregerende gebiede

In teenstelling met stedelike swart woongebiede en SAOT-grond mag huurpag slegs toegeken word ten aansien van persele wat deur 'n landmeter ooreenkomstig 'n algemene plan opgemeet is.⁶⁶

49 A 52(8); sien ook reg 7 GK R2451.

50 A 52(9).

51 A 52(9A).

52 Reg 5 gelees met reg 9.

53 Reg 8 gelees met reg 9.

54 Reg 7 gelees met reg 9. Reg 41 GK R405 bepaal uitdruklik dat huurpag ook in informele gebiede verleen mag word (sien reg 1 PR29 en 3 1 2 tov informele gebiede).

55 Reg 3.

56 Reg 4.

57 Reg 4(2)(b).

58 Sien reg 1 PR29 en par 3 1 2.

59 Reg 7(1) PR29.

60 Reg 7(2). Daar word ook voorsiening vir 'n ministeriële kaart of plan gemaak – reg 1(1).

61 Reg 7(3)–(4).

62 Reg 7(5).

63 Reg 8(1)(a).

64 Reg 11(b) bepaal dat die minister 'n konsep-algemene plan kan goedkeur.

65 Reg 8(2). Sien PR154 van 1988-03-09 (SK 11166).

66 Reg 1(4) hfst 2A PR293. Vgl egter die uiteensetting hierbo mbt die uitdruklike uitsluiting van die bepalings van die Opmetingswet 9 van 1927.

4 TOEKENNING

4 1 Stedelike swart woongebiede

Artikel 52(10) van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 en regulasie 13 GK R2451 bepaal dat huurpag eers regswerking verkry na registrasie in die akteskantoor.⁶⁷ GK R2451 bevat voorts uitdruklike voor-skrifte met betrekking tot die aansoek, toekenning en voorwaardes met betrek-king tot die betaling van 'n nominale jaarlikse huurgeld van R1,00 per jaar.⁶⁸ In die omsetting van perseel- en handelsperseelpermitte asook sertifikate van bewoning word daar voorsiening gemaak vir die opstel van 'n verklaring en 'n sertifikaat van geregistreerde reg van huurpag deur die provinsiale sekretaris asook vir die indiening daarvan by die registrateur van aktes.⁶⁹

4 2 SAOT-grond

Regulasie 4(1) van GK R403 stel verlening gelyk aan registrasie van die serti-fikaat van reg van huurpag ooreenkomstig aanhangsel B, en in die geval van SAOT-grond ooreenkomstig die bepalings van GK R402. Huurpag geld vir nege en negentig jaar vanaf registrasie.⁷⁰

4 3 Selfregerende gebiede

Toekenning geskied ook by registrasie in die registrasiekantoor.⁷¹ Die aansoek moet in ooreenstemming met bylae V ("Aansoek om registrasie van huurpag") wees, en in afwagting van registrasie kan tydelike voordele verleen word.⁷²

5 REGISTRASIE EN GEVOLGE

5 1 Stedelike swart woongebiede

Artikel 52-56 van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 bevat 'n aantal maatreëls met betrekking tot die registrasie en die gevolge van huurpag.⁷³ Ingevolge artikel 52(9) moet die registrateur die huur-pagakte dienooreenkomstig endosseer waar die perseel nie deur 'n landmeter opgemeet is nie.⁷⁴ Na registrasie moet 'n sertifikaat in die voorgeskrewe vorm aan die huurpaghouer uitgereik word; dit dien as bewys van die registrasie, die reg van okkupasie, om geboue op te rig, verbande te verleen en om die huurpag aan bevoegde derdes te vervreem.⁷⁵

67 Sien tav toekenning Bekker 40-43; Jackson 70-76.

68 Reg 9 10 en 12(1).

69 Reg 2-4 GK R109. Die sertifikaat moet in ooreenstemming met die aanhangsel (vorm A) wees.

70 Reg 10(1) PR29.

71 Reg 2(1)(a) hfst 2A PR293. Vgl ook reg 1 PR29 oor registrasie van huurpag in 'n registra-siekantoor of 'n akteskantoor.

72 Reg 2(1)(b)-(c) hfst 2A PR293. Gelde is maandeliks vooruitbetaalbaar - reg 2(1)(d).

73 Sien Bekker 9 (regte en verpligtinge) 40-43 (registrasie); Jackson 76-77.

74 Sien ook die bespreking hierbo (par 3 3 1) van a 52(9A) mbt die verifikasiesertifikaat en 'n nuwe algemene plan en vgl reg 13(2)-(3) GK R2451 mbt die effek van geen en latere opmeting. Sien ook a 52(10) en reg 13(1) GK R2451 mbt registrasie as voorvereiste vir die totstandkoming van huurpag. Daarenteen bepaal a 4(1) van die Wet op Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 1988 dat huurpag verleen word by wyse van 'n verklaring deur die provinsiale sekretaris. Sien tav die vorm van dié verklaring reg 2 GK R109.

75 A 53(2)-(5); vgl ook reg 14A GK R2451. Sien tav verbande Bekker 32-33.

Soos reeds hierbo vermeld is, geskied huurpagregistrasie nie geheel en al volgens die normale aktesregistrasieprosedure nie.⁷⁶

Kragtens artikel 5 van die Wet op die Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 1988 word 'n aangepaste prosedure vir die registrasie van dié huurpag voorgeskryf.⁷⁷

5 2 SAOT-grond

Registrasie van huurpag op SAOT-persedele mag in 'n registrasie- of akteskantoor geskied.⁷⁸ Die pligte van registrasiebeamptes (wat in gepaste gevalle ook 'n registrateur van aktes kan wees) omvat onder andere die registrasie en die oordrag van huurpagregte en verbandaktes.⁷⁹

Vervreemding van trustgrond in huurpag moet skriftelik (volgens aanhangsel A "Die riglyne vir 'n vervreemdingsooreenkoms") geskied en huurpagverlening in 'n vorm wesenlik dieselfde as aanhangsel C ("Sertifikaat van reg van huurpag") ooreenkomstig PR30 (die "registrasiekantoorregulasies") en ander wetgewing met betrekking tot huurpagregistrasies.⁸⁰

GK R403 bevat 'n aantal voorskrifte met betrekking tot die registrasie van huurpagaktes. Inligting wat huurpagverleners aan die registrasiebeampte moet verskaf, word in regulasie 4(2) uiteengesit. Huurpagverlening geskied deur die attestasie van die akte en die registrasieduplikaat en die aantekening daarvan in die register.⁸¹

Wanneer 'n register ten opsigte van 'n algemene plan in 'n akteskantoor geopen is, mag 'n registrasiebeampte nie huurpag verleen as daar reeds 'n oordrag geregistreer is nie.⁸² Waar die registrasiebeampte egter wel geldig huurpag mag verleen, moet hy in die geval van 'n reeds geopende register (waar daar dus geen oordrag geskied het nie) die registrateur onmiddellik daaromtrent in kennis stel en die huurpagakte aan die huurpaghouer (of die verbandhouer) lewer.⁸³

5 3 Selfregerende gebiede

Volgens regulasie 2(1)(d) hoofstuk 2A PR293 moet die aansoek (wat moet voldoen aan die vormvoorskrifte in bylae V uiteengesit) ingedien word waarna registrasie deur inskrywing in die betrokke register in die registrasiekantoor geskied. Daarna is die huurpaghouer geregtig op 'n sertifikaat van huurpag (soos in bylae V).⁸⁴ Dié sertifikaat dien as bewys van registrasie, die reg op okkupasie,⁸⁵

76 Vgl par 2 1 hierbo, asook a 53(1) en a 56. Huurpagverlening mag ook geskied sonder dat 'n sertifikaat van geregistreerde titel deur die vervreemder bekom is - a 56(3).

77 Sien verder veral reg 4 GK R109 mbt die indiening van dokumente.

78 Reg 1 PR29. Sien ook reg 3 PR30 tav die instelling van registrasiekantore en dat aktesregistrasiekantore ingestel kragtens reg 1 hfst 9 PR293 as registrasiekantore geag word (reg 3(2)).

79 Reg 5(c)-(e) PR30. Sy ander verpligtinge word in reg 5 uiteengesit en sy bevoegdhede in reg 6.

80 Reg 4(1)-(2) GK R402.

81 Reg 3(3) gelees met reg 4(3).

82 Reg 3(4) gelees met reg 4(3).

83 Reg 3(5) gelees met reg 4(3).

84 Reg 2(2). Sien ook die bespreking hierbo van reg 2(1) dat toekenning eers by registrasie in die registrasiekantoor geskied (reg 1(5) hfst 9 PR293). Volgens reg 2(4) hfst 2A kan registrasie eers geskied as alle bedrae en kostes betaal is.

85 Reg 2(3).

om geboue op te rig en te verbeter, die perseel te bewoon, verbande te verleen en die huurpag aan bevoegde persone te vervreem.⁸⁶ Huurpag en ander gelde is maandeliks vooruitbetaalbaar.⁸⁷

Besondere voorskrifte ten opsigte van die registrasie van huurpag is dat (a) notariële attestasie nie vereis word nie; (b) rojering met die instemming van die direkteur-generaal, huurpag- en verbandhouer mag geskied; (c) niesteenstaande artikel 53(5) van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937, huurpag deur die direkteur-generaal verleen mag word sonder dat 'n sertifikaat van geregistreerde titel uitgereik is; en (d) dokumente wat volgens laasgenoemde wet by 'n registrateur van aktes ingedien moet word, aan die betrokke registrasiekantoor gelewer moet word.⁸⁸

Kragtens die Wysigingswet op die Registrasie van Aktes 24 van 1989 word daar nou voorsiening gemaak vir die sluit van ooreenkomste tussen selfregerende gebiede en die Suid-Afrikaanse regering met die oog op die registrasie van aktes deur en in Suid-Afrikaanse akteskantore op 'n agentskapbasis vir die betrokke selfregerende gebiede.⁸⁹ Dit behels egter net werksaamhede soos deur eie wetgewing van die betrokke selfregerende gebiede self bepaal; dit is dus twyfelagtig of registrasiehandelinge kragtens PR 153 (wat in ieder geval deur die selfregerende gebiede aanvaar moes word),⁹⁰ geldig deur 'n Suid-Afrikaanse registrateur van aktes mag plaasvind. Dit wil voorkom of dié artikel slegs van toepassing kan wees waar die selfregerende gebied self sy eie wetgewing oor huurpag aanvaar het.

6 OORDRAG

Oordrag van huurpag (vervreemdings van huurpag deur die eerste en latere huurpaghouers) geskied *mutatis mutandis* op ongeveer dieselfde wyse as die aanvanklike huurpagtoekenning en -registrasie. Slegs wesenlike verskille word hieronder aangedui.

6 1 Stedelike swart woongebiede

Buiten in die geval van eksekusie-, insolvensie- en bestorwe boedelverkopings,⁹¹ mag vervreemding van huurpag net geskied as daar aan die opmetingsvereistes voldoen is.⁹² Die Wet op die Vervreemding van Grond 68 van 1981 geld in die geval van oordragte.⁹³ Oordragte mag net aan bevoegde persone geskied.⁹⁴ In

86 Reg 3.

87 Reg 2(1)(d).

88 Reg 6(1)-(4).

89 A 102B van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937: "Indien die Regering van die Republiek van Suid-Afrika en die regering van 'n selfregerende gebied soos omskryf in artikel 38 van die Grondwet van die Selfregerende Gebiede, 1971 (Wet No. 21 van 1971), daartoe ooreenkom, kan 'n registrateur enige werksaamheid verrig wat aan 'n registrateur by of kragtens 'n wet van daardie selfregerende gebied opgedra word in verband met die registrasie van aktes, en so 'n werksaamheid word deur die registrateur verrig op die voorwaardes waarop tussen die Regering van die Republiek van Suid-Afrika en die regering van daardie selfregerende gebied ooreengekom word."

90 Sien par 2 1 3 hierbo.

91 Sien Bekker 43-44 (eksekusie en insolvensie); 55-61 (boedelverkopings); 61-63 en Jackson 77-78 tav egskeidings.

92 A 52(6) van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984.

93 A 52(14).

94 A 52(2) en 52(12).

die geval van eksekusie-, insolvensie- of likwidasieverkopings van opgemete persele mag die huurpag deur 'n bevoegde persoon of die ontwikkelingsraad of plaaslike owerheid gekoop word. Is die opbrengs van die verkoping egter nie voldoende nie, mag die vonnisskuldeiser (en as daar 'n verbandhouer is, hy) dié huurpagereg koop.⁹⁵ Hoewel artikel 54(1) bepaal dat 'n geregistreerde huurpag by wyse van akte of endossement (op die voorgeskrewe wyse) oorgedra mag word, bepaal artikel 16A van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 dat oordrag slegs by wyse van 'n transportakte wat deur die registrateur onderteken of getesteer is, oorgedra mag word.⁹⁶ Voor registrasie van die oordrag mag plaasvind, moet alle gelde en ander bedrae aan die betrokke ontwikkelingsraad of plaaslike owerheid eers betaal word.⁹⁷ Daarbenewens moet die huurpagoordragnemer 'n eedsverklaring dat hy 'n bevoegde persoon is voor registrasie aan die registrateur voorlê.⁹⁸ Geen perseelpermit, woonpermit of sertifikaat van bewoning mag ten opsigte van 'n huurpagperseel of 'n onopgemete huurpagperseel verkry word nie.⁹⁹

Dit spreek vanself dat oordrag van huurpagte wat kragtens die Wet op die Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 1988 tot stand gekom het, plaasvind op die wyse hierbo uiteengesit.

6 2 SAOT-grond

In teenstelling met stedelike swart woongebiede vind oordrag van SAOT-huurpagte ingevolge GK R403 by wyse van endossement op die akte plaas en word die oordrag in die betrokke register aangeteken.¹⁰⁰ Die oordraggewer moet (a) sy skriftelike toestemming (ooreenkomstig die vorm van aanhangsel C); (b) persoonlike besonderhede van die oordragnemer (ooreenkomstig die vorm van aanhangsel D); en (c) die betrokke akte aan die registrasiebeampte voorlê. Waar die huurpag met 'n verband beswaar is, mag oordrag slegs geskied na kansellasie of vrystelling behalwe ter uitvoering van 'n hofbevel, in die geval van insolvensie of 'n bestorwe boedel of 'n desbetreffende hofbevel.¹⁰¹ Oordrag mag ook slegs geskied as die plaaslike owerheid 'n sertifikaat uitreik dat alle kostes en heffings gereed is.¹⁰² Daar word voorts spesifiek voorsiening gemaak vir oordrag aan kinders, uit bestorwe gemeenskaplike boedels en vanaf 'n groep persone.¹⁰³

6 3 Selfregerende gebiede

Ook in selfregerende gebiede mag vervreemding slegs aan bevoegde persone, 'n verbandhouer of die SAOT geskied.¹⁰⁴ Artikel 2 van die Wet op die Vervreemding van Grond 68 van 1981 is ook op oordragte van toepassing.¹⁰⁵ Anders as in

95 A 53(11). Sien ook a 58 van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 mbt bevoegdhede tov sekere bates in insolvente en bestorwe boedels.

96 A 16A is ingevoeg deur die Wysigingswet op Registrasie van Aktes Wet 24 van 1989. Waar die staat die oordraggewer is, kan dit by wyse van 'n grondbrief geskied.

97 A 54(2).

98 Reg 14A GK R4521.

99 Reg 18 GK R2451.

100 Reg 5(1) en 5(3).

101 Reg 9 PR30.

102 Reg 17 PR30.

103 Reg 13-15 PR30.

104 Reg 3(1)(d) hfst 2A PR293.

105 Reg 3(4) hfst 2A PR293.

SAOT-gebiede geskied oordrag by wyse van akte en deur endossement op die voorgeskrewe wyses¹⁰⁶ nadat bewys gelewer is dat geen vordering, geld of ander bedrag verskuldig is nie.¹⁰⁷ In die geval van verkopings in eksekusie of op grond van insolvensie of likwidasie geld dieselfde reëlings as ten aansien van stedelike swart woongebiede.¹⁰⁸

7 DIVERSE AANGELEENTHEDE

Daar word in die verskillende maatreëls vir diverse aangeleentede soos betaling van gelde,¹⁰⁹ oorgangsbepalings¹¹⁰ en voorwaardes¹¹¹ voorsiening gemaak.

8 PROBLEME

8 1 Stedelike swart woongebiede

'n Aantal probleme bestaan ten aansien van huurpag in stedelike swart woongebiede:¹¹² die gebrek aan tydige beskikbaarstelling van grond vir dorpsstigting en -uitbreiding (wat tot 'n tekort van huurpagpersele lei); die afhandeling van die omsettingsproses van GK R1036-permitte in huurpag sal waarskynlik geruime tyd duur; die feit dat huurpagverkrygers kragtens die 1978-, 1984- en die huidige 1986-maatreëls vir die perseel betaal, terwyl huurpag kragtens bogenoemde prosedure gratis toegeken word; die verlening van huurpag by wyse van kennisgewing kragtens dié prosedure teenoor die registrasievoorskrifte van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984; en die gebrek aan fondse om self onopgemete huurpagpersele te laat opmeet.

Met betrekking tot die aanvanklike toekenning van huurpag vereis artikel 52-53 van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 registrasie ooreenkomstig die bepaling van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937. Daarenteen bestaan daar 'n botsing met betrekking tot die registrasie van oordragte (artikel 54(1) van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 (registrasie van die akte of endossement) en artikel 16A van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 (registrasie van die akte of 'n grondbrief as dit om staatsgrond gaan)).

8 2 SAOT-grond

Met betrekking tot die registrasievereiste word daar onderskei tussen SAOT- en ander grond; GK R402 en GK R403 bevat nie enersluidende voorskrifte nie. In die geval van toekenning kan daar probleme ontstaan met planne en kaarte

106 Reg 4(1) hfst 2A PR293.

107 Reg 4(2) hfst 2A PR293.

108 Reg 3(2) hfst 2A PR293. Sien par 6 2 hierbo.

109 *Stedelike swart woongebiede*: a 52(4) 52(15) en 53(6) van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984; reg 17 GK R2451; GK R1899 van 1986-09-12 (SK 10431) (die "prysregulasies"); a 4(2) van die Wet op die Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 1988. Sien ook Bekker 34-39. *SAOT*: reg 17 GK R2451; reg 16 en 17 PR30; reg 5(1) GK R402; reg 22 en 24 GK R403. *Selfregerende gebiede*: reg 1(1)(3) 2(1)(d) en 3(5) hfst 2A PR293.

110 *Stedelike swart woongebiede*: a 52(16) en 56(5)(a) van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984; reg 18 GK R2451. *SAOT*: reg 12(2) PR29; reg 18 PR30; reg 17 GK R402; reg 25 GK R403; reg 40 GK R405.

111 *Stedelike swart woongebiede*: a 52(1)(b) van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984; reg 12 GK R2451. *SAOT*: reg 4(2) PR29; Aanhangel B en C GK R402; Aanhangel B GK R403.

112 Sien ook Jackson 81-85 - probleme en aanbevelings.

deur die minister goedgekeur (regulasie 7(2)(b) en 11(b) PR29); konsep algemene planne en -kaarte (regulasie 7(2)(b) en 8(1)(b) PR29); die verkryging van huurpag in informele gebiede (regulasie 7 PR29; GK R402 saamgelees met regulasie 41 GK R405); die opmeting van onopgemete persele deur die huurpaghouer (regulasie 7(3) PR29); en die voorskrif dat die aanvanklike verlening van persele in gebiede waar dorpsstigting nog nie voltooi is nie, in ooreenstemming met regsbepalings met betrekking tot dorpsstigting (GK R402 en PR30) moet wees (regulasie 8(2) PR29). Die registrasie van die aanvanklike verlening van SAOT-persele moet in ooreenstemming met die registrasiekantoorregulasies (PR30) en "enige ander wet wat die registrasie van sodanige regte reguleer" (regulasie 4(2)(b) GK R402) wees - dit is onduidelik watter ander wette hier ter sprake sou wees. 'n Verdere probleem is dat in die geval van die registrasie van die aanvanklike huurpagtoekenning van "ander persele", geen registrasie deur die registrasie-beampte waar daar 'n algemene plan geregistreer en 'n register in 'n akteskantoor geopen is, in sy eie registrasiekantoor mag plaasvind as daar reeds 'n oordrag in daardie akteskantoor geregistreer is nie (regulasie 3(4)-(5) GK R403).

In teenstelling met stedelike gebiede vind alle oordragte by wyse van endossement plaas (regulasie 5(1) GK R403).

Dit is ook ondoenlik om in 'n omvattende stel SAOT-huurpagregulasies 'n verwysing na GK R2451 (wat slegs op stedelike swart woongebiede van toepassing is) aan te tref (regulasie 17(1) PR30 met betrekking tot aktebesorgersfooie).

8 3 Selfregerende gebiede

Daar bestaan onder meer ses probleme ten aansien van huurpag in die selfregerende gebiede (hoofstuk 2A PR293). Eerstens mag huurpag slegs ten aansien van opgemete persele verleen word (regulasie 1(4)). Regulasie 3(2) hoofstuk 1 het die Opmetingswet 9 van 1927 uitgesluit met die gevolg dat heelwat grond in die selfregerende gebiede nooit opgemeet is nie. In die tweede plek geskied die aanvanklike toekenning by wyse van registrasie in 'n registrasiekantoor (regulasie 2(1)(a)). Dertens vind registrasie deur inskrywing op die betrokke register plaas (regulasie 2(2)(a)). Artikel 102B van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 maak vierdens daarvoor voorsiening dat Suid-Afrikaanse akteskantore op 'n agentskapsbasis akteshandelinge wat in 'n wet van die selfregerende gebied omskryf word, mag verrig. Aangesien PR293 ondergeskikte wetgewing is wat kragtens 'n Suid-Afrikaanse wet uitgereik is, sou huurpagregistrasie ingevolge PR293 nie in Suid-Afrikaanse akteskantore mag geskied nie. Vyfdens word uitdruklik bepaal dat gelde maandeliks vooruitbetaalbaar is (regulasie 2(1)(d)); en in die sesde plek sal die aanvaarding van eie wetgewing deur selfregerende gebiede self tot 'n chaotiese toestand lei.

9 GEVOLGTREKKING

Die uiteensetting hierbo laat blyk dat daar wydlopende verskille tussen die onderskeie stelsels bestaan. Ten grondslag hiervan is die bestaan van verskillende wette (elk met sy eie funksionaris) wat grond in die onderskeie gebiede beheers. Dit het dan ook 'n direkte uitwerking op uiteenlopende magtigende bepalings en ondergeskikte wetgewing daarvolgens uitgereik asook op prosedures, vereistes en voorskrifte met betrekking tot vorms en sertifikate. Dié toedrag van sake

resulteer in verskille met betrekking tot die identiteit van die toekener, bevoegdheidsvereistes, identifikasie van geskikte persele, eerste toekenning, registrasie, oordrag asook die betaling van huurpagkoste en ander gelde. Die daarstelling van een gemeenskaplike wet met eenvormige regulasies en gepaardgaande voorskrifte is die enigste wyse waarop hierdie juridiese chaos opgelos kan word en wat tot regsekerheid vir alle betrokkenes (huurpaghouders, owerheidsinstansies en regspraktisyns) sal lei.

Broad acres are a patent of nobility; and no man but feels more of a man in the world if he has a bit of ground that he can call his own. However small it is on the surface, it is four thousand miles deep; and that is a very handsome property (CD Warner (1871)).

Dorpsstigting: Suid-Afrikaanse Ontwikkelingstrust en selfregerende gebiede

W du Plessis

B Iur LLD

Senior Lektrise in die Romeinse reg en Regspluralisme, Potchefstroomse Universiteit vir CHO

SUMMARY

Town planning: South African Development Trust and selfgoverning territories

There are no uniform rules governing town planning in South Africa. Divergent town planning measures apply, for example, in the three categories of black areas, namely the black rural areas (South African Development Trust areas (SADT)), the selfgoverning territories and urban townships. Until now very little has been published on town planning in the SADT areas and the selfgoverning territories. The aim of this article is to set out the town planning procedures in these areas. A number of practical and legal problems are identified, and, in conclusion, a few proposals put forward.

1 INLEIDING

Daar bestaan geen eenvormige dorpsstigtingprosedures in Suid-Afrika nie. Dit word deur 'n verskeidenheid proklamasies en ordonnansies gereël.¹ Die ruimtelike regspluralisme² het ontstaan deurdat elke provinsie sy eie dorpsstigtings-ordonnansies aangeneem het wat op blanke, kleurling- en Indiërdorpe betrekking het. Ten aansien van swartes word daar in dié verband onderskei tussen dorpe in stedelike gebiede, op Suid-Afrikaanse Ontwikkelingstrustgrond (SAOT-grond) en in die selfregerende gebiede. Kragtens die Grondwet van die Selfregerende Gebiede 21 van 1971 mag elke selfregerende gebied sy eie dorpsstigtingsprose-

1 Ordonnansie op Dorpsbeplanning en Dorpe 15 van 1986 (T); Ordonnansie op Grondgebruikbeplanning 15 van 1985 (K); Ordonnansie op Dorpe 9 van 1969 (O); Dorpsbeplanningordonnansie 27 van 1949 (N); *stedelike swart woongebiede*: GK R1897 van 1986-09-12 (SK 10431); *SAOT-gebiede* (Suid-Afrikaanse Ontwikkelingstrustgebiede): PR154 van 1983-10-14 (SK 8933), reg 8 PR29 van 1988-03-09 (SK 11166), GK R404 van 1988-03-09 (SK 11166), reg 11 (hierna PR163) van PR163 van 1974-08-23 (SK 4368) wat dorpsontwikkeling in die Edendale- en Clermontgebiede reël; *selfregerende gebiede*: PR293 van 1962-11-16 (SK 373) soos gewysig deur PR153 van 1983-19-14 (SK 8933) en wysigings in die selfregerende gebiede ingevolge a 30 saamgelees met Bylae 1 item 28 Grondwet van die Selfregerende Gebiede 21 van 1971. Kragtens a 5 van die Wysigingswet op die Grondwet van die Nasionale State 111 van 1990 (inwerkingtreding 1990-07-13) word alle verwysings na "nasionale state" met terugwerkende krag gewysig na "selfregerende gebiede".

2 Olivier "Regspluralisme in Suider-Afrika" 1988 *TRW* 60-79.

dures voorskryf. Nie al hierdie dorpsstigtings- en dorpsontwikkelingsprosedures is egter duidelik uiteengesit nie. Hierbenewens het weinig literatuur al in hierdie verband verskyn.³

In hierdie artikel word die belangrikste dorpsstigting- en dorpsontwikkelingsprosedures in die SAOT-gebiede en die selfregerende gebiede uiteengesit, 'n aantal probleme geïdentifiseer en aanbevelings gemaak.

Die volgende maatreëls word bespreek:⁴

- SAOT-grond
 - PR154 van 1983-10-14 (SK 8933) (hierna PR154)
 - Regulasie 8 PR29 van 1988-03-09 (SK 11166) (hierna PR29)
 - GK R404 van 1988-03-09 (SK 11166) (hierna GK R404)
- Selfregerende gebiede:
 - PR293 van 1962-11-16 (SK 373) (hierna PR293), soos gewysig deur PR153 van 1983-10-14 (SK 8933) (hierna PR153) (PR153 geld net as die selfregerende gebied dit na 14 Oktober 1983 aanvaar het)
 - Wysigings deur die selfregerende gebiede aangebring

2 SUID-AFRIKAANSE ONTWIKKELINGSTRUST (SAOT)

2 1 Agtergrond

PR293 het aanvanklik dorpsstigting en -ontwikkeling op SAOT-grond gereël. PR154⁵ is in 1983 afgekondig om die verskillende prosedures van toepassing op SAOT- en ander grond uiteen te sit. PR154 is kragtens regulasie 2 op alle grond van toepassing wat geleë is in SAOT-gebiede of oopgestelde gebiede wat in die naam van 'n swart persoon, die Minister van Onderwys en Ontwikkelingshulp of iemand anders wat die grond hou vir 'n swart persoon, stam of gemeenskap of 'n oorlede swart persoon of in die naam van die trust geregistreer is (SAOT-grond), afgesonderde gebiede (kragtens die Swart Grond Wet 27 van 1913) en "swart gebiede" wat kragtens artikel 25 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 deur die parlement aangewys is (ander grond). PR154 maak voorsiening vir algemene bepalings soos die aanstel van 'n dorpsontwikkelingsbeampte, die verskillende beplanningsvereistes, norme, standaarde en spesifikasies (hoofstuk 1), die aanwysing van dorpsgebiede (hoofstuk 2), die ontwikkeling van aangewese dorpsgebiede (hoofstuk 3) en ander diverse bepalings (hoofstuk 4).

GK R404 regulasie 5 omskryf die sonering- en hersoneringsprosedures terwyl PR29 na die uitreik van grondbriewe verwys.

2 2 Praktiese werking

Dorpsstigting mag op SAOT-grond of op enige ander goedgekeurde stuk grond⁶ geskied. Die prosedure in die twee gevalle verskil in bepaalde opsigte. Dorpsstigting kan oor die algemeen in sewe fases ingedeel word, naamlik (a) aansoekprosedure, (b) beskikbaarstelling van grond, (c) uitlegplan, (d) verskaffing van dienste, (e) verskaffing van waarborge, (f) onderverdeling en (g) wysigings aan bestaande planne en hersonering. Aangeleenthede wat hiermee verband hou, is begiftigings en die hantering van geskilprosedures.

3 Olivier, Pienaar en Van der Walt *Statutêre sakereg* (1988) Swart Grondreg 35-36 63-71.

4 Hierdie artikel bevat wetgewing en regulasies soos op 1990-01-30.

5 Uitgereik kragtens a 25(1) Swart Administrasie Wet 38 van 1927 en a 21 Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936.

6 Reg 2 soos hierbo uiteengesit.

2 2 1 Fase I: aansoekprosedure

Ten aansien van SAOT-grond moet die minister in die *Staatskoerant* kennis gee dat hy 'n bepaalde stuk grond aangewys het waarop 'n dorp gestig of ontwikkel kan word. 'n Tydperk word gestel waarbinne aansoeke vir die ontwikkeling van die dorp ontvang sal word.⁷ Die Direkteur-Generaal van Ontwikkelingshulp skryf sekere vereistes, standarde en spesifikasies vir elke dorp voor wat deur die dorpspromotor (ontwikkelaar) nagekom moet word. Hierdie inligting moet op versoek aan 'n belangstellende ontwikkelaar beskikbaar gestel word.⁸ Die dorpspromotor doen skriftelik by die dorpsontwikkelingsbeampte aansoek om 'n dorp te ontwikkel.⁹ Die aansoek moet alle planne, dokumente, inligting, waarborge en ander geldelike vereistes uiteensit en meld dat al die vereiste beplanning, norme en standarde nagekom is.

Terselfdertyd moet die dorpspromotor 'n afskrif van die aansoek aan elke plaaslike owerheid en metropolitaanse bestuursliggaam (indien dit bestaan) stuur, asook 'n kennisgewing in twee uitgawes van 'n plaaslike koerant publiseer dat beoog word om 'n bepaalde gebied te ontwikkel. Die kennisgewing nooi die publiek uit om binne 14 dae enige kommentaar aan die dorpspromotor voor te lê. 'n Plaaslike owerheid mag binne een maand enige kommentaar of aanbevelings aan die dorpsontwikkelingsbeampte deurgee.¹⁰ Versuim 'n plaaslike owerheid om binne die voorgeskrewe tydperk te reageer, word geag dat die plaaslike owerheid geen kommentaar wil lewer of aanbevelings wil maak nie.¹¹

Die minister mag na goeddunke 'n dorpspromotor magtig om 'n dorp te ontwikkel, 'n aansoek in die geheel of gedeeltelik weier, verdere inligting aanvra of sy magtiging terughou. Die Departement van Ontwikkelingshulp stel die aplikant, die dorpsontwikkelingsbeampte, die betrokke funksionaris in die gebied (vroëer hoofkommissaris), die betrokke plaaslike bestuursliggame, die landmeter-generaal en die registrateur van aktes in kennis van die minister se besluit.¹²

In die geval van dorpsontwikkeling op ander grond as SAOT-grond moet die minister ook toestemming verleen dat dorpe gestig mag word.¹³ Die dorpspromotor rig ook hier 'n skriftelike aansoek aan die dorpsontwikkelingsbeampte om magtiging vir dorpsontwikkeling van die minister te bekom. Dié aansoek moet naas die inligting hierbo vermeld ook die volgende bevat:¹⁴

(a) Indien die grond geregistreer is, die toestemming van die geregistreerde; (b) toestemming van verbandhouders waar toepaslik; (c) alle dokumentasie met betrekking tot minerale regte soos beskryf in regulasie 12; (d) toestemming van die vruggebruiker waar toepaslik; (e) 'n sertifikaat van die registrateur van aktes dat daar geen beswaring teen die titelakte geregistreer is nie; en (f) 'n afskrif van die titelakte.

Net soos in die geval van SAOT-grond moet kennisgewings aan plaaslike owerhede en aan twee uitgawes van plaaslike koerante versend word.¹⁵ Dieselfde

7 Reg 5.

8 Reg 4.

9 Reg 9.

10 Reg 6(3) deur reg 9 van toepassing gemaak.

11 Reg 6(4)(b) deur reg 9 van toepassing gemaak.

12 Reg 10.

13 Reg 6.

14 Reg 6(1)(b).

15 Reg 6(2)-(3).

beperkings ten aansien van tydperke geld ook. Die dorpsontwikkelingsbeampte lê mettertyd die kommentaar van die publiek en plaaslike besture aan die minister vir oorweging voor.¹⁶ Die minister mag die stigting van die dorp goedkeur, voorwaardes oplê, bykomende inligting aanvra of sy magtiging terughou.¹⁷ Die dorpspromotor moet binne een maand na ontvangs van die minister se beslissing die dorpsontwikkelingsbeampte meedeel of die voorwaardes aanvaar word – indien hy negatief of glad nie reageer nie word dit geag dat die aansoek teruggetrek is. Indien die minister die stigting van die dorp goedkeur en alle voorwaardes aanvaar is, word daar by kennisgewing in die *Staatskoerant* bekendgemaak dat 'n dorp op die bepaalde grond gestig en ontwikkel gaan word.

2 2 2 Fase II: beskikbaarstelling van grond

SAOT-grond word deur die trustee (na goedkeuring deur die minister) op versoek van die dorpspromotor vir dorpsontwikkeling beskikbaar gestel.¹⁸ Ander grond as SAOT-grond word na goedkeuring van die aansoek by kennisgewing in die *Staatskoerant* aangewys.¹⁹

2 2 3 Fase III: uitlegplan

Na fase II geskied dorpsontwikkeling op sowel SAOT- as ander grond op dieselfde wyse. 'n Uitlegplan moet voorberei word binne die tydperk wat die minister bepaal het,²⁰ of as geen tydperk bepaal is nie, binne die tydperk deur die dorpsontwikkelingsbeampte bepaal. Dié uitlegplan moet die volgende besonderhede bevat:²¹

- (a) As algemene strekking die ordelikheid, gesondheid, veiligheid, goeie orde, aantreklikheid, gerief en algemene welsyn van die onmiddellike omgewing;
- (b) die voldoening aan die vereistes, norme, standaard en spesifikasies wat deur die direkteur-generaal voorgeskryf is;²²
- (c) enige ander inligting deur die dorpspromotor vereis;
- (d) die hoof topografiese kenmerke van die gebied;
- (e) die grense van die dorp;
- (f) die afbakening van handels-, woon-, nywerheids- en gemeenskapsgebiede in verhouding tot die aantal inwoners van die gebied;
- (g) strate, parkering, openbare en privaatruimtes;
- (h) gebiede gereserveer vir die staat;
- (i) bewaringsplekke; en
- (j) grond vir ander doeleindes gesoneer.

'n Afdruk van die uitlegplan word aan elke owerheid binne 'n radius van tien kilometer gestuur.²³ 'n Kennisgewing soos deur die dorpsontwikkelingsbeampte goedgekeur is, moet in twee uitgawes van 'n koerant wat in die gebied sirkuleer, geplaas word. Daaruit moet blyk dat die uitlegplan ter insae van die publiek lê wat binne veertien dae kommentaar kan lewer. Dieselfde prosedure as hierbo uiteengesit²⁴ word gevolg ten aansien van die lewering van kommentaar deur plaaslike besture.²⁵

16 Reg 6(4).

17 Reg 7(1).

18 Reg 11.

19 Reg 7(3).

20 Reg 10(1)(a) tav SAOT-grond.

21 Reg 13(2).

22 Sien reg 4.

23 Reg 14(1).

24 Sien reg 6.

25 Sien reg 14(2).

Die minister mag die plan onderworpe aan bepaalde wysigings, aanpassings of voorwaardes goedkeur, die plan afkeur, bykomende inligting aanvra of sy goedkeuring terughou.²⁶ Die goedkeuring van die minister word deur die departement aan die dorpspromotor, dorpsontwikkelingsbeampte, hoofkommisaris, die betrokke plaaslike besture, die landmeter-generaal en die registrateur van aktes deurgegee.²⁷

Na goedkeuring deur die minister moet die voorbereiding van die algemene plan en kaarte geskied, planne moet by die registrateur van aktes liasseer en 'n diensteskema opgestel word.

Binne ses maande²⁸ moet alle algemene planne aan die landmeter-generaal vir goedkeuring voorgelê word – 'n afskrif moet ook aan die dorpsontwikkelingsbeampte voorgelê word vir versending aan die minister.²⁹ Binne een maand na die goedkeuring van dié plan deur die minister moet die dorpspromotor in die geval van ander grond die plan by die registrateur van aktes en in die geval van SAOT-grond by die betrokke aktesregistrasiekantoor (of aangewese funksionaris) liasseer.³⁰ Die registrateur van aktes of die aktesregistrasiekantoor verwittig die minister van hierdie optrede.³¹ Afskrifte van die kaarte moet ook by die plaaslike bestuur ingehandig word.³²

2 2 4 Fase IV: voorsiening van dienste

Binne die tydperk deur die minister of die dorpsontwikkelingsbeampte bepaal, moet die dorpspromotor 'n skema ten aansien van dienstevoorsiening aan die dorpsontwikkelingsbeampte voorlê.³³ Word geen diensteskema voorgelê nie, word dit geag dat die dorpspromotor nie meer met die dorpsontwikkeling wil voortgaan nie.³⁴ Die skema moet voldoen aan die voorskrifte soos in regulasie 16(2) neergelê. Hierdie skema moet vergesel wees van 'n onderneming dat die dorpspromotor dié dienste binne drie jaar sal verskaf.³⁵ Die minister mag die diensteskema goedkeur met wysigings, voorwaardes of aanpassings, die skema verwerp, bykomende inligting aanvra of sy goedkeuring terughou.³⁶ Die departement stel weer eens alle belanghebbendes (soos hierbo uiteengesit) in kennis van die goedkeuring.³⁷

2 2 5 Fase V: voorsiening van waarborge

Binne drie maande na goedkeuring van die diensteskema moet die dorpspromotor waarborge aan die minister verskaf dat die dienste binne 'n bepaalde tyd geïnstalleer sal word, dat dit by bestaande dienste aangesluit sal word en dat die onverstoorde beheer oor grond afgesonder vir openbare gebruik aan die staat

26 Reg 15(1).

27 Reg 15(2).

28 Of 'n tydperk deur die dorpsontwikkelingsbeampte en die landmeter-generaal bepaal.

29 Reg 19; sien ook reg 34(2).

30 Reg 19(2); sien ook regulasie 34(2).

31 Reg 19(3).

32 Reg 34(2)(d).

33 Reg 16(1).

34 Reg 16(4).

35 Waarborge moet kragtens reg 18 verskaf word.

36 Reg 17(1).

37 Reg 17(2).

oorgedra sal word.³⁸ Die dorpspromotor moet al die dienste met inagneming van die voorwaardes voorsien.³⁹

Indien die minister oortuig is dat al die voorafgaande handeling soos hierbo omskryf, nagekom is, mag hy op versoek van die dorpspromotor by kennisgewing in die *Staatskoerant* die gebied tot dorp verklaar.⁴⁰ Hy mag enige verdere voorwaardes in die verband oplê.

2 2 6 Fase VI: afbakening van en beskikking oor persele

Sodra die uitlegplan, diensteschema en algemene planne goedgekeur en die gebied tot dorp verklaar is, word dit geag dat ministeriële goedkeuring verleen is vir sowel die onderverdeling van grond in die dorpsgebied as die verkoop van of beskikking oor persele in die betrokke gebied.⁴¹

Grond vir openbare gebruik moet binne drie maande op koste van die dorpspromotor oorgedra word as dit nie SAOT-grond is nie. In die geval van SAOT-grond word die grond op versoek en koste van die dorpspromotor deur die trust in die naam van die plaaslike bestuur geregistreer. Totdat hierdie bepaling nagekom is, mag in beide gevalle geen oordrag van ander grond geregistreer word nie.⁴²

Die eiendomsreg van strate berus by die plaaslike bestuur of by die minister wat dit in trust hou vir 'n toekomstige plaaslike bestuur.⁴³ Waar SAOT-grond betrokke is, mag die minister aan 'n persoon, vereniging of liggaam van persone 'n grondbrief (bewys van titel) ten opsigte van 'n bepaalde perseel uitreik, of indien daar nie vir 'n grondbrief gekwalifiseer word nie mag huurpag of deelhuurpag toegeken word.⁴⁴ Enige grond wat nie in 'n omskrewe dorp opgeneem is nie, val terug in trustbesit.⁴⁵

2 2 7 Fase VII: wysigings aan bestaande planne en hersonering

Indien 'n dorpspromotor dit nodig ag, mag hy by die dorpsontwikkelingsbeampte aansoek doen om 'n algemene plan of diensteschema te wysig. Die aansoek moet voldoen aan alle vereistes wat die ontwikkelingsbeampte stel. Dieselfde prosedure word ten aansien van dié aansoek gevolg as by die indiening van 'n uitlegplan.⁴⁶

38 Reg 18. 'n Verdere voorwaarde is die verskaffing van waarborge vir die betaling van sekere begiftigings ingevolge reg 24 waarmee 'n dorpsbeplanningsfonds op die been gebring word (reg 28).

39 sien reg 22 – die plaaslike bestuur kan ook die dienste installeer wat deur die dorpspromotor vergoed moet word. Enige geskille in dié verband word aan die minister voorgelê. Hy kan in oorleg met die administrateur van die betrokke provinsie, indien daar 'n geskil met 'n statutêre liggaam (kragtens 'n provinsiale ordonnansie ingestel) bestaan, 'n beslissing gee (sien par 2 2 8).

40 Reg 20. Foute in die kennisgewing kan by latere kennisgewing herstel word (reg 20(2)).

41 Reg 34.

42 sien in hierdie verband reg 23 en 27.

43 Reg 29.

44 Reg 35(1)(a). Die tersaaklike wetgewing is steeds van toepassing (reg 35(2)). Reg 8 PR29 van 1986-09-03 (SK 11166) verwys ook na hierdie aangeleentheid.

45 Reg 36.

46 Reg 33.

Indien 'n bepaalde applikant nie met dorpsstigting wil voortgaan nie, mag die minister op versoek van of met die instemming van die applikant, toestemming verleen dat hy deur 'n ander ontwikkelaar vervang word.⁴⁷

In GK R404 van 1988-03-09⁴⁸ word daar vir 'n hersoneringsprosedure voorsiening gemaak in die geval van grond afgesonder vir dorpe kragtens artikel 30(1) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 (ander grond). Die hoofbeplanningsbeampte (in dié geval die Direkteur-Generaal van die Departement Ontwikkelingshulp) is gemagtig om enige grond te soneer of op navraag van 'n plaaslike bestuur die sonering te wysig.⁴⁹

2 2 8 Diverse bepalinge

Die begiftigingsprosedure⁵⁰ word in regulasies 24-26 PR154 uiteengesit. Die regulasies skryf ook 'n prosedure voor waar 'n geskil tussen 'n plaaslike bestuursliggaam en 'n dorpspromotor ontstaan ten aansien van die verskaffing van dienste en die implementering van die uitlegplan. Dit geskied⁵¹ wanneer (a) die plaaslike bestuur weier om die dorpspromotor geleentheid te gee om die verskillende dienste te installeer;⁵² (b) onaanvaarbare voorwaardes deur die plaaslike bestuur voorgeskryf word; en (c) 'n geskil tussen die dorpspromotor en die plaaslike bestuur ten opsigte van die implementering van die uitlegplan deur die afbakening en beskikbaarstelling van persele ontstaan.

Die dorpspromotor, die plaaslike bestuursliggaam (of 'n statutêre liggaam wat grootmaatsdienste of aansluitingspunte voorsien) mag die aangeleentheid na die minister verwys. Sy beslissing is finaal. Indien die geskil egter ontstaan tussen die dorpspromotor en 'n plaaslike liggaam wat kragtens 'n provinsiale ordonansie ingestel is, moet die minister die administrateur van die betrokke provinsie raadpleeg voor finale beslissing.

2 3 Probleme

'n Aantal probleme kan geïdentifiseer word. Dit is opvallend dat daar nooit enige tydperk gestel word waarbinne die minister sy goedkeuring moet verleen nie alhoewel daar duidelike tydsbepelings vir die dorpspromotor en plaaslike bestuursliggaam gestel word. Dit kan meebring dat 'n dorpsontwikkelingskema by die Departement Ontwikkelingshulp vashaak en dat die dorpspromotor of plaaslike bestuur geen remedie in die verband het nie.⁵³ Die departement is ook nie aan tydsbepelinge onderworpe nie.⁵⁴ Die dorpsontwikkelingsbeampte moet "met-tertyd" openbare en plaaslike bestuursliggaam se kommentaar aan die departement voorlê.⁵⁵

Dit is nie duidelik op watter gronde die minister sy goedkeuring in geval van regulasie 10(1)(d) en 7(1)(d) (ontwikkeling van dorpsgebiede op SAOT- en ander

47 Reg 21.

48 SK 11166.

49 Reg 5. Daar is nie spesifieke regulasies tav hersonerig in SAOT- en die ander gebiede nie.

50 Begiftiging kan in die vorm van kontant of die skenking van grond of albei wees (sien reg 24(1)(a)).

51 Reg 22.

52 Soos omskryf in reg 22(2).

53 Sien bv reg 7 10 13 15 17 20.

54 Sien bv reg 10 15 17.

55 Sien reg 6(4) en 9(2).

grond onderskeidelik) mag weerhou nie. Wanneer die minister goedkeuring verleen aan die ontwikkeling van 'n dorpsgebied op SAOT-grond, is daar nie openbare kennisgewing daarvan soos in die geval van dorpsontwikkeling op ander grond as SAOT-grond nie.⁵⁶ Dit is nie duidelik waarom die verskil in prosedure nodig is nie. Openbare kennisname behoort in beide gevalle vereis te word aangesien ook ander instansies as die SAOT (soos hieronder sal blyk) deur die ontwikkeling van die grond geraak kan word. Die minister se beslissing is telkens finaal en die howe as onafhanklike arbiters word uitgesluit.

Volgens die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936⁵⁷ behoort die minerale regte steeds aan die oorspronklike houers daarvan. Kennisgewing van onteining in 'n koerant⁵⁸ met sirkulasie in die betrokke woongebied kan dus nie die gewenste uitwerking hê nie. Probleme kan ook ontstaan indien vorige eienaars nie bewus daarvan was dat die minerale regte nie aan die trust oorgedra is nie.

2 4 Aanbevelings

Daar moet 'n eenvormige dorpsstigtingsprosedure ingevoer word vir alle instansies wat met dorpsstigting te make het. Aangesien so 'n wysiging waarskynlik nie gou sal plaasvind nie, moet die huidige regulasies aangepas word.

Tydsperke moet gestel word waarbinne die minister, die departement en die dorpsontwikkelingsbeampte moet reageer. Openbare kennisname van dorpsontwikkeling op SAOT-grond moet ook by wyse van kennisgewing in die *Staatskoerant* geskied. Die kennisgewing met betrekking tot die onteining van minerale regte moet in koerante met landswyse publikasie geplaas word. Die geskilprosedure behoort verder uitgebrei te word en aandag kan aan administratiefregtelike hersiening gegee word.

Die minister se beslissing behoort nie finaal te wees nie – die howe as onafhanklike arbiter behoort nie uitgesluit te word nie. Die minister behoort verplig te word om redes te gee indien enige van die uiteengesette prosedures deur hom afgekeur is. Indien die minister gemagtig word om sy goedkeuring (soos hierbo na verwys is) te weerhou, moet die gronde vir sodanige weerhouding uiteengesit word.

3 SELFREGERENDE GEBIEDE

3 1 Inleiding

PR293⁵⁹ soos gewysig deur PR153⁶⁰ reël dorpsstigting in die selfregerende gebiede. Anders as in PR154 word die dorpsstigting- en dorpsontwikkelingsprosedures nie spesifiek uiteengesit nie. Die verskillende selfregerende gebiede word egter kragtens artikel 30 van die Grondwet op Selfregerende Gebiede 21 van 1971 gemagtig om hulle eie reëlins in die verband te tref. Tot tyd en wyl die verskillende wetgewende vergaderings PR293 wysig, bly dit egter van krag⁶¹ en

56 Vgl reg 7 en 10.

57 A 23-24.

58 Reg 9(2) PR154.

59 1962-11-16 (SK 373) uitgevaardig kragtens a 6(2) en a 25(1) Swart Administrasie Wet 38 van 1927 en a 21 Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936.

60 1983-10-14 (SK 8933) – indien deur die selfregerende gebied aanvaar is na 1983-10-14.

61 Buite die selfregerende gebiede is PR293 in die geheel herroep.

bestaan die gebruik dat die funksionaris van die Departement Ontwikkelingshulp sekere goedkeuringsbevoegdhe soos voorheen uitoefen.

Daar word nie spesifieke dorpsstigingsprosedures in PR293 beskryf nie. Die prosedure word afgelei uit die omskrywing van "algemene plan" en "perseel" in regulasie 1 saamgelees met regulasie 4 (hoofstuk 1) wat aan die Minister van Onderwys en Ontwikkelingshulp (soms die tersaaklike minister in die onderskeie selfregerende gebiede indien so gereël) sekere magtiging verleen, regulasie 6(1)(c) en (2) wat 'n "bevoegde persoon" omskryf, regulasie 3 (hoofstuk 2) wat handel oor die afbakening van persele en regulasie 23 (hoofstuk 7) wat die funksies, magte en bevoegdhe van plaaslike rade in hierdie verband uiteensit.

3 2 Praktiese werking

Uit PR293 kan afgelei word dat die minister by wyse van kennisgewing in die *Staatskoerant* enige gebied mag omskryf en afsonder vir dorpsontwikkeling en dorpsstigting.⁶² Die dorpspromotor of -ontwikkelaar moet as "bevoegde persoon" verklaar word ten einde huurpag te bekom op die grond waar die ontwikkeling moet geskied.⁶³

'n Algemene plan moet opgestel word wat 'n uiteensetting bevat van alle strate, straatblokke, parke en persele, asook die handtekening van die landmeter of die persone wat onder sy toesig gewerk het om die gebied op te meet en die algemene plan op te trek. Die inligting vervat in die plan mag ook van ander landmeters wat die grond opgemeet het, bekom word. Enige ander plan wat nie noodwendig deur 'n landmeter opgetrek is nie maar wat volgens skaal is, mag ook ingehandig word solank bogenoemde besonderhede vervat word.⁶⁴

Sodra die algemene plan goedgekeur is, mag die betrokke funksionaris persele afbaken in ooreenstemming met die algemene plan. Die sekretaris van die tersaaklike staatsdepartement mag voorskryf watter prosedure ten aansien van die aanbring van bakens gevolg moet word.⁶⁵ Die minister mag egter die bevoegdhe ten aansien van die uitleg van 'n dorp aan 'n plaaslike owerheid oordra.⁶⁶

Aangesien daar nie 'n spesifieke prosedure voorgeskryf word nie, bestaan daar in sommige gevalle 'n administratiewe prosedure wat deur dorpspromotors gevolg word en wat in sommige gevalle ooreenstem met die prosedure wat in PR154⁶⁷ voorgeskryf word. Dié prosedure word telkens met die dorpsontwikkelaar uitgeklaar.⁶⁸

Die dorpspromotor nader die dorpsbestuurder om te bepaal of daar enige grond vir ontwikkeling beskikbaar is. Daarna word 'n formele aansoek by die dorpsbestuurder vir die ontwikkeling van die spesifieke stuk grond ingedien. Die dorpspromotor moet as 'n "bevoegde persoon" verklaar word.

62 Reg 4(1)(a) (hfst 1).

63 Reg 6(1)(c) (hfst 2). Die minister kan enige beperkings opleë wat hy nodig ag (reg 6(2)) (hfst 2)).

64 Reg 1 "algemene plan".

65 Reg 3 (hfst 2).

66 Reg 23(1)(a) (hfst 7).

67 Sien par 2 2.

68 Die administratiewe prosedure wat hierna beskryf word, is dié gevolg in KwaZulu in die Umlazigebied.

Die plaaslike owerheid beveel die aansoek aan of keur dit af. Hierdie aanbeveling word aan die Departement van Werke deurgegee vir hulle goedkeuring. Die aansoek word tegelykertyd ook aan die Sekretaris van Binnelandse Sake van die betrokke selfregerende gebied vir sy aanbeveling versend. Hy keur dit in beginsel goed waarna dit na die tersaaklike funksionaris deurgegee word. Die dorpspromotor mag intussen op eie risiko met die ontwikkeling voortgaan. Die direkteur-generaal gee die aansoek aan die minister deur wat die dorpspromotor as "bevoegde persoon" verklaar. Daarna ken hy grond ingevolge regulasie 4 (hoofstuk 1) toe.

Die dorpspromotor stel die dorpsbestuurder van die goedkeuring in kennis waarna die dorpspromotor aansoek doen om registrasie van huurpag by die dorpsbestuurder. Die aansoeke word onder andere vergesel van die plan, uiteensetting van die dienste en die betaling van die voorgeskrewe gelde.⁶⁹

Die aansoek word weer na die selfregerende gebied se Sekretaris van Binnelandse Sake verwys wat huurpag toeken en registrasie daarvan gelas. Die dorpsbestuurder word hieromtrent in kennis gestel en op sy beurt stel hy die dorpspromotor in kennis, waarna met die dorpsontwikkeling voortgegaan word.

3 3 Wysigings in bepaalde selfregerende gebiede

Daar bestaan 'n wetsontwerp ten aansien van grond in KwaZulu, naamlik die Wetsontwerp op Grondsake B88 (KwaZulu). In 1989 is die QwaQwa Wet op Grondsake 15 van 1989 deur die QwaQwa-wetgewende vergadering aanvaar. In sowel die wetsontwerp as die wet word daar vir dorpsstigtingsprosedures voorsiening gemaak. Hierdie prosedures kom in die meeste opsigte ooreen.

In KwaZulu word voorgestel dat die minister⁷⁰ regeringsgrond volgens riglyne wat hyself bepaal aan 'n dorpsontwikkelaar, plaaslike of stamowerheid vir die stigting van 'n dorp beskikbaar mag stel. Die plaaslike of stamowerheid word ook gemagtig om grond waarvan hulle die eienaar is, beskikbaar te stel.⁷¹ Die dorp mag deur die eienaar van grond, 'n dorpsontwikkelaar of plaaslike owerheid gestig word, na goedkeuring deur die minister in die *Amptelike Koerant*.⁷²

'n Algemene plan en kaart moet saamgestel en goedgekeur word.⁷³ Die algemene plan moet aan die landmeter-generaal vir goedkeuring⁷⁴ voorgelê word.⁷⁵

'n Dorpskema moet opgestel word. Die doel van die skema is die gekoördineerde en harmonieuse ontwikkeling van die gebied. Gesondheid, veiligheid, welsyn, goeie orde, aantreklikheid, gerief, algemene welsyn, doeltreffendheid en spaarsaamheid moet deur die ontwikkeling bevorder word.⁷⁶ Die skema⁷⁷ kan algemene bepalinge oor dorpsstigting, vergoeding of bydraes vir ontwikkeling en die wyse van raadpleging en hantering van besware en vertoë insluit. Wysiging

69 Reg 6 en 7 (hfst 2).

70 Minister van Binnelandse Sake of die minister aan wie die hoofminister die administrasie van die wet opdra.

71 Klousule 6; 5(1) QwaQwa Wet op Grondsake 15 van 1989 (hierna verwys as (QwaQwa)).

72 Klousule 14. Die dorp staan hierna bekend as 'n "goedgekeurde dorp" - sien omskrywing in klousule 1; a 13 (QwaQwa).

73 Afgelei uit klousule 8; a 7 (QwaQwa).

74 Ingevolge die Opmetingswet 9 van 1927.

75 Afgelei uit klousule 11(a) en a 10 (QwaQwa).

76 Klousule 17(1)-(2); a 16(2) (QwaQwa).

77 Klousule 17 (2); a 16(3) (QwaQwa).

aan die skema mag slegs met die minister se toestemming geskied.⁷⁸ Ingenieursdienste moet geïnstalleer word.⁷⁹ 'n Dorpregister moet geopen word.⁸⁰

Die minister mag sonder dat die algemene plan goedgekeur is, in die *Amptelike Koerant* 'n goedgekeurde dorp of 'n deel daarvan as 'n voorlopige opmetingsgebied aanwys waarna grondbriefregte toegeken mag word.⁸¹

Spesiale reëlings word ten aansien van houers van minerale regte getref. As 'n dorp gestig word op ander grond as dié van die KwaZulu-regering, word dit geag dat die mineraalreghouer tot die stigting van die dorp toegestem het.⁸²

Informele dorpe mag ook op grond in beheer van stamowerhede gestig word. Die minister verleen na oorlegpleging met die betrokke stamowerheid by wyse van kennisgewing in die *Amptelike Koerant* goedkeuring vir die stigting. So 'n dorp word dan as 'n goedgekeurde dorp beskou.⁸³ Opmeting moet geskied en grondbriefregte mag verleen word.⁸⁴

Die minister word voorts gemagtig om afsonderlike regulasies ten aansien van die wyse waarop 'n dorp gestig moet word, sonering, beplanning en herbeplanning en die opstel van dorpebeplanningskemas uit te vaardig.⁸⁵

3 4 Probleme

Daar bestaan tans 'n verskeidenheid probleme ten aansien van die uitbreiding van bestaande dorpe.⁸⁶ Daar word nie in die regulasies spesifieke dorpstigtingsprosedures voorgeskryf nie. Meestal moet 'n administratiewe dorpstigtingsprosedure telkens eers met die verskillende owerheidsinstansies uitgeklaar word.

Die grond waarop die ontwikkeling moet plaasvind, is nie gekarteer nie aangesien opmeting kragtens die Opmetingswet 9 van 1927 nie geskied het nie.⁸⁷ Algemene planne wat wel deur landmeters opgetrek word, word na Pretoria deurgestuur. Dit word egter nie altyd weer na die betrokke selfregerende gebied versend nie.⁸⁸ Dit is voorts nie altyd duidelik watter grond deur wie aan watter ontwikkelaar toegesê is nie. Dubbele aansoeke en goedkeurings bring vertraging in dorpsontwikkeling mee.⁸⁹ As gevolg van die omskrywing van die bevoegdheids van die plaaslike owerhede is dit nie altyd duidelik of die dorpsbestuur of Pretoria die toekennings moet maak nie.

78 Klousule 16.

79 Afgelei uit klousule 11(b) en a 10(b) (QwaQwa).

80 Klousule 11. Sien ook klousule 36 ivm die pligte van die ontwikkelaar tav deeltitelregisters en grondbriefregte (a 10 (QwaQwa)).

81 Klousule 12; a 11 (QwaQwa).

82 Sien klousule 15 en a 14 (QwaQwa).

83 Klousule 20; a 19 (QwaQwa).

84 Klousule 21; a 19-20 (QwaQwa).

85 Klousule 43; a 33 (QwaQwa). Daar word ook in beide gevalle voorgestel dat PR293 gedeeltelik en PR153 en PR154 in die geheel herroep word.

86 Dié probleme is geïdentifiseer nav onderhoude met dorpsontwikkelaars, amptenare van die Ulundi-regeringsdiens (1988-10-26) te Ulundi, amptenare van die QwaQwa-regeringsdiens (1988-11-02), 'n amptenaar te Isantshe (Eshowe) en nav die bewoording van die regulasies self.

87 Reg 3(2) PR293.

88 'n Kommunikasieprobleem bestaan bv in hierdie verband tussen Ulundi en Pretoria. In QwaQwa lei die probleem tot die ontstaan van plakkergemeenskappe.

89 Die Umlazi-gebied (invulgedeelte G1 en G2) is 'n voorbeeld hiervan. In QwaQwa is hierdie probleem nog nie so sterk ondervind nie aangesien privaatonwikkelaars slegs 'n beperkte rol speel.

Die prosedure om dorpe verder te ontwikkel, is nie omskryf nie. Onnodige verdragings en lang administratiewe prosedures bring mee dat ontwikkeling jare lank sloer.⁹⁰

Ten aansien van die stigting van nuwe dorpe bestaan daar ook 'n aantal probleme,⁹¹ veral met betrekking tot dorpsontwikkeling op stamgrond. Alhoewel grond byvoorbeeld aan die KwaZulu-regering behoort, beskou die stam dit steeds as hulle eiendom. Die stamowerhede word soms in die onderhandelingsproses deur die plaaslike owerheid oor die hoof gesien; dit bring verskeie probleme, administratief en andersins, mee.

Die dorpstigtingprosedure is omslagtig. Te veel instansies moet vir toestemming gekontak word. Dit bring mee dat dit soms twee tot vyf jaar neem alvorens daar met enige dorpsontwikkeling begin mag word.⁹²

Privaatontwikkelaars moet eers as "bevoegde persone" (ook "goedgekeurde") verklaar word. Dit neem soms baie lank en ontwikkelaars wat reeds "goedgekeur" is, moet telkens weer "goedgekeur" word alvorens 'n nuwe gebied ontwikkel mag word.

Die beskikbaarstelling van vergoedende grond in gevalle waar daar wel dorpe op stamgrond gestig word, lewer ook probleme aangesien daar nie genoeg grond beskikbaar is nie, dit nie altyd moontlik is om grond in die omgewing van die bestaande stamgrond te verskaf nie, die stamowerheid nie altyd in die toekenning geken word nie en dit nie altyd duidelik is of die individue of die stam vergoed moet word nie.

'n Tekort aan landmeterdienste word in sowel KwaZulu as QwaQwa ondervind. Voorts is vergoeding vir ander grond as stamgrond wat in QwaQwa vir dorpsontwikkeling onteien is, al uitbetaal terwyl hofsake oor die omvang van die vergoeding nog hangend is. Die grond word nie ontruim nie en 'n dubbele voordeel word deur die beheerder daaruit verkry.

Langtermynbeplanning vir verdere ontwikkeling ontbreek. Daar is te veel verskillende verouderde en ingewikkelde regulasies wat sowel dorpstigting as dorpsontwikkeling strem. Die prosedures wat deur die regulasies voorgeskryf word, plaas 'n onnodige las op die ekonomie en die staatsadministrasie.⁹³ Met betrekking tot dorpstigting is die prosedures onduidelik of glad nie beskryf nie. Dit bring ook onnodige verdragings en koste mee. Gebrek aan personeel en voldoende skakeling tussen die verskeie owerheidsinstansies onderling en tussen dorpe het dieselfde uitwerking. Die prosedure vir die stigting van "informele dorpe" is boonop nie duidelik nie.

3 5 Aanbevelings

Eenvormige en eenvoudige dorpstigtingregulasies moet daargestel word. Aangesien dit nie onmiddellik sal geskied nie, word aanbeveel dat tussentydse regulasiewysiging plaasvind.

90 Verskeie gevalle hiervan kom veral in KwaZulu voor.

91 Inligting bekom uit bg onderhoude en afleidings uit die bewoording van die regulasies self.

92 Bv Sundumbili in KwaZulu.

93 Wall "Urbanisation opportunity": ongepubliseerde referaat gelewer te Universiteit van die Witwatersrand *Project management programme, housing infrastructure for developing communities* (1988-09-06) 20-21 23-25.

Sodra nuwe regulasies of wetgewing in verband met dorpstigting in werking tree, moet 'n "dorpbestuursdiens" ingestel word waarvolgens aan alle belanghebbende persone die werking van die regulasies en ander verbandhoudende wetgewing verduidelik word.

Voldoende en goedkoop grond moet vir dorpsontwikkeling beskikbaar gestel word.⁹⁴ Die beskikbaarstelling van gediensde grond moet bespoedig word ten einde plakkery te voorkom in gebiede waar nuwe dorpe gestig moet word. Dit sal ook onnodige verskuiwings voorkom.⁹⁵

Waar stamgrond ter sprake is, word aanbeveel dat die stamhoofde geraadpleeg word alvorens dorpe in hulle gebiede ontwikkel word. Die stamhoof kan 'n seremoniële rol vervul om die aanbevelings goed te keur. Vergaderings moet gereël word waar alle belanghebbende persone en instansies teenwoordig is – lede van die wetgewende vergaderings van die onderskeie selfregerende gebiede moet ook betrek word. Die magte en bevoegdheid van die stamhoof, raadslede van die plaaslike owerheid en ander funksionaries moet behoorlik omskryf word.⁹⁶

Daar kan oorweeg word om soos QwaQwa 'n grondgebruikskomitee daar te stel wat onnodige korrespondensie uitskakel en wat alle skakelpersone byeenbring om oor 'n bepaalde aangeleentheid uitsluit te gee. Die komitee kan maandeliks of tweemaandeliks vergader en kan beplanners, opmeters, die verteenwoordigers van die departemente belas met grondsake en binnelandse sake, ingenieurs van werke (plaaslik en van owerheidsinstansies), 'n oorhoofse koördinerende beplanner, die binnelandse sake-verteenwoordiger, 'n ontwikkelingskorporasie (indien teenwoordig in gebied) en die dorpsbestuurder insluit.

Voldoende landmeterdienste moet verskaf word. Veral dorpstigting buite stedelike gebiede moet so eenvoudig moontlik gehou word en in samewerking met die stamowerhede en individuele stamlede geskied. Die persoon in beheer van die gebied ("dorpsbestuurder") moet deur die stam aangestel word.

Waar vergoedende grond nie beskikbaar is nie, moet oorweeg word om die stamowerhede markverwant vir die stamgrond te vergoed. Alle regte op hierdie grond moet daarna aan die betrokke selfregerende gebied se departement binnelandse (of grond-) sake oorgedra word.

Indien die regulasies aangepas word, moet aanverwante wetgewing soos die aktesregistrasie- en opmetingswette dienoreenkomstig gewysig word. PR293 is uitgedien en moet vervang word.

4 SLOT

Die gebrek aan eenvormige dorpstigting- en dorpsontwikkelingsprosedures skep verwarring en regsonsekerheid en is onekonomies vir sowel die openbare as die privaatsektor. Lang uitgerekte prosedures, asook verouderde en swak bewoorde regulasies strem dorpsbeplanning en -ontwikkeling.

Alle grond moet so gou moontlik opgemeet en langtermynbeplanning moet gedoen word sodat ordelike verstedeliking en dorpsontwikkeling kan plaasvind.

⁹⁴ *Idem* 1.

⁹⁵ *Idem* 20-21.

⁹⁶ Die dorpsbestuurder behoort bv nie direk met lede van die wetgewende vergaderings te skakel nie – 'n probleem wat in KwaZulu voorkom en wat heelwat wrywing met die betrokke owerheidsinstansies veroorsaak.

Dit sal ook die probleem van ongeordende plakkery verminder. Aangesien dit nie onmiddellik sal geskied nie moet die huidige regulasies aangepas en verouderde regulasies herroep word. Die minister se betrokkenheid kan byvoorbeeld uitgeskakel en die bevoegdhede aan 'n sentrale koördinerende grondgebruikskomitee oorgedra word.

Onderhandeling oor eenvormige dorpsstigtingsprosedures moet met alle instansies wat met dorpsstigting gemoeid is, gevoer word. 'n Goedkoper, vinniger prosedure is noodsaaklik.

The first man to fence in a piece of land, saying "this is mine," and who found people simple enough to believe him, was the real founder of civil society (JJ Rosseau (1754)).

Metodologiese probleme van die regs wetenskap as voorvrae vir regsvergelyking

PJ van Niekerk

LLB DrPhil

Mede-professor in die Publiekreg en Regsfilosofie, Potchefstroomse Universiteit vir CHO

SUMMARY

Methodological problems of legal science as basic questions of legal comparison

Two basic questions of legal comparison, namely the evasive *tertium comparationis* and the nature of the comparative method and its relation to the paradigm of the researcher, relate directly to methodological problems of legal science. The first issue is essentially that of the comparability of different legal systems and their rules. In criticising Van der Walt's viewpoint that the *tertium comparationis* is a fiction and the process of legal comparison is to a large extent value-free, the author points out that the *tertium comparationis* is nothing but the question of the comparability of different legal systems and their rules. The *tertium comparationis* of each school is, moreover, its criterion of comparability which is not only closely related to its own paradigm, but also to its name, for example the schools of natural law, functionalism, systems theory and so on. The nature of the comparative method and its relation to the paradigm of the comparative legal scientist is another important issue in comparative law which is closely related to the first problem. Although the comparative method is used by different schools of legal science, the way in which it is used is related not only to the *tertium comparationis* of each school but also to its own paradigm. According to Du Plessis's classification of the methods of the legal science as methods of the primary, secondary and tertiary order, the method of legal comparison is a second-order method. It is, rather, a technique which is used by all legal scientists but always within the framework of their method of the primary order which is nothing but the paradigm of a particular school, like the schools of natural law, positivism and so on. After a critical discussion of the dominant modern paradigm of legal comparison, namely the functionalist school, attention is given to two attempts to overcome the shortcomings of functionalism. In spite of its pretensions to the contrary, functionalism lacks the universality which is needed in order to be able to compare all legal systems of the world. It operates only in the field of private law in Western countries. Banakas and Burkens try to overcome this by reverting to the systems theory. The limitations of these attempts are manifested in the lack of criteria for distinguishing between the structures of the legal and other subsystems which are parts of the hypersystem of society. After a discussion of Constantinesco's general concept of law as a *tertium comparationis* in the field of macro comparison, attention is given to the problems which should be discussed in a next article.

1 INLEIDING

In hierdie artikel word aan twee grondliggende vrae waarmee regsvergelyking worstel en wat direk in verband staan met metodologiese probleme van die regs wetenskap, aandag gegee. Een van hierdie vrae hou verband met die sogenaamde *tertium comparationis* wat ten diepste gaan oor die vergelykbaarheid

en teoretiese raamwerke aan die hand waarvan regstelsels en hulle elemente vergelyk word. Hiermee kom die probleem van die rol van teorieë in regs-wetenskaplike aktiwiteite na vore. 'n Tweede grondliggende vraag is dié na die aard van die regsvergelykende metode en die verhouding daarvan tot die paradigma van die navorser. Hiermee word die probleem van die indeling van regs-wetenskaplike metodes en hulle aanwending deur verskillende *skole* of paradigmas in die regs-wetenskap in oënskou geneem.

2 DIE REGSVERGELYKENDE METODE EN DIE PARADIGMA VAN DIE NAVORSER

Die woord "paradigma" word in verskillende betekenisse gebruik. Een van die weinige skrywers oor die metodologie van regsvergelyking wat poog om 'n omskrywing daarvan te gee, is Kokkini-Latridou.¹ In aansluiting by Kuhn en Mer-ryman omskryf sy 'n paradigma as 'n raamwerk van idees en gedraginge wat ten grondslag lê van en vorm, betekenis en leiding gee aan die werk van 'n wetenskaplike gemeenskap op 'n gegewe vakgebied en tyd. Wanneer by die meeste lede van 'n wetenskaplike gemeenskap konsensus bestaan oor hulle paradigma is daar sprake van *normale wetenskapsbeoefening*, terwyl 'n wetenskaplike rewolusie plaasvind wanneer 'n nuwe paradigma ingevoer word. Kokkini-Latridou² wys op die onenigheid wat daar bestaan oor elementêre begrippe soos die befaamde *tertium comparationis*, die kriteria vir die groepering van regstelsels in "groot regssisteme", "regsfamilies" en "regskringe" en die verhouding van die regsvergelyking tot ander dissiplines; sy kom tot die gevolgtrekking dat regsvergelyking nog in 'n pre-paradigmatiese fase is terwyl daar 'n weersin teen of selfs 'n byna algemene gebrek aan 'n teorie is. Haar slotsom kan daaraan toegeskryf word dat sy regsvergelyking as 'n eie vakgebied sien en nie besef dat dit 'n metode is wat binne die raamwerke van verskillende paradigmas op verskillende wyses aangewend word nie.

In paragraaf 2 1 word die vraag na die moontlike rol van paradigmas in die regsvergelyking aan die orde gestel en in 2 2 word daarop gewys dat die groot *skole* in die regs-wetenskap metodes soos die regsvergelykende metode op eie manier gebruik. In paragraaf 3 word gekyk na moontlike paradigmas wat die gebruik van die regsvergelykende metode beïnvloed het. In 3 1 word die funksionalisme as moderne en dominante paradigma in oënskou geneem en in 3 2 en 3 3 word pogings ondersoek om die sisteemteorie vir die regsvergelyking vrugbaar te maak.

Die moontlike samehang tussen die regsvergelykende metode en die paradigma van die regsvergelyker word hier aan die orde gestel deur na die standpunte van twee outeurs³ te kyk wat in 'n nuwe boek⁴ oor die metodologie van die regs-wetenskap hierdie probleem in verskillende kontekste aanraak.

2 1 Verloop die vergelykingsproses grootliks vry van waardeoordele?

In 'n hoofstuk in bogemelde boek gee Van der Walt⁵ die mees resente gesaghebbende uiteensetting in Afrikaans van die regsvergelykende metode.

Volgens Van der Walt verloop die vergelykingsbewerking grootliks vry van waardeoordele. Hy kwalifiseer dié stelling deur daarop te wys dat die ondersoeker

1 *Enkele metodologiese aspecten van regsvergelyking* (1985) 2.

2 *Idem* 2 ev.

3 Van der Walt en Du Plessis.

4 Venter *et al* *Regsnavoring - metode en publikasie* (1990).

5 "Die regsvergelykende metode" in Venter *et al* 206-244 (hierna aangehaal as "Die regsvergelykende metode").

die elemente steeds vanuit die paradigma van sy eie voorkennis en oortuigings sal beskou.⁶ Die rede waarom die vergelykingsproses grootliks vry van waardeoordele verloop, is volgens hom daarin geleë dat indien dit nie so was nie, 'n derde element of *tertium comparationis* as 'n soort algemeen bekende en aanvaarde konstante, waarteen die te vergeleke elemente telkens opgeweeg moet word, altyd by die proses betrek moet word. Na hierdie sydelingse opmerking gee hy egter nie eksplisiet verdere aandag aan die belangrike probleem rakende die rol van paradigmas in regsvergeljking nie. Implisiet gaan Van der Walt⁷ egter weer hierop in deur die *veronderstellings* van die natuurregtelike skool en die funksionele benadering te kritiseer. 'n *Tertium comparationis* as konstante is volgens hom 'n skynprobleem wat saamhang met die natuurregtelike tradisie en sy *veronderstelling* van 'n ideale of "richtige" reg wat die rol van so 'n konstante kan vervul.⁸ Van der Walt se kritiek op die funksionele benadering konsentreer onder meer op die *veronderstelling* van hierdie teorie dat die funksiebegrip as *tertium comparationis* nie net die grondslag vir die regsvergeljkende metode bied nie maar ook die maatstaf vir vergelykbaarheid daarstel. Hy gee egter geen aanduiding van die aard en rol van die paradigma van sy eie oortuigings en voorkennis asook van die rol (indien enige) wat paradigmas in regsvergeljking speel nie.⁹ Dit is des te meer jammer, omdat hy enersyds die vergelykbaarheidsmaatstawwe (en die *veronderstellings* waarop dit berus) van die natuurregtelike skool en funksionele benadering verwerp, maar andersyds aanvaar dat slegs vergelykbare dinge sinvol met mekaar vergelyk kan word sonder om eksplisiet aan te dui wat sy eie vergelykingsmaatstaf en *veronderstellings* is. Om voltoening aan die vereiste van vergelykbaarheid of paralleliteit te verseker, moet volgens Van der Walt¹⁰ gesoek word na die *juridiese identiteit* tussen die betrokke elemente. Juridiese identiteit kan volgens hom gevind word in die een of ander

6 "Die regsvergeljkende metode" 209. Die immanente teenspraak wat in hierdie siening geleë is, sien hy klaarblyklik nie raak nie.

7 "Die regsvergeljkende metode" 222 229-231.

8 Van der Walt sluit wat hierdie kritiek betref aan by Constantinesco (*Die rechtsvergeljkende Methode* (1972) 43-49) wat die siening dat daar 'n objektiewe, hoëre of soort natuurreg sou bestaan, afwys. Hy waarsku dat die outonome regsvergeljkende begrippe waaraan talle juriste glo niks anders is nie as "eine gegenwärtige Form der Begriffsjurisprudenz" (*idem* 48). Met Constantinesco se kritiek op hierdie opvatting van 'n *tertium comparationis* kan heelhartig saamgestem word. Dit het Van der Walt egter ontgaan dat Constantinesco in dieselfde werk (89) in 'n bespreking van vergelykbaarheid op die mikro-vlak tot die volgende gevolgtrekking kom: "[D]as *tertium comparationis* [ist] nichts anderes als das, was ich als Vergleichbarkeit der zu vergleichenden Elemente bezeichne . . ." Die paralleliteit van die elemente wat vergelyk word, nl die verbindende gemeenskaplike element wat hulle vergelyking moontlik maak, is volgens Constantinesco (*ibid*) 'n feit wat reeds voor die vergelyking bestaan en slegs daardeur ontsluit word. Dit gaan vir hom nie oor 'n formele identiteit nie maar oor 'n "funktionelle Gleichwertigkeit" (*idem* 91) wat as feit *veronderstel* word. Constantinesco se *tertium comparationis* toon dus duidelike ooreenkomste met dié van die funksionele benadering. In par 4 word Constantinesco se poging om 'n algemene regsbegrip te vind wat die vergelyking van verskillende regstelsels in die makro-vergeljking moontlik maak, ondersoek. Hierdie algemene regsbegrip wat as teorie vergelykbaarheid moontlik maak, is op hierdie terrein niks anders nie as Constantinesco se eie *tertium comparationis*.

9 Aangesien hierdie hoofstuk van Van der Walt bedoel is as 'n inleiding tot die regsvergeljkende metode is dit verstaanbaar dat hy nie op hierdie probleem ingaan nie. Dit kan egter die indruk wek dat hierdie probleem van ondergeskikte belang vir die regsvergeljker is. Deur sy kritiek op die natuurregtelike en funksionalistiese skole bevestig Van der Walt egter dat dit nie die geval is nie.

10 "Die regsvergeljkende metode" 226-227 231-232.

oorsaaklike of historiese verwantskap tussen die elemente, of daarin dat hulle soortgelyke plekke in die regsistematiek van hulle onderskeie stelsels beklee, of dat hulle ten opsigte van dogmatiese struktuur of begripsmatigheid analoog tot mekaar staan. Hierdie faktore lewer egter geen vergelykingsmaatstaf nie aangesien die elemente ten spyte van die aanwesigheid hiervan nog steeds onvergelykbaar kan wees. Hulle kan dus hoogstens 'n aanduiding van moontlike vergelykbaarheid wees. Hoewel Van der Walt die probleem van die sogenaamde *tertium comparationis* as 'n skynprobleem afmaak, gaan hy – met sy postulering van die moontlikheid van *juridiese identiteit* wat die vergelykende ondersoek van elemente uit verskillende regstelsels sinvol en moontlik maak – tog uit van die vergelykbaarheid van regstelsels sonder om aan te dui wat die vergelykbaarheid moontlik maak. Hy sien eerstens nie in dat 'n *tertium comparationis* niks anders is nie as 'n vergelykingsmaatstaf op grond waarvan elemente uit verskillende regstelsels vir 'n regsvergelyker vergelykbaar word.¹¹ Tweedens bring sy siening dat die vergelykingsbewerking *grootliks vry van waardeoordele verloop* mee dat hy nie besef dat die regsvergelyker se antwoord op die vraag na die grond en maatstaf vir die vergelykbaarheid van regstelsels niks anders as sy *tertium comparationis* is nie. Die natuurregtelike tradisie vind die grond en maatstaf vir vergelykbaarheid in die *veronderstelling* van 'n ideale of “richtige” reg terwyl die funksionele benadering dit vind in die *veronderstelling* dat die funksiebegrip hierdie rol vervul.¹² Hy bring dié veronderstellings geensins in verband met hierdie benaderings se *paradigmas van hul eie voorkennis* waaraan hy tog 'n rol wil toeken nie. Deur die *tertium comparationis*, waarin die rol van die paradigma van die eie voorkennis van die regsvergelyker na vore kom, as skynprobleem af te maak, skep hy die indruk dat die besinning oor hierdie probleem oorbodig is en versterk hy, moontlik teen sy eie bedoeling in, die skyn dat die vergelykingsproses *grootliks vry van waardeoordele verloop*. Daar kan voorts gevra word of hierdie skyn nie juis self 'n veronderstelling is wat op dieselfde vlak geleë is as dié van die natuurregtelike en funksionalistiese benaderings nie.

2 2 Bepaal die paradigma van 'n regsvergelyker sy gebruik van die regsvergelykende metode?

Du Plessis¹³ klassifiseer regswetenskaplike metodes onder drie hoofde as wetenskaplike metodes in primêre, sekondêre en tersiêre sin. Wetenskaplike metodes in primêre sin sien hy as primêr-rigtende kontekstueringsmetodes wat onder

11 Vgl Péteri “Goals and methods of legal comparison” in Péteri *et al The comparison of law* (1974) 52 (hierna aangehaal as “Goals and methods of legal comparison”). Hy omskryf die eerste van die drie fases van vergelyking as “ascertaining comparability, in other words, the selection of a comparative criterion (*tertium comparationis*) which makes a comparison between the phenomena under study practicable”. Vgl ook Van Zyl *Beginsels van regsvergelyking* (1981) 39. Hy meen dat dit die meeste navorsers se uitgangspunt is om aan die hand van 'n vergelykende maatstaf, wat ook die *tertium comparationis* genoem word, vas te stel of vergelyking prakties moontlik is. Hyself vind hierdie maatstaf in die funksiebegrip. Vgl voorts Kokkini-Latridou 17 en Ebert *Rechtsvergleichung* (1978) 26.

12 Dit is opvallend dat hierdie twee skole se name ten nouste saamhang met dit waarin elk sy *tertium comparationis* vind (vgl Kokkini-Latridou 30). Volgens haar is die verskil tussen die strukturaliste en die funksionaliste uiteindelik geleë in hul siening van die *tertium comparationis*.

13 “Navorsingsmetodes en -tendense” in Venter *et al* 59 ev (hierna aangehaal as “Navorsingsmetodes en -tendense”). Vgl ook Du Plessis se *Regswetenskaplike variasies op filosofiese temas* (1982) 105 ev (hierna aangehaal as *Regswetenskaplike variasies*).

meer die volgende insluit: die natuurregtelike metode, die positivistiese metode, die "reine Rechtslehre" van Kelsen, die historistiese metode, die dialekties-materialistiese metode, die realistiese metode en die transendentiaal-kritiese metode van Dooyeweerd. As een van die wetenskaplike metodes in sekondêre sin is die regsvergelijkende metode of tegniek (saam met die dialektiese en regshistoriese metodes of tegnieke) vir Du Plessis 'n sekondêr-rigtingse kontekstueringsmetode of -tegniek. Ander metodes in sekondêre sin wat hy onderskei, is metodes van proklamerende identifikasie (sintuiglike waarneming en diafanose), metodes van verbandleggende identifikasie (definisie, deduksie en induksie, analise en sintese) en onderskeidingsmetodes of -tegniek (indeling en klassifikasie). Bewysmetodes, kritiek en hipotese- en teorievorming is volgens Du Plessis metodes in tersiêre sin.

Veral die aard en verhouding tussen die wetenskaplike metodes in primêre en sekondêre sin is hier van belang. By die primêr-rigtingse kontekstueringsmetodes gaan dit oor elke individuele wetenskaplike se voorveronderstelligings of lewens- en wêreldbeskouing wat bepalend is vir die rigting waarin hy sy aktiwiteit oor die algemeen gesproke gaan kanaliseer en dus bepalend is vir die wyse waarop die sekondêre en tersiêre metodes aangewend word ter bereiking van die oorkoepelende – deur die rigtingskeuse bepaalde – doelstelling. Hoewel die metodes in sekondêre sin as tegnieke ook die aard, inhoud en strekking van die kennisresultaat bepaal, is hulle volgens Du Plessis relatief "neutraal" of a-subjektief omdat dit onder meer op bepaalde "algemeen-geldige" grense van die menslike vermoëns stuit. Die metodes in sekondêre (en tersiêre) sin kan dus deur alle wetenskaplikes ongeag hulle metode in primêre sin gebruik word.

Hoewel in hooftrekke met hierdie onderskeidings van Du Plessis saamgestem kan word, sou dit miskien in die lig van die nuwre ontwikkelings op die terrein van die wetenskapsteorie meer van pas wees om sy metodes in primêre sin paradigmas te noem.¹⁴ Paradigmas soos die natuurregtelike of die positivistiese benaderings sal dus die metodes in sekondêre en tersiêre sin op 'n eie wyse met eie beklemtonings aanwend. Terwyl die positivistiese benadering byvoorbeeld besondere klem lê op induksie, is deduksie vir die natuurregtelike skole van deurslaggewende belang.¹⁵ Volgens Du Plessis¹⁶ is metodes van empiriese verifikasie en induksie vir die regspositivis veel belangriker as abstrakter en deduktiewe metodes. Hy wys op die gevare wat daar geleë is in die eensydige beklemtoning van induksie of deduksie. Deduksie kan meebring dat unieke uitsonderingsgevalle misgekyk word terwyl induksie ongenuanseerde en ongedige veralgemening tot gevolg kan hê. Omdat in beide induksie en deduksie as identifikasievorme 'n sterk element van interpretasie en van die verwerking van

14 In 'n bespreking van die bydraes van Kuhn, Stegmüller en Vasquez tot die post-positivistiese wetenskapsteorie en die relevansie van hierdie ontwikkeling vir die normatiewe wetenskappe wys ek ("Paradigma verskuiwing in Afrikanerdenke" 1987 *Politikon* 55-71) daarop dat (i) die bestaan en funksionering van paradigmas (waarin die voorteoretiese aannames van wetenskaplikes na vore kom wat hulle teoretiese aktiwiteit en dus ook die wyse waarop hulle metodes gebruik, rig) nie net op die terrein van die natuurwetenskappe nie maar ook op die gebied van die normatiewe wetenskappe reeds wye aanvaarding geniet; (ii) daar veral in die normatiewe wetenskappe in 'n bepaalde vakrigting van konkurrerende paradigmas sprake kan wees.

15 Daar sal by 'n ander geleentheid op die gebruik van hierdie metodes deur dié twee skole nader ingegaan word.

16 "Navorsingsmetodes en tendense" 54 75.

gegewens aanwesig is, sal die subjektiwiteit van die ondersoeker ongetwyfeld sy stempel op die eindresultaat afdruk. Die positivistiese pretensie dat die formulering van algemene wette deur induktiewe feitevergelings die neutraliteit van die wetenskap waarborg, is volgens hom inderdaad slegs 'n pretensie aangesien dit 'n belangrike dimensie van induksie-as-interpretasie miskyk. Die reformatoriese regsfilosofie van Dooyeweerd en Van Eikema Hommes¹⁷ poog om met hul transendentiaal-empiriese metode aan beide deduksie en induksie 'n legitieme maar besondere plek te gee.

'n Belangrike gevolgtrekking wat uit die voorgaande gemaak kan word, is dat die besondere wyse waarop die regsvergelende metode of tegniek aangewend word, bepaal word deur die paradigma van die navorser. Van der Walt se kritiek op die invloed van die veronderstellings van die natuureg en die funksionaliste op regsvergeliking, stuit op hierdie belangrike insig. Geldige kritiek op hierdie benaderings in die regsvergeliking kan dus nie uitgeoefen word op die feit dat hulle van veronderstellings uitgaan nie, maar eerder op die aard van die veronderstellings en veral die invloed daarvan op regsvergelende aktiwiteite en resultate. In die lig van nuwere ontwikkelings op die terrein van die wetenskapsteorie sedert die sewentigerjare en in lyn met die benadering van die reformatoriese skool in die regswetenskap sedert die dertigerjare, is die bewustelike "rekening gee" van jou metode in primêre sin, paradigma of voorveronderstellings ook op die terrein van die regsvergeliking wetenskaplik meer verantwoord as om slegs implisiet of selfs sonder om daarvan bewus te wees, uit te gaan van of die "slagoffer" te wees van 'n bepaalde paradigma.

3 METODOLOGIESE BENADERINGS EN PARADIGMAS IN DIE REGSVERGELYKING

Aangesien dit nie die bedoeling is om in hierdie artikel 'n indringende studie te doen oor al die moontlike paradigmas wat in die geskiedenis van die regsvergeliking van belang was nie, word aansluiting gevind by die interessante navorsing wat Frankenberg¹⁸ in hierdie verband gedoen het. Hy noem in sy oorsig van die dominante paradigmas¹⁹ op die gebied van die regsvergeliking die volgende vyf: (i) die ensiklopediese regsvergeliking wat deur Leibniz voorgestel, deur Wigmore begin, deur die *International Encyclopedia of International Law* voortgesit is en die vergelykende weergawe van die reg van alle volke, plekke en tye is; (ii) die konstruktiewe regsvergeliking wat as die enigste uitdruklik voorskrytelike benadering strek van Aristoteles *via* Montesquieu tot onlangse pogings om die internasionale regsorde deur middel van vergelykende wetgewende aktiwiteit te verenig, op datum te bring en te verbeter; (iii) die vergelykende historiese rekonstruksie – en die benadering van die regsetnoloe en die historiese regskool wat hulle ten doel gestel het om deur navorsing oor die oorsprong en ontwikkeling van instellings, vorme en kategorieë van die

17 In die slotafdeling sal gekyk word na probleme wat moontlik met behulp van die bydraes van hierdie skool in die regsfilosofie opgelos kan word. In 'n volgende artikel sal hieraan aandag gegee word.

18 "Critical comparisons: re-thinking comparative law" 1985 *Harv Int LJ* 411–455.

19 Hoewel Kokkini-Latridou 4 29–30 meen dat die regsvergeliking as wetenskap in 'n paradigmatiese fase is, onderskei sy tussen die strukturaliste, funksionaliste en die aanhangers van die middeweg.

moderne reg die evolusionêre beginsels van die reg te ontdek; (iv) die jukstaposisie-plus benadering waaraan die handboekskrywers voorkeur gee. Jukstaposisie-plus bestaan enersyds uit die jukstaposisie van uittreksels uit sake, wette en "doctrinal treatises" en andersyds uit plusse wat bestaan uit 'n verskeidenheid interpretatiewe en verklarende toevoegings. Die idee van 'n logiese en neutrale vergelykingsmaatstaf word nie hoog aangeslaan nie en die eie regstelsel, kultuur en ervaring word die grondslag van, en verskaf die konsepsuele raamwerk vir, regsvergelyking; (v) die regsvergelykende funksionalisme (wat Frankenberg as die moderne paradigma omskryf) wat beweer dat 'n neutrale vergelykingsmaatstaf gevind is.

Frankenberg klassifiseer die vier²⁰ paradigmas aan die hand van hulle algemene teoretiese oriëntasie in vier kategorieë op grond van die filosofiese, historiese, doktrinêre/analitiese en sosiologies-funksionalitiese inhoud daarvan. Hierdie klassifikasie verfyn hy deur die inhoud van elkeen aan te dui ten opsigte van regsteorie, vergelykingsmetode, doel, akademiese etiket/skool en regspolities. Drie belangrike gevolgtrekkings kan uit Frankenberg se navorsing gemaak word. Hy toon eerstens oortuigend aan dat hierdie paradigmas almal op voorteoretiese aannames steun – vanaf die natuurregtelike insake die mens en samelewing tot die funksionalitiese instrumentele rasionaliteit; laasgenoemde is die kulminasie van 'n ontwikkeling wat hy treffend as die metamorfose en krisis van die rede omskryf. Tweedens wys hy daarop dat hierdie voorteoretiese aannames nie net 'n eie regsopvatting (en nou daarmee korrelerende doeloriëntasies en regspolitiese opvattinge) bevat nie, maar ook 'n eie metodologiese benadering wat binne die raamwerk van die paradigma funksioneer. Derdens toon hy aan dat die filosofiese en historiese kategorieë hoofsaaklik deduktief te werk gaan terwyl die ander twee benaderings inductief ingestel is.

Aangesien funksionalisme die moderne en veral die dominante paradigma is, word dit vervolgens in oënskou geneem; daarna word die sisteembenadering van Banakas en Burkens wat krities daarop voortbou, bespreek. Aangesien die jukstaposisie-plus benadering die *tertium comparationis*-probleem negeer, word nie verder aandag daaraan gegee nie.

3 1 Die funksionele benadering van Zweigert en Kötz

Aangesien hierdie skrywers as die hoofvertegenwoordigers van die funksionalisme in die regsvergelyking gesien kan word, word hier op hulle paradigma en metodologiese benadering gekonsentreer. Zweigert en Kötz²¹ gee aanduidings van die voorteoretiese aannames van hul paradigma terwyl die uiteensetting van hul metodologiese benadering sketsmatig bly. Hulle is van mening dat elke regsvergelykende ondersoek met 'n werkshiptese of vraagstelling moet begin. Hulle bespreek in dié verband Jescheck se siening dat die navorser se eie siening van wat die reg behoort te wees (dit wil sê sy eie regspolitiese standpunt) sy werkshiptese ten grondslag lê; sodoende dien dit as vergelykingsraamwerk of *tertium comparationis*. Hulle kom tot die gevolgtrekking dat die een nie die ander vooraf gaan nie maar dat daar eerder van interaksie sprake is. Die standpunt van

20 Hy sien die jukstaposisie-plus benadering streng gesproke nie as 'n paradigma nie aangesien dit uit die ander benaderings put en elemente van hulle integreer.

21 *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* (1984) 31–53 (hierna aangehaal as *Einführung*); vgl ook Zweigert "Methodological problems in comparative law" 1972 *Israel LR* 465–474.

Langrod dat die werkshipotese voorrang het en dat deduktiewe argumentasie die belangrikste rol speel, wys hulle dus af.

Die beginpunt, grondslag en *tertium comparationis* van alle regsvergelyking vind Zweigert en Kötz in die funksie wat (regs-) instellings van verskillende regstelsels vervul in die oplossing van dieselfde feitelike probleem. Funksionaliteit is dus die basiese metodologiese beginsel waaruit al die ander reëls voortspuit; dit is bepalend vir onder meer (i) die keuse van regsinstellings wat vergelyk word, (ii) die omvang van die ondersoek en (iii) die opbou van 'n sisteem. Maar wat maak dit moontlik dat dikwels met verskillende middele soortgelyke resultate bereik word deur die vervulling van dieselfde funksie? Zweigert en Kötz antwoord dat verskillende regstelsels met dieselfde probleme gekonfronteer word omdat hulle feitelike behoeftes het wat ooreenstem. Op hierdie voorteoretiese aanname gaan hulle nie verder in nie. Op grond van 'n aantal voorbeelde kom hulle tot 'n gevolgtrekking waartoe regsvergelykers so dikwels kom dat hier amper van 'n regsvergelykende grondreël sprake kan wees:

“Verschiedene Rechtsordnungen kommen trotz aller Unterschiede in ihrer historischen Entwicklung, in ihrem systematisch-theoretischen Aufbau und im Stil ihrer praktischen Anwendung dennoch in den gleichen Fragen oft bis ins Einzelheiten hinein zu gleichen oder doch verblüffend ähnlichen Lösungen.”²²

Tot hierdie grondreël en die daaraan-ten-grondslag-liggende aanname dat daar by verskillende regstelsels van dieselfde feitelike behoeftes sprake is,²³ word oënskynlik op empiries-induktiewe wyse aan die hand van voorbeelde en dus regsvergelykende ervaring gekom. Hierna word dit egter deduktief gebruik, want die oplossings waarvan hier sprake is, is niks anders as die funksionaliteit waaruit as basiese metodologiese beginsel die ander regsvergelykende reëls voortspuit nie. Die belangrike vraag is egter of Zweigert en Kötz slegs op induktiewe wyse tot hierdie beginsel kom. Indien dit moontlik is, is daar by die funksionalisme nie sprake van 'n paradigma waarin voorteoretiese aannames of voorveronderstellings 'n rol speel nie. Immanente teensprake en strydighede in 'n teorie is gewoonlik 'n goeie aanduiding dat dit wel die geval is.

Die immanente kritiek van Van der Walt²⁴ op die funksionele skool stuit juis teen die feit dat die skool nie rekenskap gee van die verhouding tussen metodes in primêre en sekondêre sin nie. Indien die hipotese (naamlik vergelykbare funksie) waarop die aanvanklike keuse van die te vergeleke elemente berus en die grondslag van die navorsingsmetode as sodanig (naamlik vergelykbare funksie) dieselfde sou wees, kom dit volgens hom op 'n sirkelredenasie neer. Met hierdie kritiek stuit Van der Walt teen die verwarring wat daar by die funksionele benadering tussen hulle paradigma en die metode wat hulle gebruik, bestaan. Frankenberg het die voorveronderstellings van die funksionalisme treffend in teenstelling met van die vroeër benaderings in die regsvergelyking getipeer as

22 *Einführung* 40.

23 Keebet von Benda-Beckmann (“Einige Bemerkungen über die Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung” 1979 *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 56–57) wys daarop dat Zweigert en Kötz nêrens verduidelik wat 'n behoefte van die regsverkeer is nie aangesien dit oënskynlik vir hulle geen probleem is nie. Hy vra of daar by hulle tov hierdie *praesumptio similitudinis*, nl dat “gleiche Bedürfnisse des Rechtsverkehrs auf gleiche oder sehr ähnlichen Weise gelöst werden” (*Einführung* 36) nie van 'n *petitio principii* sprake is nie: “Sie erklären das Ergebnis der Rechtsvergleichung, die Gleichheit oder Ähnlichkeit einer rechtlichen Lösung, mit Hilfe der ‘praesumptio similitudinis’, können andererseits diese Vermutung nur mit Hilfe dieser Ergebnisse rechtfertigen.”

24 “Die regsvergelykende metode” 229–331.

"the functionalist's instrumental rationality... [T]he functionalist discards all metaphysical ideas of what the law ought to be and turns from reasoned speculation or analogies to the natural sciences, to systems theory, and to sociology. In place of ideal types and archetypes, divine providence, human reason and nature, function becomes the universal principle that orders the realm of law".²⁵

Die geldigheid van hierdie omskrywing ten opsigte van die funksionalisme van Zweigert en Kötz blyk uit hulle siening dat funksie die beginpunt en grondslag van alle regsvergelyking is. Die betekenis van hierdie *tertium comparationis* vir die regsvergelykende proses omskryf hulle soos volg:

"Die Lösungen der untersuchten Rechtsordnungen sind von alle systematischen Begriffen dieser Rechtsordnungen zu befreien, aus ihren nurnationalen dogmatischen Verkrustungen zu lösen und ausschliesslich unter dem Aspekt der Funktionalität, der Befriedigung des jeweiligen Rechtsbedürfnisses zu sehen."²⁶

Twee van die belangrikste beperkings van die regsvergelykende funksionalisme van Zweigert en Kötz toon dat hierdie hoogs abstrakte funksionaliteit die resultaat is van 'n paradigma wat nie aan die regswerklikheid reg laat geskied nie. Banakas²⁷ het in 'n analise van Zweigert en Kötz se werk hierdie beperkings skerp omlin. Eerstens konsentreer hy op die operasionele probleme wat aan hierdie benadering inherent is. Hierdie probleme spruit uit die twee hoof operasionele voorwaardes van die funksionele metode voort: die aanwesigheid van 'n regsbehoefte of funksie "gemeenskaplik" aan alle regstelsels en die bestaan van 'n "eendersheid" van feitelike omstandighede waarbinne die te vergeleke regstelsels funksioneer. Volgens Banakas is hierdie voorwaardes egter nie net moeilik vasstelbaar by die vergelyking van regstelsels met verskillende sosio-ekonomiese omgewings en ideologieë nie, maar selfs ten opsigte van die eie bekende sosio-ekonomiese omgewing bestaan hierdie probleem. Dat regsvergelykers, wanneer hulle die terme "gemeenskaplike behoeftes" of "funksie" en "soortgelyke feitelike omstandighede" gebruik, gewoonlik nie definisies of omskrywings van die inhoud daarvan gee nie, vind Banakas teoreties onhoudbaar. Hy laat hom skerp hieroor uit:

"In most cases these terms appear to have been used in a rather arbitrary and non-sophisticated way in their loose colloquial meaning. This is of course, an unsatisfactory attitude for scholarly investigation."²⁸

Hiermee beklemtoon hy die noodsaak van 'n regsteorie waarbinne die terme op 'n teoreties omlinende wyse gebruik word en wat in die regsvergelyking die rol van 'n *tertium comparationis* kan vervul. Die gebruik van hierdie terme by die vergelyking van regstelsels met dieselfde sosio-ekonomiese omgewing en ideologie lewer nie die ernstige probleme wat opduik by die vergelyking van regstelsels waar dit nie die geval is nie. In die laasgenoemde gevalle kom volgens hom die leegheid van hierdie terme soos hulle gewoonlik gebruik word, na vore.

Die tweede punt van kritiek is volgens Banakas dat die funksionele metode 'n onvoldoende basis vir regsvergelyking bied. By nadere ondersoek van die paradigma van die funksionele metode blyk volgens hom dat slegs gekonsentreer word op 'n deel van dit waaruit 'n moderne regstelsel bestaan, naamlik die gebied van die privaatrek. Voorts word binne die beperkings wat die privaatreklike

25 1985 *Harv Int LJ* 429.

26 *Einführung* 48.

27 "Some thoughts on the method of comparative law: the concept of law revisited" 1981 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 289-309.

28 *Idem* 291.

terrein oplê hoofsaaklik vergelykings binne die kring van die Westerse geïndustrialiseerde samelewings gedoen. Regsvergelykende studies wat op beperkte skaal beide hierdie beperkings deurbreek het, dui volgens Banakas op tekens van 'n nuwe metodologiese benadering²⁹ wat begin posvat waar die funksionele metode sy grense vind.

Insiggewend ten opsigte van Zweigert en Kötz se siening van die regsvergelijkende metode is hul opvatting dat 'n regsvergelijkende "Universalrechtswissenschaft" moontlik is; hierdie wetenskap moet dan die struktuur en konsepsuele apparaat vir die ordening, organisering en deurgawe van die materiaal daarvan bevat. In die verduideliking van die ontwerp en vorm wat die universele sisteem moet aanneem, sê hulle onomwonde dat dit slegs regsvergelijkend vasgestel kan word; dit wil sê

"man kan es nicht apriorisch festlegen sondern nur induktiv durch fortwährendes Experimentieren und Vergleichen ermitteln".³⁰

Hierdie sisteem moet so buigsaam wees dat dit heterogene hoewel funksioneel vergelykbare regsinstellings "unter weiten Oberbegriffen zusammenfassen kann".³¹ Die begrippe van die sisteem sal 'n wyer net uitgooi as dié van die nasionale sisteme, aangesien die funksionele benadering konsentreer op die werklike lewensverskynsels en -probleme wat dikwels agter die begrippe van die nasionale sisteem skuil. So lei die funksionele regsvergeliking tot 'n sisteem van "Funktionskomplexen" waarvan die begrippe die juridiese eise identifiseer wat 'n bepaalde "Lebenssachverhalt" aan die reg stel in alle regstelsels waar die sosiale en ekonomiese omstandighede soortgelyk is. Hierdeur sal 'n realistiese konteks daargestel word waarbinne die onderskeie oplossings ten spyte van tegniese of substansiële verskille vergelyk en gekontrasteer kan word. Die *tertium comparationis* wil Zweigert en Kötz dus vind deur op die grondslag van funksionaliteit en deur middel van die empiries-induktiewe metode te kom tot hierdie sogenaamde internasionale universele regswetenskap,³² wat ten spyte van al die universele pretensies daarvan hoofsaaklik tot die privaatreg en die Westerse regstelsels beperk bly.

3 2 Die "general social system theory (GSST) of law" van Banakas

Banakas³³ ontwikkel sy teorie vanweë die tekortkominge van "funksie" as gesogte *tertium comparationis*. Die openlike erkenning deur Zweigert en Kötz³⁴ dat daar 'n kerngebied van "sisteemgerigte" regsinstellings (in byvoorbeeld die sosialistiese lande) is wat buite die trefgebied van die konvensionele regsvergeliking

29 In die volgende onderafdeling word op sy poging om teoreties hiervan rekenskap te gee, ingegaan.

30 *Einführung* 51.

31 *Idem* 49.

32 Sauveplanne (*De methoden van privaatrechtelijke vergelijking* (1975) 36-37) staan krities teenoor die voorstel om op die gebied van die privaatreg 'n aparte, funksionele komparatiewe begripsarsenaal te ontwikkel wat oorkoepelend tov die afsonderlike privaatregstelsels sal funksioneer. Nie net kan verwarring gestig word deur die gebruik van afsonderlike komparatiewe begrippe nie, maar die gevaar bestaan ook dat die begrippe 'n eie lewe kan begin lei deurdat bo die begripsarsenaal van die afsonderlike regstelsels 'n ander, nie-korresponderende begripsarsenaal geplaas word; hieruit kan 'n afsonderlike regsvergelijkende "Begriffsjurisprudenz" dan dreig om te ontwikkel.

33 1981 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 289-309.

34 *Einführung* 42-43.

val, dui vir Banakas op die “relatiwiteit van die sosio-ekonomiese omgewing” as ’n metodologiese probleem van die regsvergelyking. Juis die aanwesigheid van hierdie kerngebied van “sisteemgerigte” regsinstellings suggereer dat die relatiwiteit van die sosio-ekonomiese omgewing ’n breër eksegetiese waarde vir die regstelsel as geheel kan hê. ’n Verdere hoofprobleem van die konvensionele regsvergelyking is dus dat die funksionele metode – aangesien dit nie eers die individuele “sisteemgerigte” regsinstellings kan ondersoek nie – nie hierdie ondersoek na die sosiale relatiwiteit van die regstelsel as ’n geheel kan uitvoer nie. Sodanige ondersoek sal volgens Banakas eers moontlik wees as ’n nuwe metode, wat in staat is om die verhouding van die reg tot sy sosio-ekonomiese omgewing te verstaan, ontwikkel word:

“What appears to be needed is a method based on the idea of the function of law as this function is conditioned by its socio-economic environment. It will have to be a method that will provide an adequate *tertium comparationis* irrespective of the particular constitution of the socio-political system at hand: founded on the idea of the system-relativity of the function of legal institutions, it will have also to be formulated in terms of universal exegetical value.”³⁵

Banakas vind hierdie metode in ’n sosio-politieke sisteemmodel waarin elke regsisteem ’n subsisteem vorm van en ontleed moet word binne die raamwerk van ’n breër sosio-politieke hipersisteem. Hy stel hom ten doel om ’n model-hipersisteem te ontwerp wat gebruik kan word as ’n verwysingsisteem vir enige bestaande sosio-politieke (-ekonomiese) sisteem en waardeur ’n vergelykende analise van regsisteme, behorende tot verskillende sosio-politieke sisteme, moontlik sal word. Na ’n bespreking van die neo-positiviste Hart en MacCormick kom hy tot die volgende gevolgtrekking:

“[I]t seems that the recent development of neo-positivism favours a system-theory, founded on the referential supremacy of such a model, to emerge as an exegetical theory of law. Only that kind of system-theory seems now able to provide a positive, non-transcendental solution, to what has been so far the major problem of neo-positivist and related theories of law, namely, the lack of a hyper-system of reference.”³⁶

Hierdie soeke na ’n hipersisteem as *tertium comparationis* wat die beperkings van die funksionele benadering probeer oorkom, kan waardeur word. Wat wel problematies is, is dat hierdie nie-transendentale teoretiese model skynbaar slegs deur middel van die empiries-induktiewe metode gevind kan word. Sy omhelsing van die neo-positivistiese sisteemteorie maak Banakas blind vir die apriories-deduktiewe rol wat die paradigma van hierdie teorie in sy eie opvattingsspeel. Ook sy teorie ontsnap nie aan die kernprobleem van die sosiologiese sisteemteorie nie, naamlik die aard van die verhouding tussen die sosio-politieke hipersisteem en die juridiese subsisteem. Die moderne sisteemteorie³⁷ kan vanweë sy gebruik van die geheel-dele skema, met sy universalistiese bioties-geduseerde perspektief, nie toereikend rekenskap gee van die werklike struktuurverskille tussen die onderskeibare lewensvorme in moderne gedifferensieerde samelewings nie. Die juridiese subsisteem vorm volgens hierdie benadering ’n deel van die “samelewing” wat dit as groter geheel omvat en struktureel stempel. Hierdeur word korrekte insig in en teoretiese verantwoording nie net van die wisselwerking en vervlegting tussen die verskillende samelewingsvorme nie, maar

35 1981 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 295.

36 *Idem* 298.

37 Vgl Strauss *Die grondbegrippe van die sosiologie as vakwetenskap* (1988) 177–178.

ook van die strukturele eieaard van die juridiese sfeer van 'n samelewing onmoontlik gemaak. Hierdie geheel-dele skema bied geen teoretiese toereikende kriteria vir die onderskeid tussen sosio-politieke hipersisteem en juridiese sub-sisteem of vir die identifikasie van dit wat deel van laasgenoemde vorm nie. Juis wat Banakas in die lig van die beperkings van die funksionele benadering van sy eie *tertium comparationis* ver wag – naamlik toereikende vergelykingsmaatstawwe en -raamwerke – kan nie daardeur gelewer word nie.

3 3 Sisteemteorie en vergelykende staatsreg

Burkens³⁸ poog om, in aansluiting by die sisteemteorie, te kom tot 'n betreklik abstrakte kader waarbinne die staatsregtelike regsvergelyking kan funksioneer. Sy benadering wat hy aan Luhmann³⁹ ontleen, gaan uit van die onderskeiding van die regswetenskap as normatiewe wetenskap en die politieke wetenskappe as empiriese, sosiale wetenskappe.⁴⁰ Hy meen dat sy benadering die moontlikheid van 'n parallelisering en onderskeiding van hierdie twee soorte wetenskappe bied sodat vanuit die politieke wetenskappe met behulp van die sisteembegrip aan die regswetenskap 'n empiriese substraat – 'n spesifieke soort menslike verwagting – gegee word.

Hy sien 'n sisteem as die bundel van interaksies wat deur gesamentlike verwagtings van sowel kognitiewe as normatiewe aard saamgehou word. Die staatsregtelike regsvergelyking fokus op die vergelyking van die normatiewe struktuur van politieke sisteme.⁴¹ Die sisteembegrip gee volgens Burkens⁴² 'n algemene

³⁸ *Methodologie van staatsrethelike regsvergelyking* (1975) (hierna aangehaal as *Methodologie*).

³⁹ Luhmann definieer die reg as "Struktur eines sozialen Systems, die auf kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen beruht" (*Rechtssoziologie 1* (1972) 105). Vgl ook Luhmann se *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981) en sy *Soziale Systeme – Grundriss einer allgemeinen Theorie* (1984). Hy ontwikkel sy regsosiologie onder invloed van Talcott Parson en gaan uit van die verbinding van 'n evolusionêre hipotese rakende die ontstaan van die reg uit voornormatiewe of anormatiewe, psigiese en sosiale feitlikhede (menslike belewings- en handelingsmoontlikhede) met 'n sisteemteorie van die menslike samelewing. Volgens Van Eikema Hommes (*De wijsgerige grondslagen van de rechtsociologie* (1986) 88–91) is hier sprake van 'n onkritiese pseudo-wetenskaplike verklaring van die normatiewe uit die nie-normatiewe sosiale feite. Die reg in moderne samelewings word deur Luhmann gesien as louter positiewe reg wat nie meer aan bo-juridiese waardes en die idee van die geregtigheid gebonde is nie, maar wat as 'n suiwer funksionele instrument dien om die toenemende kompleksiteit en differensiasie te beheers en spannings in hierdie differensiasieproses op te vang. Hierdie opvatting lei tot die totale ontkenning van bo-willekeurige materiële regsbeginsels wat deur Luhmann foutiewelik gelykgestel word aan natuuregtelike uitgangspunte.

⁴⁰ Koekkoek ("Debat over het preadvies van Prof. mr. M.C. Burkens" *Methodologie van staatsrethelike regsvergelyking* (1976) 11 (hierna aangehaal as "Debat over het preadvies Burkens")) wys tereg daarop dat hierdie onderskeiding vals is, want sowel die regswetenskap as die politieke wetenskappe is gebonde aan bepaalde strukture wat normatief is in die sin dat dit die ervaring van 'n bepaalde verskynsel as 'n juridiese of 'n sosiale verskynsel eers moontlik maak. Voorts hou die regswetenskap hom nie net besig met regsnorme nie maar ook met regsfeite en die sosiale wetenskappe – waarvan die politieke wetenskappe in 'n bepaalde sin 'n onderdeel is – nie slegs met sosiale feite nie maar ook met sosiale norme.

⁴¹ Hirsch Ballin ("Debat over het preadvies Burkens" 8–9) wys daarop dat hoewel Burkens 'n suiwer teoretiese verklaring van menslike gedrag verwerp omdat hierdie gedrag gedra word deur *verklaarbare sin*, Burkens hierdie *sin* weer gelykstel aan gedragsverwagting. Dit is daarom vir Hirsch Ballin nie duidelik in watter sin Burkens afstand doen van die gedragsleer nie. Hoewel Burkens die staatsreg sien as die normatiewe struktuur van 'n politieke

teoretiese raamwerk waarbinne alle politieke eenhede opgeneem en konkrete analyses moontlik gemaak word:

“Het voordeel van deze benadering is, dat het begrip ‘staat’, hier begrepen als politieke systeem, tot zijn bare essentials is teruggebracht. Staatsorganisasies zijn culturele verworvenheden; politieke systemen daarentegen vormen het theoretisch raamwerk van interactiepatronen die van alle tijden zijn. Men kan m.a.w. met het begrip ‘politiek systeem’ zijn culturele baggage achterlaten en grenzen van werelddelen overschrijden.”

Hiermee word dit duidelik dat Burkens in die sisteembegrip, wat die empiriese onderbou vir ’n juridies-normatiewe bobou moet vorm, sy *tertium comparationis* vind. Hoewel die empiriese onderbou hierdie belangrike vergelykingsmaatstaf moet bied, is dit die normatiewe bobou (regswetenskap) wat bepaal op watter deel van die interaktiewe menslike gedragspatrone in die regsvergelyking, naamlik die staatsreg (as onderdeel van die publiekreg), gefokus moet word. Burkens ontkom dus nie aan die probleme wat in Banakas se aansluiting by die sisteemteorie aanwesig is nie, aangesien hierdie teorie nie reg kan laat geskied aan die strukturele eieaard van die staatsreg as vertakking van die publiekregtelike “subsisteem” van die “samelewings sisteem” nie. Hierin is dan ook die hoofrede vir die ontoereikendheid van die sisteemteorie en sisteembegrip as *tertium comparationis* geleë.

4 'N ALGEMENE REGSBEGRIP AS *TERTIUM COMPARATIONIS*

Omdat die regsvergelykende metode ’n wetenskaplike metode is, kan die gebruik van begrippe⁴³ en veral die gebruik van ’n algemene regsbegrip wat die grondbegrippe van die regswetenskap insluit, nie vermy word nie. Jescheck⁴⁴ omskryf die rol van die regsvergelyker se eie teorie treffend:

“Ich glaube, dass gegenüber der Gefahr des blossen museummässigen Sammelns von Rechtsmerkwürdigkeiten aus aller Welt nur die Methode hilft, dass man von dem eigenen dogmatischen und kriminalpolitischen Standpunkt ausgeht und hierzu die Ergebnisse in Beziehung setzt, die exegetische Arbeit am Auslandsrecht liefert. Dieser eigene Standpunkt ist keineswegs gleichbedeutend mit dem eigenen Recht, wenn er auch weitgehend von diesem abhängig sein mag. Er ist die individuelle Vorstellung von dem ‘richtigen Recht’, die man mehr oder weniger bewusst und mehr oder weniger klar vor Augen hat, ehe man überhaupt an die Vergleichsarbeit herangeht.”

Hy omskryf die rol van die regsvergelyker se teorie as *tertium comparationis* soos volg:

“Die Grundlage bildet der *eigene dogmatische* und kriminalpolitische *Standpunkt*. Er dient als Arbeitshypothese, seine methodische Funktion ist die eines Beziehungspunktes (*tertium comparationis*), nach dem man sich beim Studium der Auslandsrechte orientiert. Dabei muss man sich allerdings davor hüten, fremden Rechten die eigene Begriffswelt und Systematik aufzwingen zu wollen.”⁴⁵

vervolg van vorige bladsy

sisteem, meen Hirsch Ballin dat hy steeds met die volgende probleem sit: “Ten aanzien van normatiewe verwagtinge kan eger *binnen* een empiristiese sisteemteorie geen enkel ‘waarderend’ onderskeid worden aangelegd, doordat deze verwagtinge uitsluitend in hun uitwendige verskjyningsvorm worden benaderd.”

42 *Methodologie* 18.

43 Vgl Sauveplanne *De methoden van privaatrechtelike rechtsvergelyking* 28: “Iemand die rechtsvergelykend onderzoek gaat verrichten, heeft bepaalde rechtsbegrippe in zijn hoofd die het terrein van zijn onderzoek bepalen.”

44 *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung* (1955) 37–38.

45 *Idem* 40.

Die regsvergelyker se eie teorie of regsbegrip bied dus nie net 'n *tertium comparationis* nie maar ook geregtighedsmaatstawwe waaraan sy eie en die ander regstelsels gemeet kan word. Frankenberg⁴⁶ staan tereg skepties teenoor die aanname dat die universele internasionale regswetenskap van die funksionaliste Zweigert en Kötz neutraal en vry van waardeoordele sal kan funksioneer. Ten spyte van hierdie pretensies van die funksionalisme word onkrities uitgegaan van aannames aangaande wat "die reg" of "dieselfde funksie" of "dieselfde regsbehoefte" is en die gebrek aan neutraliteit en waardevryheid kom juis na vore in 'n verdediging van die *status quo*:

"In the end the neutral observer reveals herself as a lawyer in defense of the status quo."⁴⁷

4 1 Constantinesco se algemene regsbegrip op die terrein van die makro-vergelyking

Constantinesco poog om, wat die makro-vergelyking betref, vanuit die regswetenskap self 'n teoretiese raamwerk te ontwikkel wat die vergelykbaarheid van regstelsels moontlik maak. Volgens hom⁴⁸ is regsvergelyking op die makrovlak onmoontlik sonder 'n gemeenskaplike noemer of maatstaf; dit wil sê 'n *regsbegrip* wat wyd genoeg is om die onderskeie regstipes te omvat wat in die wêreld bestaan. Wanneer die makro-vergelyking van sy aanspraak op 'n algemene regsbegrip afsien deur aan die Westerse regsbegrip as absolute kriterium vas te hou, word die aanspraak op universaliteit, wat die wese van die makro-vergelyking en die vergelykende regswetenskap vorm, prysgegee. Daar moet dus 'n regsbegrip gevind word wat wyd genoeg is om alle regstipes wat in die wêreld bestaan, insluitende die reg van die moderne, tradisionele en sogenaamde primitiewe samelewings, ten spyte van hulle verskille in vorm, struktuur en finaliteit, te omvat. Hy wys op die rol wat die kultuur- en regsgeeskiedenis moet speel om die reg van die tradisionele kulture te verstaan, asook op die rol van die regssosiologie, -etnologie en -antropologie in die begrip van die reg van die primitiewe samelewings. Die probleme wat ervaar word in die daarstel van 'n gemeenskaplike definisie van die reg berus volgens hom op die verskille in samelewings-, organisasie- en gesagstipes wat in die regstipes van verskillende samelewings weerspieël word. Kruiskulturele vergelyking lei nietemin tot die gevolgtrekking dat daar 'n gemeenskaplike regsbegrip is en dat verskille tussen die regstelsels van primitiewe, tradisionele en moderne samelewings bestaan. Die reg as sosiale verskynsel kom in alle samelewings as 'n kompleks van dwingende reëls voor. Ontwikkelings wat van die een na die ander soort samelewing plaasvind, is nie 'n oorgang van *nie-reg* na *reg* nie maar van die een regstipe na 'n ander.

Constantinesco kom dus tot die gevolgtrekking dat die *regsbegrip* wat aan die vereistes en behoeftes van die makro-vergelyking beantwoord, drie kenmerkende eienskappe besit wat in die drie genoemde regstipes verskillende vorme aanneem: (i) Die reëls moet vir die lede van die betrokke samelewing dwingend wees; (ii) elke reël veronderstel die bestaan van 'n georganiseerde samelewing hoe gedifferensieerd of ongedifferensieerd ook al – *ubi societas ibi jus*; en (iii) 'n

46 1984 *Harv Int LJ* 436-440.

47 *Idem* 440.

48 "Der Rechtsbegriff in der Makro-Vergleichung" 1981 *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 177-198.

sanksie volg op die oortreding van 'n regsreël en dit lei tot 'n konflik. Die reëls wat in die sedes en gewoontes van die sogenaamde primitiewe volke vervat is, kan slegs regsreëls wees wanneer hulle die drie bogemelde eienskappe besit. Hiermee word die skynbaar onoorkomelike skeidingsmuur tussen die regstelsels van die beskaafde volke en die sedes van die primitiewe volke oorkom en tot 'n gemeenskaplike vergelykingsnoemer gebring. Sodoende beskik die makro-vergelyking oor 'n regsbegrip wat wyd genoeg is om sy universele funksie te vervul.

Die ooreenkomste tussen die regsreëls van primitiewe, tradisionele en moderne/beskaafde regstelsels wat Constantinesco op basis van sy universele regs-begrip en die drie eienskappe daarvan konstateer, hef volgens hom egter nie die verskille tussen hierdie drie soorte regstelsels op nie. Die menigvuldigheid van die vorme en faktore wat binne die raamwerk van hierdie drie eienskappe voorkom, stel hom in staat om die grondliggende onderskeiding tussen simbiotiese en profane/outonome regstelsels te verduidelik aan die hand van die belangrikste verskille in die vorme wat hierdie eienskappe daarin aanneem: (i) Hy wys op die verskille in die oorsprong en aard van die bronne van die regsreëls in hierdie twee soorte regstelsels. In die moderne/profane regstelsels is die bronne streng van wêreldlike, sosiale en ekonomiese aard. In die simbiotiese regstelsels is die juridiese element egter nog grootliks vermeng met die religieuse, etiese en morele elemente sodat daar nie van 'n duidelike skeiding van hierdie elemente sprake is nie; die profane regstelsel is daarenteen juis die produk van differensiasie van hierdie elemente. (ii) Ook wat die struktuur en organisasie betref, wys hy op verskille tussen simbiotiese en profane regstelsels. Terwyl moderne samelewings met 'n profane regstelsel 'n baie komplekse en anonieme organisasie het wat sterk gestruktureer, gedifferensieer en gespesialiseer is, is dit minder die geval by tradisionele samelewings en nog minder die geval by primitiewe samelewings wat beide 'n simbiotiese regstelsel het. Die primitiewe en tradisionele samelewings met hulle relatief ongedifferensieerde organisasie- en magstrukture is geslote en herhalend en die begrip *subjektiewe regte* wat in die oop en dinamiese moderne samelewings so 'n belangrike rol speel, is onbekend. (iii) Voorts verskil die twee regstipes ten opsigte van die sanksies wat volg op die oortreding van regsreëls en die aard van die regsprosesse waardeur die konflikte besleg word. Die duidelike onderskeid tussen *konflikte van privaatregtelike en publiekregtelike aard* en die daarmee korrelerende differensiasie tussen *delikte* en *misdade* asook tussen skadevergoeding/genoegdoening en strawwe wat die moderne regstelsels kenmerk, bestaan nie in simbiotiese regstelsels nie. Verskille is geleë in die rol van die regter, die vorm en veral die doel van die regsproses. (iv) Een van die verdere belangrike verskille is daarin geleë dat die regsfunksies in die primitiewe regstelsels ongedifferensieer is terwyl 'n baie hoë mate van spesialisering van die regsfunksies en die daarmee gepaardgaande effek op die organisatoriese vlak een van die belangrikste eienskappe van die outonome regstelsels is.

Onder meer vanweë die verskille in differensiasie, regsbronne, ekonomiese en tegniese ontwikkeling is die verskille tussen die tradisionele en die primitiewe regstelsels so groot dat hulle nie op dieselfde vlak gestel kan word nie; daarom meen Constantinesco dat 'n driedeling veel beter is. Hy stel dus voor dat daar tussen die simbiotiese regstelsels van primitiewe samelewings, die simbiotiese regstelsels van tradisionele samelewings en die profane en outonome regstelsels van moderne samelewings onderskei moet word.

Hoewel die poging van Constantinesco om 'n algemene regsbegrip vir die regsvergelyking daar te stel, waardeer kan word, is dit nogtans problematies. Volgens sy definisie moet elke dwingende, deur sanksies ondersteunde reël in 'n samelewing waarin daar 'n minimum organisasie bestaan, as regsreël beskou word ten spyte van die verskeidenheid wat hierdie drie eienskappe kan aanneem. Hierdie definisie is so wyd dat dit ook op nie-juridiese reëls van toepassing gemaak kan word, want hierdie eienskappe is die eienskappe van alle mensgemaakte reëls in dié samelewingsvorme waarin daar van gesagstrukture sprake is: byvoorbeeld ondernemings, gesinne, skole, kerke ensovoorts. Weliswaar verskil die aard van die dwang in elk van hierdie samelewingsvorme volgens die strukturele eieaard daarvan; nietemin is daar ook in die nie-staatlike samelewingsvorme sprake van organisasie, dwingende reëls en sanksies. Ten spyte van die vaagheid van sy regsbegrip is sy siening van die reg in primitiewe, tradisionele en moderne gedifferensieerde samelewings minder problematies. Die grondliggende kriterium wat hy gebruik, naamlik differensiasie, verduidelik hy aan die hand van juridiese voorbeelde, soos die aan- of afwesigheid van subjektiewe regte en onderskeie publiek- en privaatregtelike sferes. Hierdie toespitsings kan hy vanweë die vaagheid van sy algemene regsbegrip nie werklik vrugbaar maak nie. Daarom kan laasgenoemde nie as *tertium comparationis* dien nie. Die rede vir hierdie gebrek aan 'n teoreties verantwoorde regsbegrip is waarskynlik daarin geleë dat Constantinesco, soos die sisteemteorie, die grondslag vir vergelykbaarheid van verskillende regstelsels in die voor- of nie-normatiewe aspekte en strukture van die werklikheid soek.⁴⁹

5 KERNPROBLEME IN DIE REGSVERGELYKING WAARAAN AANDAG GEGEE SAL MOET WORD

Aan die moontlike bydrae wat insigte uit die reformatoriese skool⁵⁰ in die regswetenskap kan lewer tot kernprobleme in die regsvergelyking kan weens die lengtebeperking van 'n artikel nie hier bevredigend behandel word nie. Dit is wel van belang om opsommenderwys die probleme aan te sny waaraan aandag gegee sal moet word.

Veral ten opsigte van die twee kernprobleme wat in die inleiding genoem is, kan bogemelde skool moontlik antwoorde bied waarna ernstig gekyk behoort te word. Eertens moet ten opsigte van die siening dat die regsvergelyker se eie regsteorie sy *tertium comparationis* vorm, aandag gegee word aan die vergelykbaarheid van regstelsels. Die poging van die funksionele skool om die grondslag vir vergelykbaarheid te soek in die "gemeenskaplike behoeftes" of "funksie" of "feitelike omstandighede" van die verskillende regstelsels wat dieselfde sou wees, ly skipbreuk omdat hierdie terme op 'n arbitrêre en teoreties ongesofistikeerde wyse gebruik word. Die funksionele skool bied voorts 'n onvoldoende

49 Vgl Constantinesco "Die Kulturkreise als Grundlage der Rechtskreise" 1981 *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 168: "Es gibt . . . elementare Ideen, Strukturen und Institutionen, die allen Gesellschaften und allen Menschen gemeinsam sind. Aber diese ergeben sich aus der Einheit der menschlichen Natur, die das Phänomen Kultur nicht mit umfasst."

50 Naas die bydrae van Du Plessis (*Regswetenskaplike variasies* en "Navorsingsmetodes en -tendense") word hier aansluiting gevind by die werk van Dooyeweerd (*A new critique of theoretical thought* Volumes I-IV (1953, 1955, 1957, 1958)), Van Eikema Hommes (*De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap* (1983); *De samengestelde grondbegrippen der rechtswetenschap* (1976); *De wijsgerige grondslagen van de rechtssociologie* (1986)) en Van Zyl en Van der Vyver (*Inleiding tot die regswetenskap* (1982)).

basis vir regsvergeelyking omdat dit regsvergeelyking beperk tot die gebied van die privaatreë en dit die pretensie probeer handhaaf dat 'n universele vergeelykende privaatreëwetenskap slegs deur middel van induksie daargestel kan word. Die pogings van Banakas en Burkens om die tekortkomings van die funksionele skool met behulp van die sisteembegrip te oorkom, is problematies omdat hulle die grondslag vir vergeelykbaarheid in die benede-normatiewe of natuurlike fasette van die werklikheid soek en hulle daarom ingevolge hulle bioties gerigte geheel-dele-skema nie teoreties kan rekenskap gee van die strukturele eieaard van die verskillende juridiese en nie-juridiese subsisteme nie. Ook Constantinesco soek die grondslag vir vergeelykbaarheid in die voor- of nie-normatiewe strukture en hy ondervind probleme om bevredigend tussen regsreëls en ander reëls te onderskei.

'n Bevredigende antwoord op die vraag na die vergeelykbaarheid van verskillende regstelsels sal dus reg moet laat geskied aan die reg as normatiewe werklikheidsverskynsel. Slegs deur 'n teoreties bevredigende verklaring van die verhouding tussen die positiewe reg en die bo-positiewe grondslae daarvan te gee, sal die valse dilemma van 'n keuse tussen natuurreg of regspositivisme vermy kan word. Deur rekenskap te gee van die plek van induksie en deduksie in die regs wetenskap in die algemeen en in regsvergeelyking in die besonder sal verhoed word dat die een ten koste van die ander oorbeklemtoon word en sal die aard van die regsvergeelykende metode in sy verskillende fases voldoende na vore kom. Verder sal rekenskap gegee moet word van die wisselwerking tussen positiewe reg en regsteorie en aan die belangrike bydrae wat veral regsvergeelyking kan lewer tot die verfyning van regsteoretiese insigte.

Teen die donkerte kan jy nie net jou vensters sluit nie. Elke ideaal word onsuiver as hy in die werklikheid ingaan; maar dit is al iets gewonne as hy nie net ideaal meer wil bly nie om so sy suiwerheid te bewaar. (Die) groot magsbewegings van ons tyd het nie alleen 'n soort verskriklike skoonheid, soos die skoonheid van die natuurkragte nie, maar ook brokke waarheid in hulle verborge wat saam dryf in die slik van wil en drif en domheid. Wie in hulle alleen verwarring en ondergang sien, die staan soos 'n blinde in sy tyd (NP van Wyk-Louw (1939)).

Waardasiebedinge in kredietooreenkoms

GTS Eiselen

B Iur LLD

Mede-professor in die Privaatreg, Potchefstroomse Universiteit vir CHO

SUMMARY

Valuation clauses in credit agreements

Most credit agreements contain a valuation clause stipulating that the market value of the property at any time will be the valuation placed on it by an independent valuator nominated by the creditor and that this valuation will be final and binding on the parties. The validity and conscionability of such clauses are considered in this article, since such clauses are often abused.

These valuation clauses are virtually identical in content to section 16 of the Credit Agreements Act 75 of 1980 except for the words "final and binding". Despite these words, a valuation may be objected to in court if it is "unreasonable, improper, irregular or wrong" and would "clearly be unconscionable".

It is concluded that valuation clauses should reflect the true legal position, since the words "final and binding" are misleading and detrimental to debtors. These words should be removed from valuation clauses. It is further shown that section 16 is not clear in this regard and it is recommended that this section be amended.

1 PROBLEEMSTELLING

Feitlik elke kredietooreenkoms bevat 'n beding dat die kredietopnemer, by beëindiging of kansellasië van die ooreenkoms deur die kredietgewer weens die kontrakbreuk van die kredietopnemer, steeds vir die uitstaande balans aanspreeklik bly. Teen hierdie uitstaande balans moet die waarde van die teruggeneemde koopsaak verreken word. Sodanige beding bepaal voorts dat hierdie waarde vasgestel word deur 'n waardeerder wat deur die kredietgewer aangewys word en dat die waardasie *bindend en finaal* of *afdoende bewys* van die waarde van die koopsaak sal wees. Indien die koopsaak daarna vir 'n hoër prys herverkoop sou word, word die hoër prys beskou as die waarde van die saak. Sodanige herverkoop geskied egter op terme wat die kredietgewer in sy uitsluitlike diskresie billik ag.

Bogenoemde standaardbeding stem wesenlik met die bepaling van artikel 16 van die Wet op Kredietooreenkoms 75 van 1980 ooreen.¹ Die enigste wesenlike verskil is die bepaling in die standaardbeding dat die waardasie *afdoende bewys* van die waarde van die saak is.

Uit die oogpunt van die kredietgewer is 'n bepaling soos hierdie heel verstaanbaar. Aangesien die Wet op Kredietooreenkoms die gewone kontraktuele remedies weens *mora debitoris* en ander vorme van kontrakbreuk tot nadeel van die kredietgewer beperk, is dit soms vir kredietgewers baie moeilik om hulle belange voldoende te beskerm. Dit is derhalwe in geval van kontrakbreuk deur die kredietopnemer noodsaaklik dat die kredietgewer in staat moet wees om vinnig en effektief te kan optree ten einde skade te vermy. Die kredietgewer moet onder andere daarteen waak dat die afdwing van sy regte nie deur beuselagtige of fiktiewe verweere verdrag word nie, aangesien sodanige verdraging kan meebring dat die toestand van die koopsaak agteruit kan gaan of dat dit onregmatig vervreem kan word. Onnodige litigasie oor die omvang van die uitstaande skuld en die waarde van die koopsaak kan kredietgewers verder ernstig benadeel. Dit is gevolglik noodsaaklik dat die waarde van die koopsaak vinnig en sonder dat dit in geskil geplaas word, vasgestel moet kan word.

Waardasie van die saak deur 'n onafhanklike gekwalifiseerde persoon bied oënskynlik hierdie moontlikheid; op die oog af lyk sodanige waardasie heeltemal billik teenoor albei partye. Aan die ander kant stel hierdie bepaling in die wet en in standaardbedinge die kredietopnemer bloot aan uitbuiting, soos opnames by diens- en verbruikersorganisasies illustreer.² Waardasies is dikwels onrealisties laag en die koopsaak word dan herverkoop teen 'n prys wat nie veel hoër as die waardasie is nie.³

1 A 16 lui soos volg:

“(1) Indien 'n kredietooreenkoms wat 'n afbetalingsverkooptransaksie is, beëindig of ontbind word en die betrokke goedere aan die kredietgewer teruggegee word, is die waarde van daardie goedere vir die doeleindes van hierdie Wet die waarde soos op die datum waarop daardie goedere aldus aan hom teruggegee word, wat deur 'n bevoegde en onbevooroordeelde persoon wat deur die kredietgewer aangewys word, daarop geplaas word: Met dien verstande dat –

(a) indien daardie goedere daarna teen 'n hoër bedrag as die waarde wat aldus daarop geplaas is, verkoop of verhuur word, daardie hoër bedrag as die waarde van daardie goedere vir die doeleindes van hierdie Wet geag word;

(b) die kredietgewer, met inagneming van enige redelike koste, 'n bedrag wat gelyk is aan die verskil tussen die waarde wat soos voormeld daarop geplaas is en bedoelde hoër bedrag –

(i) aan die kredietopnemer ingevolge die beëindigde of ontbinde kredietooreenkoms moet betaal; of

(ii) waar van toepassing, in verrekening moet bring teen enige bedrag wat nog deur die kredietopnemer ingevolge die beëindigde of ontbinde kredietooreenkoms verskuldig is.

(2) Die bepaling van subartikel (1) doen nie afbreuk aan die bevoegdheid van 'n hof nie om die waarde van goedere te bepaal indien die betrokke kredietgewer in gebreke bly om dit ooreenkomstig daardie bepaling te laat doen.”

2 Sien ook *Western Bank Ltd v Meyer* 1973 4 SA 697 (T) 701G-H.

3 Die vraag of die kredietgewer nie moontlik in stryd met die skadebeperkingsreël optree indien hy die saak goedskiiks verkoop sonder om redelike sorg aan die dag te lê om die beste prys te verkry nie, is 'n belangrike vraag wat hieruit voortspruit, maar wat vir doeleindes van hierdie bespreking nie tersaaklik is nie.

Die volgende vrae ontstaan in hierdie verband:

- (a) In welke mate is 'n kredietopnemer vanweë die standaardbeding aan die waardasie en herverkoping gebonde, en welke remedies is tot sy beskikking om die waardasie of herverkoping aan te veg?
- (b) Is daar enige verskil tussen die standaardbedinge en die bepaling van artikel 16 van die Wet op Kredietooreenkomste?
- (c) Indien daar wel 'n verskil is, is die standaardbedinge regverdigbaar in die lig van die misbruik, of as daar geen verskil is nie, is sodanige statutêre goedkeuring van die bedinge regverdigbaar?

2 EVALUERINGS VAN WAARDASIEBEDINGE

Een van die hoekstene van die Suid-Afrikaanse kontrakreg en 'n beginsel waaraan die hof getrou lippediens bewys, is die beginsel van kontrakteervryheid.⁴ Die beginsel hou in dat partye gebonde gehou word aan die terme van hulle ooreenkoms, hoe eensydig of onbillik dit ook al mag wees. 'n Hof is nie bevoeg om 'n kontrak namens die partye te herskryf om dit billiker te maak nie. Gemeenregtelike billikheidsremedies soos die *exceptio doli* waardeur hofe gemagtig word om op grond van billikheid te weier om sekere kontrakuele terme af te dwing, is meestal 'n dooie letter in die moderne Suid-Afrikaanse reg.⁵

In die lig van die kontrakteervryheidsbeginsel wil dit dus lyk of bogenoemde waardasiebedinge geldig en afdwingbaar sal wees. Dit is gemene saak dat so 'n waardasie aanvegbaar is indien die waardeerder nie 'n behoorlik gekwalifiseerde persoon is nie of nie onafhanklik van die kredietgewer is nie.⁶ Albei hierdie verwerpe is egter baie eng; eersgenoemde sal selde voorkom terwyl laasgenoemde baie moeilik bewysbaar is.⁷

Ten spyte van die sterk invloed van die kontrakteervryheidsbeginsel kom daar tog in ons reg 'n billikheidsremedie spesifiek ten opsigte van waardasiebedinge voor. Die bestaan van hierdie reël is in die beslissing *Bekker v RSA Factors*⁸ bevestig, toegepas en soos volg geformuleer:

“Indien 'n derde persoon benoem word om 'n koopprijs vas te stel of 'n waardasie te maak, moet hy die oordeel van 'n redelike man aan die dag lê. Indien sy oordeel met betrekking tot die prysvasstelling of waardasie egter so onredelik, onbehoorlik, onreëlmstig of verkeerd is dat dit tot 'n ooglopende onbillikheid sal lei, is die persoon wat daardeur benadeel word, nie daaraan gebonde nie, maar kan die vasstelling of waardasie om billikheidsredes reggestel word.”

4 *Wells v SA Alumenite Co* 1925 AD 69; *Roffey v Catterall, Edwards & Goudré (Pty) Ltd* 1977 4 SA 494 (N) 504C-505H; Eiselen *Die beheer oor standaardbedinge: 'n regsvergelijkende ondersoek* (LLD-proefskrif PU vir CHO 1988) 53 ev.

5 Van der Walt “Die huidige posisie in die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot onbillike kontrakbedinge” 1986 *SALJ* 652; Eiselen 171-172; *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Orlenas* 1988 3 SA 580 (A).

6 'n Vraag wat onwillekeurig by 'n mens opkom, is hoe onafhanklik 'n waardeerder kan wees wat gereelde waardasies vir dieselfde kredietgewer doen en vir sy brood en botter van sodanige waardasies afhanklik is.

7 Selfs in gevalle waar die waardeerder een of ander belang daarby het, bring dit nie noodwendig mee dat hy nie 'n onbevooroordeelde waardebeoordeling kan doen nie (sien *Estate Milne v Donohue Investments (Pty) Ltd* 1967 2 SA 359 (A) 374B).

8 1983 4 SA 568 (T) 573E-F.

In hierdie saak moes die hof beslis of 'n party tot 'n huurkontrak⁹ gebonde was aan die waardasie van 'n onafhanklike derde gebaseer op die volgende bepaling in die kontrak:

“[D]ie markwaarde van die goedere op enige gegewe tydstip, die bedrag soos vasgestel deur 'n geswore waardeerder deur die verhuurder benoem, welke waardasie finaal en bindend op alle partye sal wees.”

Die hof grond vermeldde reël op gemeenregtelike gesag wat handel oor – volgens die hof – analoë gevalle waar partye die vasstelling van die koopprys aan 'n derde oorlaat.¹⁰ Dit is onduidelik of die reël in *Gillig v Sonnenberg*,¹¹ waarin die grondslae van die reël bespreek word, as deel van die *laesio enormis*-leerstuk, wat toe nog gegeld het, toegepas is en of dit op die billikheidsbeginsel onderliggend aan die leerstuk gebaseer is.¹² In *Dublin v Diner*¹³ word dit nietemin duidelik gestel dat die reël los van die *laesio enormis*-leer as 'n billikheidsremedie bestaan. Dit is ook die benadering in die *Bekker*-saak.¹⁴

Die grondslag van hierdie billikheidsreël by waardasieklousules is die vereiste van goeie trou¹⁵ wat alle kontrakte onderlê en deur die gemeenskapsoortuiging oor redelikheid, geregtigheid en billikheid bepaal word.¹⁶ Die formulering van die billikheidsreël in die *Bekker*-saak moet teen hierdie agtergrond beskou word. Die hof moet dus sy diskresie oor wat billik is met inagneming van die gemeenskapsoortuiging uitoefen. Alhoewel laasgenoemde 'n taamlik wyd beoordeelde maatstaf daarstel, is dit 'n bekende maatstaf wat daagliks in die howe aangewend word.

Die kredietopnemer is dus ingevolge die huidige stand van die reg, ten spyte van die beperkende bewoording van waardasieklousules, nie totaal remedieloos nie. Benewens die gevalle waar die waardasie nie *bona fide* was nie, of die waardeerder bevooroordeelde was, kan die waardasie ook aangeveg word indien dit so onredelik, onbehoorlik, onreëlmatig of verkeerd is dat dit tot 'n ooglopende onbillikheid sal lei.

By die waardering van 'n saak word die markwaarde van die saak bepaal deur 'n beraming te maak van wat 'n gewillige koper op 'n veiling bereid sou wees om vir die saak te betaal. Die denkbeeldige koper moet 'n ingeligte koper wees en nie net een wat blindweg sou koop of 'n winskopie wou maak nie.¹⁷

9 Hoewel dit hier oor 'n *huurkontrak* gehandel het, is die beginsels wat die hof neergelê het ewe goed op krediettransaksies ingevolge die *Wet op Kredietooreenkomste* van toepassing.

10 Kyk 572E-573F. Sien ook *Gillig v Sonnenberg* 1953 4 SA 675 (T) 683B-E waarin die reël toegepas is; *Dublin v Diner* 1964 1 SA 799 (D) 802F-804F; en *Total South Africa (Pty) Ltd v Bonaiti Developments (Pty) Ltd* 1981 2 SA 263 (D) 266H ev. Die reël het onlangs ook in die hooggeregshof van Zimbabwe ter sprake gekom, maar dit lyk of die hof in *Maceys Consolidated (Pty) Ltd v TA Holdings Ltd* 1987 1 SA 173 (Z) strenger vereistes vir die toepassing van die reël stel (179C-D). In lg saak word die jongste stand van die Engelse reg ook uiteengesit.

11 1953 4 SA 675 (T).

12 *Dublin v Diner* 1964 1 SA 799 (D) 803A-804E; *Total South Africa (Pty) Ltd v Bonaiti Developments (Pty) Ltd* 1981 2 SA 263 (D) 266G-H.

13 1964 1 SA 799 (D) 802F-804F.

14 572E-573F.

15 *Bekker v RSA Factors* 1983 4 SA 568 (T) 573D.

16 *Tuckers Land & Development Corp (Pty) Ltd v Hovis* 1980 1 SA 645 (A) 651E-652C.

17 *Bekker v RSA Factors* 1983 4 SA 568 (T) 572B; sien ook *Bestuursraad, Sebokeng v M&K Trust & Finansiële Maatskappy (Edms) Bpk* 1973 3 SA 376 (A) 384H.

'n Fyner ontleding van die reël wat in die *Bekker*-saak geformuleer is, toon aan dat 'n waardasie nie net in gevalle waar daar 'n onreëlmatigheid aanwesig is, verwerp kan word nie, maar ook in gevalle waar die kredietopnemer kan aantoon dat die waardasie verkeerd *en* ooglopend onbillik is. Vanweë die inherente konserwatisme van die howe, veral waar kontrakteervryheid en die inmenging met kontraktuele verhoudinge ter sprake kom, is dit onwaarskynlik dat hierdie billikheidsremedie misbruik sal kan word. Die las wat op die kredietopnemer rus om 'n *ooglopende onbillikheid* aan te toon, is geen maklike taak nie. Aangesien 'n mens by waardasies met 'n diskresie-uitoefening te doen het, sal die howe nie ligtelik daarmee inmeng indien 'n waardasie *bona fide* en volgens erkende beginsels gemaak is nie.

Die probleem met die waardasiebedinge soos dit tans in die meeste krediet-ooreenkomste verskyn, is dat die praktiese werking daarvan misleidend is omdat dit by die kredietopnemer die indruk wek dat hy magteloos teenoor die waardasie staan, terwyl dit regtens nie die geval is nie. Dit is hierdie wanindruk wat deur standaardbedinge geskep word wat tot die soort misbruike lei wat aanvanklik genoem is.

Artikel 16 van die Wet op Kredietooreenkomste skep 'n soortgelyke probleem. Die artikel bepaal dat die waarde van goedere wat teruggeneem is, die waarde *is* wat 'n bevoegde onbevooroordeelde persoon daarop plaas. Die bewoording skep die indruk dat die waardasie finaal is met betrekking tot die waarde van die goedere – in elk geval word geen aanduiding gegee dat die waardasie aanvegbaar is op grond daarvan dat dit verkeerd of onredelik is nie. Die artikel sluit egter nie die moontlikheid van so 'n verweer uit nie. 'n Mens sou hoogstens kon sê dat die artikel onduidelik is.

Indien artikel 16 onduidelik is, moet daar volgens die reëls van wetsuitleg vasgestel word wat die bedoeling van die wetgewer was. Het die wetgewer bedoel om bloot die gevestigde praktyk van waardering van teruggeneemde goedere te bevestig of was dit ook die bedoeling om die gemeenregtelike billikheidsremedie op grond van die *bona fides* uit te sluit?

Laasgenoemde uitleg sou 'n verandering en beperking van die gemenerereg tot gevolg hê, aangesien dit 'n regsmiddel wat 'n party in die normale loop van sake sou hê, uitsluit of beperk. As sodanig sou die tweede interpretasie teen twee vermoedens van wetsuitleg stuit, naamlik:

(a) Die vermoede dat die bepaling die bestaande reg nie meer wysig as wat nodig is nie;¹⁸ en

(b) Die vermoede dat 'n bepaling nie daarop gemik is om die jurisdiksie van die howe te beperk of uit te sluit nie.¹⁹

Die tweede uitleg sou daarop neerkom dat 'n beroep op die gemeenregtelike billikheidsremedie nie meer moontlik is nie en sou gevolglik op 'n wysiging van die gemenerereg neerkom. Sodanige uitleg is egter nie noodsaaklik om betekenis aan die artikel te gee nie. Gevolglik behoort die meer beperkende uitleg gevolg te word, naamlik dat die artikel bloot 'n prosedure voorskryf wat gevolg kan word en dat die gemeenregtelike verweer dus steeds beskikbaar bly.

18 Du Plessis *The interpretation of statutes* (1986) 69 ev.

19 *Idem* 73 ev.

Die tweede uitleg bring ook mee dat die artikel 'n beperkende uitwerking op die howe se jurisdiksie sou hê aangesien die hof se diskresie oor sekere feitlike aangeleenthede, naamlik die waardasie, uitgesluit sou word indien die waardasie as afdoende bewys geag sou word.²⁰

Dit is dus waarskynliker dat die eerste interpretasie van artikel 16 – naamlik dat dit bloot 'n prosedure voorskryf en dat 'n waardasie wat so verkry is steeds ingevolge die gemeenregtelike billikheidsremedie aanvegbaar is – die wetgewer se bedoeling weergee. Die artikel soos dit tans staan, skep dus dieselfde wanindruk as die standaardbeding met die strekking dat die waardasie afdoende bewys daarstel.

3 SAMEVATTING EN VOORSTELLE

Samevattend kan gesê word dat die waardasiebedinge wat in kredietooreenkomste voorkom en artikel 16 van die Wet op Kredietooreenkomste 'n groot mate van ooreenstemming toon. Sodanige bedinge is nie ongeoorloof nie, maar is ook nie ten volle afdwingbaar nie. Vir sover die bedinge voorgee dat die waardasie van 'n bevoegde onbevooroordeelde waardeerder onaanvegbaar is, is hulle misleidend. Die gemeenregtelike billikheidsreël soos uiteengesit in die *Bekker*-saak bring mee dat die waardasie eintlik net *prima facie* bewys van die waarde van die goedere is.

Die bedinge is dus misleidend omdat hulle 'n valse indruk by die teenparty oor die regskrag daarvan skep. Hierdie wanindruk gee weer aanleiding tot die moontlikheid van misbruik. Indien hierdie wanindruk uitgeskakel kan word, behoort dit sommige van die misbruike ook te laat verdwyn. Dit kan bewerkstellig word deur die woorde “afdoende bewys” of “finaal en bindend” te verwyder. In die plek daarvan kan die bedinge bepaal dat die waardasie *prima facie* bewys van die waarde van die goedere is, of verkieslik moet woorde gelykluidend aan dié wat in die *Bekker*-saak gebruik is, in die standaardbeding vervat word. Hierdie verandering sal geensins die regsposisie van die kredietgewer verswak nie, maar sal die wanindruk wat tans geskep word, uit die weg ruim.

Dit is ook noodsaaklik dat artikel 16(3) van die Wet op Kredietooreenkomste duideliker gestel moet word. Die volgende moontlikheid kan oorweeg word:²¹

“ 'n Waardasie wat kragtens subartikel (1) op goedere geplaas is, is bewys van die waarde van sodanige goedere, tensy die kredietopnemer kan bewys dat sodanige waardasie onredelik, onbehoorlik, onreëlmatig of verkeerd is, en dat dit tot 'n ooglopende onbillikheid lei.”

20 Sien *bv Standard Bank of SA Ltd v Neugarten* 1987 3 SA 695 (W); en veral *Nedbank Ltd v Van der Berg* 1987 3 SA 449 (W) waar sulke bedinge gebruik is met die praktiese gevolg dat die hof se diskresie ingeperk is.

21 So 'n bepaling in die wet sal waarskynlik soos in ander gevalle woordeliks in standaardbedinge oorgeneem word. Gevolglik word die begrip *prima facie* doelbewus vermy, aangesien Latynse terme een van die oorsake van die onverstaanbaarheid van standaardbedinge is.

Die effek van sekwestrasie op onuitgevoerde koopkontrakte van roerende goed

AL Stander

B Iur LLB LLM

*Senior Lektor in die Handelsreg, Potchefstroomse
Universiteit vir CHO*

SUMMARY

The effect of sequestration on uncompleted contracts for the purchase and sale of movable property

At common law a cash sale is an agreement where no extension of time for payment has been granted. Ownership does not pass until the purchase price has been paid, regardless of the fact that delivery has taken place. If credit is given to the purchaser, however, transfer of ownership takes place on delivery of the property. With reference to *Eriksen Motors v Protea Motors* 1973 3 SA 685 (A) and *Allen & David v Ingram* 1989 3 SA 333 (C) it is submitted that the emphasis should be on the *intention* of the seller. A cash sale should be seen as an agreement where no extension for payment has been granted. The intention of the seller in such a case is obviously not to transfer his real right before payment has been made. The intention is proved by and deduced from the fact that no deferment has been granted. In contrast, a credit sale is by definition one where a postponement of payment to a date after delivery is intended. It should furthermore be ascertained whether delivery has taken place with the intent to transfer possession only or to transfer both possession and ownership. The result of the suggested enquiry will point to the position of the parties in insolvency. Section 36 of the Insolvency Act 24 of 1936 governs the position in the event of contracts of purchase and sale regarding movables, as far as both cash and credit sales are concerned, and in particular where the estate of the purchaser is being sequestrated. Section 36 deals with the position relating to movables which are in the possession of the insolvent, but are not the property of the insolvent. It follows that subsection 4 does not entitle the seller to claim for goods which have been transferred to the purchaser with the intention of passing ownership. The property forms part of the insolvent estate to the benefit of all the creditors. In this, as well as other cases not provided for by the act, the rules of common law will apply. As far as the application of the rules of common law are concerned, the author holds the view that if the insolvent has, prior to sequestration and according to the agreement between the parties, already performed all his obligations and has delivered the *res vendita*, the trustee will have no claim to such property (except where the buyer is in breach of the contract). The insolvent estate now becomes a creditor of the buyer.

1 INLEIDING

Die koop en verkoop van roerende goed is 'n alledaagse verskynsel. Dit gebeur egter dikwels dat die boedel van een van die partye tot so 'n ooreenkoms, voordat dit ten volle uitgevoer is, gesekwestreer word. Die vraag ontstaan dan wat die regsposisie van die onderskeie partye is. Die rede vir die onsekerheid is te wyte

aan die feit dat die Insolvensiewet 24 van 1936 nie vir elke situasie wat deur die sekwestrasie van die boedel van een van die partye kan ontstaan, voorsiening maak nie. Bepalings wat wel geformuleer is, is soms onduidelik en verwarrend. Om 'n duidelike beeld van die regsposisie van die betrokke partye te kry, moet na die onderskeid tussen die abstrakte en kousale stelsel van eiendomsoorgang gekyk word, hofuitsprake ontleed en die standpunte van verskillende akademici vergelyk word – alleen dan kan 'n aanvaarbare uiteensetting van die effek van sekwestrasie op onuitgevoerde koopkontrakte van roerende goed gemaak word.

2 DIE KOUSALE EN ABSTRAKTE STELSELS VAN EIENDOMSOORGANG

2 1 Algemeen

Eiendomsoorgang kan op twee wyses bewerkstellig word.¹ Eerstens kan dit op oorspronklike wyse geskied. Dit beteken dat die regsverkryger nie sy reg aan dié van 'n voorganger ontleen nie. Sy reg word *de novo* gevestig. Hier ter sprake is *accessio*, *occupatio*, *specificatio* en verjaring. Wanneer die regsverkryger wel sy reg aan 'n voorganger ontleen, geskied eiendomsoorgang ingevolge die afgeleide wyse.² Dit is hierdie wyse van eiendomsoorgang wat by die koop en verkoop van roerende goed funksioneer. Om eiendomsoorgang te bewerkstellig, word lewering algemeen as 'n vereiste gestel.

In hierdie stadium is dit egter noodsaaklik om tussen die kousale en abstrakte stelsels van eiendomsoorgang te onderskei. Volgens die kousale stelsel moet daar 'n *iusta causa* bestaan alvorens eiendomsoorgang deur middel van lewering kan plaasvind. Die oordrag van goed is afhanklik van die bestaan van 'n *geldige* verbintenisskeppende ooreenkoms, soos 'n koopkontrak, ruilkontrak of finansieringsooreenkoms. Dit is 'n voorvereiste vir eiendomsoorgang deur middel van lewering. In teenstelling daarmee is die feit dat die verbintenisskeppende handeling geldig, nietig of vernietigbaar is, geensins by eiendomsoorgang volgens die abstrakte stelsel van belang nie. Dit het geen invloed op eiendomsoorgang nie omdat die *causa* vir die oordrag uit iets anders as die verbintenisskeppende ooreenkoms kan blyk.³ Eiendomsoorgang geskied ingevolge twee noodsaaklike komponente naamlik

- (a) die *animus*-vereiste – dit is die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang;⁴ en
- (b) die *corpus*-vereiste – dit is lewering of *traditio* van die goed.⁵

Die abstrakte stelsel word hedendaags as deel van die Suid-Afrikaanse reg aanvaar.⁶ Die uitgangspunt is dat eiendomsoorgang plaasvind by lewering (wat

1 Van der Merwe *Sakereg* (1989) 215 ev; Schoeman *Silberberg's law of property* (1983) 65 ev.

2 Die inhoud en omvang van die verkryger se reg is maw van dié van sy voorganger afhanklik.

3 Sien *Commissioner of Customs & Excise v Randles Brothers & Hudson* 1942 AD 369 398.

4 Dit word ook die *saaklike ooreenkoms* genoem en is spesifiek op eiendomsoorgang gerig (*Air-Kel h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 917 (A) 922F).

5 Lewering is die oordrag van fisiese beheer oor die goed. Lewering van roerende goed kan op verskillende wyses geskied. Vir 'n volledige bespreking sien Van der Merwe 314 ev; Schoeman 262 ev.

6 *Air-Kel h/a Merkel Motors v Bodenstein supra* 923; *Trust Bank van Afrika v Western Bank* 1978 4 SA 281 (A); *Commissioner of Customs and Excise v Randles Brothers & Hudson supra*.

nie 'n geldige regshandeling hoef te wees nie) tesame met 'n geldige saaklike ooreenkoms (die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang).⁷

Met betrekking tot die reg insake koop en verkoop van roerende goed bestaan ook 'n ander reël wat reeds sedert die *Twaalf Tafels* geld:⁸ indien geen uitstel vir betaling van die koopprys verleen is nie, is 'n kontantkoop ter sprake. Eiendomsreg gaan nie op die koper oor voor die koopprys betaal is nie. Dit is die posisie selfs al het lewering van die goed reeds aan die koper geskied.⁹ 'n Kredietkoop is 'n ooreenkoms waar krediet vir betaling van die koopprys wel verleen is. Eiendomsreg gaan nieteenstaande die feit dat die koopprys nog nie ten volle betaal is nie op die koper oor sodra lewering van die goed plaasvind.¹⁰

2 2 Hofbeslissings

In *Eriksen Motors v Protea Motors*¹¹ word sowel die verhouding tussen die regsbegrippe kontant- en kredietkoop as die oorgang van eiendomsreg ondersoek. Die feite in die onderhawige saak is kortliks die volgende: 'n motor word deur een motorhandelaar (E) aan 'n ander motorhandelaar (T) verkoop. E is bewus van T se uitsluitlike doel om die motor aan 'n derde party te verkoop. E aanvaar 'n tjek van T ter betaling van die koopprys en lewer die motor aan T. T se tjek word gedishonoreer. Intussen is die motor reeds aan die derde party verkoop. E eis vervolgens die motor van laasgenoemde. Hy beweer dat eiendomsreg daarop nooit oorgegaan het nie. Die regspraak is gevolglik of E 'n *prima facie* saak tot dié effek uitgemaak het. Die hof beslis soos volg: die algemene reël is dat eiendomsreg by 'n *kontantransaksie*, alhoewel die saak reeds gelewer is, eers oorgaan wanneer die koopprys betaal is. In teenstelling daarmee gaan eiendomsreg in die geval van 'n *krediettransaksie* by lewering van die saak oor. Die regter beskou hierdie reëls egter nie as onbuigbare regsbeginsels nie. Hy neem aan dat hier 'n *kontantransaksie* voorhande is,¹² in die sin dat lewering en die verskaffing van 'n tjek onmiddellik sou plaasvind.¹³ Daarna kyk hy heeltemal onafhanklik van hierdie aanname na die vraag of E *bedoel* het om eiendomsreg, ná lewering aan die koper, te behou. Na oorweging van die feite beslis die regter dat E nie sodanige bedoeling gehad het nie.¹⁴ Die konvensionele toets

7 Dit is die *sg animus domini transferendi et accipiendi*. Die omstandighede waaruit die bedoeling te voorskyn tree, is die *causa* (*MCC Bazaar v Harris & Jones* 1954 3 SA 158 (T); Schoeman 78). Dit wil nie sê dat die partye nie beheer kan gee met die bedoeling dat eiendomsreg eers by vervulling van 'n voorwaarde, bv betaling van die koopprys, oorgaan nie. Eers wanneer daardie voorwaarde vervul word, sal eiendomsreg oorgaan.

8 Voet *Com ad Pand* 19 1 11; De Groot *Inleidinge* 2 5 14; *Inst* 2 2 41.

9 *Sadie v Standard Bank* (1889) 7 SC 87 91; *Lilienfeld v Rivera* 1908 TS 40 41; Van Zyl "Payment by cheque - cash or credit?" 1974 *SALJ* 337; Harker "Cash and credit sales" 1974 *SALJ* 353.

10 sien die gesag in vn 8 hierbo. Kyk ook Van der Merwe 304; Schoeman 258; De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en handelsreg* (1978) 312 468.

11 1973 3 SA 684 (A).

12 694G-H 696A.

13 694G-H.

14 Holmes R het dus die vraag rondom eiendomsoordrag beoordeel ongeag sy *aanname* dat dit 'n *kontantransaksie* is. Sodoende het die regter vasgestel wat die onderliggende ooreenkoms tussen die partye was (nl om eiendomsreg oor te dra - uit die feite blyk dat die verkoper hom nie veel oor die tyd en wyse van betaling bekommer het nie aangesien hy dikwels in die verlede met die koper besigheid gedoen het). Die neem van die tjek verander nie die onderliggende ooreenkoms nie; dit word slegs *prima facie* as onmiddellike betaling geag (693G).

vir die bepaling van eiendomsreg, naamlik of dit 'n kontant- of krediettransaksie is, word nie gebruik nie. Volgens hom is dit maar een van vele relevante faktore wat met betrekking tot eiendomsoorgang in aanmerking geneem moet word.¹⁵

Die bedoeling-benadering as toets vir die vraag of eiendomsreg op die koper oorgegaan het, het ook in *Allen & David v Ingram*¹⁶ voorkeur geniet:

“(the basis that this was a cash sale, the general rule is that in a sale for cash ownership does not pass to the buyer until the price is paid, even if delivery has been given to the buyer before payment. As was pointed out in the case of *Eriksen Motors (Welkom) Ltd v Protea Motors, Warrenton, and Another* 1973 (3) SA 684 (A) this is not an irrefragible principle of law, as Holmes JA put it at 694 of that decision. It is basically a question of fact in each case and depends whether the totality of the circumstances shows by inference or otherwise that the parties intended ownership to pass or not to pass as the case might be.”¹⁷

In die betrokke saak word dan ook beslis dat dit volgens die getuienis duidelik is dat die verkoper nooit 'n bedoeling gehad het om eiendomsreg voor betaling van die koopprijs aan die koper oor te dra en dat laasgenoemde die bedoeling gehad het om dit aldus te ontvang nie.¹⁸

Weer eens, net soos in die geval van *Eriksen Motors v Protea Motors*,¹⁹ word 'n vraagteken agter die aanvaarde beginsels met betrekking tot die verhouding tussen kontant- en kredietkope en die korrekte formulering van die begrip “kredietkoop” geplaas. Die houding is om hierdie beginsels as die algemene reël te aanvaar maar tog, na aanleiding van die betrokke feite, die bedoeling van die partye te beoordeel en in die lig daarvan 'n beslissing te maak.²⁰

2 3 Standpunte van skrywers

Van Zyl²¹ en Harker²² kritiseer die *Eriksen*-beslissing. Hulle ondersteun die konvensionele en aanvaarde beginsels rondom hierdie probleem. Harker is van mening dat die transaksie *in casu* as 'n kredietkoop gekonstrueer kan word.²³ Van Zyl²⁴ verklaar dat daar in die geval van 'n kontantkoop by wyse van 'n tjek altyd 'n geïmpliseerde ooreenkoms bestaan dat die verkoper eiendomsreg terughou tot die tjek geëer word.²⁵ Burger²⁶ doen aan die hand dat betaling by wyse van 'n tjek 'n kredietkoop is tensy die tjek dieselfde dag (of die volgende dag, as dit ná bankure gelewer is) vir betaling aangebied word. Die verloop van een enkele dag voor aanbieding van die tjek kan die ooreenkoms dus na 'n kredietkoop verander. Malan en De Beer²⁷ meen tereg dat betaling per tjek

15 Sien ook *Lendlease Finance v Corporacion de Mercadeo Agricola* 1976 4 SA 464 (A) 490B.

16 1989 3 SA 333 (K).

17 339D-F.

18 339G-H.

19 1973 3 SA 684 (A).

20 Daar moet teen die afleiding gewaak word dat dit volgens beide beslissings moontlik is dat 'n *kontantkoop* ook 'n ooreenkoms kan wees waar bedoel word om eiendomsreg ten tyde van lewering oor te dra terwyl betaling van die koopprijs nie gelyktydig daarmee hoef te geskied nie. Die hof het in die *Eriksen*-saak slegs *aangeneem* dat dit 'n kontantkoop is. Dit het nie as uitgangspunt in die beoordeling van die regsposisie gedien nie.

21 1974 SALJ 338.

22 1974 SALJ 350.

23 *Idem* 353. Dit verdien instemming. Sien die bespreking hieronder.

24 1974 SALJ 346.

25 Dit is korrek. Sien die bespreking hieronder.

26 “Payment by cheque: cash or credit?” 1957 SALJ 456 457 460.

27 *Wisselreg en tjekreg* (1981) 295.

betaling onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde is. Hulle steun die standpunt in die *Eriksen*-saak dat betaling per tjek "immediate payment" daarstel onderworpe aan betaling daarvan. As die tjek geëer word, word aangeneem dat betaling geskied het toe die tjek aan die verkoper gegee is. As die tjek gedishonoreer word, het betaling nooit plaasgevind nie. Dit is ook Wille Millin²⁸ se standpunt. Hulle gaan nog verder:

"Even if the cheque is drawn on a bank at a place other than the seller's residence, an intention to give credit will not be inferred – provided the cheque was not post-dated."²⁹

Gibson³⁰ stem saam met die standpunt in die *Eriksen*-saak. Betaling by wyse van 'n tjek is voorwaardelik en word klaarblyklik as 'n kontantkoop beskou. Schoeman³¹ haal ook die standpunt in die *Eriksen*-saak aan. Tog spreek hy hom sterk uit teen die geldigheid van die aanname dat betaling by wyse van 'n tjek 'n kontantkoop daarstel.³²

Uit die voorgaande uiteensetting blyk duidelik dat daar in die Suid-Afrikaanse reg uiteenlopende menings bestaan oor die standpunt dat betaling by wyse van 'n tjek in werklikheid 'n kontantkoop is. Betaling per tjek is 'n geoorloofde wyse van betaling omdat dit op 'n ooreenkoms tussen die verkoper en die koper steun.³³ Dit word bevestig deur die feit dat die verkoper die tjek by die koper neem. Hierdie betalingsooreenkoms waarkragtens die tjek ter delging van die koopprys geneem word, is op die wilsooreenstemming van die partye gebaseer. Tensy dit uitdruklik of noodsaaklikerwys geïmpliseer word, *bring hierdie betalingsooreenkoms geen novasie mee van die onderliggende verhouding waarvoor die tjek gegee word nie.*³⁴ As die verkoper en koper dus 'n kontantsooreenkoms gesluit het, in die sin dat die volle koopprys deur die verkoper vereis word,³⁵ bly die bedoeling dat (alhoewel hy 'n tjek daarvoor aanvaar) geen uitstel vir betaling gegee word nie; die onderliggende verkoopooreenkoms verander nie of word nie vervang nie. Sou die verkoper die koopsaak reeds met die neem van die tjek gelewer het met die daadwerklike bedoeling om eiendomsreg oor te dra, was daardie bedoeling, op grond van die voorwaardelikheid van die tjekbetaling, implisiet ook voorwaardelik; die transaksie verander nie na een van krediet nie. Omdat tjekbetaling voorwaardelik is, is die gevolg dat geen betaling gemaak is indien die tjek onteer word nie. Wanneer die verkoper die tjek as "betaling" neem, verander dit nie aan die voorwaardelikheid van die tjekbetaling nie tensy hy in daardie stadium uitdruklik so ooreenkom. Net so het die gee en neem van 'n tjek geen uitwerking op 'n onderliggende kredietooreenkoms nie (soos in die *Eriksen*-saak) tensy uitdruklik anders ooreengekom of noodsaaklikerwys so geïmpliseer word.

28 Coaker and Zeffertt *Wille and Millin's mercantile law of South Africa* (1984) 150.

29 Dit verdien instemming. Sien ook *Grosvenor Motors (Potchefstroom) v Douglas* 1956 3 SA 420 (A).

30 *South African mercantile law* (1983) 115 143.

31 Schoeman 261.

32 Sien veral vn 166 op 317.

33 Malan en De Beer 294.

34 *Ibid.*

35 Deur die volle koopprys te vereis of te vra, is dit die bedoeling van die verkoper om 'n kontantsooreenkoms te sluit – dat onmiddellike betaling moet geskied. Dit is so *tensy* 'n ander bedoeling bewys word. Daarom is 'n ooreenkoms waarby 'n tjekbetaling betrokke is, *prima facie* 'n kontantkoop.

In 'n deeglik gemotiveerde uiteensetting verwerp Lambiris³⁶ die konvensionele benadering. Om te sê dat 'n verlenging van die tyd om te betaal ekwivalent is aan 'n bedoeling om eiendomsreg oor te dra, is volgens die skrywer 'n verwarring van die verhouding tussen dié begrippe.³⁷ Bogenoemde konvensionele begrippe behoort nie as toets gebruik te word om vas te stel of eiendomsoordrag van die verkoper na die koper geskied het nie. Hy verklaar dat die *bedoeling* van die partye om eiendomsreg oor te dra voor betaling van die koopprys verskuldig is, tans as die onderskeidende faktor tussen kontant- en krediettransaksies beskou word.³⁸

Lambiris³⁹ voer twee alternatiewe oplossings vir die probleem aan:

(a) Kontant- en krediettransaksies moet met verwysing na die bedoeling van die partye met betrekking tot eiendomsoordrag omskryf word, en nie by wyse van die ooreengekome tyd van betaling met verwysing na die tyd van lewering van die *res vendita* nie. 'n Kredietkoop is 'n ooreenkoms waarvolgens die verkoper instem om eiendomsreg oor te dra voor betaling van die koopprys verskuldig is. Daarteenoor is 'n kontantkoop 'n ooreenkoms waar die verkoper bedoel om eiendomsreg te behou tot betaling van die koopprys ontvang is.

Daar word dus slegs na die bedoeling van die partye gekyk. Eers dan word die transaksie as 'n kontant- of kredietkoop geklassifiseer. In omstandighede kan die koper egter uitstel vir betaling van die koopprys kry terwyl eiendomsreg tog voorbehou word.⁴⁰ Om nou van 'n *kontantkoop* te praat, sal inderdaad 'n *contradictio in terminis* wees; dit doen trouens selfs afbreuk aan die nie-regtelike betekenis van die begrip. Alle afbetalingsverkooptransaksies sal volgens hierdie benadering as kontantkope beskou word. 'n Ander beswaar wat geopper kan word, is dat dit nie altyd maklik sal wees om die bedoeling van die partye vas te stel nie. Die hof kan in 'n besondere geval probleme ondervind om die getuienis van die een party bo dié van die ander te aanvaar. Wat gebeur in só 'n geval en welke vermoede sal dán geld?⁴¹ In die geval van 'n kontantkoop is die feit dat geen uitstel vir betaling van die koopprys verleen is nie, juis getuienis wat aangebied kan word om te bewys dat geen bedoeling bestaan het om eiendomsreg oor te dra voor die koopsom betaal is nie.

(b) Die ander moontlikheid is om die begrip kredietkoop steeds as 'n ooreenkoms te sien waarvolgens betaling van die koopprys uitgestel word tot 'n datum

36 Lambiris "An analysis of the relationship between the concepts of cash and credit sales and the transfer of ownership" 1985 *SALJ* 452 ev.

37 In die geval van kredietkope is sy kritiek geregverdig. In die geval van kontantkope is die feit dat geen uitstel vir betaling verleen is nie, mi wel ekwivalent aan 'n bedoeling om nie eiendomsreg oor te dra nie. Ek is egter van mening dat die klem op die *bedoeling* om geen uitstel te verleen nie geplaas moet word (en nié op die feit van "geen uitstel" as sodanig nie). Die feit dat geen uitstel verleen is nie dui op hierdie bedoeling. Indirek is die toets dus die bedoeling van die verkoper.

38 Lambiris 1985 *SALJ* 457.

39 *Idem* 461.

40 Hier gaan dit oor gevalle waar die Wet op Kredietooreenkoms 75 van 1980 nie van toepassing is nie (bv omdat die tyd vir betaling van die koopprys minder is as die voorgeskrewe tydperk; waar die staat die verkoper is; goedere gekoop vir mynbou- of padboubedrywighe; waar betaling nie onmiddellik of binne 'n redelike tyd hoef te geskied nie of volgens aanvraag deur die verkoper geskied). Waar hierdie wet wel van toepassing is, sal die posisie vanselfsprekend met verwysing na die bepalings daárvan verklaar word.

41 Lambiris 1985 *SALJ* 459 erken dat dit moeiliker is om bedoeling te bewys "but convenience is no justification for applying an unreliable test that is not founded on sound principle".

ná lewering van die goed. Dan moet egter onderskei word tussen die *reg op fisiese beheer*⁴² en *eiendomsreg*. Dit impliseer dat die koper in die geval van 'n kredietkoop voor betaling van die koopprys op beheer van die goed geregtig is maar nie noodwendig op eiendomsreg nie. Die vraag of die verkoper bedoel het om eiendomsreg saam met beheer oor te dra, sal dan 'n onafhanklike ondersoek vereis en glad nie verband hou met die vraag na die verlenging van tyd om te betaal nie.⁴³

2 4 Konklusie

Laasgenoemde alternatief bied die bevredigendste verklaring van wat die regs-beginsels in hierdie gevalle behoort te wees. By 'n kontantkoop word die afwesigheid van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra voordat die koopprys betaal is, afgelei uit en is implisiet aan die ooreenkoms om geen uitstel vir betaling te verleen nie. Wanneer uit die feite van die saak vasgestel word dat uitstel wel verleen is, is dit 'n kredietkoop en moet die bedoeling van die partye ondersoek word om verder te bepaal of lewering van die *res vendita* met oordrag van slegs fisiese beheer plaasevind het, en of dit as 'n kredietooreenkoms met oordrag van fisiese beheer en eiendomsreg geklassifiseer moet word. Sodoende (en anders as by die toepassing van die konvensionele reëls) word die klem dus op die bedoeling van die partye geplaas as onderskeidende faktor tussen kontant- en kredietkope en die oordrag van eiendomsreg al dan nie. Dit strook meer met die abstrakte stelsel van eiendoms-oordrag waar die *bedoeling* die essensiële kriterium is.

Met betrekking tot die reg insake koop en verkoop bestaan ook die volgende reël indien die koper sou versuim om te betaal: die verkoper moet, waar hy goedere ingevolge 'n kontantooreenkoms aan die koper gelewer het voordat betaling van die koopprys verskuldig is, sy saaklike reg binne 'n *redelike tyd* bevestig en die koopsaak terugeis. Versuim om dit te doen, sal die afleiding van 'n bedoeling aan die kant van die verkoper om later slegs op sy persoonlike reg teen die koper te steun, regverdig.⁴⁴ Die tydsbeperking en verlies van sy saaklike reg vloei voort uit oorwegings vir 'n effektiewe handelsverkeer en nié omdat sy saaklike reg vermoedelik op die koper oorgaan nie. Hierdie reël is dus 'n redelike en noodsaaklike effektiwiteitsmeganisme binne die reg van koop en verkoop.⁴⁵

Die effek van sekwestrasie van die boedel van onderskeidelik die koper en die verkoper by sowel kontant- as kredietkope sal nou met verwysing na hierdie standpunt ontleed word.

42 Klaarblyklik word hiermee *vacua possessio* of ongestoorde beheer bedoel, in teenstelling met beheer as teenkant van die verkoper se leweringsplig.

43 Lambiris 19895 SALJ 461 wys daarop dat hierdie benadering in *Mulder v Van Eyk* 1984 4 SA 204 (SOK) gevolg is: "[N]o attempt was made to link the notion of credit, defined as contractually deferred payment, with the notion of passing of ownership, as is done in the conventional 'rules'. The distinction between the delivery of mere possession and the transfer of right of ownership is carefully maintained."

44 De Wet en Van Wyk 312 verklaar egter onomwonde dat, alhoewel daar by gebrek aan 'n teenoorgestelde afspraak van die standpunt uitgegaan word dat 'n koop 'n kontantkoop is, die verkoper se versuim om die saak weens die wanbetaling terug te vorder die indruk kan skep dat krediet verleen is.

45 Lambiris 1985 SALJ 464. Ek stem saam.

3 KONTANTKOOP

3 1 Koper insolvent

Artikel 36(1)-(3) van die Insolvensiewet 24 van 1936 (hierna "die wet") handel oor 'n kontantkoop.⁴⁶ As iemand (die koper) voor sekwestrasie van sy boedel roerende goed ontvang het sonder om die koopprys ten volle te betaal, kan die verkoper selfs na sekwestrasie van die koper se boedel die goed terugeis⁴⁷ as hy binne 10 dae ná lewering daarvan aan die koper of die meester of die kurator van sy insolvente boedel skriftelik kennis gegee het dat hy die goed terugeis.⁴⁸

Die eerste vraag wat hier ontstaan, is of die verkoper die kennisgewing binne 10 dae na lewering aan genoemde persone moet pos of aflewer en of laasgenoemde dit binne die 10 dae moet ontvang. A bedryf byvoorbeeld 'n meubelwinkel in dorp X. Op 1 Maart lewer hy die koopsaak aan B. B woon in dorp Z. B betaal nie die koopprys nie. Op 6 Maart pos A die genoemde kennisgewing aan B. B ontvang dit eers op 12 Maart. Sy boedel is intussen gesekwestreer. Verbeur A nou sy terugvorderingsreg of kan die tydstip toe die kennisgewing gepos is as die relevante tydstip geag word? Laasgenoemde blyk die korrekte standpunt te wees. As die wetgewer bedoel het dat die koper of ander persoon die kennisgewing inderdaad binne 10 dae moet ontvang, sou hy die woorde "aflewer" of "ontvang" gebruik het. 'n Wet moet so uitgelê word dat dit diegene op wie dit van toepassing is – in hierdie geval die verkoper – so min moontlik beswaar.⁴⁹ Artikel 36(1) is 'n beswarende bepaling – dit belas die verkoper in die uitoefening van sy reg. Dit is ook algemene kennis dat in die geval van twyfel oor die betekenis van 'n bepaling, die mees begunstigende uitleg gevolg moet word.⁵⁰ Om aan die 10 dae-bepaling te voldoen, is reeds moeilik veral waar betaling van die koopprys by wyse van 'n tjek geskied. Gestel die transaksie vind op 1 April plaas. Dit is ook die datum van die tjek. Op 3 April word die tjek by die verkoper se bank in dorp X gedeponeer. Op 8 April stuur die koper se bank op dorp Z die tjek terug, gemerk "onvoldoende fondse". Net daarna word die koper se boedel gesekwestreer. Die verkoper se bank ontvang die tjek op 13 April terwyl die verkoper eers op 14 April kennis van die dishonorerings kry. Vir die verkoper is dit onmoontlik om aan artikel 36(1) te voldoen, en hy verloor sy reg om die koopsaak terug te eis. Daar word aan die hand gedoen dat "kennis gegee" beteken dat die verkoper die kennisgewing binne die genoemde tyd moet pos of aflewer.⁵¹ Dit is ook duidelik dat daar 'n behoefte aan 'n verlenging van die 10 dae-tydperk bestaan.⁵²

Alvorens die 10 dae-tydperk waarbinne die goed teruggeëis moet word, 'n aanvang neem, moet dit duidelik blyk dat *lewering*, soos in artikel 36(1) bedoel, plaasgevind het. In *Allen & David v Ingram*⁵³ is beslis dat dit volgens die feite van die saak nie vir die verkoper nodig was om die voertuie binne 10 dae terug

46 *Cornelissen v Universal Caravan Sales* 1971 3 SA 158 (A) 178 185.

47 Eiendomsreg het nog nie oorgegaan nie.

48 A 36(1).

49 Steyn *Uitleg van wette* (1981) 103 ev; Du Plessis *The interpretation of statutes* (1986) 86 ev 121.

50 Begunstigend vir diegene op wie dit van toepassing is: Steyn 115 ev; Du Plessis 95.

51 Indien nie van die pos gebruik gemaak word nie.

52 Die skrywer is van mening dat 'n tydperk van 21 dae meer realisties en billik is.

53 1989 3 SA 333 (K) 341-342.

te eis nie aangesien hy nooit *regtens* van die voertuie afstand gedoen het of selfs die fisiese beheer daarvoor afgestaan het nie:

“All that Breest had was *detentio* of the panel vans for a limited purpose⁵⁴ . . . That kind of control does not in my view amount to receipt of the property, to use the words in s 36 of the Insolvency Act, in the sense which was obviously intended in s 36.”⁵⁵

Die lewering moet dus met die oog op eiendomsoordrag geskied sodat dit teen betaling van die koopprys tot eiendomsoorgang sal lei: “Secondly, possession consists of a physical and a mental element – *detentio plus animus*.”⁵⁶

Sou die kurator die verkoper se reg betwis om die goed terug te eis, kan die verkoper dit nie terugkry nie *tensy* hy binne 14 dae nadat hy kennis van die betwisting ontvang het, ’n regsgeding instel om sy reg te handhaaf.⁵⁷ Die vraag ontstaan hoe die tydperk van 14 dae bereken moet word. Dit sal afhang van die oomblik van ontvangs van sodanige kennisgewing. In hierdie konteks het “ontvangs” die betekenis van daadwerklike kennisname of bewuswording van die betwisting, ongeag die wyse waarop die verkoper die kennis bekom.

Artikel 36(2) bepaal dat elke verkoop van goed vermoed word ’n kontantkoop te wees tensy daar ’n uitdruklike of stilswyende ooreenkoms is dat krediet verleen word. De Wet en Van Wyk⁵⁸ is van mening dat artikel 36(2) onnodig is aangesien so ’n vermoede ook in die gemenerereg bestaan. Daar word aanbeveel dat tensy die teendeel uit die bedoeling van die partye blyk, ’n vermoede tot eiendomsvoorbehoud in artikel 36(2) aangeneem moet word.

Die kurator is nie verplig om die goed aan die verkoper terug te gee nie tensy laasgenoemde die deel van die koopprys wat hy reeds ontvang het, terugbetaal.⁵⁹

Dit gebeur dat die eiendom van iemand anders tydens sekwestrasie in beheer of bewaring van die insolvent is. Die wet bepaal dat die eienaar van daardie goed nié geregtig is om dit op te eis as dit te goeder trou as deel van die insolvente boedel verkoop is nie, *tensy* die eienaar vóór die verkoping skriftelik teruggawe van die *curator bonis*, die kurator of meester geëis het.⁶⁰ “Besit of bewaring” omvat ook gesteelde, geleende of verhuurde goed of goed wat aan die insolvent in pand gegee is.⁶¹ As dit sodanig verkoop is, kan die vorige eienaar die netto opbrengs van die verkoop van die kurator eis.⁶² Dit moet hy doen voor bekragtiging van die kuratorsrekening *tensy* hy natuurlik reeds die goed van die nuwe koper teruggekry het.

Subartikels 5 en 6 handel dus uitdruklik oor goed wat ten tyde van insolvensie *die eiendom van ’n ander* maar in die beheer of bewaring van die insolvent was.⁶³

54 341E.

55 342A.

56 341I.

57 Slaag die verkoper nie daarin om sy goed terug te eis nie, of is hy nie op daardie goed geregtig nie (bv omdat dit uit getuienis blyk dat eiendomsreg wel oorgegaan het), het hy slegs ’n konkurrente eis teen die boedel vir die onbetaalde koopprys.

58 486; kyk ook *Daniels v Cooper* (1880) 1 EDC 174 179.

59 A 36(3).

60 A 36(5).

61 *Cornelissen v Universal Caravan Sales* 1971 3 SA 158 (A) 185.

62 Dan kan hy nie meer die spesifieke goed volgens subartikel 5 opeis nie: a 36(6).

63 *Cornelissen v Universal Caravan Sales supra* 178. Ook die minderheidsuitspraak verklaar dat hierdie subartikels nie uitdruklik oor *verkope* handel nie (173D).

3 2 Verkoper insolvent

Daar is geen verwysing in die wet na die posisie waar die koper roerende goed ooreenkomstig 'n kontanttransaksie gekoop het en die verkoper se boedel daarna gesekwestreer word nie. Waar die goedere reeds aan die koper gelewer is en betaling plaasgevind het, het eiendomsreg op die koper oorgegaan. Dié geval lewer geen probleme nie – die bate vorm nie meer deel van die insolvente boedel nie. Waar die goedere egter gelewer is maar die koper nog nie die koopprys betaal het nie, setel eiendomsreg nog in die insolvente boedel. Die algemene reëls vind gevolglik aanwending. Die kontrak word nie outomaties beëindig nie. Die kurator neem die kontrak oor soos dit op die oomblik van sekwestrasie bestaan en hy mag besluit om die kontrak in stand te hou of om nie daarvolgens te presteer nie. Laasgenoemde geval is die enigste uitsondering op die reël dat die kurator nie meer regte verkry as wat die insolvent gehad het nie. Dit is so omdat hy nie deur die ander kontraksparty verplig kan word om ingevolge 'n onuitgevoerde kontrak te presteer nie anders sou prestasie tot nadeel van die *concursum creditorum* wees.⁶⁴ In die geval onder bespreking het die kurator egter geen uitstaande verpligtinge om na te kom nie. Die koopsaak is reeds gelewer; prestasie het plaasgevind voor sekwestrasie van die verkoper se boedel. Die kontrak bly dus voortbestaan. Die koper is nou gewoon 'n skuldenaar van die boedel. Ingevolge die ooreenkoms is egter geen uitstel vir betaling verleen nie. Die koper het nie betaal nie en verkeer gevolglik in *mora debitoris*.⁶⁵ Waar 'n terugtrekingsreg in die kontrak beding is, kan die kurator uit die kontrak terugtree en die koopsaak terugeis. Waar geen terugtrekingsreg beding is nie, moet die kurator 'n kennisgewing van ontbinding op die koper dien. Die kurator kan na verloop van 'n redelike tydperk, of soos aangemaak, uit die kontrak terugtree en die goed terugeis indien die koper steeds nie presteer nie. Dit is die reg wat die insolvent met sekwestrasie van sy boedel gehad het en dit is die reg wat sekwestrasie “oorleef” het. Op grond van die kontrakbreuk het die insolvente boedel sowel 'n skadevergoedingseis teen die koper as 'n eis vir die gebruik en genot van die saak. Daarbenewens moet die koper ook rente op die koopprys betaal.⁶⁶

4 KREDIETKOOP

Kredietkoop is 'n ooreenkoms waar dit die bedoeling van die partye is dat betaling van die koopprys uitgestel word tot 'n datum ná lewering van die koopsaak.⁶⁷

4 1 Koper insolvent

4 1 1 Kredietkoop met slegs oordrag van fisiese beheer

Indien die bedoeling is dat die koper by lewering slegs op beheer van die saak geregtig is, tree artikel 36(4) in werking. Hierdie subartikel lui soos volg:

“Afgesien van die bepalinge van hierdie artikel is 'n verkoper nie geregtig om goed wat hy verkoop en gelewer het aan 'n koper wie se boedel na die verkoop gesekwestreer is,

64 *Walker v Syfret* 1911 AD 141 160; *Uys v Sam Friedman* 1935 AD 165 166; *Consolidated Agencies v Agjee* 1948 4 SA 179 (N) 189; *Ward v Barret* 1963 2 SA 456 (A) 552; *Smith v Parton* 1980 3 SA 724 (D) 728; *Porteous v Strydom* 1984 2 SA 489 (D) 493; *Thomas Construction v Grafton Furniture* 1988 2 SA 546 (A) 567.

65 *Mora ex re* is ter sprake.

66 De Wet en Van Wyk 143.

67 Sien die bespreking in par 2 4 hierbo.

terug te vorder nie, alleen omdat die koper in gebreke gebly het om die koopprys te betaal."

Oor die toepassing van dié spesifieke subartikel is daar heelwat verwarring. Dit was ook die brandpunt in *Cornelissen v Universal Caravan Sales*.⁶⁸ In dié gewysde het die verkoper karavane en bybehore op krediet aan die koper verkoop. Die koper het die verkoper deur valse voorstellings oortuig om krediet aan hom te verskaf. Na lewering van die goedere is die koper se boedel gesekwestreer. Die verkoper stel vervolgens teen die likwidateur 'n aksie vir terugvordering van die goedere in. Die regspraak was of die verkoper wel in hierdie omstandighede oor so 'n reg beskik. In die hof *a quo* word dié vraag bevestigend beantwoord, maar in appèl neem die meerderheidsuitspraak 'n teenoorgestelde standpunt in. Die verkoper (respondent) beweer dat artikel 36(4) 'n reg tot terugvordering verskaf selfs ten opsigte van goedere waarvan die insolvent voor insolvensie die eienaar was.⁶⁹ Ook die minderheidsuitspraak bevind dat artikel 36(4) op kredietverkope waar eiendomsreg reeds oorgegaan het, van toepassing is.⁷⁰ Die motivering is dat veral die gebruik van die woord "only"⁷¹ in die subartikel op die bedoeling van die wetgewer dui om terugvordering van 'n saak te bewerkstellig, nie slegs omdat die koopprys nie betaal word nie, maar ook om 'n ander voldoende rede. Dit sal byvoorbeeld wees waar die kontrak deur *bedrog* geïnisieer is en die verkoper daardeur sy eiendomsreg verloor het. Vir sodanige benadeling is voorsiening gemaak deur die terugvorderingsreg in artikel 36(4).

Die meerderheid van die hof bevind egter dat artikel 36(4) slegs toegepas word in gevalle waar die eiendomsreg op goedere wat gekoop en gelewer is nog nie aan die koper oorgedra is nie.⁷² Tot dié gevolgtrekking word geraak veral met verwysing na die betekenis en toepassing van artikels 20(1)(a) en 129(1)(b).⁷³ Volgens die feite van die saak het eiendomsreg oorgegaan en is daar geen reg op terugvordering nie. Gevolglik bly die goedere in die insolvente boedel tot voordeel van die skuldeisers. Die verkoper het slegs 'n konkurrente eis teen die boedel vir betaling van die koopprys.

Dié beslissing verdien instemming. Die gemeenregtelike grondslag vir die bestaan van 'n terugvorderingsreg het verval. Die toets vir eiendomsoordrag is slegs of daar 'n bedoeling aanwesig was om eiendomsreg oor te dra. Indien *bedrog* nie sodanige bedoeling vernietig het nie sal eiendomsreg wel oorgaan,⁷⁴ selfs al is die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig. Dit is die korrekte toepassing van die abstrakte stelsel van eiendomsoordrag.

68 *Supra*.

69 182C-D.

70 172G-173H.

71 Afrikaans: "alleen".

72 179H 187F.

73 A 20(1)(a) bepaal dat alle bates van die insolvent op die kurator oorgaan. Die doel daarvan is dat dit tot beskikking van die *concursum creditorum* moet wees om sodoende 'n regverdige en billike verdeling te bewerkstellig. As die verkoper, in omstandighede soos in die huidige geval, toegelaat word om daardie goed terug te neem, sal dit tot 'n aansienlike verkleining van die insolvente boedel lei en die grondslag van die insolvensiewetgewing wesenslik raak. A 129(1)(b) gee aan die verkoper die reg om die balans van die koopprys van die insolvent na dié se rehabilitasie te verhaal, indien die skuld uit sy bedrieglike optrede ontstaan het. Dit wys daarop dat die wetgewer nie die geval waar 'n verkoper deur die *bedrog* van die insolvent beïnvloed is, uit die oog verloor het nie. Daarvoor is afsonderlik voorsiening gemaak.

74 Mathews "Two cases on property" 1973 *Natal University LR* 73.

'n Behoorlike ontleding dui daarop dat nie een van die ander subartikels van artikel 36 oor bates handel waarop die insolvent eiendomsreg het nie. Waarom sal subartikel (4) 'n uitsondering wees? Dat dit juis ten gunste van 'n uitleg is dat subartikel (4) vir daardie kontrakte voorsiening maak waar eiendomsreg oorgegaan het, is onwaarskynlik. Daar is tog talle ander soorte kontrakte waarvoor die wet ook nie voorsiening maak nie.

Ook in *Allen & David v Ingram*⁷⁵ beslis die hof:

“Section 36 is obviously designed to ensure that unpaid sellers assert their rights within the time specified where the delivery is such that it would lead to transfer of ownership on payment.”⁷⁶

Daar bestaan ook 'n standpunt dat subartikel 4 slegs oor *kontantverkope* handel;⁷⁷ dat dit slegs 'n opsomming van die voorafgaande subartikels is. Dit impliseer dat die wetgewer met subartikel 4 eintlik sê: “Onthou dus, die goed kan nie teruggeëis word bloot omdat die koper nie betaal nie. 'n Sekere prosedure moet gebruik word. Hierdie prosedure is hierbo uitgespel.”⁷⁸ Dit is wel moontlik om ten gunste van hierdie uitleg te argumenteer dat waar daar vir spesifieke kontrakte in die wet voorsiening gemaak is, daardie spesifieke kontrakte elkeen in 'n afsonderlike artikel volledig bespreek word. Só handel artikel 36 oor *kontantverkope*. Daar moet egter in gedagte gehou word dat subartikels 5 en 6 nie oor *verkope* handel nie.⁷⁹ Gevolglik word aan die hand gedoen dat subartikel 4 handel oor die verkoop, ongeag vir kontant of op krediet, van roerende goed waarvan eiendomsreg nie met lewering van die koopsaak op die koper oorgegaan het nie.⁸⁰

Om alle onsekerheid uit die weg te ruim, behoort subartikel 4 soos volg hergeformuleer te word:

“'n Verkoper sal geregtig wees om goed wat hy voor sekwestrasie van die koper se boedel op krediet aan hom verkoop en sonder oordrag van eiendomsreg gelewer het, terug te eis, indien die insolvent versuim het om die koopprijs te betaal.”

Nie net die versuim om te betaal moet teenwoordig wees nie maar ook die feit dat die verkoper nog eienaar van die koopsaak is.⁸¹ Die verkoper het 'n konkurrense eis vir die genot en gebruik van die goed deur die insolvente koper. Dele van die koopprijs wat reeds betaal is, sal egter in aanmerking geneem word wanneer hierdie bedrag bereken word.

4 1 2 Kredietkoop met oordrag van fisiese beheer en eiendomsreg

In *Allen & David v Ingram*⁸² is die houding ingeneem dat die verkoper waar eiendomsreg reeds oorgegaan het, nie die goed kan terugeis nie:

“In the event of his [die koper se] insolvency thereafter, the scheme of the Insolvency Act is to treat property owned by the insolvent as being available for all his creditors.”

75 *Supra*.

76 341G (klem ingevoeg).

77 Van Rooyen 1985 *TSAR* 228; De Wet en Van Wyk 469.

78 Dit is egter insiggewend dat nie een van die ander artikels in die wet wat oor onuitgevoerde kontrakte handel 'n subartikel bevat wat 'n opsomming van die hele artikel is nie.

79 Kyk die bespreking in par 3 1 hierbo.

80 Die meerderheidsuitspraak by monde van Miller AR aanvaar dat subartikel 4 – alhoewel hulle neig om aan te neem dat dit slegs vir kontantkope geld – ook op krediettransaksies waar eiendomsreg nie oorgegaan is van toepassing is (179D–H). Kotze AR betwyfel dit of a 36(4) 'n opsomming van die voorafgaande subartikels is en verkies dat dié subartikel ook op kredietkope van toepassing is waar eiendomsreg nie oorgegaan het nie (185C).

81 Sien ook die uitspraak van Miller AR in *Cornelissen v Universal Caravan Sales supra* 179.

82 1989 3 SA 333 (K) 341B.

Indien die partye dus die bedoeling het dat eiendomsreg reeds by lewering van die goed op die koper sal oorgaan, het die verkoper slegs 'n konkurrente eis vir betaling van die koopprys en skadevergoeding op grond van nie-voldoening van die kontrak.

4 2 Verkoper insolvent

4 2 1 Kredietkoop met slegs oordrag van fisiese beheer

Die bate van die insolvente boedel is die beperkte eiendomsreg en die verksuldigde koopprys. By gebrek aan 'n bepaling in die wet is die gemeenregtelike reëls van toepassing.⁸³ Weer eens het die kurator geen uitstaande verpligting nie. Die goed is reeds gelewer. Voor sekwestrasie het die partye reeds voorsiening gemaak vir die oordrag van eiendomsreg met die vervulling van 'n sekere voorwaarde. Sodra die voorwaarde vervul word (wanneer die koper betaal), gaan eiendomsreg outomaties oor. Die kontrak bly voortbestaan. Die kurator kan hierdie bate van die insolvente boedel realiseer deur invordering van die skuld. Hy kan egter ook die reg om die koopsom te ontvang (verseker deur die voorbehoud van eiendomsreg), verkoop.

4 2 2 Kredietkoop met oordrag van fisiese beheer en eiendomsreg

Eiendomsreg setel reeds in die koper. Die verkoopte goed vorm nie meer deel van die insolvente boedel nie. Die bate van die insolvente boedel is die verksuldigde koopprys. Die kurator kan gevolglik nie die goed terugeis nie. Die kontrak bly voortbestaan en die koper is verplig om ooreenkomstig die bepalings daarvan te presteer. Synde nou 'n gewone skuldenaar van die insolvente boedel, moet hy op die tyd, wyse en plek soos ooreengekom is, betaal. Indien die koper egter versuim om sy verpligtinge na te kom, het die kurator die reg om die goed terug te eis. Dan het die insolvente boedel ook sowel die gewone eis om die skadevergoeding op grond van kontrakbreuk, as 'n eis vir die gebruik en genot van die saak. Paalemente wat reeds betaal is, sal daarteen verreken word.

5 SAMEVATTING

In Suid-Afrika word die abstrakte stelsel van eiendomsorgang toegepas. Eienomsoordrag geskied ingevolge twee noodsaaklike komponente, naamlik die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang en lewering van die goed. Met betrekking tot roerende goed bestaan daar egter sedert die Romeinse reg 'n verdere reël: indien geen uitstel vir betaling van die koopprys verleen is nie, is dit 'n kontantkoop. Nieteenstaande lewering van die goed, gaan eiendomsreg nie op die koper oor nie tensy die koopprys betaal is. By 'n kredietkoop weer gaan eiendomsreg reeds met lewering van die goed oor; dit is so omdat krediet verleen is. Met verwysing na *Eriksen Motors v Protea Motors*⁸⁴ en *Allen & David v Ingram*⁸⁵ word aan die hand gedoen dat, met betrekking tot roerende goed en in ooreenstemming met die toepassing van die abstrakte stelsel van eiendoms-oordrag, die klem op die *bedoeling* van die verkoper as toets of onderskeidende faktor tussen kontant- en krediettransaksies geplaas moet word.

83 Sien par 3 2 hierbo.

84 *Supra*.

85 *Supra*.

Artikel 36 van die Insolvensiewet 24 van 1936 reël die posisie in die geval van 'n koopkontrak van roerende goed, ongeag vir kontant of op krediet, waar die koper se boedel gesekwestreer word. By nadere ondersoek blyk dit dat artikel 36 in die geheel oor roerende goed handel wat in besit van die insolvent is, maar waarop hy *nie* eiendomsreg het nie. Gevolglik gee subartikel 4 nie aan die verkoper die reg om goed wat met oordrag van eiendomsreg aan die koper gelewer is, terug te eis nie. Die goed bly steeds in die insolvente boedel tot voordeel van al die skuldeisers. Die gemeenregtelike reëls sal verder in hierdie, asook in gevalle waarvoor die wet nie voorsiening maak nie, van toepassing wees. Met betrekking tot die toepassing van die gemeenregtelike reëls word die standpunt ingeneem dat indien die insolvent reeds voor sekwestrasie van sy boedel ten volle presteer het, die kurator nie die gelewerde goed kan terugeis nie. Die kurator neem die kontrak oor soos dit op die oomblik van sekwestrasie bestaan. Die bate moet gerealiseer word deur invordering van die skuld. Die insolvente boedel word voldoende beskerm deur artikel 26 van die wet wat aan die kurator die bevoegdheid verleen om 'n vervreemding sonder voldoende teenwaarde ter syde te laat stel.

Jy moet die regspraak sy loop laat neem en vir niemand partydig wees nie. Wanneer jy regspraak, mag jy geen omkoopgeskenk aanneem nie, want dit maak dié wat van beter moet weet, blind en laat die saak van die onskuldige skeef loop. Jy moet alleen laat geld wat reg is. Dan sal jy bly lewe en die land wat die Here jou God aan jou gee, in besit neem (Deuteronomium 16: 19-20).

Aspekte van die hoorsêreël soos gewysig deur die Wysigingswet op die Bewysreg 45 van 1988¹

PJW Schutte

BA B Iur LLB

Senior Lektor in die Proses- en Bewysreg, Potchefstroomse Universiteit vir CHO

SUMMARY

Aspects of the hearsay rule as amended by the Law of Evidence Amendment Act 45 of 1988

Hearsay evidence is inadmissible for two reasons. In the first place the evidence may be unreliable, and secondly the adjudicator of the facts may be unable to evaluate the reliability of the evidence, mainly because of the absence of the opportunity for cross-examination.

The definition of hearsay evidence, as contained in the Law of Evidence Amendment Act 45 of 1988, is more in line with the reason for excluding hearsay evidence, and should therefore be welcomed. If it should emerge in a specific case that the reliability of the evidence is established, then there is no question of hearsay evidence. The evidence is admissible, even if the maker of the statement is not available for cross-examination, because the probative value of the evidence does not depend on the credibility of the non-witness.

If the probative value of the evidence does depend on the credibility of a non-witness and the reliability of the evidence is suspect, the evidence may still be allowed in terms of the discretion allowed the courts by section 3 of the Law of Evidence Amendment Act. The courts are now no longer limited to the common-law exceptions, and may admit evidence which was excluded in the past. It is suggested, however, that hearsay evidence should only be admitted where the court is able to determine the reliability of the evidence by means other than the use of cross-examination. Some guarantee of reliability should be present which indicates, for example, that the honesty of the witness can be accepted, or that the possibility of perceptual or memory errors can be almost fully excluded. If no guarantees of reliability are present, the evidence is inadmissible. Factual findings should not be given on unreliable evidence. Evidence which was prior to the inception of the Law of Evidence Amendment Act admissible in terms of one of the common-law exceptions, will not necessarily be admissible any longer.

There was previously a lack of clarity about the question whether hearsay by implication is excluded. If the value of the evidence depends on the credibility of a non-witness, the same inherent dangers are present as in direct hearsay evidence, and it becomes clear that hearsay by implication is admissible. The value of the evidence will usually be contained in the deductions the adjudicator of the facts is asked to make from the behaviour or the statements of a non-witness.

1 INLEIDING

Die hoorsêreël is al dikwels aan kritiek onderwerp. Die kritiek was nie onvanpas nie want by die toepassing van die reël is nie alleen betroubare, bewyskrachtige en relevante getuienis uitgesluit nie, maar is onbetroubare getuienis dikwels

¹ Hierdie artikel is 'n verkorte weergawe van 'n lesing gelewer in die HL Swanepoel-ge-dencklesingreeks op 1989-05-02 te Potchefstroom.

toegelaat. Hierdie situasie was die direkte gevolg van die definisie van hoorsêgetuïenis wat in ons reg toegepas is. Boonop is die reël op 'n onbuigsame wyse toegepas en het die howe geen diskresie gehad om, behalwe in enkele uitsonderingsgevalle, betroubare hoorsêgetuïenis toe te laat nie. Die uitsonderings was ontoereikend en het op 'n inkonsekwente stel reëls berus wat moeilik in die praktyk toegepas is.

Dit is dan ook te verstane dat die wetgewer ingegryp het om die posisie te beredder. Nie alleen het die Wysigingswet op die Bewysreg 45 van 1988 'n nuwe definisie van hoorsêgetuïenis in ons reg ingevoer nie, maar dit verleen aan die howe 'n diskresie om hoorsêgetuïenis in bepaalde omstandighede toe te laat.

Die implikasies van die nuwe definisie sal vervolgens aangetoon en enkele voorstelle gemaak word oor die wyse waarop die howe hulle diskresie behoort uit te oefen.

2 DIE *RATIO VIR* DIE REËL

In die verlede is verskeie redes aangevoer waarom hoorsêgetuïenis ontoelaatbaar sou wees.² Vandag word algemeen aanvaar dat die rede vir die uitsluiting van hoorsêgetuïenis geleë is in die *moontlike onbetroubaarheid* van die getuïenis.³ Hierdie stelling sal vervolgens verder toegelig word. Of 'n getuie betroubaar⁴ is al dan nie kan vasgestel word deur antwoorde op die volgende twee vrae te vind:⁵

(a) Die vraag of die getuie geglo moet word, met ander woorde of hy die waarheid praat en eerlik is.⁶ Of 'n getuie geglo moet word al dan nie, kan beoordeel word aan die hand daarvan dat:

- hy leuens vertel het;
- hy homself weerspreek het;
- sy getuïenis strydig is met reeds bewese feite of met die getuïenis van ander getuies;
- hy die gebeure verdraai het wat hy waargeneem het, of wesenlike feite verswyg het;
- hy partydig is vir of bevooroordeel is teen een van die gedingspartye (het hy 'n motief om gunstige of ongunstige getuïenis te lewer?);
- eiebelang hom kan motiveer om te lieg, feite te verdraai of te verswyg.

2 Vgl in hierdie verband Schmidt *Bewysreg* (1982) 450; Hoffmann en Zeffertt *The South African law of evidence* (1983) 93; Cross *Evidence* (1979) 479.

3 Dit sou verkeerd wees om te sê dat alle hoorsêgetuïenis onbetroubaar is. Die betroubaarheid van hoorsêgetuïenis wissel van geval tot geval. In sommige gevalle kan dit net so betroubaar wees soos direkte getuïenis, terwyl dit in ander gevalle heeltemal onbetroubaar kan wees. Soos hieronder aangetoon word, is die probleem dat die betroubaarheid van die getuïenis nie beoordeel kan word nie (Pretorius *Res gestae* (LLM-verhandeling Unisa 1983) 46 185; Hoffmann en Zeffertt 94).

4 Die woord "betroubaar" word hier in sy betekenis van "verlaat op" gebruik. Alvorens 'n hof hom kan verlaat op die getuïenis van 'n getuie, moet hy nie net oortuig wees dat die getuie betroubaar is nie (in die sin dat hy 'n akkurate waarneming gemaak het), maar ook dat die getuie eerlik is en geglo kan word (maw geloofwaardig is).

5 Pretorius 45; Lempert en Saltzburg *A modern approach to evidence* (1977) 500.

6 Sien oor die algemeen Nicholas "Credibility of witnesses" 1985 *SALJ* 32 ev.

(b) Die vraag of die getuie 'n akkurate waarneming gemaak het, sy waarneming korrek onthou en korrek weergegee het.⁷ Of die getuie se getuienis in hierdie opsig betroubaar is al dan nie, kan beoordeel word aan die hand daarvan dat:

- die akkuraatheid van sy waarnemings op die korrekte funksionering van sy sintuie berus – gevolglik behoort vasgestel te word of die getuie nie dalk waarnemingsfoute gemaak het nie omdat hy die behoorlike gebruik van sy sintuie ontnem is;
- waarnemingsfoute gemaak kan word omdat die omstandighede ongunstig was of omdat hy nie in 'n gunstige posisie was om 'n akkurate waarneming te maak nie;
- daar geheuefoute kon insluip en dat hy gevolglik nie korrek onthou het wat hy waargeneem het nie;⁸
- hy dit wat hy onthou het, foutief weergegee het.⁹ Daar moet ook vasgestel word of die getuie die feite wat hy uit sy geheue opgeroep het, korrek oorgedra het. Het die feitebeoordelaar hom korrek verstaan?

Ten einde die feitebeoordelaar in staat te stel om getuienis te beoordeel, is die volgende *hulpmiddels* tot sy beskikking:¹⁰

(a) *Eedaflegging*: die feit dat 'n getuie onder eed getuig, kan daartoe bydra dat hy die waarheid praat en dat sy eerlikheid geredeliker aanvaar kan word; eedaflegging sê egter nog niks oor sy waarnemingsvermoë, moontlike partydigheid of moontlike geheuefoute nie.¹¹

(b) Die *gedrag en voorkoms* van 'n getuie in die getuiebank: die feitebeoordelaar vra die vraag of die getuie die indruk skep van skerpsinnigheid, eerlikheid en betroubaarheid. Is hy 'n goeie waarnemer? Lewer hy getuienis op 'n direkte en besliste wyse of is hy onseker en ontwykend?¹² Kortom, is sy voorkoms dié van 'n geloofwaardige persoon? Alhoewel voorkoms 'n rol kan speel om te bepaal of 'n getuie eerlik en moontlik partydig is, sê dit egter nog niks oor die waarnemingsvermoë, partydigheid of vyandiggesindheid of die moontlikheid dat die getuie geheuefoute kon maak nie.

(c) Die inherente waarskynlikheid of onwaarskynlikheid van die getuie se weergawe kan beoordeel word: lyk sy weergawe na die waarheid in die lig van die omstandighede? Is sy weergawe waarskynlik in die lig van algemene menslike ervaring? Klop die getuie se verhaal met wat hy elders te sê gehad het, of met dit wat ander persone getuig het? Is die getuie konsekwent?¹³

(d) Ten einde 'n hof in staat te stel om die waarskynlikheid van die getuie se getuienis, sy geloofwaardigheid, betroubaarheid en die akkuraatheid van sy waarneming te beoordeel, speel *kruisondervraging* 'n onontbeerlike rol. Die doel

7 Sien Nicholas 1985 SALJ 38 ev.

8 Daar kan nl sekere faktore aanwesig wees wat daartoe kan meewerk dat die feite wat waargeneem is voortdurend geïnterpreteer word, met die gevolg dat iets anders onthou word as dit wat werklik waargeneem is.

9 Daar kan nl faktore aanwesig wees wat meebring dat slegs sekere feite uit die getuie se geheue opgeroep word, terwyl ander verswyg word.

10 Pretorius 44; Paizes "Public opinion polls and the borders of hearsay" 1983 SALJ 74.

11 Vir ander gebreke tov eedaflegging, sien Hoffman en Zeffertt 93; Cross 479.

12 Sien Schmidt 106.

13 Sien *idem* 105; Nicholas 1985 SALJ 42.

van kruisondervraging is juis om swak punte in die gelewerde getuienis te openbaar aangesien 'n deurtastende ondersoek gedoen word na elkeen van die faktore waarna hierbo verwys is.¹⁴

Die probleem met hoorsêgetuienis is dat bogenoemde konvensionele metodes¹⁵ om die betroubaarheid van getuienis te beoordeel nie tot die hof se beskikking is nie. Die persoon wat die betrokke feit meegedeel het en wie se verklaring nou deur 'n ander persoon aan die hof meegedeel word, is nie in die hof teenwoordig nie. Hy was nie onder eed toe hy die verklaring gemaak het nie, die hof kan nie sy voorkoms in die getuiebank waarneem nie en die waarheid en korrektheid van sy bewerings kan nie deur kruisondervraging getoets word nie. Daar is reeds op gewys dat eedaflegging en die voorkoms van 'n getuie nie deurslaggewend is nie en dat die aanwending van hierdie middele om betroubaarheid van getuienis vas te stel, aan sekere gebreke mank gaan. Kruisondervraging daarenteen is die enigste hulpmiddel waardeur al die verskillende faktore na behore ondersoek kan word. Dit is dan veral die feit dat die verklaarder nie onderwerp word aan kruisondervraging nie wat die grondslag vir die uitsluiting van hoorsêgetuienis is. Hy kon 'n leuen vertel het; hy kon 'n waarnemingsfout gemaak het; hy kon die feite wat hy waargeneem het op 'n misleidende manier oortel het; hy kon wesenlike feite verswyg het; hy kon geheuefoute gemaak het of die getuie wat die verklaring aangehoor het, kon hom verkeerd verstaan het.¹⁶ Kruisondervraging sou hierdie gebreke kon ontmasker, maar die verklaarder kan nie aan kruisondervraging onderwerp word nie. Gevolglik is 'n hof nie in staat om die geloofwaardigheid van die getuie en die betroubaarheid en akkuraatheid van sy getuienis te beoordeel nie.

Samevattend kan gesê wat dat hoorsêgetuienis om twee redes ontoelaatbaar is: (a) daar is sekere inherente gevare verbonde aan hoorsêgetuienis wat aandui dat die getuienis onbetroubaar kan wees, en (b) 'n hof kan nie die betroubaarheid van die getuienis beoordeel nie.¹⁷ Die risiko dat onbetroubare getuienis toegelaat word en dat 'n foutiewe feitebevinding uit die aanhoor van hoorsêgetuienis kan volg, is met ander woorde veel groter as wanneer die verklaarder self getuig oor die feite wat hy waargeneem het.

Indien dit in 'n bepaalde geval sou blyk dat die inherente gevare nie aanwesig is nie en die betroubaarheid van die getuienis vasstaan, behoort die getuienis toegelaat te word selfs al is die verklaarder nie vir kruisondervraging beskikbaar nie.¹⁸ Aan die ander kant, indien die betroubaarheid van die getuienis onder verdenking staan vanweë die moontlike inherente gevare, maar 'n hof wel in staat is om die betroubaarheid van die getuienis op 'n ander wyse as deur gebruikmaking van die konvensionele metodes te beoordeel, behoort die getuienis toegelaat te word.¹⁹

Dit spreek vanself dat enige definisie van hoorsêgetuienis en enige reël wat hoorsêgetuienis uitsluit, hiermee rekening moet hou. Soos hieronder aangetoon word, het die definisie van hoorsêgetuienis wat tot voor inwerkingtreding van die Wysigingswet op die Bewysreg in ons reg aanvaar is, dikwels meegebring

14 Hoffmann en Zeffert 93 94; Pretorius 44; Cross 479; Paizes 1983 *SALJ* 74; Schmidt 451. 15 Pretorius 44.

16 Sien Paizes 1983 *SALJ* 72-74 vir 'n voorbeeld wat hierdie inherente gevare netjies uitbeeld.

17 Pretorius 44; Cross 479; Paizes 1983 *SALJ* 83; Hoffmann en Zeffert 97.

18 Vgl die vb in par 3 hieronder.

19 Sien par 5 hieronder.

dat die reël nie konsekwent toegepas is nie deurdat betroubare getuienis dikwels uitgesluit en onbetroubare getuienis dikwels toegelaat is. Hierdie situasie was die direkte gevolg van die feit dat die definisie van hoorsêgetuienis nie tred gehou het met die *ratio* vir die reël nie.

3 WAT IS HOORSÊGETUIENIS?

Die definisie wat deur die Wysigingswet op die Bewysreg in ons reg ingevoer is,²⁰ lui soos volg:

“Getuienis, hetsy mondeling of skriftelik, waarvan die getuieniswaarde afhang van die geloofwaardigheid van iemand anders as die persoon wat daardie getuienis aflê.”²¹

Alhoewel dit dikwels kan gebeur dat getuienis in ’n bepaalde geval as hoorsê sal kwalifiseer, ongeag die definisie wat gebruik word, sal dit nie noodwendig die geval wees nie. Die onderskeid tussen die vorige en die nuwe definisie kan aan die hand van die volgende voorbeeld aangetoon word:²² Beskuldigde A word van strafbare manslag aangekla omdat hy X se dood veroorsaak het deurdat hy hom na bewering op ’n roekelose wyse met sy voertuig raakgery het. A se weergawe is dat X se dood deur ’n ander voertuig veroorsaak is wat met X gebots het voordat hy (A) X raakgery het. Ten einde A se verweer te weerlê, bied die staat die getuienis aan van W wat getuig dat hy onmiddellik na die eerste botsing op die toneel was en dat X, net voordat hy deur A raakgery is, gesê het: “Gelukkig leef ek nog.”

Indien die vorige definisie toegepas word, sal hierdie getuienis ontoelaatbaar wees om te bewys dat X op daardie stadium nog gelewe het want dit sou aangebied word om die waarheid van die inhoud van die verklaring te bewys. Indien die definisie in die Wysigingswet op die Bewysreg toegepas word, sal dieselfde getuienis egter toelaatbaar wees. Die vraag of die getuienis aangebied word om die waarheid van die inhoud van hierdie verklaring te bewys, word nie pertinent gevra nie. Die ondersoek draai nou eerder om die vraag of die getuieniswaarde van W se getuienis afhang van die geloofwaardigheid van iemand anders as hyself, naamlik X.²³ In hierdie voorbeeld hang die getuieniswaarde van die getuienis nie van X se geloofwaardigheid af nie, want die afleiding dat X op daardie stadium nog gelewe het (dit is die getuieniswaarde van W se getuienis), kan gemaak word bloot uit die feit dat X toe nog gepraat het. X se geloofwaardigheid speel geen rol nie. Die moontlikheid dat X dalk kon gelieg het, of ’n waarnemingsfout kon gemaak het, of dat W vir X verkeerd kon verstaan het, is uitgeskakel. Die beswaar teen hoorsêgetuienis, naamlik dat dit onbetroubaar kan wees en dat die hof nie in staat is om die betroubaarheid daarvan vas te stel

20 Voor inwerkingtreding van die wysigingswet is die volgende definisie van hoorsêgetuienis in ons reg toegepas: “Getuienis aangaande die mededeling van iemand anders as die getuie, welke getuienis aangebied word met die doel om die waarheid van die inhoud van die verklaring te bewys.” Sien Schmidt 451; Hoffman en Zeffert 95.

21 Daar word aan die hand gedoen dat “geloofwaardigheid” ook “betroubaarheid” beteken.

22 Hierdie vb word, in effens aangepaste vorm, ontleen aan Paizes 1983 *SALJ* 76 77.

23 Die resultaat sal nie noodwendig altyd verskil nie. Die getuieniswaarde van die getuienis kan in sommige gevalle juis daarin geleë wees om die waarheid van die inhoud van die verklaring te bewys. Indien die getuieniswaarde dan afhang van die geloofwaardigheid van ’n nie-getuie, sal dit hoorsêgetuienis wees. Word die getuienis egter aangebied vir ’n ander doel as om die waarheid van die inhoud van die verklaring te bewys, kan dit wees dat die getuieniswaarde nie van die verklaarder se geloofwaardigheid afhang nie, met die gevolg dat dit toelaatbaar is.

nie, kan in hierdie geval nie gehandhaaf word nie want die betroubaarheid daarvan staan bo twyfel.²⁴ Aangesien die definisie in die Wysigingswet op die Bewysreg meer in ooreenstemming met die *ratio* van die reël is, moet dit verwelkom word.

4 HOORSÊ BY IMPLIKASIE

Die nuwe definisie slaag ook daarin om gevalle van hoorsê by implikasie op 'n rasonale grondslag te plaas. Die probleme wat met die vorige definisie ondervind is, was dat slegs getuienis aangaande "verklarings" uitgesluit is indien dit gebied is om die waarheid van die inhoud van die mededeling te bewys. Aangesien dit onmoontlik is om te bepaal wat die waarheid van gedrag is, is die standpunt ingeneem dat gedrag wat nie op kommunikasie gerig is nie, nie hoorsêgetuienis is nie maar dat dit as omstandighedsgetuienis toelaatbaar is mits dit relevant is.²⁵ Hierdie standpunt het egter nie rekening gehou nie met die feit dat getuienis aangaande die gedrag van 'n nie-getuie dieselfde inherente gevare kan inhou as direkte hoorsêgetuienis en dus onbetroubaar kan wees.²⁶ Hierdie stelling sal vervolgens met enkele voorbeelde toegelig word.

Die feite in *S v Qolo*²⁷ kan dien om die moontlike onbetroubaarheid van hoorsê by implikasie te illustreer. Die getuieniswaarde van die getuienis in hierdie saak was geleë in die feit dat die volgende woorde uit die gedrag van die oorledene geïmpliseer word: "Dit is die beskuldigde wat my aangerand het."²⁸ Om uit die getuienis die afleiding te regverdig dat dit die beskuldigde was wat die oorledene aangerand het, word staatgemaak op die geloofwaardigheid van die oorledene. Vrae soos die volgende ontstaan: was die oorledene in 'n geskikte posisie om sy aanvaller behoorlik waar te neem? Was daar voldoende geleentheid vir waarneming? Het die oorledene oor normale gesigsvermoë beskik; het hy bedoel om te sê dat dit die beskuldigde was wat hom aangerand het, of het hy hom geklap omdat hy hulp aan die werklike aanvaller verleen het wat hom intussen uit die voete gemaak het? Die vrae kan vermenigvuldig word, maar hulle is voldoende om die punt te illustreer dat daar sekere inherente gevare aan die getuienis verbonde is.²⁹ Omdat die oorledene nie beskikbaar is om te getuig nie, kan daar nie antwoorde op hierdie vrae gekry word nie en moet die getuienis uitgesluit word omdat dit onbetroubaar kan wees. Die betroubaarheid daarvan kan nie vasgestel word nie.

Alhoewel dikwels gesê word dat hoorsê by implikasie nie dieselfde potensiaal vir onjuistheid inhou as direkte hoorsêgetuienis nie omdat dit onwaarskynlik is dat die verklaarder 'n motief tot wanvoorstelling het,³⁰ is dit duidelik dat hierdie

24 Die feit dat die verklaarder nie aan kruisondervraging onderwerp kan word nie, behoort geen uitwerking op die toelaatbaarheid van die getuienis te hê nie.

25 Sien Schmidt 453. Sake waarin hoorsê by implikasie toegelaat is, is oa die volgende: *R v Alexander* 1913 TPD 561; *R v Steyn* 1927 SWA 80; *Levin v Barclays Bank DCO* 1968 2 SA 45 (A); *S v Qolo* 1965 1 SA 174 (A).

26 Sake waarin hoorsê by implikasie verbied is, is oa die volgende: *Wright v Doe d Tatham* 1837 7 A & E 313, 112 ER 488; *Teper v R* 1952 AC 480, 1952 2 All ER 447; *S v Van Niekerk* 1964 1 SA 729 (K).

27 1965 1 SA 174 (A). Vir 'n kort uiteensetting van die feite, sien Schmidt 450.

28 Sien Cross 470 471; Hoffmann en Zeffertt 102.

29 Vgl Pretorius 35.

30 Die argument synde dat dit hoogs onwaarskynlik is dat die oorledene in *S v Qolo* iemand sou probeer mislei het en dat sy eerlikheid geredeliker aanvaar kan word. Vgl in hierdie verband Schmidt 454; Pretorius 47; Cross 470; Hoffmann en Zeffertt 104.

getuienis net so onbetroubaar kan wees as direkte hoorsêgetuienis. Die eerlikheid van die verklaarder is immers nie die enigste faktor wat die betroubaarheid van die getuienis beïnvloed nie. Dieselfde inherente gevare kleef ook aan hierdie getuienis. Die definisie in die Wysigingswet op die Bewysreg skakel die probleme uit wat rondom die toelaatbaarheid van hoorsê by implikasie bestaan het. Hierdie definisie praat slegs van “getuienis” en nie van ’n “mededeling” of “verklaring” nie. Getuienis aangaande die gedrag van ’n nie-getuie sal dan hoorsêgetuienis wees indien die getuieniswaarde afhang van die geloofwaardigheid van die nie-getuie. Die getuieniswaarde sal gewoonlik geleë wees in die afleiding wat uit die gedrag gemaak word.

Daar word gevolglik aan die hand gedoen dat daardie uitsprake waarin gedrag as hoorsê by implikasie toegelaat is,³¹ na inwerkingtreding van die Wysigingswet op die Bewysreg nie goedsmoeds nagevolg behoort te word nie.³² Die getuieniswaarde van die getuienis moet in elke besondere geval oorweeg word. Indien dit blyk dat die getuieniswaarde afhang van die geloofwaardigheid van die nie-getuie, is dit hoorsêgetuienis en ontoelaatbaar tensy dit by uitoefening van ’n diskresie³³ toegelaat word.

5 HOWE SE DISKRESIE

Tot en met 3 Oktober 1988³⁴ was hoorsêgetuienis ontoelaatbaar tensy dit onder een van die reeds bestaande uitsonderings tuisgebring kon word. Kritiek teen die uitsonderings op die hoorsêreël het onder andere die volgende behels:

(a) Die groot verskeidenheid uitsonderings het dit moeilik gemaak om die reël in die praktyk toe te pas.³⁵

(b) Hoorsêgetuienis is by wyse van uitsondering toegelaat wanneer dit geblyk het dat daar faktore aanwesig was wat die betroubaarheid daarvan gewaarborg het. In sommige gevalle het die feit dat daar wel sodanige faktore aanwesig was, daartoe bygedra dat klasuitsonderings op die hoorsêreël geskep is – as ’n verklaring onder ’n bepaalde klas tuisgebring kon word, is dit toegelaat. Dit het dikwels daartoe gelei dat onbetroubare getuienis toegelaat is. In hierdie verband maak Pretorius³⁶ die volgende insiggewende opmerking:

“Die swakheid van hierdie manier van doen is daarin geleë dat nie soseer gelet word op die vraag of die individuele verklaring se betroubaarheid bepaal kan word nie, maar of die verklaring tot die bepaalde klas verkларings behoort – byvoorbeeld sterwensverklarings. Word die faktore (betroubaarheidswaarborges) van die erkende uitsonderings ondersoek en in verband gebring met die faktore wat die beoordeling van getuienis beïnvloed, blyk dit dat in die meeste van die gevalle die betroubaarheidswaarborges slegs tot gevolg het dat die eerlikheid van die verklaarder meer gereedlik aanvaar kan word en nie soseer of die feite vervat in die verklaring korrek waargeneem en gekommunikeer is nie.”

31 Sien Pretorius 34–36 se bespreking en sy verwysing na relevante regspraak.

32 Dieselfde geld ook gevalle waar die nie-getuie ’n *verklaring* maak, en daar dan dmv ’n proses van afleidings iets anders in sy verklaring geïmpliseer word. Die verklaarder sê iets en dan word sy kennis aangaande ’n feit daaruit afgelei. Vbe van sodanige gevalle word verskaf deur die feite in *Wright v Doe d Tatham* 1838 5 CL & F 670,7 ER 559; *Teper v R* 1952 AC 480, 1952 2 All ER 447 en *S v Van Niekerk* 1964 1 SA 729 (K). Vgl in hierdie verband Pretorius 25–34 se bespreking.

33 Sien a 3(1)(c).

34 Dit is die datum van inwerkingtreding van die Wysigingswet op die Bewysreg. Sien SK 11519 Prok 171/1988 van 1988-09-30.

35 Paizes 1983 *SALJ* 86 89; Schmidt 460.

36 185.

(c) In baie van die uitsonderingsgevalle is onsinnige toelaatbaarheidsvereistes gestel waaraan 'n bepaalde verklaring moes voldoen alvorens dit toegelaat is, sonder dat daardie vereiste noodwendig tred gehou het met die onderliggende bestaansrede van die hoorsêreël. Die gevolg was dat heelwat betroubare getuienis uitgesluit is.³⁷

(d) Die belangrikste punt van kritiek teen die reël was egter dat die howe geen diskresie gehad het om getuienis toe te laat as dit nie onder een van die erkende uitsonderings tuisgebring kon word nie, selfs al het dit geblyk dat die getuienis betroubaar is.³⁸

Dit is die meriete van die Wysigingswet op die Bewysreg dat 'n diskresie aan die howe verleen word om in bepaalde gevalle, met inagneming van die faktore wat in artikel 3(1)(c) genoem word, getuienis waarvan die getuieniswaarde afhang van die geloofwaardigheid van 'n nie-getuie, toe te laat. Alhoewel die verklaarder nie vir kruisverhoor beskikbaar is nie, kan daar ander faktore³⁹ aanwesig wees wat 'n hof in staat stel om die betroubaarheid van die getuienis te beoordeel. Alvorens 'n hof hoorsêgetuienis deur uitoefening van sy diskresie toelaat, behoort telkens ondersoek ingestel te word na die aanwesigheid van sodanige faktore.⁴⁰ Indien daar geen sodanige faktore aanwesig is nie en die betroubaarheid van die getuienis steeds onder verdenking staan, behoort die getuienis nie toegelaat te word nie.

Dit is so dat artikel 3(1)(c) van die Wysigingswet op die Bewysreg nie betroubaarheid pertinent noem as een van die faktore wat 'n hof in aanmerking moet neem by die uitoefening van sy diskresie nie, maar subartikel 3(1)(c)(vii) bepaal dat 'n hof enige ander faktor in aanmerking mag neem wat na sy oordeel in aanmerking geneem behoort te word. Daar word aan die hand gedoen dat die betroubaarheid of onbetroubaarheid van die getuienis so 'n faktor is. So 'n benadering sal immers tred hou met die *ratio* vir die reël. Dit sal sekerlik ook nie in belang van geregtigheid wees indien onbetroubare getuienis toegelaat word nie.⁴¹ Dit is tog in belang van geregtigheid dat 'n feitebevinding sover moontlik op die ware feite gegrond word; die waarheid kan nie aan die hand van onbetroubare getuienis vasgestel word nie.⁴²

Die vraag of daar voldoende betroubaarheidswaarborges aanwesig is om hoorsêgetuienis toe te laat, moet beoordeel word in die lig van reeds gelewerde getuienis asook die feite en omstandighede van elke saak. Dit kan dan blyk dat die eerlikheid van die verklaarder meer geredelik aanvaar kan word, of dat die moontlikheid van waarnemings- en geheuefoute bykans uitgeskakel is of dat die moontlikheid gering is dat die aanhoorder (getuie) die verklaarder (nie-getuie) verkeerd kon verstaan het.⁴³ Hierdie stelling sal vervolgens met enkele voorbeelde toegelig word.

37 Schmidt 460; Hoffmann en Zeffertt 97.

38 *Vulcan Rubber Works (Pty) Ltd v SAR&H* 1958 3 SA 285 (A); sien ook Hoffmann en Zeffertt 94; Schmidt 463.

39 Faktore wat antwoorde kan verskaf op van die vrae wat ivm *S v Qolo supra* oopgelaat is en wat gevolglik die betroubaarheid van die getuienis kan verhoog.

40 Sien Pretorius 45.

41 A 3(1)(c) bepaal dat hoorsêgetuienis toegelaat kan word indien 'n hof van oordeel is dat dit in belang van geregtigheid toegelaat behoort te word.

42 Regsreëls behoort net op die feitlike waarheid toegepas te word. Daarsonder kan nie van geregtigheid sprake wees nie.

43 Die eenvoud van die verklaring of gedrag kan 'n belangrike rol in hierdie verband speel.

Indien daar geen motief vir versinsel of misleiding was nie, kan dit daartoe bydra dat die eerlikheid van die verklaarder aanvaar word. Waar 'n persoon byvoorbeeld 'n verklaring maak waaruit afgelei kan word dat hy homself as die vader van 'n buite-egtelike kind beskou,⁴⁴ kan sy eerlikheid makliker aanvaar word aangesien hy waarskynlik nie so 'n nadelige verklaring sou maak indien dit nie die waarheid was nie. Die betroubaarheid van die getuienis kan ook verhoog indien die ma van die kind geroep word om te getuig en sy aan kruisondervraging onderwerp word. Sy sal immers kan getuig oor die vraag of sy ook met ander mans omgang gehad het.

Alhoewel die eerlikheid van die verklaarders in die saak van *Wright v Doe d Tatham*⁴⁵ aanvaar kan word, wil dit nog nie sê dat die getuienis betroubaar is nie. 'n Mens sal veral wil weet hoe goed die briëfskrywers die oorledene geken het. Die betroubaarheid van die getuienis kan natuurlik verhoog namate ander getuienis aangebied sou word, byvoorbeeld dat een van die briëfskrywers 'n geneesheer was wat intieme kennis van die oorledene se geestesgesondheid gehad het. Maar selfs dan kan die getuienis uitgesluit word omdat dit opiniegetuienis is waar die getuie nie voor die hof is om die gronde vir sy opinie uiteen te sit en sy getuienis nie aan kruisondervraging onderwerp word nie. In die omstandighede maak dit egter nog nie van die getuienis iets anders as hoorsê nie. Die feite in *Teper v R*⁴⁶ laat vrae soos die volgende ontstaan: hoe goed het die verklaarder die persoon geken wat sy meen sy gesien het? Hoe goed was haar waarnemingsvermoë? Was sy in 'n posisie om 'n korrekte waarneming te maak? Op sommige van hierdie vrae sou die getuie wat die vrou hoor skreeu het en self ook die gebeure waargeneem het, dalk antwoorde kon verskaf.⁴⁷

Daar kan ook ander faktore wees wat kan aantoon dat die getuienis betroubaar is, soos die feit dat die verklaarder persoonlike kennis dra van die feit wat in die verklaring vermeld word, of daar kan meerdere faktore wees wat tesame daartoe bydra dat die betroubaarheid van die getuienis verhoog.⁴⁸

Bogemelde voorbeelde toon aan dat gevalle van hoorsê by implikasie in die toekoms uit hoofde van artikel 3(1)(c) toegelaat kan word. Getuienis wat voor inwerkingtrede van die Wysigingswet op die Bewysreg kragtens een of ander gemeenregtelike uitsondering toegelaat is, sal nie noodwendig steeds toelaatbaar wees nie. Die omgekeerde is ook waar: getuienis wat uitgesluit is omdat dit nie onder een van die uitsonderingsgevalle tuisgebring kon word nie, kan nou toegelaat word indien daar voldoende betroubaarheidswaarborges aanwesig is. Die howe is nie meer beperk tot die geykte uitsonderings nie en beskik oor die

44 Soos in die sake van *Lloyd v Powell Duffryn Steam Co Ltd* 1914 AC 733 (aangehaal deur Pretorius 26) en die *Aylesfort Peerage Case* 1886 11 APP CAS 1 (aangehaal deur Pretorius 141).

45 1837 7 A & E 313, 112 ER 488.

46 1952 AC 480, 1952 2 All ER 447.

47 In *S v Van Niekerk* 1964 1 SA 729 (K) kon geheuefoute nie uitgeskakel word nie as in ag geneem word dat die eienaar van die geweer 'n alkoholis was en dat hy dalk nie kon onthou het dat hy die geweer weggee het nie.

48 Soos die geval was in die *Dysart Peerage Case* 1881 6 APP CAS 489 (aangehaal deur Pretorius 141 en Hoffmann en Zeffert 102). Daar was ook ander faktore wat, saam met die feit van persoonlike kennis, bygedra het tot die betroubaarheid van die getuienis, soos dat dit onwaarskynlik was dat die verklaarders leuens sou vertel, dat daar geen motief vir wanvoorstelling was nie en dat die moontlikheid vir waarnemingsfoute tot 'n minimum beperk was.

bevoegdheid om daardie uitsonderings geleidelik en versigtig uit te brei en deur nuwe uitsonderings aan te vul. Dat die gemeenregtelike uitsonderings nie summier oorboord gegooi kan word nie, spreek vanself. Getuienis is juis by wyse van uitsondering toegelaat indien daar een of ander betroubaarheidswaarborg aanwesig was. Die probleem was egter dat betroubare getuienis soms uitgesluit is, of dat onbetroubare getuienis soms toegelaat is. So 'n situasie moet voorkom word. Indien daar faktore aanwesig is wat aantoon dat die eerlikheid van die verklaarder aanvaar kan word, of wat aantoon dat sy waarneming waarskynlik akkuraat was, of wat aantoon dat die moontlikheid van geheuefoute gering is, of enige ander faktor wat aanduidend is van die betroubaarheid van die getuienis, behoort dit toegelaat te word.

*Opwindingsverklarings*⁴⁹ is dikwels toegelaat omdat daar faktore aanwesig was wat die eerlikheid van die verklaarder verhoog⁵⁰ het. Dit wil egter nog nie sê dat die getuienis betroubaar is nie. Die vraag of die verklaarder korrek waargeneem het en sy waarneming korrek onthou en weergegee het, moet ook ondersoek word. Pretorius⁵¹ toon aan dat die feit dat die waarneming in 'n toestand van opgewondenheid gemaak is, die akkuraatheid van die verklaring so nadelig kan beïnvloed dat spontane verklarings wat op waarnemingsvermoë berus, uitsluit behoort te word.⁵²

Die hof behoort ook telkens vas te stel wat die waarskynlikheid is dat geheuefoute kon insluip. Indien die verklaring 'n reaksie op die gebeure was⁵³ en op huidige feite gebaseer is,⁵⁴ is die moontlikheid van geheuefoute gering. Maar selfs al bestaan die moontlikheid van geheuefoute, kan die feit dat die verklaring in die teenwoordigheid van ander persone gemaak is wat die gebeurtenis self waargeneem het en ook getuig, of die feit dat die verklaring betrekking het op

49 Die term word verkies in navolging van Pretorius 66. Daar word gewoonlik na hierdie groep verklarings as spontane uitroepe verwys maar die term opwindingsverklarings word verkies om dit te onderskei van ander spontane verklarings.

50 Die feit dat die verklaring gemaak was op 'n tydstip toe die verklaarder nog so onder druk van die gebeurtenis verkeer het dat hy nie tyd gehad het om die gebeure te rekonstrueer of om sy eie belang te oorweeg nie, dra daartoe by dat die eerlikheid van die verklaarder makliker aanvaar kan word. Die moontlikheid van versinsel word derhalwe uitgeskakel. Die vraag of die eerlikheid van die verklaarder inderdaad aanvaar kan word, moet beslis word aan die hand van die feite en omstandighede van elke saak. Vgl Pretorius 68 ev se bespreking van die aspekte wat telkens oorweeg behoort te word.

51 96.

52 Vgl in hierdie verband die volgende aanhaling uit Stewart "Perception memory and hearsay: a criticism of present law and the proposed Federal Rules of Evidence" 1970 *Utah LR*: "Excitement is not a guarantee against lying . . . More important, excitement exaggerates, sometimes grossly, distortion in perception and memory especially when the observer is a witness to a non-routine episodic event such as occurs in automobile collision cases and crimes. The likelihood of inaccurate perception, the drawing of inferences to fill in memory gaps, and the reporting of nonfacts is high. As one psychologist has observed, the exception 'indicates a pragmatic position which prefers the disclosure to the facilitation of accuracy'" (aangehaal deur Pretorius 97). Aangesien die moontlikheid van waarnemingsfoute in *Teper v R* 1952 AC 480, 1952 2 All ER 447 en *S v Tuge* 1966 4 SA 565 (A) groot was, behoort die getuienis in hierdie sake nie toegelaat te gewees het nie. Vir 'n kort uiteensetting van die feite sien Schmidt 453 480 en Pretorius 20 87.

53 Die feite wat meegedeel word, moet nog so helder voor die gees van die verklaarder wees dat die moontlikheid van geheuefoute onwaarskynlik is. Indien dit neerkom op 'n rekonstruksie van 'n gebeurtenis wat in die verlede plaasgevind het, is die waarskynlikheid van geheuefoute veel groter. Sien Pretorius 79 80.

54 Die tydsverloop tussen verklaring en gebeurtenis moet kort wees.

'n gebeurtenis ten opsigte waarvan 'n waarnemings- of geheuefout onwaarskynlik is, die betroubaarheid van die verklaring verhoog.

Alhoewel opwindingsverklarings dikwels as uitsondering op die hoorsêreël toegelaat is, blyk dit dat *verklarings aangaande huidige feite* tot nou toe nog nie in die Suid-Afrikaanse reg as 'n klasuitsondering erken is nie.⁵⁵ Verklarings aangaande huidige feite is verklarings in reaksie op die een of ander toestand⁵⁶ of gebeurtenis wat die toestand of gebeurtenis beskryf of ophelder. Dit verskil van opwindingsverklarings deurdat dit nie noodwendig voortspruit uit die waarneming van 'n skokkende gebeurtenis nie.⁵⁷ Verklarings aangaande 'n huidige eie handeling,⁵⁹ soos die verklarings wat 'n persoon maak in die uitvoering van amptelike pligte of die gewone loop van besigheid, is verskyningsvorme van verklarings aangaande huidige feite.⁶⁰

Verklarings aangaande huidige feite kan die volgende betroubaarheidswaarborges bevat.⁶¹

(a) Indien die verklaring wesenlik gelyktydig met die waarneming van die gebeurtenis of toestand gemaak word, word opsetlike misleiding en versinsel tot 'n minimum beperk, met die gevolg dat die eerlikheid van die verklaarder meer gereedelik aanvaar kan word.⁶²

Hierteenoor kan die beswaar geopper word dat die eiebelang of enige ander motief tot wanvoorstelling die eerlikheid van die verklaarder onder verdenking plaas. Dit is natuurlik 'n faktor wat telkens deeglik oorweeg moet word, maar dit is nog nie voldoende rede om sulke verklarings summier uit te sluit nie. Eiebelang of motief tot wanvoorstelling sal nie noodwendig in alle gevalle teenwoordig wees nie. Wanneer die verklaring deur 'n omstander gemaak word, bestaan daar gewoonlik geen motief tot wanvoorstelling nie.⁶³ Indien motief tot wanvoorstelling nie uitgeskakel kan word nie, behoort die getuie nie toegelaat te word nie.

(b) Afhangende van omstandighede kan daar faktore aanwesig wees wat die moontlikheid van waarnemings- en geheuefoute uitkakel, soos gelyktydigheid

55 Pretorius 109.

56 Sien Pretorius 183 se bespreking.

57 In *R v Van Wyk* 1936 1 PH O 7 en die ander sake waarna Pretorius 103 en 104 verwys, is die verklaring gemaak voordat die skokkende gebeurtenis plaasgevind het. Verklarings aangaande huidige feite word dikwels ook gemaak waar die betrokke gebeurtenis nie as skokkend beskryf kan word nie.

59 Bespreek deur Pretorius 109 ev. Die verklaring kan in verband staan met, of deel uitmaak van 'n gebeurtenis waarby die verklaarder self betrokke is, soos besigheidsrekords wat gelyktydig met 'n transaksie opgeteken word. Die verklaring kan die handeling van die verklaarder beskryf of opklaar, maar hoef dit nie noodwendig te doen nie want die verklaring en handeling kan dieselfde ding wees, soos die optekening van een of ander feit wat nie noodwendig verband hou met die plaasvind van 'n gebeurtenis nie.

60 Sien Pretorius 109 171 184 187.

61 *Idem* 185.

62 Wesenlike gelyktydigheid word in geval van verklarings aangaande huidige feite vereis omdat, anders as by opwindingsverklarings, daar geen skokkende gebeurtenis was wat nadenke kon uitkakel nie. Word wesenlike gelyktydigheid nie as 'n vereiste gestel nie, bestaan daar steeds 'n gevaar van fabrikasie. Die grondslag vir hierdie groep verklarings is steeds daarin geleë dat die verklaring spontaan onder druk van 'n stimulus gemaak is. Sien Pretorius 98 ev.

63 *Idem* 113.

tussen verklaring en gebeurtenis,⁶⁴ of die feit dat die verklaring betrekking het op 'n handeling van die verklaarder self.⁶⁵ Die verklaarder is beter in staat as in die geval van opwindingsverklarings om 'n akkurate waarneming te maak omdat hy normaalweg nie emosioneel so oorweldig is nie.⁶⁶ Dikwels word sodanige verklarings in die teenwoordigheid van ander waarnemers van die gebeurtenis gemaak; dit maak dit makliker om waarnemingsfoute vas te stel omdat die omstander, wat die verklaring aangehoor het en self die gebeurtenis waargeneem het, in die hof getuienis aflê en dan beskikbaar is vir kruisondervraging.⁶⁷

In die geval van verklarings gemaak in die uitvoering van amptelike pligte of die gewone loop van besigheid is daar 'n bykomende betroubaarheidswaarborg: tydens roetine werk is eiebelang gewoonlik nie ter sprake nie; gevolglik bestaan daar weinig motief tot verdraaiing van feite. Ook is daar normaalweg kontrole wat die akkuraatheid van die feite waarborg.⁶⁸ Die gemeenregtelike uitsondering het hierdie verklarings slegs toegelaat indien die verklaarder oorlede is en daar op hom 'n spesifieke ampsplig gerus het om die verklaring te maak. Hierdie verklarings kan nou toegelaat word selfs al kan die verklaarder om ander redes nie getuig nie.⁶⁹ Daar word aan die hand gedoen dat die verklarings ook toegelaat behoort te word selfs al is die verklaring nie in die loop van 'n pligsuitoefening gemaak nie, byvoorbeeld aantekeninge wat 'n persoon as deel van normale roetine vir sy eie doeleindes hou.⁷⁰

6 SAMEVATTING

Hoorsêgetuienis is ontoelaatbaar omdat daar sekere inherente gevare verbonde is aan die getuienis wat op die onbetroubaarheid daarvan dui, *en* omdat die betroubaarheid van die getuienis nie vasgestel kan word aan die hand van die sogenaamde konvensionele metodes nie.

Die definisie van hoorsêgetuienis in die Wysigingswet op die Bewysreg hou tred met die *ratio* vir die reël en kan daarom verwelkom word.

Indien die getuieniswaarde van die getuienis nie afhang van die geloofwaardigheid van 'n nie-getuie nie, is die getuienis toelaatbaar. Daar is geen inherente gevare verbonde aan die getuienis nie en gevolglik kan die betroubaarheid van

64 Wat geheuefoute kan uitskakel.

65 Wat waarnemings- en geheuefoute uitskakel.

66 Pretorius 106.

67 *Idem* 106 107 113.

68 *Idem* 170 184; Schmidt 469.

69 *Sien a* 3(1)(c).

70 Soos eie besigheidsrekords of die aantekeninge van 'n geneesheer oor sy pasiënt se simptome en behandeling. Baie sal natuurlik afhang van die omstandighede van die saak en die doel waarvoor die getuienis aangebied word. As die doel is om te bewys dat die geneesheer sy pasiënt 'n besondere behandeling gegee het, behoort die getuienis toelaatbaar te wees. Indien die vraag egter is of die pasiënt inderdaad aan die siektetoestand gely het waarvoor die dokter hom behandel het, moet in gedagte gehou word dat die getuienis op die opinie van die geneesheer berus wat nie toelaatbaar sal wees nie tensy die gronde waarop sy opinie berus, aan die hof geopenbaar is. Baie sal weer eens afhang van die omstandighede. Daar sal bv aanvaar kan word dat 'n persoon sy been gebreek het indien dit blyk dat die dokter sy been ook in gips geplaas het. Aan die ander kant wil dit egter nie sê dat die feit dat 'n persoon in 'n hospitaal deur 'n dokter vir 'n rugbesering behandel was, aandui dat hy inderdaad 'n rugbesering opgedoen het nie want die dokter kon moontlik 'n fout gemaak het. Aangesien hy dan nie beskikbaar is vir kruisondervraging nie, behoort hierdie getuienis nie toelaatbaar te wees nie.

die getuienis beoordeel word sonder gebruikmaking van die konvensionele metodes. Volgens die nuwe definisie is hier geen sprake van hoorsêgetuienis nie.

Indien die getuieniswaarde van die getuienis wel afhang van die betroubaarheid van 'n nie-getuie, is die getuienis hoorsê en ontoelaatbaar. Artikel 3(1)(c) verleen egter aan 'n hof 'n diskresie om, met inagneming van die faktore wat in die artikel genoem word, die getuienis wel toe te laat. Dit behoort egter net te geskied indien daar, in afwesigheid van kruisondervraging, die een of ander betroubaarheidswaARBorg aanwesig is. Daar word aan die hand gedoen dat noodsaak alleen nie voldoende is om hoorsêgetuienis toe te laat nie. Die party wat beweer dat die getuienis toelaatbaar is, moet dit op oorwig van waarskynlikheid of bo redelike twyfel bewys – 'n hof moet van die betroubaarheid van die getuienis oortuig word.

Daardie getuienis wat in die verlede onder een van die uitsonderings op die hoorsêreël toegelaat is, behoort nie na inwerkingtreding van die Wysigingswet op die Bewysreg sonder meer toegelaat te word nie, aangesien onbetroubare getuienis dikwels toegelaat is. Aan die ander kant bestaan daar voldoende ruimte daarvoor dat die geykte uitsonderings uitgebrei kan word. Verklarings aangaande huidige feite asook verklarings aangaande huidige eie handelingte behoort toegelaat te word mits dit betroubaar is.

Bestaande wetteregtelike uitsonderings op die hoorsêreël bly egter voortbestaan en dit wil voorkom of die howe verplig is om die bepalings toe te pas. Nietemin lyk dit of daardie bepalings in baie gevalle onnodig beperkend is en nie so ver gaan as die Wysigingswet op die Bewysreg nie. Die vraag is of die howe bereid sal wees om getuienis buite daardie bepalings om toe te laat waar die betrokke statuut onnodig beperkend is.

Alhoewel die Wysigingswet welkome veranderings meegebring het, wonder 'n mens net of daar nie nou meer van die howe se tyd in beslag geneem gaan word om die toelaatbaarheid van hoorsêgetuienis vas te stel nie. Sou dit nie dalk beter gewees het om die reël geheel en al te geskrap het en dit aan die howe oor te gelaat het om die bewyskrag van die getuienis te beoordeel nie?

Nobody made a greater mistake than he who did nothing because he could only do a little (Edmund Burke).

AANTEKENINGE

GEDAGTES RONDOM DIE HUWELIKSCONSORTIUM EN EGSKEIDING

1 Inleiding

Artikel 4(1) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 (hierna die wet genoem) omskryf onherstelbare huweliksverbokkeling as grond vir egskeiding. Die artikel bepaal dat 'n hof 'n egskeidingsbevel kan verleen indien hy oortuig is dat die huweliksverhouding so 'n toestand van verbokkeling bereik het dat daar geen redelike vooruitsig op die herstel van 'n normale huweliksverhouding tussen die gades bestaan nie.

Artikel 4(2) bevat

“voorbeelde van gevalle waar die waarskynlikheid groot is dat daar nie meer 'n normale huweliksverhouding tussen die gades bestaan nie en dat daar ook nie 'n redelike vooruitsig op die herstel van 'n normale huweliksverhouding tussen hulle bestaan nie” (Barnard, Cronjé en Olivier *Die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg* (1986) 249).

Een van die voorbeelde wat hier genoem word, is owerspel. Owerspel bied volgens die voorskrifte van artikel 4(2)(b) slegs afdoende grond vir egskeiding indien dit vir die eiser onbestaanbaar met 'n voortgesette huweliksverhouding is.

'n Vraag wat uit die saamlees van artikels 4(1) en 4(2)(b) ontstaan, is welke regverdiging daarvoor bestaan om owerspel afsonderlik en buite-om die algemene kader van onherstelbare huweliksverbokkeling te behandel as spesifieke voorbeeld waar die huwelik geag kan word onherstelbaar verbokkel te wees. In wese handel dit hier oor 'n soortgelyke probleem wat ontstaan uit die saamlees van artikels 4(1) en 5 van die wet. In 'n neutedop is die probleem dat die begrip “onherstelbare huweliksverbokkeling” dermate omvattend is dat dit moeilik is om aan die bepalinge van artikel 5, wat geestesongesteldheid en voortdurende bewusteloosheid as egskeidingsgronde omskryf, 'n selfstandige staanplek te gee (vgl. oa Van Loggerenberg 1982 *THRHR* 174 en die gewysdes daar onder bespreking). Net soos aanvaar kan word dat die wetgewer aan sowel artikel 4(1) as artikel 5 'n afsonderlike status wou toeken, moet ook aanvaar word dat dit die geval is ten aansien van artikel 4(1) en 4(2)(b). Die vraag wat dus onder die loep geneem word, is waarom owerspel as selfstandige riglyn vir onherstelbare huweliksverbokkeling voorgeskryf word. Om hierdie vraag binne regsteoretiese perspektief te plaas, moet na die sogenaamde huweliksconsortium-begrip verwys word.

2 Die huweliksconsortium

Tereg toon Barnard, Cronjé en Olivier 248 ev aan dat artikel 4(1) dit in wese oor 'n huweliksverhouding het wat nie meer normaal is nie. Hul opmerking dat die regsgeleerde verkieslik met juridiese begrippe moet werk en daarom nie by teoloë, sielkundiges en sosioloë kers moet opsteek oor wat presies 'n normale huweliksverhouding is nie, verdien eweneens instemming. Teen die agtergrond van hierdie opmerking van vermelde skrywers word gepoog om aan te toon dat 'n regsteoretiese beskouing van die huweliksverhouding die antwoord kan bied op die vraag waarom owerspel spesifiek in die wet behandel word.

In *Joshua v Joshua* 1961 1 SA 455 (GW) 459 kom regter De Vos Hugo tot die gevolgtrekking dat die huwelik in die biologiese verskille tussen 'n man en 'n vrou gefundeer is. Die huwelik het dus 'n geslagtelike basis, welke basis meteen die waarborg vir die eenheid in die huwelik as sosiale entiteit bied en wat in die geslagsomgang tussen die partye tot uiting kom. Saam met die fundering van die huwelik moet die bestemming daarvan gesien word. Die huwelik vind sy bestemming tipies in die etiese waar dit oor die liefde tussen die gades gaan. Ofskoon daar veel meer te sê is oor die struktuur van die huwelik soos pas uiteengesit, word met die gevolgtrekking volstaan dat die huwelik geslagtelik gefundeer en eties bestem is.

Bogemelde uiteensetting van die huwelikstruktuur hou ten nouste verband met die huweliksconsortium-begrip soos dit in enkele beslissings na vore gekom het. In *T v T* 1968 3 SA 554 (R) word beslis dat die *consortium* drie komponente behels, naamlik die *eros* (passie), *philiae* (kameraadskap) en *agapé* (naasteliefde). In *Grobbelaar v Havenga* 1964 3 SAW 522 (W) haal regter Harcourt met goedkeuring soos volg aan uit *Best v Samuel Fox Co Ltd* 1952 2 All ER 394:

“Companionship, love, affection, comfort, mutual services, sexual intercourse – all belong to the married state. Taken together they make up the consortium.”

Barnard, Cronjé en Olivier meen uit bogemelde aanhaling staving te vind vir hul stelling dat die *consortium*-begrip die juridiese inhoudgewing aan “normale huweliksverhouding” is wat ontbeer word indien ander vakwetenskaplike begripsomskrywings gebruik sou word. Dit blyk egter dat hulle motivering nie ongekwalifiseerd as korrek aanvaar kan word nie. Daar sal later na hierdie aspek teruggekeer word.

Van groot waarde is egter die feit dat die *consortium*-begrip volgens albei definisies bepaalde elemente vertoon, welke elemente 'n noue ooreenkoms het met die momente van die huwelikstruktuur soos uiteengesit in *Joshua v Joshua* (*supra*). Enersyds word die *eros* (of “sexual intercourse”) onderskei. Dit behoeft kwalik enige betoog dat hierdie element aanduidend is van die geslagtelike verskille tussen 'n man en 'n vrou wat geslagsgemeenskap tot gevolg het en waardeur die eenheid van die huwelik as sosiale entiteit gewaarborg word. Andersyds is *philiae* en *agapé* nagenoeg sinonieme vir “companionship, love, affection, comfort [en] mutual services” soos dit in die *Best*-gewysde verduidelik word. Sonder om hierdie begrippe enigszins verder te ontleed, word tot die gevolgtrekking geraak dat hulle in wese 'n vergestaltung is van die etiese bestemming van die huwelik soos dit in die *Joshua*-saak (*supra*) uiteengesit word.

Aangesien daar in sowel die *Grobbelaar*- as die *T v T*-saak (*supra*) steun gebied word vir Dooyeweerd soos in die *Joshua*-saak (*supra*) aangehaal, is dit wesenlik belangrik dat 'n verdere wysgerige standpunt van Dooyeweerd ook onder die

loep geneem word. Die leerstuk van die modaliteite is welbekend en hier word slegs vermeld dat, volgens Dooyeweerd, alle aardgeskape "dinge" draer van vyftien modaliteite is. Elke modaliteit word deur sy eie modale wet gereël. Spesifieke vakwetenskaplike arbeid abstraheer 'n bepaalde aspek van die kosmos en in samehang daarmee ook die modale wet wat vir die betrokke modaliteit geld. So 'n geabstraheerde wet in samehang met die modaliteit waarvoor die besondere wet geld, word 'n wetskring genoem (Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die regswetenskap* (1982) 27 ev).

Daar is 'n besondere samehang tussen die wetskringe. Elke wetskring berus op en veronderstel al die wetskringe wat hom voorafgaan, met ander woorde wat in 'n geretrosipeerde posisie ten aansien van die bepaalde wetskring staan. Wanneer die reg as wetskring dus oor iets soos puberteit moet oordeel, word nie gevra of 'n kind ooreenkomstig biotiese wette tekens van puberteit openbaar nie, maar gee die reg inderdaad sy eie inhoud aan puberteit. Daar word gevolglik in die Suid-Afrikaanse reg bepaal dat die ouderdom waarop 'n kind puberteit bereik, twaalf jaar in die geval van dogters en veertien jaar in die geval van seuns is. Dit is dus moontlik dat eiesoortige juridiese betekenis aan hierdie biologiese verskynsels gegee kan word juis vanweë die geretrosipeerde posisie van die biologiese wetskring ten aansien van die juridiese.

Teenoor die moment van retrosipasie soos hierbo uiteengesit is, kan 'n wetskring nie voorsien word van die eiesoortige betekenis van die wetskring waarheen daar vanuit die wetskring geantisipeer word nie. 'n Wetskring kan wel met sodanige wetskringe verband hou en in die mate waarin hy dit wel doen, word hy in toenemende mate ideaal aangesien sodanige wetskringe, die sogenaamde superstraatkringe, dien om die wetskring te rig. Dit hou in dat wanneer vanuit die juridiese wetskring beoordeel moet word, daar aan begrippe soos liefde en geloof (wat onderskeidelik by die etiese en pistiese wetskringe tuishoort en waarheen vanuit die juridiese wetskring geantisipeer word) nie eiesoortige juridiese betekenis aan etiese norme en begrippe gegee kan word nie.

Met verwysing na die uiteensetting van die struktuur van die huwelik en die gedagtes rondom die huweliksconsortium is die gevolgtrekking dus dat die reg wel eiesoortige betekenis aan die *eros* en die geslagtelike fundering van die huwelik kan heg aangesien die begrippe oor die biologiese handel. Maar ten aansien van die *philiae* en *agapé* (of die "companionship, love, affection comfort [en] mutual services") is dit nie moontlik nie aangesien hierdie begrippe met die etiese saamhang. Soos hierbo aangetoon is, kan daar nie eiesoortige juridiese betekenis aan etiese norme en begrippe gegee word nie.

Vanuit hierdie perspektief kan nou afwysend gereageer word op Barnard, Cronjé en Olivier se verduideliking dat die *consortium*-begrip moet dien om die huwelik juridies-eiesoortig te verklaar. Juis die etiese momente veroorsaak dat met vae algemeenhede volstaan moet word wanneer gepoog word om 'n huwelik vir juridiese doeleindes te definieer. Hierdie gevolgtrekking word ten oorfloed toe gestaaf wanneer gewysdes waarin gepoog word om 'n huwelik juridies te definieer, ondersoek word. Op welke wyse sal daar byvoorbeeld juridiese inhoud gegee word aan die definisie in *Seedat's Executors v The Master (Natal)* 1917 AD 302 dat 'n huwelik "the union of one man with one woman, to the exclusion while it lasts of all others", is? Vir juridiese doeleindes is hierdie omskrywing gewoon niksseggend.

3 Artikel 4 van die wet

Soos aangetoon is, bepaal artikel 4(1) dat 'n hof 'n egskeidingsbevel op grond van die onherstelbare verbrokkeling van die huwelik kan verleen indien hy oortuig is dat die huweliksverhouding tussen die partye so 'n toestand van verbrokkeling bereik het dat daar geen redelike vooruitsig op die herstel van 'n normale huweliksverhouding tussen hulle bestaan nie. Ingevolge artikel 4(2)(b) is owerspel 'n grond vir egskeiding slegs indien dit vir die eiser onbestaanbaar met 'n voortgesette huweliksverhouding is.

Dit is duidelik dat owerspel in 'n direkte verhouding tot die *eros* of die geslagtelike basis van die huwelik staan welke geslagtelike basis, soos hierbo aangetoon is, juis ten doel het om die eenheid van die huwelik as sosiale entiteit te waarborg. Andersyds is dit eweneens duidelik dat die idee van onherstelbare verbrokkeling juis daarop dui dat die *philiae* en die *agapé* of die "companionship, love" ensovoorts in die huweliksverhouding ontbreek.

Om hierdie uiteensetting na Dooyeweerd terug te herlei: die reg kan eiesoortige juridiese betekenis aan 'n verskynsel soos owerspel heg en kan dus juridiese maatstawwe voorskryf waaraan voldoen moet word ten einde die feit van owerspel te bewys (vgl bv *Smit v Arthur* 1976 3 SA 378 (A)). En as owerspel bewys is, is die subjektiewe oortuiging van die eiser op sigself voldoende om te aanvaar dat die huwelik onherstelbaar verbrokkel het. Owerspel is dus 'n juridies bewysbare feit.

Ten aansien van die etiese bestemming van die huwelik, of die *philiae* en (die *agapé* "companionship, love" ensovoorts) kan die weg soos van toepassing op owerspel kennelik nie gevolg word nie. Waar in die geval van owerspel met die subjektiewe oortuiging van die eiser by egskeiding volstaan kan word, is dit hier noodsaaklik dat, juis vanweë die feit dat die etiese norme nie van eiesoortige juridiese inhoud voorsien kan word nie, 'n objektiewe element "ingebou" word. Hierdie element word in die voorskrif gevind dat daar geen redelike vooruitsig op die herstel van 'n normale huweliksverhouding moet wees nie.

Deur gebruikmaking van die begrip "redelik" wat 'n ingeburgerde regsbegrip is en wat spesifieke juridiese betekenis het, word die subjektiewe feite en omstandighede soos dit in artikel 4(1) ten aansien van huweliksverbrokkeling bedoel word, aan die objektiewe standaard van redelikheid getoets. Dat hierdie uiteensetting inderdaad die korrekte stand van die positiewe reg vergestalt, spreek duidelik uit gewysdes soos *Swart v Swart* 1980 4 SA 364 (O). In die *Swart*-saak kom die hof (368B) tot die gevolgtrekking dat vroegstens gesê kan word dat die huwelik verbrokkel het wanneer een gade nie meer 'n huweliksverhouding met die ander wil voortsit nie. Die rede vir die besluit word in die gedrag van die partye gevind. Hierdie gedrag as subjektiewe feit bied nie afdoende grond vir die verlening van 'n egskeidingsbevel nie, want indien dit die geval sou wees, sou egskeiding op aanvraag beskikbaar wees. Ofskoon die (subjektiewe) verbrokkeling en redes daarvoor nie objektief meetbaar is nie moet dit beoordeel word met verwysing na die versoeningsmoontlikhede. Die versoeningsmoontlikheid word vergestalt in die kriterium van *redelike* herstelmoontlikheid van 'n normale huweliksverhouding.

4 Slot

Die *consortium*-begrip is kennelik te vaag om behulpsaam te wees in die juridiese omskrywing van 'n normale huweliksverhouding soos dit in artikel 4(1) bedoel word. Daarteenoor is die redelikebegrip dermate in die regswetenskap ingeburgerd dat dit myns insiens nie anders kan nie as dat die subjektiewe feite en

ervarings van 'n eiser in 'n egskeidingsgeding wat tipies op 'n skending van etiese norme en behorensiese sou dui, aan hierdie objektiewe regstandaard getoets moet word. As die skending van etiese norme en eise juridies omskryf sou kon word, sou hierdie kwalifikasie vanselfsprekend onnodig gewees het. Owerspel is primêr geleë in 'n biologiese aktiwiteit wat die waarborg vir die eenheid van die huwelik aantast. Omdat daar 'n eiesoortige juridiese betekenis aan hierdie aktiwiteit geheg kan word, is dit nie nodig om dit aan die verdere kwalifikasie van redelikheid te toets nie.

JA ROBINSON

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

'N KURSORIESE BESINNING OOR DIE GEWETE*

Inleiding

Quot capita tot sensus. So word die eindelose verskeidenheid opvattinge oor die gewete bekla. Die Duitse filosoof, Immanuel Kant, het die volgende oor die gewete opgemerk:

“Die Tatsache des Gewissens erscheint uns zwar durch die Gewohnheit als selbstverständlich, ist aber im Grunde unerklärlich” (*Kritik der praktischen Vernunft* (1792) 1 120).

Ook word verklaar:

“[E]r is bijna geen enkel deel der wetenschappen, en zeker geen enkel deel der z.g. geesteswetenschappen . . . of het komt op de een of andere manier voor het vraagstuk van het geweten te staan” (Prins *Het geweten* (1937) 9).

Die omstredenheid dog oënskynlik alom bekendheid, die erkende belangrikheid dog onverklaarbaarheid van die gewete, het al meermale kommentaar ontlok.

Juridiese belang

Die gewete is al beskryf as die “kragssentrale van die reg” (Boukema *Het geweten als staatsrechtelijk probleem* (1972) 21 vn 1). Die gewete staan in die wrywingsgebied tussen persoonlike morele of godsdienstige oortuigings en die eise van die positiewe reg. Dienspligweiering en burgerlike ongehoorsaamheid is bekende voorbeelde. Die gewete word dikwels *eo nomine* of in die sin van gewetensvryheid in grondwette en menseregte-aktes beskerm (kyk bv a 1 van die *Universele verklaring van menseregte*; a 4(1) van die Duitse *Grundgesetz*; a 5 van die Namibië *Handves van fundamentele regte en doelstellinge*). Nòg die gewete, nòg gewetensvryheid word by name in die voorgestelde menseregte-akte van die Suid-Afrikaanse Regskommissie (Werkstuk 25 Projek 58 *Groeps- en menseregte* (1989) 476 ev) beskerm. Dieselfde regte onderliggend aan die gewete en gewetensvryheid (in ruim verband verstaan) word wêl beskerm.

* Die Instituut vir Navorsingsontwikkeling se geldelike bystand vir hierdie navorsing word hiermee erken. Menings in hierdie bydrae uitgespreek of gevolgtrekkings waartoe geraak is, is dié van die outeur en moet nie aan die instituut toegeskryf word nie.

Toenemende sekularisasie van die gewetensbegrip en deïfikasie van die mens het die ontleding van die oorspronklike betekenis van die woord gewete meegebring:

“From being truly the voice of God for an individual and the real guarantee that his life is anchored in God and the law of Christ . . . it becomes the guardian of one's own petty subjective whims and fantasies” (Williams *New Catholic encyclopedia* bd iv (1967) 198).

Die betekenis van gewetensvryheid is hierdeur ingrypend geraak; dit het daartoe gelei dat vryheid van meningsuiting of geloofs-, godsdienst-, ideologiese, denk- of gedagtevryheid in die naam van gewetensvryheid in grondwette of mense-regte-aktes beskerm word. Die kern van die probleem lê in die vasstelling van die betekenis van die woord “gewete”, waaraan hieronder aandag geskenk word.

Die veelduidigheid van die woord “gewete”

Stoker (*Das Gewissen* (1925) 3) spreek van ’n “labyrintiese Vieldeutigkeit des Begriffs”. Die gewete word onder meer beskryf as goddelike orakel, grenswaer, die hoogste instansie van die rede, menslike oordeel, veroordelende wet van die eie persoonlikheid, gevoel, wil, drif, verstandsillogisme, sedelike natuur in die algemeen, rustend in konvensie, iets Goddeliks in die mens, individuele subjektiwiteit, biologiese skuldervaring, toestand, funksie, orgaan, daad, ensovoorts.

Redes vir die veelduidigheid van die gewetensbegrip is onder meer die volgende:

(a) Die *locus* van die gewete is die deursnydingspunt met ander geestelike prosesse. Die gewete is daarom van belang vir die filosofie, psigologie, sosiologie, teologie en antropologie. Elkeen van hierdie studierigtings het binne grense ’n eie bestaansreg (Dupré *New Catholic encyclopedia* 196).

(b) Die wette van taalontwikkeling word dikwels meer deur emosionele as logiese determinante bepaal. Hiermee word ’n mens teruggevoer na die etimologiese oorsprong en ontwikkeling van die woord *conscientia*. *Conscientia* het oorspronklik bloot “mede-weet”, die bewussyn van iets met sigself of andere, beteken (Calvyn *Institusie* (1559) 3 19 15; Aalders *Het geweten* (1935) 19; Stoker (1925) 9; Williams aw 199; Davison *The Christian conscience* (datum onbekend) 24). Mettertyd het die betekenis van ’n morele bewussyn ontwikkel. Die woorde *suneidésis* en *synteresis* het hiernaas onder veral Stoïsinse invloed ontwikkel (Aalders aw 20; Davison aw 29; Stoker (1925) 25 ev; D’Arcy *Conscience and its right to freedom* (1961) 15 ev; Williams aw (1967) 199 ev). *Conscientia* verwys na die gewete as reële emosionele skuldbeleving (Stoker (1925) 133; “A phenomenological analysis of conscience” *Oorsprong en rigting* bd 1 (1967) 315; D’Arcy aw 5; Calvyn *Inst* 3 19 15). *Synteresis* dui op ’n algemene, onveranderlike, universele kennis van sedewette (normbesef) (Williams aw 200; D’Arcy aw 23; Stoker (1925) 25 ev; Davison aw 29 ev; Aalders aw 21) of: *synteresis lumen est naturae inclinans ad bonum et remurmerans malo* (Stoker (1925) 28, (1967) 312; Williams aw 200). Die woord *synteresis* het mettertyd in onbruik verval sodat *conscientia* sowel “normbesef” as ’n emosionele skuldbeleving insluit (*Dictionary of philosophy and psychology* (1960) 215).

(c) Die verbysterende verwarring van menslike denke oor die onderwerp is in ’n groot mate verklaarbaar indien die diepsinnigheid en diepgaande verwikkeling en integrasie van die gewete met ander fenomene van die bewussyn, asook die gewigtigheid, persoonlike waarde en intensiewe beleving van die gewete in die individuele lewens van mense, oorweeg word. Indien die gewete meer oppervlakkig, minder ingewikkeld, relatief afgesonderd van ander fenomene en as sulks

makliker onderskeibaar was, en indien gewetensbelewensse minder verontrus- tend en van minder persoonlike belang was, sou die woord "gewete" ongetwyfeld minder verwarrende en uiteenlopende betekenis gehad het.

Van die "egte" gewete moet die volgende onderskei word:

(a) Die metaforiese gewetensopvatting wat vervat word in uitdrukkings soos "conscience of humanity", die gewete van die owerheid, staat, volk, ras, nasie, kerk, jeug ensovoorts. So 'n gebruik is té algemeen en dui nie op enige vasgestelde fenomeen wat met die metaforiese uitdrukkings ooreenkom nie (Stoker (1967) 309).

(b) Beskouings waar die gewete met die hele menslike natuur of morele karakter vereenselwig word (Davison aw 10; Bavinck "Het geweten" *Kennis en leven* (1922) 25). Hierdie beskouings moet afgewys word omdat die bepaalde, individuele fenomeen hiermee in die morele sfeer verloor word (Stoker (1925) 50, (1967) 309).

(c) Opvattinge waarin die gewete met die morele bewussyn vereenselwig word. Die gewete is persoonlik en individueel omdat dit slegs op die sedelike waarde van die (eie) persoon of sy handeling betrekking het. Dit behels iets anders as 'n morele oordeel oor ander of hulle handeling. Morele bewussyn is nie beperk tot die waarde van 'n mens se eie persoon of handeling nie, omdat ander ook uit hoofde daarvan geoordeel word (Stoker (1925) 58, (1967) 310). Daar moet beklemtoon word dat hierdie nie 'n megenistiese onderskeid is waardeur te kenne gegee word dat alle prosesse en funksies van die morele bewussyn wat op ander betrekking het, nie gewetenservarings is nie, maar gebruik word as beeld om aan te dui dat daardie gewetenservarings wat met eie, persoonlike morele waarde te make het, wel *egte* gewetenservarings is.

Die egte gewete

Die gewete en morele kennis

Die gewete veronderstel morele kennis en sou daarsonder onmoontlik wees. Een of ander vorm van morele kennis is egter nie gelykstaande aan die gewete nie (Stoker (1967) 311; Prins aw 435). Morele kennis en oordele van ander se doen en late is nie die egte gewetensinhoud nie. 'n Mens kan morele kennis hê sonder dat die gewete spreek (die misdadiger sonder gewetenskwellings). Om die gewete met morele kennis te vereenselwig, is 'n vorm van rasionalisme, hetsy die kennis waardeur die gewete tot 'n vorm van sedelike selfbeoordeling gereduseer word, intellektueel (empiries) of intuïtief verkry is (Prins aw 479).

Die gewete en morele aspirasies

Die gewete veronderstel 'n aktiewe tendens tot morele opheffing; 'n morele dryf- krag, ywer, drang of liefde vir die goeie en weersin teen die slegte (Stoker (1967) 312). Die gewete moet egter nie, soos in die skolastiese *synteresis* as *stimulans ad bonum et remurmerans malo*, hiermee vereenselwig word nie. Gewetens- opvattinge waartoe 'n mens uit eie vrye wil kom, vereenselwig die gewete met morele strewes of morele dryfkragte. Gewetenskwellings en -wroegings is aanduidend van 'n eg menslike strewe na die goeie en afkeer van die slegte. Dié aktiewe strewe om die goeie te realiseer, is wesenlik vir die gewete.

Morele strewes en neigings, asook die ervaring van die roepstem van plig en liefde vir God, is almal moontlik sonder gewetenservarings (Stoker (1967) 313).

As 'n persoon geesdriftig sy plig vervul, spreek die gewete nie. Dit is wel 'n unieke morele ervaring, maar nie 'n gewetenservaring nie. As 'n mens egter onwillig is om jou plig te doen of 'n innerlike weerhouding daarteen ervaar, kan dit die gewete wees wat spreek. Hoewel die gewete dus wel 'n strewe na morele opheffing veronderstel, staan dit in 'n besliste verhouding tot werklike of vermeende immorele strewes of handeling. Dit is slegs met betrekking tot laasgenoemde dat 'n mens in sy gewete ervaar dat sy morele waarde ter sprake is. Die gewete veronderstel dus wesenlik die immoraliteit van die mens en sy handeling.

Die gewete en morele emosies

Emosionalistiese teorieë vereenselwig die gewete met morele emosies soos skaamte, angs of morele vertwyfeling (Stoker (1967) 310; Snoeck *De psychologie van het schuldbelewenis* (1948) 216). Sonder emosionele gewetensgewaarwordings val die gewete terug op blote morele kennis wat as sodanig nie die gewete is nie. Die gewete se diepsinnigste manifestasie en uitdrukking is emosioneel van aard (Kuyper; Calvin). Die gewete (*conscientia*) is wesenlik 'n emosionele ervaring. Dit wat die mens dink, begeer of wil is nie so diepsinnig soos dit wat hy emosioneel beleef nie. Emosionele ervarings van morele skuld is meer intiem en persoonlik werklik as kennis van morele skuld (Stoker (1967) 314).

Nie elke emosionele ervaring is egter 'n gewetenservaring nie. Die gewete staan in 'n besliste verband met werklike of potensiële persoonlike immoraliteit. Baie morele ervarings soos dankbaarheid, simpatie en liefde veronderstel nie die mens se immoraliteit nie. Sulke emosionele ervarings gee nie uiting aan die gewete nie. Net daardie emosionele ervarings waarin 'n oordeel vervat is oor eie morele waarde het met die gewete te make. In die gewete weet die mens nie net van sy morele skuld nie, streef hy nie net na morele verbetering nie, maar word die verhouding met ware of vermeende morele skuld emosioneel as 'n intieme, persoonlike en fundamentele werklikheid beleef (Stoker (1967) 315).

Die individualiteit van die gewete word deur Stoker ((1967) 309) benadruk as hy dit die mees individuele, egosentrale en egopitale van al die mens se ervarings noem. As uitgangspunt moet die menslikheid van die gewete benadruk word. Om die gewete bo of teenoor die mens te plaas, sodat dit selfstandig orde handhaaf of onvoorwaardelik geld, sny die menslikheid van die gewete af: "Man is neither above conscience nor below it, but in the midst of the struggle which it creates and implies" (Bavinck aw 25; Davison aw 21 vn 1). Die benadering van die gewete vanuit 'n superbioïologiese of superantropologiese hoek laat die kreatuurlikheid van die gewete uit die oog verdwyn (Stoker (1967) 316). Die individualiteit van die gewete blyk eerstens uit die aard van die gewetenservaring as 'n emosionele skuldbelewenis. Soos vroeër genoem is, is dit 'n ervaring wat meer intiem en aktueel as enige ander menslike ervaring is: "The emotional experiences confront one with personal deeper realities than other experiences" (Stoker (1967) 314).

Tweedens is die gewete persoonsgebonde in die sin dat net eie morele waarde betrek word. Gewetensoordele kan nie van die persoon en die diepste lae van sy persoonlikheid losgeknoop word om aldus selfstandig en algemeen geldend te bestaan nie (Stoker (1925) 59).

Veroordelende aard van die gewete

Die wese van die gewete word as veroordelend (Calvyn, Kant, Bavinck, Aalders, Prins), judisieel (D'Arcy) of boos (Stoker) beskryf. Calvyn het die aard van die gewete treffend geskets as

"iets tussen God en die mens wat hom belet om te onderdruk wat hy weet en hom so lank vervolgt totdat hy skuld erken. Dit is die mens gegee as wagter wat al sy geheime waarneem sodat niks in die duisternis begrawe sal bly nie. Vandaar die spreekwoord: Die gewete is soos 'n duisend getuies" (*Institusie van die Christelike godsdiens* (1559) (vert) Duvenhage (1978) 318).

Die gewete is tegelyk aanklaer, getuie en regter (Bender *Het geweten* (1948) 49; Stoker (1925) 64). Met die aanklag gaan tegelykertyd 'n oordeel gepaard. Die twee fasette is onderskeibaar, maar onskeibaar:

'[D]as primäre böse Gewissen ist zugleich das Erleben des 'Gerichtseins' seiner Schuld; der Gewissensgeplagte erlebt in seiner Schuld sowohl die Anklage, wie das 'Gerichtsein' derselben" (Stoker (1925) 65 en ook Snoeck aw 224).

Die bose gewete en die gewete as aanklaer, getuie en regter is identiese fenomene. Die veroordelende gewete is die kern gewetensfenomeen, nie die "wetgewende", waarskuwende of goeie gewete nie. Dit is juis die foutiewe insig dat die gewete 'n outonome subjektiewe wetgewer is wat aangegryp is en onder die vaandel van gewetensvryheid beskerm word.

Die gewete en morele skuld

Morele skuld impliseer 'n skuldige persoon, maar ook iemand anders teenoor wie die persoon verantwoordelik staan, iemand wat kan bestraf en vergeef. Die persoon kan nie teenoor homself (empiriese ek teenoor ideale ek: Bavinck) verantwoordelik wees nie. Die persoon beleef homself as hêle persoon skuldig. Boonop is selfbestrawwing en selfvergifnis in hierdie konteks oneffektief. Die verantwoordelikheid bestaan ook nie teenoor ander mense (benadeeldes of andersins) nie omdat nie een van hulle die vermoë het om absoluut te vergewe of van morele skuld te verlos nie. Selfs geregtelike bestrawwing waarborg nie gewetensrus nie. Die verantwoordelikheid kan ook nie teenoor die een of ander vorm van wet bestaan nie (Bavinck aw 24-25; Stoker (1967) 318). *Geen* biologiese of menslike groep kan geïdentifiseer word wat volgens die wesenskenmerke van die beleefde morele skuld prinsipiëel in 'n posisie is om die persoon van sy skuld te verlos of teenoor wie hy in laaste instansie vir sy skuld verantwoordelik is nie (Stoker (1925) 142-145). Die gewete skyn buite homself uit te wys na 'n sanksie hoër as van bloot kosmiese aard. Hierdie feit word in baie opsigte deur die gewete self gestaaf.

In die gewete word skaamte ervaar, selfs waar die openbare mening die optrede goedkeur, maar voor wie? In die gewete word die skuld as alom bekend beleef, selfs waar die dader daarvan oortuig is dat niemand anders daarvan weet nie. In die gewete ervaar die persoon eensaamheid en verlatenheid ten spyte daarvan dat hy steeds deur al sy vriende omring is. In die gewete word wanhoop ervaar al is daar geen rede daarvoor nie. Waarom? In die gewete word selfverwynt en gewetenswroeging ervaar hoewel die daad voordelig was. In die gewete word vaagweg aanvoel dat daar 'n wet bo die mens is waarvan verbreking berou en gewetensknaging inhou. Wie se wet? Sodanige berou en gewetensknaging word nie aanvoel met die verbreking van enige menslike wet nie.

Die genoemde vrae en gewaarwordings is òf betekenisloos en die gewete 'n abnormale psigopatologiese verskynsel, òf hulle is wel betekenisvol en die gewete

'n prinsipieel normale verskynsel. Die leidrade en omstandighedsgetuienis hierbo genoem, dui daarop dat die gewete wel heenwys na 'n superkosmiese wese (Stoker (1967) 319; Bavinck aw 26). Die gewete wys dan *na aard* buite die mens uit na 'n oneindige Regter wie se bestaan die gewete 'n betekenisvolle en hoogs normale ervaring maak. Die gewete sou hieronder uiteenval in 'n veelheid prosesse waarmee die eenheid en uniekheid daarvan uitgewis sou word (Scheler).

Dit beteken *nie* dat die gewete noodwendig 'n *religieuse* verskynsel is, soos soms beweer word nie (Bavinck aw 25; Kuyper *Ons program* (1907) 480):

“Religious experiences are constituted by the consciousness of a personal relation to a superhuman being; the consciousness of whom is given in the momentum of revelation. In experiencing religiously, you consciously know and feel yourself before the sight of some divine and revealed Being” (Stoker (1967) 319).

Hierdie tipe persoonlike God-mens-kommunikasie is nie 'n noodsaaklike voorwaarde vir die gewete nie. Die verhouding van die gewete tot 'n oneindige Regter veronderstel nie 'n positiewe openbaring van die geantisipeerde Wese nie. Die gewete kan wel met religieuse ervarings geïntegreer wees, maar selfs waar dit nie die geval is nie, antisipeer die gewete die oneindige Regter al is die gewetensbelewende daarvan onbewus.

Die gewete word ook beskryf as 'n uitdrukking van God se wil (wet), 'n emosie wat die persoon voor God se oordeel stel, 'n antwoord van die persoon aan God ensovoorts. Slegs laasgenoemde beskrywing is reg vir sover die gewete as *reagens* eerder as *vox Dei* beskou word (Prins aw 260). Baie gewetenservarings berus nie op religieuse grondslae nie. Mense wat nie in persoonlike openbarings van God glo nie en selfs glad nie in 'n god glo nie, beleef baie beslis gewetenservarings (Stoker (1967) 317).

Die gewete is egter meer as net 'n morele ervaring. 'n Morele ervaring wys nie heen na 'n onsigbare Regter nie. Om in dié verband tussen godsdienstige en religieuse verhoudings te onderskei, word die begrip *teaal* gebruik. 'n Teale verband omvat 'n formele verband tussen God en mens wat nie noodwendig 'n religieuse verhouding is nie (Stoker (1967) 320). *Dat* die mens 'n skepping van God is, is nie 'n religieuse of kosmiese verhouding nie, maar 'n teale verband. In hierdie sin is die gewete nie noodwendig 'n religieuse verskynsel nie, maar tegelyk ook meer as net 'n morele ervaring; dit is wesenlik 'n *teale* ervaring. As die teale aard van die gewete uitgeskakel word, moet die gewete sy normaliteit prygee en tot 'n psigopatologiese verskynsel (Nietzsche) afgewater word.

Die gewete is in beginsel 'n voor-religieuse ervaring, maar vind sy diepsinnigste betekenis en hoogste vervulling wanneer dit met religieuse geloof en bewuste Gods-diens verweef en geïntegreer is. Die beleving van morele skuld word dan 'n persoonlike, refleksiewe beleving van sonde en die gewete vind sy edelste rus in sondevergifnis (Stoker (1967) 320).

Die teale (ontiese) verband tussen die mens en sy Skepper (Stoker (1925) 132) gee aan die gewete sy finale wesenswaard, sy intieme en betekenisvolle belang, en impliseer dat die mens in sy skuldbeleving niks met sy omstandighede of medemens te make het nie. Hy staan wetend of onwetend voor die een of ander oneindige wese bó hom (Stoker (1967) 321).

Die goeie, die waarskuwende en die wetgewende gewete

Ook die sogenaamde “goeie gewete” is nie 'n egte gewetenservaring as dit nie met die aktualiteit of moontlikheid van die persoon se immoraliteit in verband staan nie (Stoker (1925) 200). Paradoksaal soos dit mag klink, moet die goeie

gewete gesien word as 'n verskyningsvorm van die bose gewete. Die goeie gewete is 'n positiewe emosionele ervaring van *onskuldigheid of skuldloosheid* (Stoker (1925) 199; (1967) 315) wat gewoonlik volg op 'n kortstondige of langdurige angstigtheid oor die eie boosheid (Snoeck aw 72):

“Damit wird dann nie betont, dass er oder seine Handlungen gut sind, sondern dass er keine Schuld hat, dass seine Handlungen nicht schlecht, nicht böse waren” (Stoker (1925) 199).

'n Emosionele ervaring van eie goedheid is nie 'n egte gewetenservaring nie, maar hoogmoed en selfverheerliking waardeur die gewete sy sedelike waarde inboet (Stoker (1925) 195; (1967) 312). 'n Blote drang na die goeie of gerustheid (stilswe) van die gewete (Calvyn) is nie egte gewetenservarings nie. Die goeie gewete is nie regstreeks betrek by eie goedheid soos die bose gewete regstreeks betrek is by die persoon se boosheid nie. Die goeie gewete is daarom nie die teenkant van die bose gewete nie (Snoeck aw 71-72).

Soos die bose en die goeie gewete, staan ook die waarskuwende gewete in 'n besliste verband met die werklike of potensiele immoraliteit van die mens. Dit is opmerklik dat hieronder nie 'n wetgewende gewete in die een of ander vorm inbegrepe is nie. Die waarskuwende gewete adviseer 'n mens (soos Sokrates se Daimonion) by wyse van 'n emosioneel beleefde waarskuwing oor wat hy nié behoort te doen nie omdat dit boos sal wees, en nie wat hy wél behoort te doen nie. Dit gaan weer eens om meer as morele kennis of 'n kognitief begrepe gevaar. Die gewete waarsku as die persoon nie net weet dat 'n beoogde daad boos is nie, maar dit daadwerklik wil; waar daar dus 'n reële gevaar van verwerkliking van 'n (gewoonlik vasgestelde) onetiese handeling bestaan (Stoker (1925) 206-207):

“[W]enn ich die Warnungstimme in mir höre, habe ich also nicht nur das Böse kognitiv erfasst, sondern auch schon reell gewollt” (Stoker (1925) 207).

Die wetgewende gewete is waarskynlik die bekendste vorm waarin die gewete in sy ruim betekenis geken word. Die wetgewende gewete is deur die apostel Paulus benoem (D'Arcy aw 8-12; 1 Kor 8:10-12). Hierdeur word die gewete beskryf as 'n vermoë in elke mens wat elkeen positief voorlig oor wat hy behoort te doen. In die lig van die voorgaande fenomenologiese ondersoek is dit duidelik dat hierdie nie 'n egte gewetenservaring is nie, maar eerder dit wat in die Anglo-Amerikaanse literatuur 'n “moral sense” of “moral squint” genoem word. Dit is hierdie morele sin van elke mens wat as gewete of gewetensvryheid beskerm word. Soos vroeër betoog is, behels die gewete meer as bloot morele kennis of morele oordele. Wesenlik is die gewete 'n besonder diepsinnige, egosentrale, emosionele ervaring van persoonlike morele skuld.

Slotopmerkings

Waar daar sprake is van die beskerming van gewetensvryheid in menseregte-aktes, kan dit gewoonlik gepresiseer word as gedagte-, denk-, bewegings-, ideologiese-, godsdiensvryheid of die vryheid van meningsuiting of om volgens persoonlike oortuigings te leef. Gewetensvryheid word in die sin van so 'n *ruim* gewetensopvatting beskerm. Dit is daarom belangrik dat juriste let op dié betekenis van die woord “gewete”, in teenstelling met die “egte” gewete, ten einde die ware inhoud van beskermde regte korrek te kan verstaan en op realistiese wyse te kan beskerm.

Calviniste beskou gewetensvryheid as 'n besondere, menslike vryheid wat die mens in die verskeie vergestaltings van menslike vryheid begelei as verantwoordelike antwoord op die vraag of die mens met sy handeling volg die eise deur God gestel sy roeping vervul (Stoker "Die verantwoordelike vryheid van die mens" *Oorsprong en rigting* bd 1 (1967) 157-188).

JC BURGER†

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

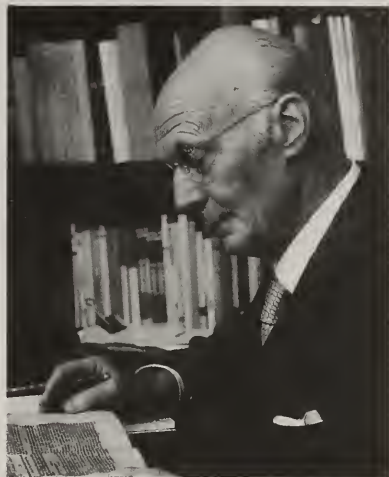
Even when there is no law, there is conscience (P Syrus (100 vC)).

Daniel Pont: 1895/3/29 – 1991/7/14

'n Huldeblyk

Professor Daan Pont, vader van die *Tydskrif*, is Sondag 14 Julie 1991 op 96-jarige ouderdom in sy huis naby Kirstenbosch oorlede.

'n Mens sou hom kon beskryf met woorde soos onafhanklik, koersvas, metodies, ouwêrelds, hoflik, wyd belese en tot sy dood intens geïnteresseerd in nuwe ontwikkelinge, veral op die gebied van die reg, die godsdiens, die politiek en die ekonomie. So 'n beskrywing sou egter nie die kern van Daan Pont raakvat nie. Naas die fasette wat geslyp is in 'n streng Europees-akademiese milieu van die vroeë twintigste eeu, was daar ook 'n sagter, plesierige, liefdevolle mens: die mens wat graag vertel het van die Afrikaner-student uit die tyd vóór die



Anglo-Boereoorlog wat vir hom, die Hollandse knaap, 'n perdjie beloop het as hy saam Transvaal toe sou kom; die eggenoot wat nooit opgehou het om sy geliefde vrou, Dien, tot met haar dood die hof te maak nie; die bejaarde wat met waardigheid die beperkinge van die ouderdom aanvaar het – die hardhorendheid, die moeisame lees met 'n vergrootglas, die steeds kleiner wordende wêreldjie. So moes die gereelde gesondheidswandeling in Kirstenbosch metertyd plek maak vir stappies heen en weer op die sementstrook voor die huis – darem nog, tot enkele maande gelede, 'n uur lank op 'n keer. Sy intellek het egter tot die einde behoue gebly; totdat sy hart die Sondagmiddag gaan staan het, blykbaar terwyl hy nog besig was om die sitkamer Gordyne toe te trek.

Daar is reeds by herhaling geskryf oor professor Pont se bydrae tot die behoud en uitbouing van die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika (bv 1962 *THRHR* 1–8; 1987 *THRHR* 253–259; 1980 *De Jure* 183–187). Sy belangrikste nalatenskap is ongetwyfeld die groot getal regstudente wat oor bykans 40 jaar deur hom gevorm is; eers by die Universiteit van Pretoria en daarna vir nog vyf jaar by Fort Hare. Tans het baie van sy oudstudente egter reeds afgetree en andere is oorlede. Daarom is dit goed dat sy nagedagtenis ook aan die *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* gekoppel is. Solank die *Tydskrif* leef, leef die herinnering aan professor Pont.

ADJ v R

Aspekte van *surchéance van betaalings* in die respyt- en insolvensiereg*

JJ Henning

BJur LLD

Professor in die Handelsreg en Hoof van die Sentrum vir Ondernemingsreg, Universiteit van die Oranje-Vrystaat

SUMMARY

Aspects of *surchéance van betaalings* in moratory law and the law of insolvency

For centuries Western and other legal systems have made use of equitable devices postponing obligations and suspending legal remedies, especially for the benefit of debtors unable to perform timeously owing to circumstances not of their own doing. These devices are generically known as *moratoria*. In Roman-Dutch law various examples of *moratoria* are not hard to find, such as the four *beneficia* for debtors detailed by Van der Keessel. These include *surchéance van betaalings* (postponement of payments), which alone survived the various codifications and reforms of Dutch insolvency law. It has been developed as a viable alternative to sequestration and presently provides for an arrangement with majority creditors outside *faillissement*. South African enactments and decisions resulting in the eventual abrogation of *surchéance* are analysed and evaluated. Corresponding relief presently still available to individuals and companies is contrasted. Finally, attention is drawn to some similarities between *surchéance* and judicial management, as well as a recent proposal to entrust courts with a general discretion to grant moratory relief.

1 INLEIDING

Vir talle eeue, moontlik selfs bykans twee millennia, is deur Westerse en ander regstelsels van buitengewone billikheidsremedies gebruik gemaak om diegene tegemoet te kom wat as gevolg van omstandighede buite hul beheer nie in staat

* Hierdie artikel is gebaseer op 'n HL Swanepoel-gedenklesing gelewer op 1990-10-16 by die Potchefstroomse Universiteit vir CHO.

is om hul verpligtinge reëlmatig na te kom nie.¹ Hierdie remedies staan generies bekend as *moratoria*, hoewel almal nie noodwendig streng regstegnies as sodanig te tipeer is nie.² Regtens kan 'n moratorium omskryf word as 'n regswelddaad in die vorm van 'n vertraging oftewel 'n uitstel van verpligtinge van owerheidsweë verleen³ aan diegene wat vanweë besondere omstandighede⁴ nie in staat is om daardie finansiële en ander verpligtinge reëlmatig na te kom nie.⁵ Hoewel die moratorium hier te lande veral aangewend word vir onderstand aan weerpligtiges,⁶ is verskeie ander voorbeelde van algemene moratoriums⁷ ten aansien van burgerlikes in die besonder⁸ en van individuele moratoriums in die Suid-Afrikaanse reg na te speur.⁹ Dit wil egter voorkom of die lang ontwikkelingsgang en

- 1 Die gebruik om 'n moratorium te verleen, is dikwels ietwat onbestemd nagespeur tot die vroegste geskrewe geskiedenis van die Westerse beskawing. Daar is selfs diegene wat aanvoer dat moratorium reeds sy buiging op die regsteneel gemaak het in van die vroegste regstekste tans aan die oudheidkunde bekend. Sien Von Oberndorff *Das vom Landesherrn erteilte Moratorium* (1905) 7; Koersner en Rabenius *Om moratorium nagra bidrag till kannadom om dess begrepp och anvandning* (1923) 2-8; Grattenhauer *Ueber Generalindult und Spezialmoratorien* (1908) 4; Lipman *Essai historique sur les surseances* (1827) 8-12; Delprat *Surseance van betaling* (1854) 5; Zwaardemaker *Over surseance van betaling* (1878) 6; Mayer *Studien über das Moratorium des Altertums und Mittelalters im Rahmen der Gleichzeitigen Kreditwirtschaft* (1917) 8; Van Dam *De surseance van betaling en het akkoord* (1935) 7; Moreau "Un moratoire liegeois au XV siecle" in *Melanges offerts a Ernest Mahaim* (1953) 200; Dalhuisen *Compositions in bankruptcy* (1968) 11; Vreeswijk *De surseance van betaling en het akkoord* (1973) 10; Feller "Mortory legislation: a comparative study" 1933 *Harv LR* 1062-1063; Skilton "Moratoria and the Soldiers' and Sailors' Civil Relief Act" 1943 *Annals of the American Academy of Political Science* 28; Killer "Betreibungsferien und Rechtsstillstand" 1966 *Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs* 11.
- 2 Sien "Die belang van die misarum- en analoë maatreëls vir die moratoriumreg. Enkele regshistoriese perspektiewe" 1990 *TRW* 1.
- 3 By wyse van 'n statutêre ingreep wat òf 'n absolute reëling tref òf ook die bemiddeling van die howe aanwend òf ook op die medewerking van die meerderheid skuldeisers steun.
- 4 In die reël abnormale of ander omstandighede buite hul beheer.
- 5 Lipman 14; Delprat 2-4; Koersner en Rabenius 24; Vreeswijk 4-5; El'lashevich *Voina i grazhdanskii oborot K voprosu o moratoriiakh* (1914) 13; Hanna *The war and the suspension of legal remedies* (1914) 7-8; Pierre *Le moratorium des effets de comerce sa nature juridique et son application internationale* (1918) 12-13; Kostoff *Le moratoire de guerre* (1930) 17-20; Trotter *The law of contract during and after war* (1940) 177; Deumer *Der private Kriegskredit und seine Organisation* (1940) 86; Lorenzen "Mortory legislation relating to bills and notes and the conflict of laws" 1919 *Harv LR* 324; Feller 1933 *Harv LR* 1062; Rawle *Bouvier's law dictionary and concise encyclopedia* (1914) 2247; Anderson *Ballentine's law dictionary* (1969) 815; Bourke *Jowitt's dictionary of English law* (1977) 1201; *Black Law dictionary* (1979) 910; Ludes "Moratorium" in *Corpus Juris Secundum LVIII* (1955) 1208; Von Oberndorff 7: "Moratorium im sinne der gemeinrechtlichen Jurisprudenz bedeutet soviel als Stundung oder Aufschub einer Leistung. Man versteht darunter einem dem Schuldner Durch Akt der Staatsgewalt... gegebener Ausstand Zur Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten."
- 6 Dws lede van die weermag wat verpligte militêre diens in vredestryd en aktiewe diens in oorlogstryd verrig. Sien a 5(5) van die Openbare Welzijn en Moratorium Wetten 1914-1919; Spesiale Pensioen en Moratoriumwet 29 van 1940; Moratoriumwet 51 van 1960; Moratoriumwet 53 van 1962; Moratoriumwet 25 van 1963.
- 7 Die tradisionele onderskeid is dat algemene moratoriums verleen word aan 'n besondere gemeenskap of groep of klas persone as 'n geheel, in beginsel sonder aansien des persoons. Individuele moratoriums het weer slegs betrekking op 'n spesifieke individu in 'n besondere geval. Nogtans word nie voorgegee dat die indeling oorvleuelings vermy nie.
- 8 A 5(1) en (2) van die Openbare Welzijn en Moratorium Wet 1 van 1914 (*Buitengewone Zitting*) het 'n moratorium verleen ten opsigte van skulde aangegaan voor 1914-08-04. 'n Moratorium tov buitelandse skulde is uitgevaardig op 1985-09-01 kragtens die Wet op

talryke verskyningsvorme van die regsfiguur hier te lande merendeels oor die hoof gesien word.¹⁰ Trouens, daar is al te kenne gegee dat die regsterm moratorium 'n heel resente oorsprong en boonop 'n suiwer Engelsregtelike herkoms het.¹¹ Gebrekkige insigte soos dié kan die negering van waardevolle gemeenregtelike aanknopingspunte tot gevolg hê.

Hierin word juis aandag geskenk aan 'n besondere gemeenregtelike verskyningsvorm van moratorium wat, hoewel dit in ontwikkelde vorm in die moderne Nederlandse reg voortleef, in Suid-Afrika deur 'n ander lot getref is. Dit is naamlik *surchéance van betaalinge*, soos dit in die Romeins-Hollandse reg bekend gestaan het, oftewel *surséance van betaling* in Nederlandse regsterminologie.

2 ROMEINS-HOLLANDSE REG

2 1 Inleiding

Aanvanklik het die *Graven van Holland* die reg gehad om *ex plenitudine potestatis beneficia* toe te ken aan onderdane van hul keuse.¹² Hierdie diskresie is dikwels uitgeoefen ten gunste van persoonlike gunsteling met wie dit vanweë spandabelrigheid finansiële minder voorspoedig gegaan het. In 1544 is op die willekeurigheid paal en perk gestel deur artikels 31 tot 35 van die *Ordonnantie vanden Keyser, Noopende Remissien van Dootslagen, Brieven van legitimatien, Brieven van Placaet, Brieven van Respijt, Brieven van Cessie, Brieven van Benefitie van Inventaris*.¹³ Volgens Van der Keessel¹⁴ het, benewens *cessio bonorum*, vier *beneficia* daarna steeds ten behoeve van skuldenaars in die howe van Holland erkenning gevind. Dit is *rescripta inductionis, rescripta moratoria, seureté du corps* en *surchéance van betaalinge*.¹⁵

vervolg van vorige bladsy

Betaalmiddels en Wisselkoerse 9 van 1933; sien Du Plessis "South Africa's foreign debt moratorium I. Exchange control. The standstill provisions" 1986 *MB* 24; Visser "South Africa's foreign debt moratorium II. Aspects of the American law of sovereign immunity, the act of state doctrine and the 1985 South African moratorium on the repayment of foreign debts" 1986 *MB* 34.

9 Par 4 *infra*.

10 Bv Hockly, Waters en Jooste *Mars. The law of insolvency in South Africa* (1980) 5 se kriptiese verwysing na "surchéance van betaling", wat deur De la Rey *Mars. The law of insolvency in South Africa* (1988) 5 nader toegelig word as "right to obtain an extension of time for payment of debts"; Smith *The law of insolvency* (1988) 328-329; Forsyth *Caney's law of suretyship in South Africa* (1982) 109; De Wet en Van Wyk *De Wet en Yeats. Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* (1978) 347; Newman en McQuoid-Mason *Lee and Honore. The South African law of obligations* (1978) 488; Diemont en Aronstam *The law of credit agreements, and hire-purchase in South Africa* (1982) 347; Gibson *South African mercantile and company law* (1983) 93; Pretorius *Burgerlike prosesreg in die landdroshowe* (1986) 262.

11 Kitchin en Davis 1914 *SALJ* 413. Hierdie wanopvatting is reeds in 1914 deur Hanna 7 aan die kaak gestel: "The word moratorium is borrowed from continental legal systems, and has been unknown in practical law in this country since the time of the Napoleonic wars."

12 Delprat 14; Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* (1979) 297.

13 Sien *GPB* 1 322.

14 *Praelectiones ad Gr* 3 51 8.

15 Lipman 46; Voorduin *Geschiedenis en Beginselen der Nederlandsche wetboeken* (1841) 883; Deprat 14; Zwaardemaker 25-38; Schaap "Surchéance van betaling" 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 249; Van der Feltz *Geschiedenis van het faillissement*

2 2 Surchéance van betaalinge

2 2 1 Omskrywing

Surchéance is afkomstig van die Franse woord *surcéance* of *surseoir* wat respektiewelik “opskorting”, “uitstel” of “opskort”, “om uit te stel” beteken.¹⁶ *Surchéance van betaalinge* is egter ’n eg Romeins-Hollandse regsfiguur, inheems van oorsprong en nie van Franse afkoms nie.¹⁷

Van der Keessel¹⁸ omskryf *surchéance van betaalinge* as ’n guns verleen deur die owerheid waardeur dit aan die skuldenaar vir ’n jaar, vir twee jaar of vir ’n ander termyn uitstel van betaling verleen, met opskorting van alle aksies, beslagleggings en eksekusies.

2 2 2 Ontstaan

Hoewel vroeëre voorbeelde bekend is,¹⁹ het *surchéance van betaalinge* veral die regstoneel begin oorheers tydens en na die ekonomies uitmergelende oorlog met Engeland in die vroeë sewentigerjare van die agtiende eeu.²⁰ Die sogenaamde *Vierde Engelse Zeeoorlog*²¹ was vir talle ondernemings rampspoedig en het veral die *Verenigde Oostindische Compagnie* ’n enorme terugslag toegedien. Die bewindhebbers van die VOC het in 1781 soos gebruikelik korttermynlenings aangegaan om die vaarte na Asië te finansier. Die sogenaamde *anticipatiegelden* is gewoonlik terugbetaal uit die opbrengs van die veilings van die handelsware uit die Ooste. Reeds vroeg in 1781 was dit egter duidelik dat die opbrengs van die voorjaarsveilings nie genoeg sou wees om die *anticipatiegelden* af te los nie.²² Die bewindhebbers moes hul noodgedwonge na die State-Generaal wend vir *surchéance van betaalinge*.²³ Dit is toegestaan vir een jaar ten aansien van die aflossing van *anticipatiegelden*.²⁴ Die *Resolusie van de Staaten van Holland*²⁵

vervolg van vorige bladsy

en de *surséance van betaling* (1897) 336; Molengraaff *De Faillissementswet* (1898) 515; Van Dam *De surcéance van betaling en het akkoord buiten faillissement* (1935) 10; Emmerich en De Beer *De saneering* (1937) 85; Lichtenauer *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland tot 1809* (1956) 197; Vollmar *Het Nederlandse handels-en faillissementsrecht* (1961) 869; Polak *Faillissement en surséance van betaling* (1972) 417; Vreeswijk 10; Maas, Van Schaik en Blokland *De in haar continuïteit bedreigde onderneming* (1983) 83; Van Zeben *Faillissementswet* (1986) II 1-1.

16 Heinsius *Woordenboek der Nederlandsche taal* (1934) sv “surcéance” en “surseeren”. Volgens Atkins Duval en Milne Collins-Robert. *French-English English-French dictionary* (1980) 645 beteken “surseoir” “to defer, postpone, to stay, to grant a reprieve”. Sien ook Van Zeben II 1-1 sv “Uitstel van betaling (surseoir = opschorten)”.

17 Vreeswijk 10; Van Dam 12.

18 Van der Keessel *Th Sel* 895; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8.

19 *Holl Cons* 2 281 sv “Surcheantie ende inhibitie waar inne die met den anderen verschillen” dd 18 Aug 1629; Nassau la Leck *Register* sv “surcheance”; Loenius *Decisien en observatien cas* 77; Van der Keessel *Th Sel* 895; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8; Fockema Andreae en Van Apeldoorn *ad Gr* 3 51 8.

20 Die oorlog het vanaf 1780 tot 1784 geduur. Sien ook Van der Linden *Judicieele practijc* 4 7 7; Zwaardemaker 30; Van Dam 13; Polak 417-418; Vreeswijk 10.

21 1780-84. Sien Van Zeben II 1-1.

22 Gaastra *De geschiedenis van de VOC* (1982) 149.

23 Van Zeben II 1-1.

24 Van Dam 13; Gaastra 149; Delprat 56.

25 *Resolusie van de Staaten van Holland waar by aan de Oos-Indische Compagnie verleend word surcheance voor een jaar, ten aanzien van de aflossing van Capitaalen op Recepissen wegens anticipatien Penningen; mee verbod aan de houderen, om hun verschuldigde zoo wegens inkoop van goederen als andersins daar tegen te mogen rescontreeren van 1781-02-06.*

van 6 Februarie 1781 het egter geen blywende oplossing vir die geldelike probleme van die VOC gebied nie en daar is uiteindelik in 1795 besluit om dit te nasionaliseer.²⁶

Hierdie handelswyse het talle ander ondernemers aangespoor om dieselfde optrede te volg en daar is aanvanklik in gewaande belang van die handel moontlik sonder die nodige omsigtigheid aan hul versoeke gevolg gegee. Ironies genoeg het juis die sakesektor egter spoedig teen die oordrewe insiklikheid beswaar gemaak. Die state van Holland was uiteindelik genoop om veral op aandrang van die Amsterdamse handelsgemeenskap teen wanpraktyke in te gryp.²⁷

2 2 3 Sekerheidstelling

Surchéance van betaalinge is aanvanklik dikwels verleen sonder dat enige sekerheid aan skuldeisers gestel is en sonder dat die toestemming van die meerderheid skuldeisers vereis is. Die State van Holland het op 26 Februarie 1784 egter getrag om 'n einde aan hul oordrewe insiklikheid te maak.

2 2 4 Inperking

In die *Resolusie van de Staaten van Holland, tot voorkoming der menigvuldige versoeken om surcheance van betaalinge*²⁸ van 26 Februarie 1784 is bepaal dat *surchéance van betaalinge* slegs in buitengewone en goed geverifieerde gevalle verleen moet word en bowendien net indien dit in die besondere omstandighede van die geval billik en noodsaaklik geag word.²⁹

Aangesien misbruike blykbaar nog in weerwil van die voorskrif voorgekom het, is die volgende op 15 November 1793 as algemene voorvereistes gestel in die *Resolusie van de Staaten van Holland, houdende bepaling van de vereischten, welke noodig zyn tot een verzoek om Surcheance van Betaaling*:

- dat diegene wat hierdie *beneficium* aanvra nie aangehoor moet word nie tensy daar 'n brief van die owerheid³⁰ van die stad waar hul woon of in die omgewing waarvan hulle woon na die State van Holland gestuur is. Die owerhede moet die skuldeisers aanhoor en dan getuig dat die skuldenaar deur 'n onvoorsiene ramp³¹ oorval is en vir die oomblik nie kan betaal nie. Ook moet hul vanweë hul kennis van die omvang en vermoë van die boedel, soos deur die skuldenaar bewys is, van die waarskynlikheid oortuig wees dat die skuldenaar weer solvent sal word indien uitstel verleen word;
- dat die ondersoek van die hele aangeleentheid na die hof verwys moet word wat, nadat die skuldenaars ook aangehoor is, verslag doen;
- dat geen respyt verleen moet word nie tensy die goed deur verteenwoordigers van die skuldeisers tesame met die skuldenaar beheer word en dat die inventaris van die bates deur middel van 'n eed deur die skuldenaar bevestig moet word;

26 Gaastra 152.

27 Zwaardemaker 35.

28 *GPB* 9 558.

29 Sien ook Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8.

30 *GPB* 9 564: "Burgermeesteren en Regeerders, of de Magistraat der Stad".

31 *GPB* 9 564: "[B]uyten zyn toedoen, door buitengewone omstandigheden van Oorlog, of andere onvoorziene Calamiteiten en desastres".

- dat dié uitstel van betaling slegs vir een jaar verleen mag word;³² en
- dat van die aldus verleende *surchéance* in die *Couranten* kennis gegee moet word asook van die persone wat saam met die skuldenaar vir die beheer van die boedel verantwoordelik is.

2 2 5 Evaluasie

Surchéance van betaalinge het aan 'n skuldenaar 'n alternatief gebied waardeur uiteindelijke sekwestrasie en siviele gyseling vermy kon word; dit is klaarblyklik ook as aantrekliker beskou as ander *beneficia* soos *rescripta moratoria* en *rescripta inductionis*.

Daar moet voorts beklemtoon word dat die oogmerke van *surchéance van betaalinge* en *cessio bonorum* uiteenlopend is. Terwyl laasgenoemde as 'n algemene afstanddoening van die bates van die skuldenaar ten behoeve van die skuldeisers beskou kan word, kan *surchéance* gekarakteriseer word as 'n algemene uitstel van betaling wat aan 'n skuldenaar verleen word. *Cessio bonorum* en die latere verpligte sekwestrasie is gerig op die likwidasië van die vermoë van die skuldenaar, terwyl *surchéance* juis bedoel is om aan die skuldenaar tyd te gun om sy sake in orde te kry, uiteindelik sy likwiditeit te herstel en sekwestrasie te vermy.

Hoewel die aanvanklike wanpraktyke rondom die toestaan van *surchéance* afkeer by Van der Keessel³³ ontlok het, het Van der Linden³⁴ weer met 'n veel positiewer evaluasie volstaan:

"Is 'er immer een middel in de Practijck uitgevonden, dat, mits het wel in de juiste termen geapliceert word, billik en in de daad favorabel is, het is voorzeker het middel van *Surchéance van betaalinge*."

As voorbeeld van die nutswaarde van *surchéance* dien die geval van 'n gevestigde handelaar wat in die buitelandse handel bedrywig is en met die vooruitsig dat hy die nodige produkte sal ontvang, sekere gebruikelike ondernemings in die verband gee en sekere ander kontraktuele verpligtige aangaan. Oorlog en die strooptogte van die vyand ter see verhoed die invoer van die produkte en maak dit vir hom onmoontlik om sy verpligtige en ondernemings gestand te doen, sonder dat hy enige skuld daaraan het. So kan sy likiditeit ernstig in gedrang gebring word. Terwyl hy waarskynlik inderdaad self dubbel solvent kan wees, is sy hande tydelik effektief gebind sover dit die onmiddellike delging van sy skulde en die reëlmatige nakoming van verpligtige betref. Dit is meer billik dat sy verpligtige deur 'n buitengewone grasië vir 'n paar maande uitgestel word as wat hy genoop word om gebruik te maak van regs middels "die in geene anderen, dan bankbreukigen hunne applicatie vinden".³⁵

3 NEDERLAND

3 1 Inleiding

Die kodifikasie van die Nederlandse reg aan die begin van die negentiende eeu simboliseer die eindpunt van die Romeins-Hollandse reg.³⁶ Trouens, die *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland* van 1809 was in wese bloot

32 Sien ook Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8; Van der Linden *Judicieele practijcq* 4 7 8 3.

33 Van der Keessel *Th Sel* 895; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8.

34 Van der Linden *Judicieele practijcq* 4 7 7.

35 *Ibid.* Sien ook Van der Keessel *Th Sel* 859.

36 Van Zyl (1979) 420; Van Warmelo "Romeins-Hollandse reg" in *Ons regserfenis* (1982) 32; Hahlo en Kahn *South Africa: The development of its laws and constitution* (1968) 16; Hahlo en Kahn *The South African legal system and its background* (1960) 564-565.

'n oorname van die Franse kode. In 1810 is Holland boonop by die Franse Ryk ingelyf en op 1 Maart 1811 het die *Code Civil* die plek van die *Wetboek Napoleon* ingeneem. Die *Burgerlijk Wetboek* is wel op 1 Oktober 1838 ingevoer. Hoewel dit nie 'n letterlike vertaling van die *Code Civil* was nie, het dit nog oorwegend Frans georiënteerd gebly.³⁷

3 2 Oorsig van ontwikkelings

Gedurende die beginjare van die negentiende eeu is in Nederland aanvanklik in die vooruitsig gestel dat sowel *rescripta moratoria* (oftewel *atterminatie*) as *surchéance van betaalinge* sou bly voortbestaan.³⁸ In die *Wetboek op de rechterlijke instellingen en rechtspleging* van 1809³⁹ is bepaal dat 'n onderskeid gemaak word tussen *surchéance* verleen deur die hooggeregshof⁴⁰ en *atterminatie* verleen deur 'n gewone regter.⁴¹ Die *Wetboek Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland*⁴² het weer voorsiening gemaak vir *atterminatie* oftewel uitstel van betaling onder borgstelling.⁴³

Die *Ontwerp Burgerlijk Wetboek* van 1820⁴⁴ het in die negentiende titel van die vierde boek *atterminatie en surchéance van betaalinge* gereël.⁴⁵ Eersgenoemde sou verleen word deur die regbank met toestemming van die meerderheid skuldeisers en met sekerheidstelling as voorvereistes. Laasgenoemde sou deur die Hooge Raad toegestaan word. Die Franse *Code Civil* wat in Nederland op 1 Maart 1811 die plek van die *Wetboek Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland*⁴⁶ ingeneem het,⁴⁷ het nie erkenning aan enigeen van hierdie twee regsfigure verleen nie.⁴⁸

Die eerste maatreël in Nederland na die terugverkryging van onafhanklikheid was egter om *surchéance van betaalinge* onder die ietwat gewysigde benaming *surséance van betaling* weer in die lewe te roep.⁴⁹ Dié reëling het bly geld tot

37 Van Zyl 417; Gelissen "Les phases de la condification et de l'homologation des coutumes dans les XVII provinces de pays-bas" 1950 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 36; Van Oven "On hundred and fifty years of Dutch commercial law" 1983 *Netherlands International LR* 188; Bosch "Nederlandse vertalingen van Franse wetten en werken van Franse juristen in de jaren 1810-1813" 1957 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 23; Kisch "Het sisteem van het BW vergeleken met dat van buitelandse codificaties" in *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938* (1938) 211.

38 Sien oa Van Dam 11; Emmerich en De Beer 85; Vollmar *Faillissementsrecht* 869; Polak 418; Vreeswijk 11; Maas, Van Schaik en Blokland 84; Van Zeven II 1-2; Schoordijk "De positie van feitelijk preferente crediteuren bij faillissement en surchéance van betaling" in *Gratia commercii* (1981) 321.

39 Van Dam 11; Polak 418; Zwaardemaker 34 verwys daarna as die *Code des institutions judiciaires et de la procedure*.

40 A 115-117.

41 A 761-764.

42 Polak 418; Van Dam 13; Zwaardemaker 34.

43 A 1184-1186.

44 Van Dam 13; Polak 418; Zwaardemaker 37.

45 A 3350 ev.

46 Van Dam 13.

47 Van Zyl 417.

48 Zwaardemaker 34; Vreeswijk 10. Die *CC* het wel in a 1244 'n reëling erken waardeur aan 'n regter die bevoegdheid verleen was om aan 'n skuldenaar "accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir l'exécution des poursuites".

49 Volgens die besluit van 1814-01-29 (*Staatsblad* nr 20) kon *surchéance* deur die *Soevereine Vorst* verleen word (sien Polak 418; Van Dam 13; Zwaardemaker 35-36).

die invoering van die *Wetboek van Koophandel* op 1 Oktober 1838.⁵⁰ Dié wetboek (artikels 900–923) het *surséance* beskou as 'n regsweldaad waardeur uitstel van betaling verleen is alleen aan handelaars wat as gevolg van buitengewone oorlogsomstandighede of ander onvoorsiene rampe nie in staat was om hul skuldeisers op 'n bepaalde oomblik te bevredig nie. Die skuldenaar moes voorts deugdelike bewys lewer dat hy deur die verlening van die uitstel in staat gestel sou word om sy skuldeisers ten volle te betaal.⁵¹ *Surséance van betaling* kon slegs deur die *Hoogen Raad* verleen word.

Met die invoering van die *Wet op het faillissement en de surséance van betaling* van 1893⁵² het die onderskeid tussen handelaars en nie-handelaars verval asook die voorvereiste van buitengewone oorlogsomstandighede of ander onvoorsiene rampe.⁵³ Hierdie wet het ieder en elke skuldenaar in staat gestel om *surséance van betaling* te verkry ongeag die oorsaak vir of aanleiding van sy finansiële teenspoed.⁵⁴ Die vereiste is egter gehandhaaf dat die skuldenaar moes aantoon dat hy na verloop van tyd in staat sal wees om aan al sy verpligtinge te voldoen. Die skuldenaar kon met ander woorde slegs uitstel van betaling verkry indien sy boedel die moontlikheid van finansiële herstel getoon het.⁵⁵

Gedurende 1925 is die moontlikheid om *surséance* te bekóm aansienlik verhoog. Na die invoering van die Wet van 16 Mei 1925⁵⁶ was dit nie langer nodig dat bewys moet word dat die vooruitsig bestaan dat alle skulde ten volle vereffen sal word nie. Dit was nou voldoende vir die verlening van *surséance* dat nie moet blyk dat die “bevrediging” van krediteure na verloop van tyd nie moontlik sal wees nie. Nie alleen is die positiewe vereiste van die vorige reëling na 'n negatiewe versag nie, maar bowendien is die verwagting van “algehele voldoening” afgewater tot die vooruitsig van “bevrediging”.⁵⁷ Selfs al het dit geblyk dat algehele voldoening onmoontlik was, sou *surséance* verleen kon word mits die moontlikheid bestaan het dat die skuldenaar tog sy skuldeisers op die een of ander manier tevrede sou kon stel, byvoorbeeld deur 'n onderhandse akkoord. Vir die totstandkoming van so 'n akkoord was die medewerking van alle skuldeisers natuurlik 'n voorvereiste. Dié vereiste het juis die inherente swakheid van die reëling blootgelê, naamlik weerloosheid teen 'n klein aantal dwarstrekke wat bloot onbeduidende vorderings verteenwoordig.⁵⁸

Die logiese uiteinde van die ontwikkeling is bereik met die invoering van die *Wet houdende nieuwe regeling van de surséance van betaling, de gelegenheid tot akkoord opende* van 7 Februarie 1935.⁵⁹ Hierdeur is die geleentheid geskep om ook buite *faillissement* 'n dwangakkoord tot stand te laat kom.⁶⁰ Dit kan ondanks

50 Van Dam 14; Polak 418.

51 Van Dam 14; Vreeswijk 10–11.

52 1893 *Staatsblad* nr 140.

53 Veegens *De wet op het faillissement en de surséance van betaling* (1909) 207–208.

54 Van Dam 14.

55 Veegens 216–217; Vreeswijk 11.

56 1925 *Staatsblad* nr 191.

57 Polak 419.

58 Vreeswijk 11.

59 1935 *Staatsblad* nr 41.

60 Völlmar *Wet houdende nieuwe regeling van de surséance van betaling, de gelegenheid tot akkoord opende* (1935) 4–5; Völlmar *Handelsrecht* 869.

die verset van die minderheid skuldeisers, wat hoogstens 'n derde⁶¹ in waarde van die vorderings verteenwoordig, deurgevoer en bindend verklaar word.⁶² Die uiteindelijke minimum-oogmerk van *surséance* is derhalwe nie meer die bevrediging van alle skuldeisers nie maar 'n akkoord wat vir minstens twee derdes in waarde van die skuldeisers aanvaarbaar is.⁶³

Verdere wysigings wat nie hier direk tersake is nie, is ingevoer deur die Wet van 26 April 1962⁶⁴ rakende omvangryke *surséances*, en die Wet van 6 Mei 1976⁶⁵ oor die moontlike benoeming van 'n *rechter-commissaris*.⁶⁶

3 3 Beknopte evaluasie

So dikwels as wat 'n skuldenaar nie in staat is om sy verpligtinge volledig na te kom nie, ontstaan die vraag hoe sy skuldeisers die beste bevredig kan word. In talle gevalle kan die een of ander skikking of reëling waarvan die totstandkoming deur familie en vriende ondersteun en bevorder word, die mees gewenste oplossing vir sowel skuldeisers as skuldenaar wees. Dit is egter niks buitengewoon nie dat 'n skuldenaar wat vind dat die oorgrote meerderheid van sy skuldeisers bereid is om tot 'n skikking van die een of ander aard toe te stem, stuit teen die teenstand van 'n klein minderheid skuldeisers wat in die hoop om besondere voordele te bekom, of om watter ander rede ook al, weier om hul samewerking te gee. In gevalle soos dié, waar daar nie 'n prosedure vir 'n dwangakkoord buite sekwestrasie beskikbaar is nie, staan die skuldenaar feitlik magteloos.

Die gevolg van 'n reëling wat slegs 'n dwangakkoord erken na die sekwestrasie van die boedel van 'n natuurlike persoon⁶⁷ is dat 'n sekwestrasiebevel ook verleen moet word in gevalle waar dit vir sowel skuldeisers as skuldenaar beter sou wees indien dit vermy kon word.⁶⁸

Dit is in hierdie verband opmerklik dat die onlangsste Britse insolvensiewetgewing, die Insolvency Act van 1986,⁶⁹ ook uitdruklik voorsiening maak vir 'n reëling waardeur 'n "moratorium for insolvent debtors" bewerkstellig kan word en wat juis beoog om sekwestrasie te voorkom.⁷⁰ Dit is gebaseer op die aanbevelings in paragraaf 399 van die finale verslag van die Review Committee on Insolvency Law and Practice onder voorsitterskap van sir Kenneth Cork,⁷¹ waarop die Britse regering positief gereageer het.⁷² Berry en Bailey⁷³ verklaar:

61 A 218 verwys na "houders van meer dan een vierde van het bedrag der ter vergadering verteenwoordigde . . . schuldvorderingen, hetzij meer dan een derde der houders van zoodanige vorderingen".

62 Van Dam 31.

63 Vreeswijk 17-19.

64 1962 *Staatsblad* nr 131.

65 1976 *Staatsblad* nr 280.

66 Van Zeben II 1-2.

67 Bv a 119-123 van die Insolvensiewet 24 van 1936.

68 Vgl Polak 420.

69 A 252-263 van die Insolvency Act 1986 (c 45).

70 Sien Lingard *Corporate rescues and insolvencies* (1989) par 14 15; Berry en Bailey *Bankruptcy: law and practice* (1987) par 12 2 4.

71 *Insolvency law and practice - report of the review committee* (1982) Cmnd 8558 par 399 (97). Sien ook Berry en Bailey par 12 1 1.

72 "The Review Committee stressed the need for a form of voluntary arrangement which could safely be used by debtors who wished to come to terms with their creditors with a

“The main advantage of the New Law proposals appears to be that the debtor may initiate the procedure at any time whereas the Old Bankruptcy Law procedures followed a receiving order being made. There may be more incentive for a debtor to secure voluntary arrangements at an earlier stage of his financial difficulties than at a time when all may seem lost.”

4 SUID-AFRIKA

4 1 Vergelykbare maatreëls

4 1 1 *Individue*

Afgesien van 'n administrasiebevel kragtens die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 met sy tekortkominge en beperkte trefwydte⁷⁴ as 'n respyt, is daar tans geen regsfiguur soortgelyk aan die Romeins-Hollandse *surchéance van betaalinge* of die moderne Nederlandse *surséance van betaling* in die Suid-Afrikaanse reg tot die beskikking van individue in die algemeen nie. Trouens, in Suid-Afrikaanse regspraak word telkens beklemtoon dat die masjinerie van die Insolvensiewet 24 van 1936 nie bedoel is of gebruik mag word om in effek 'n moratorium vir 'n skuldenaar te bewerkstellig nie.⁷⁵ Bowendien is 'n akkoord, wat die aanname deur 'n driekwart in waarde en getal van die skuldeisers verg om dit bindend op alle skuldeisers te maak, ingevolge artikel 119 van die Insolvensiewet slegs moontlik *na* die sekwestrasie van 'n skuldenaar se boedel en *na* die eerste byeenkoms van skuldeisers plaasevind het.

'n Administrasiebevel ingevolge artikel 74 van die Wet op Landdroshowe van 1944 het die gevolg dat regsmiddels van sekere skuldeisers teen die skuldenaar of sy goed opgeskort word bloot ten opsigte van die invordering van geld wat verskuldig is.⁷⁶ Derhalwe is in dié opsig 'n veelal beperkte moratorium voorhande. Bowendien sluit die verlening van 'n administrasiebevel nie die sekwestrasie van 'n skuldenaar se boedel uit nie. Die sekwestrasie van 'n skuldenaar se boedel kan dus aangevra en toegestaan word ten spyte daarvan dat 'n administrasiebevel uitgereik is.⁷⁷ By aansoeke om sekwestrasie is die vraag of dit tot voordeel van skuldeisers sal wees. In geval waar reeds 'n administrasiebevel bestaan, moet die posisie van die skuldeisers onder die administrasiebevel vergelyk word met hul posisie as die skuldenaar se boedel gesekwestreer sou word.⁷⁸

vervolg van vorige bladsy

minimum of formality. The Government shares the Review Committee's opinion that many debtors enter into bankruptcy unnecessarily and therefore wishes to encourage the revival of voluntary arrangements for use by such persons. Provisions will, therefore, be introduced to make it easier for debtors to make binding private arrangements with their creditors without unnecessary official involvement" (Department of Trade and Industry *A revised framework for insolvency law* (1984) Cmnd 9175 par 22–23 (16). Die prosedure wat hiervoor in die vooruitsig gestel word, is uiteengesit in par 136–139 (44–45).

73 *Bankruptcy: Law and practice* par 21 1 1.

74 Vgl Suid-Afrikaanse Regskommissie *Hersiening van die insolvensiereg* (1989) 90–96.

75 *Ex parte Bircher* 1962 2 SA 649 (SR); *JPS Nominees (Pty) (Ltd) v Kruger* 1976 1 SA 87 (W) 89: "Sequestration proceedings are not meant to provide a moratorium."

76 A 74P van die Wet op Landdroshowe: sien Pretorius 1093; Baker, Erasmus en Farlam *Jones and Buckle. The civil practice of the magistrates' courts in South Africa I* (1980) 267. Tov a 74 in sy oorspronklike vorm, sien veral Joubert "Artikel 74 van die Magistraatshowewet 32 van 1944 soos gewysig" 1956 *THRHR* 135.

77 A 74R van die Wet op Landdroshowe; Pretorius 1093–1094; Baker, Erasmus en Farlam 268.

78 *Madari v Cassim* 1950 2 SA 35 (D) 38; *Gardee v Dhanmanta Holdings* 1978 1 SA 1066 (N) 1070.

By so 'n vergelyking moet die hof daarmee rekening hou dat 'n administrasiebevel by uitstek geskik is vir die hantering van die boedels van klein skuldenare wat geringe bates en inkomste het, terwyl sekwestrasie meer gepas is in die geval van groter boedels en waar daar rede is om te glo dat sekwestrasie in al die omstandighede daartoe sal lei dat die skuldeisers uiteindelik nie 'n negeerbare betaling sal ontvang nie.⁷⁹ Nie een van die skrywers oor hierdie bepaling of sy voorganger merk egter op dat artikel 74 'n moratorium van die een of ander aard bewerkstellig of trag enigsins om die herkoms daarvan na te speur nie.⁸⁰

4 1 2 Maatskappye

Verskillende alternatiewe om in effek 'n moratorium te bewerkstellig, is beskikbaar vir 'n maatskappy ingelyf onder die Maatskappywet 61 van 1973.⁸¹

Artikel 311 voorsien die masjinerie waarvolgens 'n skikking of reëling aangegaan kan word tussen 'n maatskappy en sy skuldeisers of 'n klas van hulle, of tussen 'n maatskappy en sy lede of 'n klas van hulle, of tussen 'n maatskappy en 'n kombinasie van sy skuldeisers en lede of enige klas van hulle, hetsy die maatskappy in likwidasië is al dan nie. So 'n skikking of reëling moet nie slegs goedgekeur word deur 'n meerderheid in getal wat 'n driekwart in waarde van die skuldeisers verteenwoordig en/of 'n meerderheid wat driekwart van die stemme van die lede of klas van lede verteenwoordig nie, maar is ook onderworpe aan goedkeuring deur die hof.⁸² Dit word in elk geval eers bindend wanneer 'n afskrif van die hofbevel by die Registrateur van Maatskappye ingedien en deur hom geregistreer word.⁸³ Daarbenewens kan 'n maatskappy wat sy skulde betaal en wat gelikwieder word of staan te word ingevolge artikel 389 'n reëling met 'n driekwart in waarde en getal van sy skuldeisers aangaan sonder dat die tussenkoms van die hof verpligtend is.⁸⁴

Anders as in die geval van akkoord, is die beskikbaarheid van die artikel 311-prosedure duidelik nie van die voorafgaande likwidasië van die maatskappy afhanklik nie, oftewel dit is nie net van toepassing op maatskappye in likwidasië nie.⁸⁵ 'n Reëlinskema ingevolge artikel 311 kan gebruik word om voorsiening te maak vir die betaling van bestaande skuldeisers deur middel van periodieke uitkerings uit toekomstige winste. Dit hou dieselfde ekonomiese gevolge vir skuldeisers in as wat geregtelike bestuur sou hê. Daarom kan geriefshalwe daarna verwys word as 'n moratoriumskema.⁸⁶ Die huidige polemieë oor die trefwydte en inhoud van 'n reëlinskema ingevolge artikel 311 is nie direk ter sake nie en word gevolglik daargelaat.⁸⁷

79 *Levine v Viljoen* 1952 1 SA 456 (W) 559; vgl Pretorius 1094.

80 Sien Pretorius 1093; Baker, Erasmus en Farlam 267; Joubert 1956 *THRHR* 135; Eckard *Grondtrekke van die siviele prosesreg in die landdroshoue* (1990) 346.

81 Vgl die omskrywing van "maatskappy" in a 311(8) en 337.

82 A 311(2).

83 A 311(6).

84 Vir die nadele verbonde aan die prosedure, sien Cilliers en Benade (reds) *Korporatiewe reg* (1987) 293.

85 Vgl 1987 *TRW* 218.

86 De la Rey *Skikkings in die Suid-Afrikaanse maatskappyyereg* (1983) 45-46.

87 Sien *Ex parte Satbel (Edms) Bpk: In re Meyer v Satbel (Edms) Bpk* 1984 4 SA 347 (T); *Ex parte Natal Coal Exploration Co Ltd* 1985 4 SA 279 (W); *Ex parte Kaap-Kunene Beleggings Bpk* 1986 2 SA 442 (K); *Ex parte NBSA Centre Bpk* 1987 2 SA 783 (W); *Ex parte Kaplan*; *In re Robin Consolidated Industries Ltd* 1987 3 SA 413 (W); *Ex parte Millman: In re Multi-*

Dit is duidelik dat 'n reëling ingevolge artikel 389 nie enige transaksie kan bewerkstellig wat nie by wyse van 'n reëling ingevolge artikel 311 ten uitvoer gebring kan word nie.⁸⁸ Aangesien 'n moratoriumskema ingevolge artikel 311 wel moontlik is, behoort dit ook deur middel van artikel 389 bewerkstellig te kan word. Indien wel, kan laasgenoemde prosedure koste bespaar aangesien dit nie nodig is om 'n aansoek na die hof vir goedkeuring van die skema te rig nie.

'n Verdere moontlikheid, waarop later in meer besonderhede ingegaan word, is 'n geregtelike bestuurbevel ingevolge artikel 428 van die Maatskappywet. So 'n bevel maak trouens bykans noodwendig voorsiening vir 'n moratorium ten opsigte van die maatskappy se skuld.⁸⁹

4 2 Lotgevalle van *surchéance*

4 2 1 Regspraak en wetgewing

Ook die wanbalans in regsmittele tot die beskikking van tydelik betalingsonvermoënde individue en maatskappye noop die vraag waarom *surchéance van betaalinge* ten minste in sy Romeins-Hollandse gewaad nie meer deel van die huidige Suid-Afrikaanse regstoneel vorm nie. Die antwoord lê opgesluit in 'n aantal uitsprake van regter Kotze.

In *Newcombe v O'Brien*⁹⁰ kom regter Kotze tot die gevolgtrekking dat *surchéance van betaling* herroep is deur die Kaapse Insolvency Ordinance van 1843.⁹¹ Aangesien die Kaapse insolvensiewetgewing bykans *verbatim* oorgeneem is deur Natal in 1846,⁹² die Oranjevrijstaat in 1878⁹³ en die Zuid-Afrikaansche Republiek in 1880⁹⁴ is die uitspraak van kardinale belang vir die lotgevalle van *surchéance van betaalinge*.⁹⁵

Regter Kotze verwoord sy standpunt soos volg:

"Some of us may think that . . . *surchéance van betaling* . . . should . . . have been retained when the Insolvency Ordinance was introduced, but the Ordinance distinctly provides that 'all the laws and customs heretofore in force within this colony, in so far as the same are repugnant to or inconsistent with any of the provisions of this Ordinance, shall be and the same are hereby respectively repealed.' *Surchéance*, or suspension of debts, is no longer a remedy of which a debtor can avail himself. [A]fter the war of 1880-81 in

vervolg van vorige bladsy

Bou (Pty) Ltd 1987 4 SA 405 (K); *Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear/In re Jerseytex* 1988 1 SA 616 (D); *Sackstein v Boltstone (Free State) (Pty) Ltd (In Liquidation)* 1988 4 SA 556 (O); *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T); *Incorporated General Insurances Ltd v Cement Distributors (South Africa) (Pty) Ltd* 1990 1 SA 132 (A); *Merican Investments (Pty) Ltd v Johannesburg City Council* 1990 1 SA 560 (W); *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler* 1990 2 SA 411 (K).

88 Cilliers en Benade *Korporatiewe reg* 293.

89 Cilliers en Benade *Maatskappyereg* (1982) 683.

90 (1906) 20 EDC 296.

91 Ordonansie 6 van 1843.

92 Ordinance for regulating the due collection, administration, and distribution of insolvent estates within the district of Natal 24 van 1846. Dit is later herroep deur die Insolvency Law 47 van 1887.

93 De Wet over de Insolventie (Hoofdstuk CIV van het Wetboek voor den Oranjevrijstaat).

94 Wet voor het regelen van de behoorlike Invordering, Bestiering en Verdeeling van Insolvente Boedels binnen deze Provincie 21 van 1880. Dit is later herroep deur die Insolventiewet 13 van 1895.

95 Sien *Kirkland v Romyn* 1915 AD 327 330.

the Transvaal . . . an application for *surcheance* of payment by a debtor was *per infortunium* granted by an acting judge; but on a similar application coming before me I . . . dismissed it on the ground that the Insolvency Ordinance . . . had repealed this remedy of the Roman-Dutch law.⁹⁶

Die Transvaalse regspraak waarna in die aanhaling verwys word, is deur regter Kotze in sy aantekeninge op sy vertaling van Van Leeuwen⁹⁷ geïdentifiseer as sy ongerapporteerde uitspraak in *Ex parte van de Veen* wat op 11 Julie 1885 gelewer is. In dieselfde aantekeninge gee hy ook te kenne dat die ander Romeins-Hollandse *beneficia* vir skuldenaars, soos *rescripta moratoria*, “herroep” is deur die betrokke insolvensiewetgewing.

4 2 2 Verdere perspektiewe

Soos reeds beklemtoon is, het *surchéance van betaalinge* gemeenregtelik naas *cessio bonorum* ontwikkel.⁹⁸ Sowel laasgenoemde as *missio in possessionem* het die Ordonnansie op die Amsterdamse Desolate Boedelkamer van 1777 beïnvloed, wat weer as voorbeeld gedien het vir die eerste Suid-Afrikaanse insolvensiewetgewing in 1804.⁹⁹ In laasgenoemde weer het die huidige Insolvensiewet van 1936¹⁰⁰ net soos sy voorgangers sy wortels.¹⁰¹ Voorts verskil die oogmerke van *surchéance van betaalinge* drasties van dié van *cessio bonorum* en verpligte sekwestrasie. Terwyl *cessio bonorum* gesien kan word as ’n algemene afstanddoening van die bates van die skuldenaar en verpligte sekwestrasie as ’n algemene beslaglegging op die bates van die skuldenaar ten behoeve van sy skuldeisers, kan *surchéance* gekarakteriseer word as ’n algemene uitstel van betaling wat aan ’n skuldenaar verleen word. *Cessio bonorum* en verpligte sekwestrasie is gerig op die likwidasië van die vermoë van die skuldenaar, terwyl *surchéance* bedoel is om aan die skuldenaar tyd te gun om sy sake in orde te kry om uiteindelik sy likwiditeit te herstel en sodoende juis boedeloorgawe of verpligte sekwestrasie te voorkom.

Daar behoort duidelik voor oë gehou te word dat *surchéance van betaalinge* as tipe moratorium uiteraard nie as alheilmiddel bedoel is nie, maar as blote palliatief, as billikheidsmaatreël. Dit beoog nie ’n *concursum creditorum* of ’n kansellasie van skulde nie. Anders as boedelafstand en verpligte sekwestrasie is die primêre oogmerk daarvan die behoud van die *status quo ante*. Sekwestrasie wis in effek skulde uit in ruil vir die bates van die skuldenaar. *Surchéance* handhaaf die skulde en laat die skuldenaar toe om sy bates intussen te behou hoewel nie die uitsluitlike beheer daarvan nie.¹⁰² Voorts is *surchéance van betaalinge* gemeenregtelik hoofsaaklik verleen in omstandighede waar dit nóg tot voordeel van die skuldenaar nóg tot voordeel van sy skuldeisers sou wees indien sy boedel gesekwestreer word.

96 Sien ook *Van der Merwe v Bruwer* 1914 CPD 845.

97 Kotzé *Simon van Leeuwen's commentaries on the Roman-Dutch law II* (1886) 341.

98 Van der Keessel *Th Sel* 895; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8.

99 Sien hieroor De Villiers *Die Oud-Hollandse insolvensiereg en die eerste insolvensiereg van de Kaap de Goede Hoop* (1923) 1-11; Visagie *Regspleging en reg aan die Kaap 1652 tot 1806* (1969) 111; Van der Merwe *Regsinstellings en reg aan die Kaap van 1806 tot 1834* (1984) 57.

100 Wet 24 van 1936.

101 De Wet en Van Wyk 421.

102 Vgl Skilton 1943 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 33.

Boonop blyk uit die Kaapse Ordinance for Regulating the due Collection, Administration, and Distribution of Insolvent Estates within the Colony van 1849¹⁰³ dat sover dit die gemeenregtelike regsfigure betref, die oogmerk primêr was om *cessio bonorum* in die ban te doen. Die frase waarop regter Kotze steun, behoort in konteks beskou te word. Die betrokke gedeelte van Ordonansie 6 van 1843 is soos volg verwoord:

"And whereas it is also expedient . . . that the benefit or relief of cession of goods and property commonly called *cessio bonorum* now available to insolvent debtors in this Colony be abolished: *Be it therefore enacted* . . . that . . . all laws and customs heretofore in force within this Colony in so far as the same are repugnant to or inconsistent with any of the provisions of this Ordinance shall be and the same are hereby respectively repealed."¹⁰⁴

Die frase waarop regter Kotze so sterk steun, het reeds in artikel 1 van Ordonansie 64 van 1829 voorgekom.¹⁰⁵ Dat die bedoeling nie was om met die frase sonder meer alle gemeenregtelike *beneficia* te herroep nie blyk onder meer daaruit dat dit in 1843 steeds nodig geag is om die *beneficium cessio bonorum* uitdruklik in die ban te doen. Ook is die howe in artikel 1 van die Ordonnansie van 1843 weer eens enkel en alleen verbied om die "benefit or relief of cession of goods and property, commonly called *cessio bonorum*" toe te staan. Indien die bedoeling was om ook *rescripta inductionis*, *rescripta moratoria* en *surchéance van betaalinge* by die verbod in te sluit, is dit in die lig van die voorafgaande bloot redelik om te verwag dat hierdie *beneficia* ook deur die wetgewer vermeld sou gewees het. By die uitleg van 'n statutêre voorskrif soos dié bestaan tog 'n vermoede dat die wetgewer die bestaande reg nie meer wil wysig as wat nodig is nie. Dit bring mee dat vir die verandering van die bestaande reg 'n duidelike bepaling of wetsduiding nodig is.¹⁰⁶

Dit is egter waarskynlik nou veels te laat om te trag om *surchéance van betaalinge* uit die stowwerige skatkis van die verlede op te diep.¹⁰⁷

4 3 Moontlike raakpunte met geregtelike bestuur

4 3 1 Hoofkenmerke van *surchéance*

Dit is vir huidige doeleindes dienstig om die volgende voorvereistes vir en hoofkenmerke van *surchéance van betaalinge* uit te lig:

- die skuldenaar is vanweë omstandighede buite sy beheer vir die oomblik nie in staat om sy skulde te betaal nie;

103 Ordonnansie 6 van 1843.

104 Beklemtoring aangebring. Die ter sake gedeelte van die Transvaalse Wet voor het regelen van de behoorlike Invordering, Bestiering en Verdeeling van Insolvente Boedels binnen deze Provincie 21 van 1880 lui: "En nademaal het verder noodzakelijk is dat alle insolvente boedels in dit Grondgebied hierna geadministreerd worden onder een gelijkvormig stelsel van de wet, en dat tot dat einde *al het voordeel of regt van cessie van goederen en eigendom, waarvan insolvente schuldenaar in dit Grondgebied zich nu kunnen bedienen, afgeschaft worde: Zij dit daarom vasgesteld* . . . dat alle Wetten van dit Grondgebied . . . in zoover dezeselven in strijd of onbestaanbaar zijn met eenige der voorzieningen van deze wet, zullen worden herroepen en zijn hierbij herroepen" (beklemtoring aangebring). Die ironie is dat *cessio bonorum* in elk geval nie in die ZAR in gebruik was nie; sien Stokensröm *Lokale wetten der SA Republiek 1849-1885* (1899) 864; *Zeiler v Weeber* 1878 K 17 24.

105 Vgl Burton *Observations on the insolvent law of the Colony* (1829) iii.

106 Vgl Steyn *Die uitleg van wette* (1981) 97; Du Plessis *The interpretation of statutes* (1986) 69; Cockram *The interpretation of statutes* (1987) 99.

107 Vgl *Glazer v Glazer* 1963 4 SA 694 (A); *Du Plessis v Strauss* 1990 2 SA 105 (A).

- die waarskynlikheid bestaan dat indien *surchéance van betaalinge* aan die skuldenaar verleen word, hy mettertyd in staat sal wees om sy skulde te betaal;
- die gevolg van *surchéance* is nie slegs die verlening van 'n moratorium nie; dit hou ook in dat die beheer van die boedel van die skuldenaar nie meer uitsluitlik by die skuldenaar berus nie maar gedeel word met die verteenwoordigers van die skuldeisers.¹⁰⁸

4 3 2 *Gronde en oogmerke van geregtelike bestuur*

Ingevolge artikel 195(1) van die Maatskappywet van 1926¹⁰⁹ kon die hof 'n geregtelike bestuursbevel verleen indien aansoek gedoen word om die likwidasie van die maatskappy op grond daarvan of dat dit nie sy skulde kan betaal nie of dat dit – weens wanbestuur of omdat dit waarskynlik nie sy verpligtinge sal kan nakom nie of 'n suksesvolle onderneming sal word nie of om 'n ander rede – reg en billik is dat die maatskappy gelikwider word. Die hof moes oortuig wees dat daar 'n redelike waarskynlikheid bestaan dat die rede(s) vir likwidasie uit die weg geruim sal word en dat die maatskappy sy verpligtinge sal kan nakom indien dit onder geregtelike bestuur geplaas word, asook dat dit andersins reg en billik is dat die likwidasiebevel vereers nie toegestaan word nie.

Die hof kon ook 'n geregtelike bestuursbevel ingevolge artikel 195(2) verleen onder andere wanneer dit op aansoek van 'n aandeelhouer of skuldeiser blyk dat dit weens wanbestuur of enige ander rede wenslik is om die maatskappy onder geregtelike bestuur te plaas. 'n Geregtelike bestuursbevel is op 'n ander grond as wanbestuur verleen in 'n geval waar die meerderheid van aandele in oorlogstyd in besit van onderdane van 'n vyandelike staat was en slegs twee aandele deur Suid-Afrikaanse burgers gehou is.¹¹⁰

Ingevolge artikel 427 van die Maatskappywet van 1973¹¹¹ kan die hof onder andere op 'n aansoek om geregtelike bestuur, indien dit reg en billik voorkom, so 'n bevel verleen indien:

- die maatskappy weens wanbestuur of 'n *ander rede* nie in staat is om sy skulde te betaal nie of waarskynlik nie in staat is om sy verpligtinge na te kom nie, en nie 'n suksesvolle onderneming geword het nie of verhinder word om dit te word; en
- daar 'n redelike waarskynlikheid bestaan dat indien die maatskappy onder geregtelike bestuur geplaas word dit in staat gestel sal word om sy skulde te betaal of sy verpligtinge na te kom, en om 'n suksesvolle onderneming te word.

Die bepaling rakende geregtelike bestuur het geen eweknie in die Britse maatskappywetgewing nie.¹¹²

Die primêre oogmerk van geregtelike bestuur soos ingevoer deur die Maatskappywet van 1926 was om aan 'n maatskappy 'n moratorium ten opsigte van

108 *Resolusie van de Staaten van Holland, houdende bepaling van de vereischten, welke noodig zyn tot een verzoek om Surchéance van Betaaling* op 1793-11-15: sien *GPB* 9 564; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8; Van der Linden *Judicieele practijcq* 4 7 8 3.

109 Wet 46 van 1926.

110 *Lenning v Orenstein en Koppel (SA) Ltd* 1940 WLD 59; sien ook Cilliers en Benade *Maatskappyereg* (1968) 389.

111 Wet 61 van 1973.

112 Olver *Judicial management in South Africa* (1980) 2-4.

die vorderings van sy skuldeisers te verleen. Die uiteindelijke oogmerk was om, deur die maatskappy van effektiewe bestuur te voorsien, normale bestuur later weer te kan herstel nadat die skuldeisers uiteindelik betaal is. Sodoende word die skuldeisers gevrywaar teen verlies terwyl hul geen groter ongerief hoef te verduur as om vir hul geld te moet wag wat uiteindelik ten volle aan hul betaal word nie.¹¹³

Olver¹¹⁴ steun hierdie uiteensetting:

“The immediate object was to secure for the company a moratorium against its creditors. The ultimate object was that by providing the company with efficient management, it might be restored to normal control after paying off the creditors.”¹¹⁵

Diemont en Boehmke¹¹⁶ beskryf die oogmerke en essensie van geregtelike bestuur onder meer soos volg:

“There may . . . be circumstances in which a company is unable to meet its obligations for the time being but will undoubtedly be able to do so in the future if granted a *temporary respite*, or in which a company labouring under difficulties from mismanagement or otherwise may be able to surmount those difficulties under proper supervision. To meet circumstances such as these, the original Act introduced . . . the important innovation of judicial management. [T]he essence of the innovation is that . . . a judicial manager is appointed because the court thinks that the company, if it has a *sort of moratorium* – that is what a judicial management amounts to – will pull through and will be able to go on.”¹¹⁷

Ook Cilliers en Benade¹¹⁸ beklemtoon dat ’n geregtelike bestuursbevel gewoonlik vir ’n moratorium ten opsigte van die maatskappy se skuld voorsiening maak. Aangesien die skuldeiser van ’n maatskappy wat nie in staat is om sy skulde te betaal nie ’n reg *ex debito justitiae* het om die maatskappy te likwideer, behoort ’n geregtelike bestuursbevel ten opsigte van so ’n maatskappy as ’n buitengewone remedie beskou te word.¹¹⁹

Volgens Van Jaarsveld en Oosthuizen¹²⁰ het geregtelike bestuur die rehabilitasie van ’n maatskappy wat oorkombare finansiële probleme ondervind ten doel. Dit beoog nie soos likwidasie ’n *concursum creditorum* en die uiteindelijke beëindiging van die maatskappy se voortbestaan nie, maar het tot gevolg dat ’n moratorium aan die maatskappy verleen word.

Die benadering dat ’n moratorium, ideaal gesproke, deel van ’n geregtelike bestuursbevel vorm, is herhaaldelik in Suid-Afrikaanse regspraak onderskryf,¹²¹

113 Millin *Verslag van die kommissie van ondersoek insake die wysiging van die Maatskappywet 1947-8* (UG 69 van 1948) (1949) par 257; Henochsberg *Henochsberg on the Companies Act* (1963) 411.

114 Olver 4.

115 Beklemtoring aangebring.

116 Diemont en Boehmke *Pyemont's company law of South Africa* (1953) 460-461.

117 Beklemtoring aangebring.

118 Cilliers en Benade *Inleiding tot die maatskappyereg* (1985) 379; Cilliers en Benade *Korporatiewe reg* 431.

119 Vgl *Tenowitz v Tenny Investments (Pty) Ltd* 1979 2 SA 680 (OK) 683-685; Cilliers en Benade *Inleiding* 379; Cilliers en Benade *Korporatiewe reg* 431.

120 Van Jaarsveld en Oosthuizen *Suid-Afrikaanse handelsreg II* (1988) 324.

121 *Sien Estate Look v Graaff-Reinet Board of Executors* 1935 CPD 117 119; *Samuel Osborn (SA) Ltd v United Stone Crushing CO (Pty) Ltd* 1938 WLD 229; *Ross v Northern Machinery and Irrigation (Pty) Ltd* 1940 TPD 119; *Ex parte Judicial Manager, Transvaalse Begrafnis Genootskap (Edms) Bpk* 1946 TPD 650; *Irvin and Johnson Ltd v Oelofse Fisheries Ltd, Oelofse v Irvin and Johnson Ltd* 1954 1 SA 231 (OK) 237; *Millman v Swartland Huis Meubileerders (Edms) Bpk: Repfin Acceptances Intervening* 1972 1 SA 741 (K) 747; *Lief v Western Credit (Africa) (Pty) Ltd* 1966 3 SA 344 (W) 345: “A judicial management order . . . usually provides for a *moratorium* in respect of the company's debt in the hope that it will lead ultimately to the payment of all creditors and the resumption by it of normal trading.”

en word steeds soos volg verwoord:¹²²

“A provisional management order . . . usually does contain directions that while the company is under judicial management all actions, proceedings, the execution of writs, summonses and other processes against the company be stayed and be not proceeded with without the leave of court. This *moratorium* is granted to assist towards the recovery of the company. It refers to future as well as pending proceedings and may be for a period fixed by the court or an indefinite period.”¹²³

Ook in die *vade mecum* van maatskappyeregpraktisyns¹²⁴ word beklemtoon dat die oogmerke van ’n geregtelike bestuursbevel bykans noodwendig tot gevolg het dat die bevel daarvoor voorsiening maak dat ’n moratorium aan die maatskappy verleen word.

Die raakpunte tussen moratorium en geregtelike bestuur behoort aan die hand van die voorafgaande nie te onopsigtelik te wees nie. Trouens, dit wil in die lig daarvan voorkom of ’n geregtelike bestuursbevel self as ’n besondere tipe moratorium beskryf kan word.¹²⁵

4 3 3 Aanknopingspunte en perspektiewe

’n Indringende soektog is al op tou gesit na ’n Anglo-Amerikaanse *fons et origo* vir die Suid-Afrikaanse geregtelike bestuur.¹²⁶ ’n Verskeidenheid Anglo-Amerikaanse regsfigure is as moontlike voorgangers geïdentifiseer.¹²⁷

Dit sou voorbarig en ongerade wees om na ’n kort en kursoriese aanloop soos die voorafgaande, enigsins te kenne te gee dat *surchéance van betaalinge* as die *fons et origo* van geregtelike bestuur te identifiseer is. So ’n gevolgtrekking sou in elk geval slegs geregverdig wees indien die resultate van ’n diepgaande ondersoek oor die spesifieke aspek onomwonde op so ’n oorsprong dui. Hoewel so ’n ondersoek gewens kan wees om veral die onsekerheid op te klaar waarin die herkoms van geregtelike bestuur steeds gehul is, is dit geensins die taakstelling hier nie. Die bedoeling is tans net om breër perspektiewe te bevorder as wat tot dusver bewerkstellig is deur ondersoeke wat uitsluitlik op die Anglo-Amerikaanse reg gefokus het en trouens so ’n herkoms voorveronderstel het.

Daar kan egter nie betwyfel word dat daar volgens huidige aanduidings beïndende raakpunte tussen *surchéance van betaalinge* en geregtelike bestuur bestaan sover dit voorvereistes en oogmerke betref nie. Dit is dan ook te betreur dat daar in die maatskappyereg tot dusver volstaan is met ’n soektog na Anglo-Amerikaanse presedente vir geregtelike bestuur, veral terwyl moontlike aanknopingspunte met die ryk gemeenregtelike teelaarde van die Romeins-Hollandse reg en met vergelykbare regsfigure in Nederland en ander Beneluxlande oor die hoof gesien word.

122 Meskin (red) “Companies” in 4 *LAWSA* 504–505.

123 Beklemtoning aangebring. Sien ook Beuthin *Basic company law* (1984) 241: “[A] judicial management usually involves a moratorium in respect of the company’s debts . . .”

124 Meskin (red) *Henochsberg on the Companies Act* (1985) 757: “The order . . . invariably would . . . also contain the directions . . . by which the *moratorium* is accorded to the company.”

125 *Estate Looock v Graaff-Reinet Board of Executors* 1935 CPD 117 119; sien ook Gibson *South African mercantile and company law* (1988) 470; Meskin *Henochsberg* 757; Britz *Company secretarial practice* (1974) 567.

126 Olver 13–19.

127 *Ibid*; Cilliers en Benade *Maatskappyereg* 388.

5 SLOT

Die moontlikheid dat 'n algemene bevoegdheid aan die hof verleen word om 'n moratorium toe te staan, is reeds deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie voorgestel. So 'n maatreël sou nie nodig gewees het nie indien sorg gedra was om die tersaaklike *beneficia* as lewenskragtige gemeenregtelike regsfigure te koester. Die voorstel is trouens juis 'n erkenning dat die Suid-Afrikaanse reg armer gelaat is deur die sameloop van omstandighede wat die onbruik van *surchéance van betaalinge* en ander *beneficia* tot gevolg gehad het. Dit laat egter die hoop opvlam dat in die hersiening van die insolvensiereg tog wel kennis geneem sal word van die nalatenskap van *surchéance van betaalinge* in Nederland en die ander Beneluxlande. Trouens, soos die bekende spreuk daar te lande lui: "Een mager akkoord is beter dan een vet process."¹²⁸

128 Oftewel "Un mechand accord vaut mieux que le meilleur procès".

Practising as an attorney involves more than the exercise of a right to act unhindered in regard to vocation. It implies duties. Inter alia there is a duty, subject to exception, to render optimum service to whoever seeks assistance, to the best of the attorney's ability, within the limits of fairness and integrity. The norms prevailing in a democratic country which cares for justice in the administration of law require that attorneys should not, because of assisting an unpopular client or advancing an unpopular cause of a client, be subjected to censure to an extent which may tend to affect adversely or inhibit the willingness to be available (per Flemming DJP in Deneys Reitz v SA Commercial, Catering and Allied Workers Union 1991 2 SA 685 (W) 691).

Regsakkulturasie, lobolo-funksies en die oorsprong van die huwelik

JMT Labuschagne

MA DPhil LLD

Professor in die Inheemse Reg, Universiteit van Pretoria

SUMMARY

Legal acculturation, lobolo functions and the origin of marriage

In this article the origin of the lobolo custom is investigated. It is concluded that the lobolo custom originates from a primitive form of marriage when women were bought by their husbands. The traditional functions of lobolo, that is the functions it fulfilled before black cultures were noticeably influenced by European cultures, are listed. Thereafter the modern significance of lobolo is explained. It is further pointed out that lobolo contracts are in many cases concluded even in conjunction with common-law marriages.

1 INLEIDING

Voordat oorgegaan kan word tot 'n beskrywing en evaluasie van die oorspronklike en hedendaagse funksies van die verskaffing van lobolo by die sluit van 'n huwelik, is dit nodig om enkele opmerkings van 'n algemene aard te maak.

1 1 Terminologie

Verskeie Afrikaanse en Engelse terme word gebruik om die lobolo-verskynsel aan te dui.¹ In dié bydrae word die term "lobolo", met sy oorsprong in die Zoeloetaal, egter deurgaans gebruik nieteenstaande die feit dat hierdie verskynsel by die onderskeie stamme in Suid-Afrika met ander terme aangedui word. Die term "lobolo" het inslag in die Afrikaanse taal gevind. Die lobolo-ooreenkoms het met verloop van tyd nuwe inhoud en betekenis verkry. Die swartmense het desnieteenstaande hulle tradisionele terme in dié verband behou.²

1 Sien Jeffreys "Lobolo is child-price" 1951 *African Studies* 145-147; Reuter *Native marriages in South Africa* (1963) 208-209.

2 Sien Brandel "Urban lobolo attitudes: a preliminary report" 1958 *African Studies* 36.

1 2 Verskeidenheidsproblematiek

By enige studie van die inheemse reg moet 'n mens spesifiek bedag wees op die etniese verskeidenheid.³ Alle stamme, selfs binne breëre volks- en taalverband,⁴ het nie noodwendig dieselfde ontwikkelinge deurgestaan nie. Soos Coertze tereg verduidelik:⁵

“Elkeen van die stamme openbaar afsonderlike individuele karaktertrekke. Die nasionale ‘kleur’ wat elkeen van die stamme in hulle gewoontes openbaar is 'n aanduiding dat elkeen 'n afsonderlike ontwikkeling deurgemaak het. Dit is dus bes moontlik dat gewoontes wat by een stam aangetref word by 'n ander stam of in onbruik geraak het, of maar net rudimentêr aangetref word, of 'n selfstandige ontwikkeling deurgemaak het, of nooit aanwesig gewees het nie.”

Daar moet hier ook vermeld word dat regstelsels, in besonder primigene regstelsels, nie volgens logies-simmetriese patrone ontwikkel nie. Regsreëls kom, veral in primigene gemeenskappe, dikwels tot stand as 'n reaksie van die regskepper (die stamhoof bygestaan deur sy raadsmanne wat terselfdertyd ook die hoogste hof is) op 'n sekere gebeurtenis. Irrasionele faktore, dikwels van 'n religieuse of magiese aard, speel meermale 'n rol in genoemde reaksie. Om die funksies of vermeende funksies van die lobolo-gebruik logies-simmetries te probeer verklaar, gaan derhalwe van 'n twyfelagtige hipotese uit.

1 3 Waarde-integrasie

Die tradisionele swart gemeenskapslewe word gekenmerk deur 'n normatiewe of waarde-integrasie: daar bestaan nie 'n duidelike onderskeid tussen juridiese, religieuse, sosiale, etiese en ander norme nie.⁶ Dié bewering word treffend uitgebeeld indien gelet word op die funksionele posisie van die stamhoof in die gemeenskap:⁷ hy is naamlik (onder andere) terselfdertyd die “staatshoof”, hoofregskepper, hoofregspreker, religieuse hoof en hoof van die weermag.

1 4 Kultuurpluralisme

In Suid-Afrika bestaan die gemeenregtelike (Christelike) huwelik naas die inheemse huwelik. In die bekende Engelse saak *Hyde v Hyde*⁸ is eersgenoemde beskryf as

“the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others”.

Hierdie (gemeenregtelike) huweliksvorm staan reëlreg teenoor die tradisionele inheemse huwelik. Cottran⁹ verduidelik tereg:

“Almost every single word of this Christian definition of marriage is inapplicable to marriages contracted under the traditional African customary law. It is argued, first, that in many African societies marriage was not a voluntary union, especially as far as brides

3 Sien Junod “Bantu marriage and Christian society” 1959 *Bantu Studies* 25; Comaroff “Introduction” in Comaroff (red) *The meaning of marriage payments* (1980) 1–48.

4 Sien Soga *The Ama-Xosa: life and customs* (1931) 263–264.

5 Coertze *Die huweliksluiting by die Bantoe-stamme van Suidelike Afrika* (DPhil-proefskrif Universiteit van Stellenbosch 1935) 310.

6 Sien Dlamini *A juridical analysis and critical evaluation of ilobolo in a changing Zulu society* (LLD-proefskrif Universiteit van Zululand 1983) 166. (Vervolgens aangehaal as Dlamini).

7 Sien Labuschagne *Blanke bestuurstersels en hulle invloed op die tradisionele politieke instelling in die Transkei* (MA-verhandeling PU vir CHO 1965) 46.

8 (1866) LR 1 P and D 130.

9 “The changing nature of African marriage” in Anderson (red) *Family law in Asia and Africa* (1968) 15.

were concerned; secondly, that the union was not for life since it might be easily dissolved without the intervention of a court; thirdly, that the marriage was not so much a union between a man and a woman, as an alliance between two family groups; and finally, that far from being a union to the exclusion of all others, all customary marriages were potentially polygamous."

1 5 Posisie van die vrou

Daar is al dikwels opgemerk dat die (tradisionele) inheemse huwelik degraderend en vernederend vir die vrou is.¹⁰ Hieroor verklaar Mair:¹¹

"It is often made a ground for the condemnation of African marriage customs in general that they are degrading to women; this argument is used of most of those which are expressly proscribed by Church and State. The inferior status of women is believed to be evident in the institution of polygyny (and still more of polyandry where it is found), child betrothal, the inheritance of widows and all procedures whereby women can be disposed of in marriage without their consent; in a division of labour which allots a large share of heavy work to women; and in the submissive behaviour expected of women towards their husbands, the generally recognized right of a man to beat his wife, and the fact that marriage often involves little companionship between spouses. The common assumption is that women are oppressed and exploited, have little freedom of action, and receive no respect."

1 6 Sistematiek

Die ontwikkeling van die funksies wat die lewering van lobolo aangeneem het of steeds aanneem, kan in drie fases ingedeel word: Eerstens is daar die funksie(s) wat lobolo by die oorsprong van die menslike huwelik gehad het. Tweedens is daar die funksies van lobolo in die tradisionele inheemse gemeenskappe, dit wil sê die fase voor grootskaalse Westerse (blanke) beïnvloeding (akkulturasie). Laastens kan die moderne funksies van lobolo onderskei word, dit wil sê die funksies nadat grootskaalse akkulturasie plaasgevind het. Die sistematiek wat in die onderhawige artikel gevolg word, sinchroniseer met genoemde drie fases.

2 DIE OORSPRONG VAN DIE HUWELIK

Die lobolo-verskynsel kom algemeen by primigene volkere voor.¹² Hierdie toedrag van sake is vatbaar vir slegs twee verklarings. Eerstens kan beweer word dat alle kulture (en regstelsels) 'n gemeenskaplike oorsprong het of ten minste 'n gemeenskaplike (eksterne) beïnvloeding ondergaan het. Daar is egter geen getuienis wat dié moontlike verklaring kan verifieer nie. Inteendeel, al die inligting dui in 'n teenoorgestelde rigting. Die ander, en klaarblyklik korrekte, verklaring is dat die lobolo-verskynsel uit die menslike natuur gegeneer word en derhalwe deel is van die natuurlike ontwikkelingsproses van die mens. Die lobolo-verskynsel het in sy diepste wese derhalwe 'n natuurbasis.

10 Sien Junod 1959 *Bantu Studies* 31; *The life of a South African tribe* vol 1 (1962) 280; Harries "The missions and bride-price" in Phillips (red) *Survey of African marriage and family life* (1953) 369.

11 *African marriage and social change* (1969) 7.

12 Sien Junod 1959 *Bantu Studies* 26-27; Dlamini 40-71.

2 1 Vroeë promiskuiteit?

Volgens Wake¹³ word die mens deur twee drange gedryf, naamlik 'n oorlewingsdrang en 'n seksdrang. Die menslike seksdrang is myns insiens niks anders as 'n spesie-oorlewingsdrang nie. Die mens word gevolglik gedryf deur 'n tweevoudige oorlewingsdrang: eerstens is daar die drang om self (as individu) te oorleef en, tweedens, die drang om as spesie te oorleef.

In die diereryk kom basies twee vorme van geslagsassosiasie voor, naamlik dié van promiskuiteit waar daar nie sprake is van 'n vadersinstink in die gewone sin van die woord nie. Die leefwyse van honde kan in dié geval as voorbeeld genoem word. Dan is daar ook die gevalle waar van 'n vadersinstink en elementêre gesinsvorming sprake is, soos wat by aapsoorte die geval is.¹⁴ Westermarck¹⁵ wys daarop dat dit onseker is of daar 'n tydperk was toe die mens in algehele promiskuiteit geleef het en alle mans en vroue in 'n groep met mekaar geslagsomgang gehad het en die kinders aan die groep as geheel behoort het.¹⁶ Hy noem egter die volgende ten aansien van die mens:¹⁷

“The family consisting of parents and children prevails among the lowest savages as well as among the most civilized races of men; and we may suppose that the factors which made marital and paternal relations indispensable for the apes also made them so for our earliest human or half human ancestors.”

Die mens het 'n analitiese selfbewussyn en dit onderskei hom van alle ander lewende wesens.¹⁸ Genoemde bewussyn stel die mens in staat om aangename¹⁹ ervaringe van die verlede weer op te roep. Dit stel die mens ook in staat om hom met sy medemens te vergelyk en van hom te onderskei, asook om hom in toekomstige situasies in te dink. Om saam te vat: die mens het, uit hoofde van die feit dat hy 'n analitiese selfbewussyn het, 'n historiese, vergelykings- en toekomsbewussyn. Dié drie aspekte het tot gevolg dat die mens die enigste wese is wat kan fantaseer. Laasgenoemde feit stel inherent by die mens 'n promiskuiteitspotensie daar. Die mens is derhalwe na sy wese poligamie-geneigd. Die mens het egter ook, anders as die dier, die inherente vermoë om genoemde neiging tot promiskuiteit teen te werk deur sy seksfantasieë te beheer of langs ander weë te kanaliseer.

2 2 Roof-, koop- en -ruilhuwelike

Dit is nie duidelik of die vroegste menslike huwelik endogamies van aard was nie; met ander woorde, het huwelike tussen familieledede plaasgevind? Vanaf die stadium van gedokumenteerde geskiedenis blyk die menslike huwelik oorwegend eksogamies van aard te wees.²⁰

13 *The development of marriage and kinship* (1899) 1.

14 Zuckerman *The social life of monkeys and apes* (1932) 8 skryf die permanente assosiasie tussen die geslagte by ape toe aan hulle ononderbroke reprodutiewe lewe – die mannetjie is altyd seksueel potent terwyl die wyfie meesal seksueel ontvanklik is. Sien ook Westermarck *The future of marriage in western civilisation* (1936) 5: “We may assume that the male is induced to stay with the female so long, even after the sexual relations have ceased, by an instinct which has been acquired through the process of natural selection, because it has a tendency to preserve the next generation and thereby the species.”

15 *Idem* 14.

16 In 'n ander werk konkludeer Westermarck (*The history of human marriage* (1925) 72) dat die huwelik en gesin nou aan mekaar verwant is: “It is originally for the benefit of the young that male and female continue to live together. We may therefore say that marriage is rooted in the family rather than the family in marriage.”

17 *The future of marriage in Western civilisation supra* 7.

18 Sien Labuschagne “Dekriminalisasie van eutanasie” 1988 *THRHR* 185.

19 En natuurlik ook onaangename ervaringe.

20 Sien bv Holleman *Shona customary law* (1952) 148.

Vroue is aanvanklik van naburige *clans* of stamme geroof.²¹ Hieroor sê Wake:²²

“Women and children have always been regarded by savage tribes as lawful prey, and whatever the cause of quarrel which led to war between neighbouring peoples the women and children of the conquered were always if they could be reached, carried off by the conquerors.”

Later is vroue van naburige *clans* of stamme gekoop of geruil.²³ Die feit dat lobolo wat vir 'n suster verkry is hedendaags nog soms gebruik word om vir 'n broer 'n vrou te lobola, is klaarblyklik 'n oorblyfsel van die ruilhuwelik.²⁴

2 3 Ondergeskikte posisie van die vrou

Waarom is vroue gekoop en geruil en nie mans nie? Andersom gestel: waarom het vroue so 'n ondergeskikte posisie bekleed? Die antwoord op die vraag voer 'n mens terug na die bio-psigologiese aard van die mens. In 'n ander artikel²⁵ het ek, hoewel vanuit 'n ander hoek, op dié vraag ingegaan. Die argumente wat daar aangevoer is, word nie hier herhaal nie. Daar kan net genoem word dat groot godsdienste van die wêreld, soos die Christendom en Islam,²⁶ die ondergeskikte posisie van die vrou (ten aanvang?) gehandhaaf het.

2 4 Paternalisme en huweliksdiversifiëring

'n Interessante vraag is waarom die *pater* (groepleier) nie al die vroue vir homself toegeëien het nie. Die *pater* het 'n bykans absolute mag oor sy ondergeskiktes gehad en tog het hy sy seuns (en dogters) nie die voorreg van 'n huwelik ontsê nie. Die volgende redes kan ter verklarings hiervan aangebied word:

(a) Soos hierbo²⁷ aangetoon is, het die mens 'n natuurgefundeerde spesie-oorelewingsdrang. Die rede vir hierdie menslike drang is geleë in die feit dat die individu nie onsterflik is nie en hy dit weet; hy het derhalwe 'n doodsbeseft. Die mens kan gevolglik slegs in sy spesie oorleef. Hy moet derhalwe aan lede van sy spesie die geleentheid gee om die spesie, en bygevolg ook homself as lid van die spesie, te laat kontinueer. “Huweliks”-diversifiëring kom om dié rede ook in die diereryk voor.

(b) Dit is fisies onmoontlik vir een persoon om 'n huwelikslewe met al die vroue binne sy bereik te hê.

3 TRADISIONELE FUNKSIES VAN LOBOLO

Onder die tradisionele funksies van lobolo word verstaan die funksies wat dit (min of meer) gehad het voordat die swart gemeenskapslewe deur die Europese kulture beïnvloed is. Daar kan met sekerheid gesê word dat lobolo nie net een

21 Sien Kohler “Das Recht der Hottentotten” 1902 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 348.

22 64.

23 Sien Bekker en Coertze *Seymour's customary law in Southern Africa* (1982) 149; Jeffreys 167; Meek “Marriage by exchange in Nigeria” 1936 *Africa* 64.

24 Dlamini 170.

25 “Regspluralisme, regsakkulturasie en deflorasie in die inheemse reg” 1983 *TSAR* 1 5.

26 Sien Mason “Sex and symbol in the treatment of women: the wedding rite in a Libyan oasis community” 1975 *American Ethnologist* 649.

27 Par 2 1 hierbo.

funksie in dié tydvak vervul het nie.²⁸ Die volgende (belangrikste) teorieë kan onderskei word:

3 1 Die koopkontrak-gedagte

Europeërs het die lobolo-ooreenkoms aanvanklik gesien as 'n koopkontrak waardeur die vrou deur haar man gekoop word.²⁹ Navorsing en dieper insig het egter dié teorie oortuigend weerlê. Dat die man nie eiendomsreg van sy vrou verkry nie, blyk uit twee universele inheemse regsreëls:

(a) Indien 'n man sy vrou sleg behandel, kan sy hom in sekere omstandighede verlaat en na haar vader of voog terugkeer.³⁰ Dit is nie te rym met eiendomsreg nie.

(b) 'n Man mag nie sy vrou aan 'n ander man "verkoop" (in 'n huwelik gee) nie.³¹ Dit is strydig met die gewone bevoegdhede van 'n eienaar.

3 2 Teenprestasie-teorie

Reste van die oorspronklike koophuwelik het in die inheemse gemeenskapslewe behoue gebly. Hiervolgens word die een of ander teenprestasie vir die lobolo-goedere deur die vrou se familie aan die man gegee. Hierdie teenprestasie neem hoofsaaklik vier vorme aan:

3 2 1 Oordrag van die vrou se arbeidsvermoë

In die tradisionele gemeenskap het kinders elementêre oorlewingsbetekenis vir die groep gehad. Seuns was as arbeiders in die bestaans ekonomie behulpsaam en kon ook as beskermers (soldate) van die groep optree. Dogters het insgelyks as arbeiders in en om die huis diens gedoen, maar het daarbenewens ook 'n baarvermoë wat ekonomiese voordeel (lobolo) ingebring het. Laasgenoemde opmerking moet gesien word teen die agtergrond van die feit dat fisiese getalle die oorlewing van die groep vergemaklik het.³²

Verskeie skrywers voer aan dat die vrou se arbeidsvermoë as teenprestasie vir die lobolo aan haar man en sy familie oorgedra word.³³ Evans-Pritchard³⁴

28 Sien Coertze 286 ev; Schmidt *Die huweliksluiting onder die Bantoe in die stedelike woon-gebied binne die munisipaliteit van Klerksdorp* (MA-verhandeling Universiteit van Pretoria 1958) 51; Olivier *Die privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalspreekendes* (1981) 91.

29 Sien bv Dlamini 169; Olivier 89; Torday "Bride-price, dower, or settlement" 1929 *Man* 6; Coertze 296; Harries *The laws and customs of the Bapedi and cognate tribes of the Transvaal* (1929) 3.

30 Sien Bekker en Coertze 149; Koyana *Customary law in a changing society* (1980) 4.

31 Sien Reuter 213; Derrett *An introduction to legal systems* (1968) 153; Krige in Schapera (red) *The Bantu-speaking tribes of South Africa* (1962) 113; Molema *The Bantu. Past and present* (1963) 125; De Beer *Groepsgebondenheid in die familie-, opvolgings- en erfreg van die Noord-Ndebele* (DPhil-proefskrif Universiteit van Pretoria 1986) 238; Hartman *Die samehang in die privaatreg van die Changana-Tsonga van Mhala, met verwysing na die administratiefregtelike en prosesregtelike funksionering* (DPhil-proefskrif Universiteit van Pretoria 1978) 275.

32 Sien Labuschagne "Regspluralisme, regsakkulturasie en onderhoud van kinders in die inheemse reg" 1986 *De Jure* 298.

33 Sien Bekker en Coertze 149; Lugg "The practice of lobolo in Natal" 1945 *African Studies* 23; Derrett 153; Church " 'Lobolo' - a critical evaluation" in Sanders (red) *Southern Africa in need of law reform* (1981) 28; Poulter *Family law and litigation in Basotho society* (1976) 155; Stayt *The Bavenda* (1968); Levitas *Ethnology. An introduction to the peoples and cultures of Southern Africa* (1983) 86; De Clercq *Die familie-, erf- en opvolgingsreg van die AbakwaMzimela met verwysing na prosesregtelike aspekte* (DPhil-proefskrif Universiteit van Pretoria 1975) 248; Hartman 276.

34 "Africa : Bride-wealth" 1934 *Man* 172.

wys daarop dat lobolo orals 'n ekonomiese konnotasie het. Dat die vrou se arbeidsvermoë vir die man (ekonomiese) voordeel inhou, kan nie betwyfel word nie en hy verkry dit uit hoofde van die lobolo-ooreenkoms.

3 2 2 Oordrag van die vrou se baarvermoë

Die lobolo dien ook as teenprestasie vir die vrou se reproduksie- of baarvermoë en die kinders, insluitend owerspelige kinders wat uit haar gebore word, word dié van die man.³⁵ Hierdie teorie word deur die bestaan van die sororaat- en leviraatinstellings in die inheemse familiereg bevestig.³⁶ Dié teorie kan egter nie konsekwent toegepas word nie aangesien die kinders en die lobolo soms by egskending aan dieselfde kant kan wees.³⁷

3 2 3 Oordrag van die voogdy oor die vrou

Daar word soms geargumenteer dat die teenprestasie van die lobolo die voogdy oor die vrou is.³⁸ Hoewel dit waar is dat die man na huweliksluiting sekere bevoegdhede en pligte ten aansien van die vrou uitoefen wat voorheen slegs deur haar vader of voog uitgeoefen kon word, kom die man se posisie ten aansien van die vrou na huweliksluiting nie heeltemal ooreen met dié van 'n voog nie. Die vrou kan byvoorbeeld die "voogdy" beëindig en die huwelik ontbind deur na haar vader terug te keer en te weier om weer na haar man se kraal te gaan.³⁹ Dit rym nie met die posisie van 'n voog nie: die pupil kan nie uit eie beweging (in effek) die voogdy beëindig nie.

3 2 4 Dankseggingsgebaar

Sommige beweer dat lobolo gegee word as teenprestasie vir die onkoste en moeite wat die familie van die meisie met haar grootmaak gehad het.⁴⁰ In die woorde van Schapera:⁴¹

"The Tswana themselves speak of *bogadi* as being a thanksgiving (*tebogô*) to the wife's parents for the care they have spent on her upbringing, and as a sign of gratitude for their kindness in now allowing her husband to marry her."

35 Sien Dlamini 181; Bekker en Coertze 149; Derrett 153; Peart "The lobolo agreement and the civil or Christian marriage" 1984 *THRHR* 161; Schapera *A handbook of Tswana law and custom* (1984) 139; Swanepoel *Die erkenning en toepassing van die bogadi-gebruik by sekere Tswanastamme in die Suid-Afrikaanse reg* (LLM-verhandeling PU vir CHO 1977) 59; Church 28; Ligthelm en Labuschagne "Die vroulike reproduksievermoë as regsobjek in die Bantoereg" 1976 *De Jure* 318; *Sila v Masuku* 1937 NAC (N en T) 121; Preston-Whyte "Kinship and marriage" in Hammond-Tooke *The Bantu-speaking peoples of Southern Africa* (1974) 187; Holleman 148; Cottran 19; De Clercq 248; Hartman 277.

36 Sien Lestrade "Some notes on the bogadi system of the Bahurutshe" 1926 *South African Journal of Science* 941.

37 Reuter 220. Krige "Woman-marriage, with special reference to the Lovedu - its significance for the definition of marriage" 1974 *Africa* 11 wys daarop dat 'n welgestelde vrou soms 'n ander vrou kan lobola en dan kan 'n man by lg vrou kinders verwek wat aan eg vrou behoort (sien ook *infra* 636 ev). Hierdie gebruik bevestig die teorie dat die vrou se baarvermoë 'n teenprestasie vir die lobolo is.

38 Sien by Dlamini 189; Derrett 153; Church 29; De Beer 239.

39 Olivier 168. Dit is egter nie duidelik of sy sonder haar vader of voog se medewerking die huwelik kan ontbind nie.

40 Sien Dlamini 177; Reuter 214.

41 138.

3 3 Religieuse funksie

Coertze⁴² wys daarop dat lobolo gegee word om die goedgegunstigheid van die voorvadergeeste van die vrou se familie te verseker sodat hulle haar vrugbaar sal maak.

3 4 Sosiologiese funksies

Die oordrag van lobolo is 'n poging "to soften the blow and try to obtain the friendship of the girl's family".⁴³ Lobolo bevorder derhalwe ordelikheid in die breë gemeenskap.

Lobolo het 'n verdere sosiologiese funksie deurdat dit aansien aan die vrou gee. Soos Kohler⁴⁴ verduidelik:

"The lobolo paid for her is the pride of the Kafir woman. Her low and menial position is compensated for in her eyes by the importance of woman as such, as expressed by the cattle given for her. This more mystical dignity, this pride of sex and realization of her position all find their outward expression in the passing of the lobolo cattle from the one sib to the other. The native woman is instinctively and unreasonably proud of the biological foundation of her position in society. She loves her hard and lowly lot and is proud of her lobolo. This is no individual price, for the amount given is the same for all. It is the collective expression of the biological importance of women in human society. An older or an ugly girl or one with a physical disability required exactly the same amount of lobolo as a handsome young girl. To the native this seems natural, because the idea that the one girl is 'worth' more than another is foreign to his way of thinking and since it is not the girl's 'value' that he is paying for when he drives his cattle to her father's kraal."

3 5 Juridiese funksies

Die lewering van lobolo het ook funksies wat as juridies van aard beskou kan word. Hieronder kan die volgende onderskei word:

3 5 1 Die huwelik word daardeur gewettig

Die lewering van lobolo is 'n huweliksvereiste. Daarsonder kom 'n geldige huwelik nie tot stand nie.⁴⁵ Harries⁴⁶ verduidelik dit soos volg:

"The payment of lobolo is the very foundation upon which the institution of marriage according to native law rests. In the place of solemn vows it gives marriage a binding effect; it imposes upon the husband the main obligation of refraining from doing certain acts which would justify his wife in leaving him, thus forfeiting the cattle that were paid for her; it binds the woman to her husband, for if she leaves him without good cause, complications would arise with her own people, to whom the husband would look for the return of his lobolo . . ."

Derrett⁴⁷ wys verder daarop dat die lewering van lobolo 'n "public record and expression of the coming into being of a new matrimonial relationship" is.

42 352; sien ook Olivier 89 en Van Tromp *Xhosa law of persons* (1947) 48 se bespreking van Kropf se teorie.

43 Krige in Schapera (red) 113.

44 *Marriage and custom in Southern Natal* (1933) 68-69; sien ook Molema 124; Coertze 299.

45 Sien Torday 7; Evans-Pritchard 172; Lugg 23; Lestrade 938; Simons "Customary unions in a changing society" 1958 *Acta Juridica* 331; Reuter 232; Machean *A compendium of Kafir laws and customs* (1866) 66; Schapera 138; Swanepoel 59; Poulter 148; Preston-Whyte 187; Stayt 143; Mair 14.

46 *The laws and customs of the Bapedi* 3.

47 153.

Church⁴⁸ is egter van mening dat huwelike in sekere gevalle tog as wettig beskou word sonder dat lobolo gelewer is. Daar sal myns insiens in sodanige gevalle nietemin 'n ooreenkoms moet bestaan om lobolo te lewer.⁴⁹ Indien nie, geld die volgende opmerking van Phillips en Morris:⁵⁰

"Where the question arises of the abolition or abandonment (either generally or in individual cases) of bride-price payments, it is likely that some provision will have to be made (if it does not already exist) for alternative modes of signaling the conclusion of a valid 'customary' marriage."

3 5 2 Dit bepaal die regstatus van die kinders

Die lewering van lobolo en die gevolglike sluiting van 'n geldige huwelik het tot gevolg dat die kinders wat uit die vrou gebore word, aan die man (en sy familie) behoort.⁵¹ Die kinders verkry hierdeur erf- en opvolgingsregte in die man se familie⁵² en die man (voog) verkry ouerlike gesag oor hulle.⁵³

3 6 Lobolo as huwelikstabiliseerder

Aansluitend by die sosiologiese funksies van lobolo hierbo⁵⁴ bespreek, voer verskeie skrywers aan dat lobolo ook die huwelik stabiliseer. Lobolo dra inderdaad op 'n tweërlei wyse by tot die stabilisasie van die huwelik:

(a) Eerstens beskerm dit die vrou teen swak behandeling deur die man want hy weet dat hy daardeur die risiko loop om die lobolo te verloor wat hy gelewer het.⁵⁵

(b) Die lewering van lobolo voorkom daarbenewens oor die algemeen egskieding omdat die man voortdurend bewus daarvan is dat sy optrede tot huweliksontbinding kan lei en hy daardeur die beste kan verloor. Die vrou se vader of voog sal boonop druk op haar uitoefen om nie so op te tree dat die huwelik as gevolg van haar optrede ontbind nie want dan sal hy die lobolo moet terruggee.⁵⁶ Familiebelange kan deur die lobolo-gebruik derhalwe voorkeur bo die individuele outonomie van die eggenote verkry.

48 29.

49 Sien Olivier 47 ev.

50 *Marriage laws in Africa* (1971) 93.

51 Reuter 218; Swanepoel 59; Junod (1962) 279; Marwick *The Swazi* (1966) 125; Poulter 153; Preston-Whyte 187; Molema 125; Coertze 287.

52 Sien Jeffreys 145; Levitas 86.

53 Derrett 153; Barnes *Marriage in a changing society* (1951) 6; Muller "On bridewealth and meaning among the Rubika, Plateau State, Nigeria" 1978 *Africa* 161.

54 Par 3 4 hierbo.

55 Olivier 88-89; Schapera 138; Marwick 125; Hunter *Reaction to conquest* (1936) 213; Molema 124; Hartman 275. Sien ook Soga 263: "It may well be understood that a primitive people living close to nature, and, therefore, with a morality of a low order, needs some custom or law to secure for a woman her human rights and the protection of her person, and through her to protect family and tribal life.

"With a low morality, without law or custom to keep in check unbridled passions, men would live much as the animals do. They would take women, live with them until such time as they desired a change, then discard them for others, and continue to act thus *ad libitum*. Under such conditions family life and tribal life would be non-existent. To preserve these it became necessary for the Bantu to protect womankind, and to this end they instituted the custom of *lobola* - a custom which has not only the sanction of Bantu law, but its entire support."

56 Sien Dlamini 171; Bekker en Coertze 150; Junod (1962) 279; Poulter 155; Hunter 212; Mair 14; Coertze 293.

4 HEDENDAAGSE FUNKSIES VAN LOBOLO

Vervolgens word die hedendaagse funksies van lobolo van nader betrag. Dit is egter nodig om eers enkele agtergrondopmerkinge in dié verband te maak.

4 1 Agtergrond

4 1 1 Die onderskeid tussen 'n verwagtingsfunksie en 'n werklike funksie

Daar moet eerstens onderskei word tussen 'n funksie of doel wat die party(e) met die lobolo beoog ('n verwagtingsfunksie) en 'n funksie of doel wat dit inderdaad het ('n werklike funksie).⁵⁷ Hierdie twee moontlike funksies van of doelstellings met die lewering van lobolo kom nie noodwendig ooreen nie.

4 1 2 Lobolo en 'n gemeenregtelike huwelik

Lobolo word dikwels saam met 'n gemeenregtelike huwelik gelewer.⁵⁸ Die lobolo-ooreenkoms is natuurlik nie 'n vereiste vir 'n geldige gemeenregtelike huwelik nie maar baie swartes is nie hiervan bewus nie.⁵⁹ Daar moet verder in gedagte gehou word dat dit vanaf die begin staatsbeleid was om die gemeenregtelike huwelik onder swartes te bevorder.⁶⁰

4 1 3 Aard, omvang en voorsiening van lobolo

Lobolo word hedendaags, veral in stedelike gebiede, hoofsaaklik in die vorm van geld (en nie beeste nie) gegee. Die rede hiervoor is dat beeste nie in stedelike gebiede aangehou mag word nie.⁶¹

Inligting dui daarop dat lobolo hedendaags 'n oordrewe ekonomiese kleur aangeneem het. Die bedrae wat as lobolo gevra word, is so groot dat die man 'n geruime tyd neem om dit bymekaar te maak. Dit vertraag huweliksluiting en bevorder saamwoon buite huweliksverband.⁶² Blykens 'n koerantberig⁶³ is lobolo

57 Sien Dlamini "The modern legal significance of ilobolo in Zulu society" 1984 *De Jure* 150.

58 Sien Peart 158.

59 Dlamini 1984 *De Jure* 149.

60 Simons "The status of customary unions" 1961 *Acta Juridica* 27.

61 Sien Mathewson "Impact of urbanization on 'lobola'" 1959 *Journal of Racial Affairs* 75; Krige "Changing conditions in marital relations and parental duties among urbanized natives" 1936 *Africa* 14. In die *Pretoria News* van 1985-09-24 word gerapporteer (19) dat 95% van alle swartes nog lobolo by huweliksluiting lewer.

62 Sien De Haas "Is there anything more to say about lobolo?" 1987 *African Studies* 41; Mathewson 75; Holleman "African marriage at the cross-roads" 1960 (4) 27, 1961 (1) 32 en 1961 (2) *Race Relations Journal* 17; Murray "High bridewealth, migrant labour and the position of women in Lesotho" 1977 *Journal of African Law* 80. Harries in Phillips (red) 370 haal die volgende aan wat 'n Rooms-Katolieke sendeling hieroor gesê het: "[O]nly the rich or the well-placed have the means to pay for a wife without great difficulty. This condemns the majority to an indefinitely long celibacy. They have to migrate to industrial centres for long periods in order to save money for bride-price. Very few can pay it outright, but in successive instalments, sometimes borrowing even to be able to do this. So long as they have not paid all, the fiancée, before the conclusion of the marriage, or the wife afterwards, can be taken back by the head of the family and given to another man for a higher price. An increasing number of young men and women get tired of waiting and, in spite of customary law, betake themselves to concubinage and form free and temporary unions. This is one of the most formidable disorders affecting the youth of today, even Christian youth, and this disorder threatens to become accepted by public opinion as a new and legitimate custom."

63 "Daar's nou glad AVB op lobolo" *Beeld* 1983-01-21 1.

soms so hoog, veral vir gegradueerde vroue, dat sommige vroue vrees dat hulle nooit 'n huwelik sal kan sluit nie.

Meisies help soms die kêrel om die lobolo-bedrag bymekaar te maak deur 'n deel van hulle verdienste aan hom oor te dra.⁶⁴ Hieroor sê Holleman:⁶⁵

"This is no longer an extension of the scope of the lobolo, but a contradiction of it. For it cannot possibly mean that the bride pays this with the intention of securing for her husband (and husband's family) his parental rights to her children. Rather the contrary seems true. With this tremendous gesture she serves three purposes: to attain, in proper fashion, the enhanced status of a married woman; to fulfil her obligation towards her own family and so secure her right to fall back on their support when she needs it; to assert her independence as a wage-earner, wife and mother, should the man fail her as a husband and father of her children. For he would indeed be a bold man who, having received lobolo for his wife from her own hands, would pursue a claim for its return or for his right to the children, should the marriage later fail."

In die lig van onder andere die hoë bedrae wat as lobolo geëis word, is al aanbeveel dat dit as huweliksvereiste afgeskaf moet word.⁶⁶

4 1 4 Die effek van menslike individualisme en outonomie op die lobolo-gebruik

Die opkoms van die filosofie van die menslike outonomie en die gevolglike respek vir die individu se vryheid, individualiteit en waardigheid het ook 'n effek op die lobolo-verskynsel gehad. Die belange van die individu verkry al hoe meer prioriteit bo dié van die groep. Hieroor sê Holleman tereg:⁶⁷

"It is against a background of an emerging individualism born of a crumbling traditional culture and a largely shattered kinship structure, of a moral instability partly conditioned by the grossly unbalanced sex ratio at the ages of courtship and marriage, and of severe economic stress – paradoxically accompanied by a steep cash lobolo – that we have to approach the new concept of lobolo."

Die huwelikstabieleit wat die lewering van lobolo vroeër bewerkstellig het, word nou veel eerder geskep deur wedersydse liefde en respek.⁶⁸ Die opkoms van die feministiese beweging en die gevolglike opstand teen dominasie deur die man is besig om ook die swart samelewing tot in sy wortels te skud.⁶⁹ Dit gebeur in praktyk reeds dat die vrou self die lobolo aan haar man terugbetaal as sy nie met die huwelik wil voortgaan nie.⁷⁰

Dit gebeur soms dat die man sy vrou en kinders vir 'n lang tydperk verlaat. In sodanige omstandighede ontvang die vrou soms haar dogter se lobolo om haarself en die kinders te onderhou. Indien die moeder van die meisie 'n weduwee is, word soms onderhoud vir haar (die weduwee) in plaas van lobolo geëis.⁷¹

64 Sien De Haas 38.

65 1961 (2) *Race Relations Journal* 18.

66 Hlophé "The Kwazulu Act on the Code of Zulu Law, 6 of 1981 – a guide to intending spouses and some comments on the custom of lobolo" 1984 *CILSA* 168; sien hierteenoor Dlamini "Should ilobolo be abolished? A reply to Hlophé" 1985 *CILSA* 361.

67 1961 (2) *Race Relations Journal* 16.

68 Sien Dlamini 1984 *De Jure* 151–152.

69 Sien MacKinnon "Feminism, Marxism, and the State: toward feminist jurisprudence" 1983 *Signs* 635; sien ook Murray 82.

70 Holleman 1961 (2) *Race Relations Journal* 19.

71 Krige 1936 *Africa* 15.

4 2 Kontinuering van tradisionele funksies

Baie swartes sien die lobolo-gebruik as 'n Afrika-gewoonte wat hulle van veral die blankes onderskei en daarom moet dit behoue bly.⁷² Dit is interessant om daarop te let dat dié gebruik in die verre verlede ook deel van die blankes se kultuur gevorm het.⁷³

Verskeie tradisionele funksies van lobolo het behoue gebly.⁷⁴ Dit wettig nog steeds die huwelik behalwe in die geval van 'n gemeenregtelike huwelik. Ook word die kinders steeds daardeur gewettig behalwe in die geval van 'n gemeenregtelike huwelik.⁷⁵ Dit het veral by huwelike waar daar nog 'n mate van groepsoriëntering bestaan, die effek om die huwelik te stabiliseer.⁷⁶ Dit voorkom ook nog in sekere gevalle dat die vrou sleg behandel word, asook egskedding in die algemeen.⁷⁷ Trouens, al die funksies wat hierbo⁷⁸ genoem is, het in 'n mindere of meerdere mate nog betekenis.

4 3 Hedendaagse funksies van 'n ekonomiese aard

Die lobolo word in hedendaagse konteks gesien as 'n vergoeding betaalbaar aan die vrou se familie (ouers) vir (a) die verlies van haar verdienvermoë; (b) die verlies van haar kinders en haar dogters se lobolo; (c) die verlies van die geld aan haar opvoeding bestee; en (d) die huweliksonkoste wat aangegaan is.⁷⁹ Die vergoeding wat gelewer word, is eerder 'n simboliese as 'n werklike vergoeding want 'n bepaalde bedrag word gegee ongeag die werklike uitgawes.⁸⁰ Soos hierbo⁸¹ uitgewys is, kan 'n man van sy lobolo-verpligtinge vrygestel word as hy onderneem om sy vrou se weduwee-moeder te onderhou.

4 4 Hedendaagse funksies van 'n sosio-psigologiese aard

In die verband kan die volgende vermeld word:

- (a) Daar bestaan groot onkunde onder swartes ten aansien van die lewering van lobolo saam met 'n gemeenregtelike huwelik. Baie swartes, selfs geleerdes, is nog onder die indruk dat die lewering van lobolo 'n geldigheidsvereiste vir 'n gemeenregtelike huwelik is.⁸²
- (b) Die lewering van lobolo dui daarop dat die man 'n verantwoordelike persoon is aangesien hy die dissipline aan die dag gelê het om die geld bymekaar te kry.⁸³

72 Mathewson 73; Dlamini 1984 *De Jure* 153; Brandel 48; Poulter 155.

73 Sien Dlamini 48-60.

74 Dlamini 1984 *De Jure* 150.

75 Holleman 1961 (2) *Race Relations Journal* 17; Mathewson 73.

76 Dlamini 1984 *De Jure* 150; Mathewson 73.

77 Brandel 41.

78 3.

79 Brandel 42-43; Dlamini 1984 *De Jure* 152; Eloff 'n *Volkekundige studie van aanpassing en ontwikkeling in die gesinslewe van die naturelle van Atteridgeville* (MA-verhandeling Universiteit van Pretoria 1952) 109; Sievwright "Marriage in contemporary urban Bantu-speaking communities in the Republic of South Africa" 1965/1966 *Acta Juridica* 158; Labuschagne "Regsakkulturasie, die lobolo-kontrak en 'n gemeenregtelike huwelik" 1985 *Speculum Juris* 15.

80 Dlamini 1984 *De Jure* 152.

81 Par 4 1 3 hierbo.

82 Dlamini 440 vn 2; Labuschagne 1985 *Speculum Juris* 15.

83 De Haas 41.

- (c) Die lewering van lobolo skep 'n band van goedgesindheid tussen die twee families.⁸⁴
- (d) Deur lewering van lobolo wys die man waardering vir die vrou en haar selfwaarde word daardeur gunstig beïnvloed.⁸⁵
- (e) Indien lobolo gelewer word, beskou die gemeenskap die partye as wettig getroud⁸⁶ en dit skep by hulle 'n gevoel van volledig-getroud-wees.⁸⁷

4 5 Samevatting

Die nuwe funksies wat lobolo aanneem, is in die besonder ten aansien van 'n gemeenregtelike huwelik meer sosio-psigologies as juridies van aard.⁸⁸ Brandel verklaar samevattend:⁸⁹

"There is the peculiar penury of urban Africans which confronts them with new insecurities and new needs. No new institutions for satisfying these have as yet been able to emerge and find general acceptance; and Africans have thus far made an erratic response to European attitudes and institutions that might be appropriate in the new circumstances in which they find themselves.

In the attempt to satisfy certain new needs by means of the *lobolo*, this ancient institution has been charged and overloaded with expectations, ideas, values and sentiments, which have assumed the significance of entirely new functions which *lobolo* is expected to perform."

5 KONKLUSIE

Die lewering van lobolo by huweliksluiting is klaarblyklik 'n gebruik wat sy oorsprong in die koophuwelik van die verre verlede het. By die blankes het dit honderde jare gelede al uitgesterf. Of dit ook die geval by die swartes sal wees, is 'n vraag wat slegs deur tyd beantwoord sal kan word. Die grootste nadeel van die hedendaagse lobolo-gebruik is dat dit tot misbruik⁹⁰ aanleiding kan gee en dat dit steeds die waardigheid en outonomie van die vrou ondermyn. Laasgenoemde sal miskien, meer as enigiets anders, uiteindelik tot die verdwyning van die lobolo-verskynsel aanleiding gee.

84 *Ibid.*

85 *Ibid.*; Brandel 42; Dlamini 1984 *De Jure* 151.

86 Labuschagne 1985 *Speculum Juris* 15; De Haas 41; Sievwright 158; Dlamini 1984 *De Jure* 149.

87 Eloff 109; Labuschagne 1985 *Speculum Juris* 15.

88 Dlamini 1984 *De Jure* 154.

89 39.

90 Sien par 4 1 3 hierbo.

Die reg aangaande onregmatige mededinging sedert 1983

(vervolg)*

J Neethling

BA LLM LLD

Professor in die Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika

6 ONREGSTREEKSE INWERKINGS OP DIE WERFKRAG

(vervolg)

3 Aanleuning²⁷⁷

Aanleuning ("misappropriation"), wat daarin bestaan dat een ondernemer die *reklamewaarde* van 'n ander ondernemer se handelsnaam, handels- of diensmerk (as reklametekens) ongemagtig benut, kan sowel binne as buite mededingingsverband voorkom en dit kan op 'n openlike of bedekte wyse geskied.²⁷⁸

*Openlike aanleuning*²⁷⁹ Van Heerden en Neethling²⁸⁰ se standpunt dat openlike aanleuning in die vorm van vergelykende reklame binne mededingingsverband in beginsel onregmatige mededinging daarstel, word ook – weliswaar op ander gronde – deur Dean²⁸¹ gehandhaaf. Waar eersgenoemde skrywers bedoelde optrede as in stryd met die mededingingsprinsiep ag, is Dean²⁸² van mening dat vergelykende reklame *contra bonos mores* is omdat

"both the ethical standards of the advertising and marketing community²⁸³ and the interpretation of the *boni mores* in the field of marketing of consumer goods by the

* Sien 1991 *THRHR* 204–235.

277 Van Heerden en Neethling 121–129.

278 *Idem* 121–122; Rutherford "Misappropriation of the advertising value of trade marks, trade names and service marks" in Neethling (red) 55–58; Neethling 1990 *THRHR* 584. Sien in die algemeen verder Rutherford *idem* 64–67 oor maatskappijlike statutêre beskerming teen aanleuning in ons reg.

279 Van Heerden en Neethling 122–123; Rutherford in Neethling (red) 58–59.

280 123; sien ook Rutherford in Neethling (red) 58.

281 "Comparative advertising as unlawful competition" in Neethling (red) 120–123 ("Comparative advertising: is it permissible in South Africa?") 1990 *BML* 107–110.

282 In Neethling (red) 123; 1990 *BML* 110.

283 Dean (in Neethling (red) 121–122; 1990 *BML* 109–110) baseer hierdie been van sy argument op die feit dat die ASA (Advertising Standards Authority of South Africa)-Kode vergelykende reklame verbied en dat die kode aanvaar word deur ander liggamme wat by die advertensiewese betrokke is.

legislature and the court²⁸⁴ have determined that the general forms of comparative advertising constitute misconduct on the part of the advertiser”.

Dean se redenasie verdien steun aangesien dit – anders as in die geval van die mededingingsprinsiep – positiefregtelik ’n goeie grondslag bied waarop die houe openlike aanleuning binne mededingingsverband as onregmatig kan veroordeel. Dit geld veral ook ten aansien van openlike aanleuning buite mededingingsverband²⁸⁵ aangesien die mededingingsprinsiep uit die aard van die saak hier geen rol speel nie.²⁸⁶

*Bedekte aanleuning*²⁸⁷ In hierdie verband moet kennis van die beslissing in die *Union Wine-saak*²⁸⁸ geneem word waar daar van bedekte aanleuning binne mededingingsverband²⁸⁹ sprake was. Die feite is kortliks soos volg. Bellingham Johannisberger, een van Bellingham se agtien wyne, is in Suid-Afrika ’n baie bekende en gewilde halfsoet witwyn met ’n vrugtesmaak. Hierdie wyn word reeds vir meer as dertig jaar (sedert 1957) deur die applikant, ’n wynprodusent en -handelaar, hier te lande bemark; dit het inderdaad as gevolg van sy medium prys en betreklik konstante goeie gehalte die bes verkoopte wyn in sy prysklas in Suid-Afrika geword. In 1989 bring die respondent, ook ’n wynhandelaar, ’n soortgelyke wyn, genaamd Edward Snell Johannisberger, op die mark. Die applikant vra ’n interdik op grond van onregmatige mededinging aan ten einde die respondent te verbied om die naam Johannisberger ten aansien van sy wyn te gebruik.²⁹⁰

Regter Van Deventer som die geskilpunte met betrekking tot die meriete van die eis soos volg op.²⁹¹

284 In hierdie verband verwys Dean (in Neethling (red) 115–120 122–123; sien ook Rutherford in Neethling (red) 65) na die feit dat die appèlhof in *Klep Valves (Pty) Ltd v Saunders Valve Co Ltd* 1987 2 SA 1 (A) (vgl ook *Miele et Cie GmbH and Co v Euro Electrical (Pty) Ltd* 1988 2 SA 583 (A)) beslis het dat vergelykende reklame mbt ’n geregistreerde handelsmerk ingevolge a 44(1)(b) van die Wet op Handelsmerke 62 van 1963 ’n aantasting van die merk daarstel. Hy volg: “As a question of policy and principle there is no reason why comparative advertising which does not utilise a registered trade mark . . . should be viewed differently to comparative advertising which denotes the competitors’ goods by reference to a registered trade mark.”

285 Bv waar ’n ondernemer in ’n advertensie te kenne gee dat sy grassnyer met dieselfde noukeurigheid as ’n Rolls Royce vervaardig is (sien Rutherford in Neethling (red) 59; vgl nietemin die *Moroka Swallows-saak* 1987 2 SA 511 (W) 531 (aangehaal *infra* vn 299)). Hier het ’n mens natuurlik nie met onregmatige mededinging te make nie.

286 Vgl Van Heerden en Neethling 79 124 vn 27.

287 *Idem* 123–129; Rutherford in Neethling (red) 59–63; Mostert “Aanleuning: skending van ’n handelsmerk en die reg op die werfkrag buite mededingingsverband” 1986 *THRHR* 173 ev.

288 1990 2 SA 189 (K); sien Neethling 1990 *THRHR* 578 ev vir ’n bespreking van hierdie saak.

289 In Van Heerden en Neethling 123 ev word net aandag aan bedekte aanleuning buite mededingingsverband gegee. Die rede is dat bedekte aanleuning binne mededingingsverband as selfstandige eisgrond (dws sonder dat daar ook van “passing off” sprake was), sover bekend, nog net in twee sake ter sprake gekom het wat albei eers na die verskyning van Van Heerden en Neethling in 1983 gerapporteer is, naamlik die *Union Wine-saak* 1990 2 SA 189 (K) en die *Moroka Swallows-saak* 1987 2 SA 511 (W) 531.

290 Eers in die Durbanse en later in die Kaapse afdeling (hier ter sprake) van die hooggeregshof. In die Durbanse saak, wat nie hier aandag geniet nie, baseer die applikant sy eis aanvanklik op twee gronde, naamlik aanklamping en onregmatige mededinging; lg grond word egter laat vaar. In die Kaapse saak word die eis weer net op onregmatige mededinging gegrond.

291 197.

- “1. Has the name ‘Johannisberger’ *per se* attracted goodwill in consequence of its use by applicant?
2. Is applicant likely to suffer erosion of such goodwill in consequence of respondent’s conduct?
3. If the foregoing questions are to be answered affirmatively, does the respondent’s conduct constitute wrongful competition?
4. If respondent’s conduct were to be found to amount to ‘unfair’ competition as opposed to unlawful competition, would it still be delictual?”

Die regter bevind dat die naam Johannisberger wel ’n werfkrag of reputasie ten aansien van die applikant se wyn opgebou het;²⁹² dat die applikant waarskynlik klante sal verloor as gevolg van die respondent se optrede,²⁹³ maar dat die gewraakte optrede nóg onder ’n erkende verskyningsvorm van onregmatige mededinging (soos “passing off”) tuisgebring kan word,²⁹⁴ nóg in die gedaante van “unfair” mededinging as deliktueel onregmatig gebrandmerk kan word.²⁹⁵ Gevolglik wys hy die eis van die hand.

Soos gestel, het ’n mens *in casu* met bedekte aanleuning binne mededingingsverband te make. Regter Van Deventer – asook regter Didcott in die Durbanse *Union Wine*-saak²⁹⁶ – bevind naamlik dat die naam Johannisberger ’n besonder goeie reputasie (dit wil sê ’n definitiewe reklamewaarde) in verband met die applikant se wyn verwerf het, welke reputasie oënskynlik deur die respondent ten aansien van sy wyn uitgebuit word.²⁹⁷ Nou is dit so, soos Rutherford²⁹⁸ tereg

292 198. Hy beklemtoon die feit dat as gevolg van “considerable effort and expenditure” in die promosie van die wyn vir meer as dertig jaar die naam ’n reputasie tot voordeel van die applikant verwerf het. Die naam Johannisberger het inderdaad so onderskeidend van die applikant se wyn geword dat dit voor die respondent se gewraakte optrede in 1989 “in the South African scenario exclusively” met die applikant se wyn geassosieer sou gewees het.

293 Die regter verduidelik (198): “I believe . . . that the applicant will inevitably lose some custom to the respondent on the simple basis that some less knowledgeable or fastidious patrons will ask only for ‘Johannisberger’ and be offered the respondent’s wine. Others will buy the respondent’s wine in the belief that it is either a similar or a sufficiently similar wine for their purpose, that is a wine falling within the same ‘taste spectrum’ . . . especially if it is offered as a cheaper wine.”

294 198–199; sien ook *supra* par 2(2) vn 35.

295 Na ’n ondersoek (200 ev) van die positiewe reg en na oorweging van die kriteria wat in hierdie verband ’n rol kan speel (soos “fairness and honesty”, die *boni mores*, “the general sense of justice of the community” en “public policy”) kom Van Deventer R tot die volgende slotsom (203): “However great a reputation and goodwill it [die naam Johannisberger] may have built up and however much money and energy may have been expended to achieve its share of the market, an unregistered trade mark or name has no statutory or judicial protection and it may be appropriated by competitors provided they do not mislead the public by passing off or compete unlawfully in some other manner . . . The principle of free and active competition in the market is public policy in South Africa and monopolies are regarded with disfavour . . . My conclusion is that in the absence of dishonesty, unfairness *per se* cannot serve as a criterion for unlawfulness . . . To the extent that the public policy and the interests of society may be relevant in this case, I do not think that the respondent’s use of the name ‘Johannisberger’ could be seen to be *contra bonos mores* or against the public policy.” (Sien *supra* par 3 vir kritiek op Van Deventer R se benadering wat *oneerlikheid* tot alleenstaande onregmatigheidskriterium skyn te verhef (vgl *supra* vn 120).)

296 1990 2 SA 180 (D) 184–185.

297 Vgl die woorde “even if I should find (despite respondent’s denial) that it did choose the name ‘Johannisberger’ in order to capitalise on the reputation that the applicant had built up” (198).

298 In Neethling (red) 59; vgl ook Van Heerden en Neethling 58 vn 50.

aandui, dat 'n bedekte aanleuningshandeling binne mededingingsverband in die reël tegelykertyd ook aanklamping daarstel – volgens hom is “reliance on misappropriation of the advertising value of the mark as a cause of action [dan] unnecessary”. Die vraag is egter of, *in die afwesigheid van aanklamping*, die gebruiker van 'n ongeregisteerde handelsmerk wat reklamewaarde het, nie op beskerming teen gebruik van die merk deur mededingers geregtig behoort te wees nie. Myns insiens moet hierdie vraag – anders as wat regter Van Deventer bevind²⁹⁹ – bevestigend beantwoord word en wel om die volgende oorwegings:

(i) Die gewraakte optrede is in stryd met die mededingingsprinsiep,³⁰⁰ die aanleuner trag naamlik om klante te trek, nie deur die meriete van sy eie prestasie (produkt) nie, maar deur die meriete van sy mededinger se prestasie. Van suiwer prestasiemededinging is daar beslis nie sprake nie. Gevolglik behoort die aanleuning as onregmatige mededinging aangemerkt te word vir sover 'n inwerking op die werfkrag van die getroffene waarskynlik is.³⁰¹

(ii) Die Duitse reg verleen reeds beskerming teen die uitbuiting van die reputasie van 'n bekende handelsmerk ten aansien van mededingende en nie-mededingende ware.³⁰²

(iii) Daar bestaan 'n wesenlike gevaar van die erosie of verwatering (“dilution”) van die reklamewaarde (aantrekkingskrag of magnetisme) van die handelsmerk.³⁰³ Sodoende word die reklamewaarde van die merk ten aansien van die betrokke prestasie verminder en die besondere onderneming se werfkrag dien-ooreenkomstig getref.³⁰⁴

299 Ook in die *Moroka Swallows*-saak 1987 2 SA 511 (W) 531 verklaar Stegmann R: “The mere fact that a person has made a name famous does not give him a right of property in the name. He cannot stop other entrepreneurs from making such use of the famous name in the marketing of their goods and services as they may be able to make without either defaming any person or causing a likelihood of confusion as to the origin of the goods and services. Provided that he does not commit the delicts of defamation or passing off or offend against any specific statutory prohibition, there is no reason why any entrepreneur should not take the benefit of such advantage as he may be able to gain in the marketing of his goods and services by associating them with names that have become famous.”

300 En daarom in beginsel ook *contra bonos mores* aangesien, soos aangedui is (*supra* par 5), die prinsiep net 'n konkretisering van die *boni mores*-kriterium is.

301 Vgl Van Heerden en Neethling 123 mbt openlike aanleuning. (Soos gesien, het Van Deventer R bevind dat daar *in casu* wel 'n waarskynlike inwerking op die applikant se werfkrag voorhande was.)

302 Hierdie selfstandige skuldoorsaak word “Rufausbeutung” genoem (sien Mostert *Grondslae* 405–407; 1986 *THRHR* 187–188).

303 Sien in die algemeen oor “dilution” Mostert *Grondslae* 393–404; 1986 *THRHR* 180–186; Rutherford in Neethling (red) 56–57 59–60; Salmon “Dilution as a rationale for trademark protection in South African law” 1987 *SALJ* 647 ev; Van Heerden en Neethling 124 126–127.

304 Rutherford in Neethling (red) 56 verduidelik dit soos volg: “The preservation of the reputation and unique identity of the trade mark and the selling power which it evokes is of vital importance to the trade mark proprietor in order to protect and retain his goodwill. Other traders will frequently wish to exploit the selling power of an established trade mark for the purpose of promoting their own products . . . Any unauthorised use of the trade mark by other traders will lead to the gradual consumer disassociation of the trade mark from the proprietor's product. The more the trade mark is used in relation to the products of others, the less likely it is to focus attention on the proprietor's product. The reputation and unique identity of the trade mark will become blurred. The selling power becomes eroded and the trade mark becomes diluted.” “Dilution” word in die

(iv) Soos Mostert³⁰⁵ oortuigend aantoon, is daar veel te sê vir die direkte beskerming³⁰⁶ van die reklamewaarde van 'n handelsmerk (as waardevolle vermoënsgoed) deur die erkenning van 'n selfstandige immaterieelgoederereg op die reklameteken (-beeld).³⁰⁷ Die *boni mores*-onregmatigheidsmaatstaf verskaf aan die howe die regsbasis nie alleen vir die erkenning van die reklamewaarde as regsgoed nie, maar ook vir die omlýning van die grense van die reg daarop.³⁰⁸

(v) Die argument dat die beskerming van die reklamewaarde van 'n handelsmerk 'n monopolie sal skep wat strydig met die openbare beleidsoorweging van vrye mededinging in Suid-Afrika is,³⁰⁹ oortuig nie. Dit is myns insiens eerder in ooreenstemming met die regsgevoel van die gemeenskap (openbare beleid) om 'n ondernemer te beskerm teen die uitbuiting van die reklamewaarde van sy handelsmerk wat hy met koste en moeite opgebou het selfs al sou dit op monopolie-skepping neerkom.³¹⁰

vervolg van vorige bladsy

- Duitse en die Amerikaanse reg as 'n selfstandige eisgrond erken; die howe volg nietemin 'n konserwatiewe benadering deur net beroemde ("famous", "berühmte") merke teen erosie te beskerm (sien Mostert *Grondslae* 400 ev; 1986 *THRHR* 184–186; sien ook Van Heerden en Neethling 127 vn 46; Rutherford in Neethling (red) 67–68). Hierdie benadering kom te streng voor. Aangesien die beskermingsobjek teen erosie die reklamewaarde van 'n handelsmerk is, behoort alle merke wat sodanige waarde het, beskermingswaardig te wees (Mostert *Grondslae* 402). 'n Merk het reklamewaarde indien dit nie alleen bekend is nie maar ook 'n goeie naam het – die publiek moet dus die merk koppel aan 'n produk waarvan hulle 'n hoë dunk of goeie voorstelling het (Van Heerden en Neethling 122 vn 14; Mostert *Grondslae* 402). Dat dit *in casu* die geval was, behoef geen betoog nie.
- 305 *Grondslae* hfst IV V VI; sien ook "The right to the advertising image" 1982 *SALJ* 413 ev; Van Heerden en Neethling 127–128; Rutherford in Neethling (red) 63.
- 306 Anders dus as die indirekte beskerming dmv die werfkrag in gevalle (i) en (iii) hierbo.
- 307 Niemand sal tog ontken nie dat 'n ondernemer se reklametekens vir hom van groot immateriële ekonomiese waarde is – 'n waarde wat hy deur sy bedrewenheid, arbeidzaamheid en onkoste ontwikkel het. Daarom behoort die vrugte van sy skepping die ondernemer-skepper self en nie ander ondernemers nie, toe te val. Ander ondernemers behoort slegs met die toestemming van die reghebbende – en teen vergoeding – die reklamewaarde van sy teken(s) te kan benut. Die teenoorgestelde beskouing stel die ongemagtigde gebruiker in staat "om te maai waar hy nie gesaai het nie" en sodoende op die reklamewaarde van bedoelde tekens te teer. Hierdie gedagte blyk ook uit die applikant se bewering in die *Union Wine*-saak 1990 2 SA 189 (K) 195 dat "although [it] had no *dominium* in the name [Johannisberger] itself, it had a proprietary right in the goodwill inseparately attaching thereto, which goodwill was being filched by respondent or 'being used to gain a place in a competitive market'. The respondent was 'endeavouring to reap where it had not sown'. For this reason, it is unlawful conduct". Die reg op die reklameteken behoort dus in ondernemingsverband erken te word.
- 308 Sien Mostert *Grondslae* 347 ev. Alhoewel Mostert hom hoofsaaklik beywer vir die erkenning van die reg op die reklamebeeld buite mededingingsverband, geld sy argumente mi in 'n gelyke mate ook binne mededingingsverband, soos mbt die *Union Wine*-saak onder bespreking.
- 309 Sien die *Union Wine*-saak 1990 2 SA 189 (K) 203, aangehaal *supra* vn 295.
- 310 Vgl ook Rutherford in Neethling (red) 57; Mostert *Grondslae* 265–268 404 vn 64. Mostert verklaar in hierdie verband: "Vrye mededinging vereis noodwendig ook die vrye nabootsing van idees. Alhoewel so 'n vrye nabootsing van idees oor die algemeen in die handel toegelaat word, is dit op 'n sekere punt nie meer veroorloof nie. Dit is wanneer die betrokke idees, geesteskeppings verteenwoordig [soos die reklamewaarde van 'n handelsmerk] wat deur die immaterieelgoedereregte beskerm [behoort te] word. In hierdie gevalle dra die beleidsoorwegings wat die erkenning van sulke immaterieelgoedereregte verantwoord vanselfsprekend swaarder gewig as die konflikerende belang in vrye nabootsing en gevolglik ook vrye mededinging" (my kursivering).

(vi) Die feit dat daar geen presedent vir die beskerming van die reklamewaarde van handelsmerke in ons reg bestaan nie³¹¹ – trouens dat die hof in *Lorimar Productions Inc v Sterling Clothing Manufacturers (Pty) Ltd*³¹² so 'n eis buite mededingingsverband van die hand gewys het – doen ook nie afbreuk aan die meriete en noodsaaklikheid van bedoelde beskerming nie. Hierbenewens, soos reeds aangedui is,³¹³ maak die generaliserende benadering van ons deliktereg tot Aquiliese aanspreeklikheid in elk geval voorsiening vir onregmatige nuuthede, en word die resultaat van die *Lorimar*-saak deurgaans deur skrywers veroordeel.³¹⁴

Die slotsom is dus dat, gesien die groot reklamewaarde wat die naam Johannisberger in die *Union Wine*-saak ten aansien van die applikant se wyn verwerf het, regter Van Deventer, net soos regter Van Dijkhorst in die *Lorimar*-saak, 'n gulde geleentheid deur sy vingers laat glip het om selfstandige erkenning en beskerming aan die reklamewaarde van handelsmerke te verleen. Die hoop word uitgespreek dat die howe in die nabye toekoms weer die geleentheid sal hê om die *Lorimar*- en *Union Wine*-saak in heroorweging te neem.³¹⁵

4 Onbehoorlike beïnvloeding van afnemers³¹⁶

In hierdie verband ondersteun Labuschagne³¹⁷ die opvatting dat kommersiële omkoping in beginsel onregmatige mededinging daarstel.

5 Aanwending van 'n mededinger se bedryfsidees³¹⁸

*Verkryging en benutting van handelsgeheime of vertroulike bedryfsinligting*³¹⁹ Die howe het die gebaande weg voortgesit en die ongemagtigde verkryging en benutting van die handelsgeheime (vertroulike bedryfsinligting) van 'n mededinger as 'n verskyningsvorm van onregmatige mededinging behandel.³²⁰ Dit beteken natuurlik nie dat handelsgeheime net binne mededingingsverband beskermingswaardig is nie.³²¹ In die *Sage Holdings*-saak³²² het die hof inderdaad beslis dat

311 Sien die *Union Wine*-saak 1990 2 SA 189 (K) (aangehaal *supra* vn 35).

312 1981 3 SA 1129 (T) (Van Heerden en Neethling 126 128–129); sien ook die *Union Wine*-saak 1990 2 SA 189 (K) 202–203; die *Moroka Swallows*-saak 1987 2 SA 511 (W) 531 (*supra* vn 299).

313 *Supra* par 2(1)(2).

314 Van Heerden en Neethling 128–129; Mostert *Grondslae* 369 ev; Rutherford in Neethling (red) 62–63; Hertzog “Ongeligsensieerde karakterkommersialisering (‘character merchandising’) as daad van onregmatige mededinging in die Suid-Afrikaanse reg” 1982 *De Jure* 77 ev.

315 Vgl Rutherford in Neethling (red) 68–69 wat voorstel dat wetgewing te dien effekte aangeneem behoort te word.

316 Van Heerden en Neethling 130–132.

317 “Strafregtelike omkoping” 1989 *THRHR* 384–385 vn 106.

318 Van Heerden en Neethling 132–134.

319 *Idem* 132–141; sien ook Knobel in Neethling (red) 70–88 (1990 *THRHR* 488–501); Pienaar *Confidential trade information passim*.

320 Sien bv die *Multi Tube Systems*-saak 1984 3 SA 182 (D) 184; die *Aercrete*-saak 1984 4 SA 814 (D) 822; die *Petre and Madco*-saak 1984 3 SA 850 (W) 858; *Butt v Schultz* 1984 3 SA 568 (OK) 575 ev; *Kemp, Sacs and Nell Real Estate (Pty) Ltd v Soll* 1986 1 SA 673 (O) 690–693; *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 679–680 (A); die *Sibex*-saak 1988 2 SA 54 (T) 63–64; die *Easyfind International*-saak 1983 3 SA 917 (W) 927; die *Cambridge Plan*-saak 1987 4 SA 821 (D) 845–846; sien ook Knobel in Neethling (red) 72 vn 24; Van Heerden en Neethling 134–138.

321 Sien Van Heerden en Neethling 133 vn 82; Knobel in Neethling (red) 77 vn 44.

322 1991 2 SA 117 (W) 132.

onder andere die meeluistering van vertroulike besigheidsgesprekke deur 'n buitestaander (nie-mededinger) in beginsel onregmatig is.

Daar word ook bevestig³²³ dat alvorens bedryfsinligting as handelsgeheim kwalifiseer, dit *vertroulik*³²⁴ en *ekonomies waardevol*³²⁵ moet wees.³²⁶ Die vertroulikheidsvereiste verdien verdere aandag. Vertroulikheid beteken dat die betrokke inligting aan 'n beperkte personekring bekend is.³²⁷ So gesien, moet regter Mullins se opvatting in die *Butt*-saak³²⁸ bevraagteken word dat alle bedryfsinligting wat van *waarde* vir 'n mededinger is, vertroulik is.³²⁹ Daarom kom waarnemende appèlregter Nicholas se kritiek in *Schultz v Butt*³³⁰ veel nader aan die waarheid:

"In my opinion the learned Judge erred in this regard. Where nothing is said between the parties to a communication in regard to confidentiality, the criterion referred to [waarde-aspek] will be relevant to the question whether it was confidential.³³¹ But it is of the essence that the communication should be of secret or private matters. To be confidential, the communication must have the necessary quality of confidence about it, namely, it must be something which is not public property and public knowledge."³³²

In verband met vertroulikheid moet ook gelet word op die sogenaamde "springboard doctrine" van die Engelse reg wat hier te lande sy kop uitgesteek het.³³³

323 Vgl bv die *Easyfind International*-saak 1983 3 SA 917 (W) 929; *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 680; sien ook Knobel in Neethling (red) 73; Van Heerden en Neethling 133.

324 Daar word gewoonlik vereis dat die inligting "must be something which is not public property or public knowledge" (sien bv *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 680; die *Cambridge Plan*-saak 1987 4 SA 821 (D) 845; die *Easyfind International*-saak 1983 3 SA 917 (W) 927; sien ook Knobel in Neethling (red) 74; Van Heerden en Neethling 133); sien in die algemeen Pienaar *Confidential trade information* 8 18 ev.

325 In die *Soll*-saak 1986 1 SA 673 (O) 692 kon die regter nie vasstel of die tersake inligting "uit 'n mededingingsoogpunt van *waarde* was vir die partye" nie (my kursivering); vgl ook die *Multi Tube Systems*-saak 1984 3 SA 182 (D) 187; die *Easyfind International*-saak 1983 3 SA 917 (W) 929; vgl nietemin Knobel in Neethling (red) 75 vn 39 se kritiek op die benadering in sommige sake; sien in die algemeen verder Van Heerden en Neethling 133; Pienaar *Confidential trade information* 8 11 26 ev.

326 Sodanige handelsgeheime kwalifiseer as selfstandige immateriële regsgoed (sien Van Heerden en Neethling 132-133; Knobel in Neethling (red) 76; Du Plessis "Statutêr beskermd immaterieelgoedereregte en onregmatige mededinging (veral prestasieaanklamping)" in Neethling (red) 91-92; Pienaar *Confidential trade information* 38 ev 168; vgl Van Heerden 1990 *THRHR* 157; *contra* Joubert "Die reg en inligting" 1985 *De Jure* 34-45).

327 Van Heerden en Neethling 133; vgl ook *supra* vn 324.

328 1984 3 SA 568 (OK) 577.

329 Sien ook Neethling "Slaafse navolging of kopiëring van 'n mededinger se ontwerp - onregmatige mededinging" 1985 *THRHR* 233.

330 1986 3 SA 667 (A) 680.

331 Vgl nietemin Knobel in Neethling (red) 75 vn 39.

332 Volgens Knobel in Neethling (red) 74-75 is hierdie beoordeling van vertroulikheid *objektief* van aard. Hy vervolg dat die vertroulikheidsvereiste egter ook 'n *subjektiewe element* bevat, in die sin dat die eienaar 'n *geheimhoudingswil* mbt die betrokke inligting moet hê. Hierdie benadering verdien steun aangesien die eienaar in die afwesigheid van 'n geheimhoudingswil waarskynlik nie 'n regtens beskermingswaardige belang in die inligting het nie. Hierteenoor kan 'n geheimhoudingswil op sigself natuurlik nie inligting wat nie objektief vertroulik is nie, in 'n handelsgeheim omskep nie. In die *Petre and Madco*-saak 1984 3 SA 850 (W) 858 word die ooreenkomstig tereg verklaar: "It is trite law that one cannot make something secret by calling it secret."

333 Sien bv die *Multi Tube Systems*-saak 1984 3 SA 182 (D) 189-190; die *Aercrete*-saak 1984 4 SA 814 (D) 822; die *Butt*-saak 1984 3 SA 563 (OK) 578-579; sien ook Knobel in Neethling (red) 76 vn 42; Joubert "Kopieer van mededinger se produk as skending van outeursreg en as onregmatige mededinging" 1985 *THRHR* 110-111; Ferreira "Die beskerming van 'n werkgewer se handelsgeheime teen aanwending daarvan deur 'n voormalige werknemer" 1985 *Obiter* 145-146; Pienaar *Confidential trade information* 27-30.

Dit hou in dat die dader die handelsgeheim as 'n "unfair and improper headstart" of "springboard" gebruik om 'n voorsprong bo mededingers te behaal.³³⁴ Hierdie voorsprong is nietemin tydsgebonde in die sin dat dit verdwyn sodra die betrokke inligting algemeen bekend raak en dus nie meer vertroulik is nie³³⁵ – 'n feit, soos Knobel³³⁶ tereg uitwys, waarmee deeglik rekening gehou moet word by die berekening van skadevergoeding en die tydperk wat 'n interdik moet duur.

Voorbeelde van handelsgeheime of vertroulike inligting wat ter sprake gekom het, is tenderpryse,³³⁷ besigheidsgesprekke,³³⁸ lyste van klante,³³⁹ 'n tegniese proses³⁴⁰ en rekenaarsagteware (en -hardeware).³⁴¹

Wat die deliktuele aanspreeklikheidsvereistes vir hierdie verskyningsvorm van onregmatige mededinging betref,³⁴² verg 'n stelling in die *Multi Tube Systems*-saak aandag.³⁴³ Volgens regter Broome moet 'n werkgewer (applikant) wat deur middel van 'n interdik die misbruik van vertroulike inligting deur 'n werknemer (respondent) wil verhoed, die volgende vereistes bewys:

"(i) [T]hat confidential information exists; (ii) a relationship between the applicant and the . . . respondent in terms of which information was made known or became discoverable; (iii) *express or implied knowledge* of its confidentiality and values; (iv) revelation or disclosure to the potential or actual detriment of the employer."

Vir sover die gekursiveerde woorde die indruk laat dat skuld aan die kant van die dader 'n vereiste vir die interdik is, is dit vatbaar vir kritiek. Dit is gevestigde reg dat net onregmatigheid – en nie skuld nie – vir die interdik vereis word.³⁴⁴ Of die dader geweet het of behoort te geweet het dat die betrokke inligting 'n handelsgeheim is, is dus vir doeleindes van die interdik volkome irrelevant.³⁴⁵

Die volgende gesigspunte het in verband met die *onregmatigheidsvraag* in die huidige verband na vore gekom. Onregmatigheid word beoordeel aan die hand van die *boni mores* al word daar, soos in die *Sibex*-saak,³⁴⁶ nog direkte beroepe op die kriteria van "fairness and honesty" gedoen.³⁴⁷ Hiervolgens is die ongemagtigde verkryging en benutting van die handelsgeheime van 'n mededinger in beginsel *contra bonos mores*, en bygevolg ook *prima facie* onregmatig vir

334 Sien die *Multi Tube Systems*-saak 1984 3 SA 187 (D) 189.

335 *Ibid.*

336 In Neethling (red) 76 vn 42 87 vn 101; sien ook die *Multi Tube Systems*-saak 1984 3 SA 182 (D) 189.

337 *Sibex*-saak 1988 2 SA 54 (T).

338 *Sage Holdings*-saak 1991 2 SA 117 (W).

339 *Easyfind International*-saak 1983 3 SA 917 (W) 929; vgl die *Cambridge Plan*-saak 1987 4 SA 821 (D) 845–847. In die *Petre and Madco*-saak 1984 3 SA 850 (W) 858 is beslis dat 'n "technique" of giving presents to customers" nie 'n handelsgeheim uitmaak nie.

340 *Aercrete*-saak 1984 4 SA 814 (D) 821–822.

341 Skrywers het hieraan intensiewe aandag gegee (sien bv Du Plessis "Protection of computer software" 1985 *MB* 64–69; Van der Merwe *Computers and the law* (1986) 47–59; sien ook Knobel in Neethling (red) 71).

342 Van Heerden en Neethling 136–137.

343 1984 3 SA 182 (D) 185–186.

344 Sien *supra* par 2 by die bespreking van die interdik.

345 Sien Van Heerden en Neethling 136; sien ook Van Heerden 1990 *THRHR* 156–157; Knobel in Neethling (red) 87.

346 1988 2 SA 54 (T) 67.

347 Sien bv *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 678–680 (A); die *Sibex*-saak 1988 2 SA 54 (T) 63–64; sien ook Knobel in Neethling (red) 78; Pienaar *Confidential trade information* 47–54 54–59.

sover 'n (dreigende) inwerking op sy werfkrug waarskynlik is. Die aanwesigheid van 'n regverdigingsgrond maak natuurlik 'n andersins onregmatige handeling regmatig.³⁴⁸ Die vraag of die *openbare belang* in inligting die publikasie regverdig van vertroulike besigheidsgesprekke wat deur meeluistering bekom is, het juis in die *Sage Holdings*-saak³⁴⁹ ter sprake gekom. Na 'n noukeurige afweging van die applikant se belang in die integriteit van sy vertroulike inligting teenoor die openbare belang, kom die hof tot die slotsom dat die gewraakte optrede onregmatig was. Hierdie bevinding verdien instemming. Na analogie van die posisie wat by privaatheidsbeskerming geld of behoort te geld,³⁵⁰ behoort die openbaarmaking van vertroulike bedryfsinligting wat op 'n *onregmatige wyse* verkry is³⁵¹ in beginsel nie deur die openbare inligtingsbelang geregverdig te word nie. Die teenoorgestelde standpunt kan die massamedia net aan die versoeking blootstel om vertroulike bedryfsinligting op onregmatige wyse te bekom.

Die kwessie van belange-afweging kom op die onderhawige gebied³⁵² veral by die werkgewer-werknemerverhouding te pas.³⁵³ 'n Paar sake het hieroor gehandel maar nie nuwe beginsels gestel nie.³⁵⁴

Die *remedies* wat tot die getroffene se beskikking is, is afgesien van die *actio legis Aquiliae* en die interdik, "delivery up" en moontlik 'n Anton Piller-tipe bevel.³⁵⁵

*Aanwending van gepubliseerde bedryfsidees*³⁵⁶ Die regspraak bevestig in die algemeen dat, in die afwesigheid van statutêre beskerming (soos in die geval van patente, modelle en outeursreg), en uitgeslote die onregmatige kopiëring van

348 Sien Knobel *idem* 80; Pienaar *idem* 135-143.

349 1991 2 SA 117 (W) 133 ev.

350 Sien Neethling *Persoonlikheidsreg* 222-223 247.

351 Vgl die *Sage Holdings*-saak 1991 2 SA 117 (W) 128.

352 Van Heerden en Neethling 138-140; Knobel in Neethling (red) 82-84.

353 Oor *meervoudige reghebbendes* en die kwessie van "reverse engineering" sien Knobel *idem* 81-82.

354 Sien bv die *Easyfind International*-saak 1983 3 SA 917 (W) 927 waar die algemene beginsel soos volg gestel word: "I turn to the third question, which is whether unlawful competition has been established. Two decades ago there was a dearth of authority on this matter in our law. Since then there have been many decisions. I think it unnecessary to refer to them or the long discussions therein contained. To my mind the simple practical guide in cases of appropriation of confidential documents or ideas is the commandment 'Thou shalt not steal'. I hope that by saying this I do not call down on me the wrath of the doctors. I can already see what they may say. The word 'unscientific' may figure. But I do not see that simple practical test as being in conflict with the more elaborate definitions which may be needed in cases of complication. What is clearly established in our law is that it is unlawful for a servant to take his master's confidential information or documents and use them to compete with the master." Sien ook die *Multi Tube Systems*-saak 1984 3 SA 182 (D) 187 waar te kenne gegee is dat as 'n werknemer in diens geneem is om 'n handelsgeheim te ontwikkel, bly dit die eiendom van die werkgewer (Knobel in Neethling (red) 84 vn 74; Ferreira 1985 *Obiter* 142-144); die *Aercrete*-saak 1984 4 SA 814 (D) 821-822 waar beslis is dat wat die onderhawige regsgebied betref, daar geen verskil is tussen 'n werknemer en 'n ander maatskappy aan wie die handelsgeheim op 'n vertroulike basis beskikbaar gestel is nie; die *Sibex*-saak 1988 2 SA 54 (T) waar 'n direkteur van 'n maatskappy oor dieselfde kam as 'n werknemer geskeer word (sien Dillon "Directors' duties: competing with the company" 1988 *BML* 227-229).

355 Sien hieroor Knobel in Neethling (red) 84-88; Pienaar *Confidential trade information* 147 ev; sien ook Van Heerden en Neethling 136; vgl verder *supra* par 2 en Pienaar *idem* 153-165 oor die Anton Piller-tipe bevel.

356 Van Heerden en Neethling 141-143.

onderskeidings- en reklametekens,³⁵⁷ 'n ondernemer se gepubliseerde bedryfs-idees vryelik en selfs slaafs nagevolg mag word.³⁵⁸ Sodanige kopiëring is in beginsel dus nie *contra bonos mores* nie.³⁵⁹ Dit beteken egter nie dat ook die prestasie (produk) – anders dus as die idees waarop die prestasie berus – van 'n mededinger nagevolg mag word nie.³⁶⁰ Dit bring 'n mens by prestasieaanklamping.

6 Prestasieaanklamping³⁶¹

locus classicus in ons reg vir die erkenning dat prestasieaanklamping – dit wil sê waar nie net die idee nie, maar ook die *prestasie* van 'n mededinger tot basis van die eie prestasie gemaak word – in besondere omstandighede 'n verskyningsvorm van onregmatige mededinging³⁶² is, is die beslissing van die appèlhof in *Schultz v Butt*.³⁶³ In hierdie saak was Butt die ontwerper en vervaardiger van 'n besondere “catamaran”-tipe glasveselboot, genaamd die Butt-Cat. Hierdie boot was die resultaat van jarelange ondervinding, inisiatief en eksperimentering met gepaardgaande koste en moeite. Die Butt-Cat, wat weens betroubaarheid en gewildheid 'n suksesvolle kommersiële onderneming was, is veral gekenmerk deur die eiesoortige en uitnemende ontwerp van sy romp. Nie lank nie nadat Butt die boot begin bemark het, het Schultz 'n romp van 'n derde aangekoop en met behulp daarvan 'n gietvorm gemaak wat, uitgesonderd twee klein veranderinge, 'n identiese replika van Butt se gietvorm was. Hierdie gietvorm is toe aangewend om rompe te vervaardig vir 'n boot wat as die Supercat op die mark geplaas is. Terselfdertyd het Schultz onder andere die ontwerp van die romp as model by die Registrateur van Modelle laat registreer.

³⁵⁷ Sien *supra* par 6(2)(3).

³⁵⁸ In die *Taylor and Horne*-saak 1991 1 SA 412 (A) 422 verduidelik Van Heerden AR dit so: “As far as I am aware, it has never been suggested that the exploitation of a market established by a competitor for a particular product, or type of product, is in itself a form of unlawful competition. On the contrary, it appears to be generally accepted that, in the absence of statutory protection, the published idea or concept of a trader on which his product is based, may be freely taken over by a competitor even if the trader has already through his efforts built up a demand for his product . . . Take the case where a manufacturer was the first to conceive the idea of marketing beer in cans. His brand of beer so marketed proved to be immensely popular with the result that his competitor also began marketing his own beer in cans. It can surely not be contended that the competitor acted unlawfully merely because of his exploitation of a demand created by the manufacturer's efforts and originality.” Sien ook die *Easyfind International*-saak 1983 3 SA 917 (W) 925 waar dit soos volg gestel word: “The rule is clear that it is open to anyone to adapt the ideas and devices of his neighbour and apply them to his own goods provided that he clearly distinguishes his goods from those of his neighbour.” Sien verder die *Sea Harvest*-saak 1985 2 SA 355 (OK) 359–360; die *Weber-Stephen*-saak 1990 2 SA 718 (T) 729 735; *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 681; Pienaar *Confidential trade information* 13–15.

³⁵⁹ Vgl die *Sea Harvest*-saak 1985 2 SA 355 (OK) 358–359.

³⁶⁰ Van Heerden en Neethling 143.

³⁶¹ *Idem* 143–148; sien ook Du Plessis in Neethling (red) 100–103.

³⁶² Du Plessis *idem* 93–100 103–106 bepleit dat beskerming teen die navolging of kopiëring van 'n ondernemer se geestelike produkte, of teen prestasieaanklamping, nie net in 'n mededingingsituasie moet bestaan nie, maar ook *buite mededingingsverband* na verdienstelike gevalle uitgebrei behoort te word.

³⁶³ 1986 3 SA 667 (A); sien ook die hof *a quo* 1984 3 SA 568 (OK).

Butt vra vervolgens 'n interdik aan, eerstens om Schultz op grond van *inter alia* onregmatige mededinging³⁶⁴ te verbied om met die gewraakte optrede voort te gaan, en tweedens om die registrateur te gebied om die registrasie van die ontwerp te kanselleer. In appèl, net soos in die hof *a quo*, kom die hof tot die slotsom dat die kopiëring van die ontwerp onregmatige mededinging daarstel en staan die aansoek om sowel die verbod as die gebod toe.³⁶⁵ Vir huidige doeleindes is die hof se hantering van prestasieaanclamping as verskyningsvorm van onregmatige mededinging van belang.³⁶⁶

Waarnemende appèlregter Nicholas aanvaar as uitgangspunt dat³⁶⁷

"[a]nyone may ordinarily make anything produced by another which is in the public domain: One may freely and exactly copy it without his leave and without payment of compensation".

Hy vervolg:³⁶⁸

"But the question to be decided in this case is not whether one may lawfully copy the product of another, but whether A, in making a substantially identical copy, with the use of B's mould, of an article made by B, and selling it in competition with B, is engaging in unfair competition . . . This question has not arisen in any previous case in South Africa."

Met inagneming van³⁶⁹ veral die Amerikaanse beslissing in *International News Service v Associated Press*,³⁷⁰ Fellner³⁷¹ en Van Heerden en Neethling³⁷² kom die regter tot die volgende slotsom:³⁷³

"In my view the principles enunciated in the *International News Service* case, and the principles appearing from the passages quoted from Fellner, are generally in accordance with the broad equitable approach adopted by South African Courts in unfair competition cases . . . There can be no doubt that the community would condemn as unfair and unjust Schultz' conduct in using one of Butt's hulls (which were evolved over a long period, with considerable expenditure of time, labour and money) to form a mould with which to make boats in competition with Butt . . . In South Africa the Legislature has not limited the protection of the law in cases of copying to those who enjoy rights of intellectual property under statutes. The fact that in a particular case there is no protection by way of patent, copyright or registered design, does not license a trader to carry on his business in unfair competition with his rivals. In my view there is not in the present case any countervailing public interest to displace one's initial response to Schultz' methods of competition."

364 Die skending van outeursreg as verdere skuldoorsaak word vir doeleindes van hierdie bespreking daargelaat (vgl in die algemeen Dean "Reproduction of three-dimensional utilitarian objects - copyright infringement and unlawful competition" 1990 *Stell LR* 50-58 ("Copying industrial products - I: protection under copyright" 1990 *BML* 159-162)).

365 Die beslissing het heelwat reaksie by skrywers ontlok (sien wat die appèlhof betref, bv Corbett 1987 *SALJ* 60-63; Van Heerden 1990 *THRHR* 158-159; Boberg in Neethling (red) 35-37; "All's not fair in business competition" 1986 *BML* 62-64; Du Plessis in Neethling (red) 94-95; Dean 1990 *Stell LR* 60-66 ("Copying industrial products - II: unlawful competition" 1990 *BML* 188-190); en wat die hof *a quo* betref, Joubert 1985 *THRHR* 109-112; Neethling 1985 *THRHR* 233-237).

366 Nicholas WN AR se beskouings oor die onregmatigheidsvraagstuk en die kwessie van vertroulikheid by handelsgeheime is reeds behandel: sien *supra* par 2(2) 5 (veral vn 137-138) 6(5).

367 681; sien ook die *Weber-Stephen*-saak 1990 2 SA 718 (T) 729 735.

368 681.

369 Sien 681-683.

370 (1918) 248 US 215 (sien Van Heerden en Neethling 143-144).

371 *The future of legal protection of industrial designs* (1985).

372 144-145.

373 683-684.

Nou kan met die uiteindelijke *ratio decidendi* van die beslissing nie fout gevind word nie. Dit is naamlik dat waar 'n ondernemer die prestasie van 'n mededinger *direk of onmiddellik oorneem*,³⁷⁴ sy optrede in beginsel as onregmatige mededinging aangemerkt word. Hierdie bevinding word gerugsteun deur die feit dat afgesien daarvan dat sodanige prestasieaanklamping *contra bonos mores* is,³⁷⁵ dit beslis ook in stryd met die mededingingsprinsiep is.³⁷⁶

Wat egter wel bevraagteken moet word, is die feit dat die hof – anders as in die geval van direkte oorname – oënskynlik nie gekant is teen die *identiese of feitlik identiese navolging*³⁷⁷ van 'n mededinger se prestasie nie.³⁷⁸ Dean³⁷⁹ kom tot dieselfde slotsom waar hy sê:

“One is left with the clear impression that if Schultz had taken one of Butt’s catamaran hulls and had measured it in fine detail and thereafter constructed his own concrete ‘plug’ so as to conform with the measurements which he had taken and thereafter made a mould for his hull and subsequent hulls in the normal manner utilized by boat builders, the courts probably would not have held his conduct to be wrongful.”

Hierdie resultaat van die hof se beskouing – weliswaar *obiter* – is onaanvaarbaar. Daar is wat prestasieaanklamping betref in wese tog geen verskil tussen die direkte oorname en die identiese navolging van 'n mededinger se prestasie nie (prakties gesproke is dit trouens soms – soos *in casu* – moeilik om te besluit of 'n mens met die een dan wel die ander te make het). In albei gevalle maak die dader sy mededinger se prestasie tot grondslag van sy eie prestasie – optrede wat in beginsel duidelik in stryd met die mededingingsprinsiep is.³⁸⁰ Daarom

374 Sien hieroor Van Heerden en Neethling 143–144. Die beslissing in die *International News Service*-saak *supra* vn 370 bied juis 'n baie goeie voorbeeld van direkte oorname. 'n Verdere voorbeeld, wat aansluit by die feitstel in *Schultz v Butt*, is die geval in die Duitse reg waar 'n ondernemer die kunststofboot van 'n mededinger nagemaak het bloot dmv die reparasie van die mededinger se eie gebruikte gietvorm (sien Van Heerden en Neethling 143–144). Met verwysing na sowel die *International News Service*-saak as *Schultz v Butt* verklaar Van Heerden AR in die *Taylor and Horne*-saak 1991 1 SA 412 (A) 421: “It will be observed that in both the above cases B competed with A by, in a very real sense, selling A’s product as if it were its own product. Because this amounted to the filching of the fruits of another’s skill, labour, etc, it was held to be unlawful competition” (my kursivering).

375 Sien *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 678–679.

376 Sien Van Heerden 1990 *THRHR* 159; vgl Van Heerden en Neethling 145. In die *Taylor and Horne*-saak 1991 1 SA 412 (A) moes die hof die vraag beantwoord “whether a mere utilisation of a market built up by a competitor – without any form of *adoption of his product or performance* – is unlawful” (421) (my kursivering). Van Heerden AR beantwoord die vraag negatief (423): “In *Schultz’s* (at 679) this Court held that fairness and honesty are relevant criteria in deciding whether competition is unlawful, and that in judging of fairness and honesty regard is to be had to *boni mores* and the general sense of justice of the community. Applying these criteria in the light of the above considerations I do not think that the [mere] intrusion into the market [created by the efforts of a competitor] would be condemned by the community as unfair or unjust in a legal sense.”

377 Van Heerden en Neethling 145–146.

378 Vgl die aanhaling hierbo (vn 367) dat die produkte van andere “freely and exactly” (my kursivering) gekopieër mag word. Sien ook die *Weber-Stephen*-saak 1990 2 SA 718 (T) 729 (ook 735) waar Stegmann R dit soos volg stel: “The point of the decision in *Schultz v Butt* is that the use of a particular method of copying (*viz* using a rival’s article as a mould from which to make copies) may result in the delict of unfair competition . . . Nevertheless, precise copying by more laborious methods is not necessarily unlawful and need not result in the delict of unfair competition” (my kursivering).

379 1990 *Stell LR* 63 (1990 *BML* 190).

380 Sien Neethling 1985 *THRHR* 236; Van Heerden en Neethling 145.

behoort ook die identiese of feitlik identiese kopiëring van 'n mededinger se prestasie in beginsel as onregmatig aangesien te word.³⁸¹

Soos reeds gestel is,³⁸² kan die identiese navolging van 'n mededinger se prestasie nietemin weens funksionele noodsaak ("functional necessity") geregverdig wees.³⁸³ Nieteenstaande herhaling word daarom weer eens aan die hand gedoen dat die beslissing in die *Weber-Stephen*-saak,³⁸⁴ waar die identiese navolging van nie-noodsaaklike, nuttige eienskappe van 'n produk as regmatig aangemerkt is, ook wat prestasieaanklamping betref nie deur die howe gevolg behoort te word nie.³⁸⁵

7 Bemoeiing met die kontraktuele verhoudinge van 'n mededinger³⁸⁶

Daar is reeds uitgewys dat die appèlhofbeslissing in die *Dantex*-saak³⁸⁷ die deur oopgelaat het vir die erkenning van Aquiliese aanspreeklikheid weens die *nalatige* bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding. Dit geld vanselfsprekend ook die gebied van onregmatige mededinging.³⁸⁸

Wat die *opsetlike* bemoeiing betref, is beslis dat 'n mededinger wat 'n party tot 'n handelsbeperkende ooreenkoms ("restraint of trade") ondersteun om sy kontraktuele verpligtinge te verbreek, hom aan onregmatige mededinging skuldig maak. In *Genwest Batteries (Pty) Ltd v Van der Heyden*³⁸⁹ is die feite kortliks soos volg. A, B en C het *inter alia* met die applikant ooreengekom om nóg direk, nóg indirek deur enige ander maatskappy, met hom mee te ding. Hierdie ooreenkoms is verbreek deur A, B en C se betrokkenheid by twee mededingende maatskappye, D (waarvan A se vrou, met wie hy in gemeenskap van goedere getroud is, die enigste direkteur en aandeelhouer is) en E (wat 'n "joint venture" van A, B en C is). Die applikant vra 'n interdik aan om D en E te verbied om met hom mee te ding ('n interdik is reeds teen A, B en C in 'n vorige aansoek toegestaan). Die hof beslis dat D en E se optrede op 'n opsetlike bemoeiing met die kontraktuele verhouding tussen die applikant en A, B en C neerkom en staan die aansoek toe. Regter Goldstein verklaar:

381 Sien ook Dean 1990 *Stell LR* 65-66 (1990 BML 190). Hy sê (65): "Developing and perfecting utilitarian three-dimensional objects which do not qualify for patent or design protection often involves the utilization of considerable expertise, effort and entrepreneurial spirit as well as the expenditure of large sums of money. It is inequitable that a competitor should be able to reap the benefits of all this and simply copy an earlier product, thereby placing himself in a position where he can compete with that product with the minimum of trouble and expense and probably at a cheaper price because of his lower development expenses and cost structure. It is submitted that there is no good reason to differentiate between copying the design of another's boat by means of using the same 'plug' for making a mould and copying that design by some other means such as measuring it up meticulously." Vgl verder Knobel in Neethling (red) 82 vn 63.

382 Sien *supra* par 6(2) by die bespreking van die aanklamping van die "get up" van 'n produk; vgl ook die *Easyfind International*-saak 1983 3 SA 917 (W) 926.

383 Sien Van Heerden en Neethling 145-146, veral vn 58.

384 1990 2 SA 718 (T) (sien die verwysing *supra* vn 382).

385 *Ibid.* In *casu* het dit oor "passing off" gegaan.

386 Van Heerden en Neethling 149-152.

387 1989 1 SA 390 (A); sien *supra* par 2(1).

388 Vgl Van Heerden en Neethling 149 vn 74.

389 1991 1 SA 727 (T) 728-729. Dit is gevestigde reg dat die opsetlike bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding wat kontrakbreuk veroorsaak, deliktueel gedingsvatbaar is (sien Van Heerden en Neethling 149).

"Given the history, there is a reasonable apprehension that such respondents will continue to compete as they have done . . . Such competition would amount to intentionally assisting in breaching the undertaking. Such assistance is wrongful and can thus be interdicted . . . If the assistance can be interdicted then the manner in which it is rendered, viz by trading in competition with the applicant, can be interdicted too."

8 Mededinging in stryd met kontraktuele verpligtinge³⁹⁰

Die beslissing in *Sellers v Eliovson*³⁹¹ kan in hierdie verband vermeld word. In hierdie saak het die applikant sy aandele in twee maatskappye aan die respondente verkoop. In die koopkontrak het die applikant onderneem om vir 'n tydperk van drie jaar nie 'n klant van die maatskappye te "solicit or canvass for business" nie. Gedurende hierdie tydperk word die applikant deur een van bedoelde klante versoek om 'n tender vir bepaalde besigheid van die klant in te dien. Hierna vra die applikant 'n verklarende bevel dat hy wel vir die besigheid mag tender. Die hof beslis³⁹² dat aangesien 'n tender "an offer calculated to attract custom" is, dit ongetwyfeld "canvassing or solicitation for business" daarstel; bygevolg sou dit strydig met vermelde beding van die koopkontrak wees en word die aansoek van die hand gewys. Die slotsom is gevolglik dat indien die applikant wel 'n tender ingedien het, hy hom aan kontrakbreuk teenoor die respondente skuldig sou gemaak het. Daar bestaan egter onsekerheid in ons reg of dié optrede ook deliktuele onregmatige mededinging sou uitgemaak het.^{393 394}

9 Mededinging in stryd met statutêre voorskrifte³⁹⁵

Die howe bevestig, veelal in navolging van *Patz v Greene and Co*,³⁹⁶ dat mededinging in stryd met 'n statutêre voorskrif wat 'n ondernemer se werfkrag (waarskynlik) nadelig tref, onregmatige mededinging daarstel.³⁹⁷ Die *Silver Crystal*-saak³⁹⁸ kan ter illustrasie dien. Hier het 'n groothandelaar geweier om ware aan 'n kleinhandelaar te verskaf tensy hy die ware teen 'n 100% hoër prys herverkoop. (Die kleinhandelaar beweer dat hy die ware voorheen so geprys het dat hy dit vir 25% goedkoper as sy mededingers kon verkoop.) Die groothandelaar se

390 *Idem* 152–154.

391 1985 1 SA 263 (W).

392 266.

393 Sien Neethling, Potgieter en Visser 216–218 oor die sameloop van die *actio legis Aquiliae* en die kontrakaksie. Dit wil nietemin voorkom of die howe nie maklik die Aquiliese aksie naas die kontrakaksie sal erken in 'n geval waar 'n mens (soos *in casu*) met suiwer ekonomiese verlies (sien *supra* par 2 vn 20) te make het nie (sien Neethling, Potgieter en Visser 217 vn 65).

394 Vir verdere beslissings oor "restraint of trade"-bedinge (Van Heerden en Neethling 152 vn 9), sien bv *Magna Alloys and Research SA (Pty) Ltd v Ellis* 1984 4 SA 874 (A); *Book v Davidson* 1989 1 SA 638 (ZSC); die *Soll*-saak 1986 1 SA 673 (O); *Capecon (Pty) Ltd v Canon Western Cape v Van Nimwegen* 1988 2 SA 454 (K); *Sunshine Records (Pty) Ltd v Frohling* 1990 4 SA 782 (A); vgl ook die *Genwest Batteries*-saak 1991 1 SA 727 (T) (bespreek *supra* par 6(7)).

395 Van Heerden en Neethling 154–168.

396 1907 TS 427 (Van Heerden en Neethling 156–161).

397 Sien bv die *Trustees, BKA Besigheidstrust*-saak 1990 2 SA 102 (T) 109; die *Silver Crystal*-saak 1983 4 SA 884 (D) 888.

398 1983 4 SA 884 (D).

voorwaarde was egter ingevolge 'n statutêre bepaling³⁹⁹ op straf verbied. Regter Page beslis dat hierdie oortreding, gekoppel aan die inwerking op die kleinhandelaar se werfkrag, *contra bonos mores* en dus onregmatig is.⁴⁰⁰ Hy laat nietemin hierop volg.⁴⁰¹

“To the extent that it may be a requirement for the delict that the plaintiff should be in direct competition with the defendant, this requirement is satisfied to the extent that defendant required the goods not only for resale as a retailer but also for resale to other wholesalers.”

Hierdie beslissing kan onderskryf word aangesien daar min twyfel bestaan dat mededinging in stryd met die voorskrifte van die Wet op die Handhawing en Bevordering van Mededinging⁴⁰² wat op die werfkrag van 'n ondernemer inwerk, onregmatig is.⁴⁰³ 'n Mededingingsverhouding tussen die partye behoort egter nie 'n deliktuele aanspreeklikheidsvereiste te wees nie aangesien die nie-nakoming van 'n statutêre voorskrif (“breach of a statutory duty”) in beginsel onregmatigheid as delikselement ook tussen nie-mededingers konstitueer.⁴⁰⁴

Wat die *skadevereiste* betref,⁴⁰⁵ moet op die *Trustees, BKA Besigheidstrust*-saak⁴⁰⁶ gelet word. Die applikant het aansoek gedoen om 'n interdik wat die respondent verbied om in 'n sekere area in steenkool en steenkoolprodukte handel te dryf sonder dat hy oor 'n geldige algemene handelaarslisensie beskik. Die applikant baseer sy aansoek daarop dat die respondent sodoende onregmatig met hom meeding en hom ernstige skade berokken. Regter Van Zyl⁴⁰⁷ is van oordeel dat die applikant hom volgens die feite van die saak teen twee probleme stuit, naamlik eerstens of hy bewys het dat die respondent inderdaad handel dryf en tweedens of hy daadwerklike skade bewys het. Die hof bevind dat die applikant nie daarin slaag om hierdie feite te bewys nie en wys die aansoek van die hand.

Alhoewel nou met die hof se slotsom saamgestem word,⁴⁰⁸ verg regter Van Zyl se benadering tot die kwessie van skade tog nadere beskouing. Hy vereis naamlik,⁴⁰⁹ in navolging van *Patz v Greene*,⁴¹⁰ bewys van *daadwerklike* (gelede

399 GK R 1038 van 1969-06-25 (gepubliseer ingevolge a 6(5) van die Wet op die Beheer van Monopolistiese Toestande 24 van 1955, voortgesit deur a 21(2)(b) van die Wet op die Handhawing en Bevordering van Mededinging 96 van 1979).

400 Hy sê (888-889) “Applying these principles to the facts of the present case it is clear that the act of which the defendant complains had the effect of interfering with his free conduct of his trade by preventing him from offering for sale the goods in question at the price which he desired. This in turn impaired his right to attract trade by offering goods at those prices, in consequence whereof he suffered damage in the amount alleged. The act by which that right was impaired was an act which Parliament had declared to be a criminal offence and, therefore, unlawful.”

401 *Idem* 889.

402 96 van 1979 (sien *supra* vn 399).

403 Sien Van Heerden en Neethling 162-163; vgl *infra* vn 417.

404 Sien hieroor Neethling, Potgieter en Visser 58-59.

405 Van Heerden en Neethling 159-161.

406 1990 2 SA 102 (T).

407 109.

408 Van Zyl R bevind (111) nl tereg dat omdat die applikant nie bewys het dat die respondent handel gedryf het nie, “daar nie sprake van onwettige optrede kan wees wat tot onregmatige mededinging en skadeberokkening aanleiding sou gee nie”. (Vgl ook *supra* par 1 vn 8.)

409 109.

410 1907 TS 427-438 (Van Heerden en Neethling 158-159).

of potensiele) skade vir die interdik. Hierdie vereiste kom met die eerste oogopslag vreemd voor aangesien die interdik daarop gerig is om te voorkom dat onregmatig opgetree word en skade daarom nie vereis word nie. Nietemin moet steeds voor oë gehou word dat werfkragskending en vermoënsbenadeling hand aan hand gaan en dat, gesien die onliggaamlikheid van die werfkrag, skending daarvan trouens net bewys kan word deur op 'n oorwig van waarskynlikheid aan te toon dat skade gely is of gely sal word.⁴¹¹ Hoe dit ook al sy, dit lyk darem nie of die regter bewys van "special damage" – in Engelsregtelike sin van die presiese omvang daarvan – vereis nie, maar tereg net bewys van *waarskynlike* (gelede of toekomstige) skade.⁴¹²

Voorbeelde van statutêre voorskrifte wat in die huidige verband ter sprake was,⁴¹³ is bepalinge van die Wet op Handelswaremerke,⁴¹⁴ die Wet op Handelspraktyke,⁴¹⁵ die Wet op Wyn, Ander Gegiste Drank en Spiritualieë⁴¹⁶ en die Wet op die Bevordering en Handhawing van Mededinging.⁴¹⁷

7 REGSTREEKSE INWERKINGS OP DIE WERFKRAG⁴¹⁸

Besondere verskyningsvorme

1 Neerhalende bewerings ten aansien van 'n mededinger se onderneming, ware of dienste⁴¹⁹

Onware bewerings Die regspraak⁴²⁰ bevestig dat die publikasie van onware, neerhalende bewerings aangaande 'n ondernemer se onderneming, ware of dienste wat sy werfkrag tref, 'n delik ("injurious falsehood") daarstel, ongeag of die gewraakte optrede aan 'n mededinger – in welke geval onregmatige mededinging voorhande is – of aan 'n buitestaander toe te skryf is. Snaaks genoeg bestaan daar nietemin selfs in die appèlhof steeds onsekerheid of die Aquiliese aksie dan wel die *actio iniuriarum* die toepaslike remedie vir die verhaal van ska-devergoeding in hierdie gevalle is.⁴²¹ Hopelik sal die appèlhof die volgende geleentheid benut om eens en vir altyd hieroor klaarheid te verkry.⁴²²

411 Sien ook Van Heerden en Neethling 159.

412 Sien *idem* 27–28 159.

413 Vgl *idem* 161–163.

414 17 van 1941. Sien bv die *Escherich*-saak 1983 3 SA 810 (W) 814–815; *Sodastream Ltd v Berman Brothers (Pty) Ltd* 1984 4 SA 425 (T) 430 (vgl 1986 3 SA 209 (A) 245); die *Long John*-saak 1990 4 SA 136 (D) 150; vgl Van Heerden en Neethling 161–162.

415 76 van 1976. Sien die *Long John*-saak 1990 4 SA 136 (D) 149–150; vgl Van Heerden en Neethling 162–163.

416 25 van 1957. Sien die *Long John*-saak 1990 4 SA 136 (D) 150.

417 96 van 1979. Sien die *Silver Crystal*-saak 1983 4 SA 884 (D); Brooks in Neethling (red) 135; vgl Van Heerden en Neethling 162–163.

418 Van Heerden en Neethling hfst 7 (169–213).

419 *Idem* 170–189.

420 Sien bv die *R and I Laboratories*-saak 1990 3 SA 746 (K) 753 755.

421 Sien die *Caxton*-saak 1990 3 SA 547 (A) 560–561; *supra* par 2 vn 17; vgl Van Heerden en Neethling 171–176.

422 Dit behoeft natuurlik weinig betoog dat ska-devergoeding met die *actio legis Aquiliae* en genoegdoening met die *actio iniuriarum* verhaal word (sien Van Heerden en Neethling 14–16 175–176 183–185; Neethling *Persoonlikheidsreg* 75–78; *supra* par 2 by die bespreking van die *actio iniuriarum*).

Wat die *interdik* betref, is die beslissing in die *R and I Laboratories*-saak⁴²³ noemenswaardig. Die respondent het die handelsnaam van die applikant, die vervaardiger van "Like Silk"-skoonheidsmiddels, en die naam van die produk, weggelaat uit 'n gepubliseerde lys van die name van vervaardigers wie se skoonheidsprodukte ontwikkel is sonder wreedheid teenoor of uitbuiting van diere. Hierdeur is die verkeerde indruk gewek dat die applikant se produkte nie "cruelty free" is nie. Waarnemende regter Hoberman bevind dat die respondent se optrede wel "injurious falsehoods" bevat en staan 'n *interdik* toe wat die voortsetting daarvan verbied. Baie belangrik is dat die hof beslis dat opset nie 'n vereiste vir die *interdik* is nie.⁴²⁴ Dié stap in die regte rigting behoort die houe aan te spoor om nie, soos in die verlede dikwels voorgekom het,⁴²⁵ hierdie vereiste weer by te haal nie.

*Belastering van regspersone*⁴²⁶ Dit is gevestigde reg dat 'n inwerking op die werfkrag van 'n regspersoon weens belastering van die regspersoon die *actio legis Aquiliae* fundeer. Die vraag ontstaan egter of 'n regspersoon ook genoegdoening weens belastering kan verhaal. Hierdie vraag (en in samehang daarmee die vraag of 'n regspersoon oor 'n "persoonlikheidsreg" op die *fama* of goeie naam beskik) het onder andere in *Dhlomo v Natal Newspapers (Pty) Ltd*,⁴²⁷ die *Caxton*-saak⁴²⁸ en *Boka Enterprises (Pty) Ltd v Manatse*⁴²⁹ uitdruklik ter sprake gekom en die onsekerheid wat in hierdie verband in ons reg bestaan het, grootliks uit die weg geruim.⁴³⁰ In die *Dhlomo*-saak word naamlik onomwonde aanvaar dat sowel 'n handeldrywende⁴³¹ as 'n nie-handeldrywende⁴³² regspersoon belaster kan word

423 1990 3 SA 746 (K).

424 *Idem* 754-755; vgl *supra* par 2 by die bespreking van die *interdik*; Van Heerden en Neethling 179.

425 sien die beslissings aangehaal in Van Heerden en Neethling 177 vn 55.

426 *Idem* 184-185; sien ook Neethling en Potgieter 1991 *THRHR* 120-127.

427 1989 1 SA 945 (A).

428 1990 3 SA 547 (A).

429 1990 3 SA 626 (ZHC).

430 Voor die beslissing van die appèlhof in die *Dhlomo*-saak, het die posisie kortliks soos volg daar uitgesien (sien in die algemeen Van Heerden en Neethling 183-185; Neethling *Persoonlikheidsreg* 78-80; Neethling, Potgieter en Visser 268-269; Burchell *The law of defamation in South Africa* (1985) 39-53). Aan die een kant het verskeie beslissings (soos *AAIL (SA) v Muslim Judicial Council* 1983 4 SA 855 (K)) die standpunt gehuldig dat, anders as die natuurlike persoon, 'n regspersoon of *universitas* (soos 'n maatskappy, onderneming of universiteit) geen persoonlikheidsregte (die reg op die goeie naam inbegrepe) het nie en dus nie op grond van laster kan ageer nie (sien ook Boberg *Delict* 152). Aan die ander kant erken die regspraak (bv *A Newmann CC v Beauty Without Cruelty International* 1986 4 SA 675 (K) 688; *Multiplan Insurance Brokers (Pty) Ltd v Van Blerk* 1985 3 SA 164 (D) - sien Claassen "Kan 'n regspersoon belaster word?" 1986 *TRW* 92-96 vir 'n bespreking van lg saak) vir baie jare reeds dat 'n *handeldrywende* maatskappy wel op grond van laster kan ageer indien die gewraakte bewerings "[are] calculated to injure its business reputation, or to affect the trade or business which it was formed to carry on" (*Witwatersrand Native Labour Association Ltd v Robinson* 1907 TS 264 266). In sodanige gevalle word dan vergoeding toegeken ongeag of bewys van skade gelewer is. Of ook 'n nie-handeldrywende regspersoon op grond van laster kon ageer, was egter onseker (sien Van der Merwe en Olivier 401-403).

431 Rabie WN HR verklaar (952): "I appreciate that it may be said that the recognition of the right of a trading corporation to sue for defamation involves an extension of the principles of Roman and Roman-Dutch law which dealt with the right of action only in relation to natural persons, but, having considered all this, and having taken account of South African academic writings in text-books and legal journals *pro* and *contra* the idea that a trading corporation should have the right to sue for defamation, I have come to

en dat vergoeding toegestaan kan word sonder bewys van werklike vermoënskade. Hierdie benadering, wat vir die eerste keer *obiter* deur die appèlhof in *GA Fichardt Ltd v The Friend Newspapers Ltd*⁴³³ met betrekking tot die handelsdrywende regs persoon voorgestaan is, word dus nou deur dieselfde hof as *ratio decidendi* bevestig.⁴³⁴

Hierdie standpunt impliseer dat regspersone wel 'n beskermingswaardige persoonlikheidsreg op die goeie naam of *fama* het. Van Heerden en Neethling⁴³⁵ was vroeër gekant teen die gedagte dat 'n regs persoon persoonlikheidsregte – inbegrepe 'n reg op die goeie naam – kan hê. Tradisioneel word naamlik aanvaar dat die funksie van die *actio iniuriarum* geleë is in die verskaffing van *solatium* of troosgeld (genoegdoening) vir die salwing van die gekwetste persoonlikheid (“sentimental loss”) of gekrenkte gevoelens.⁴³⁶ Streng gesproke beteken hierdie uitgangspunt dat die *actio iniuriarum* nie beskikbaar is vir 'n regs persoon wat “no feelings to outrage or offend” het nie.⁴³⁷ Nou kom dit tog voor of die feit dat 'n persoonlikheidskrenking sonder gekrenkte gevoelens kan bestaan⁴³⁸ en dat

vervolg van vorige bladsy

the conclusion that it would be unrealistic not to hold that the law as stated by this Court in *Fichardt's* case more than seventy years ago has become the law of South Africa. I accordingly so hold.” En mbt die vraag of inderdaad skade gely is, vervolg hy (953): “It would be wrong, I think, to demand of a corporation which claims for an injury done to its reputation that it should provide proof of actual loss suffered by it, when no such proof is required of a natural person who sues for an injury done to his reputation.”

432 Rabie WN HR stel dit soos volg (954): “It seems to me, however, that once one accepts – as one must, in my view – that a trading corporation can sue for an injury to its business reputation, there is little justification for saying that a non-trading corporation should not, in appropriate circumstances, be accorded the right to sue for an injury to its reputation if the defamatory matter is calculated to cause financial prejudice (whether or not actual financial prejudice results). In my opinion we should hold, and I so hold, that a non-trading corporation can sue for defamation if a defamatory statement concerning the way it conducts its affairs is calculated to cause it financial prejudice.”

433 1916 AD 1.

434 Sien ook die *Caxton*-saak 1990 3 SA 547 (A) 560–561; die *Boka*-saak 1990 3 SA 626 (ZHC). Vir besprekings van die *Dhlomo*-appèlhoftsaak, sien Grogan en Midgley “Corporate reputation and title to sue” 1989 *SALJ* 587–591; Dendy “Corporate reputation revisited” 1990 *BML* 149–152.

435 184–185; sien ook Neethling en Potgieter 1991 *THRHR* 124.

436 Van der Merwe en Olivier 240; Neethling *Persoonlikheidsreg* 65.

437 Sien bv die *Caxton*-saak 1990 3 SA 547 (A) 561.

438 Om dit te verduidelik, moet enigsins uitgewei word (sien Neethling, Potgieter en Visser 195–198). Daar moet in hierdie verband noukeurig onderskei word tussen 'n *primêre persoonlikheidskrenking* (soos die eiser se verminderde aansien in die geval van aantasting van die goeie naam as persoonlikheidsgoed by laster) en die *affektiewe gevoelskrenking* (oftewel die gevoelsreaksie op die primêre skending – die eiser se gevoel of bewussyn van veronregting weens die regs krenking wat hom te beurt geval het). In sommige gevalle kan 'n primêre persoonlikheidskrenking selfstandig bestaan, oftewel aanwesig wees sonder 'n gepaardgaande affektiewe gevoelskrenking (bv die aanranding van 'n bewustelose persoon; vryheidsberowing terwyl die betrokke slaap; die heimlike afloer van 'n vrou terwyl sy ontklee; belastering en identiteitskending waarvan die getroffene onbewus is). Dit behoeft geen betoog nie dat daar in sodanige gevalle in beginsel wel van 'n *iniuria* (onregmatige, opsetlike persoonlikheidskrenking) sprake is.

In teenstelling met die voorgaande, is daar ander gevalle van persoonlikheidskrenking waar die (affektiewe) gevoelskrenking tegelykertyd ook die primêre persoonlikheidskrenking daarstel (soos by belediging of krenking van die eergevoel waar die kern van die persoonlikheidsnadeel geleë is in die krenking van die subjektiewe gevoelens van die benadeelde). In hierdie gevalle val die primêre krenking en die affektiewe gevoelskrenking

daar reeds 'n neiging in die regspraak te bespeur is om vergoeding vir sodanige krenking by natuurlike persone in sekere gevalle toe te staan,⁴³⁹ 'n goeie grondslag bied vir die beskikbaarstelling van die *actio iniuriarum* vir die belastering van 'n regspersoon.⁴⁴⁰ Hierbenewens word die beskerming van regspersone teen laster deur beleidsoorwegings geregverdig.⁴⁴¹

Vir sover dit teoreties houdbaar en regspolities realisties is om die reputasie van regspersone as persoonlikheidsgoed te beskerm, ontstaan die vraag of steeds vereis behoort te word⁴⁴² dat die krenkende optrede bereken moet wees om finansiële verlies vir die betrokke handeldrywende of nie-handeldrywende regspersoon teweeg te bring (al word die daadwerklike bewys van sodanige skade nie vereis nie). Daar word aan die hand gedoen⁴⁴³ dat daar van hierdie vereiste afgesien behoort te word veral in die lig van die feit dat 'n mens hier met 'n inwerking op 'n (nie-vermoënsregtelike) persoonlikheidsgoed van die regspersoon te make het. Om vol te hou met die vereiste kan net tot verwarring lei tussen 'n inwerking op die *fama* (persoonlikheidsgoed) van die regspersoon en 'n inwerking op sy werfkrag (immateriële vermoënsgoed) wat inderdaad finansiële verlies tot gevolg het – 'n onderskeid wat duidelik uit die *Caxton*-saak⁴⁴⁴ blyk; die hof stel dit naamlik soos volg:

“A trading corporation has a right to sue for damages in respect of a defamatory statement which is calculated to injure its business reputation (see *Dhlomo NO v Natal Newspapers (Pty) Ltd and Another* 1989 (1) SA 945 (A) at 948G–953G); and it is common cause that such a corporation may also claim damages to compensate it for any actual loss sustained by it by reason of the defamation.”

Ander persoonlikheidsregte van regspersone? Die vraag ontstaan nou of die feit dat erken word dat regspersone 'n persoonlikheidsreg op die goeie naam het,

vervolg van vorige bladsy

dus saam en kan vanselfsprekend nie geskei word nie (sien Neethling *Persoonlikheidsreg* 65; Neethling, Potgieter en Visser 195–196). Uit die aard van die saak is hierdie tipe persoonlikheidskrenking in die afwesigheid van 'n gevoelskrenking onbestaanbaar.

439 Daar is bv, minstens wat laster betref, steun te vinde vir die benadering dat genoegdoening toegeken word sonder uitdruklike inagneming van gekrenkte gevoelens (dws net vir die objektiewe verminderde aansien van die eiser) (sien die *Boka*-saak 1990 3 SA 626 (ZHC) 631–632; vgl die *Caxton*-saak 1990 3 SA 547 (A) 561. sien verder Neethling en Potgieter 1991 *THRHR* 123).

440 In die geval van die belastering van 'n *regspersoon* gaan dit, anders as in die reël by 'n natuurlike persoon, uiteraard slegs om 'n primêre persoonlikheidskrenking (sien *supra* vn 438) en nie om gevoelskrenking nie aangesien, soos reeds gestel, “such a *persona* is unable to feel emotional hurt” (*Boka*-saak 1990 3 SA 626 (ZHC) 631; *contra* Van der Merwe en Olivier 402 vn 84 se werklikheidsvreemde standpunt dat 'n regspersoon wel kan “ly vir die doeleindes van deliktuele genoegdoening”).

441 In die eerste plek het 'n regspersoon, net soos 'n natuurlike persoon, 'n *fama* of reputasie waarin hy, soos duidelik uit die regspraak blyk, 'n beskermingswaardige belang het (sien die *Boka*-saak 1990 3 SA 626 (ZHC) 631; sien ook Pienaar *Confidential trade information* 110 170–171). Alhoewel hierdie reputasie uit die aard van die saak nie identies met dié van die natuurlike persoon is nie (sien Burchell *Defamation* 47), is dit nietemin realisties om hulle, minstens wat laster betref, sover moontlik oor dieselfde kam te skeer (sien *ibid*; die *Boka*-saak 1990 3 SA 626 (ZHC) 631). In die lig van hierdie argumente sou dit dan ook onregverdig wees (soos Rabie WN HR in die *Dhlomo*-saak 1989 1 SA 945 (A) 953 (*supra* vn 431) uitwys) om, anders as in die geval van 'n natuurlike persoon, van 'n regspersoon te verwag om werklike skade te bewys voordat hy met die *actio iniuriarum* weens laster kan slaag (sien ook die *Boka*-saak 633).

442 Soos in die *Dhlomo*-saak 1989 1 SA 945 (A) 954.

443 Sien ook Neethling en Potgieter 1991 *THRHR* 125.

444 1990 3 SA 547 (A) 560.

meebring dat ook die ander erkende persoonlikheidsregte regs persone toekom. Vir sover dit wel die geval is, is dit ter wille van regsekerheid belangrik om hierdie persoonlikheidsregte noukeurig te onderskei van die reg op die werfkrag en ander immaterieelgoedereregte (soos die reg op die handelsgeheim en regte op die onderskeidingstekens) wat in ondernemingsverband met sodanige persoonlikheidsregte kan oorvleuel. Daar word eers aandag gegee aan die *corpus*, daarna aan die eergevoel en gevoelslewe, en ten slotte aan privaatheid en identiteit.⁴⁴⁵

Corpus 'n Regspersoon het klaarblyklik nie 'n liggaam soos 'n natuurlike persoon nie.⁴⁴⁶ 'n Teenoorgestelde standpunt sou beslis nie met die werklikheid strook nie.

Eergevoel en gevoelslewe Weens die feit dat 'n aantasting van hierdie persoonlikheidsgoedere uitsluitlik in 'n gevoelskrenking geleë is⁴⁴⁷ en 'n regspersoon, soos reeds betoog is, nie gevoelens het wat gekrenk kan word nie, is 'n erkenning en beskerming van hierdie persoonlikheidsgoedere in die geval van 'n regspersoon onbestaanbaar.⁴⁴⁸

Privaatheid en identiteit Aangesien die persoonlikheidsnadeel by krenking van die regte op privaatheid en identiteit op dieselfde wyse as by die reg op die *fama* of goeie naam ontleed kan word,⁴⁴⁹ word daar hier tot dieselfde gevolgtrekking geraak as in die geval van die aantasting van die *fama*.⁴⁵⁰ Dit beteken dat ook in die geval van privaatheid en identiteit 'n persoonlikheidskrenking sonder 'n gevoelskrenking kan bestaan.⁴⁵¹ Gevolglik behoort die *actio iniuriarum* 'n regspersoon teoreties ook by privaatheid- en identiteitskending toe te kom al kan daar nie van gekrenkte gevoelens sprake wees nie.⁴⁵²

Wat *privaatheid* betref, gaan dit by die natuurlike persoon om 'n individuele lewenstoestand van afsondering van openbaarheid wat al daardie persoonlike feite van die betrokke omvat wat van kennismaking deur buitestaanders uitgesluit is.⁴⁵³ In die geval van 'n regspersoon is dit in hierdie stadium egter onseker welke feite rakende die regspersoon sy privaatheid uitmaak. Daarom het appèlregter Rabie dan ook tereg in *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk*⁴⁵⁴ bloot tentatief aangeneem (sonder om so te beslis) dat 'n regspersoon 'n reg op privaatheid sou kon hê wat in gepaste omstandighede geskend

445 Sien oor hierdie persoonlikheidsgoedere by natuurlike persone Neethling *Persoonlikheidsreg* 36–49; vgl verder Dendy 1990 *BML* 149–150; Neethling en Potgieter 1991 *THRHR* 125–127.

446 "A juristic or legal person clearly lacks a *corpus* against which a delict can be committed" (*Boka*-saak 1990 3 SA 626 (ZHC) 631). Dit word ook deur Van der Merwe en Olivier 402 vn 84 toegegee.

447 Sien *supra* vn 440.

448 Dit blyk dan ook duidelik uit die regspraak (sien weer die *Caxton*-saak 1990 3 SA 547 (A) 561; die *Boka*-saak 1990 3 SA 626 (ZHC) 631; *supra* vn 432).

449 Sien *supra* vn 440.

450 Vgl in hierdie verband Neethling, Potgieter en Visser 196 vn 129.

451 Privaatheid en identiteit kan immers gekrenk word sonder dat die benadeelde daarvan bewus is.

452 Vgl ook Dendy 1990 *BML* 150.

453 Sien Neethling *Persoonlikheidsreg* 44.

454 1979 1 SA 444 (A) 456.

sou kon word. Hierdie standpunt geniet ook versigtige steun by regter Ebrahim in die *Boka*-saak. Met verwysing na regter Rabie se pas vermelde standpunt verklaar hy:⁴⁵⁵

“Similarly in the instant case I do not believe the plaintiff’s privacy, assuming that as a trading company it has such a right (which is by no means free of doubt)⁴⁵⁶ has been invaded. The right to privacy is a comparatively recent legal development and in Zimbabwe it has received little attention from either the Courts or academic writers. It seems that we will follow the judicial precedent of South Africa . . .”

In hierdie verband moet nietemin gewaak word om nie die persoonlikheidsreg op privaatheid van ’n regs persoon (die inhoud waarvan in hierdie stadium nog vaag en onomskrewe is) te verwar met byvoorbeeld *vertroulike* bedryfsinligting ten aansien waarvan ’n selfstandige immaterieelgoederereg soos die reg op die handelsgeheim kan bestaan nie,⁴⁵⁷ of die ongemagtigde verkryging en benutting waarvan tot ’n inwerking op die reg op die werfkrag kan lei nie.⁴⁵⁸

Identiteit as persoonlikheidsgoed is daardie uniekheid of eieard van ’n persoon wat hom as ’n bepaalde individu identifiseer en hom sodoende van andere onderskei; identiteit manifesteer sigself by die natuurlike persoon in verskeie *indicia* waaraan die betrokke persoon herken kan word (soos sy lewensgeskiedenis, naam, kredietwaardigheid, stem, handskrif, gestaltebeeld en so meer).⁴⁵⁹ Uit die aard van die saak het regspersone ook ’n identiteit wat deur analoë *indicia* aangedui word en wat hulle van ander regspersone onderskei. Die identiteit van ’n regs persoon vind veelal vergestaltung in die onderskeidingstekens wat vir die individualisering van die regs persoon verantwoordelik is en wat die objek van ’n selfstandige immaterieelgoederereg uitmaak.⁴⁶⁰

Die immaterieelgoederereg op die onderskeidingstekens moet onderskei word van die regs persoon se persoonlikheidsreg op identiteit. Krenking van laasgenoemde vind plaas indien *indicia* daarvan gebruik word op ’n wyse wat nie met die ware beeld van die regs persoon te versoen is nie⁴⁶¹ terwyl inwerking op die onderskeidingstekens aanklamping of “passing off” uitmaak.⁴⁶² Krenking van die identiteit en van die onderskeidingstekens kan vanselfsprekend ook gelyktydig plaasvind.

455 1990 3 SA 626 (ZHC) 632.

456 Trouens, in die *Sage Holdings*-saak 1991 2 SA 117 (W) 131 ontken Joffe R dat die reg op privaatheid ’n regs persoon toekom: “As appears from the *dictum* in [the *Tommie Meyer*-case] set out above, the right to privacy being a real right of personality, only applies to natural persons and does not apply to a company.”

457 Sien Neethling *Persoonlikheidsreg* 47; vgl Van Heerden en Neethling 132–133 oor handelsgeime as immaterieële goedere; sien ook *supra* par 6(5). Dit lyk of Dendy 1990 *BML* 150 reeds in hierdie slagtag trap waar hy sê: “Therefore a company may have trade secrets capable of forming the basis of a right to privacy, and the law of delict would surely be deficient if it failed to extend a remedy for breach of privacy to, say, a corporation whose offices were broken into at night by a competitor in search of confidential information.”

458 Sien Van Heerden en Neethling 134 ev; vgl *supra* par 6(5). Sien in hierdie verband veral die beslissing in die *Sage Holdings*-saak 1991 2 SA 117 (W) 132 waar die hof beslis dat oa die meeluistering van vertroulike besigheidsgesprekke die reg op die werfkrag kan aantast. Joffe R verklaar: “To my mind it is clear that the ordinary conduct of business postulates the need that, included in the right to conduct business without unlawful interference, is the right of a company that its internal communications will not be eavesdropped upon, nor recorded, nor intercepted.”

459 Sien Neethling *Persoonlikheidsreg* 47; die *Tommie Meyer*-saak 1979 1 SA 444 (A) 456.

460 Van Heerden en Neethling 58 ev; sien ook *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 386.

461 Vgl Neethling *Persoonlikheidsreg* 47.

462 Sien Van Heerden en Neethling 94 ev; vgl *supra* par 6 (2).

Op die keper beskou, het 'n mens in gevalle van "injurious falsehood" oftewel die verspreiding van nie-lasterlike onwaarhede oor 'n onderneming, afgesien van 'n moontlike inwerking op die reg op die werfkrag van die onderneming as vermoënsreg, ook primêr met die vervalsing van die beeld van die regs persoon en daarom met 'n inwerking op sy persoonlikheidsreg op identiteit te make.⁴⁶³ Dit is waarskynlik dan ook om hierdie rede dat die howe soms die *actio iniuriarum* inspan om vergoeding (ten onregte ook vir vermoënskade) in hierdie tipe gevalle te verhaal.⁴⁶⁴

*Vergelykende reklame en ware bewerings*⁴⁶⁵ In hierdie verband wys Dean⁴⁶⁶ tereg daarop dat sy standpunt dat vergelykende reklame *contra bonos mores* en daarom onregmatig is,⁴⁶⁷ versoenbaar is met Van Heerden en Neethling⁴⁶⁸ se benadering, te wete dat sodanige reklame wat die werfkrag van 'n onderneming tref in die afwesigheid van 'n regverdigingsgrond onregmatig is.

2 Opwekking van 'n boikot teen 'n mededinger⁴⁶⁹

Vooraf moet tussen *direkte* en *indirekte* boikot onderskei word.⁴⁷⁰ Laasgenoemde het met die *opwekking* van 'n boikot te make terwyl direkte boikot onder andere daarin bestaan dat 'n persoon *self* besluit om nie ekonomiese regsverhoudinge met 'n ander aan te gaan nie.⁴⁷¹ So 'n geval het in *Times Media Ltd v SABC*⁴⁷² voorgekom. Die SAUK (respondent) het naamlik geweier om 'n advertensie van die *Sunday Times* (applikant) te beelddsaai omdat dit 'n verwysing na M-Net, 'n mededinger van die SAUK, bevat het. Die applikant voer aan dat die respondent se optrede op boikot en onregmatige mededinging neerkom. Regter Van Schalkwyk maak korte metten met hierdie betoog:⁴⁷³

"Mr *Maisels*, for the respondent, has emphasised that M-Net is not a party to this application and that there is no competition between the applicant and the respondent, let alone competition which is unlawful. It is, said Mr *Maisels*, the right of the respondent to decide with whom and upon what basis it will do business. . . I agree with Mr *Maisels*. . . I can find no basis in our law upon which an action such as this could succeed. The conduct of the respondent does not, in my view, constitute a boycott of M-Net, and even if it did, I cannot see how that would found an action at the suit of the applicant."

Ten slotte besluit die regter⁴⁷⁴ dat die gewraakte optrede ook nie *contra bonos mores* is nie en wys hy die aansoek van die hand.

Hierdie beslissing verdien volle steun. Per slot van sake behoort dit normaalweg elke (regs)persoon vry te staan om te besluit met welke ondernemer hy ekonomiese regsverhoudinge wil aanknoop. Hierdie vryheid behoort net in hoogs uitsonderlike omstandighede aan bande gelê te word.⁴⁷⁵

463 Vgl Dendy 1990 *BML* 150.

464 Sien Van Heerden en Neethling 171-176.

465 *Idem* 185-189.

466 In Neethling (red) 123.

467 Sien *supra* par 6(3) by openlike aanleuning.

468 186-187.

469 *Idem* 189-200.

470 *Idem* 189-191.

471 *Ibid.*

472 1990 4 SA 604 (W).

473 607 (my kursivering).

474 *Ibid.* Die kern hiervan is dat die *boni mores* nie van 'n ondernemer verwag om die belange van 'n mededinger in 'n advertensie te bevorder nie.

475 Sien Van Heerden en Neethling 188-189 vn 43 vir 'n voorbeeld.

Daar is reeds gewys op die betekenis van die beslissing in die *Hawker*-saak⁴⁷⁶ vir die reg aangaande die *opwekking van 'n boikot* as verskyningsvorm van onregmatige mededinging.⁴⁷⁷ Dit is naamlik dat as gevolg van die feit dat die reg op die verdienvermoë, wat as selfstandige subjektiewe reg in die *Hawker*-saak erken is, heelwat ooreenkomste met die reg op die werfkrag toon, dit in hierdie saak moontlik was om die beginsels wat ten aansien van die opwekking van 'n boikot geld aldaar toe te pas,⁴⁷⁸ en dat omgekeerd die reëls wat in verband met die beskerming van die verdienvermoë ontwikkel word, *mutatis mutandis* in die mededingingstryd aanwending behoort te vind.

Regter Howie se instemming in die *Hawker*-saak⁴⁷⁹ met Van Heerden en Neethling⁴⁸⁰ se benadering tot boikotopwekking as verskyningsvorm van onregmatige mededinging – wat in vele opsigte krities teenoor die bestaande regspraak staan – behoort dus in die reg aangaande onregmatige mededinging inslag te vind. So gesien, dien die *Hawker*-saak as *de lege ferenda*-gesag vir die volgende beginsels op die onderhawige gebied van onregmatige mededinging: Die opwekking van 'n boikot is in beginsel 'n onregmatige daad;⁴⁸¹ skuld (*animus iniuriandi* inbegrepe) is nie 'n vereiste vir die interdik nie;⁴⁸² nalatigheid is 'n voldoende skuldverwyf vir die Aquiliese aksie;⁴⁸³ die aantasting van 'n subjektiewe reg (dus ook die reg op die werfkrag)⁴⁸⁴ is onregmatig – en kan bygevolg ook nie geregverdig word nie – as dit ooreenkomstig die *boni mores* onredelik is;⁴⁸⁵ die vraag na die redelikheid al dan nie van 'n boikotopwekking behels 'n

476 1987 3 SA 777 (K) 780–781 790.

477 Sien *supra* par 3, ook vn 68.

478 Howie R stel dit soos volg (780): “Furthermore, the nature and extent of the interference caused to applicant’s right by giving him an S reference [sien *supra* par 3 vir die feite] is squarely comparable with the results of the boycotts involved in *Tohill’s* case *supra* and the case of *Murdoch v Bullough* 1923 TPD 495. As Van Heerden and Neethling *Onregmatige Mededinging* point out at 191–197, instigation of boycotts against the traders in those cases was a civil wrong.

Although the learned authors referred to are of the view (at 77–78) that unlawful interference with an employee’s liberty to earn his livelihood in his chosen sphere is not juridically the same as unlawful interference with a trader’s right to goodwill, the two situations are, in my opinion, so closely analogous, especially as regards the instigation of a boycott, that the law they state (and I respectfully agree with their view) must constitute important guide-lines in the instant case.”

479 Sien die vorige vn.

480 191–197.

481 Vgl vn 478 *supra*.

482 Howie R verklaar (780): “According to that law it is unnecessary for an interdict (including a *mandamus*) to allege or prove fault. Van Heerden en Neethling at 29–30 and 196; Boberg *The Law of Delict* vol 1 at 152; Joubert (ed) *Law of South Africa* vol 8 para 56 at 105. Van Heerden and Neethling go on to say that *Tohill’s* interdict application should not have failed for want of proof of *animus iniuriandi*. They give detailed and convincing reasons for that view and for concluding that the court in that case erred in holding that instigation of a boycott was not illegal. With respect, I am in agreement with those reasons and therefore decline to follow the decision in *Tohill’s* case.”

483 Howie R sê nl (781): “In passing it should be pointed out, too, that the remedy, if applicant has one, is Aquilian seeing that financial loss (although not claimed) is a result of respondent’s conduct. Therefore there was no need to prove malice if proof of fault was needed. *Culpa* would have been sufficient.” (Sien ook Van Heerden en Neethling 193.)

484 Die regter bedoel klaarblyklik die aantasting van 'n *regsgoed* aangesien aantasting van 'n *reg* reeds onregmatig is.

485 Howie R verduidelik (781): “If interference with another’s subjective right is unreasonable according to the standard of the *boni mores* of the community, then it is unjustifiable and thus unlawful. Van Heerden and Neethling (*op cit* at 67–72); *Law of South Africa* vol 8 para 20, 21 at 21, 22; Boberg (*op cit* at 146).”

afweging van die botsende belange van die partye⁴⁸⁶ en kwaadwillige motief kan 'n rol by die bepaling van die redelikheid al dan nie van 'n boikotopwekking speel.⁴⁸⁷

3 Fisiese en psigiese druk op voornemende kliënte, werknemers of leweransiers van 'n mededinger⁴⁸⁸

In *Schultz v Butt*⁴⁸⁹ bevestig die appèlhof *obiter* dat “the employment of physical assaults and intimidation designed to prevent a competitor from pursuing his trade” 'n verskyningsvorm van onregmatige mededinging is.⁴⁹⁰

4 Aantasting van ander subjektiewe regte⁴⁹¹

Dat 'n ondernemer regstreeks op die werfkrag van sy mededinger kan inwerk deur sy afleweringvoertuig te beskadig, blyk by implikasie duidelik in die *Modimogale-saak*.⁴⁹²

486 “Whether respondents’ action in the present matter was unreasonable and thus unlawful involves a weighing-up of the particular conflicting interests of the parties, their relationship to one another, the circumstances of the case and considerations of social policy. *Law of South Africa* vol 8 para 20; and see the *dicta* quoted by *Van Heerden and Neethling (op cit* at 70), especially in *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd and Others* 1981 (2) SA 173 (T) at 188H-189A, where the importance is stressed of having regard to the morals of the market place, the business ethics of that section of the community where the norm is to be applied” – aldus Howie R (781).

487 Howie R stel dit duidelik (781): “Reverting to the matter of malice, it can be a factor to be taken into account in determining reasonableness or not in a borderline case (*Law of South Africa* vol 8 para 27 at 42; *Boberg* at 206-8). But, logically, if there are reasons enough to show that the giving of the S reference was unreasonable it will be unnecessary to consider whether on anyone’s part there was malice. Conversely, if it is clearly apparent that there were reasonable grounds for giving that reference then the question of malice is irrelevant – cf *Tsose v Minister of Justice & Others* 1951 (3) SA 19 (A) at 17H.”

488 Van Heerden en Neethling 200-202.

489 1986 3 SA 667 (A) 678.

490 Sien ivm die vraag na die onregmatigheid van die verspreiding van pamflette oor die eie prestasie (onderneming of produk) voor die sakeperseel van 'n mededinger (Van Heerden en Neethling 201 vn 8), Kelling “Mededingingsreg en onregmatigheid” 1983 *De Jure* 142-146.

491 Van Heerden en Neethling 203.

492 1990 4 SA 112 (BGD); sien *supra* par 5 vir 'n bespreking.

Meer oor norme by mediabeheer ingevolge artikel 47(2)(a) van die Wet op Publikasies 42 van 1974

HB Klopper

BA LLD

Senior Lektor in die Handels- en Arbeidsreg, Universiteit van Pretoria

SUMMARY

More about the norms for media control in terms of section 47(2)(a) of the Publications Act 42 of 1974

The content and applicability of media control measures in relation to immoral media material have become the concern of the media, public and academics. Some maintain that if section 1 of the Publications Act is properly interpreted and applied, misgivings about the current state of affairs will be dispelled. There are differing opinions, however, on how section 1 should be interpreted and applied. Apart from the dispute relating to section 1, it seems that there is only one incontrovertible media control norm as far as immoral media material is concerned, and that standard is contained in section 47(2)(a) of the act. The only variable is how this norm is interpreted and applied by the various media control bodies created by the act. An investigation of the interpretation and application of the statutory media control norms in respect of immoral media material by these bodies shows a serious and unfounded deviation from the intention of the legislature.

It is time for the legislature to consider the proper norms applicable to immoral media material and whether the present system in terms of the Publications Act of 1974 still effectively serves the interests of the South African society.

1 INLEIDING

Die norme wat by mediabeheer ten opsigte van sedeskendende stof toepaslik behoort te wees, is 'n onderwerp wat die belangstelling van sowel akademici¹ as die regering geniet. Ook in die media word debat daarvoor gevoer. Die oorwegende mening skyn te wees dat die norme van beheer wat tans toegepas word, nie bevredigend is nie en dat die hele saak van mediabeheer ten opsigte van sedeskendende stof in heroerwering geneem behoort te word.

Potgieter en Visser² is van mening dat deur die korrekte vertolking en toepassing van artikel 1 van die Wet op Publikasies 42 van 1974 aan die bedoeling van die wetgewer gevolg gegee sal word en dat heelwat van die probleme in verband

1 Sien Potgieter en Visser "Die korrekte norm by publikasiebeheer" 1988 *THRHR* 361; Van Rooyen "Die rol van die Wet op Publikasies in die handhawing van morele standaarde" 1989 *SA Publikereg* 131.

2 1988 *THRHR* 370 ev.

met die standaard van en toepaslike norme by mediabeheer ten opsigte van sedeskendende stof opgelos sal word. Daar is egter nie eensgesindheid oor die vertolking, plek en aard van artikel 1 nie.³ Afgesien van die debat oor die betekenis en uitwerking van artikel 1, lê die kernprobleem in hierdie verband by die vertolking van artikel 47(2)(a) van die Wet op Publikasies. Per slot van rekening is daar net een uiteindelijke en onbetwiste riglyn en dit is die norm(e) wat in hierdie artikel deur die wetgewer voorgeskryf word. Die enigste veranderlike is geleë in die wyse waarop die mediabeheerliggame wat ingevolge die wet ingestel is, hierdie norme vertolk en in die wyse waarop hulle die mediabeheerfunksie wat deur die wetgewer aan hulle toevertrou is, uitvoer en toepas.⁴

In hierdie artikel word gepoog om vas te stel in welke mate die bestaande norme soos deur die mediabeheerliggame ingevolge die Wet op Publikasies vertolk word, wetsgetrou of voldoende is om die belange wat by mediabeheer ter sprake is, te beskerm; en indien die norme nie wetsgetrou en voldoende is nie, om ('n) wetsgetroue of voldoende norm(e) te vind.

By die oorweging van hierdie vertolkings moet aandag noodwendig ook gegee word aan die benadering wat Potgieter en Visser voorstel⁵ om te bepaal of hulle uitleg korrek is en om verder te bepaal of die norm wat hulle uit die wet aflei, doeltreffend kan werk. Die norme wat die wet stel word in artikel 47(2)(a) gevind en volgens Potgieter en Visser⁶ deur artikel 1 medebepaal.

2 ARTIKELS 1 EN 47(2)(a) VAN DIE WET OP PUBLIKASIES

Artikel 1 bepaal dat by die toepassing van die Wet op Publikasies “[d]ie strewe van die volk van die Republiek van Suid-Afrika om ’n Christelike lewensbeskousing te handhaaf”, erken word.

Oor die presiese rol, omvang, toepassing en betekenis van artikel 1 is daar meningsverskil,⁷ welke meningsverskil direk met die uitleg daarvan verband hou.

Die Wet op Publikasies stel slegs een duidelike en direkte riglyn as dit om die beskerming van die sedebelang gaan, naamlik artikel 47(2)(a) wat soos volg lui:⁸

“By die toepassing van hierdie Wet word ’n publikasie of voorwerp, rolprent of openbare vermaaklikheid geag ongewens te wees indien dit of ’n deel daarvan—

(a) onbetaamlik of onwelvoeglik of vir die openbare sedes aanstootlik of skadelik is.”

Hierdie bepaling is myns insiens die enigste onomstredende norm in die wet. Daarom is daar min kritiese aandag geskenk aan die vertolking en toepassing daarvan deur die mediabeheerliggame ingevolge die wet. Daar word allerweë aanvaar

3 Sien par 3 en vn 16 *infra*.

4 Vgl vir die verandering van benadering tot die toepassing van die norme wat deur die Wet op Publikasies daargestel is, Silver “The publications appeal board: a closer look at nudity” 1982 *SALJ* 280.

5 1988 *THRHR* 361.

6 *Ibid*.

7 *Idem* 363 waar die skrywers die standpunte van Klopper *Mediareg* (1987), Wiechers 1975 *De Rebus* 60 en Van Rooyen *Censorship in South Africa* (1987) 8 krities ontleed en tot die slotsom kom dat hulle sienings nie in ooreenstemming is met ’n behoorlike uitleg van a 1 nie.

8 Hierdie artikel beskerm die sedes in outonome en absolute vorm (sien Klopper 1989 *THRHR* 340).

dat die bestaande vertolking van hierdie artikel deur die onderskeie beheerliggame volkome in pas met die doel, gees en inhoud van die wet is.⁹

3 DIE VERTOLKING EN BETEKENIS VAN ARTIKEL 1

3 1 Die appèlraad oor publikasies¹⁰

Die appèlraad het artikel 1 aanvanklik as 'n normatiewe beginsel gebruik. Tans beskou hy artikel 1 slegs as die breë filosofiese uitgangspunt van die wet.¹¹ Die appèlraad se siening oor die inhoud en betekenis van artikel 1 het sedert 1980 verander. Trouens, Van Rensburg¹² beweer heeltemal korrek dat die appèlraad artikel 1 tans as 'n dooie letter behandel.¹³ Die verskille tussen die *pre*-1980-benadering¹⁴ en die *post*-1980-benadering word duidelik deur Silver¹⁵ aangetoon. Die *post*-1980-benadering is volgens haar 'n "pragmatic view" en 'n "realistic attitude", terwyl die *pre*-1980-benadering 'n "idealistic approach" was.

3 2 Die skrywers

Die meeste skrywers vertolk artikel 1 òf as die beginselgrondslag, òf bloot as die breë filosofiese uitgangspunt van die wet.¹⁶

Potgieter en Visser¹⁷ asook van Rensburg¹⁸ vertolk artikel 1 as 'n bepaling wat al die ander artikels van die wet met 'n Christelike inslag en betekenis bedeel.

9 Sien Burns *An analysis of the Publications Act, 1974* (LLM-verhandeling Unisa 1979) 92 ev; Klopper aw 88 ev; Van Rooyen *Censorship in South Africa* (1987) 52 ev; Potgieter *Aspekte van die juridiese beskerming van die godsdienstevoel* (LLD-proefskrif Unisa 1987) 175 ev; Van der Vyver "Censorship" 2 *LAWSA* 104 ev.

10 Alhoewel a 35 van die wet na die appèlraad oor publikasies verwys, word daar in hierdie bydrae geriefshalwe van die appèlraad of die raad gepraat.

11 Sien Silver 1982 *SALJ* 280.

12 *Pornografie* (1985) 111; 1986 *TSAR* 161.

13 Silver 1982 *SALJ* 280 en vgl veral die uitspraak in *Lady Chatterley's Lover* 100/81: "Artikel 1 gee die breë filosofiese agtergrond vir die bestaan van 'n Wet soos die Wet op Publikasies. Getuienis oor wat hierdie Christelike lewensbeskouing is sou dus irrelevant wees of hoogstens 'n faktor wees by die bepaling van wat ongewens is kragtens artikel 47(2)", met die vroeëre *Nou* 57/76 2: "Verder moet die Appèlraad ook in ag neem dat art 1, wat die erkenning van die Christelike lewensbeskouing by die toepassing van hierdie Wet erken, 'n behoudende faktor is wat in ag geneem moet word by die peiling van die gemeenskapsopvatting." Sien ook Potgieter *Godsdienstevoel* 185 ev waar hy hierdie verskynsel in besonderhede aantoon, maar veral die kodifiserende *Heartland*-aanhangel 43/82 waar a 1 nêrens genoem word nie en die woord "Christelik" in normatiewe of beskrywende verband afwesig is. Dit word wel in die verbygaan in een beslissing sedert die *Heartland*-aanhangel 43/82 genoem, maar nie aangewend nie: *Buddy Buddy* 20/86 5.

14 Sien vn 13 *supra*.

15 1982 *SALJ* 280 nav *All the President's Men* 95/76; *Nou* 57/76; *Lady Chatterley's Lover* 100/81; *Used Cars* 42/81; *Scope* 58/81; sien ook vn 13 *supra*.

16 Sien Klopper aw 67 ev; Van Rooyen 1977 *De Jure* 338; 1975 *De Jure* 128; 1989 *SA Publikereg* 134; *Publikasiebeheer* (1978) 63 69; Wiechers 1975 *De Rebus* 59; Van der Vyver *Die beskerming van menseregte in Suid-Afrika* (1975) 74; 2 *LAWSA* 100 ev; *Censored* (1983) 22 ev; Geldenhuys *Pornografie, sensuur en reg* (1977) 134. Van Rooyen het oënskynlik sy mening oor die rol en betekenis van a 1 verander. Volgens hom is a 1 nou "die grondslag van die Wet by die peiling van wat sedes is..." en nie meer net die "breë filosofiese uitgangspunt nie": vgl 1989 *SA Publikereg* 134 met *Publikasiebeheer in Suid-Afrika* (1978) 63; 1977 *De Jure* 339; 1975 *De Jure* 128. Hierdie veranderde standpunt is nie in pas met die huidige stand van die beslissings van die appèlraad nie (sien vn 13 *supra*).

17 1988 *THRHR* 361 ev.

18 Aw 111 ev; 1986 *TSAR* 156 ev.

Hierdie vertolking word myns insiens egter nie deur die bewoording van die wet en die ander artikels van die wet gesteun nie.

In die eerste plek dra hulle verwysing na die parlementêre debatte wat tydens die invoering van die Wet op Publikasies gevoer is, nie veel gewig nie.¹⁹ Hierdie debatte het, soos hulle self erken en soos die positiewe reg bepaal, geen regsdrag by die uitleg van wette nie.²⁰

Tweedens, as die wetgewer bedoel het om wel 'n substantiewe en normatiewe maatreël in artikel 1 te skep, het hy nie sy bedoeling so duidelik laat blyk as wat die vermelde skrywers meen nie.²¹ Daar is benewens artikel 1 nie een ander artikel in die wet wat daarop dui dat die wet 'n Christelike²² gees adem of sodanige grondslag het nie; dit kom dus net een keer – in artikel 1 – ter sprake. Waar die wetgewer in artikel 5(3) en 35(3)(a) die kwalifikasies van die lede van die onderskeie beheerliggame bepaal, word ook nie vereis dat hierdie persone Christene moet wees nie. Dit versterk die vermoede dat die wetgewer nie bedoel het om die een godsdienstige oortuiging bo die ander te bevoordeel nie en dat die woord *Christelik* hier nie normatief gebruik word nie.²³

Derdens skyn dit of Potgieter en Visser aanvaar dat die *strew*e om 'n Christelike lewensbeskouing te handhaaf waarvan artikel 1 melding maak, dieselfde is as die Christelike lewensbeskouing en dat die woord *strew*e en die voorsetsel 'n geen uitleg-beïnvloedende uitwerking het nie.²⁴ *Strew*e in hierdie verband beteken bloot die ywerige poging van die volk van Suid-Afrika om 'n Christelike lewensbeskouing te handhaaf.²⁵ Dit beteken nie dat die Suid-Afrikaanse volk inderdaad die Christelike lewensbeskouing *handhaaf* en dat hierdie beskouing by die toepassing van die wet geld nie; slegs maar die vermelde *strew*e – dus iets “minder” as die Christelike lewensbeskouing – maak die riglyn uit.

Vierdens word die betekenis van die woord “Christelik” nie net, soos Potgieter en Visser aanvaar, in die Bybel geopenbaar nie.²⁶ Die woord “Christelik” beteken benewens “volgens die lering van Christus”, in uitgebreide vorm ook “beskaaf, ordentlik”.²⁷ Dit is na my mening dus nodig om vas te stel wat die gewone

19 Sien 1988 *THRHR* 362.

20 *Ibid* en Steyn *Die uitleg van wette* (1981) 135; Du Plessis *The interpretation of statutes* (1986) 134; *Hleka v Johannesburg City Council* 1949 1 SA 842 (A); *Hopkinson v Bloemfontein District Creamery* 1966 1 SA 159 (O).

21 Trouens, Van Rensburg aw 112; 1986 *TSAR* 161 gee dit by implikasie toe.

22 In normatiewe sin (sien vne 26 en 29 *infra*).

23 Dit is een van die beginsels by wetsuitleg dat 'n artikel van 'n wet nie in afsondering vertolk mag word nie, maar dat die betekenis van die betrokke artikel met verwysing na die hele wet bepaal moet word (sien Steyn aw 136 ev; Du Plessis aw 107; *Lloyds Trustee v Kimberley Licensing Board* 1930 GWL 17; sien ook Klopper aw 67 en vn 28 waar die gewone betekenis van “Christelik” aangetoon word).

24 Dit is een van die reëls van die uitleg van wette dat aan elke woord 'n betekenis gegee moet word (sien Steyn aw 17 ev; Du Plessis aw 61; *Keyter v Minister of Agriculture* 1908 NLR 522; *Attorney General, Transvaal v Additional Magistrate for Johannesburg* 1924 AD 436; *Daitsh v Osrin* 1950 2 SA 334 (A)).

25 Sien Odendal *et al sv* “strew” *Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal (HAT)*.

26 1988 *THRHR* 364. Dit is belangrik om die gewone woordbetekenis vas te stel omdat dit een van die grondbeginsels van die uitleg van 'n wet is dat die wetgewer bedoel dat elke woord sy gewone betekenis moet hê (Steyn aw 4 ev). Met gewone betekenis word bedoel die betekenis en verband waarin die woorde deur gewone mense gebruik word (sien oa *Union Government v Mack* 1917 AD 731 739; *Beedle & Co v Bowley* 12 SC 401 402). Oor die gewone betekenis van die woord “Christelik” sien vn 28 *infra*.

27 Odendal *et al* aw *sv* “Christelik . . . 2. (by uitbr.) christelik”. (Daar moet egter toegegee word dat die begrip in a 1 van die Wet op Publikasies met 'n hoofletter gespel word.)

betekenis van "Christelik" is. Indien in ag geneem word dat die Christelike godsdiens alle sedenorme van alle beskaafde Westerse lande begrond en deursuur, is die gevolgtrekking onafwendbaar dat indien die gewone persoon, wetgewer of politikus van "Christelik" praat, hy dit nie normatief bedoel nie, maar beskrywend, dit wil sê in die sin van "beskaaf" of "ordentlik".²⁸ Indien die woord "Christelik" wel streng normatief bedoel was, sou dit geen ruimte vir enige onsedelikheid van welke aard ook al gelaat het nie en sou mediabeheer die meeste stof wat selfs in 'n geringe mate sedeskendend is, uitgesluit het. Dit is so omdat God se gebod en die *normatiewe* Christelikheid absoluut is en nie ruimte vir enige kompromis laat nie. Dit het ook tot gevolg dat godsdiensvryheid uitgesluit word.²⁹

3 3 Gevolgtrekking

Indien die wetgewer inderdaad bedoel het om *die*³⁰ Christelike lewensbeskouing van die volk as *die norm* vir mediabeheer te stel, het hy dit in artikel 1 op so vae en dubbelsinnige wyse gedoen dat die bepaling nie as 'n substantiewe en normatiewe deel van die Wet op Publikasies gebruik of toegepas kan word nie; die positiefregtelike uitleg van artikel 1 moet dus onveranderd bly.³¹

Dit beteken egter nie dat artikel 1 sonder enige praktiese betekenis is nie. Artikel 1 het wel betekenis wanneer die inhoud en stand van die gemeenskapsedes bepaal moet word, dit wil sê by die vasstelling van die beginselgrondslag van die wet. In hierdie verband is die *pre-1980*-vertolking van die appèlraad aanvaarbaar en waarskynlik korrek, naamlik dat wanneer bepaal moet word wat die sedes is daar op die Christelike karakter van die volk van die Republiek van Suid-Afrika ag geslaan moet word.³²

28 Sien Robinson *The groundwork of Christian ethics* (1971) 12-15, veral 15 waar hy die volgende sê: "The truth is that when the word 'Christian' is applied to actions and behaviour and even to conscience and moral standards it is ambiguous, for there are two quite different senses in which it may be used, it may be used either descriptively or normatively." Sien ook *Verslag van die kommissie van ondersoek insake die Wysigingswet op Publikasies en Vermaaklikhede* VW 61-73 hfst III par 22 b 8 waar die kommissie die volgende sê: "22. Die Kommissie wou geensins die godsdiensvryheid van enige deel van die bevolking aantast nie. Die Kommissie was egter begerig om erkenning te verleen aan die *Christelike karakter* van die grootste deel van die Suid-Afrikaanse bevolking, en het gevoel dat *die Christelike standaard* vir die meeste nie-Christene wat *ordentlikheid* nastreef, aanvaarbaar sou wees. Daarom voel die Kommissie dat die voorgestelde wetgewing 'n Christelike gees moet adem" (ek beklemtoon). Op sterkte van hierdie aanbeveling en op grond van hierdie oorwegings het die wetgewer die huidige a 1 op die wetboek geplaas. Alhoewel die beraadslaginge wat die Wet op Publikasies voorafgegaan het, nie positiefregtelik tov die uitleg van wette van deurslaggende waarde is nie, is dit tog 'n sterk aanduiding dat die woord "Christelik" nie in 'n normatiewe en tegniese verband gebesig word nie, maar in sy algemene en gewone betekenis.

29 Sien Op 3:15 geles met Ef 4:29; 5:4-5 en 10-12; Matt 26:51; 5:27-48; Klopper aw 67 ev.

30 Nie 'n Christelike lewensbeskouing nie en ook nie net 'n blote *strew*e om dit te handhaaf nie.

31 Sien Klopper aw 67 ev; Van Rensburg aw 112; vn 9 *supra*.

32 Nl dat dit behoudend van aard is (sien par 3 1 en vn 13 *supra*). Hierdie vertolking word by implikasie deur Myburgh R in *Human & Rousseau Uitgewers v Snyman* 1978 3 SA 836 (T) 851 as regsgeldig aanvaar aangesien hy geen kritiek uitspreek teen die toepassing van a 1 deur die appèlraad in hierdie verband nie. Daar moet egter in ag geneem word dat die aanwending van a 1 nie een van die geskilpunte in hierdie saak was nie en dat dit nie vir hom nodig was om hom daarvoor uit te spreek nie.

3 4 Die voorgestelde artikel 1-gegronde mediabeheernorm

Indien die uitleg van die Wet op Publikasies deur Potgieter en Visser korrek is en die “redelike Christen-toets” as die geldige norm vir mediabeheer ingevolge die wet aanvaar sou word, sou dit na my mening prakties weinig aan die bestaande standaard en uitwerking van mediabeheer verander. Hulle verwys onder meer na die statistiek dat byna tagtig persent van die Suid-Afrikaanse bevolking daarop aanspraak maak dat hulle Christene is.³³ Indien hierdie statistiek aanvaar sou word, sou dit beteken dat die meerderheid van die Suid-Afrikaanse bevolking Christene is. Die appèlraad se redelike, gemiddelde leser of kyker waarop die raad se redelike, gemiddelde waarskynlike leser- of kyker-toets gebaseer is,³⁴ sou dan klaarblyklik uit die beweerde tagtig persent Christen-bevolking afkomstig wees; dit sou beteken dat die gemiddelde Christen-toets en die appèlraad se toets prakties nie sou verskil nie en dat die voorgestelde artikel 1-gebaseerde gemiddelde Christen-toets dus in effek stilswyend reeds deur die appèlraad toegepas sou gewees het.

Afgesien daarvan dat die voorgestelde gemiddelde Christen-norm myns innsiens op grond van die pas vermelde argument geen praktiese uitwerking op mediabeheer sal hê nie, het die norm boonop juridies ’n twyfelagtige grondslag.³⁵

33 1988 *THRHR* 362 (ingevolge ’n 1985 RGN-verslag). Potgieter en Visser (*idem* 371) bevraagteken egter die korrektheid van hierdie aanspraak.

34 Sien *Heartland-aanhangsel* 43/82 5-7; *Brandwag* 6/75; *Magersfontein* 7/80. Oor die geldigheid van hierdie toets, sien par 5 3 1 *infra*.

35 Sien *Magersfontein* 7/80 3-5; *Heartland-aanhangsel* 43/82 10; *contra Publications Control Board v Gallo (Africa) Ltd* 1975 3 SA 665 (A) 672A 672F 673E waar Rumpff AR die volgende in hierdie verband sê: “The religious convictions or feelings of any person is a completely subjective matter . . . The subjective element is, I think, most intense when it involves the concept of worship (“aanbidding” in Afrikaans) or adoration. It must follow, I think, that in applying sec 5(2)(b) in regard to religious feelings, there is really no room for a test based on what for practical purposes may be considered a practical [objective] test, namely *reasonableness* . . .” (ek beklemtoon). Sien ook *Human & Rousseau Uitgewers v Snyman* 1978 3 SA 837 (T) 847D-850H. Die appèlraad argumenteer (*Magersfontein* 7/80 2-3) dat die waarskynlike leser by a 47(2)(b) in ag geneem moet word. Die woorde van Myburgh R op 851H waar hy die uitspraak van die hof saamvat, moet egter nie uit die oog verloor word nie: “Om op te som. Die Appèlraad het regstrydig sy ondersoekingsveld na wat onbetaamlik, onwelvoeglik en vir die openbare sedes aanstootlik is beperk deur te bevind dat die waarskynlike leser as oorweging verbied is. Wat art 47(2)(b) betref het die Appèlraad regsgeldig bevind dat by die bepaling van aanstootlik vir die godsdiensooruigings of gevoelens van enige bevolkingsdeel die waarskynlike leser nie in ag geneem mag word nie.” Die gedeeltes wat die appèlraad in *Magersfontein* 7/80 3 en 5 aanhaal, moet in die lig van 850G-H en 851A-D van die *Snyman*-saak beoordeel word waar die hof tot die uiteindelijke slotsom kom dat die waarskynlike leser glad nie by a 47(2)(b) as norm aangewend mag word nie. Verder moet die uitspraak in die *Snyman*-saak teen die agtergrond van die appèlhof se uitspraak in die *Gallo*-saak beoordeel word. Die gevolg van die appèlraad se vertolking van hierdie uitspraak en van a 47(2)(b) is dat die toets by die beskerming van die godsdiensbelang streng geword het. Eerstens aanvaar dit die streng vertolking van “aanstootlik” volgens die positiewe reg, tweedens voeg dit grade van aanstootlikheid by en derdens word die waarskynlike leser ook mettertyd ’n “average mature Christian” (sien *Heartland-aanhangsel* 43/82 10). Hierdie is die toets wat tans geld en dit word deurgaans deur die appèlraad toegepas. (Sien oor die graadbenadering oa *A Private Function* 15/86 5; *Buddy Buddy* 20/86 9 en *What Comes Naturally* 179/86 6; oor die uitwerking van hierdie norme tov die godsdiensbelang oa *Death of a Princess* 157/82 oor Moslems se godsdiensgevoelens en -oortuigings; *Ruthless People* 133/86; *The Best Little Whorehouse in Texas* 162/82; *Salem's Lot* 210/82; *Superstar* 82/83 3; *Jerry and Friend* 90/83; *Educating Rita* 155/83; *Farce About Uys* 39/84 3; *Purple Hearts* 135/84 2; *Graffiti Artist* 213/84 2; *Friday the 13th Part I* 117/85 1; *Brewster's*

3 5 'n Onlosmaaklike verband tussen sedes en godsdiens?

Voor daar egter van die artikel 1-gebaseerde Christelike grondslag al dan nie van die Wet op Publikasies afgestap word, 'n enkele opmerking. Daar word algemeen aanvaar dat daar 'n absolute skeiding tussen artikel 47(2)(a) en 47(2)(b) bestaan.³⁶ Dit is 'n miskennning van die werklikheid. Die Christen se lewe, sedes en godsdiens is onlosmaaklik aan mekaar verbonde. Hierdie verbondenheid is van so 'n aard dat daar nie met enige mate van reg gesê kan word dat 'n Christen se sedelike lewe en sy godsdienstige oortuigings twee verskillende sake is nie; dit geld waarskynlik eweseer vir die meeste ander godsdienste.³⁷

Indien sedeskendende mediastof dus ingevolge artikel 47(2)(a) nie-ongewens bevind word, kan en behoort daar nogtans ingevolge artikel 47(2)(b) ondersoek ingestel te word of die betrokke stof nie tog *via* die verbreking van bepaalde sedereëls vir 'n bepaalde bevolkingsdeel se godsdienstige oortuigings of gevoelens aanstootlik is nie. Anders gestel, 'n skending van sedes behoort ingevolge artikel 47(2)(b) bereg te word as aangetoon word dat daardie sedes deel van 'n bevolkingsdeel se godsdienstevoelens en -oortuigings uitmaak en dat die verbreking van die betrokke sedes dus vir daardie bevolkingsdeel se godsdienstige oortuigings -of gevoelens aanstootlik is.

4 DIE VERTOLKING VAN ARTIKEL 47(2)(a)

4 1 Inleiding

Die substantiewe bepalings van artikel 47(2)(a) bestaan uit vier afsonderlike norme, naamlik “onbetaamlikheid”, “onwelvoeglikheid”, “aanstootlikheid” en “skadelikheid”. Hierdie primêre norme word deur die appèlraad as sinonieme toegepas en word so vertolk dat geen onnodige inbreukmaking op regte plaasvind nie.³⁸ Die vraag ontstaan of hierdie vertolking in ooreenstemming met die bedoeling van die wetgewer is.³⁹ Die vraag is veral van belang in die lig van die feit dat die appèlraad deur eie vertolking die betekenis en inhoud van hierdie primêre norme uitbrei oënskynlik sonder om veel waarde aan die gewone of positiefregtelike betekenis van die woorde te heg. Daarby bly die appèlraad nie

vervolg van vorige bladsy

Millions 128/85 1; *Buddy Buddy* 20/86 3 11). Indien aanvaar word dat die waarskynlike leser wel as vertolkingsmedium gebruik mag word, is dit slegs een van die aspekte wat die appèlraad moet oorweeg. Uiteindelik en in die lig van die *Snyman*- en *Gallo*-saak en a 47(2)(b) bly die uiteindelijke norm nie die verdraagsaamheidsvlak van die redelike moderne lid van 'n bepaalde bevolkingsdeel nie, maar of aan die godsdiensoortuigings en -gevoelens na die oordeel van die appèlraad binne die betekenis van a 47(2)(b) aanstoot gegee is.

36 *Brandwagpers (Edms) Bpk v Raad van Beheer oor Publikasies* 1974 3 SA 236 (D) 242G; *The Legacy* 47/79; veral *Scope* 115/79; *Magersfontein* 7/80.

37 Sien Robinson aw 15: “Just as Christian faith is not merely an intellectual system of propositions which have no immediate connection with life, so the Christian life cannot be understood apart from the faith by which it lives . . . If, however, whatever else it is, the Christian life is essentially a life of faith, the Christian ethics can never properly be divorced from Christian dogmatics, and the separation between them is no more than a methodological device for the sake of orderly and systematic study.” Sien ook oa Outka & Rheeder *Religion and morality* (1973) 192 ev; White *Biblical ethics* (1978) 64 ev; Gustafson *Christ and the moral life* (1968) 12 ev; Heyns *Teologiese etiek 1* (1982) 199. Dit is ook die uiteindelijke strekking van Potgieter *Godsdienstevoel* 189 ev se kritiek op die toepassing van a 47(2)(a) tov die Christen.

38 Van Rooyen *Censorship* 9; *Magersfontein* 7/80.

39 Sien Van Rensburg aw 101 ev.

net by die wetsomskrewe primêre norme om ongewenstheid te bepaal nie, maar wend ook norme aan wat hy “faktore” noem maar wat in die praktyk as norme werk. Hierdie norme kan as sekondêre norme beskryf word en word aangewend om die betekenis en inhoud van die primêre norme te bepaal.⁴⁰ Sodanige sekondêre norme is onder andere die redelike waarskynlike leser of kyker, kunswaarde, kunsgehalte en funksionaliteit of boodskap.⁴¹ Daar moet dus eers na die letterlike en positiefregtelike betekenis⁴² van die primêre norme gekyk word; daarna word oorweeg of die uitleg van die appèlraad met dié betekenis ooreenstem. Tweedens word die vraag ondersoek of die aanwending van die sekondêre norme⁴³ met die positiewe reg strook en of die gebruik daarvan regtens geoorloof is.

4 2 Die primêre norme

4 2 1 Letterlike en positiefregtelike betekenis

(a) *Onbetaamlik* Die woordbetekenis hiervan is “ongepas, wat nie betaam nie” – anders gestel en by implikasie, ’n handeling wat nie inpas by die algemeen-erkende wyse van optrede nie.⁴⁴ Ook die appèlhof het hierdie norm by geleentheid ontleed⁴⁵ en tot die gevolgtrekking gekom dat dit opsommenderwys beteken

40 Sien par 5 *infra*. Norme is “sekondêr” omdat hulle nie deur die wetgewer gestel is nie. ’n Faktor is ’n oorweging wat in aanmerking geneem word om ’n beslissing te kan maak, maar as die “faktor” slegs een moontlike uitkoms tot gevolg het, is dit nie meer ’n faktor nie maar ’n norm of maatstaf. Vgl die “kunswaarde”, “funksionaliteit” of “boodschap” van stof wat alle ander “faktore” soos oa sedeskending en aanstootlikheid neutraliseer. So is naaktheid, vloektaal en seks in ’n “kunsrolprent” of een met ’n “boodschap” geoorloof. (Sien oor die werking van hierdie neutralisering van sedeskending *Hold my Hand I’m Dying* 115/82; oor die boodskap/tema Van Rooyen 1989 *SA Publikereg* 137 ev; Klopper 1989 *THRHR* 340 ev; asook oa *Scope* 8/80; *The Hell’s Wind Staff* 99/80; *Raging Bull* 8/81; *The Competition* 21/81; 1900 31/81; *David Hockney* 45/81; *From the Life of the Marionettes* 51/81; *The Tin Drum* 82/81; *Wife Mistress* 77/82; *Lady Chatterley’s Lover* 100/81; *Bad Boys* 97/83; *Flashdance* 102/83; *Breathless* 117/83; *Clockwork Orange* 130/83; *Educating Rita* 155/83; *The Big Chill* 195/83; *Scarface* 81/84; *Streamers* 152/84; *Emmanuelle on Taboo Island* 209/84; *Once Upon a Time in America* 211/84; *Revenge of the Nerds* 218/84; *Teachers* 13/85; *Scruples* 48/85; *The Bay Boy* 55/85; *Brewster’s Millions* 128/85; *The Exorcist* 227/85; *Car Trouble* 239/85; *Plenty* 9/86; *A Private Function* 15/86; *Buddy Buddy* 20/86; *Blue City* 45/86; *April Fool’s Day* 67/86; *Back to School* 153/86; *Tenue de Soirée* 16/87; *The Name of the Rose* 27/87; *Extremities* 34/87; *Julia and Julia* 141/87; *Kennis van die Aand* 131/81; *Rabbit is Rich* 35/82; *A Stranger in the Mirror* 160/83; *Portnoy’s Complaint* 199/83; *Original Sins* 54/84; *Tropic of Capricorn* 132/85; *The High Cost of Living* 205/85; *Fanny Hill* 207/85; *Tropic of Cancer* 61/86; *The Mad Woman’s Underclothes* 186/86; *Asinamali* 16/86.)

41 Sien Klopper 1989 *THRHR* 340 ev; vn 40 *supra* en die sake aldaar aangehaal.

42 Letterlik omdat dit ’n reël van die uitleg van wette is dat aan woorde hulle gewone betekenis gegee moet word (sien vn 26 *supra*); en positiefregtelik soos die howe die gelykluidende a 5(2)(a) van die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede van 1963 vertolk het en dit ’n reël van die uitleg van wette is dat die wetgewer bedoel dat stof wat *in pari materia* met ’n ander wet is, dieselfde betekenis sal dra en dat daardie betekenis soos dit deur die howe uitgeleë word, sal geld (sien vn 45 *infra*).

43 Soos die redelike man-toets in *SAUK v O’Malley* 1977 3 SA 394 (A) en die ander norme pas genoem.

44 Odendal *et al sv* “onbetaamlik”.

45 Ingevolge die minderheidsuitspraak van Rumpff AR in *Publications Control Board v William Heinemann Ltd* 1965 4 SA 137 (A) 156C. Dié uitspraak handel oor hierdie norm en die norm “onwelvoeglik” in a 5(2)(a) (gelees met a 6(1)(a)–(d)) van die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede van 1963 wat *in pari materia* met a 47(2)(a) is. Dit is ’n reël van die uitleg van wette dat wette wat *in pari materia* is, eenders vertolk word en dat die wetgewer

“that which militates against the morality of the community.”⁴⁶ Die norm is ook vir die strafreg van belang.⁴⁷ In hierdie verband word die woord “onbetaamlik” vertolk as sede-ondermynend, aanstootlik vir gewone ordentlikheid of die neiging om te verderf.⁴⁸

(b) *Onweloweglik* Die letterlike betekenis hiervan is “onfatsoenlik, onbetaamlik”.⁴⁹ Dit het dus in wese dieselfde letterlike betekenis as “onbetaamlik” en word positiefregtelik en prakties as sinoniem vir “onbetaamlik” vertolk en gebruik.⁵⁰

(c) *Aanstootlik* Die letterlike betekenis hiervan is “wat ergernis verwek; wat beledig”.⁵¹ In die verband van artikel 5(2)(b) van die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede van 1963 (wat *in pari materia* met artikel 47(2)(b) is) wat oor godsdienstevoelens en -oortuigings handel, vertolk die houe *aanstootlik* as iets wat nie net bloot ergernis veroorsaak nie maar wat “repugnant, that mortifies or pains” is.⁵²

(d) *Skadelik* Die letterlike betekenis hiervan is: “1. Wat skade veroorsaak; nadelig; 2. Wat min of meer geen voordeel oplewer nie; onvoordelig”.⁵³ Die appèlhof het in *Publications Control Board v William Heinemann Ltd*⁵⁴ beslis dat die begrip “skadelik” in verband met artikel 6(1)(c) van die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede van 1963 inhou dat sedeskendende mediastof die uitwerking moet hê van

“inclining susceptible minds to the acceptance of the view that there is nothing really wrong with such behaviour”.

Hierdie begrip word deur appèlregter Ogilvie Thompson in *Publications Control Board v Republican Publications*⁵⁵ aangepas om te dui op die uitwerking wat sedeskendende mediastof op “a substantial number of likely readers” het, maar

vervolg van vorige bladsy

nie bedoel om ander betekenis aan begrippe te gee as wat deur die houe aanvaar word nie (sien Steyn aw 153 ev). In *Anchor Publishing Co (Pty) Ltd v Publications Appeal Board* 1987 4 SA 708 (N) 713A word verklaar, na oorweging van Amerikaanse reg, dat hierdie begrippe moeilik ’n regstegniese inhoud gegee kan word. Die Amerikaanse reg het egter geen invloed of oortuigingskrag by Suid-Afrikaanse mediabeheer nie (sien *Human & Rousseau Uitgewers v Snyman* 1978 3 SA 836 (T) 845H).

46 Sien die minderheidsuitspraak van Rumpff AR in *Publications Control Board v Heinemann Ltd supra* 156C.

47 Ivm die misdaad openbare onsedelikheid (sien *S v Gordonia Printing and Publishing Co* 1962 3 SA 51 (K); *S v H* 1974 3 SA 405 (T); *S v R* 1964 1 SA 394 (T); *R v Meinert* 1932 SWA 56; *R v Mcunu* 1940 NPD 99; *S v B & C* 1949 2 SA 582 (T); *R v Stanley* 1965 1 All ER 1035).

48 *R v Meinert supra* 61; *R v Mcunu supra* 100; *S v H supra* 407; *The State v Gordonia Printing and Publishing Co supra* 53.

49 Odendal *et al sv* “onweloweglik”.

50 *Publications Control Board v William Heinemann Ltd supra* en die gesag in vne 47–48 *supra*.

51 Odendal *et al sv* “aanstootlik”.

52 *Publications Control Board v Gallo (Africa) Ltd supra* 673H. Hierdie uitleg saam met die “absolutely necessary”-beginsel van die *Heinemann*-saak (sien vn 45 *supra*), laat die appèlraad tot die gevolgtrekking kom dat dieselfde toets ook vir aanstootlikheid by sedeskending geld (sien meer hieroor by par 5 3 3 *infra*).

53 Odendal *et al sv* “skadelik”.

54 *Supra* 154D. Dit stem natuurlik ooreen met die gemeenregtelike *contra bonos mores*-begrip (sien *Goeie Hoop Uitgewers v CNA* 1953 2 SA 843 (W) 846H).

55 1972 1 SA 288 (A) 297B–D 298H.

met die voorbehoud dat daar *ook* oorweeg moet word wat die algemene uitwerking daarvan op die openbare sedes sal wees.⁵⁶

4 2 2 Vertolking van die primêre norme deur die appèlraad oor publikasies

(a) “Onbetaamlik” en “onweloweglik” By die vertolking van hierdie begrippe (norme) kan daar twee benaderings uitgeken word, naamlik die *pre-1980-* en *post-1980-*benadering.⁵⁷

Voor 1980 het die appèlraad die begrippe verskeie kere ontleed. ’n Eng vertolking is daaraan gegee en die norm “onweloweglik” is as sinoniem vir “onbetaamlik” beskou.⁵⁸ Die raad maak hoofsaaklik van strafregtelike norme – en veral die benadering van *R v Mcunu*⁵⁹ – gebruik, terwyl die letterlike en gewone betekenis van hierdie norme weinig of geen aandag geniet nie.⁶⁰

In die *post-1980-*tydperk is dit veral die invoer van die sekondêre norm van “die redelike, gemiddelde waarskynlike leser/kyker” wat die vertolking van primêre norm(e) in ’n groot mate kwalifiseer en die inslag en uitwerking daarvan beïnvloed.⁶¹ Omdat dit die tans geldende vertolking van primêre norme is, verg dit nadere beskouing.

Sonder enige diepgaande ontleding van hierdie norme en met inagneming van die positiefregtelike, letterlike en gewone betekenis daarvan, kom die appèlraad tot die gevolgtrekking dat norme “iets meer” as ’n “blote skending van die geldende sedes” moet beteken. Hierdie slotsom word bereik op grond van die appèlraad se bevinding dat die benadering van die wetgewer “klaarblyklik op regsfilosofiese grondslae” berus.⁶² Die appèlraad gebruik ter staving van sy standpunt die debat tussen Hart,⁶³ Devlin⁶⁴ en Dworkin⁶⁵ wat oor die filosofiese regverdiging van die afdwinging van sedes deur regsreëls handel. Voorts argumenteer

56 *Idem* 299A: “What is distasteful is not necessarily indecent or obscene or harmful to public morals. Throughout bearing in mind that the criterion is not that of the sophisticated reader but that, on the contrary, regard must be had, *not only* to the effect of the article upon a substantial number of likely readers, *but also to its general impact upon public morals*, I remain unpersuaded that the decision in the Court below was wrong” (ek beklemtoon). Vgl ook die minderheidsuitspraak van Rumpff AR 299C–D waar hy die volgende sê: “I think that a Court should consider what the effect of the publication would be on ‘the average modern reader with a healthy mind’, rather than on ‘a substantial number of likely readers.’”

57 Anders gestel, *pre-Magersfontein* 7/80 en *post* dieselfde beslissing.

58 Sien Burns aw 97; *Brandwagpers* 6/75.

59 *Supra*.

60 Sien bv *Fair Lady* 99/77 waar die letterlike betekenis van hierdie norme oorsigtelik oorweeg word om die betekenis en uitwerking van die norm mede te bepaal en waar weer verwys word na *R v B & C supra* in ’n proses om die plek van geregverdigde naaktheid te bepaal. Oor die aanwending van die strafregtelike norme in mediabeheerverband, sien *Human & Rousseau Uitgewers v Snyman supra*.

61 *Magersfontein* 7/80 10; *Heartland-aanhangel* 43/82 5–7.

62 Sien *Magersfontein* 7/80 5. Die enigste geldige regverdiging vir so ’n vertolking sou wees indien daar van die vermoede by uitleg van wette gebruik gemaak word ingevolge waarvan die wetgewer vermoed word om op die mins beswarende wyse ’n bepaling te bedoel (sien Steyn aw 103 ev; Du Plessis aw 85 ev). Hierdie vermoede tree eers in werking as daar uit die wet self vasgestel word dat die wetgewer nie bedoel het om bestaande regte in te kort nie; dit geld egter nie hier nie omdat dit juis die bedoeling is om mediastof wat aan die omskrywing van “ongewens” voldoen, in te kort. (Sien die lang titel van die wet: “Om voorsiening te maak vir die *beheer* oor sekere publikasies of voorwerpe, rolprente en openbare vermaaklikhede . . .” Beheer sonder die inperking van regte is nie moontlik nie.)

63 *Law, liberty and morality* (1962).

64 *The enforcement of morals* (1959).

65 *Taking rights seriously* (1977). Oor die meriete en inhoud van hierdie debat sien Klopper 1989 *THRHR* 340 ev. Die appèlraad se mediabeheerfilosofie toon behalwe vir ’n paar aanpassings oënskynlik in breë trekke ooreenkoms met dié van Hart en Dworkin (sien Van Rooyen *Censorship* 53).

die appèlraad dat die “vryheid van spraak”-faktor meebring dat hierdie norme beperkend uitgelê moet word. Die appèlraad kom dan uiteindelik tot die volgende slotsom:

“Die Wet verbied dus ’n skending van die sedes op ’n blatant skaamtelose wyse of op afskuwekkende of walglike wyse . . .”⁶⁶

Hierdie vertolking word in 1984⁶⁷ uitgebrei tot die beginsel dat die norme beteken dat ’n sedereël op ’n *onbetaamlike* wyse verbreek moet word. “Onbetaamlik” in hierdie verband word omskryf as “blatant skaamteloos” of wat “wellus uitlok” en die uiteinde van hierdie uitbreiding is dat stof slegs onbetaamlik en onwelvoeglik is indien dit ’n sedereël op so ’n erg skaamtelose of onbetaamlike wyse verbreek dat die redelike waarskynlike leser of kyker se verdraagsaamheidsvlak oorskry word.⁶⁸

(b) “Aanstootlik” en “skadelik” Net soos in die geval van die vorige primêre norme, kan daar twee uiteenlopende benaderings uitgeken word.

Voor 1980 word “aanstootlik” deur die appèlraad vertolk as daardie stof wat kwetsend, weersinwekkend en pynlik vir die gemeenskap is. Hierdie norm word eng vertolk en gewoonlik in verband gebring met vuil- en vloektaal en oormatige geweld⁶⁹ en nie met mediastof wat bloot ergerlikheid of misnoeë tot gevolg het nie. Hierdie vertolking is die resultaat van die aanvaarding dat “aanstootlik” soos dit deur die appèlhof ten opsigte van artikel 5(2)(b) van die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede van 1963 (wat oor die godsdiensbelang handel)⁷⁰ vertolk word, ook ’n geldige vertolking is van “aanstootlik” waar dit in artikel 47(2)(a) gebruik word.⁷¹

“Skadelik” word vertolk as die behandeling van onsedelike stof op so ’n wyse dat dit as normaal, natuurlik en reg voorgehou word.⁷² Die appèlraad het al bevind dat “skadelik” ook “kondisionering” kan beteken.⁷³

Na 1980 word die betekenis van die norm “aanstootlik” in wese gehandhaaf,⁷⁴ met die enkele verskil dat die gemeenskapsmaatstaf oënskynlik nie meer geld nie maar wel die maatstaf van die redelike, waarskynlike leser of kyker. Die vraag is nou of die redelike waarskynlike leser of kyker se verdraagsaamheidsvlak op ’n aanstootlike wyse oorskry is.⁷⁵

Die norm “skadelik”, soos dit voorheen vertolk is, word nou ’n “faktor” en die eintlike norm is tans oorsaaklik van aard. Dit hou in dat ’n wesenlike aantal waarskynlike normale lesers of kykers deur die sedeskendende stof meer geneig gemaak moet word om die sedereël te oortree.⁷⁶

66 *Magersfontein* 7/80.

67 Ingevolge die *Heartland*-aanhangel van 1984-04-01 wat ’n kodifikasie van die appèlraad se mediabeheerreëls is.

68 *Heartland*-aanhangel 43/82 6.

69 Burns aw 98; *Brandwagpers* 6/75.

70 In *Publications Control Board v Gallo Africa Ltd supra*.

71 Sien vne 66 en 101; *The Lords of the Flatbush* 8/75; *Von Teufel Besessen* 8/75.

72 Burns aw 98; *Brandwagpers* 6/75 waar die saak *Publications Control Board v William Heinemann Ltd supra* as gesag gebruik word.

73 Sien *Cheeky Chuckles* 9/75.

74 *Magersfontein* 7/80 6.

75 *Heartland*-aanhangel 43/82 6.

76 *Heartland*-aanhangel 43/82 6-7.

4 3 Sekondêre norme

4 3 1 Inleiding

Die primêre norme ten opsigte van mediabeheer van sedeskendende stof word in artikel 47(2)(a) aangetref. Die appèlraad het deur sy vertolking van die primêre norme egter ook sekondêre norme geformuleer wat aangewend word om te bepaal of die primêre norme oortree is al dan nie en wat die primêre norme "neutraliseer". Hierdie sekondêre norme word dus nie in die Wet op Publikasies aangetref nie, maar blyk uit die appèlraad se beslissings, meer bepaald die kodifiserende *Magersfontein*-(7/80) en *Heartland*-aanhangsel-(43/82) beslissing. Die sekondêre norme⁷⁷ is die volgende: die waarskynlike redelike leser of kyker,⁷⁸ kuns, taal -en letterkundige waarde,⁷⁹ vryheid van spraak⁸⁰ en die funksionaliteit en "boodskap" van sedeskendende mediastof.⁸¹

4 3 2 Die redelike, waarskynlike leser of kyker

Hierdie norm hou in dat die beoordeling van die stof geskied deur die oë en na aanleiding van die reaksie van die redelike, waarskynlike leser of kyker. Aan hierdie denkbeeldige persoon word sekere eienskappe toegedig: hy is nie oorkrities of oorgevoelig nie; hy het begrip vir letterkundige standaarde; hy is ordentlik; hy is 'n volwassene wat op die hoogte is van gemeenskapstandaarde; hy is nie te konserwatief nie en ook nie te liberaal of modern nie; hy is nie preuts nie; hy is nie ongeletterd of oorgeleerd nie; hy het aanvanklik Christelike beginsels gehad;⁸² hy neem alle faktore in ag (insluitende die standaarde van die redelike leser of kyker); hy is gebalanseerd in sy uitkyk; hy handhaaf 'n oop gemoed (hy is nie geslote vir nuwe faktore nie); hy neem die letterkundige, taal- of kunswaarde van die stof in ag; hy het 'n vasgestelde en bepaalde verdraagsaamheidsdrumpel (die stof moet *hom* naamlik met afsku vervul of pynig of weersin by *hom* verwek); en hy is op die patroon van die redelike man van die gemenerereg geskep en word ook in dieselfde mate as 'n objektiewe maatstaf beskou. Hy het ten slotte in 1986 ook "modern" geword.⁸³

77 Sien vn 40 *supra*. Die appèlraad verwys hierna as "faktore".

78 *Brandwagpers* 6/75; *Magersfontein* 7/80.

79 *Magersfontein* 7/80.

80 *Ibid*; *Heartland*-aanhangsel 43/82 35-36.

81 Hierdie norm word nie in enige van die amptelike kodifikasies, nl *Magersfontein* 7/80 en *Heartland*-aanhangsel 43/82, aangetref nie maar is tog 'n norm wat toenemend in die beraadslaginge van die appèlraad ingeburger word (sien Van Rooyen 1989 *SA Publikereg* 137 ev; vn 40 *supra*).

82 Sien Potgieter *Godsdiensgevoel* 185 ev; Van Rensburg 1986 *TSAR* 153 158; *Heartland*-aanhangsel 43/82 5-7.

83 *Brandwagpers* 6/75 5; Burns aw 100 ev; *Magersfontein* 7/80; *The Dawn Comes Twice*; *SAUK v O'Malley* 1977 3 SA 394 (A). Oor die "moderne" redelike waarskynlike leser/kyker sien *The World is Full of Married Men* 117/86; *Satyr* 162/86. Die waarskynlike leser van die positiewe reg is nie gesofistikeerd nie: sien *Publications Control Board v Republican Publications supra* 298H. Die byvoeging van die "moderne"-hoedanigheid is in navolging van die minderheidsuitspraak van Rumpff AR in dieselfde saak (299C). Sien die aanhalings uit hierdie saak in vn 56 *supra*.

4 3 3 *Die letterkundige, dramatiese, taal- en kunswaarde*

Die wysiging van die Wet op Publikasies in 1978 deur die invoer van die Komitee van Deskundiges⁸⁴ het tot die vestiging van hierdie norm gelei.⁸⁵ Dit hou in dat indien stof *genoegsame* letterkundige en/of kunswaarde het, dit – sedeskending ten spyte – nie ongewens is nie omdat dit dan meer onsedelikheid kan “dra”.⁸⁶

4 3 4 *Vryheid van spraak*

Alhoewel die appèlraad uitdruklik sê dat dié “absolutely necessary”-norm nie ’n afsonderlike norm is nie, is dit tog ’n norm wat ’n beduidende rol in sy oorwegingsproses speel. Hierdie norm hou in dat daar ’n “bewyslas” ten gunste van nie-ongewensheid is. Sedeskending van ’n genoegsame erge graad moet eers aangetoon word voordat stof ongewens gevind sal word.⁸⁷

4 3 5 *Funksionaliteit en boodskap*

Alhoewel hierdie norme streng genome elemente is van die norme wat hierbo (4 3 3) bespreek is, word hulle deur die appèlraad as aparte norme aangewend by die beoordeling van stof⁸⁸ niesteenstaande die feit dat hulle nie uitdruklik in die kodifiserende uitsprake van die raad aangetref word nie.⁸⁹

5 'N KRITIESE BESKOUIING VAN DIE HEERSENDE MEDIA-BEHEERNORME

5 1 Die primêre norme

5 1 1 “Onbetaamlik” en “onweloweglik”

Indien die letterlike, gewone en positiefregtelike betekenis van hierdie norme⁹⁰ met die *post*-1980 en dus die tans geldende vertolking daarvan deur die appèlraad vergelyk word, kom laasgenoemde vertolking vreemd voor. Van die grondbetekenis van die letterlike en positiefregtelike vertolking, naamlik dat dit in die eerste plek gaan om die sedes van die gemeenskap en handeling wat daarmee strydig is, is daar by die appèlraad geen sprake nie. Die grondbegrip waarmee die appèlraad werk, is die *erge* skending van sedes soos deur die *individu* beleef.⁹¹ Hierdie eindpunt word bereik deur die aanvaarding van ’n bepaalde uitgangspunt, naamlik dat daar kennis geneem word van die sogenaamde “filosofiese uitgangspunt van die wet” waarvolgens die wetgewer die debat oor die regsregulering van sedes in ag neem wanneer hy die bepaalde norm wat hier geld,

84 A 35A ingevoer ingevolge Wet 109 van 1978.

85 *Magersfontein* 7/80 8; *Heartland*-aanhangel 43/82 20 32 en 34.

86 Sien vn 39 *supra*.

87 Sien *Heartland*-aanhangel 43/82 35. Oor die goorloofdeid van hierdie norm sien par 5 3 3 *infra* en Klopper 1989 *THRHR* 340 ev.

88 Sien vn 40 *supra*.

89 Sien *Magersfontein* 7/80; *Heartland*-aanhangel 43/82 5–8.

90 Sien par 4 2 1 hierbo.

91 Oor die geldigheid van hierdie norm uit ’n regs wetenskaplike en wetenskaplike werklikheidsoogpunt, sien par 5 3 1 *infra*.

stel.⁹² Die appèlraad se benadering is 'n afwyking van die grondbeginsels van wetsuitleg asook 'n miskenning van die legaliteitsbeginsel van die administratiefreg.⁹³ Indien die uitgangspunt dat die appèlraad nie aan vorige beslissings van die howe gebonde is nie, argumentshalwe aanvaar word, erken die appèlraad uitdruklik en by implikasie dat dit aan die uitsprake van die howe gebonde is.⁹⁴

Die voorafgaande opmerkings geld ook vir die gebruik van die "absolutely necessary"-beginsel in verband met vryheid van spraak om 'n woord uit te lê.⁹⁵ Daar is geen aanduiding in die wet dat die wetgewer "iets meer" bedoel het as bloot dat sedeskending by die toepassing van die wet vereis word nie. Trouens, die woorde wat die wetgewer gebruik, dui op presies die teenoorgestelde bedoeling. Die oogmerk van die Wet op Publikasies is juis om sedeskending deur mediastof te voorkom.⁹⁶

92 Sien par 4 2 2 *supra*. Dit is natuurlik 'n vraag of die wetgewer wel hierdie debatte in gedagte gehad het of daarvan kennis geneem het. Dit skyn *nie* die geval te wees nie. Sien *Verlag van die Kommissie van Ondersoek insake die Wysigingswetsontwerp op Publikasies en Vermaaklikhede* VW 61-73 hfst III. Al sou dit wel die geval gewees het, kan dit nogtans nie in aanmerking geneem word nie omdat dit strydig met die geldende reëls van uitleg is (sien vn 20 *supra*).

93 Steyn aw 134 ev 155 ev. Daarby het die weglating van a 6 van die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede van 1963 nie tot gevolg dat a 47(2)(a) eng vertolk moet word nie (sien *Human & Rousseau Uitgewers v Snyman* 1978 3 SA 836 (T) 845B). Beraadslagings en/of omringende omstandighede om die betekenis van 'n wetsartikel te bepaal, kan slegs aangewend word wanneer daar onduidelikheid oor die betekenis van 'n woord en die bedoeling van die wetgewer bestaan. Die appèlraad is 'n kwasi-judisiële liggaam en is gebonde aan beide die wet en die positiewe reg wat op datum van sy instelling geld. Die raad mag nie van die bepalinge van die wet afwyk of die wet so vertolk dat dit die bedoeling van die wetgewer verydel nie (sien Steyn aw 14 135). Die legaliteitsbeginsel beteken dat die positiesfregtelike vertolking van hierdie norme op die appèlraad van toepassing is en dat hy nie daarvan mag afwyk nie tensy daar aanduidings in die Wet op Publikasies is wat daarop dui dat sodanige afwyking deur die wet gemagtig word (sien Wiechers *Administratiefreg* (1984) 16; 1967 *De Rebus* 309 327; *Anchor Publishing Co (Pty) Ltd v Publications Appeal Board* 1987 4 SA 708 (N) 712H 718B). Daar is geen sodanige aanduidings in die wet nie. Daarby is dit 'n reël van wetsuitleg dat die wetgewer bedoel om reeds gevestigde betekenis van woorde wat uit 'n ander wet oorgeneem is, te behou (sien vn 95 *infra*).

94 Sien *Anchor Publishing Co Ltd v Publications Appeal Board supra* 733B; Potgieter en Visser 1988 *THRHR* 362. Vir die sake wat as gesag deur die appèlraad gebruik word, sien Klopper aw 71 asook die talle verwysings in die uitsprake van die appèlraad na bepaalde hofuitsprake, veral die *Heinemann-saak supra* en *Human & Rousseau Uitgewers v Snyman supra* (sien *Hearthland-aanhangsel* 43/82 Z).

95 Steyn aw 4 ev. Die "absolutely necessary"-beginsel word nie net hier deur die appèlraad aangewend nie, maar ook as die *ratio* vir die instelling van 'n bewyslas gebruik (sien vn 86 *supra*). Hierdie beginsel kom in die *minderheidsuitspraak* van Rumpff AR in die *Heinemann-saak supra* 160E voor. Daarteenoor is die houding van die *meerderheidsuitspraak* (151A-H) dat die ingryping geregtig is omdat sodanige ingryping selde nadeel inhou: "I may add that any dismay at the possible effect on such publications finds relief in the knowledge that the expurgation of objectionable parts hardly ever causes harm to their literary value; and, if any of them should be so interlarded with obscenity that expurgation would be destructive of the whole, it may well be thought that there is enough in our heritage of unsullied literary treasure to compensate for the loss, if any. *Literary value is, after all, not the synthesis or sum total of all human values. It has to be weighed against others, and cannot outweigh the moral values which the Act seeks to protect*" (ek beklemtoon).

96 Sien a 8 19 26 en 30 van die wet asook die uitspraak van Steyn AR in vn 94 *supra* aangehaal; Klopper 1989 *THRHR* 340 ev en die volgende standpunt van Holmes AR in *Publications Control Board v Gallo (Africa) Ltd* 1975 3 SA 665 (A) 684C: "But why, the young may ask, should freedom of speech and of artistic expression be curtailed merely because of offence to the religious convictions or feelings of a section of the country's inhabitants? The answer

Indien aanvaar word dat die “iets meer”-vertolking ongeldig is, volg dit dat die aanwending van die newenorme van “blatant skaamteloos” en/of “wellus uitlokkende” wyse van verbreking eweneens wegval.

Dit is dus duidelik dat die vertolking deur die appèlraad van die norme “onweloweglik” en “onbetaamlik” nie die grondbeginsels van wetsuitleg gehoorsaam nie en ook nie in ooreenstemming is met die gewone en positiefregtelike betekenis van die norme en die bedoeling van die wetgewer soos in die Wet op Publikasies aangetref word nie. Aangesien die appèlraad deur sy eie vertolking van die wetbepaalde norme ’n eie norm formuleer, tree hy buite sy magte op en is sy handeling hersienbaar.⁹⁷

Die eindresultaat is dat die norm “onbetaamlik” en “onweloweglik” beteken dat mediastof wat strydig is met die sedes van die gemeenskap, soos ervaar deur die waarskynlike leser of kyker, ongewens is.⁹⁸

5 1 2 “Aanstootlik” en “skadelik”

(a) “Aanstootlik” “Aanstootlik” beteken volgens die appèlraad “kwetsend, weersinswekkend en pynlik” vir die redelike persoon. Hierdie resultaat word bereik deur die appèlraad se siening dat die houe se vertolking van artikel 5(2)(b) van die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede van 1963 (wat dieselfde bewoording as artikel 47(2)(b) het), tegelyk ’n geldige vertolking van “aanstootlik” in artikel 47(2)(a) is.⁹⁹

Die vraag is of die appèlraad se vertolking in die lig van die letterlike, gewone en positiefregtelike betekenis van die woord “aanstootlik” aan die bedoeling van die wetgewer getrou is. Die antwoord is negatief. Indien die grondslag van en gesag vir hierdie gevolgtrekking ontleed word, word dit duidelik dat die appèlhof¹⁰⁰ die betrokke vertolking aan “aanstootlik” gee omdat die destydse artikel 6 van die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede van 1963 uiteengesit het presies wat ingevolge artikel 5(2)(a) van dieselfde wet as aanstootlik beskou is. Daar is egter in artikel 5(2)(b) nie ’n ooreenstemmende inhoud aan “aanstootlik” gegee nie. Die appèlhof kom uitdruklik tot die slotsom dat die begrip

vervolg van vorige bladsy

is that Parliament has so decided.” Sien ook *Buren Uitgewers v Raad oor Publikasies* 1975 1 SA 379 (K) 403C. Die *Verlag van die Kommissie van Ondersoek insake die Wysigingswetsontwerp op Publikasies en Vermaaklikhede supra* hfst III, hoewel nie deurslaggewend nie, gee tog ook ’n teenoorgestelde aanduiding. Daarby is dit ’n erkende reël van wetsuitleg dat indien ’n begrip uit ’n vorige of ander wet oorgeneem word, die wetgewer bedoel dat die betekenis van daardie begrip soos dit deur die houe vertolk word, sal geld (sien Steyn aw 128 ev en oa *Ex parte Minister of Justice: In re R v Bolon* 1941 AD 359; *Smith v Commissioner for Inland Revenue* 1964 1 SA 324 (A); *De Wet v Jurgens* 1970 3 SA 38 (A) en die doelstelling van die Wet op Publikasies in die titel van die wet in vn 62 *supra* aangehaal.

97 Sien a 39 van die Wet op Publikasies; *Anchor Publishing Co (Pty) Ltd v Publications Appeal Board* 1987 4 SA 708 (N) 713G 718B; *Human & Rousseau Uitgewers v Snyman supra* 838A; vgl Potgieter en Visser 1988 *THRHR* 367.

98 Sien par 4 2 1 en vne 44–50 *supra*.

99 Sien par 4 2 2 en vne 70–72 *supra*. Sowel a 5(2)(b) as 47(2)(b) handel oor die godsdienstbelang, terwyl a 47(2)(a) die sedebelang dek.

100 In *Publications Control Board v Gallo (Africa) Ltd supra*.

“aanstootlik” in artikel 5(2)(a) en 5(2)(b) van die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede van 1963 nie gelyk geskakel kan word nie¹⁰¹ en dat die uitleg wat hy aan “aanstootlik” gee, uitsluitlik vir die godsdienstebelang (sien artikel 5(2)(b)) geld vanweë die subjektiewe en emosionele inhoud van die betrokke belang en omdat daar reeds in artikel 6 van die destydse Wet op Publikasies en Vermaaklikhede van 1963 ’n nadere omskrywing aan “aanstootlik” vir doeleindes van artikel 5(2)(a) gegee is.¹⁰²

Dit beteken dat die appèlraad se uitleg nie opgaan nie en dat onsedelikheid wat by die waarskynlike leser of kyker ergernis verwek of wat hom beledig, aanstootlik en dus ongewens is.

(b) “Skadelik” Hierdie norm beteken volgens die appèlraad eenvoudig dat ’n wesenlike aantal lesers deur die stof meer geneig gemaak moet word om ’n bepaalde sedereël te oortree. Die norm “skadelik” het volgens sy gewone en positiefregtelike betekenis egter nie slegs hierdie enkelvoudige betekenis nie. Dit hou in dat eers oorweeg moet word wat die uitwerking van die sedeskendende stof op die waarskynlike leser of kyker sal wees, waarna ook oorweeg moet word wat die uitwerking van sodanige stof op die openbare sedes in die algemeen sal wees.¹⁰³

Die appèlraad se vertolking van “skadelik” verontagsaam die meervoudige betekenis daarvan aangesien dit net van ’n gedeelte van die betekenis van dié norm kennis neem. Dit is ook duidelik gegrond op ’n eie vertolking van hierdie norm soos dit deur veral die appèlhof geformuleer is.¹⁰⁴

Dit beteken dat die appèlraad se uitleg ook hier te kort skiet. Die norm “skadelik” hou in dat eerstens oorweeg moet word watter invloed sedeskendende mediastof op ’n wesenlike aantal waarskynlike lesers of kykers sal hê en dat daarby ook oorweeg moet word wat die invloed van sodanige stof op die sedes in die algemeen sal wees.

5 2 Die sekondêre norme

5 2 1 Die redelike waarskynlike leser of kyker

(a) *Herkoms en inhoud* Volgens die appèlraad is hierdie norm in die gemenerereg gevestig en kom dit met die gemeenregtelike norm ooreen.¹⁰⁵ In werklikheid word daar egter aan hierdie redelike waarskynlike leser of kyker deur die appèlraad ’n menigvuldigheid subjektiewe eienskappe toegedig wat die eienskappe

101 *Idem* 671H en 673H waar Rumpff AR die volgende sê: “In regard to the meaning of the word ‘offensive’ in sec 5(2)(b) of the Act, it is of importance to note that it is introduced in the context of religion. One should have regard, therefore, to what has been said above, in relation to the highly subjective element in the concept of religion. On the other hand one should also have regard to the fact that a certain latitude must be allowed in order to maintain freedom of expression. In the result, I am of the opinion that the word ‘offensive’ in sec 5(2)(b) is not intended to mean merely something that displeases, but is intended to mean something repugnant, that mortifies or pains.” sien ook die voorafgaande gedeelte van hierdie uitspraak in vn 35 *supra*.

102 *Ibid*; sien ook *Human & Rousseau Uitgewers v Snyman supra* 847D ev.

103 sien par 4 2 1 en vne 53–56 *supra*.

104 sien vn 56 *supra*. Daarbenewens is dit ’n reël van wetsuitleg dat die wetgewer bedoel dat die betekenis van ’n deur-die-howe-vertolkte reël sal geld as dit *in pari materia* met ’n vorige wet is (sien vn 96 *supra*).

105 sien *Brandwagters* 6/75; *Magersfontein* 7/80; *SAUK v O’Malley supra*.

waarmee die gemenerereg die denkbeeldige redelike man toebedeel, ver oorskry. Regtens het die redelike man die volgende eienskappe: hy is normaal, ewewigtig, regsinnig, redelik en nie hiper-krities of oorsensitief nie.¹⁰⁶ Indien hierdie eienskappe vergelyk word met die eienskappe van die redelike waarskynlike leser of kyker van die appèlraad, word dit gou duidelik dat die redelike waarskynlike leser of kyker slegs drie uit die sowat vyftien moontlike eienskappe met die redelike man moontlik gemeen het, naamlik kritiese ingesteldheid, ewewigtigheid en gevoeligheid.¹⁰⁷ Waar die vele ander eienskappe van die appèlraad se redelike leser of kyker vandaan kom, is onduidelik. Daar kan nie aan die redelike man of die redelike waarskynlike leser of kyker eienskappe toegedig word wat nie gemeenskaplik aan die gemeenskap as 'n geheel is nie. Indien dit gedoen word, is hy nie meer die juridiese verpersoonliking van die gemeenskap se redelikheidsgevoel wat hy veronderstel is om te wees nie.¹⁰⁸

(b) *Plek en aanwending* Benewens die redelike man se eienskapsverbreding in die gestalte van die redelike waarskynlike leser of kyker, word die plek en inhoud van die redelike man-toets in die gemenerereg ook deur die appèlraad uit die oog verloor. Hy word, uit die verband waar die appèlraad hom haal, gebruik as deel van die onregmatigheidstoets om die objektiewe redelikheid al dan nie van 'n *fama*-skendende handeling te beoordeel: met ander woorde of die handeling onregmatig is.¹⁰⁹ Die redelike man-toets in verband met die *boni mores* word hier nie gebruik om "sedes" te bepaal nie, maar bloot as 'n uitdrukking van die *redelikheidsgevoel* van die gemeenskap. Die redelike man-toets, anders as die appèlraad se aanwending van die redelike waarskynlike leser- of kyker-toets, word nie gebruik om te bepaal of daar 'n sedenormoortreding was nie, maar wel of die aantasting (in hierdie geval die lasterlike woorde) in die bepaalde omstandighede redelik was al dan nie. Die redelike man het dus uit 'n gemeenregtelike oogpunt *niks* met sedes volgens die algemene betekenis van die woord te make nie.¹¹⁰

(c) *Verpersoonliking van die gemeenskap* Alhoewel die redelike man as norm by die peiling van die redelikheidsgevoel van die gemeenskap gebruik word, is

106 SAUK v O'Malley supra 408D. "Sensitief" word hier gebruik in die sin dat hy nie oorvoelig is wanneer dit om sy uiterlike eer of *fama* gaan nie.

107 Sien par 4 3 2 en vne 82-83 supra. Die huidige stand van die reg is dat die redelike man nie werklik menslike eienskappe het nie. Sien Weber v Santam Versekeringsmaatskappy 1983 1 SA 381 (A) 410-411 waar Joubert AR die volgende sê: "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 gaan oor 'n fisiese persoon nie, maar slegs oor die benaming van 'n abstrakte objektiewe maatstaf, handel . . ."

108 Sien Neethling, Potgieter en Visser Deliktereg (1989) 113 277-279. Die appèlraad het 'n eie siening van die redelike man. In A Video Guide to Love Positions 34/86 verklaar die raad: "The views of the reasonable man are therefore not simply in accord with the aggregate view, numerically ascertained, of what South Africans think in regard to a specific issue. The reasonable man test must take cognisance of these interests although they are minority interests. In certain instances the balancing of these interests results in these minority interests being found of overriding value" (ek beklemtoon). Daarby word die redelike waarskynlike leser se belang om 'n bepaalde film te sien ook as norm gebruik (sien The Big Chill 195/83 2). Hoe hierdie begrippe met mekaar versoek kan word, word nie verklaar nie.

109 Sien vn 43 supra; Neethling Persoonlikheidsreg (1985) 128 ev; Klopper aw 255 en die gesag 257 vn 26; Burchell The law of defamation in South Africa (1985) 63; Van der Merwe en Olivier Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg (1989) 392 ev; Neethling et al 277 ev.

110 Ibid.

die uiteindelijke toets om te bepaal of daar laster was, die vraag of die aansien van so 'n persoon in die oë van die gemeenskap *as geheel* gedaal het.¹¹¹ Dit beteken dat die aanwending van die redelike man-toets by laster nie ag slaan op die siening van segmente van die bevolking nie en 'n gesegmenteerde gevolg is dus nie moontlik nie. Daarenteen is gesegmenteertheid juis die gevolg van die aanwending van die appèlraad se siening van 'n redelike waarskynlike leser of kyker met 'n bepaalde stel eienskappe.¹¹²

(d) *Afwyking van die waarskynlike leser* Benewens die feit dat die redelike, waarskynlike leser of kyker, anders as wat die appèlraad te kenne gee, wesenlik van die redelike man verskil, stem dit ook nie ooreen met die waarskynlike leser (of kyker) van die positiewe reg nie. Hierdie waarskynlike leser het slegs twee eienskappe: hy is naamlik nóg preuts, nóg liberaal.¹¹³ Verder moet die plek van die redelike waarskynlike leser of kyker in verband met die vier primêre norme van artikel 47(2)(a) van die Wet op Publikasies in vergelyking met artikel 5(2) en 6(1) van die Wet op Openbare Vermaaklikhede van 1963 nie uit die oog verloor word nie. Die begrippe “onwelvoeglik”, “onbetaamlik” en “aanstootlik” was ingevolge artikel 6(1)(a) en (b) van laasgenoemde wet gekoppel aan die waarskynlike leser (nie die redelike waarskynlike leser nie).¹¹⁴

(e) *Gevolgtrekking* Uit die voorgaande is dit duidelik dat die redelike waarskynlike leser- of kyker-norm soos dit deur die appèlraad geformuleer en aangewend word, nie so 'n gemeenregtelik-begronde objektiewe maatstaf is as wat algemeen aanvaar word nie omdat dit in die lig van sulke subjektiewe eienskappe soos letterkundige of kunswaarderingsvermoëns, sedelike standaard en oordeelsvermoë nie met die gemeenregtelike redelike man vereenselwig kan word nie. Daarby is die aanwending van hierdie norm deur die appèlraad nie in ooreenstemming met die beginsels van die gemenerereg nie en ook nie met die positiefregtelik waarskynlike leser nie.

Verder, al sou daar argumentshalwe aanvaar word dat die redelike waarskynlike leser of kyker wel 'n gemeenregtelik- en positiefregtelik begronde norm is, kan so 'n norm vanweë werklikheidsoorwegings nie die objektiewe resultate verseker wat dit poog om te bewerkstellig nie. Dit is so omdat 'n outonome (individuele) norm gebruik word om 'n absolute gegewe, naamlik die absolute sedes, te bepaal. Die redelike waarskynlike leser of kyker, synde 'n individu, se eie sedes kan verskil of ooreenkom met die sedes in die gemeenskap.¹¹⁵ Die waarskynlike leser- of kyker-norm kan geldig aangewend word slegs om te bepaal of outonome sedereëls verbreek is, (dit wil sê by “onbetaamlik” en “onwelvoeglik” asook by “aanstootlik”),¹¹⁶ maar nie om die sedes van die gemeenskap te bepaal nie.

111 Klopper aw 258 en oa *Wallachs v Marsh* 1928 TPD 531 536; *GA Fichardt v The Friend Newspapers Ltd* 1916 AD 1; *Unie Volkspers v Rossouw* 1943 AD 519 524; *Conroy v Nicol* 1951 1 SA 653 (A) 662; *HRH King Zwelithini of KwaZulu v Mervis* 1978 2 SA 521 (D) 528-529; *Ngcobo v Shembe* 1983 4 SA 66 (D) 71; Burchell aw 99 ev.

112 Sien bv *A Video Guide to Love Positions* 34/86 2.

113 *Publications Control Board v William Heinemann supra* 150G.

114 Sien *Human & Rousseau Uitgewers v Snyman supra* 836 843H; *Publications Control Board v Republican Publications supra*; *Publications Control Board v William Heinemann Ltd supra* 148H.

115 Sien Klopper 1989 *THRHR* 340 ev; Van Rensburg aw 108 ev.

116 *Ibid.*

5 2 2 Letterkundige, dramatiese, taal- en kunswaarde

Die appèlraad lei uit die instelling van komitees van deskundiges en laasgenoemde se kwalifikasies ingevolge artikel 35A en 35B af dat die wetgewer bedoel dat kuns, taal of letterkunde 'n bepaalde belangrike rol in sy oorweging moet speel. Die betrokke artikels neem die saak egter nie so ver nie. Die funksie van hierdie komitee is slegs om die appèlraad van *advies* te dien. Hierdie advies kan nie uit die bewoording van die wet tot 'n selfstandige norm verhef word nie. Trouens, die begrip "ongewens" is 'n objektiewe maatstaf wat onafhanklik van enige ander norme soos letterkundige waarde funksioneer.¹¹⁷ Die appèlraad is egter nie onvoorwaardelik aan die advies van die komitee van deskundiges gebonde nie. Slegs wat die *inhoud* van hierdie komitee se verslag betref, kan nie daarvan afgewyk word nie. Die appèlraad is verplig om die advies te verontagsaam as die aanname van die advies daartoe sal lei dat die wet en meer bepaald artikel 47(2) daardeur negeer of kragteloos gemaak word.¹¹⁸ Alhoewel die appèlraad sê dat letterkundige, kuns- en dramatiese waarde slegs 'n *faktor* by oorweging van sedeskendende stof is, word hierdie "faktor" deur die raad so aangewend dat dit soms swaarder weeg as die "moral values which the Act seeks to protect".¹¹⁹ In werklikheid is die skrywer, kunstenaar, dramaturg en filmprodusent net so onderworpe aan die sedereëls van die Suid-Afrikaanse gemeenskap as enige ander lid daarvan.¹²⁰

- 117 Sien die uitspraak van Steyn AR in die *Heinemann*-saak *supra* 149A en die uitsprake van Van Wyk RP en Diemont R in die *Buren*-saak *supra* 390H-391A 403C onderskeidelik. Die appèlraad het nie alleen hierdie norm toegepas nie, maar gebruik dit op so 'n wyse dat dit ook aanstootlikheid "neutraliseer" (sien oa *A Private Function* 15/86 2; *Buddy Buddy* 20/86 11; *A Summer in St Tropez* 126/83). Die appèlraad neem die vertolking in *A Video Guide to Love Positions* 34/86 2 nog verder as die aanvanklike betekenis daarvan soos in *Magersfontein* 7/80 en *Heartland*-aanhangel 43/82 uiteengesit. Hier sê die appèlraad dat a 35A en 35B beteken dat die wetgewer erkenning verleen aan sekere minderheidsbelange. Hoe die raad by hierdie eindpunt uitkom en dit boonop regverdig, is onduidelik.
- 118 Sien die saak wat die appèlraad self as gesag vir sy standpunt aanhaal in *Magersfontein* 7/80 5, nl *S v McBride* 1979 4 SA 313 (W) 317H waar gesê word dat die hof die advies van deskundiges kan verontagsaam "if in its view the specialists have misinterpreted the relevant sections or subsections of the Act and consequently have made technically incorrect findings". Van Rensburg aw 77 122 ev toon daarby aan dat daar kwalik op die menings van hierdie soort verbonde deskundiges peilgetrek kan word om objektiewe resultate te bekom en dat die estetiese nooit oor die sedes verhef behoort te word nie. Sien ook vne 119 en 120 *infra*.
- 119 *Ibid*. Sien ook vn 40 *supra*; *A Private Function* 15/86 2 6; *Buddy Buddy* 20/86 11; *A Summer in St Tropez* 126/83; *The Man With Two Brains* 168/83; *Slave Hunter* 176/82.
- 120 Sien Klopper 1989 *THRHR* 340 ev en ook Van Wyk RP se uitspraak in *Buren Uitgewers v Raad van Beheer oor Publikasies supra* 393F: "My indruk was nog altyd dat so 'n roman, hoewel die verhaal self fiktief is, tog tot 'n groot hoogte 'n weerkaatsing is van die werklikheid soos dit op 'n bepaalde tyd is of was. In alle geval, geen skrywer is geoorloof om die sogenaamde seepbel-tegniek te gebruik as 'n ekskuus om dit wat die Wet as ongewens beskryf, te skrywe nie." Dit is nie die taak van die appèlraad om die moontlike inperkende uitwerking van die Wet op Publikasies te oorweeg nie, maar wel om die bepaling van die wet toe te pas. Sodra sedeskendende mediastof aan die omskrywing van a 47(2)(a) voldoen, tree die volle implikasies van die wet in werking afgesien van enige ander oorwegings (sien Steyn aw 14; die *Heinemann*-en *Buren*-saak in hierdie vn en vn 113 *supra*; *Anchor Publishers v Publications Appeal Board supra* 735C; Diemont R se uitspraak in die *Buren*-saak *supra* 403C in vn 123 *infra* aangehaal. Ook moet in gedagte gehou word dat 'n uitleg wat daarop neerkom dat die letterkundige, dramaturg of kunstenaar (wat almal individue is) deur die wet bevoordeel word bo die algemene belang wat deur die Wet op Publikasies gedien word, strydig is met die reëls van wetsuitleg (sien Steyn aw 124; Du Plessis aw 64 ev; oor die regsvoorswerp van die wet, sien Klopper 1989 *THRHR* 340 ev).

5 2 3 *Vryheid van spraak*

Eerstens is hierdie 'n norm wat afgelei is uit die minderheidsuitspraak van appèlreger Rumpff in die *Heinemann-saak*¹²¹; dit hou nie rekening met die Wet op Publikasies se hoofdoelstelling nie, naamlik om die sedes teen sedeskendende mediamateriaal te beskerm.¹²²

Tweedens moet daarmee rekening gehou word dat die appèlraad slegs die norme wat in die wet aangetref word, mag aanvaar en toepas. Die wet bevat nie 'n magtiging dat die appèlraad in sy beraadslaging aan vryheid van spraak gedagtig moet wees nie. Trouens, die raad se diskresie word juis deur artikel 47(2)(a) begrens en hy mag nie 'n eie diskresie hier gebruik nie.¹²³

Derdens is "vryheid van spraak" nie 'n absolute begrip nie en word in die meeste lande ten gunste van ander belange ingeperk. 'n Aanspraak op vryheid van spraak ten gunste van die skrywer, kunstenaar, dramaturg of rolprentprodusent veronderstel dat diesulkes ongebonde is en dat hulle 'n onvervreembare en onbepaalde reg het om, ten einde hulle kuns te beoefen, alles in die uitdruklike weer te gee en dat hulle kunsbeoefening geheel en al gerig word deur hierdie onbepaalde vryheid. Hierdie veronderstelling is regtens en andersins ongegrond.¹²⁴

Vierdens het die "absolutely necessary"-norm wat van die erkenning van die vryheid van spraak afgelei is, die uitwerking om 'n bewyslas ten gunste van sedeskendende stof daar te stel. Dit is nie geoorloof nie maar tog word dit deur die appèlraad soms as 'n afsonderlike en selfstandige norm gebruik waarkragtens dit (by implikasie) bo redelike twyfel moet blyk dat mediastof ongewens is voordat dit verbied word.¹²⁵

121 *Supra*.

122 Sien Klopper 1989 *THRHR* 340 ev en die opskrif tot die wet in vn 62 *supra*.

123 Sien Steyn aw 14 en die uitspraak van Diemont R in *Buren Uitgewers v Raad van Beheer oor Publikasies supra* op 403B-C: "Meeste Westerse lande erken hierdie reg, die reg om vrylik te dink, en te praat en te skryf as van fundamentele belang. Suid-Afrika is geen uitsondering nie. Die Howe het in die afgelope ander half-eeu alles in hulle vermoë gedoen om hierdie kosbare reg te behou en te beskerm. Tensy dit "absoluut noodsaaklik" is, om die woorde van die Hoofreger te herhaal, moet die Hof in die uitoefening van sy diskresie sorg dat die vryheid van spraak nie verdwyn of onnodiglik ingekort word nie.

Daar moet egter gelet word dat die Hof in die uitoefening van sy diskresie nie vry en ongebonde is nie. Dit mag wees dat ek *Kennis van die Aand* nie sou verbied het as ek 'n onbeteuelde diskresie kon uitoefen, maar ek mag nie my eie beskouings laat geld ten koste van die beginsels van die Wet, en veral die beginsels in arts. 5 en 6 nie" (ek beklemtoon).

124 Sien Klopper aw 43 ev; Clor *Obscenity and public morality* (1969) 258; Van Rensburg aw 77 ev; Van der Walt 1973 *Aambeeld* 8; Dhavan en Davies *Censorship and obscenity* (1978) 179; Klopper 1989 *THRHR* 353 vn 82.

125 Sien oa *A Stranger in the Mirror* 160/83; *Scarface* 81/84; Wiechers *Administratiefreg* 125; *Lambert v Director of Census* 1956 3 SA 452 (T) 454A-B; *Johannesburg Local Transportation Board v David Morton Transport (Pty) Ltd* 1976 1 SA 887 (A); *Zarkalis v Chief Immigration Officer* 1976 2 SA 431 (RA); *S v Mangena* 1978 4 SA 565 (T); *Incorporated Law Society of Transvaal v Meyer* 1981 3 SA 962 (T); *Schmidt Bewysreg* (1982) 620; Van Rooyen 1977 *De Jure* 346. In *Giri* 258/84 1 blyk dit dat die appèlraad hiervan bewus is maar eerder as om daarvan af te wyk, bevind die raad dat 'n boek "the benefit of the doubt" moet ontvang as die beoordelaar nie kan besluit nie. Dit dui by implikasie daarop dat die boek ten aanvang geag word nie ongewens te wees nie en as daar redelike twyfel oor die ongewenstheid daarvan is, die boek die voordeel van hierdie twyfel moet ontvang – dus 'n bewyslas bo redelike twyfel. Hierdie bewyslas is egter slegs in die strafreg van toepassing. By 'n kwasieregisdreigende liggaam is die bewysnorm 'n oorwig van waarskynlikheid (sien Schmidt aw 620; sien egter ook *Backhouse v Race Classification Board* 1967 3 SA 114 (D) 116F). Hierbo (par 5 2 2) is daarop gewys dat hierdie norm ook nie gebruik kan word om 'n eng betekenis aan "aanstootlik" te verleen nie.

5 2 4 *Funksionaliteit en boodskap*

Dieselfde argumente teen die aanwending van kuns, letterkundige en dramatiese waarde asook van die “absolutely necessary”-norm geld met die nodige aanpassings hier. Die “boodskap” van sedeskendende mediamateriaal kan nie ’n norm of faktor wees by die bepaling of die stof ongewens is al dan nie.¹²⁶

6 GEVOLGTREKKING EN SLOTOPMERKINGS

6 1 *Gevolgtrekking*

Indien die primêre norme van die Wet op Publikasies soos hulle in artikel 47(2)(a) uiteengesit word volgens die beginsels van die uitleg van wette en hulle gewone en positiefregtelike betekenis ontleed word en vergelyk word met die buitengewone betekenis wat die appèlraad oor publikasies daaraan toedig, blyk dit dat sowel die primêre as sekondêre norme wat die appèlraad tans gebruik, die bedoeling van die wetgewer verontagsaam en in sommige gevalle strydig met die positiewe reg is.

Volgens die appèlraad se vertolking handel die Wet op Publikasies nie met die sedes nie. Dit blyk egter duidelik uit die wet en die gestelde norme dat dit nie primêr oor die vraag gaan of bepaalde sedeskendende mediamateriaal enige kuns- of letterkundige waarde het en om dié rede nie ongewens is nie. Die wet handel volgens ’n behoorlike vertolking van die primêre norme wel oor sedeskending en die bekamping van sodanige skending deur die aanwending van die Wet op Publikasies.

6 2 *Slotopmerkings*

Ten slotte moet met Van Rensburg¹²⁷ saamgestem word dat die norme wat die wet voorskryf allermens duidelik is. Indien die beskermingsvoorwerp van die Wet op Publikasies in ag geneem word, behoort die norme meer oorsaaklikheidsgerig te wees. Die norm behoort te wees of die mediamateriaal wel sedeskendend is en wat die uitwerking daarvan eerstens op outonome vlak en tweedens op die absolute vlak sal wees. Indien daar op ’n oorwig van waarskynlikheid tot die slotsom gekom word dat daar benadeling op enige van hierdie vlakke sal wees, is die stof ongewens. Ook die begrip van benadeling moet in die lig van bestaande sielkundige en sosiale wetenskaplike kennis heroorweeg word en die oorvereenvoudigde begrip van werklike, onmiddellike en direkte benadeling behoort te vervul.¹²⁸ Die vraag of bedoelde benadeling of skade sal voorkom,

126 Sien vn 40; 1989 *THRHR* 340 en ook a 47(4). Funksionaliteit kan volgens die appèlraad ook aanstootlikheid “neutraliseer” (sien *Hold my Hand I’m Dying* 115/82). Sien egter hierteenoor die gesag in vne 120–123 *supra*.

127 Aw 112.

128 Sien Kilpatrick in Van Rensburg aw 125–126: “There is a horrible fascination in these things. They put in motion all sorts of carnal desires far better left quiescent, and it requires no vivid labor of imagination to perceive a delayed cause-and-effect relationship between the nudie magazine, the filthy photograph, the hard core movie, and the act of adultery and rape. What is involved, or so it seems to me, is a slow rotting of the social fabric, and I believe that states and localities, moving with the utmost care under due process of law, have every right to protect their society from this sort of slow corruption . . .” Hierdie waarneming is ewe geldig vir alle sedeskendende mediamateriaal en nie net op die gebied van die seksuele nie (sien ook Klopper 1989 *THRHR* 340 ev).

val normaalweg buite die kundigheidsveld van die meeste regsgeleerdes, kunstenaars of literators en is eerder binne die vakgebied van die sielkunde en die sosiale sielkunde.

Uit die wyse waarop die mediabeheerliggame die Wet op Publikasies tans toepas, wil dit voorkom of hierdie liggame ook as kunstenaardekeurders optree by die weer van die ergste sedeskendende mediastof uit die Suid-Afrikaanse gemeenskap. Hierdie onaanvaarbare toedrag van sake is teweeggebring deur die feit dat die appèlraad tot 'n hoogte 'n eie diskresie uitoefen en dat daar skynbaar 'n ongelykheid in die beheerstelsel ingebou is deurdat die appèlraad regterlik ingeklee is, die hoër liggaam uitmaak en dus in die praktyk die finale seggenskap by mediabeheer het. Hierdie finale seggenskap word dan ook deur sy kodifiserende uitsprake uitgeoefen. Die direktoraat aan die ander kant kom as appellant telkens voor die geldmag van die rolprentverspreider of -uitgewer te staan. Dit is veelseggend dat daar sedert die inwerkingtreding van die Wet op Publikasies nog nie een gerapporteerde saak is waar die direktoraat die appèlraad op hersiening geneem het nie. Daarbenewens wil dit voorkom of die feit dat die beheerliggame hoofsaaklik uit persone met sekere voorafbepaalde opvoedkundige kwalifikasies saamgestel is, die gevolg het dat daar nie 'n noue voeling bestaan met die breë samelewing en hul aanvoeling vir sedes wat noodsaaklik vir doeltreffende toepassing van die wet is nie. Lede van beheerliggame het vanweë hulle voorafbepaalde kwalifikasies ook nie almal 'n deskundige begrip of insig in die gevolge wat sedeskending kan inhou nie.

Die tyd het aangebreek dat die wetgewer opnuut moet besin wat die norme by mediabeheer in verband met sedeskendende stof behoort te wees en of die bestaande bestel van mediabeheer ingevolge artikel 47(2)(a) van die Wet op Publikasies en die wyse waarop die appèlraad mediabeheer uitoefen, steeds die belange van die Suid-Afrikaanse gemeenskap doeltreffend dien.

Law is not a system of artificial reason, but the application of ethical ideas, with freedom at the core (per Felix Frankfurter).

Die handeldryf in of "met" menslike weefsel*¹

Anton de Klerk

B Proc LLM

Regsadviseur: Transnet Beperk

SUMMARY

The traffic in or "with" human tissue

This article investigates the traffic in or "with" human tissue. Certain individuals have expressed their willingness to buy and/or sell human tissue at a certain given price. Factors both against and in favour of the traffic in human tissue are considered in this article. The current situation in England, the USA and South Africa regarding the traffic in human tissue is considered. A severe shortage in suitable human tissue for transplantation is experienced worldwide. The author is of the opinion that the legislature should consider amending the Human Tissue Act of 1983 in order to make more human tissue available for transplantation.

"There have been cases, and there will be many more, in which families for one reason or another have not wanted to donate a kidney to their afflicted relatives and have sought out somebody in need of money to give a kidney and be paid for it" (Calne in *Law and ethics of transplantation* (reds Wolstenholme en O'Connor) (1968) 37).

INLEIDING

Reeds meer as twintig jaar het verloop sedert professor Chris Barnard op 3 Desember 1967 te Kaapstad die wêreld se eerste hartoorplantingsoperasie op 'n lewende persoon uitgevoer het.² Hierdie mediese deurbraak het nie net professor Barnard tot 'n internasionale persoonlikheid verhef nie, maar het ook tot 'n massa literatuur gelei wat die geneeskundige, juridiese, etiese en morele aspekte van die oorplanting van menslike weefsel in diepte ondersoek het. Kort op die hakke van professor Barnard en sy mediese navolgers het die alomteenwoordige wetgewer gevolg. As gevolg van die groot aantal hartoorplantingsoperasies wat na 1967 uitgevoer is, was sommige hoogs ontwikkelde lande genoodsaak om,

* Hiermee word die voorstelle en leiding van prof SA Strauss, Unisa, by die skryf van hierdie artikel met dank erken. Menings hierin uitgespreek is egter my eie.

1 In hierdie artikel word die uitdrukking "menslike weefsel" deurgaans gebruik en sluit alle menslike weefsels, bene, organe, kliere, liggaamsvloeistowwe, bloed en gamete in. Daar moet egter in gedagte gehou word dat die handeldryf in menslike bloed, gamete en liggaamsvloeistowwe (bv urine) in die VSA toelaatbaar is en dat "weefsel" daar 'n enger betekenis het.

2 "The Ultimate Operation" *Time* 1967-12-15 36 en Barnard "A human cardiac transplant: an interim report of a successful operation performed at Groote Schuur Hospital, Cape Town" 1967 *SA Medical J* 1271.

weens 'n gebrek aan 'n juridiese grondslag vir weefseloorplanting, hierdie "leemte" in hul onderskeie wetboeke aan te vul.³

In hierdie artikel word 'n enkele aspek van weefseloorplanting ondersoek, naamlik die handeldryf in menslike weefsel as 'n moontlikheid om die tekorte wat in menslike weefsel vir oorplanting ondervind word, aan te vul. Dit beteken dat weefsel beskikbaar gestel word aan persone wat die weefsel dringend benodig en wat finansiël daartoe in staat is om die prys wat die "verskaffer" bepaal vir die weefsel te betaal.

DIE TEKORT AAN MENSLIKE WEEFSEL

Daar is tans 'n ernstige tekort aan menslike weefsel wat vir oorplanting geskik is.⁴ Die aanvraag na sodanige weefsel oorskry die aanbod daarvan; dit geld vir aanbiedinge om weefsel gedurende 'n persoon se leeftyd of na sy dood vir oorplanting beskikbaar te stel. Hierdie tekort kan aan 'n verskeidenheid redes toegeskryf word, onder andere die onkunde van die gewone man oor hoe hy te werk moet gaan indien hy sy liggaam of weefsel na sy dood vir oorplanting wil skenk, onkunde oor die feit dat daar inderdaad 'n tekort aan menslike weefsel ondervind word en die apatiese houding van sommige persone om weefsel tot beskikking van 'n derde in nood te stel as die derde nie 'n direkte bloedverwant is nie.⁵

Wetgewers van verskeie lande het gepoog om in hierdie tekort en aanvraag na menslike weefsel te voorsien deur die omstandighede te reël waarin 'n persoon sy liggaam of weefsel na sy dood of weefsel gedurende sy leeftyd kan skenk. By die bestudering van sommige van hierdie wetgewing (onder andere ons eie Wet op Menslike Weefsel van 1983,⁶ die VSA se Uniform Anatomical Gift Act van 1968,⁷ en die Verenigde Koninkryk se Human Tissue Act van 1961⁸) wil dit voorkom of wetgewers die tekort wou aanvul deur die *skenking* van menslike weefsel te reël. Die beginsel van altruïsme geniet dus voorkeur bo die beginsel van die *neem* van menslike weefsel waaraan daar 'n tekort ondervind word. Desnieteenstaande word steeds 'n ernstige tekort aan weefsel in al die betrokke lande ondervind.

HANDELDRYF IN MENSLIKE WEEFSEL

'n Aspek wat onlangs prominent in 'n Suid-Afrikaanse tydskrif aandag geniet het, is die handeldryf in menslike weefsel.⁹ Luidens die artikel is ene graaf Adelmann van Adelmansfelden, oftewel die "graaf van gruvels" soos hy in Duitsland bekend staan, bereid om menslike niere teen R115 000 elk te koop. Die

3 Strauss "The new legislation on tissue and organ transplantation" 1970 *SA Medical J* 803. Hierdie lande sluit oa België, Holland, Japan, Oostenryk, Switserland en die destydse Wes-Duitsland in.

4 Vir meer besonderhede sien British Transplantation Society "The shortage of organs for clinical transplantation: document for discussion" 1975 *British Medical J* 251; Caplan "Blood, sweat, tears, and profits: the ethics of the sale and use of patient derived materials in biomedicine" *Clinical Research* 448; Lee en Kissner "Organ donation and the Uniform Anatomical Gift Act" 1986 *Surgery* 867.

5 Lee en Kissner 871; US Department of Health & Human Services Report of the Task Force on Organ Transplantation *Organ transplantation: Issues and recommendations* (1986) 38 ev.

6 Wet 65 van 1983.

7 8 A ULA 16 (1968).

8 9 and 10 Eliz 2 c 54.

9 *Huisgenoot* 1988-11-10 172.

graaf nader gesonde mense wat insolvent verklaar en dus desperaat op soek na geld is, om een van hulle niere te verkoop. Niere wat op hierdie wyse aangekoop word, word dan weer deur die graaf vir 'n bedrag van R145 000 aan nierlyers verkoop. Die graaf is van mening dat R145 000 nie te veel is om vir 'n nier te vra nie aangesien sterwende mense enigiets sal aanbied vir 'n laaste geleentheid om langer te leef.

Niere wat op hierdie wyse verkry word, word deur geneeshere in die St Louis-hospitaal in Parys (Frankryk) verwyder en oorgeplant. Daar is oënskynlik ook reëlings met 'n hospitaal in 'n Derde Wêreld-land (iewers in Asië) getref om die operasies aldaar uit te voer.

Dieselfde tydskrif het later berig¹⁰ dat die graaf oorval is met aanbiedinge deur persone "in finansiële nood" in Suid-Afrika wat wel bereid sou wees om een van hulle niere aan die graaf te verkoop.

Hierdie gebeure laat die volgende vrae ontstaan, naamlik: (a) Kan 'n persoon van sy weefsel verkoop?; (b) indien nie, waarom nie?; en (c) waarom word dit nie deur middel van wetgewing gereël nie?

DIE POSISIE IN SUID-AFRIKA

In Suid-Afrika word die skenking van menslike liggame en die verwydering van weefsel, bloed en gamete deur die Wet op Menslike Weefsel van 1983 gereël. Die liggaam en/of weefsel van 'n oorlede persoon mag slegs aan sekere gespesifiseerde inrigtings of persone geskenk word¹¹ en dan net vir doeleindes van geneeskundige of tandheelkundige opleiding, navorsing, die bevordering van die genees- of tandheelkunde of terapie, met inbegrip van die gebruik van die betrokke weefsel op 'n lewende persoon of persone of vir die produsering van 'n terapeutiese, diagnostiese of profilaktiese stof.¹² 'n Skenking van 'n menslike liggaam en/of weefsel vir 'n ander doel as wat hierbo genoem word, is verbode.¹³

Enige weefsel, bloed of gameet wat van die liggaam van 'n lewende persoon verwyder of onttrek is, kan slegs vir geneeskundige of tandheelkundige doeleindes gebruik word.¹⁴ Dit sluit die volgende gebruike in: in die geval van weefsel, die gebruik of oorplanting daarvan in die liggaam van 'n ander lewende persoon of vir die produsering van 'n terapeutiese, diagnostiese of profilaktiese stof; in die geval van bloed, die toediening daarvan aan 'n ander lewende persoon of die produsering van 'n bloedproduk; en in die geval 'n gameet, die kunsmatige bevrugting van 'n ander persoon.

"Weefsel" word soos volg in artikel 1 van die Wet op Menslike Weefsel omskryf:

"(a) [E]nige menslike weefsel, met inbegrip van enige vlees, been, orgaan, klier of liggaamsvloeistof, maar uitgesonderd enige bloed of gameet; en

(b) enige toestel of voorwerp wat voor die dood van iemand deur 'n geneesheer of tandarts in die liggaam van so iemand ingeplant is."

"Bloed" word in artikel 1 as "menslike bloed" omskryf en "gameet" as "enigeen van die twee geslagselle wat vir menslike voortplanting noodsaaklik is".

¹⁰ *Huisgenoot* 1988-12-29 18.

¹¹ A 3. Die inrigting of persoon in a 3 vermeld waaraan of aan wie 'n menslike liggaam of weefsel geskenk word, staan kragtens a 1 as die "begiftigde" bekend.

¹² A 4(1).

¹³ A 4(2).

¹⁴ A 19.

Die wet verskaf geen woordoms krywing van "orgaan" nie; 'n orgaan is nitemin 'n deel van die menslike liggaam wat alleen of saam met ander organe bepaalde funksies in die liggaam verrig, byvoorbeeld die hart, longe, niere en lewer.

Artikel 28(1) handel oor betaling in verband met die invoer, verkryging of verskaffing van weefsel, bloed, bloedprodukte of gamete, en lui soos volg:

"Niemand behalwe –

- (a) 'n gemagtigde inrigting of, in die geval van weefsel of gamete wat ingevolge hierdie Wet ingevoer is, die betrokke invoerder, mag betaling ontvang nie ten opsigte van die invoer, verkryging of verskaffing van enige weefsel of gamete vir of aan 'n ander persoon vir enige van die doeleindes vermeld in artikel 4(1) of 19;
- (b) 'n voorgeskrewe inrigting of persoon mag enige betaling ontvang nie ten opsigte van die invoer of verkryging vir of die verskaffing aan 'n ander persoon van bloed of 'n bloedproduk nie, en enige sodanige betaling wat ontvang is, is terugbetaalbaar aan die persoon wat dit gedoen het."

Die bepalinge van artikel 28(1) verhinder nie 'n geneesheer of tandarts om vergoeding te ontvang vir professionele diens wat hy aan iemand gelewer het nie.¹⁵

Die verkoop van weefsel, bloed, bloedprodukte of gamete in stryd met die bepalinge van artikel 28 is 'n misdryf.¹⁶ Sover ek kon vasstel, is nog geen weefsel in die Republiek te koop aangebied nie.

DIE POSISIE IN DIE VSA

Ten einde sommige van die juridiese probleme te oorbrug wat met die eerste menslike hartoorplanting in 1967 ontstaan het, het die National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) die Uniform Anatomical Gift Act (UAGA) in 1968 opgestel en goedgekeur. Die UAGA is daarna deur al die deelstate in die geheel of gedeeltelik aangeneem en as wetgewing afgekondig.¹⁷ Die UAGA maak voorsiening dat enige persoon bo 'n bepaalde ouderdom (gewoonlik 18 jaar) wat verstandelik gesond is, sy liggaam of enige weefsel van sy liggaam aan sekere inrigtings of individue mag skenk vir wetenskaplike vooruitgang, navorsing, terapie, opleiding of die oorplanting daarvan. Die UAGA maak ook voorsiening vir die omstandighede waarin 'n anatomiese skenking gemaak, gewysig of herroep mag word en verleen voorts aan ander persone die bevoegdheid om toestemming tot die skenking van 'n oorledene se liggaam te verleen. Volgens Boyce¹⁸ is die belangrikste aspek van die UAGA

"the Act's shield from legal liability for all persons acting in 'good faith' in accordance with the terms of its provisions".

Die UAGA het die vraag na die moontlikheid van handeldryf in menslike weefsel onbeantwoord gelaat in die sin dat sodanige handeldryf nie uitdruklik verbied

15 A 28(2).

16 A 24.

17 Lee en Kisner 867; Featherstone "The Uniform Anatomical Gift Act: the law's approach to a human need" 1971 *Trusts & Estates* 469.

18 Boyce "Organ transplantation crisis: should the deficit be eliminated through inter vivos sales?" 1983 *Akron LR* 287. Dit is na aanleiding van a 7(b) van die wet wat soos volg lui: "The donee, agent of a donee, or other person authorized to accept and utilize the gift who acts in good faith, in reliance upon, and in accord with the terms of a gift under this Act, or any similar Act, or upon a document carried by the donor as herein provided, and who is without actual notice of revocation of the gift, shall not be held liable for damages in any civil suit brought against him for his act."

is nie. Blyth Stason, die voorsitter van die opstellerskomitee van die UAGA, was nie geheel en al gekant teen die beginsel van finansiële vergoeding in ruil vir menslike weefsel nie, maar was van oordeel dat dit op daardie stadium moontlik prematuur was om ernstige oorweging aan die idee te skenk:

"It is possible, of course, that abuses may occur if payment should customarily be demanded; but every payment is not necessarily unethical . . . On the other hand drafting a statutory provision to preclude payment will not be easy. Until the matter of payment becomes a problem of some dimensions, the matter should be left to the decency of intelligent human beings."¹⁹

In die VSA het daar mettertyd 'n steeds groter tekort aan menslike weefsel wat vir oorplanting geskik is, ontstaan.²⁰ Sommige uit die geleedere van die welgeskopenes het dan ook gepoog om in hierdie steeds groter wordende vraag na menslike weefsel te voorsien deur hulle eie weefsel vir finansiële vergoeding aan ander aan te bied. Gevolglik was dit nie vreemd om geklassifiseerde advertensies met die volgende strekking in die plaaslike nuusblaaië aldaar te sien nie:

"USED body parts available. Will barter, from 1944 model white male, disease free, 20/20 blue eyes, left or right kidney or other non-essential parts. Guaranteed to be of good or excellent condition at time of removal. Receiver assumes medical and legal expenses. Serious inquiry only. Harry 784-2007."²¹

In September 1983 het ene Barry Jacobs, 'n geneesheer wie se mediese lisensie ingetrek is om in die Amerikaanse staat Virginia te praktiseer, aangekondig dat hy voornemens was om 'n maatskappy op te rig wat as verteenwoordiger sou optree in die koop en verkoop van menslike niere.²² Jacobs het beoog om gesonde persone te versoek om een van hulle niere "at their chosen price" te verkoop. Iemand wat 'n nier vir oorplanting wou bekom, moes vir die nier betaal, asook 'n verdere \$2 000 tot \$5 000 aan Jacobs se maatskappy vir dienste gelewer om 'n geskikte nier te vind. Deel van Jacobs se plan was om inwoners van Derde Wêreld-lande na die VSA te bring ten einde hulle niere daar teen 'n "nominal price" te verkoop. Jacobs het beoog om die nodige toestemming van sodanige inwoners, waarvan baie nie kon lees of skryf nie, deur middel van bandopnames te verkry.

Op die stadium toe Jacobs sy planne bekendgemaak het, was sy optrede kragtens die geldende reg van die staat Virginia wettig. Binne ses maande nadat Jacobs se planne om menslike niere te "bemark" van stapel gestuur is, het die Virginiese wetgewer dit goedgevind om die handeldryf in menslike organe uitdruklik by wyse van wetgewing te verbied. Ander state in die VSA het spoedig in die voetspore van Virginia gevolg.

In 1984 het die Amerikaanse Kongres die National Organ Transplant Act (NOTA) aangeneem.²³ Die NOTA het, behoudens die verskaffing van finansiële bystand aan "organ procurement agencies" en die aanwysing van 'n "Task Force on Organ Transplantation", ook uitdruklik vir 'n algehele verbod op die handeldryf in menslike weefsel voorsiening gemaak. Die Kongres was van mening dat vrywillige skenking van weefsel

19 "The sale of human body parts" 1974 *Michigan LR* 1191 vn 56.

20 Sien vn 4.

21 *Akron Beacon Journal* 1983-12-11 2.

22 Annas "Life, liberty, and the pursuit of organ sales" 1984 *The Hastings Center Report* 22; SHD "Regulating the sale of human organs" 1985 *Virginia LR* 1015.

23 Pub L No 98-507, 1984 US Code Cong & Ad News (98 Stat) 2339.

“has been and should remain the moral foundation for obtaining organs and tissues from both living and cadaver sources for the purposes of transplantation”.²⁴

Artikel 301(a) van die NOTA lui soos volg:

“It shall be unlawful for any person to knowingly acquire, receive or otherwise transfer any human organ for valuable consideration for use in human transplantation if the transfer affects interstate commerce.”

Die handel in menslike weefsel, waar die verwydering en oorplanting van die weefsel in dieselfde staat plaasvind, is blykbaar van die bepalings van die wet uitgesluit; dit kan moontlik die aanwending van die wet beperk. Daar word egter geargumenteer dat die hoewe die interstaatlike handelsklousule²⁵ wyd sal uitlê en bevind dat die interstaatlike handel in menslike weefsel wel beïnvloed word deur die handeldryf in menslike weefsel waar die verwydering en oorplanting van die weefsel in dieselfde staat plaasvind.²⁶ Die handeldryf in menslike weefsel word dus stilsyend deur die NOTA verbied.

In die vroeë tagtigerjare was die NCCUSL van oordeel dat die UAGA van 1968 as gevolg van verskeie wysigings wat sedert 1968 aan die wet aangebring is, uitgedien was.²⁷ In 1984 het die NCCUSL die aanstelling van ’n studiekomitee en in 1985 die aanstelling van ’n opstellerskomitee goedgekeur om voorstelle vir die wysiging van die UAGA te ondersoek.²⁸ In 1987 het die NCCUSL die Uniform Anatomical Gift Act van 1987 op sy algemene konferensie goedgekeur en aanbeveel vir verordening in al die state van die VSA.

Artikel 10 van laasgenoemde wet (UAGA) verbied uitdruklik die koop en verkoop van menslike weefsel indien dit na die dood van ’n persoon verwyder word en lui soos volg:

(a) A person may not knowingly, for valuable consideration, purchase or sell a part for transplantation or therapy, if removal of the part is intended to occur after the death of the decedent.

(b) Valuable consideration does not include reasonable payment for the removal, processing, disposal, preservation, quality control, storage, transportation, or implantation of a part.

(c) A person who violates this section is guilty of a [felony] and upon conviction is subject to a fine not exceeding [\$50 000] or imprisonment not exceeding [five] years, or both.”

“Part” word in artikel 1 van die voorgestelde wet omskryf as “an organ, tissue, eye, bone, artery, blood, fluid, or other portion of a human body” en “decedent” as “a deceased individual and includes a stillborn infant or fetus”.

Artikel 10(a) van hierdie wet is nie net beperk tot die skenkers van menslike weefsel nie, maar is van toepassing op alle persone. Weefsel kan egter wel teen finansiële vergoeding van die hand gesit word as dit net voor die persoon se dood verwyder word. Dit is nie duidelik waarom hierdie onderskeid gemaak word nie.

²⁴ Caplan 448.

²⁵ “Interstate commerce” word soos volg in die Federal Food, Drug and Cosmetic Act van 1982 omskryf (welke omskrywing deur die NOTA aanvaar word): “(1) [C]ommerce between any state or territory and any place outside thereof, and (2) commerce within the District of Columbia or within any other territory not organized with a legislative body.” Sien SHD 1025 vn 96.

²⁶ SHD 1025.

²⁷ *Uniform Anatomical Gift Act (1987) drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (1987) 6.*

²⁸ *Ibid.*

DIE POSISIE IN DIE VERENIGDE KONINKRYK

Vroeg in 1989 is die "British establishment" tot in sy fundamente geskud toe gerugte die rondte gedoen het dat die Humana Wellington-hospitaal ('n privaat-hospitaal in Noord-Londen) Turkse burgers tot soveel as R8 400 betaal het om een van hul niere vir oorplanting te "skenk".²⁹ 'n Mens se gedagtes gaan onwillekeurig terug na die negentiende eeu toe grafowery en die handeldryf in lyke in die Verenigde Koninkryk aan die orde van die dag was.³⁰ Hierdie grieselige stand van sake is eers in 1832 met die Anatomy Act³¹ tot 'n einde gebring.

Die Corneal Grafting Act van 1952³² was die eerste stuk wetgewing wat vir weefseloorplanting voorsiening gemaak het en was die voorloper van die omvattender Human Tissue Act van 1961.³³ Laasgenoemde maak voorsiening vir die regsvereistes waaraan wefelskenkings en -verwyderings teenswoordig moet voldoen. Die wetgewer het sekere aspekte (wat nie hier ter sake is nie) egter nie in hierdie wet gereël nie met die gevolg dat verdere wetgewing nodig sal wees om onduidelikhede op te klaar en om vir sekere weglatings voorsiening te maak.³⁴ Die Human Tissue Act maak in breë trekke voorsiening vir die gebruik van lyke of dele van lyke vir doeleindes van terapie, mediese opvoeding en navorsing.³⁵

Die wet maak ook voorsiening vir die omstandighede waarin nadoodse ondersoeke uitgevoer kan word³⁶ en vir die verlening van magtiging vir die verassing van liggame wat vir anatomiese ondersoeke verwyder is.³⁷ Die Human Tissue Act plaas egter geen verbod op die handeldryf in menslike weefsel nie.

In 1984 is 'n nuwe Anatomy Act³⁸ gepromulgeer. Hierdie wet het die Anatomy Acts van 1832 en 1871³⁹ herroep, asook artikels 2(1) en 3 van die Human Tissue Act van 1961. Die Anatomy Act van 1984 maak op sy beurt voorsiening vir die beheer oor anatomiese skenkings, die verlening van lisensies om anatomiese skenkings⁴⁰ op sekere persele uit te voer⁴¹ en die beheer oor liggame na ondersoeke. Weer eens het die wetgewer dit nie raadsaam geag om die handeldryf in menslike weefsel te verbied nie.

In 1989, nadat die debakel rondom die Humana Wellington-hospitaal rugbaar geword het, het Roger Freeman, die Britse Minister van Gesondheid, hom soos volg uitgelaat:⁴²

"We are considering very urgently the need for legislation. We are working on a draft Bill . . . [We] take this very seriously and we want to move quickly."

29 *The Citizen* 1989-01-23; *The Citizen* 1989-01-08; Beyer "Chilling tales of the flesh trade" *Time* 1989-02-20 16.

30 Sien Scott *The body as property* (1981) 1 ev vir meer besonderhede.

31 2 & 3 Will 4 c 75. Hierdie wet het hoofsaaklik anatomieskole beheer.

32 15 & 16 Geo 6 & 1 Eliz 2.

33 9 and 10 Eliz 2 c 54.

34 Knight *Legal aspects of medical practice* (1982) 38. Sien ook Mason en McCall Smith *Law and medical ethics* (1987) vir kritiek op die Human Tissue Act.

35 A 1(1).

36 A 2(1).

37 A 3.

38 1984 c 14.

39 34 & 35 Vict c 16.

40 A 2.

41 A 3.

42 *The Citizen* 1989-02-08.

Gedurende 1989 is die Human Organ Transplants Act dan ook in die Verenigde Koningryk (met die uitsluiting van Noord-Ierland) gepromulgeer. Hierdie wet, met die uisondering van artikel 1 wat op 28 Julie 1989 in werking getree het en artikel 2(1) wat tot op hede nog nie in werking getree het nie, het op 27 Julie 1990 in werking getree. Die doel van hierdie wet is, onder andere, om die handeldryf in menslike organe⁴³ te verbied wat vir oorplanting in ander persone bedoel is, en om die oorplanting van organe tussen persone wat nie geneties verwant is nie, te beperk.

Artikel 1 van die Human Organ Transplants Act bevat 'n aantal misdrywe met betrekking tot die handeldryf in menslike organe. Artikel 1(1) en (2) lui soos volg :

“(1) A person is guilty of an offence if in Great Britain he –

- (a) makes or receives any payment for the supply of, or for an offer to supply, an organ which has been or is to be removed from a dead or living person and is intended to be transplanted into another person whether in Great Britain or elsewhere;
- (b) seeks to find a person willing to supply for payment such an organ as is mentioned in paragraph (a) above or offers to supply such an organ for payment;
- (c) initiates or negotiates any arrangement involving the making of any payment for the supply of, or for an offer to supply, such an organ; or
- (d) takes part in the management or control of a body of persons corporate or unincorporate whose activities consist of or include the initiation or negotiation of such arrangements.

(2) Without prejudice to paragraph (b) of subsection (1) above, a person is guilty of an offence if he causes to be published or distributed, or knowingly publishes or distributes in Great Britain an advertisement –

- (a) inviting persons to supply for payment any such organs as are mentioned in paragraph (a) of that subsection or offering to supply any such organs for payment; or
- (b) indicating that the advertiser is willing to initiate or negotiate any such arrangement as is mentioned in paragraph (c) of that subsection.”

'n Persoon wat die bepalings van artikel 1(1) en (2) oortree, is aan 'n misdryf skuldig en by skuldigbevinding aan 'n misdryf kragtens artikel 1(1) strafbaar met gevangenisstraf van hoogstens drie maande of 'n boete van hoogstens twee duisend pond of met sowel daardie boete as die gevangenisstraf, en by skuldigbevinding aan 'n misdryf kragtens artikel 1(2) strafbaar met 'n boete van hoogstens twee duisend pond.⁴⁴

Vir doeleindes van hierdie artikel beteken betaling (“payment”) betaling in geld of 'n prestasie met geldwaarde, maar enige betaling vir die vergoeding van die volgende word uitdruklik uitgesluit:

- die koste verbonde aan die verwydering, vervoer of bewaring van die orgaan wat verskaf gaan word; of
- enige uitgawes of verlies aan inkomste wat redelikerwys opgeloopt word deur 'n skenker en direk aan die verskaffing van 'n orgaan toeskryfbaar is.⁴⁵

43 Kragtens a 7(2) beteken “organ”, “any part of a human body consisting of a structured arrangement of tissues which, if wholly removed, cannot be replicated by the body”.

44 A 1(5).

45 A 1(3).

'n Advertensie ("advertisement") sluit enige vorm van adverteer in, hetsy aan die publiek in die algemeen, aan enige deel van die publiek of afsonderlik aan uitgesoekte persone.⁴⁶

Die beperking op die oorplanting van organe tussen persone wat nie geneties verwant is nie, word in artikel 2(1) van hierdie wet gevind en lui soos volg:

"Subject to subsection (3) below, a person is guilty of an offence if in Great Britain he –

(a) removes from a living person an organ intended to be transplanted into another person; or

(b) transplants an organ removed from a living person into another person, unless the person into whom the organ is to be or, as the case may be, is transplanted is genetically related to the person from whom the organ is removed."

Vir doeleindes van artikel 2(1) is 'n persoon geneties verwant aan die volgende persone : sy natuurlike ouers en kinders; sy broers en susters van volle of halwe bloed; die broers en susters van volle of halwe bloed van enige van sy natuurlike ouers; en die natuurlike kinders van sy broers en susters van volle of halwe bloed of van die broers en susters van volle of halwe bloed van enige van sy natuurlike ouers.

Persone word nie in enige van hierdie gevalle geag verwant te wees nie tensy die verwantskap op die wyse wat by regulasie voorgeskryf is, vasgestel is.⁴⁷ Die Britse Minister van Gesondheid kan by regulasie verklaar dat die bepaling van artikel 2(1) van die Human Organ Transplants Act nie van toepassing is nie waar die persoon of instansie wat by regulasie aangewys is, tevrede is dat geen betaling in stryd met artikel 1 van die wet gemaak is of gemaak sal word nie; dat sodanige ander voorwaardes as wat in die regulasies uiteengesit word, nagekom is; en dat die ander vereistes wat in die regulasies uiteengesit word, nagekom is.

Die Britse Minister van Gesondheid het ook die bevoegdheid om van bepaalde persone wat by regulasie aangewys is, te vereis om voorgeskrewe inligting met betrekking tot orgaanoorplantings wat reeds in die Verenigde Koningryk uitgevoer is of wat nog uitgevoer gaan word en waarin organe wat van lyke of lewende persone verwyder is, oorgeplant is of gaan word, aan 'n voorgeskrewe instansie te verskaf.⁴⁸ Dié instansie is dan verplig om behoorlik rekord te hou van alle inligting wat op hierdie wyse verskaf word. Versuim om aan hierdie bepaling te voldoen, is 'n misdryf.⁴⁹

ARGUMENTE TEN GUNSTE VAN DIE HANDELDRYF IN MENSLIKE WEEFSEL

1 Dit kan lei tot 'n toename in die verskaffing van menslike weefsel

Die voorstanders van hierdie argument gaan van die veronderstelling uit dat indien die handeldryf in menslike weefsel gewettig sou word, daar onmiddellik 'n oorvloed menslike weefsel vir oorplanting beskikbaar sal wees.⁵⁰ Daar moet egter nie uit die oog verloor word nie dat indien die tekort aan menslike weefsel

46 A 1(4).

47 A 2(2).

48 A 3(1).

49 A 3(3).

50 Annas 22; Buc en Bernstein "Buying and selling human organs is worth a harder look" Okt 1984 (1) *Health Scan* 3.

wat vir oorplanting aangewend kan word ernstige afmetings aanneem, dit ook op ander minder drastiese wyses aangevul kan word.⁵¹ Van owerheidsweë kan daar 'n sogenaamde "nasionale weefselskenkingsprogram" van stapel gestuur word wat inhou dat daar 'n beroep op mense gedoen word om weefsel vir oorplanting te skenk.

Die wetgewer kan selfs ingryp om 'n tekort aan menslike weefsel vir oorplantingsdoeleindes aan te vul.⁵² Meer konvensionele metodes om in die tekort te voorsien, behoort egter eers uitgeput te word voordat hierdie nuwe, onortodokse wyse (die handeldryf in menslike weefsel) aangewend word. Weissman⁵³ is van mening dat die handeldryf in menslike weefsel nie noodwendig 'n voldoende hoeveelheid menslike weefsel sal verseker nie.

2 'n Persoon behoort na goeddunke oor sy liggaam te kan beskik

Met hierdie argument word van die veronderstelling uitgegaan dat aangesien 'n persoon die bevoegdheid het om oor sy eie liggaam te besluit, hierdie bevoegdheid iemand toelaat om sy liggaam aan te wend en daarvoor te beskik soos hy goeddink; dit gee dan ook aan 'n persoon die reg om met sy weefsel handel te dryf. Hierdie "reg op liggaamlike integriteit" geniet heelwat aanhang in die VSA en kan nagespeur word in heelwat beslissings wat erkenning van die beginsel deur die Amerikaanse hooggeregshof in *Roe v Wade*⁵⁴ voorafgegaan het. In *Schloendorf v New York Hospital*⁵⁵ beslis regter Cardozo die volgende:

"Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body."

Ook in ons regspraak is daar erkenning aan hierdie beginsel verleen. In die bekende beslissing *Stoffberg v Elliot*⁵⁶ lig regter Watermeyer die jurie soos volg voor:

"In the eyes of the law every person has certain absolute rights which the law protects. They are not dependent on statute or upon contract, but they are rights to be respected, and one of the rights is the right to absolute security of the person . . . Any bodily interference with or restraint of a man's person which is not justified in law, or excused in law, or consented to, is a wrong . . ."

Geen persoon het egter die absolute, onbeperkte bevoegdheid om sy liggaam te gebruik of om daarvoor te beskik soos hy goeddink nie. Beperkings van owerheidsweë op persone se reg op liggaamlike integriteit is legio. Die verbod op die

51 Annas 22.

52 Weissman "Why the Uniform Anatomical Gift Act has failed" 1977 *Trusts & Estates* 267.

53 *Idem* 266.

54 410 US 113 (1973). Hierdie beslissing het 'n konstitusionele reg op privaatheid erken. 'n Vrou is kragtens die *Roe*-beslissing sonder inmenging van die staat op 'n vrugafdrywing geregtig. In *In re Quinlan* 70 NJ 10, 355 A 2d 647 (1976) het die hooggeregshof van New Jersey beslis dat "presumably this right to privacy is broad enough to encompass a patient's decision to decline medical treatment".

55 211 NY 125, 105 NE 92 (1914). In *Pratt v Davis* 118 Ill App 161 (1905) was die hof van oordeel dat "[u]nder a free government, at least, the free citizen's first and greatest right, which underlies all others - the right to the inviolability of his person; in other words the right to himself - is the subject of universal acquiescence, and this right necessarily forbids a physician to examine, diagnose, advise and prescribe . . . to violate, without permission the bodily integrity of his patient by a major or capital operation, placing him under an anaesthetic for that purpose, and operating upon him without his consent or knowledge".

56 1923 CPD 148.

handeldryf in menslike weefsel is maar net een van die beperkings van owerheidsweë wat 'n persoon verbied om sy liggaam te gebruik of om daaroor te beskik soos hy goeddink.

Voorstanders van hierdie argument is natuurlik ook sterk gekant teen wetgewing wat die verpligte verwydering van menslike weefsel na 'n persoon se dood magtig.⁵⁷

3 Die gevaar van verwerping van die oorgeplante weefsel deur die begiftigde se liggaam word verminder

Brams⁵⁸ motiveer hierdie argument soos volg:

“Because preferred donors are not always available either from live or from cadaver sources, doctors often must resort to less preferred donors. The larger supply of organs under a market system, even if the system were limited to cadavers and excluded live donors, would provide doctors with greater choice and thereby would enhance the possibility of obtaining organs which have less probability of being rejected.”

Met hierdie argument word van die veronderstelling uitgegaan dat die aantal suksesvolle weefseloorplantingsoperasies wat uitgevoer word nadat die handeldryf in menslike weefsel 'n werklikheid geword het, moontlik drasties kan vermeerder as gevolg van die groter hoeveelheid menslike weefsel wat dan vir oorplanting beskikbaar sou wees.

Die verwerping van oorgeplante weefsel (byvoorbeeld 'n nier) deur die begiftigde se liggaam, is 'n taamlike groot probleem vir medici. Die moontlikheid van verwerping van 'n oorgeplante nier is die grootste waar daar geen verwantskap tussen die begiftigde en die skenker is nie. Daarenteen is die risiko van verwerping uiters skraal indien die skenker en die begiftigde 'n identiese tweeling is.⁵⁹ Die risiko van verwerping waar die skenker 'n broer of suster of ander bloedverwant van die begiftigde is, kan iewers tussen hierdie twee uiterste gevalle geplaas word.

Dit is myns insiens te betwyfel of hierdie argument werklik as motivering van die wettiging van die handeldryf in menslike weefsel kan dien.

4 Die verwydering van weefsel van lewende persone kan verminder word

Deur 'n beroep op die wetgewer te doen om die verbod op die handeldryf in menslike weefsel op te hef, wil die voorstanders van hierdie argument te kenne gee dat die verwydering van weefsel van lewende persone drasties verminder kan word, met ander woorde 'n groter aantal persone sal bereid wees om hul weefsel van die hand te sit op voorwaarde dat dit slegs na hul dood verwyder mag word. Hierdie stand van sake kan persone wat bereid sou wees om van hul weefsel op hierdie voorwaarde van die hand te sit, heelwat moeite, ongerief, pyn en onkoste spaar. Dit kan naamlik verhoed dat voornemende verkopers van weefsel gedurende hul leeftyd aan mediese toetse onderwerp word, hulle hoef nie 'n operasie gedurende hul leeftyd vir die verwydering van die weefsel te ondergaan nie en geen mediese versorging na die operasie is nodig nie. Die risiko

⁵⁷ Scott 182.

⁵⁸ Brams “Transplantable human organs: should their sale be authorized by state statutes?” 1977 (3) *Am J of Law & Medicine* 190.

⁵⁹ Weissman 281; 1985 *The Lancet* 715.

dat 'n persoon wat gedurende sy leeftyd byvoorbeeld 'n nier skenk, se oorblywende nier voor sy dood permanent beskadig kan word en dat hyself moontlik 'n nieroorplantingsoperasie moet ondergaan, word ook heelwat verminder.

Persone wat as gevolg van vrees vir die operasie om weefsel gedurende hul leeftyd te verwyder nie kans sien om weefsel te skenk nie, sal moontlik bereid wees om die verwydering van weefsel na hul dood toe te laat as dit teen vergoeding geskied.

Daar is heelwat probleme denkbaar in so 'n situasie. Wanneer moet die "verkoper" vergoed word – voor of na sy dood? Wat sal die posisie wees as weefsel by verwydering onbruikbaar blyk te wees? Weefsel moet binne 'n sekere tydperk na 'n persoon se dood verwyder word. Veronderstel die verkoper sterf op 'n verlate plek? Wat sal die posisie wees as die "koper" voor die "verkoper" sterf?

5 As weefsel geskenk kan word, behoort dit ook verkoop te kan word

Hierdie argument hou nou verband met die eerste argument hierbo. Daar is tans 'n tekort aan weefsel, hetsy van lewendes of lyke, vir oorplanting. In 'n poging om hierdie tekort aan menslike weefsel aan te vul, is wetgewing tot hierdie effek aangeneem. Hierdie wetgewing kan oorwegend as altruïsties oftewel onbaatsugtig beskou word in die sin dat daar slegs voorsiening gemaak word vir die skenking van menslike weefsel deur lewende persone gedurende hul leeftyd of na hul dood. Die wetgewer het nie sy weg oopgesien om ook die handeldryf in menslike weefsel te wettig ten einde die tekort wat aan menslike weefsel ondervind word, te probeer aanvul nie. Volgens voorstanders van hierdie argument kan handeldryf in menslike weefsel deur 'n blote wysigingswet gemagtig word.

6 Menslike weefsel behoort dieselfde as ander handelsartikels beskou te word

Volgens die voorstanders van die handeldryf in menslike weefsel behoort daar nie 'n onderskeid tussen menslike weefsel en ander handelsartikels te wees nie. Menslike weefsel behoort dus as gewone verbruikersartikels beskou te word omdat daar 'n aanvraag daarvoor is en omdat die prys wat vir weefsel verlang word, bepaalbaar is.

7 Handeldryf in menslike bloed en sperma is wel toelaatbaar

In die VSA is die handeldryf in menslike bloed en sperma toelaatbaar en word dit nie aldaar deur die gemeenskap as *contra bonos mores* beskou nie.⁶⁰ Die National Organ Transplant Act van 1984 bepaal dan ook uitdruklik dat die verbod op handeldryf in menslike weefsel soos in artikel 301(a) vervat word, nie op "replenishable tissues such as blood or sperm" van toepassing is nie. Die Public Health Service magtig dan ook uitdruklik die finansiële vergoeding aan "individuals who contribute blood, urine samples, and other body fluids or tissue used for the project".⁶¹

60 Weissman 266; Nota "Tax consequences of transfers of bodily parts" 1973 *Columbia LR* 854. Sien ook Titmuss *The gift relationship: from human blood to social policy* (1971); Arrow "Gifts and exchanges" 1972 *Philosophy & Public Affairs* 341 vir kritiek op Titmuss.

61 Dukeminier "Supplying organs for transplantation" 1970 *Michigan LR* 848.

Tereg kan gevra word waarom die Amerikaanse gemeenskap die handeldryf in bloed en ander "aanvullende" weefsel verduur, maar nie die handeldryf in ander menslike weefsel nie.

Die onderskeid word klaarblyklik gemaak omdat bloed en sperma wat uit die menslike liggaam verwyder word, herproduseerbaar of aanvullend is. Anders as met menslike weefsel wat vir oorplanting uit 'n menslike liggaam verwyder word, bly die liggaam van die persoon wat bloed, sperma of urien te koop aanbied, intak in die sin dat die bloed, sperma of urien sonder ongerief op natuurlike wyse weer deur die liggaam aangevul word.⁶² Bloed, sperma en urien word ook redelik maklik sonder ongerief en pyn vinnig uit 'n menslike liggaam verwyder, in teenstelling met 'n orgaan soos 'n nier. Bloed is ook maklik oordraagbaar na die liggaam van die ontvanger en geskied byna sonder enige mediese risiko's.

Die feit dat bloed in die VSA teen vergoeding "geskenk" word, word ook gesien as die lewering van 'n diens. Scott⁶³ stel hierdie beginsel soos volg:

"The preponderant view in the United States, both of courts and legislatures, is that the sale of blood for transfusion is the provision of a service rather than the sale of property, even though there is a market in blood."

ARGUMENTE TEEN DIE HANDELDRYF IN MENSLIKE WEEFSEL

1 Verswakking van die onbaatsugtigheidsbeginsel

Indien die handeldryf in menslike weefsel gewettig word, kan dit tot die verswakking van die onbaatsugtigheidsbeginsel lei.⁶⁴ Behalwe in hoogs uitsonderlike gevalle waar die begiftigde 'n direkte bloedverwant is, kan die situasie ontstaan dat sommige persone nie meer geneë sal wees om gedurende hulle leeftyd van hul weefsel vir oorplanting te skenk nie. Hierdie persone sal moontlik veel eerder die weefsel teen vergoeding van die hand wil sit. Die versoeking van finansiële vergoeding kan by sommige persone te swaar weeg en die versoek om weefsel te skenk op dowe ore laat val. Indien 'n persoon wel 'n beroep op andere doen om weefsel te skenk, kan dit verder gebeur dat hy oorval word met aanbiedinge van persone wat hul weefsel teen vergoeding van die hand wil sit.

Titmuss⁶⁵ het by geleentheid opgemerk dat "commercialization and profit in blood has been driving out the voluntary donor".

2 Die verskaffing van 'n minder betroubare "produk"

Word die handeldryf in menslike weefsel gewettig, kan dit daartoe aanleiding gee dat voornemende "verkopers" van weefsel as gevolg van finansiële druk nie die volle waarheid betreffende hulle gesondheid aan 'n geneesheer of voornemende "koper" bekend maak nie, met die gevolg dat daar veel minder geskikte weefsel vir oorplanting beskikbaar kan wees.⁶⁶ Hierdie probleem kan natuurlik deur middel van 'n noukeurige ondersoek deur 'n geneesheer, voor of selfs nadat

62 Annas 22; Boyce 302.

63 194.

64 Hartman "The buying and selling of human organs from the living: why not?" 1979 *Akron LR* 169.

65 198. Vir verdere kritiek op Titmuss sien Sapolsky en Finkelstein "Blood policy revisited - a new look at the gift relationship" 1977 *The Public Interest* 15.

66 Weissman 266.

die weefsel verwyder is, uitgeskakel word. Die vraag kan gevra word of dit geregverdig is om van 'n geneesheer te verwag om persone te ondersoek of toetse uit te voer ten einde te bepaal of weefsel geskik is vir handeldryf al dan nie.

Die verskaffing van bloed teen vergoeding in die VSA en Europa het reeds hierdie probleem opgelewer.⁶⁷

3 Waardebepaling van 'n pryslose item

Hierdie argument is nou verwant aan die argument wat in paragraaf 7 hieronder bespreek word. Word die handeldryf in menslike weefsel gewettig, sal dit voornemende verkopers blykbaar in staat stel om self die prys van hul weefsel te bepaal aangesien die wetgewer beswaarlik in 'n posisie sal wees om prysbeheer op menslike weefsel toe te pas. Dit is verder ook nie duidelik volgens watter beginsels 'n voornemende verkoper gaan bepaal wat 'n nier wat tydens sy leeftyd verwyder word, werd is en hoeveel dieselfde nier werd sal wees as dit na sy dood verwyder word nie. Verder moet in gedagte gehou word dat sterwendes bereid sal wees om feitlik enige prys vir weefsel te betaal as die alternatief die dood is.⁶⁸

Scott⁶⁹ is van mening dat die nuwe aanwending en gebruike van menslike weefsel daartoe gelei het dat 'n mens se liggaam in 'n mate van onskatbare waarde is. Tog behaal menslike weefsel taamlike buitensporige pryse indien dit van die hand gesit word. Daar is sowel 'n groot tekort aan sekere soorte weefsel (byvoorbeeld die hart en niere) as 'n groot aanvraag, met die gevolg dat die "koper" en "verkoper" wel die waarde (prys) daarvan sal kan bepaal.

4 Menslike weefsel word as handelsartikels beskou

Volgens hierdie argument is menslike weefsel soortgelyk aan alledaagse handelsartikels of kommoditeite wat oor 'n winkeltoonbank verkoop word of wat in 'n winkel verkrygbaar is. Menslike weefsel behoort egter as "iets" meer kosbaar beskou te word en behoort nie sonder meer by wyse van 'n advertensie in 'n koerant van die hand gesit te word nie.

Caplan⁷⁰ is van mening dat

"... the creation of a market would result in the ghoulsh spectacle of desperately ill and, as a result, vulnerable patients bidding furiously against one another for invaluable biological materials".

5 Onsmaaklikheid van 'n "mark" in menslike weefsel

Vir 'n groot deel van die gemeenskap is die idee van 'n "mark" in menslike weefsel totaal onaanvaarbaar. Die blote gedagte dat menslike weefsel vir doeleindes van handeldryf op 'n perseel aangehou word, laat 'n wrang smaak in die mond en laat 'n mens onwillekeurig ril.

67 Caplan 449; Chapman "Retailing human organs under the Uniform Commercial Code" 1983 *The John Marshall LR* 404.

68 Schwindt en Vining "Proposal for a future delivery market for transplant organs" 1986 *Journal of Health Politics, Policy and Law* 490.

69 4.

70 449.

Gore⁷¹ het by geleentheid geargumenteer dat

“[i]t is against our system of values to buy and sell parts of human beings”.

'n Beskaafde, menslike samelewing kan dit eenvoudig nie bekostig nie en behoort ook in geen omstandighede toe te laat nie dat die finansiële vermoë van 'n persoon die toewysing reël van mediese middele waarin daar 'n tekort is.

6 Toestemming word nie altyd vrywillig verleen nie

Die toestemming van die pasiënt speel 'n belangrike rol in die mediese wetenskap. Voordat weefsel van 'n pasiënt vir oorplanting verwyder kan word, moet die chirurg die pasiënt se toestemming verkry. Word weefsel ná die persoon se dood verwyder, moes hy reeds voor die dood tot sodanige verwydering ingestem het. Word 'n persoon nou 'n finansiële voordeel in ruil vir sy weefsel aangebied, sal daar in sommige gevalle nie meer van ware toestemming sprake wees nie, omdat die finansiële voordeel swaarder sal weeg as vrye toestemming tot die operasie en die gevolge daarvan. Die verkoping van menslike weefsel kan soms as so 'n desperate optrede aan die kant van die verkoper gesien word dat daar beswaarlik sprake van vrywillige toestemming kan wees:

“The policy behind legislation prohibiting body-material sales is ethical and humane: scientific research and medical education should no longer be pursued at the physical cost of the economically and socially deprived, nor should it exploit the needs of the vulnerable . . . Equally, the poor should not be induced by money to offer the material resources of their bodies, and to convert their own health into a saleable commodity in the market-place of human replacement-parts.”⁷²

7 Behoeftiges word benadeel

Word die handeldryf in menslike weefsel gewettig, sal dit noodwendig daartoe lei dat behoeftiges benadeel word. Weefsel sal teen 'n laer prys van behoeftiges gekoop kan word as in die geval van minder behoeftiges. Behoeftiges sal dus die bron van menslike weefsel in the handel word. Daar kan verder 'n situasie ontstaan waar slegs die meer gegoede deel van die bevolking menslike weefsel sal kan bekom. Om hierdie probleem die hoof te bied, stel Annas⁷³ voor dat 'n staatsinstelling die alleenkoper en -verspreider van menslike weefsel word en dat verspreiding van die weefsel op 'n ander basis as rykdom of sosiale waarde geskied.

'n Argument wat hiermee verband hou, word soos volg deur Caplan⁷⁴ gestel:

“If substances are scarce and those who possess them can charge what the market will bear, then the prices which are affixed to rare biological materials may become so exorbitant that biologists and physicians may not be able to purchase them to the obvious detriment of those who might be benefitted by their maximal availability.”

Weefsel word dus 'n luuksheid wat slegs vir welgesteldes beskikbaar is. Slegs hulle is in staat om “intak” begrawe te word aangesien hulle in 'n posisie is om nie van hul weefsel vir finansiële gewin hoef te verkoop nie.

71 SHD 1034; Caplan 448.

72 Dickens “The control of living body materials” (1977) *University of Toronto LJ* 166.

73 23.

74 450.

8 Vermindering in geskenkte weefsel

Word die handeldryf in menslike weefsel eers gewettig, sal daar slegs in hoogs uitsonderlike gevalle nog sprake wees van die skenking van menslike weefsel. Dit is net menslik om, as daar 'n vraag na menslike weefsel is, die weefsel eerder aan 'n ander persoon te verkoop as om dit aan hom te skenk.⁷⁵

9 Die standpunt van geneeshere

Die grootste struikelblok vir die wettiging van handeldryf in menslike weefsel is moontlik die standpunt van geneeshere. Ek is van mening dat heelwat Suid-Afrikaanse geneeshere nie te vinde sal wees vir 'n bestel waar menslike weefsel te koop aangebied word nie.

In die VSA het die volgende professionele liggame hulle reeds uitdruklik teen die handeldryf in menslike weefsel uitgespreek en 'n resolusie aangeneem vir die skorsing van lede wat deel aan die handeldryf in menslike weefsel het,⁷⁶ naamlik die American Society of Transplant Surgeons; die American Society of Transplant Physicians; en die International Transplantation Society.

In die Verenigde Koninkryk het The Council of the Transplantation Society hom ook teen die handeldryf in menslike weefsel uitgespreek en lede wat hulle aan so 'n optrede skuldig maak, loop die gevaar om uit hul vereniging geskors te word.⁷⁷

10 Skade aan die geneesheer-pasiëntverhouding

Die geneesheer-pasiëntverhouding kan ernstige skade berokken word indien die handeldryf in menslike weefsel gewettig sou word. Die gevaar bestaan dat die geneesheer nie meer as 'n betroubare professionalis gesien word nie maar as 'n "money-grubbing businessman".⁷⁸ Sommige mense sal sku wees om 'n geneesheer te besoek as hy hulle fisies ondersoek, nie met die doel om te genees nie, maar met die doel om moontlike finansiële gewin uit sy pasiënt se liggaam te verkry. Caplan⁷⁹ wys ook daarop dat daar van niemand verwag kan word om 'n hospitaal of mediese inrigting te besoek indien hy hom daarvoor moet bekommer of die geneesheer daar is om gesondheid te bevorder, of om liggame te ontgin met die doel om sekere stowwe te verkry wat moontlik finansiële gewin kan inhou nie.

GEVOLGTREKKING

Dit is 'n feit dat geneeshere 'n tekort aan menslike weefsel wat vir oorplanting geskik is, ondervind. Of die wettiging van die handeldryf in menslike weefsel daartoe sal bydra om hierdie tekort aan te vul, is na my mening hoogs twyfelagtig. Die Suid-Afrikaanse gemeenskap is nog te konserwatief en hul regsbeskouing is daarbenewens van so 'n aard dat die handeldryf in menslike weefsel as *contra bonos mores* aangemerkt sal word. In 'n gemeenskap waar die handeldryf in

75 Calne 37. Sien ook Murray "The gift of life must always remain a gift" 1986 *Discover* 90.

76 SHD 1035 vn 161.

77 The Council of the Transplantation Society "Commercialisation in transplantation: the problems and some guidelines for practice" 1985 *The Lancet* 715.

78 Caplan 450.

79 450.

menslike weefsel erken word, word die behoeftiges benadeel en uitgebuit. As dit kom by die koop en verkoop van menslike weefsel, is daar geen waarborg dat die behoeftiges in die gemeenskap op dieselfde voorregte as die meer goeies aanspraak kan maak nie. Die verspreiding van menslike weefsel in 'n gemeenskap waar die handeldryf in menslike weefsel toelaatbaar is, lewer ook probleme op. Wie en op grond van watter faktore word besluit welke persoon op die weefsel geregtig is indien daar meer as een koper is?

Uit bostaande is dit duidelik dat menigvuldige regsprobleme waarskynlik uit die wettiging van handeldryf in menslike weefsel sal ontstaan. Dit is maar bloot een van die redes waarom ek meen dat die handeldryf in menslike weefsel nie in Suid-Afrika gewettig behoort te word nie.

Indien aanvaar word dat die Wet op Menslike Weefsel van 1983 nie volkome in sy doel geslaag het om die tekort aan menslike weefsel te ondervang nie, en dat die handeldryf in menslike weefsel ook nie 'n uitweg bied nie, kan gevra word watter ander moontlikhede oorweeg kan word om in die tekort te voorsien. Voorstelle wat reeds in hierdie verband aandag geniet het, is onder andere: (a) die wettiging van eutanase;⁸⁰ (b) die omskepping van inrigtings vir geestesongesteldes in "oorplantingsplase";⁸¹ (c) die gebruik van dooie pasgeborenes ten einde weefsel te bekom;⁸² (d) die "onteiening" van weefsel;⁸³ (e) die beginsel dat 'n persoon (tensy hy uitdruklik anders bepaal het) vermoed word toestemming te verleen het tot die verwydering van weefsel na sy dood;⁸⁴ en (f) die gebruik van fetusse as weefselskenkers.⁸⁵

Die oppervlakkige voordeel of aantreklikheid van elk van hierdie voorstelle is daarin geleë dat dit menslike weefsel op die oog af "gratis" vir oorplanting beskikbaar stel. Sonder om enigsins die voordele en nadele van hierdie voorstelle te ondersoek, is die een wat na my mening vir die Suid-Afrikaanse publiek die aanvaarbaarste is, die voorstel wat van die veronderstelling uitgaan dat 'n persoon (tensy hy uitdruklik anders voor sy dood bepaal het) vermoed word toestemming te verleen het tot die verwydering van weefsel na sy dood. Indien dit by wyse van wetgewing ingevoer kan word, sal dit beslis in die groot vraag na menslike weefsel vir oorplanting voldoen. Die "las" wat tans op 'n geneesheer geplaas word om in sekere gevalle vir weefsel te vra (en soms te smeek), word

80 Dempster "Legalize euthanasia for transplants" 1968 (2) *Codicillus* 13; *The Pretoria News* 1968-05-14.

81 Hierdie voorstel van dr Griffith, 'n geneesheer van Melbourne, Australië, het heelwat kritiek ontlok. Sien *The Pretoria News* 1968-07-15; *Die Transvaler* 1968-07-16; 1968-07-22.

82 Sien oa Capron "Anencephalic donors: separate the dead from the dying" 1987 *Hastings Center Report* 5.

83 Schwindt en Vining 497. Die lande wat hulle as voorbeeld siter, is Oostenryk, Tsjeggo-Slowakye, Denemarke, Frankryk, Pole en Switserland. In so 'n geval kan weefsel van 'n persoon verwyder word sodra hy dood verklaar is sonder om sy familie of naasbestaandes se toestemming te verkry. Toestemming is gewoonlik net 'n vereiste in die geval van minderjariges of geestesongesteldes. Sien ook Nota "Compulsory removal of cadaver organs" 1969 *Columbia LR* 693.

84 Cantaluppi, Scalamogna en Ponticelli "Legal aspects of organ procurement in different countries" 1984 *Transplantation Proceedings* 102. Dit is hoe die posisie tans daar uitsien in oa Finland, Griekeland, Italië, Spanje en Swede. Sien ook Stuart, Veith en Cranford "Brain death laws and patterns of consent to remove organs for transplantation from cadavers in the United States and 28 other countries" 1981 *Transplantation* 238.

85 Warren, Maguire en Levine "Can the fetus be an organ farm?" 1978 *The Hastings Center Report* 23.

verlig. Die las sal dan op die individu geplaas word om uitdruklik voor sy dood te verklaar dat sy weefsel nie vir oorplanting gebruik mag word nie.⁸⁶ Ek wil voorstel dat ernstig besin word oor ons huidige stelsel van weefselverwydering kragtens die Wet op Menslike Weefsel. Om aan die steeds groterwordende vraag na menslike weefsel te voldoen, moet die wetgewer moontlik kers opsteek by Europese lande waarin die beginsel van “vermoedelike toestemming” aanwending vind en dit ook in Suid-Afrika van toepassing maak.

86 Die wyse waarop dit gedoen behoort te word, is 'n aspek waaroor ek my tans nie wil uitlaat nie aangesien dit 'n deeglike ondersoek verg.

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

REGIONAL GOVERNMENT IN THE NEW SOUTH AFRICA: THE ROLE OF THE COURTS (With specific reference to the German system)*

1 Regional government in a new South Africa

South Africa has always known some kind of regional government, whether in the form of provincial councils or homeland governments, regional services councils and other institutions (for example, the Divisional Councils in the Cape Province, the Natal KwaZulu Joint Executive and so on). It can be safely predicted that the new South Africa, meaning a South Africa under a new constitution with a government which is not racially determined, will also have regional governmental institutions. What the powers and functions of these regional governments will be, however, is not altogether clear. They could, at the one point of the spectrum, be autonomous sub-governments of a South African federation, or they could, at the other point of the spectrum, be the deconcentrated, largely administrative agencies of a highly concentrated central government. The nature and scope of future regional government in our country will be determined mainly by the following factors:

(a) *Historical realities* Past and existing regional governments have given rise to certain experiences, jurisdictions and traditions which will undoubtedly influence political negotiators at the time when they discuss and plan a new regional dispensation. Nor must it be forgotten that existing regional institutions are endowed with sizeable bureaucracies; it has to be foreseen that these agencies will have to be accommodated in a future system of second-tier government.

(b) *The practical need for regional government* South Africa has a rich heritage of regional diversity. In the past, regional governments were established mainly for ideological reasons, and existing administrations and institutions on the second level have been demolished and emasculated, also for reasons of political expediency. The time has come to take a hard look at the real exigencies in relation to regional government and to decide what we need in this respect. Factors such as economics, demography, development, existing institutions and boundaries, regional cohesion and many more will have to be scrutinised in order to find out the exact nature and scope of a future decentralisation of government.

(c) *The attitudes and policies of the various political parties* It must be accepted that the process of constitutional transformation and fundamental reform will

* Address delivered at a seminar of the Centre for Constitution Analysis, HSRC, Pretoria 1991-02-15.

be conducted, steered and decided by political parties and their leaders. Political parties with strong regional ties will undoubtedly push for regional autonomy, whereas those political parties which see their support base on a national level, will be inclined to propagate a more unitary system of government. Again, past experiences and fears will dominate the quest for a solid second-tier constitutional infrastructure and it is hoped that the compromise which must need be found will strike a solid and practical balance between the divergent political views and aspirations.

2 The role of the courts

Until now, the constitutional debate about the future role of our courts has occupied itself with the protection of fundamental rights and freedoms and the way in which the courts will supply the ultimate sanction in cases where such rights and freedoms are encroached upon. Lately, the idea of a constitutional court which will have the final say in matters of constitutional infringement, and more particularly, the violation of fundamental rights and freedoms, has been mooted and is presently enjoying considerable support. Many questions surrounding the issue of a constitutional court must, however, still be answered; for instance, the nature and scope of its jurisdiction, its relationship with other courts, the appointment of its judges and the remedies and recourse which will be available.

By and large, the supervisory and controlling role of the courts in matters concerning the separation of state powers, both horizontally and vertically, has been presumed but not clearly discussed. In the consideration of future forms of regional government, the role of the courts as guardians of regional autonomy, is an issue well worth exploring. It is, however, very difficult to discuss such an issue in the abstract. In order to arrive at a clearer understanding of the judicial role in resolving issues of competency between state organs on different levels of government, it is worth glancing at a constitutional system in which the judiciary has been given such a task and, in the fulfilment of that task, has achieved a remarkably coherent jurisprudential vision of the state itself. Such a system is the German system.

3 The German system

In terms of article 20.1 of the German Constitution, Germany is permanently ordained as a social democratic federation. (Art 79.3 provides that the basic principles contained in art 20, which relate to the federal social-democratic nature of the German state, cannot be altered.) A federation, by its very nature, implies a demarcation of constitutional competencies between the federal government and governments of the state components as well as a judiciary to safeguard that demarcation. In the German Constitution, that safeguarding function is entrusted to the constitutional court.

Article 93 of the German Constitution provides:

“(1) The Federal Constitution shall decide:

1 on the interpretation of this Basic Law in the event of disputes concerning the extent of the rights and duties of a highest federal organ or of other parties concerned who have been vested with rights of their own by this Basic Law or by rules of procedure of a highest federal organ;

2 in the case of differences of opinion or doubts on the formal and material compatibility of federal law or Land law with this Basic law, or on the compatibility of Land law with other federal law, at the request of the Federal Government, of a Land government, or of one third of the Bundestag members;

3 in case of differences of opinion on the rights and duties of the Federation and the Laender, particularly in the execution of federal law by the Laender in the exercise of federal supervision;

4 on other disputes involving public law, between the Federation and the Laender, between different Laender or within a Land, unless recourse to another court exists;

4a on complaints of unconstitutionality, which may be entered by any person who claims that one of his basic rights or one of his rights under paragraph (4) of Article 20, under Article 33, 38, 101, 103, or 104 has been violated by public authority;

4b on complaints of unconstitutionality, entered by communes or associations of communes on the ground that their right to self-government under Article 28 has been violated by a law other than a Land law open to complaint to the respective Land constitutional court;

5 in the other cases provided for in this Basic Law.

(2) The Federal Constitutional Court shall also act in such other cases as are assigned to it by federal legislation."

The role of the German constitutional court in the safeguarding of the essential fabric of German federalism is of vital importance. The court is entrusted with the task of delimiting the legislative and administrative competencies of the federal government and the governments of the state components, and also of supervising and scrutinising the extent to which state governments may enter into extra-federal relations with other countries. It is also charged with tasks relating to the financial balance (*Finanzverfassung*) between federation and state; the nature and effect of co-operative federalism between the various state governments; the autonomy of local governments; the accession of new states to the existing federation. What is remarkable in the jurisprudence of the constitutional court is that it has, around these disputes of federal and state governments (*Organstreitigkeiten*), developed an entire doctrine of federalism which is based on the obligation of federal good faith, federation-friendly relations and mutual consideration. Geiger (*Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts* (1980) 21) points out that in cases of so-called *Organstreitigkeiten*, the constitutional court has elaborated the formula of federal good faith and federation-friendly relationships as well as the duty to maintain mutual consideration ("Pflicht zur Bundestreue oder zu bundesfreundlichen Verhalten" as well as "Pflicht der Verfassungsorgane zu wechselseitiger Rücksichtnahme.")

In its jurisprudence on fundamental rights and freedoms, the German constitutional court has given life and meaning to the concept of the material *Rechtsstaat* (see Schlaich *Das Bundesverfassungsgericht* (1985) 241):

"Das Bundesverfassungsgericht had die Chance ergriffen, dem Verfassungsrecht einen Stellenwert zuzuweisen, wie es ihn zovor nie hatte und wie es ihn - insbesondere im Hinblick auf die Grundrechte - ohne die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht nicht haben würde."

In its decisions on federal and state relationships, the court has gone beyond the formal norms of federalism and has established a material, organic view of federal interaction, good faith, separate autonomies and co-operation (cf Vogel "Die Bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes" in Benda, Maihofer, Vogel (in co-operation with Hesse) *Handbuch des Verfassungsrechts* (1983) 834). The

constitutional court has, in the resolution of federal disputes, developed certain guide-lines and methods of harmonising competences. For instance, as regards the legislative competence of the Federation and the Laender respectively, the court first looks at the historical development; secondly, it asks itself whether the matter is in essence a federal affair or whether it concerns the interests of the Laender; and thirdly, if the dispute is left unresolved, the "Grundsatz der Länderkompetenz" is applied (in terms of art 70, 72 and 30 of the Constitution). In matters of co-operative federalism, the constitutional court insists that it should not disturb an essential part of the Federation's "Hoheitsgewalt" and that it should not impinge on the sphere of constitutional tasks and competences ("Aufgaben- und Zuständigkeitsbereich") of the Federation. Although the court desists from enforcing "Immunitätsprivilegien im Stile mittelalterlicher Städtefreiheit" in matters of local government autonomy, it does enforce "kommunale Selbstverwaltung" (in terms of art 28.2) which means that federal laws encroaching upon the core competences (*Kernbereich*) of local authorities will be declared unconstitutional. The core competences of local authorities are not always easily defined, but as Wasserman ((ed) *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* vol 1 (1989) 1721) points out, these competences really define the *identity* of a particular local authority:

"Über diese ureigene Identität, gleichsam die örtlichste aller Angelegenheiten, kann nur die Gemeinde selbst verfügen, der Staat (Gesetzgebung und Verwaltung) folglich nur mit ihrer Zustimmung."

In short, what the German constitutional court has achieved through its jurisprudence on federal and state matters, is more than a formal interpretation of the federal provisions of the Constitution; it has created a coherent doctrine of state. In this respect, the famous statement of Kägi (*Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates* (1945) 147) springs to mind:

"Sage mir deine Einstellung zur Verfassungsgerichtsbarkeit, und ich sage dir, was für einen Verfassungsbegriff du hast."

In this regard, Oellers-Frahm ("Demokratieverständnis und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich" *Staat und Völkerrechtsordnung* (Festschrift für Karl Doehring) (1989) 691) makes an interesting comparison between the German constitutional court and the French *Conseil Constitutionnel*. In Germany, the constitutional court was, from its inception, intended to be the guardian of the Constitution (*Hüter der Verfassung*) whereas in France, with the strong tradition of the acknowledgement of the supremacy of the *volonté générale* as embodied in legislation, the Conseil was seen more as an instrument to demarcate powers between parliament and the executive. Through a series of pioneering decisions – especially its decision of 16 July 1971 on the freedom of association – the Conseil also increasingly assumed the role of a guardian of the Constitution. (On the role of the German constitutional court in the creation of a comprehensive doctrine of state, also see Stern *Verfassungsgerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat* (1980).)

In other words, it can be said that the role of the German constitutional court in federal and state matters is that of a constitutional life-giving force, not only as the protector of the Constitution, but also as the elaborator and prime protagonist of the federal idea.

Something should perhaps be said about the remedies which the court possesses, since the scope of these remedies explains the pervasive influence of the

court's jurisprudence. In terms of the Constitution and the *Bundesverfassungsgesetz*, the court can exercise both an abstract control of legislation on the demand of the federal government, the Laender government or one third of the *Bundestag* members, and a so-called concrete control of norms if a particular legislative measure is referred to it by another judge. Apart from this, a matter can always reach the court in the form of a constitutional complaint (*Verfassungsbeschwerde*) by an aggrieved person or persons; in the case of such a constitutional complaint, all other remedies must be exhausted before the constitutional court is approached (art 93.1.4 of the Constitution; art 90.2.1 of the *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*; also see Schenke (*Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit* (1987) 15) who sees the obligation to exhaust all other remedies as an affirmation of the "Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde").

4 The South African experience

As has been said, the debate on the role of our courts in a future constitutional dispensation has until now centred mainly around the protection of fundamental rights and freedoms. In this regard, and looking back at past experience, there are several observations one can make. Some commentators maintain that, because South African judges are more representative of average white views and value systems, our courts have been more inclined to uphold supremacist ideologies and to support law and order measures to the detriment of human rights; other observers come to the defence of our judiciary and argue that notwithstanding many oppressive laws, our courts have always tried not to deny the predominance of fundamental rights and freedoms. (For a summary of some of these divergent viewpoints, see VerLoren van Themaat *Staatsreg* 3ed by Wiechers (1981) 324.)

The debate on the executive-mindedness or otherwise of our courts has not run its course and will certainly continue. The judicial experience which is of relevance to the topic under discussion, is of a different nature and concerns our courts' treatment of disputes relating to the separation of state powers and more particularly, the extent and nature of powers of regional bodies and institutions.

South African courts have, over the years, given many outstanding decisions on the separation of powers and also on the demarcation of powers of the central government and subordinate, regional bodies. Of course, South Africa being a unitary state with an all-powerful central government, the courts have had to be restrictive in their approach and have always placed the powers and functions of regional institutions against the overwhelming might of parliamentary sovereignty; however, even a very cursory review of some of our most important constitutional decisions in this field, points to a consistent judicial preference for a separation of state powers and a recognition of regional and local autonomy. A few references will illustrate this: In the famous second *Harris* decision (*Minister of the Interior v Harris* 1952 4 SA 769 (A)), the appellate division defended the position of the courts against parliamentary usurpation and reaffirmed the basic division of state powers (cf Carpenter *Introduction to South African constitutional law* (1987) 146; VerLoren van Themaat 314). Even earlier, our courts used the concept of "original legislative powers" to give impact and scope to provincial legislation. A number of well-known *dicta* come to mind here: In

Johannesburg Consolidated Investment Co v Marshall's Township Syndicate 1917 AD 662 it was held:

"The legislative authority conferred by the South Africa Act upon Provincial Councils is an original and not a delegated authority, so that within the limits imposed they may make laws as freely and effectively as the Parliament of the Union" (666).

Then, in *Middelburg Municipality v Gertzen* 1914 AD 544, the court expressed itself as follows:

"[I]f once it is clear that the legislative provisions which are challenged fall within the powers conferred upon the Council then we should not be justified in interfering with them merely because we may consider them unwise or impolitic" (554).

Because of its original nature, provincial legislation, it has been decided, may also be unreasonable in its operation. As was said in *Joyce and McGregor Ltd v Cape Provincial Administration* 1946 AD 658:

"[T]here is no implied condition in the South Africa Act or in the post-Union legislation that Provincial Ordinances should not be unreasonable" (669).

In later decisions (eg *Government of the Republic of South Africa v Government of KwaZulu* 1983 1 SA 164 (A) (see Carpenter 408-409) and *Government of Lebowa v Government of the Republic of South Africa* 1988 1 SA 344 (A)) the autonomy of homeland governments was defended against unbridled central executive power, and even more recently, the court went so far as to enquire into the *raison d'être* of homeland institutions in order to thwart certain far-reaching actions by the central government. Thus in *Mathebe v Regering van die Republiek van Suid-Afrika* 1988 3 SA 667 (A) the appellate division decided that the proposed incorporation of the Moutse area into KwaNdebele did not conform to the objectives of the Black Authorities Act 69 of 1951 and was therefore invalid; similarly, in *Staatspresident v Lefuo* 1990 2 SA 679 (A) the court held that the town of Botshabelo could not be incorporated into the self-governing territory of QwaQwa by proclamation of the State President, since the population is so ethnically diverse that there could have been no question of incorporating them "binne volksverband" into QwaQwa. What emerges from these decisions is a clear indication that, when deciding matters of separation of state powers and defining the competences of regional authorities, South African courts are not afraid to give life and meaning to the principles of division of state power and regional autonomy. What is lacking, however, is a broad, underlying concept of our South African state and statehood.

5 Conclusion

It can be predicted that the future South African constitution will recognise and provide for regional governments. It is hoped that the courts, or even better, a constitutional court, will be provided with the jurisdiction and remedial powers to give content and life to that basic concept of regional government which is

contained in the Constitution; moreover, it is hoped that – as in Germany – a deep understanding of the fundamental nature of the Constitution and a basic, comprehensive definition of the South African state and statehood will grow from the jurisprudence of our courts.

MARINUS WIECHERS
University of South Africa

WYSES WAAROP 'N TESTAMENT DEUR DIE ERFLATER "ONDERTEKEN" KAN WORD

In die ongerapporteerde beslissing *Bosch v Nel* saaknr I 17939/1989 (T) het die vraag na die geldige wyses waarop ondertekening van 'n testament kan plaasvind, voor regter Mynhardt ter sprake gekom.

In die algemeen word aanvaar dat aangesien ondertekening by die verlyding van 'n testament vereis word, skrif 'n vereiste is en dat daar geen ruimte vir die mondelinge verlyding van testamente gelaat word nie (Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse erfreg* (1990) 151). Sonnekus ("Video-testamente naas skriftelike testament" 1990 *TSAR* 120) betoog nietemin dat daar ook voorsiening vir sogenaamde video-testamente gemaak behoort te word omdat skrif in die verlede slegs weens 'n gebrek aan ander moontlikhede as vereiste gestel is. In aansluiting hierby verklaar Cronjé en andere (*Werkboek vir erfreg* (1990) 20–21) dat skrif nie 'n statutêre vereiste is nie en dat daar geen beletsel teen magnetiese band- of video-testamente is nie mits aan die vereistes van artikel 2(1)(a) van die Wet op Testamente 7 van 1953 voldoen word.

Die feit dat ondertekening vereis word, tesame met artikel 2(1)(a)(iv) wat bepaal dat indien die testament meer as een bladsy beslaan, elke ander bladsy as die bladsy waarop dit eindig ook deur die erflater en getuies onderteken moet word, laat myns insiens egter geen twyfel nie dat hier 'n skriftelike dokument bedoel word. Alhoewel skrif, so gesien, by implikasie vir die onderhandse testament vereis word, word skrif uitdruklik as vereiste gestel ten opsigte van die soldatetestament (a 3) wat juis op die wetboek geplaas is om voorsiening te maak vir die gemeenregtelike geprivilegieerde militêre testament. Dit is onwaarskynlik dat die wetgewer skrif sal vereis in geval van 'n geprivilegieerde testament maar nie ook in die geval van die algemeen gebruiklike testament nie. Die onsekerheid wat ontstaan het, is waarskynlik te wyte aan die versuim van die wetgewer om "testament" te omskryf en slegs te bepaal dat "testament" ook " 'n kodusil en enige ander testamentêre geskryf" insluit. Hoe dit ook al sy, of skrif vereis word al dan nie, die vereistes vir die ondertekening van die testament in artikels 2(1)(a)(i), (ii) en (v) sal nagekom moet word ten einde 'n geldige testament daar te stel. Dit sal nietemin prakties feitlik onmoontlik wees om die streng vereistes wat vir die verlyding en ondertekening van 'n testament (rakende aspekte soos die end van die testament, ondertekening van elke bladsy van die testament ens) gestel word op 'n magnetiese of videoband na te kom.

Wat die wyse van ondertekening van die testament betref, word daar in artikel 2(1)(a)(i) bepaal dat die testament aan die end daarvan deur die erflater of deur

iemand anders in sy teenwoordigheid en in opdrag van hom onderteken moet word. Artikel 2(1)(a)(ii) bepaal verder dat

“bedoelde handtekening in teenwoordigheid van twee of meer bevoegde getuies wat gelyktydig teenwoordig is deur die erflater of deur bedoelde ander persoon aangebring word of deur die erflater en, indien dit deur bedoelde ander persoon aangebring word, ook deur daardie ander persoon erken word”.

In artikel 2(1)(a)(v) word 'n verdere moontlikheid met betrekking tot die ondertekening voorsien. 'n Testateur kan ook die testament teken deur die maak van 'n merk (in plaas van 'n handtekening soos vereis word in artikels 2(1)(a)(i) en (ii)), in welke geval 'n sertifiserende beampte (kommissaris van ede) moet sertifiseer dat hy hom vergewis het van die identiteit van die erflater en tevrede is dat dit die erflater se testament is. Die sertifiserende beampte moet 'n soortgelyke sertifikaat aanbring indien 'n persoon namens die erflater teken.

In *Bosch v Nel* was die vraag of die wyse waarop die testament onderteken is binne die trefwydte van die wet val. Die feite is soos volg: Die erflater het in 1984 'n testament verly ingevolge waarvan sy vrou as die enigste erfgenaam aangewys en ook as eksekutrisse aangestel is. Gedurende 1988 het die erflater se swaer vir hom 'n ander testament opgestel. Ingevolge hierdie testament is die swaer aangewys as eksekuteur en die boedel in gelyke dele tussen die erflater se eggenote en drie ander persone verdeel. Die erflater het elke bladsy van die testament onderteken direk nadat dit deur sy swaer aan hom gegee is om deur te lees. Die testament het uit twee bladsye bestaan en geen getuies was tydens die ondertekening teenwoordig nie. Die swaer het aangebied om die testateur na die polisiestasie te vergesel sodat hy sy handtekening in teenwoordigheid van twee polisiebeamptes kon erken wat dan ook die testament as getuies kon teken. Die erflater was van mening dat dit onnodig was aangesien hy op pad was om 'n kontrakteur te gaan sien en hy hom en sy vrou sou versoek om as getuies op te tree. Later dieselfde aand het die erflater sy swaer ingelig dat die testament behoorlik onderteken is en 'n afskrif van die testament aan die swaer oorhandig. Die erflater is op 29 September 1989 oorlede en die testament is ingedien by en deur die meester aanvaar.

Die eiser (eggenote van die erflater) doen aansoek dat die testament nietig verklaar moet word aangesien sy van mening is dat daar nie aan die vereistes van artikel 2(1)(a) voldoen is nie omdat die getuies nie tydens die erflater se ondertekening van die testament teenwoordig was nie. Dit blyk verder dat die eiser nie beweer dat die getuies nie in die teenwoordigheid van die testateur geteken het nie en dat sy aanvaar dat die erflater sy handtekening voor die getuies erken het. Sy beweer slegs dat die testament ongeldig is omdat die testateur sy handtekening in die teenwoordigheid van die twee getuies moet aangebring het.

Aanvanklik het regter Mynhardt die regspraak soos volg geformuleer:

“Is 'n testament noodwendig nietig, omdat dit nie regsgeldig verly is nie, bloot omdat daar nie enige getuies teenwoordig was op die stadium toe die erflater sy handtekening op die testament aangebring het nie? Dit is die vraag wat in die onderhawige geval beantwoord moet word” (1).

Die antwoord op die eerste gedeelte van die vraag is natuurlik bevestigend. 'n Testament wat nie behoorlik verly is nie is ongeldig. Die hof mag ook nie nienakoming van die formaliteitsvereistes kondoneer nie. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie beveel wel aan (Werkstuk 14 Projek 22 *Hersiening van die erfreg*

testamentsformaliteit (1986) par 7.34) dat aan die hof so 'n kondonasie-bevoegdheid verleen word maar die voorstelle is nog nie geïmplementeer nie. Die vraag behoort te wees of 'n testament geldig verly kan word op die wyse soos blyk uit die feite van die betrokke geval, naamlik dat die erflater die testament nie in teenwoordigheid van getuies onderteken het nie maar wel erken het. Tereg gooi die regter die tweede vraag oor die boeg van 'n herformulering van die eerste vraag:

“Dit is meer korrek om van die standpunt uit te gaan dat 'n testament wat aan al die vormvereistes wat vir die behoorlike verlyding daarvan gestel is, voldoen, inderdaad 'n geldige testament is terwyl 'n geskrif wat nie aan al die vormvereistes voldoen nie inderdaad nie 'n geldige testament is nie, eenvoudig omdat geen geldige testament tot stand gekom het nie” (2).

Dit gaan dus hier oor die interpretasie van artikel 2(1)(a)(ii) wat bepaal dat bedoelde handtekening van die testateur in die teenwoordigheid van twee of meer bevoegde getuies wat gelyktydig teenwoordig is, deur die erflater of deur bedoelde ander persoon ('n persoon wat in teenwoordigheid en opdrag van die testateur namens hom teken) aangebring word of deur die erflater en, indien dit deur bedoelde ander persoon aangebring word, ook deur daardie persoon erken word.

Artikel 2(1)(a)(ii) is swak geformuleer. Die eerste wyse waarop 'n geldige testament tot stand kan kom, is duidelik. Die testateur (of iemand namens en in opdrag van hom) teken die testament in die teenwoordigheid van twee bevoegde getuies. In die tweede gedeelte word met die gebruik van die woord “of” of 'n alternatiewe wyse voorsien waarop 'n testament verly kan word, naamlik dat die erflater of die persoon namens hom ook hulle onderskeie handtekeninge kan erken in die teenwoordigheid van twee getuies soos gebeur het in *Bosch v Nel*, of alternatief dat die erflater ook wanneer iemand namens en in opdrag van hom teken ook die handtekening van daardie persoon moet erken. Laasgenoemde betekenis is skynbaar die betekenis wat Van der Merwe en Rowland (154) met die volgende woorde daaraan heg:

“Subartikel 2(1)(a)(ii) stel 'n splinternuwe vereiste daar in soverre neergelê word dat indien iemand anders namens en in teenwoordigheid van die testateur die testament onderteken het, dié handtekening nie slegs deur die testateur nie, maar ook deur daardie ander persoon in teenwoordigheid van twee of meer getuies erken moet word” (my kursivering).

Daar word verwys na Beinart (“Testamentary form and capacity and the Wills Act, 1953” 1953 *SALJ* 167) wat hom soos volg oor artikel 2(1)(a)(ii) uitlaat:

“As an added precaution, however, section 2(1)(a)(ii) introduces a new requirement, that where the signature is made not by the testator, but by some other person for him, then it must be acknowledged, not only by the testator, but also by such other person in the presence of two or more witnesses.”

Die bepaling word dus so uitgelê dat die verdere vereiste gestel word dat die erflater, indien 'n persoon namens hom teken – al het die persoon in teenwoordigheid van twee of meer bevoegde getuies geteken – ook nog die handtekening van die persoon wat namens hom teken voor die getuies moet erken. Regter Mynhardt interpreteer artikel 2(1)(a)(ii) sodanig dat sowel die erflater as iemand wat namens hom teken hulle handtekeninge voor getuies mag erken, maar dat die artikel hierbenewens ook vereis dat die handtekening, indien dit deur iemand namens die erflater aangebring is, ook deur die erflater erken moet word (17).

In *Bosch v Nel* het die eiser in verband met die interpretasie van artikel 2(1)(a)(ii) voorts geredeneer dat nie die erflater nie, maar slegs die persoon wat namens die erflater teken sy handtekening voor getuies mag erken. Die rede vir haar argument is juis die vae formulering van die tweede deel van die artikel wat bepaal dat

“indien dit deur bepaalde ander persoon aangebring word, [die handtekening] ook deur daardie persoon erken [moet] word”.

Die gebruik van die woorde “aangebring word” slaan volgens dié argument slegs op die erkenning van ’n reeds aangebringde handtekening deur ’n persoon wat in teenwoordigheid en in opdrag van die erflater teken. Soos gesien, is dit egter nie presies die interpretasie wat Van der Merwe en Rowland (154) en Beinart (167) daaraan gee nie. Die eiser se standpunt word deur regter Mynhardt as onlogies afgemaak (16). Hoekom sou die wetgewer slegs aan so ’n persoon die vergunning maak en nie ook aan die erflater nie? Ingevolge artikel 2(1)(a)(v) sal ’n sertifiserende beampte, wanneer iemand anders in die teenwoordigheid en in opdrag van die erflater teken, in elk geval ook nog moet sertifiseer dat hy homself vergewis het van die identiteit van die erflater en dat hy oortuig daarvan is dat dit die testament is van die erflater namens wie die persoon geteken het. Die eerste uitleg, naamlik dat dit op ’n alternatiewe wyse van ondertekening dui, lyk die aanvaarbaarste en is inderdaad ook die uitleg wat regter Mynhardt daaraan gee (16 – met verwysing na die provinsiale wetgewing voor 1953). In dié verband steun die regter ook op *dicta* in *The Leprosy Mission v The Master of the Supreme Court* 1972 4 SA 173 (K) 174H–175A en *Sterban v Dixon* 1968 1 SA 322 (K) 325F–G en laat hom soos volg oor die uitleg van artikel 2(1)(a)(ii) uit:

“In gevalle waar die testament deur die erflater self onderteken word, soos in die onderhawige geval, is dit na my mening duidelik uit die sinskonstruksie van artikel 2(1)(a)(ii) van die gemelde Wet dat die erflater sy handtekening òf op die testament kan aanbring in teenwoordigheid van twee of meer bevoegde getuies òf dat hy sy handtekening later aan twee of meer getuies kan erken” (11).

’n Suggestie deur die advokaat vir die respondente dat die punktuasie van die betrokke subparagraaf duidelik aantoon dat dit ook vir die erflater beskore is om sy handtekening op ’n later stadium voor twee getuies te erken, word nie verder geneem nie aangesien die regter oortuig is dat of die punktuasie in aanmerking geneem word of nie, dit nie ’n verskil aan die vertolking van die subparagraaf sal maak nie.

Die Engelse teks van artikel 2(1)(a)(ii) is aansienlik duideliker op die punt. Dit lui dat

“such signature is made by the testator or by such other person or is acknowledged by the testator and, if made by such other person, also by such other person, in the presence of two or more competent witnesses present at the same time”.

Die meeste moderne Engelse skrywers interpreteer die artikel dan ook so dat die erflater as alternatief sy handtekening voor die getuies mag erken (sien in die verband Corbett ea *The law of succession in South Africa* (1980) 52; Isakow *The law of succession through the cases* (1985) 24; Erasmus en De Waal *The South African law of succession* (1989) par 63). Cronjé en andere (27) verduidelik die werking van die tweede moontlikheid aan die hand van ’n voorbeeld. Hulle meen dat van dié wyse van ondertekening gebruik gemaak sal word in gevalle waar die erflater sy handtekening aangebring het terwyl die getuies nie gelyktydig

teenwoordig was nie, soos waar hy die testament eiehandig geskryf en terselfdertyd onderteken het, of waar een van die getuies tydens verlyding tydelik die vertrek verlaat het en nie teenwoordig was toe die testateur geteken het nie. Indien die erflater die moontlikheid van erkenning wil gebruik, moet hy verseker dat hy sy handtekening erken en nie die testament as sodanig nie (sien *Roux v Lombard* (1985) 9 EDC 201). Getuies kan nie van dié moontlikheid gebruik maak om hulle handtekeninge te erken nie. 'n Getuie wat in die afwesigheid van die erflater of van die persoon wat namens die erflater teken of van een van die ander getuies die testament teken, sal sy handtekening opnuut in die teenwoordigheid van die betrokke persone moet aanbring (sien a 2(1)(a)(iii); Cronjé ea 28).

Alhoewel daar nie onduidelikheid behoort te wees oor die wyses waarop 'n testament onderteken mag word nie, blyk dit tog dat die Afrikaanse teks van die wet verwarring skep. In die lig daarvan sal dit wenslik wees om artikel 2(1)(a)(ii) te herformuleer. Indien die artikel soos volg lui, behoort geen probleme met die interpretasie daarvan ondervind te word nie, te wete dat

“bedoelde handtekening in teenwoordigheid van twee of meer bevoegde getuies wat gelyktydig teenwoordig is deur die erflater of deur bedoelde ander persoon aangebring of erken word”.

Die wyses waarop 'n testament onderteken mag word, kan soos volg saamgevat word:

- (a) Deurdat die erflater die testament aan die end daarvan teken met sy handtekening in die teenwoordigheid van ten minste twee getuies (sien a 2(1)(a)(i) saamgelees met a 2(1)(a)(ii)).
- (b) Deurdat iemand anders namens die erflater teken in opdrag en in die teenwoordigheid van hom en van ten minste twee getuies en dat 'n sertifiserende beampte (kommissaris van ede) die testament behoorlik sertifiseer (sien a 2(1)(a)(i) saamgelees met a 2(1)(a)(ii) en (v)).
- (c) Deurdat die erflater sy handtekening wat reeds op die testament aangebring is, erken in die teenwoordigheid van ten minste twee getuies (sien a 2(1)(a)(ii)).
- (d) Deurdat iemand anders wat namens die erflater geteken het sy handtekening wat reeds aangebring is voor ten minste twee getuies en in die teenwoordigheid van die erflater erken en dat 'n sertifiserende beampte ook sy sertifikaat aanbring (sien a 2(1)(a)(ii) saamgelees met a 2(1)(a)(v)). Of die erflater in so 'n geval ook die handtekening moet erken van die persoon wat namens hom teken, word betwyfel.
- (e) Deurdat die testateur sy testament teken deur die maak van 'n merk in die teenwoordigheid van ten minste twee bevoegde getuies en die sertifiserende beampte die testament sertifiseer (sien a 1(iv) saamgelees met a 2(1)(a)(i) en (v)). Indien iemand namens die erflater teken, mag hy nie by wyse van 'n merk teken nie maar moet hy sy handtekening aanbring.

MC SCHOEMAN
Universiteit van Pretoria

ENKELE OPMERKINGS OOR DIE LEGALITEITSBEGINSEL IN DIE STRAFREG

1 Inleiding

Die moderne staat het sy magte in so 'n mate uitgebrei dat dit vandag, nog meer as ooit tevore, noodsaaklik geword het om die vryheid van die individu te beskerm. In hierdie verband speel die legaliteitsbeginsel in die strafreg 'n belangrike rol. Die legaliteitsbeginsel in sy wydste sin kan beskryf word as 'n meganisme om te verseker dat die staat, sy organe en sy amptenare in die uitoefening van hulle funksies nie bo die reg verhewe is nie maar daaraan onderworpe bly. In die strafreg vervul die beginsel die belangrike taak om arbitrêre bestrawwing van regsonderdane deur amptenare van die staat te verhoed, en om te verseker dat die vasstelling van strafregtelike aanspreeklikheid en die oplegging van straf geskied in ooreenstemming met duidelike en reeds bestaande regsreëls.

Weens die ietwat teoretiese en regsfilosofiese aard daarvan het die beginsel as sodanig nog maar betreklik selde die regstreekse aandag van die hofe geniet. (Een van die weinige gevalle waar 'n regter uitdruklik op die beginsel staat gemaak het, is *S v Von Molendorff* 1987 1 SA 135 (T) 169-170. Vir onregstreekse toepassings van die beginsel, sien *R v Sibiya* 1955 4 SA 247 (A) 256; *R v M* 1915 CPD 334; en *S v Solomon* 1973 4 SA 644 (K)). Skrywers oor die Suid-Afrikaanse strafreg erken egter die belang van die beginsel en daar is verskeie besprekings daarvan in die regsliteratuur (sien bv De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1985) 44-47; Burchell en Hunt *South African criminal law and procedure I General principles of criminal law* (1983) 53-63; Snyman *Strafreg* (1986) 31-40; Labuschagne "Die sekerheidsbasis van die strafreg" 1988 *SAS* 53-76).

In die bespreking wat volg, sal die beginsel nie in al sy besonderhede uiteengesit word nie. Dit is alreeds gedoen deur skrywers soos dié waarna hierbo verwys is. Die aandag sal slegs gevestig word op enkele aspekte van die beginsel wat nie baie duidelik blyk uit die besprekings tot dusver in die regsliteratuur hier te lande nie. Daar sal onder meer gepoog word om die reëls wat die beginsel beliggaam sistematies te orden.

Die legaliteitsbeginsel beliggaam 'n paar verskillende reëls of beginsels. Hierdie reëls staan natuurlik almal in noue verband met mekaar, maar moet, ten einde die beginsel sistematies te beskryf, na my mening tog duidelik van mekaar onderskei word. In die bespreking van die beginsel in die regsliteratuur is hierdie verskillende reëls nie altyd duidelik van mekaar onderskei nie met die gevolg dat daar 'n oorvlueling van begrippe plaasgevind het. Ek sal hierna trag om die vyf belangrikste reëls wat die beginsel beliggaam, te identifiseer en kortliks te omskryf. Aan elk van hierdie reëls sal 'n kernagtige Latynse etiket bestaande uit twee woorde toegeken word, wat 'n nuttige terminologiese doel kan dien. Daarna sal ek probeer om die algemene beginsel op so 'n manier te omskryf dat die vyf reëls waarna verwys is duidelik daarin weerspieël word.

2 Reëls beliggaam in beginsel

Die legaliteitsbeginsel in die strafreg beliggaam die volgende vyf reëls of beginsels:

- (a) 'n Hof mag 'n beskuldigde slegs aan 'n misdaad skuldig bevind indien die soort handeling wat hy verrig het deur die reg as 'n misdaad erken word – 'n hof mag met ander woorde nie self 'n misdaad skep nie (die *ius acceptum*-beginsel).
- (b) 'n Hof behoort 'n beskuldigde slegs aan 'n misdaad skuldig te bevind indien die soort handeling wat hy verrig het reeds op die tydstip toe hy dit verrig het deur die reg as 'n misdaad erken is (die *ius praeivium*-beginsel).
- (c) Misdade behoort nie vaag geformuleer te wees nie (die *ius certum*-beginsel).
- (d) 'n Hof moet die omskrywing van misdade liever eng as wyd vertolk (die *ius strictum*-beginsel).
- (e) Nadat 'n beskuldigde skuldig bevind is, moet die vier pasgemelde beginsels *mutatis mutandis* ook toegepas word wanneer dit by *strafoplegging* kom; dit beteken dat die straf vir die misdaad (beide wat vorm en omvang betref) reeds ten tyde van die misdadadpleging in redelik duidelike terme deur die reg vasgelê behoort te wees, dat 'n hof die woorde wat die straf omskryf liever eng as wyd moet vertolk en dat dit 'n hof nie vrystaan om 'n ander straf as die regtens geoorloofde straf op te lê nie (die *nulla poena sine lege*-beginsel, welke benaming nog verder verkort kan word tot die *nulla poena*-beginsel).

Volledigheidshalwe moet genoem word dat dit moontlik is om, naas die vyf toepassings van die beginsel wat so pas genoem is, nog verdere toepassings van die algemene beginsel te formuleer. So noem skrywers soos Glanville Williams *Criminal law* (1961) 582–586 en Burchell en Hunt 59–60 die reël dat die regsbronne vir die regsonderdane *toeganklik* moet wees sodat, indien hulle wil, hulle dit kan raadpleeg om te weet watter gedrag strafbaar is. Hierdie beginsel kan ongetwyfeld beskou word as 'n uitvloeisel van die algemene legaliteitsbeginsel, maar omdat dit nie in die praktiese regspleging tot noemenswaardige probleme aanleiding gee nie, sal dit nie hier verder bespreek word nie.

3 Omskrywing

'n Omskrywing van die legaliteitsbeginsel wat die vyf genoemde reëls of beginsels beliggaam, kan na my mening soos volg geformuleer word: 'n beskuldigde behoort nie aan 'n misdaad skuldig bevind en gevonnissen te word nie tensy die soort gedrag wat hom ten laste gelê word (a) reeds voordat dit plaasgevind het (b) in duidelike terme (c) deur die landsreg as 'n misdaad erken is, (d) die beskuldigde se besondere optrede onder die misdadadomskrywing tuisgebring kan word sonder om die woorde of begrippe in hierdie omskrywing te wyd te vertolk, en (e) na skuldigbevinding die strafoplegging ook beantwoord aan die vier pasgemelde beginsels.

In hierdie omskrywing verwys die (a)-gedeelte na die *ius praeivium*-beginsel, die (b)-gedeelte na die *ius certum*-beginsel, die (c)-gedeelte na die *ius acceptum*-beginsel, die (d)-gedeelte na die *ius strictum*-beginsel en die (e)-gedeelte na die *nulla poena*-beginsel.

4 Beleidsoorwegings

Die beleidsoorweging wat die legaliteitsbeginsel ten grondslag lê, is dat die regsreëls en wetterereglike bepalings wat gedrag strafbaar stel so duidelik en presies as moontlik moet wees sodat die regsonderdane vooraf kan weet hoe hulle moet optree ten einde hulle nie aan misdadpleging skuldig te maak nie. In die Amerikaanse strafregliteratuur word dikwels na hierdie gedagte verwys as “the principle of fair warning” (La Fave en Scott *Criminal law* (1986) 92).

Daar is ’n regstreekse verband tussen die legaliteitsbeginsel en die algemene afskrikkingsteorie in verband met straf: ’n mens kan tog nie iemand afskrik van die pleeg van ’n handeling indien die handeling op die tydstip waarop dit verrig is nie deur die reg as ’n misdaad erken is nie, of indien dit ’n hof vrystaan om later, na die pleeg van die handeling, dié soort handeling as misdaad te verklaar en dit dan te bestraf al was dit nie voorheen, toe die handeling gepleeg is, strafbaar nie. Daar is ook raakpunte tussen die legaliteitsbeginsel en die vergeldingsteorie: die idee van “verdiende loon” beklee ’n sentrale plek in die vergeldingsteorie, maar van “verdiende loon” kan daar slegs sprake wees indien die handeling op die tydstip toe dit verrig is reeds deur die reg as ’n misdaad beskou is.

Daar is ook ’n verband tussen die legaliteitsbeginsel en die demokratiese staatsvorm: een van die redes waarom ’n regter nie die bevoegdheid behoort te hê om self misdade te skep of om die toepassingsgebied van bestaande misdade uit te brei nie, is dat die parlement, as die versameling van die verkose verteenwoordigers van die gemeenskap, die beste in staat is om na ondersoek en beredenering te besluit watter handeling volgens die wil van die breë gemeenskap strafbaar behoort te wees (Jescheck *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (1978) 120). Die funksie van ’n regter daarenteen is nie om reg te skep nie maar om reg te spreek (*iudicis est ius dicere sed non dare*). Hierdie verband tussen legaliteit en ’n demokratiese staatsvorm veronderstel natuurlik die bestaan van ’n parlement waarin die *hele* bevolking verteenwoordig is asook die bestaan van gereelde (nie slegs ’n eenmalige nie!), vrye (intimidasielose!) en regverdige verkiesings om te verseker dat die verteenwoordigers in die parlement werklik die (soms veranderende) wil van die gemeenskap weerspieël.

5 Die *ius acceptum*- en *ius praeivium*-beginsel

Die eerste beginsel hierbo geformuleer kan beskryf word as die *ius acceptum*-beginsel omdat dit uitdrukking gee aan die gedagte dat ’n hof gebonde is aan “die reg soos ons dit tot op datum ontvang het”. In Suid-Afrika sluit dit sowel die gemenerereg as die bestaande wetterereg in. Sonder om hierdie voor-die-handliggende beginsel verder te bespreek, word die aandag net op die volgende aspek daarvan gevestig: Daar moet aanvaar word dat die “lys” van gemeenregtelike misdade nou “geslote” is: die enigste manier waarop nuwe misdade geskep kan word, is by wyse van wetgewing. Selfs indien daar aankopingspunte by die ou gemeenregtelike skrywers gevind kan word dat ’n sekere soort gedrag volgens hulle wel as ’n misdaad onder ’n sekere benaming strafbaar was, maar dit blyk dat vervolgings weens die pleeg van so ’n misdaad tot dusver onbekend in ons reg was, behoort ’n hof na my mening nie meer die bestaan van so ’n misdaad te erken nie. Dit behoort met ander woorde nie vir ’n hof moontlik te wees om vorme van strafbare gedrag wat as’t ware reeds “uitgestorwe” is, te laat herleef

nie. As daar onsekerhede in hierdie verband bestaan, behoort dit aan die wetgewer oorgelaat te word om, indien hy so voel, die betrokke verbode gedrag te formuleer en dit strafbaar te stel.

Die tweede beginsel hierbo geformuleer (dit is die *ius praeivium*-beginsel) is oor die algemeen eweneens voor-die-hand-liggend en sal nie hier verder bespreek word nie.

6 Die *ius certum*-beginsel

Dit is noodsaaklik om nie die derde en vierde beginsels (die *ius certum*- en *ius strictum*-beginsels) met mekaar te vermeng nie. Die *ius certum*-voorskrif is gerig aan die adres van die wetgewer. Omdat die Suid-Afrikaanse wetgewer soewerein is, kan hy hierdie voorskrif verontagsaam indien hy wil. Al wat 'n hof kan doen in die geval van 'n vae bepaling wat 'n strafnorm of strafsanksie bevat, is om dit eng uit te lê. Ondergeskikte wetgewing kan natuurlik wel op grond van vaagheid of onduidelikheid nietig verklaar word. Die *ius strictum*-voorskrif daarenteen is gerig aan die adres van die howe. Hulle is gebonde aan die reël van uitleg dat strafbepalings streng uitgelê moet word (*R v Sachs* 1953 1 SA 392 (A); *S v Stassen* 1965 4 SA 131 (T) 134).

Een van die redes waarom oormatig wyd geformuleerde strafbepalings indruis teen die legaliteitsbeginsel is dat die wye strafbepaling kan dien as rookskerm waaragter 'n landsowerheid 'n bepaalde soort optrede, wat hy om taktiese redes nie uitdruklik wil noem nie, kan "wegsteek". 'n Skrywer soos Neumann *The democratic and the authoritarian state* (1966) 29 gaan selfs so ver as om te beweer dat

"general laws which have no specific reference are nothing but a mask under which individual measures are hidden".

Schmidhäuser *Strafrecht* (1970) 77 beweer selfs dat die totalitêre state baie graag sulke oormagtig wye strafnorme skep omdat dit die staatsgesag in staat stel om onpopulêre of onderdrukkende maatreëls af te dwing onder die dekmantel van die toepassing van die reg.

'n Mens kan, soos Duitse skrywers dikwels doen, onderskei tussen sogenaamde beskrywende en normatiewe bestanddele van die misdaadomskrywing (sien by Jescheck 116; Schönke-Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar* (1988) 22; Maurach-Zipf *Strafrecht Allgemeiner Teil* 1 122). 'n Beskrywende bestanddeel bevat 'n beskrywing van 'n relatief konkrete begrip, soos "motorvoertuig", "meisie onder die ouderdom van twaalf jaar" of "boom". Normatiewe bestanddele daarenteen moet nog eers deur die regsonderdaan of regter *ontleed* word ten einde vas te stel of dit op 'n bepaalde geval van toepassing is – dink byvoorbeeld aan "skending van waardigheid" (by *crimen iniuria* en minagting van die hof), "potensiële nadeel" (by bedrog), "toe-eiening" (by diefstal) en "besit" (by voorbeeld besit van verdowingsmiddels). Dit spreek vanself dat hoe meer beskrywende bestanddele die misdaadomskrywing bevat, hoe makliker is dit vir 'n regsonderdaan en die hof om agter te kom presies watter gedrag verbied is. Die insluiting van sogenaamde normatiewe bestanddele daarenteen verhoog die graad van onsekerheid in die strafnorm. Dit is egter onmoontlik vir die wetgewer om die insluiting van normatiewe bestanddele te vermy. (Buitendien kan daar selfs aangaande die presiese betekenisafbakening van beskrywende bestanddele soms onsekerheid opduik.) Die nalatigheidsvereiste in die omskrywing van strafbare manslag is 'n goeie voorbeeld van 'n sogenaamde normatiewe bestanddeel

van die misdadomskrywing: die presiese vasstelling van nalatigheid is afhanklik van die feite van elke saak.

7 Die *ius strictum*-beginsel

Die *ius strictum*-beginsel, wat inhou dat strafvoorskrifte streng eerder as wyd uitgelê moet word, geld ook by gemeenregtelike misdade. Dit staan 'n hof nie vry om die omskrywing of toepassingsgebied van 'n gemeenregtelike misdaad uit te brei deur middel van 'n wye vertolking van die bestaande vereistes vir die misdaad nie. Indien daar dus onsekerheid bestaan aangaande die trefwydte van een van die elemente van 'n gemeenregtelike misdaad, moet die hof die omskrywing van daardie betrokke element streng vertolk. Soms gebeur dit dat dit vir 'n hof glad nie duidelik is of sekere soorte gedrag volgens ons ou gemeenregtelike bronne wel onder 'n sekere erkende gemeenregtelike misdaad tuisgebring kan word nie. (Daar is dikwels 'n verskil van mening onder ons gemeenregtelike skrywers.) 'n Konsekwente toepassing van die legaliteitsbeginsel bring mee dat 'n hof in sodanige gevalle moet aanneem dat die gedrag nie onder die omskrywing van die betrokke misdaad tuisgebring mag word nie. Dit is beter om dit aan die wetgewer oor te laat om, indien hy wil, te bepaal dat dié besondere soort gedrag wel neerkom op die pleging van die besondere misdaad (of op die pleging van 'n nuwe wetteregtelike misdaad).

Twee goeie voorbeelde van die toepassing van hierdie beginsel is die uitsprake in *R v Sibiya* 1955 4 SA 247 (A) en *S v Von Molendorff* 1987 1 SA 135 (T). In die *Sibiya*-saak het die appèlafdeling beslis dat weens die twyfel wat daar bestaan het oor die vraag of ons gemeenregtelike bronne die blote tydelike gebruik van 'n ander se saak (*furtum usus*) ook as diefstal beskou het, sodanige gedrag geag moet word nie diefstal te wees nie. Die *Von Molendorff*-beslissing het gehandel oor die vraag of die voordeel wat by afpersing verkry moet word van 'n vermoënsregtelike aard moet wees. Weens die onsekerheid in die gemeenregtelike bronne het regter Ackermann beslis dat die bronne beperkend uitgelê moet word sodat slegs die verkryging van 'n vermoënsregtelike voordeel tot aanspreeklikheid weens afpersing kan lei. Die regter het sy slotsom gegrond op onder meer 'n uitdruklike beroep op die legaliteitsbeginsel. (Dié beslissing moet egter saamgelees word met *Ex parte Minister van Justisie: in re S v J en S v Von Molendorff* 1989 4 SA 1028 (A) waarin die appèlafdeling tot dieselfde slotsom as dié van Ackermann R geraak het ofskoon die appèlafdeling sy uitspraak nie op die legaliteitsbeginsel gegrond het nie.)

Uit bogemelde bespreking van beslissings oor diefstal en afpersing moet nie afgelei word dat sodra 'n hof te doen het met 'n aanklag van 'n gemeenregtelike misdaad gekoppel met 'n stel feite wat nie baie duidelik in die gemeenregtelike bronne bespreek word as 'n voorbeeld van 'n manier waarop daardie besondere misdaad gepleeg kan word nie, 'n hof die beskuldigde onskuldig moet bevind nie. Die legaliteitsbeginsel beteken nie dat 'n hof so moet vasklou aan die letter van die ou bronne dat die gemeenregtelike misdade naderhand nie meer 'n sinvolle rol kan speel in ons moderne samelewing nie – 'n samelewing wat in vele opsigte ingrypend verskil van die samelewing van eeue gelede toe ons gemeenregtelike skrywers nog geleef het.

Die Suid-Afrikaanse howe was wel al bereid om sekere gedrag te beskou as voorbeelde van die pleging van gemeenregtelike misdade ten spyte van die feit dat sodanige gedrag nie in die gemeenregtelike bronne as voorbeelde genoem

word nie. 'n Bekende voorbeeld in hierdie verband is die howe se verruiming van die toepassingsgebied van diefstal deur in sekere gevalle van die diefstal van geld af te wyk van die reël van die gemenerereg dat slegs stoflike roerende goedere gesteel kan word, en diefstal van 'n bloot "abstrakte som geld" of "krediet" (wat in baie gevalle tegnies gesproke bestaan bloot uit 'n vorderingsreg wat iemand teen 'n bank het) as 'n vorm van diefstal te erken (*S v Kotze* 1965 1 SA 118 (A); *S v Verwey* 1968 4 SA 682 (A) 687). Nog 'n voorbeeld waar die hof bereid was om die toepassingsgebied van 'n gemeenregtelike misdaad te verruim, is *S v Burger* 1975 2 SA 601 (K). In die saak is beslis dat die misdaad verdeling of belemmering van die regspleging gepleeg word ook deur die aflê van 'n valse verklaring aan die polisie, ofskoon daar in die gemeenregtelike bronne nie voorbeelde van die pleeg van die misdaad op hierdie manier is nie.

Een moontlike hulpmiddel om vas te stel of 'n hof bereid sou wees om die toepassingsgebied van 'n gemeenregtelike misdaad "aan te pas" of "uit te brei", is om te kyk of 'n mens te doen het met situasies of verskynsels wat eie is aan ons moderne samelewing en dus onbekend was in die samelewing van eeue gelede. 'n Mens dink hier aan byvoorbeeld die moderne tegnieke soos elektroniese rekenaars wat gebruik word vir kredietoorplasing (dit kom ter sprake by die diefstal van geld), en 'n moderne georganiseerde polisiemag met al sy funksies (wat weer ter sprake gekom het in die *Burger*-saak *supra*). Dit wil voorkom of 'n hof in 'n geval waar hierdie faktore aanwesig is, wel bereid sou wees om die bepaling van die gemenerereg breed te vervolk of as't ware te "buig" om te voldoen aan moderne behoeftes. Waar 'n mens egter te doen het met situasies wat net sowel eeue gelede kon plaasgevind het, soos gebruiksaanmatiging (vgl die *Sibiya*-saak *supra*) of die uitoefening van druk om 'n nie-vermoënsregtelike voordeel te verkry (vgl die *Von Molendorff*-saak *supra*), wil dit voorkom of die howe (tereg) ongeneë is om die misdaad se toepassingsgebied uit te brei.

8 Die *nulla poena*-beginsel

Wat die vyfde beginsel hierbo geformuleer (dws die *nulla poena*-beginsel) betref, impliseer die legaliteitsbeginsel na my mening nie dat die wetgewer vooraf moet bepaal presies watter straf in watter omstandighede opgelê moet word nie, want dit sou 'n hof se diskresie om 'n wye reeks faktore met betrekking tot die beskuldigde, die misdaad en die belange van die samelewing in ag te neem, te veel aan bande lê. Om dieselfde rede is dit ook nie wenslik dat die wetgewer minimumstrawwe voorskryf nie.

9 Miskenning van beginsel

Suid-Afrikaanse skrywers het reeds gewys op enkele aspekte van ons reg wat neerkom op 'n miskenning van die legaliteitsbeginsel, soos die vryheid wat die Suid-Afrikaanse parlement het om misdade met terugwerkende krag te skep, vae omskrywings van wetteregtelike misdade en die bereidheid van die howe in sekere gevalle om te aanvaar dat die wetgewer 'n misdaad geskep het terwyl daar allermens sekerheid daarvoor was of die wetgewer werklik bedoel het om dit te doen. Al hierdie bekende punte van kritiek teen die toepassing van die beginsel in ons reg sal nie weer herhaal word nie. Om hierdie bespreking af te sluit, word die aandag slegs kortliks gevestig op twee verdere aspekte van ons reg wat na my mening nie met 'n konsekwente handhawing van die legaliteitsbeginsel versoen kan word nie.

Eerstens moet daarop gewys word dat nadat iemand aan die pleeg van 'n gemeenregtelike misdaad skuldig bevind is, die Suid-Afrikaanse howe 'n byna onbegrensde diskresie met betrekking tot strafoplegging het. Die legaliteitsbeginsel sou beter tot sy reg gekom het as ons howe gebonde was aan wetterereglike maksimumperke vir eerste en latere skuldigbevindings onderskeidelik. Wat verder verontrustend is, is dat daar geen perke is op die maksimumstraf wat 'n Suid-Afrikaanse hof mag oplê na 'n skuldigbevinding aan poging, sameswering of uitlokking om 'n gemeenregtelike misdaad te pleeg, of na 'n skuldigbevinding aan begunstiging ten opsigte van die pleeg van 'n misdaad nie. Die gedrag van mense wat hierdie vorme van misdaad pleeg, is geringer (minder ernstig) as dié van mense wat die stammisdaad pleeg, en dit kom as geen verrassing nie om in byvoorbeeld Vastelandse strafkodes te lees dat 'n afsonderlike maksimumstraf voorgeskryf word vir poging om 'n misdaad te pleeg en dat dié straf deurgaans laer as vir die pleging van die voltooide misdaad is. As 'n Suid-Afrikaanse hof iemand weens gebrek aan getuienis nie aan die voltooide misdaad skuldig kan bevind nie maar wel aan byvoorbeeld poging of begunstiging, is daar geen wetterereglike bepaling wat die hof verplig om 'n straf op te lê wat duidelik verskil van die straf vir die voltooide misdaad nie. Dit is verontrustend om soms te hoor van strawwe wat vir byvoorbeeld poging en begunstiging opgelê word wat *hoër* is as strawwe wat gewoonlik vir die voltooide misdaad opgelê word.

Tweedens en laastens moet gewys word op die soort bepaling wat soms in 'n wet verskyn wat lui dat geen vervolging vir die pleeg van 'n sekere misdaad ingestel mag word nie tensy die prokureur-generaal die vervolging skriftelik gemagtig het (sien bv a 64 van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982). Dit is wel so dat hierdie soort bepaling die prokureur-generaal in staat stel om te voorkom dat blote tegniese of minder ernstige gevalle van oortredings van die tersaaklike strafbepalings voor die howe dien, en daar kan na my mening ook aanvaar word dat die prokureurs-generaal tot dusver hulle diskresie *bona fide* en op 'n verantwoordelike wyse uitgeoefen het. Tog is dit moeilik om hierdie soort bepaling te versoen met die legaliteitsbeginsel, en wel om die volgende rede: een van die belangrikste doeleindes van die legaliteitsbeginsel is om te verhoed dat (soos gebeur het in die tydperk voor die Franse rewolusie) 'n beskuldigde se verhoor en skuldigbevinding afhanklik gestel word van die besluite van 'n amptenaar. Dit is die *hof* se taak om op grond van streng juridiese oorwegings hierdie rol te vervul. Hierdie soort bepaling neem die besluit *pro parte* uit die hande van 'n hof en plaas dit in die hande van 'n persoon of instansie wat nie deel van die regsprekende gesag vorm nie. Verder maak hierdie soort bepaling dit moeilik vir 'n onderdaan om vooraf te weet of sy gedrag binne of buite die wet val want dit is nie altyd maklik om vooraf te voorspel wat die prokureur-generaal se oordeel in 'n bepaalde geval sal wees nie.

CR SNYMAN

Universiteit van Suid-Afrika

LOBOLA VAN EEN VROU DEUR 'N ANDER (VROUE-HUWELIKE)

1 Inleiding

Die gebruik dat een vrou met 'n ander vrou trou, is 'n verskynsel wat redelik algemeen in Afrika-gemeenskappe aangetref word. Ongelukkig is dit 'n aangeleentheid wat nog nie na behore ondersoek is nie en gevolglik ook nie behoorlik verstaan word nie. So 'n huwelik word nie op 'n homoseksuele basis funder nie maar aangegaan juis met die doel om 'n erfgenaam vir 'n seunlose huis daar te stel. Die doel van hierdie ondersoek is om die algemene beginsels wat hierdie huweliksvorm ten grondslag lê, te ondersoek.

2 Ontstaan van die gebruik

By intestate erfopvolging kan 'n vrou as erfopvolger intree indien daar geen (bevoegde) mans is om op te volg nie. So 'n vrou oefen die maritale mag oor die vroue in haar kraal uit omdat sy as hulle kraalhoof bestempel word (Harries *The laws and customs of the Bapedi and Cognate tribes in Transvaal* (1929) 45). Sy volg in die kraaleiendom asook in die huisvermoë op en kan die vermoë aanwend om 'n vrou te lobola. Daar kom dus 'n huwelik tussen die twee vroue tot stand want soos Krige tereg aantoon "*Lobola is marriage*" (Schapera (red) *The Bantu-speaking tribes of South Africa* (1962) 113). Die vrou word deur die kraalhoof aan 'n man toegewys wat 'n erfgenaam namens die seunlose huis moet verwek. Die kinders wat uit so 'n verhouding gebore word, word as die kinders van die kraalhoof bestempel en die verwekker self het geen seggenskap oor hulle nie (Harries 45). Daar rus egter geen verpligting op die kraalhoof om kinders vir ander kinderlose huise (indien daar meerdere sodanige huise is) te laat verwek nie.

Krige ("Woman-marriage, with special reference to the Lobedu - it's significance for the definition of marriage" 1974 *Africa* 11 13 ev) sê met verwysing na die Nuer van Wes-Afrika dat daar drie vorme vroue-huwelike voorkom:

- (a) 'n Onvrugbare Nuer-vrou word in verskeie opsigte as 'n man bestempel. Sy kan selfs soos 'n seun van haar vader erf. So 'n onvrugbare vrou kan met 'n ander vrou 'n sogenaamde "ghost-marriage" aangaan. Die doel van die huwelik is om in die naam van 'n oorlede manlike verwant wat sonder manlike afstammeling gesterf het, kinders te verwek.
- (b) 'n Onvrugbare vrou kan uit die vermoë wat sy self bymekaar gemaak het in eie naam met 'n ander vrou trou. Die kinders wat gebore word, word beskou as kinders van die linie van die onvrugbare vrou se vader.
- (c) 'n Kinderlose weduwee kan ook met 'n vrou trou sodat die vrou kinders in die naam van die weduwee se oorlede man kan baar (vgl in hierdie verband *Magadla v Gcwabi* 1940 NAC (C&O) 69 70 vir 'n soortgelyke gebruik by die Basoeto). In so geval word die vrou aan 'n manlike vriend of verwant toegewys wat dan kinders by haar moet verwek. Hierdie kinders word as die weduwee se eie kinders bestempel en niemand mag haar regte ten opsigte van hulle betwis

nie (Ellenberger en Macgregor *History of the Basuto ancient and modern* (1912) 277). Interessant is dat Ellenberger en Macgregor sê dat benewens die gebruikelike verbinding

“there are other forms of marriage which are less pleasing to those who have the moral welfare of the people at heart” (277).

3 Omstandighede waaronder vroue-huwelike by die Lobedu voorkom

(a) *Die reg van 'n vrou tot 'n dogter uit 'n huis wat tot stand gekom het deur die lobolo vir haar ontvang* Wanneer 'n vrou ouer word, is sy geregtig op die dienste van 'n dogter. Sy is gewoonlik 'n dogter uit die huis wat tot stand gekom het uit die lobolo wat vir die vrou ontvang is. As die vrou 'n seun het, word die dogter aan die seun as vrou gegee. Indien die vrou geen seun het nie of haar seun weier om met die dogter te trou, trou die vrou self met die dogter deur die betaling van die nodige lobolo (Krige 17).

(b) *Die verwekking van 'n erfgenaam om 'n politieke posisie te beklee* 'n Vroue-huwelik deur 'n vroue-hoofman om 'n opvolger te verwek, verskil van 'n gewone vroue-huwelik. In hierdie geval woon die bruid gewoonlik in die kraal van die vroue-eggenoot tensy omstandighede dit verhoed. Wanneer 'n hoofman sonder 'n seun in die hoofhuis te sterwe kom, sal die oudste dogter in die hoofhuis bo 'n seun in 'n ander huis as hoofman aangewys word. Sy regeer tot haar dood. Haar seun mag haar egter nie as hoofman opvolg nie omdat hy nie aan haar linie behoort nie maar aan dié van sy vader. Ten einde 'n opvolger daar te stel, kan die vrou met die vermoë van die hoofhuis wat aan haar toegeken is 'n eggenote lobola. Kinders uit die verbinding gebore behoort wel aan die vrou se linie en kan haar as hoofman opvolg (Krige 18 gee hierdie uiteensetting spesifiek met verwysing na die Lobedu). Die doel van hierdie verbinding is om 'n opvolger te verwek wanneer daar geen seuns wat kan opvolg in 'n bepaalde huis is nie.

(c) *Vroue-huwelik as belegging van vermoë deur 'n vrou verdien* Volgens Krige (19) kan vroue (bv toordokters) wat oor 'n vermoë beskik wat hulle self verdien het, meerdere vroue lobola. Hierdie vroue behoort dan tot die huis wat deur die “eggenoot” se huwelik met 'n man tot stand gekom het.

(d) *Vererwing van 'n eggenote aan 'n vrou* Krige (19) sê dat 'n dogter vroue van haar vader kan erf op dieselfde wyse as wat hierdie vroue aan 'n manlike erfopvolger (indien daar een was) sou vererf het. 'n Vrou kan ook, as haar ouers oorlede is en daar geen broer is nie, die dogter wat vir 'n moontlike broer opsy gesit is, erf (*idem* 20).

(e) *Reëlings in geval van 'n onvrugbare vrou* Wanneer 'n getroude vrou onvrugbaar is, kan sy met die vermoë wat deur haarself verdien is, 'n vrou lobola. Hierdie vrou word dan aan haar man gegee sodat sy namens die onvrugbare vrou kinders kan baar. Krige (20) sê dat hierdie gebruik om kinders namens 'n onvrugbare vrou voort te bring nie 'n vroue-huwelik in die ware sin van die woord is nie.

(f) *Die koningin se vrou* Die heerser by die Lobedu is 'n vrou wat as die koningin bekend staan. Lobedu-vroue verkry volle beheer oor die vermoë wat hulle na huweliksluiting verkry. Hierdie vermoë setel in die huis van die vrou en word na haar afsterwe deur haar seun geërf. Indien 'n hoofman geen seun het nie kan sy oudste dogter hom as hoofman opvolg; in sodanige geval word sy dan die koningin (Krige 16 ev). Dit gebeur soms dat 'n dogter aan die koningin

gegee word in ruil vir 'n bepaalde persoonlike of politieke guns. 'n Huwelik kom so tot stand tensy die koningin die dogter aan iemand anders in huwelik gee. Die koningin is dan later geregtig op 'n dogter wat uit daardie huwelik gebore word. Indien die koningin self met die dogter sou trou, sal 'n koninklike verwant kinders by die dogter verwek, welke kinders as die koningin se kinders bestempel word (Krige 21).

4 Voorkoms onder die Venda

Vroue-huwelike word vandag nog ook onder die Venda aangetref (Krige 25; Cloete *Die geslagsonregmatighede en judisiële stelsel van die Vhavenda van Dzanani* (LLD-proefskrif 1980 PU vir CHO) 330 ev; Van Warmelo en Phophi *Department of Native Affairs ethnological publications no 23 Venda Law Part 4 Inheritance* (1949) par 2005 ev). Omdat die Venda, anders as die Lobedu, deur manlike regeerders regeer word, word vroue-huwelike nie vir politieke doeleindes aangewend nie. Vroue-huwelike by die Venda word met die beheer en kontrole van vermoëns geassosieer. Enige vrou wat oor 'n vermoë beskik, kan 'n vrou lobola (Krige 25; Van Warmelo en Phophi *Department of Native Affairs ethnological publications no 23 Venda law part 2 Married life* (1948) par 1005). 'n Tweede rede waarom vroue-huwelike by die Venda aangetref word, is om 'n manlike erfopvolger te verseker. 'n Dogter uit 'n seunlose hoofhuis kan 'n vrou lobola ten einde te verseker dat daar wel 'n opvolger vir die hoofhuis gebore word. Indien 'n vrou self nie 'n seun het nie kan sy van haar eie vermoë neem en dit aan haar oudste dogter gee om 'n vrou te lobola. Op hierdie wyse word 'n erfgenaam vir die seunlose huis verseker (Cloete 332; Harries 45; Van Warmelo en Phophi deel 2 par 1010). Dieselfde oorwegings geld waar 'n weduwee nie seuns gehad het nie. Deel van die nalatenskap word aan die oudste dogter van die weduwee gegee om 'n vrou te lobola. Die eerste seun wat uit hierdie verhouding gebore word, is dan die opvolger van die oorledene. Op hierdie wyse kan selfs meerdere vroue lobola word totdat daar 'n manlike opvolger vir die oorledene gebore word (Van Warmelo en Phophi deel 4 par 2006). Voorgaande dui dus op 'n erfgenaam vir die huis waaraan die oudste dogter behoort. Haar eie vermoë wat sy versamel het, word deur haar jongste seun geërf (Van Warmelo en Phophi deel 2 par 1017).

Van Warmelo en Phophi (deel 2 par 905 ev) verwys na die geval waar 'n bepaalde huis net dogters het. Die vader laat al die dogters toe om te trou en gee dan die lobolo wat vir een van die dogters ontvang is aan die oudste dogter om vir haarself 'n vrou te lobola. Die oudste dogter wys dan 'n man aan om met haar "eggenote" saam te woon. As daar 'n seun uit hierdie verhouding gebore word, is hy die opvolger in die seunlose huis. Die man wat aan die "eggenote" toegewys word, is normaalweg die seun van die "eggenoot". In die afwesigheid van so 'n seun word die vrou aan 'n manlike verwant van die eggenoot toegewys en as daar nie so 'n verwant is nie, aan 'n buitestaander met wie die "eggenoot" op goeie voet verkeer (Van Warmelo en Phophi deel 2 par 1006; vgl ook Harries 45 tov die Bapedi).

Die vader kan ook die vrou wat op hierdie wyse lobola is as sy eie vrou in die seunlose huis aanhou. Alternatief kan hy die vrou aan een van sy seuns in sy ander huise toewys. In laasgenoemde geval is die vrou steeds verplig om in die seunlose huis te woon. Interessant is dat Van Warmelo en Phophi (deel 2 par 906) aandui dat die eggenote wat so deur die oudste dogter gelobola is as

“vrou” van die vader bekend staan indien sy saam met hom woon en as “skoon-dogter” indien sy aan een van die vader se seuns toegewys is.

’n Verdere verskyningsvorm kom voor waar die vader lobolo aan ’n dogter verskaf of waar hy ’n vermoë aan sy dogter nalaat. Wanneer die vader te sterwe kom en die dogter bang is dat haar verwante die vermoë (beeste) op oneerlike wyse kan bekom, mag sy die vee by haar oom aan moederskant uitplaas. Die vee word selde aan die dogter terugbesorg en teel gevolglik aan op die plek waar dit uitgeplaas is. Dit gebeur dikwels dat die oom die vee as lobolo vir ’n dogter van hom neem, welke dogter dan die eggenote van die erfgenaam-dogter word. Volgens Van Warmelo en Phophi (deel 2 par 1011) bly die “eggenote” in haar moeder se huis waar haar oudste halfbroer aangewys word om by haar kinders te verwek. Sy bly egter onder die beheer van haar vroue-eggenoot en baar kinders vir haar.

5 Voorkoms by die Zulu

Vroue-huwelike onder die Zulu is seldsaam en word aangetref om in die afwesigheid van ’n erfgenaam, ’n erfgenaam vir ’n vermoë daar te stel. Wanneer ’n vroue-waarseêr ’n groot vermoë versamel het en in staat is om ’n groot kraal aan te lê, kan sy ook meerdere vrouens lobola (Krige 26).

6 Aanwysing van ’n bevoegde verwekker

Die persoon wat normaalweg deur die vroue-eggenoot aan haar eggenote toegewys word om kinders te verwek, is ’n manlike verwant aan die kant van die huis waaruit die “eggenoot” afkomstig is. Wanneer ’n huis geen seuns het nie en die vader aan sy oudste dogter lobolo voorsien het, kan hy self by die nuwe eggenote kinders verwek of een van sy seuns in sy ander huise kan aan die meisie toegewys word (Van Warmelo en Phophi deel 2 par 906). In die geval waar die meisie uit haar eie vermoë lobolo voorsien het, kan sy ook die vrou aan haar halfbroer toewys. In die afwesigheid van ’n broer kan ’n goeie vriend van die “eggenoot” as saadverwekker aangewys word (Cloete 332; Harries 45).

Krige (23) sê met verwysing na die Lobedu dat die saadverwekker nie in die kraal van die vrou bly nie en dat hy slegs van tyd tot tyd daar besoek aflê. Hy staan ook nie as die biologiese vader van die kinders wat hy verwek het bekend nie. Cloete (331) sê met verwysing na die Venda dat die “eggenoot” (vroue-eggenoot) in alle opsigte as die vader van die kinders beskou word asof sy ’n man is wat hulle self verwek het.

7 Samevatting en gevolgtrekking

In die Nuer-samelewing kan slegs onvrugbare vroue ’n vermoë bekom. Wat die vererwing van die vermoë betref, word hulle soos mans behandel en kan gevolglik ook as erfopvolger optree. Hulle kan self beheer oor hulle vermoë uitoeffen en dit aanwend om eggenotes te lobola. By ander volkere is dit nie noodwendig net onvrugbare vroue wat eggenotes lobola nie (Krige 29). ’n Getroude vrou het ’n tweeledige doel: Eerstens word van haar verwag om ’n manlike opvolger daar te stel en om kinders groot te maak. Tweedens is dit ook die taak van ’n getroude vrou om ’n manlike opvolger vir die huis waaruit sy afkomstig is, te baar indien daar geen broers is wat kan opvolg nie. Dit kan sy onder andere doen deur ’n vroue-huwelik aan te gaan (Krige 19).

Die omstandighede waarin 'n vroue-huwelik gesluit word, kan soos volg saamgevat word:

- (a) 'n Vrou met 'n vermoë trou met 'n ander vrou om sodoende beheer oor hulle kinders te verkry;
- (b) sy trou met 'n ander vrou om in die geval waar sy geen broers het nie, 'n erfgenaam vir haar vader se huis daar te stel;
- (c) 'n vrou met 'n vermoë trou met 'n ander vrou om in arbeidsbehoefes te voorsien en om 'n onafhanklike kraal te stig; en
- (d) 'n vroue-huwelik kom ook tot stand wanneer 'n dogter 'n vrou van haar vader erf of soos by die Venda, as geskenk van haar moeder ontvang (Krige 29).

Krige (34) som die situasie ten opsigte van die Lobedu soos volg op:

"Marriage, therefore, among the Lobedu is much more than the union between a man and a woman. It is a joint enterprise for securing descendents for the continuation of a 'house'; it involves a number of key individuals of more than one family, each of whom has an interest in it; more than one of the key individuals in the 'house' of the husband can, in certain circumstances, take the initiative and marry a girl; and, although the service of a male is necessary for the procreation of children, not one of the constituent units in a marriage needs to be a male . . . Marriage in Africa is concerned largely with ensuring the continuation of groups, with the creation of new social units such as 'house' or compound, with the handing down of office, the conferring of status and position. Marriage is part and parcel of the whole social structure, and of the system of religious and symbolic beliefs within the society (in Africa, particularly the ancestor cult). Nor must the economic connotations of marriage, marriage as a means of gaining access to resources in labour, to the services of a woman and her children, be overlooked."

FRIK VAN HEERDEN
Universiteit van Pretoria

LITIGASIE-AANSPREEKLIKHEID IN DIE ADMIRALITEITSREG

Inleiding

Weggesteek tussen die kasuïstiek van die Wet op die Reëling van Admiraliteitsjurisdiksie 105 van 1983 (hierna die WRAJ genoem) is die volgende bepaling:

"'n Persoon wat 'n buitensporige eis instel of buitensporige sekuriteit vereis of sonder gegronde rede die inbeslagneming van goed of 'n bevel van die hof verkry, is teenoor enige persoon wat as gevolg daarvan verlies of skade ly vir die verlies of skade aanspreeklik" (sien a 5(4)).

Buitensporige eise in die gewone loop van hofverrigtinge kan altyd deur middel van spesiale kostebevele, selfs teen die suksesvolle party, ontmoedig word. 'n Kostebevel kan gebruik word om enige onreg wat uit buitensporige eise voortvloei, reg te stel (sien Cilliers *Law of costs* 2e uitg 32 ev par 3 en die gewysdes daar aangehaal; Herbstein en Van Winsen *The civil practice of the superior courts in South Africa* 3e uitg 481 ev). Deur 'n kostebevel word 'n party se koste wat deur litigasie veroorsaak word, vergoed volgens wat die hof as redelik beskou. Dit is egter geen deliktuele vergoeding nie (sien *Mediterranean Shipping Co v Speedwell Shipping Co* (no 2) 1989 1 SA 164 (D) 170). Die admiraliteitsreg toon

egter sy andersheid deur bogenoemde bepaling. Ek het reeds daarop gewys dat hierdie bepaling 'n afsonderlike skuldoorsaak daarstel wat die instel van 'n afsonderlike aksie, of natuurlik 'n eis in rekening, noodwendig maak (sien Booysen "South Africa's new Admiralty Act: a maritime disaster?" 1984 *MB* 82). Hierdie standpunt is deur die appèlafdeling bevestig (*Inter Maritime Management SA v Companhia Portuguesa de Transportes Maritimos EP* 1990 4 SA 850 (A); sien ook *Mediterranean Shipping Co v Speedwell Shipping Co Ltd (no 1)* 1986 4 SA 329 (D) 332). 'n Mens het dus nie met 'n soort kostebevel te doen nie ten spyte van die feit dat die bepaling voorkom in 'n artikel wat handel met die bevoegdheid van 'n hof wat 'n (ander) maritieme eis bereg. Artikel 5(4) word deur die hof gehanteer as 'n bepaling wat 'n delik daarstel (sien *Mediterranean Shipping Co v Speedwell Shipping Co (no 2) supra* 165 ev).

Alhoewel hierdie eis om skadevergoeding nie uitdruklik in die WRAJ as een van die vele maritieme eise genoem word nie, kan daar wel 'n saak uitgemaak word dat dit as sodanig geklassifiseer kan word. Artikel 1(1)(y) (in die Engelse teks a 1(1) (ii) (y) – die admiraliteitsreg toon ook in hierdie opsig sy andersheid: Engelse en Afrikaanse bepalings word verskillend genommer) omskryf ook 'n maritieme eis as enige eis wat voortspruit uit enige van die ander eise met inbegrip van die beslaglegging op goed om jurisdiksie te vestig en die stel van sekerheid. Hiervolgens kan die eis vir skadevergoeding weens die litigasie van die ander party wel as 'n maritieme eis beskou word.

Indien 'n mens wel hier met 'n maritieme eis te doen het, ontstaan die vraag of so 'n eis ook soos al die ander maritieme eise territoriaal ongebonde is: dat dit met ander woorde nie saak maak waar die eis ontstaan het nie (sien a 2(1) van die WRAJ). Volgens die bewoording van artikel 5(4) is dit duidelik dat hierdie maritieme eis slegs in 'n Suid-Afrikaanse hof kan ontstaan. Dit spruit voort uit verrigtinge in 'n Suid-Afrikaanse hof en daar kan dus geen sprake wees dat verrigtinge wat in ander lande se hof ingestel is, aanleiding tot hierdie eis kan gee nie (sien ook Shaw *Admiralty jurisdiction and practice in South Africa* (1987) 62; *Mediterranean Shipping Co v Speedwell Shipping Co (no 1) supra* 337).

Die verdere vraag is natuurlik watter reg as die gemenerereg van sodanige eis gesien moet word. Die WRAJ se bepalings behoort teen die agtergrond van hierdie gemenerereg uitgelê te word. Die vasstelling van die gemenerereg van 'n bepaalde eis is belangrik weens die dubbelslagtigheid van die toepaslike regstelsels wat die WRAJ ingevoer het: Engelse reg ten opsigte van eise waarvoor die koloniale admiraliteitshowe jurisdiksie gehad het, en die Romeins-Hollandse reg ten opsigte van alle ander eise (sien a 6).

In die eerste *Mediterranean Shipping Co v Speedwell Shipping Co (no 1)*-saak *supra* 334 word gesê:

"Section 5(4) . . . has no equivalent in any other South African legislation nor . . . in any legislation anywhere else in the world."

Om die toepaslike regstelsel te bepaal, moet die vraag beantwoord word of die koloniale admiraliteitshowe oor sodanige eise jurisdiksie gehad het, 'n vraag waarvoor die hof nie uitdruklik beslis het nie. Die hof het blykbaar aanvaar dat die Romeins-Hollandse reg van toepassing is omdat dit na Romeins-Hollandse bronne gaan kyk het – al was dit dan ook net oor die vraag of dit jurisdiksie gehad het. In die tweede *Mediterranean*-saak *supra* 166 het die hof uitdruklik beslis dat dit by die uitleg van die artikel nie nodig is om Engelse reg toe te pas

nie omdat ons gemenerereg volgens artikel 6(1)(b) van die WRAJ toepassing vind. In *Inter Maritime SA v Companhia Portuguesa de Transportes EP supra* het die appèlafdeling nagelaat om uitdruklik te beslis welke regstelsel as agtergrond moet dien by die uitleg van artikel 5(4) maar wel Engelse gewysdes gebruik om sekere terme van die bepaling uit te lê.

Shaw 62 lê wel die artikel in die lig van die Suid-Afrikaanse reg uit alhoewel hy uitwys dat die Engelse admiraliteitshof die bevoegdheid gehad het om skadevergoeding toe te staan vir die kwaadwillige arrestasie van 'n skip. By die deurlees van die Engelse sake (sien "*The Cheshire Witch*" (1864) BR & L 362; "*The Nautilus*" (1856) SWAB 105; *The "Gloria de Maria"* (1856) SWAB 106; *The Evangelismos* (1858) SWAB 378, (1858) XII Moore 352; *The "Strathnaver"* (1875) 1 App Cas 58) waarvan een 'n appèl van die vise-admiraliteitshof van Nieu-Seeland was (sien *The "Strathnaver"*-saak *supra*), blyk dit duidelik dat die Engelse admiraliteitshowe (en dus ook ons koloniale admiraliteitshowe aangesien hulle in 1890 dieselfde bevoegdheid as die Engelse admiraliteitshof gehad het - artikel 2(2) van die Colonial Courts of Admiralty Act 1890, 53 & 54 Vict C 27) wel die bevoegdheid gehad het om skadevergoeding vir die kwaadwillige arrestasie van 'n skip toe te staan. Maar die aksie om skadevergoeding was beperk tot skade voortvloeiend uit die arrestasie van 'n skip en ook tot die kwaadwillige arrestasie of tot growwe nalatige arrestasie wat die afleiding van kwaadwilligheid regverdig (sien veral *The "Evangelismos" supra* en *The "Strathnaver" supra* 67). Die aksie waarvoor in artikel 5(4) van die WRAJ voorsiening gemaak word, omvat ooglopend heelwat meer as bloot die kwaadwillige arrestasie van 'n skip. Alhoewel dit die beslaglegging van 'n skip insluit, is kwaadwilligheid geen vereiste nie. Die artikel bevat dus aangeleenthede waarvoor die koloniale admiraliteitshowe geen jurisdiksie sou gehad het nie en die Romeins-Hollandse reg behoort dus op die uitleg daarvan van toepassing te wees. 'n Mens sou natuurlik kon beweer dat die Engelse reg wel van toepassing is op die enkele geval waar die kwaadwillige beslaglegging van 'n skip beweer word omdat so 'n geval ook onder die bepalings van artikel 5(4) ingebring kan word. Ek het al vantevore standpunt ingeneem teen die splitsing van nuwe en wyer eise wat deur die WRAJ geskep is en wat die gevolg sou hê dat die Engelse reg op een deel van die eis en die Romeins-Hollandse reg op 'n ander deel van toepassing sou wees; my mening is dat indien 'n eis onder die WRAJ wyer is as wat die geval onder die koloniale admiraliteitsjurisdiksie was, die Romeins-Hollandse reg op sodanige eis as geheel van toepassing is (Booyesen 83 ev). Die gevolg van so 'n standpunt sou wees dat die Romeins-Hollandse reg op alle eise in gevolge artikel 5(4) van toepassing is.

'n Analise van die bepaling

By gebrek aan 'n beter naam, kan gesê word dat die aanspreeklikheid waarvoor artikel 5(4) voorsiening maak, voortvloei uit 'n litigasie-delik omdat die skuld-oorsaak van hierdie aanspreeklikheid voortspruit uit die litigasie van 'n ander persoon. Die artikel kan in vier delikte verdeel word.

(a) Die instel van 'n buitensporige eis

Volgens artikel 5(4) is 'n persoon wat 'n buitensporige eis instel teenoor enige persoon wat as gevolg daarvan verlies of skade ly, vir die verlies of skade aanspreeklik.

Die persoon wat 'n maritieme eis instel, is gewoonlik nie die eiser in 'n maritieme geding nie maar die regsverteenwoordigers van die eiser. Daar kan aanvaar word dat die WRAJ bereken is om die eiser wat 'n buitensporige eis instel, aanspreeklik te stel en dit word ook so deur die hof verstaan (sien bv *Inter Maritime SA v Companhia Portuguesa de Transportes EP supra*). Die probleem is egter dat hier met deliktuele aanspreeklikheid te doen gekry word waarvan die dader heel dikwels 'n buitelandse maatskappy is wat sy aanspreeklikheid direk uit die optredes van sy regsverteenwoordigers opdoen. Uiteraard moet hierdie artikel 'n verhoogde verpligting op die regsverteenwoordiger van enige eiser plaas om sorg te dra dat sy kliënt nie 'n buitensporige eis instel nie en indien dit wel gebeur, behoort die verbreking van hierdie verpligting tot verhoogde aanspreeklikheid teenoor sy kliënt te lei. Die verdere vraag is of so 'n regsverteenwoordiger ingevolge die artikel ook saam met sy kliënt aanspreeklikheid opdoen vir die instel van die buitensporige eis. Die antwoord hierop sal ahang of "persoon" in artikel 5(4) ook die regsverteenwoordiger van die eiser insluit, en dit is te betwyfel. Hiervolgens sal die regsverteenwoordiger nie 'n mededader ingevolge die artikel wees nie maar dit sluit nie die moontlikheid uit nie dat die eiser, dit wil sê die dader, in bepaalde omstandighede 'n verhaalsreg teen sy regsverteenwoordiger kan hê weens die aanspreeklikheid wat hy uit die handeling en advies van sy regsverteenwoordiger opgedoen het. Aangesien die dader hierdie delik deur middel en op advies van sy regsverteenwoordiger pleeg, moet dit 'n effek op die onregmatigheid van sy optrede en sy skuld hê. Daar sal later op hierdie aspekte teruggekom word.

Volgens die hof beteken "buitensporig" dat die eis hoër is as wat die eiser redelikerwys kon verwag het om te verhaal (sien *Inter Maritime SA v Companhia Portuguesa de Transportes EP supra* 868 waar hierdie benadering van die hof *a quo* goedgekeur is). Volgens die appèlhof is hierdie 'n objektiewe toets (sien *Inter Maritime*-saak *supra* 868). Dit beteken dat "redelikerwys" nie op die skuld van die dader betrekking het nie maar op die onregmatigheid van sy optrede (sien Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1989) 29 ev): Om 'n eis in te stel, is regmatig; om 'n *buitensporige* eis in te stel, is onregmatig. 'n Mislukte eis is nie noodwendig buitensporig of onregmatig nie (sien *Inter Maritime SA v Companhia Portuguesa de Transportes EP supra* 869). Onregmatigheid word bepaal op die oomblik waarop die hof vasstel op presies watter bedrag die eiser geregtig is. Op hierdie oomblik word bepaal of die bedrag een is wat die eiser redelikerwys kon verwag het om te verhaal (sien *Inter Maritime*-saak *supra* 869). Die onregmatigheid word dus nie deur die *instel* van die eis bepaal nie maar deur die eis self. Indien dit sou gaan om die *instel* van die eis sou daar volgens die appèlhof te veel onsekerhede wees (sien *Inter Maritime*-saak *supra* 869). Die appèlhof het hierdie slotsom bereik deur hoofsaaklik na die Engelse teks van artikel 5(4) van die WRAJ te kyk wat melding maak van "any person who makes an excessive claim". Die Afrikaanse teks wat die ondertekende teks is, lê die klem op die *instel* van die eis en nie op die eis self soos die Engelse teks nie. Daar blyk dus wel 'n verskil tussen die twee tekste te wees en die Afrikaanse teks moet gevolglik die deurslag gee; 'n punt wat die appèlhof nie bespreek het nie. Die appèlhof se benadering beteken dat 'n aanvanklik ingestelde buitensporige onregmatige eis gedurende die loop van die geding van geartheid kan verander indien veranderde omstandighede dit regmatig maak en omgekeerd.

Artikel 5(4) vereis nie skuld aan die kant van die dader nie. Waarnemende appèlregter Friedman het egter in *Inter Maritime SA v Companhia Portuguesa de Transportes EP supra* 869 nalatigheid ingelees waar hy verklaar:

“A court, in deciding whether the claim was excessive, would then determine whether, applying an objective standard, the amount claimed was one which the plaintiff could reasonably have considered to be recoverable.”

Indien die eiser redelikerwys kon verwag het dat die geëisde bedrag verhaalbaar was, was hy nie nalatig nie en het hy nie ’n buitensporige eis ingestel nie. Aangesien die nalatigheidsvereiste deel is van die bepaling van die buitensporigheid van die eis, is die *onus*, soos in normale gevalle, op die persoon wat beweer dat hy skade gely het weens die eiser se eis, om buitensporigheid en dus ook nalatigheid te bewys (sien *Inter Maritime*-saak *supra* 868). Nalatigheid aan die kant van die dader word dus nie vermoed nie.

Dit is te verwelkom dat die vereiste van skuld in die bepaling ingelees word. Desnieteenstaande is dit twyfelagtig of skuld in alle omstandighede waar die bepaling van toepassing is, die vorm van “subjektiewe” verwythbaarheid kan aanneem. Eerstens, soos alreeds uitgewys is, is die dader dikwels ’n buitelandse maatskappy wat deur en op advies van sy Suid-Afrikaanse regsvertegenwoordigers optree. ’n Subjektiewe skuldtoewysing kan in sodanige gevalle moeilik aanwending vind. Tweedens, die maatstaf van voorsienbaarheid word deur die hof aangewend met verwysing na ’n geding waarin ’n verskeidenheid faktore, soos beskikbaarheid van getuïenis, ’n rol kan speel. Presies watter bedrag toegestaan gaan word, is moeilik om redelikerwys te voorsien.

“Eis” in artikel 5(4) word nie in die WRAJ gedefinieer nie. Dit is te betwyfel of enige eis deur die dader tot die delik sal aanleiding gee. Vermoedelik kan die delik slegs gepleeg word deur die instel van ’n maritieme eis ingevolge die WRAJ.

(b) Die verg van buitensporige sekuriteit

Volgens artikel 5(4) is ’n persoon wat buitensporige sekuriteit vereis, aanspreeklik teenoor enige persoon wat as gevolg daarvan verlies of skade ly.

Die verg van buitensporige sekuriteit moet as ’n ander delik as die instel van ’n buitensporige eis gesien word (sien *Inter Maritime*-saak *supra* 868). Wat hierbo oor die uitleg van die begrippe “persoon” en “buitensporig” gesê is, behoort ook vir hierdie delik te geld. Die onregmatigheid sal dus geleë wees in die onredelikheid van die sekuriteit wat gevra word, en die skuld in die feit dat die dader sekuriteit geëis het wat hy redelikerwys nie kon verwag het om te kry nie; hy het dus anders opgetree as wat die redelike litigant sou opgetree het.

Die dader moes buitensporige sekuriteit vereis het en die vraag ontstaan of hy dit ook moes verkry het. Volgens die letterlike betekenis van “vereis” (“requires” in die Engelse teks) (sien die omskrywing van die begrippe in onderskeidelik die *Verklarende handwoordeboek van die Afrikaanse taal* (1979) en *The shorter Oxford English dictionary* (1973)) gaan dit hier om die vra of eis van iets en nie oor wat ontvang is nie. Dit is dan ook die betekenis wat in *Mediterranean Shipping Co v Speedwell Shipping Co (no 1) supra* 341 aan die artikel gegee is. Indien daar dus ’n vertraging in hofverrigtinge plaasvind omdat die dader buitensporige sekuriteit vra, doen hy aanspreeklikheid op vir enige skade wat daardeur veroorsaak word. Hierdie uitleg verskil dus van die analoë geval hierbo waar die appèlhof die instel van ’n buitensporige eis uitgelê het met verwysing na die oomblik waarop die hof sy uitspraak gee.

(c) *Die ongegronde inbeslagneming van goed*

'n Persoon wat sonder gegronde rede die inbeslagneming van goed verkry, is ingevolge artikel 5(4) aanspreeklik teenoor enige persoon wat as gevolg daarvan verlies of skade ly.

Alhoewel die artikel geen beperking op sy aanwendingsgebied bevat nie, behoort dit beperk te word tot 'n persoon wat in admiraliteitsverrigtinge ingevolge die WRAJ goedere in beslag neem. Die betekenis van die woorde "sonder gegronde rede" is sekerlik vir huidige doeleindes die belangrikste. In die eerste *Mediterranean Shipping*-saak *supra* 337 ev het regter Van Heerden die idee verwerp dat hierdie woorde "without reasonable and probable cause" beteken. Die woorde het volgens hom 'n wyer betekenis. "Sonder gegronde rede" sal volgens hom wel aanwesig wees indien 'n persoon op 'n skip laat beslag lê sonder die bedoeling om met die eis in die Suid-Afrikaanse hof voort te gaan (sien *Mediterranean Shipping (no 1)*-saak *supra* 340). Sy uitleg van "gegronde rede" is gebaseer op die aanname dat 'n persoon nie 'n reg het om die hof se admiraliteitsjurisdiksie te gebruik veral waar beide partye *peregrini* van die Republiek is nie. 'n Hof het dus 'n diskresie om 'n party te hulp te kom. "Gegronde rede" het gevolglik te doen met die rede waarom 'n persoon hierdie jurisdiksie wil aanwend. Hierdie aanname moet egter volgens die appèlhof as foutief beskou word (sien *Cargo Laden on Board the MV Thalassini AVGI v MV Dimitris* 1989 3 SA 820 (A) 833) en daar moet aanvaar word dat 'n persoon 'n reg het op die hof se jurisdiksie. "Gegronde rede" moet dus iets anders beteken as redes waarom die hof se jurisdiksie ingeroep word.

Die presiese betekenis van "sonder gegronde rede" word nog meer problematies indien in gedagte gehou word dat die appèlhof die gronde neergelê het waarop die inbeslagneming van goedere deur middel van die WRAJ kan geskied. Sodanige gronde is dat die hof oortuig moet word dat die aansoeker 'n eis teen die bepaalde skip het; dat hy 'n *prima facie* saak ten opsigte van sodanige eis het; en dat hy werklike en redelike behoefte aan sekuriteit ten opsigte van sodanige eis het (*Cargo Laden*-saak *supra* 830 ev; sien ook *Mediterranean Shipping Co v Speedwell Shipping Co (no 1)* *supra* 336 ev). Dat die aansoeker 'n *prima facie* saak moet hê alvorens hy beslaglegging van goedere kan verkry, geld ook in die geval van beslaglegging *ad fundandam jurisdictionem* (*Cargo Laden on Board the MV Thalassini AVGI v MV Dimitris* *supra* 831 ev). Beslaglegging kan beswaarlik sonder gronde verkry word. Aansoek om beslaglegging geskied gewoonlik *ex parte* en selfs sonder 'n bevel *nisi* (sien *Cargo Laden on Board the MV Thalassini AVGI v MV Dimitris* *supra* 833; *Mediterranean Shipping Co v Speedwell Co (no 1)* *supra* 338). Dit is dus moontlik dat beslaglegging kan geskied sonder dat die ander party aangehoor word. In hierdie geval maak dit dalk sin om te sê dat beslagneming van goed sonder gegronde rede kan geskied en dat 'n hofbevel wat so verkry is, die grond van 'n skuldoorsaak kan uitmaak (sien *Mediterranean Shipping Co v Speedwell Shipping Co (no 1)* *supra* 338).

Waar 'n hof egter die eienaar van die goedere aangehoor het, byvoorbeeld in 'n aansoek om tersydestelling van die beslaglegging, en die beslaglegging nogtans handhaaf, is dit moeilik om te glo dat sodanige beslagneming sonder gegronde rede verkry is. Om 'n ander hof te laat oordeel of daar werklik gegronde rede was vir doeleindes van die delik, lyk nie korrek nie. In so 'n geval het 'n mens nie net te doen met 'n prosedure wat indruis teen die gedagte van die finaliteit van hofbevele en die normale verloop van appèlverrigtinge nie, maar dien 'n

heeltemal regmatige hofbevel as skuldoorsaak. Dit is twyfelagtig of dit die bedoeling van die wetgewer kon gewees het. "Sonder gegronde rede" is moeilik definieerbaar vir doeleindes van hierdie delik maar dit behoort betrekking te hê op die manier hoe en die doel waarvoor beslaglegging geskied het. Dit behoort gevalle in te sluit soos die verkryging van beslaglegging as gevolg van bedrog, deur misleiding van die hof sonder die bedoeling om met die geding voort te gaan; waar daar alreeds in 'n ander hof, hetsy in Suid-Afrika of in die buiteland, op 'n geassosieerde skip beslag gelê is; indien sekuriteit alreeds verkry is ensovoorts.

Indien "sonder gegronde rede" verstaan word as verwysende na buite-juridiese gronde en dan veral die manier en doel waarvoor die beslaglegging verkry is, is dit ook moontlik om die onregmatigheid van die beslaglegging uit te wys. Die onregmatigheid van die handeling behoort dan geleë te wees in die onredelikheid van die beslaglegging en die misleiding van die hof. Die posisie is egter anders indien "sonder gegronde rede" betrekking sou hê op die regsgronde waarop 'n party aansoek kon doen vir beslaglegging en waarop hy sy bevel van die hof verkry het. In so 'n geval sou onregmatigheid moeilik bepaalbaar wees en sou 'n mens moes sê dat dit werklik moontlik is om 'n delik te pleeg deur die verkryging van 'n regmatige beslaglegging.

Skuld is natuurlik ook 'n probleem by hierdie delik aangesien die artikel hoegenaamd nie daarna verwys nie en veral ook omdat die hof in die eerste *Mediterranean*-saak *supra* die verwysing na redelikheid verwerp het. Aan die ander kant het die hof tog by die ander vorme van die delikte in artikel 5(4) 'n redelikhedsmatstaf ingelees sodat 'n mens ook hier kan argumenteer dat 'n persoon slegs aanspreeklik is vir skade in die geval van beslaglegging sonder gegronde rede indien sy optrede anders as dié van 'n redelike litigant was.

In die tweede *Mediterranean*-saak *supra* 166 het die hof die standpunt ingeneem dat die skade wat 'n eiser ly as gevolg van hierdie delik slegs beperk word deur oorwegings van kousaliteit en verwyderdheid (feitelike en juridiese kousaliteit). Die presiese betekenis van hierdie begrippe is egter nie uiteengesit nie en 'n mens sal na alle waarskynlikheid in hierdie opsig moet terugverwys na die toepaslike algemene beginsels van die Suid-Afrikaanse deliktereg.

(d) Die ongegronde verkryging van 'n hofbevel

'n Persoon wat sonder gegronde rede 'n bevel van die hof verkry, is ingevolge artikel 5(4) aanspreeklik teenoor enige persoon wat as gevolg daarvan verlies of skade ly.

Wat in verband met die voorafgaande delik gesê is, geld natuurlik ook hier. Slegs een aspek van hierdie delik moet uitgelig word en dit is die betekenis van "n bevel van die hof". 'n Bevel van 'n hof moet van die uitspraak van 'n hof onderskei word. Laasgenoemde is die beslissing van 'n hof wat op 'n ingestelde aksie verleen is terwyl "n bevel van 'n hof" verwys na "a similar decision upon relief claimed not by action but by motion, petition or other machinery recognised in practice" (sien *Dickinson v Fisher's Executors* 1914 AD 424 427; *Constantia Insurance Co Ltd v Nohamba* 1986 3 SA 27 (A) 42; *Horowitz v Brock* 1988 2 SA 160 (A) 181). Dit beteken dus dat 'n uitspraak van 'n hof wat gegee is nadat 'n aksie op grond van 'n maritieme eis ingestel is, nie tot hierdie delik aanleiding kan gee nie. Dit is natuurlik te verwelkom want as aanspreeklikheid

ook nog uit die uitspraak van 'n hof kon voortgevloei het, sou die probleme rondom onregmatigheid en skuld in ingewikkeldheid toegeneem het.

Beperking van aanspreeklikheid

In die seereg is dit nie ongewoon nie dat die dader se aanspreeklikheid beperk word indien hy nie persoonlike skuld ten opsigte van die ingetrede skade gehad het nie. So bepaal artikel 261 van die Wet op Handelskeepvaart 57 van 1951 dat die eienaar van 'n skip nie aanspreeklik is vir enige verlies of skade aan eiendom wat veroorsaak word sonder sy wesenlike skuld of medewete bo bepaalde bedrae nie. In so 'n geval kan die dader slegs vir die volle skade aanspreeklik gehou word indien hy persoonlike skuld en nie slegs konstruktiewe skuld ten opsigte van die ingetrede skade gehad het nie (oor die uitleg van hierdie bepaling, sien *Atlantic Harvesters of Namibia v Unterweser Reederei GmbH of Bremen* 1986 4 SA 865 (K)). Veral in die geval van die litigasie-aanspreeklikheid ingevolge artikel 5(4) van die WRAJ sal dit sinvol wees om ook sodanige aanspreeklikheidsbeperking te stel. Dit sal verhoed dat die eiser volle aanspreeklikheid opdoen vir eise wat in werklikheid deur sy regsverteenvoerders ingestel is; slegs indien hy persoonlike skuld ten aansien van die instel van 'n buitensporige eis of die ongegronde beslagneming van goed het, sal hy ten volle aanspreeklik vir skadevergoeding wees. Waar hy nie wesenlike skuld of medewete het nie maar die buitensporige eis of ongegronde beslagneming uit die optrede van sy Suid-Afrikaanse regsverteenvoerders voortspruit, sal hy slegs tot bepaalde perke aanspreeklik wees. So 'n bepaling lyk billik en die invoeging daarvan om aanspreeklikheid ingevolge artikel 5(4) te beperk, sal sinvol wees.

Slotsom

Die Wet op die Reëling van Admiraliteitsjurisdiksie het in 'n artikel wat handel oor die bevoegdhede van 'n hof, 'n materiële bepaling ingesluit wat in werklikheid vier delikte met betrekking tot litigasie in die admiraliteitshof skep. Alhoewel hierdie bepaling ietwat vreemd is en ook nie ooglopend met die algemene beginsels van die deliktereg strook nie, is dit tog moontlik om 'n uitleg daaraan te gee wat met die algemene deliksbeginsels van onregmatigheid en skuld klop. Hierdie uitleg word gesteun deur die interpretasies wat die hof aan die bepaling gegee het. Aangesien aanspreeklikheid ingevolge die bepaling kan ontstaan uit die optrede van die regsverteenvoerders van die dader, sou dit sinvol wees om die dader se aanspreeklikheid te beperk deur hom slegs aanspreeklik te hou vir skade wat met sy wesenlike skuld of medewete ingetree het.

H BOOYSEN

Universiteit van Suid-Afrika

DIE EFFEK VAN WAARSKUWING EN ONTSLAG OP ONBEVOEGVERKLARING VAN REGSWEË OM WAPENS TE BESIT

1 Inleiding

Artikel 297(1)(c) van die Strafproseswet 51 van 1977 bepaal dat indien 'n hof iemand skuldig bevind aan 'n ander misdryf as 'n misdryf ten opsigte waarvan 'n wet 'n minimum straf voorskryf, die hof na goeddunke die betrokke persoon met 'n waarskuwing of berisping kan ontslaan, en dat so 'n ontslag die uitwerking van 'n vrypraak het behalwe dat die skuldigbevinding as 'n vorige veroordeling aangeteken word.

Vanaf die inwerkingtreding daarvan het die feit dat 'n berisping of waarskuwing deur die wetgewer as 'n vrypraak beskou word, egter probleme opgelewer (sien Labuschagne "Die strafteoretiese begroning van berisping en vonnisuitstel" 1978 *SASK* 224). Kotzé ("Waarskuwing en ontslag - 'n juridiese anomalie" 1980 *TSAR* 282) wys byvoorbeeld op die anomalieë en regsonsekerheid wat veroorsaak word deur hierdie regsfiksie en voel dat 'n berisping wat as 'n vrypraak geag word van die wetboek geskrap behoort te word en dat die skuldigbevinding onaangetas behoort te bly staan.

Artikel 12(1)(a) van die Wet op Wapens en Ammunisie 75 van 1969 (soos gewysig deur die Wysigingswet op Wapens en Ammunisie 30 van 1990) skep ook 'n regsfiksie en bepaal dat indien 'n persoon deur 'n hof skuldig bevind word aan die oortreding van enige van sekere misdrywe, hy geag word onbevoeg verklaar te wees om 'n wapen te besit tensy die hof anders gelas.

In die Julie 1990-uitgawe van *Servamus* ('n tydskrif vir lede van die Suid-Afrikaanse Polisie) huldig Lambrechts (22) die mening dat 'n persoon wat skuldig bevind word aan "geringe" aanranding en daarna deur die hof gewaarsku en ontslaan word (en die hof nie anders gelas nie), geag word onbevoeg verklaar te wees om 'n wapen te besit. Geen motivering of gesag word egter aangebied ter ondersteuning van hierdie standpunt nie.

My oogmerk met hierdie aantekening is om kortliks aan te toon dat 'n persoon wat skuldig bevind word aan 'n misdryf soos bedoel in artikel 12(1)(a) van die Wet op Wapens en Ammunisie en daarna met 'n waarskuwing of berisping ontslaan word, inderdaad nie van regsweë geag word onbevoeg verklaar te wees om 'n wapen te besit nie.

2 Regspraak

In *R v Aaron* 1939 CPD 506, *R v Hope* 1952 3 SA 852 (T) en *R v Feun* 1954 1 SA 58 (T) is beslis dat waar 'n hof 'n beskuldigde slegs waarsku of berispe en ontslaan, bykomende bevels nie gemaak mag word indien dit van 'n bestraffende aard is nie. 'n Bykomende bevel is dus net onversoenbaar met 'n berisping en ontslag indien dit bestraffend en nie slegs vergoedend is nie. (Die onbevoegverklaring van 'n persoon om wapens te besit is na my mening klaarblyklik van 'n bestraffende aard.)

Die onderskeid wat in bogenoemde beslissings tussen vergoedende en bestraffende bevele gemaak word, word egter uitgewis in *R v Keschner* 1961 3 SA 309 (A) 313E:

“The main argument in the attack upon the competency of the court to combine the order for payment with a ‘caution and discharge’ is based upon the terms of section 352(7) of Act 56 of 1955 [nou artikel 297(1)(c) van Wet 51 van 1977], which provides that ‘in the event of a discharge with a caution the discharge shall have the effect of an acquittal’. In my opinion the words quoted do not mean that the discharge of the convicted person changes his conviction of the charge into an acquittal on that charge *but that it has the effect of an acquittal in respect of any matter other than the charge of which he was in fact convicted*” (my kursivering).

Selfs in die lig van hierdie *dictum* is ek van mening dat waar ’n persoon skuldig bevind is aan ’n misdryf soos bedoel in artikel 12(1)(a) van die Wet op Wapens en Ammunisie en hy daarna ontslaan word met ’n berisping of waarskuwing, die ontslag steeds die effek van ’n vryspraak behoort te hê ten opsigte van onbevoegverklaring van regsweë (ingevolge artikel 12(1)(a)) as synde enige ander aangeleentheid as die aanklag waaraan die persoon inderdaad skuldig bevind is.

In *R v Gladstone* 1926 TPD 174 word die beskuldigde van roekelose bestuur aangekla. Hy word skuldig bevind, berispe en ontslaan. Die landdros het die beskuldigde verder onbevoeg verklaar om vir ’n tydperk van 12 maande ’n bestuurders- of leerlingbestuurderslisensie te besit. Regter De Waal beslis (175) dat die onbevoegverklaring onversoenbaar is met ’n waarskuwing en ontslag en hy haal derhalwe die onbevoegverklaring deur. Alhoewel hierdie saak gehandel het oor onbevoegverklaring om ’n bestuurderslisensie te besit, is daar geen rede waarom dit tot onbevoegverklaring ten opsigte van bestuurderslisensies of onbevoegverklaring deur die hof in teenstelling met onbevoegverklaring van regsweë beperk moet word nie.

3 Skrywers

Hiemstra (*Suid-Afrikaanse strafproses* (1977) 544) vereenselwig hom nie met die *Feun- en Kescher-saak* (*supra*) nie en is van mening dat wanneer die wet dit ’n vryspraak noem, die hof nie kan optree asof dit ’n skuldigbevinding is nie. Hy doen verder aan die hand dat die persoon behandel moet word presies asof hy onskuldig bevind is aangesien dit die klaarblyklike grammatikale betekenis van die woorde is.

Du Toit (*Straf in Suid-Afrika* (1981) 330) asook Snyman en Morkel (*Strafprosesreg* (1988) 486) is weer van mening dat ’n beskuldigde wat gewaarsku en ontslaan is in dieselfde posisie is as ’n beskuldigde wat onskuldig bevind is, behalwe vir die feit dat die skuldigbevinding by ’n latere skuldigbevinding in ag geneem mag word. Ook Kotzé (“Waarskuwing en ontslag – ’n juridiese anomalie” 1980 *TSAR* 282) huldig die standpunt dat die skuldigbevinding deur regswerking omskep word in ’n vryspraak. Du Toit (331 332) verklaar verder dat geen straf saam met ’n waarskuwing en ontslag opgelê behoort te word nie aangesien dit die uitwerking van ’n vryspraak sou verydel.

4 Ontleding van die bedoeling van die wetgewer ten opsigte van die wisselwerking tussen artikel 12(1)(a) van die Wet op Wapens en Ammunisie en artikel 297(1)(c) van die Strafproweswet

Daar word in oorweging gegee dat die doel van die onbevoegverklaring van persone om vuurwapens te besit waarskynlik is om wapens uit die hande te hou van persone wat ’n potensieële gevaar vir hulself of ander persone inhou wanneer

hulle in besit daarvan is. Aangesien waarskuwing en ontslag slegs gepaard gaan met uiters geringe oortredings, is dit te betwyfel of die persoon wat gewaarsku en ontslaan is werklik 'n gevaar vir die samelewing kan inhou; andersins sou die hof hom tog nooit bloot gewaarsku en ontslaan het nie!

Daar is 'n vermoede dat die wetgewer geen absurde gevolge beoog nie (sien Steyn *Die uitleg van wette* (1981) 118). Myns insiens sou dit niks minder as absurd wees nie om te betoog dat 'n persoon wat so 'n geringe oortreding gepleeg het dat die hof voel dat hy net gewaarsku en ontslaan behoort te word en derhalwe in dieselfde posisie moet wees asof hy onskuldig bevind is, van regsweë geag word onbevoeg verklaar te wees om wapens te besit.

Daar kan nie betwyfel word dat die effek van artikel 297(1)(c) van die Strafwet nie baie duidelik is nie en dat die posisie nog meer verwarrend word wanneer hierdie artikel in samehang met artikel 12(1)(a) van die Wet op Wapens en Ammunisie beskou word. In hierdie verband word gewys op die reël van wetsuitleg dat die mees begunstigende uitleg in geval van twyfel gevolg moet word (Steyn 115), asook die reël dat 'n wet so uitgelê moet word dat dit die persone op wie dit van toepassing is, so min moontlik beswaar (*idem* 103). Ook die volgende *dictum* in *R v Sisilane* 1959 2 448 (D) 454 is hier van belang:

"If there are two constructions of a penal provision that are reasonably open, the more lenient should be adopted."

In aansluiting hierby verwys ek verder na *Transvaal Investment Co v Springs Municipality* 1922 AD 337 347 waar beslis is dat waar 'n wet vir twee interpretasies vatbaar is, die interpretasie wat nie bestaande regte wegneem nie, gevolg moet word.

5 Slotopmerkings

Aangesien waarskuwing en ontslag slegs gepaard gaan met uiters geringe oortredings, onbevoegverklaring deur regswerking wel die individu beswaar asook bestaande regte wegneem, en die uitwerking van waarskuwing en ontslag op artikel 12(1)(a) van die Wet op Wapens en Ammunisie vir verskeie interpretasies vatbaar is, word aan die hand gedoen dat die uitleg wat die individu die minste beswaar, gevolg moet word.

'n Persoon wat gewaarsku en ontslaan is, is in dieselfde posisie asof hy onskuldig bevind is. Alle voordele en gevolge van 'n onskuldigbevinding (vry-spraak) kom hom derhalwe toe. Een van die voordele (gevolge) van 'n vry-spraak is juis dat die persoon nie van regsweë geag behoort te word onbevoeg verklaar te wees om 'n wapen te besit nie.

DP VAN TONDER
Staatsaanklaer, Wynberg

VONNISSE

AMPTELIKE BEVEL EN NOODTOESTAND: REGMATIGHEID VAN DIE UITOEFENING VAN 'N ONREGMATIGE BEVEL

S v Banda 1990 3 SA 466 (BGD)

Hierdie saak spruit uit die gepoogde staatsgreep in Bophuthatswana gedurende Februarie 1988. Die beskuldigdes, 143 soldate van hierdie land se veiligheidsmagte, is weens hoogverraad en oortredings van die Internal Security Act 32 van 1979 aangekla. Vir doeleindes van hierdie bespreking is net die verweer van uitoefening van 'n amptelike bevel van belang.

Ten aanvang aanvaar regter Friedman die volgende vereistes vir hierdie verweer (480A-C):

“(a) The order must issue from a person in a position of lawful authority over the accused. It has been held that a prisoner of war who executes an order of a fellow prisoner, without any lawful authority over him, cannot rely on this defence. In *R v Werner* 1947 (2) SA 828 (A) at 834 an order to kill a fellow prisoner was not given by the South African who was in command of the prisoners, but by a German officer who was secretly hiding in the camp. The defence failed. See also *R v Kumalo* 1952 (1) SA 381 (A) at 387; *R v Louw* (1904) 21 SC 36.

(b) There must be a duty on the accused to obey the order given.

(c) The accused must have done no more harm than was necessary to carry out the order. This needs no further amplification. See *R v Mayers* 1985 (3) SA 793 (SR).”

Volgens die regter skep die tweede vereiste, naamlik of daar 'n plig op die beskuldigde gerus het om die bevel te gehoorsaam, die meeste probleme. Die vraag is of daar 'n absolute plig – dit wil sê 'n blinde gehoorsaamheidsplig – op 'n ondergeskikte rus om bevele van sy meerdere of hoër gesag uit te voer. Die antwoord hierop is volgens regter Friedman klaarblyklik negatief (480D-E). In *R v Smith* (1900) 17 SC 561 567 stel regter-president Solomon dit soos volg:

“[I]t is monstrous to suppose that a soldier would be protected where the order is grossly illegal.”

Hieruit blyk dat besliste perke aan die verweer gestel moet word. Na deeglike ondersoek kom die regter tot die slotsom dat, wat die beperkinge betref, hoofsaaklik twee benaderings gevolg word. Enersyds geld die standpunt dat uitoefening van 'n onregmatige bevel *altyd* onregmatig is (sien bv *R v Arlow* 1960 2 SA 449 (T) 452E-G; *R v Van Vuuren* 1944 OPD 35 38; De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1985) 101; sien in die algemeen ook Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 107; Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1989) 92).

Andersyds geld die beskouing dat gehoorsaamheid aan 'n onregmatige bevel nie sonder meer onregmatig is nie. Die *locus classicus* in hierdie verband, die *Smith-saak supra* 568, stel dit naamlik duidelik dat slegs gehoorsaamheid aan *klaarblyklik* onregmatige bevels ook onregmatig is:

"I think it is a safe rule to lay down that if a soldier honestly believes he is doing his duty in obeying the commands of his superior, and if the orders are not so *manifestly illegal* that he must or ought to have known that they were unlawful, the private soldier would be protected by the orders of his superior officer" (ons kursivering).

(Sien ook *R v Cilliers* 1903 ORC 1; *S v Mule* 1990 1 SACR 517 (SWA). Dit is ook die posisie in etlike vreemde regstelsels waarna die regter verwys.) Laasgenoemde benadering vind dan ook steun in die onderhawige beslissing.

Ten einde tot hierdie bevinding te kom, wys die hof daarop dat 'n kompromie tussen twee uiteenlopende standpunte gevind moet word: aan die een kant die gedagte dat soldate ter wille van militêre orde en dissipline bevels moet uitvoer, en aan die ander kant die mening dat soldate tog nie bo die reg verhewe is wat soos blote outomate selfs *klaarblyklik* onregmatige bevels deur 'n meerdere blindelings moet gehoorsaam nie. Regter Friedman som sy standpunt soos volg op (494I-495D):

"It appears to me therefore that an equilibrium must be sought between the duty of obedience to orders and the *boni mores* of society, as expressed in the sacred concepts of justice and lawfulness. The resolution of the tension between the dichotomy of unqualified liability or unqualified immunity is a requirement, not as an obliteration of duty, but as a guideline to the discharge of the duty of obedience to orders by members of the armed forces.

This requirement must include a degree of concrete particularity for the general idea of justice, and the habit of right action. Therefore the correct formulation of the law relating to this subject is one which does not necessarily attain the ideal maximum of the elect few, but secures the indispensable minimum from the average many.

It is imperative, therefore, that it be expressed in a definite rule, poured into a specific mould, thereby exemplifying the parameters of this defence. Its total intent needs to be pragmatic and moral, and the duties imposed specific. The conduct of members of the armed forces should be rooted in definite prescribed rules, adhering to the law, and not in the mouthing of abstract principles. Otherwise, discontent and disorder may be the likely result.

A synthesis is therefore required, as well as a call to a soldier to remind himself what obedience to orders demands of him, and also what it means to act within well defined legal principles."

Ten einde die vermelde kompromie te bewerkstellig, maak die regter ten aanvang 'n onderskeid tussen onregmatige en *klaarblyklik* ("manifestly") onregmatige bevels. Uitvoering van gewoon onregmatige bevels is hiervolgens regmatig; slegs die uitvoering van 'n *klaarblyklik* onregmatige bevel is dan onregmatig (495E-G):

"Because of the duty of obedience inculcated into soldiers, the notion of unlawfulness deserves further consideration. The cases and authorities that I have cited draw a clear distinction between unlawful, and manifestly and palpably unlawful orders. There is merit in the distinction and difference. It is realistic and essentially practical and logical, and is less open to critical objection.

The critical question of finding a harmonious compromise, between the polarities that I have been considering, is thereby satisfied by this differentiation.

I therefore come to the conclusion that in dealing with the issue of unlawfulness, as applied to members of the armed forces because of their special circumstances concerning the duty of obedience to orders, there must be a demarcation concerning obedience to unlawful, and manifestly or palpably unlawful orders. In other words, a soldier is under

no duty to obey a manifestly unlawful order, and is entitled to refuse to execute a manifestly and palpably unlawful order."

Die vraag of 'n bevel klaarblyklik onregmatig is, word beoordeel met verwysing na die oordeel van die redelike man. Die regter formuleer sy beskouing met betrekking tot soldate soos volg (496C-D):

"A soldier must obey orders issued by a lawful authority, and is under a duty to obey all lawful orders, and, in doing so, must do no more harm than is necessary to execute the order. Where, however, orders are manifestly beyond the scope of authority of the officer issuing them, and are so manifestly and palpably ('klaarblyklik') illegal that a reasonable man in the circumstances of the soldier would know them to be manifestly and palpably illegal, he is justified in refusing to obey such orders. The defence of obedience to orders of a superior officer will not protect a soldier for acts committed pursuant to such manifestly and palpably illegal orders."

Alhoewel regter Friedman se uiteindelijke formulering van die verweer van amptelike bevel volle instemming verdien, is daar 'n paar aspekte van sy uitspraak waarop kommentaar gelewer kan word:

(a) Ten aanvang moet daarop gelet word dat, soos die regter self uitwys (479H), in gevalle waar daar 'n gehoorsaamheidsplig aan 'n onregmatige bevel bestaan (dit wil sê waar die uitvoering van 'n onregmatige bevel regmatig is), 'n mens op die keper beskou nie eintlik met die regverdigingsgrond amptelike bevel te make het nie, maar wel met *noodtoestand* in die vorm van dwang. (Waar die bevel *onregmatig* is, is daar vanselfsprekend nie van 'n "amptelike" bevel sprake nie.) Die dwang is geleë in die feit dat die bevel van 'n meerdere afkomstig is. Daarom is die beginsels wat in die algemeen vir noodtoestand geld (Neethling, Potgieter en Visser 70 ev), ook hier van toepassing. So gesien, verdien die regter se gebruik van die redelike man-maatstaf vir onregmatigheid volle steun. Dit blyk immers uit die beslissing van die appèlhof in *S v Goliath* 1972 3 SA 1 (A) 25 dat ten aansien van dwangnoodtoestand

"nooit hoër eise gestel word nie [ook nie aan die soldaat wat op 'n bevel moet reageer nie] as wat redelik is en redelik beteken . . . dit wat van die gewone deursneemens in die besondere omstandighede verwag kan word".

(b) Dit lyk of regter Friedman 'n onderskeid maak tussen die objektiewe redelikeheids- (*boni mores*-) toets vir onregmatigheid en die redelike man-toets vir onregmatigheid (484B, E, H 495H-I):

"Mr Joubert has further submitted that the test to be applied in determining unlawfulness is the objective reasonableness test; in other words, the *boni mores* consideration. This criterion, he argues, eliminates the application of the test of the reasonable man in the circumstances. The inquiry by the Court is therefore of a purely objective investigation in considering the nature of the order given, and not how a reasonable man would act in the circumstances. I have already dealt with this objective test, and while it is sound on jurisprudential principles because of the special considerations that are applicable to members of the armed forces, it cannot be inflexibly applied to them. A distinction must be drawn between unlawful and manifestly unlawful orders."

Onses insiens bestaan daar egter nie 'n onderskeid tussen hierdie twee toetse nie aangesien die inhoud van die regsopvattinge van die gemeenskap in hierdie gevalle uitgedruk word as die reaksie (oordeel, beskouings, optrede) van die redelike man. Met ander woorde, ten einde te bepaal of die dader *contra bonos mores* opgetree het, is die vraag wat die reaksie van die redelike man in die omstandighede sou gewees het. Die redelike man vergestalt of verteenwoordig dus die regsopvattinge van die gemeenskap (Neethling, Potgieter en Visser 37-38 vn 53). 'n Welbekende voorbeeld van hierdie toepassing van die redelike

man-toets is by die bepaling of woorde lasterlik is; die vraag is naamlik of die betrokke woorde volgens die oordeel van die redelike man met normale verstand en ontwikkeling die strekking het om die persoon se goeie naam in die oë van die gemeenskap te laat daal (sien bv *SA Associated Newspapers Ltd v Yutar* 1969 2 SA 442 (A) 451; sien in die algemeen Neethling *Persoonlikheidsreg* (1985) 128 ev; Burchell *The law of defamation in South Africa* (1985) 95 ev). Insgelyks word die vraag of daar 'n onregmatige eerskending voorhande is, beantwoord aan die hand daarvan of die redelike man ook in die omstandighede beledig sou gevoel het (*Minister of Police v Mbilini* 1983 3 SA 705 (A) 716), oftewel of die betrokke woorde of gedrag objektief gesien volgens die *boni mores* beledigend was (sien bv *Delange v Costa* 1989 2 SA 857 (A) 861-862; sien ook Neethling 193-194). Ander voorbeelde waar die redelike man die onregmatigheidstoets uitmaak, is by die bepaling of provokasie as 'n regverdigingsgrond aanwesig is (sien bv *Bester v Calitz* 1982 3 SA 864 (O) 880; Neethling "The basis of provocation as a defence against the *actio iniuriarum*" 1989 *SALJ* 697-698; Neethling, Potgieter en Visser 80 81-82); by die vrae of daar 'n plig of belang by die regverdigingsgrond relatiewe privilegie by laster bestaan en of binne die perke van die privilegie opgetree is (sien bv *De Waal v Ziervogel* 1938 AD 112 122-123; Neethling 140-142); by die vasstelling of, by billike kommentaar, 'n mens met kommentaar dan wel met 'n feitlike bewering te make het (sien bv *Marais v Richard* 1981 1 SA 1157 (A) 1168; Neethling 151); by die vraag of die grense van noodweer oorskry is (*Minister of Law and Order v Ntsomi* 1990 1 SA 512 (K) 527; vgl Scott "Noodweer (oordadigheid) in deliktereg nie suiwer objektief *ex post facto* getoets" 1991 *THRHR* 299-301); en by die bepaling of dwangnoodtoestand bestaan (*S v Goliath supra*).

In hierdie verband moet twee sake deeglik voor oë gehou word: *Eerstens* doen die aanwending van die opvatting van die redelike man by die *boni mores* nie afbreuk aan die objektiewe aard van die onregmatigheidstoets nie. Soos Van der Westhuizen "Vonnisbespreking" 1976 *De Jure* 375 dit stel, kan "die normale man" hier beskou word "as die beliggaming van die gemeenskapsgevoel . . . by die aanwending van 'n objektiewe toets".

Tweedens moet die gebruik van die redelike man as beliggaming van die regsgevoel van die gemeenskap as onregmatigheidstoets nie verwar word met die redelike man-toets vir nalatigheid nie. Die onderskeid tussen onregmatigheid en nalatigheid word geensins geweld aangedoen deur die gemeenskapsgevoel in die beskouings van die redelike persoon te vergestalt nie. Soos elders volledig aangedui is, word die redelikheid van die dader se optrede by onregmatigheid beoordeel deur 'n belange-afweging aan die hand van die *boni mores*, terwyl by nalatigheid die redelike man se optrede vasgestel word met verwysing na die redelike voorsienbaarheid en voorkombaarheid van skade; kwalifiseer onregmatigheid die daad en nalatigheid die juridiese verwythbaarheid van die dader vir sy ongeoorloofde daad; en word onregmatigheid beoordeel op grond van werklikhede, nalatigheid op grond van waarskynlikhede (sien Neethling en Potgieter "Deliktuele aanspreeklikheid weens 'n late: 'n nuwe riglyn vir die regsplig om positief op te tree?" 1990 *TSAR* 766-767).

'n Mens sou moontlik uit sekere beslissings wat die redelike man-toets vir onregmatigheid toepas, kon aflei dat die toetse vir onregmatigheid en nalatigheid na mekaar toe neig (sien Scott 1991 *THRHR* 299-301; sien ook Rabie ea 6 *LAWSA* 39). Maar selfs al sou die twee toetse in sekere gevalle hierdie neiging

openbaar, doen dit na ons mening nie afbreuk aan die diepliggende verskille – wat voortdurend voor oë gehou moet word – tussen die toets vir onregmatigheid en dié vir nalatigheid nie.

Selfs uit die onderhawige beslissing is dit nie altyd duidelik of die regter by die aanwending van die redelike man-toets na skuld of dan na onregmatigheid verwys nie (485G–H):

“It appears to me therefore that in considering *mens rea* in the defence of obedience to superior orders, the reasonable man test is more logical, sound and practical, and accords with the general principles of criminal law.”

Die verwysing hier na *mens rea* is beslis onvanpas. Nalatigheid is glad nie ter sprake nie en die verwysing na skuld in hierdie verband, waar klaarblyklik onregmatigheid bedoel word, is waarskynlik maar net ’n oorsig. (Vgl die regter se opmerking oor *mens rea* 495J.)

(c) ’n Laaste opmerking moet gemaak word in verband met ’n bepaalde beskouing van die hof oor die aard van die *boni mores*-toets. Die indruk word naamlik gewek dat die *boni mores*-toets soos objektief *ex post facto* op die gedrag van soldate toegepas, “inflexible, rigid and exacting” is (484B, H) en dat die redelike man-toets, wat dan oënskynlik ’n soepeler benadering daar sou stel, om dié rede verkieslik is.

Hierdie uitlatings skep ’n skewe beeld van die aard van die *boni mores*-maatstaf. Afgesien daarvan, soos reeds hierbo aangedui is, dat die buigsame redelike man-toets die eweknie van die *boni mores*-onregmatigheidstoets in hierdie verband is, is die uitstaande kenmerk van die algemene *boni mores*-maatstaf juis die soepele, buigsame en aanpasbare aard daarvan (sien in die algemeen Neethling, Potgieter en Visser 29 ev). Hierdie algemene maatstaf – of dit nou met verwysing na die redelike man geformuleer word of nie – beskik op sigself oor die soepelheid om op ’n praktiese wyse die reg

“aan te pas by die wisselende opvattinge aangaande wat reg en behoorlik is, by die verandering van maatskaplike en ekonomiese verhoudings en die ontplooiing van die kultuur en tegniek” (Van Heerden en Neethling *Onregmatige mededinging* (1983) 71).

(Vgl ook Joubert *Grondslae van die persoonlikheidsreg* (1953) 109; Neethling 67.) Dit is dus nie korrek om die *boni mores*-toets met verwysing na die optrede van soldate as “inflexible, rigid and exacting” te beskryf nie; ook hier behou die algemene toets sy soepelheid en dus toepaslikheid.

J NEETHLING

JM POTGIETER

Universiteit van Suid-Afrika

REGSAARD VAN OKKUPASIEPERMITTE

Motloun v Rokhoeane 1991 1 SA 708 (W)

Die regsraad van swart stedelike okkupasiepermitte (sertifikate van bewoning en loseerderspermitte – reg 8 en 20 hfst 2 GK R1036 in SK 2096 van 1968-06-14) het in hierdie saak ter sprake gekom.

1 Feitevraag

Sedert 1956 was ene Ramathanya (verkoper: V) die houer van 'n regulasie 8-sertifikaat van bewoning. Op 6 Oktober 1986 is 'n ooreenkoms met die betrokke swart plaaslike owerheid (die dorpsraad van Diepmeadow: DR) gesluit met die oog op die verlening van huurpagregte op die betrokke perseel. (Die hof verwys foutiewelik na a 6A van die Swartes (Stadsgebiede) Konsolidasiewet 25 van 1945 wat op 27 November 1978 in werking getree het, maar op 1 April 1984 deur a 52-57 van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 vervang is (711F-G).) Drie weke daarna (dus ongeveer November 1986) en skynbaar voordat huurpag verleen is, het V sy "regte" aan die applikant Motloug (M) verkoop. (Dit het waarskynlik geskied kragtens reg 9 en 10 GK R1036.) Die inhoud van laasgenoemde kontrak was dat V verplig was om aan

"al sy belange oor te dra in die genoemde [reg 8] sertifikaat, in die verbeterings op die eiendom en in die reeds genoemde [huurpag] ooreenkoms [met DR]" (711G-H).

Die hof aanvaar dat DR toestemming tot die oordrag van die regulasie 8-sertifikaat verleen het en dat kontraksoorname van die huurpagooreenkoms plaasgevind het sodat M die "direkte koper van die huurpag geword het" (711H-I). Eers op 1 November 1989 is 'n nuwe regulasie 8-sertifikaat in M se naam uitgereik en V se sertifikaat gekanselleer. (Die hof skep egter die indruk dat M reeds voor 1 Januarie 1989 reg 8-regte bekom het; dit is die basis vir sy latere bevinding dat M na uitreiking van sy sertifikaat geregtig is om as saaklik reghebbende 'n uitsettingsbevel te bekom: 717B-D; sien 3 3 hieronder.) M het egter nog nooit (sedert begin November 1986) okkupasie verkry nie. (Die 1989-sertifikaat is egter foutiewelik uitgereik; kragtens a 11 van die Wet op die Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 1988 (hierna die 1988-wet) word GK R1036 herroep - bestaande sertifikate van bewoning word mag regsweë in huurpag omskep en geen nuwe sertifikate mag uitgereik word nie: vgl du Plessis en Olivier "Die Wet op die Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 1988" 1988 *SAPR* 272-275.)

V se skoonseun, die respondent Rokhoeane (R), het die betrokke perseel na die oorlye van R se vrou in 1985 geokkupeer kragtens 'n loseerderspermit (reg 20 GK R1036). M doen aansoek om 'n uitsettingsbevel teen R.

2 Betoë en bevinding

R aanvaar dat sy regte op V se sertifikaat van bewoning berus. Kragtens regulasie 20(10) het 'n loseerderspermit met die opsegging van 'n regulasie 8-sertifikaat verval. (Die nuwe sertifikaat van bewoning is volgens die hof egter eers op 1989-11-01 aan M uitgereik.) Die hof bevind dat met inagneming van regulasie 20(3) die loseerderspermit aan die einde van Januarie 1986 verval het (712A-C). Regulasie 20(3) het bepaal dat loseerderspermitte aan die einde van die maand verval; volgens regulasie 20(4) kon dit op aansoek van die permithouer hernieu word. (Die maandelikse aanvaarding van die huurgeld deur DR dui op 'n maandelikse hernuwing van die loseerderspermit.) Alle loseerderspermitte het volgens die hof weens die inwerkingtreding van die 1988-wet na 1 Januarie 1989 verval. Dit lei tot die hof se standpunt dat R se moontlike verwere teen die aangevraagde uitsettingsbevel "buite die regulasies" gesoek moet word (712C-D).

R se verwere berus daarop dat

- (a) hy die huur- en ander perseelgelde betaal het (die hof bevind dat daar “geen suggestie” van ’n huurkontrak is nie – 712D–E);
- (b) hy ’n verdere ooreenkoms met V aangegaan het dat hy en sy gesin op die perseel tot betaling van die R3000 koopprys deur M (dit is onduidelik of dit die koop van die reg 8–sertifikaat of van die huurpag is) mag bly (712E–F); sodanige ooreenkoms is volgens die hof strydig met die skriftelike koopkontrak tussen V en M (712G–I);
- (c) die skriftelike kontrak tussen V en M nie ’n okkupasierereg aan M verleen het nie (712E–F); die hof bevind dat dié kontrak (gelees met reg 8(4)(a)) juis bepaal dat M okkupasieregte vanaf 1 November 1989 – die uitreiking van ’n nuwe reg 8–sertifikaat aan M – verkry het (712I–713B));
- (d) hy oor ’n retensierereg beskik vir verbeteringe deur hom aangebring (712F–G); die hof verwerp die verweer (713A–714D) – sien hieronder);
- (e) M nie oor *locus standi* beskik nie (712F); die hof beslis dat M wel bevoeg is om ’n uitsettingsbevel aan te vra (714D–717E) – sien hieronder).

3 Bespreking

3 1 Samehang van GK R1036 en die 1988–wet

Regulasie 8(1) het swart plaaslike owerhede gemagtig om die reg om owerheids-wonings te bewoon aan gesikste applikante te verkoop. Regulasie 8(4) het aan die sertifikaathouer die reg verleen om sodanige woning en perseel te gebruik en te bewoon. GK R1036 het ook voorsiening vir die oordrag deur ’n sertifikaathouer van sy geboue en verbeterings (mits die plaaslike owerheid toestem: reg 9(1), 10(1) en 11) gemaak. Kragtens regulasie 9(2) moes ’n nuwe sertifikaat aan die ontvanger uitgereik word. ’n Sertifikaathouer was nie bevoeg om enige derdes buiten sy afhanklikes (soos in die sertifikaat vermeld) sonder toestemming van die plaaslike bestuur op die perseel te huisves nie.

Loseerderspermitte om persele ten aansien waarvan daar onder andere ’n sertifikaat van bewoning uitgereik is, te okkupeer kragtens regulasie 20(1)–(2) kon verkry word. Die toestemming van die betrokke sertifikaathouer was noodsaaklik (reg 29(7)). Dié permitte het verval by die “intrekking, verval of beëindiging van die betrokke . . . sertifikaat [van bewoning]” (reg 20(10)).

Kragtens die 1988-wet is sertifikate van bewoning (ook perseelpermitte en handelsperseelpermitte) in huurpag omskepbaar (a 2(4)(b)(i)). (Alle woon- en tehuispermitte asook daardie sertifikate van bewoning, perseel en handelsperseelpermitte tav persele wat buite ontwikkelingsgebiede geleë is, word statutêre huurkontrakte (a 6). Die hof sê dat hy “nie duidelikheid” omtrent hierdie voorbehoudsbepaling het nie (717D). Geen voorsiening word egter in die 1988-wet vir voortbestaan of omskepping van loseerderspermitte gemaak nie.) Totdat huurpag verleen is, behou slegs ’n sertifikaathouer sy regulasie 8-bevoegdheid asof GK R1036 nie herroep is nie (a 11(1)). (V se reg 8–sertifikaat bly dus voortbestaan tot die intrekking daarvan op 1989-11-15.) Die 1988-wet verleen gevolglik geen bevoegdheid aan ’n plaaslike owerheid om na inwerkingtreding daarvan enige nuwe GK R1036-sertifikate en permitte uit te reik nie.

Die plaaslike owerheid was dus nie bevoeg om die 1 November 1989-sertifikaat uit te reik nie. Daar kan afgelei word dat M nooit ’n sertifikaathouer

kragtens GK R1036 kon word nie. M het wel vanaf begin November 1986 'n ooreenkoms gehad om al die regte van V as sertifikaathouer en huurpagaan-soeker oor te neem. Volgens die feite van die saak is huurpag nooit verleen nie.

Die vraag ontstaan vervolgens oor watter regte M beskik. Vanaf November 1986 tot die inwerkingtreding van die 1988-wet moet M beskou word as 'n reghebbende (uit die kontrak met V met die toestemming van DR) wat nóg oor 'n GK R1036-sertifikaat of -permit, nóg oor daadwerklike okkupasie beskik het. Vanaf inwerkingtreding van die 1988-wet het die moontlikheid om 'n nuwe GK R1036-sertifikaat of -permit te bekom, verval.

Dit wil voorkom of M op alle relevante tye (na die ooreenkoms met R, vanaf 1 Januarie 1989 en vanaf uitreiking van die sogenaamde sertifikaat van bewoning op 1 November 1989) slegs as 'n huurder sonder okkupasie beskou kan word. Artikel 23(1)(l) (gelees met bylae item 8) van die Wet op Swart Plaaslike Owerhede 102 van 1982 bepaal dat 'n swart plaaslike owerheid oor die volgende bevoegdheid beskik, te wete

“die toewysing en administrasie van die verhuring van wonings, huisvesting, geboue of ander bouwerke onder beheer van die plaaslike owerheid”.

M se 15 November 1989-sertifikaat beliggaam waarskynlik dus slegs 'n huurooreenkoms.

Aangesien R se okkupasie afhanklik was van die regulasie 8-sertifikaat van V, het R 'n beperkte okkupasiereg (om saam met V die betrokke perseel te bewoon) tot 1 Januarie 1989 (die inwerkingtreding van die 1988-wet) gehad. Die 1988-wet maak egter geen voorsiening vir die voortgesette geldigheid van regulasie 20-loseerderspermitte nie. Daar word aan die hand gedoen dat die regs-geldigheid van R se okkupasie van 1 Januarie 1989 tot 15 November 1989 (intrekking van R se sertifikaat) slegs op die stilswyende omskepping van sy loseerderspermit na 'n huurkontrak kragtens artikel 23(1)(l) van die 1982-wet sou kon berus. (Was daar geen sodanige omskepping nie, was R se okkupasie sedert 1 Januarie 1989 sonder 'n regsgrondslag.) Met die kansellering van V se sertifikaat van bewoning op 15 November 1989 het die loseerderspermit (wat soos hierbo betoog is in 'n huurkontrak omskep is – R het bv steeds maandeliks gelde aan DR betaal) verval. Die vraag ontstaan of die intrekking van R se regulasie 8-sertifikaat nou na die verval van regulasie 20 (weens die herroeping van GK R1036) nog steeds tot die outomatiese kansellering van 'n regulasie 20-loseerderspermit (wat in 'n huurkontrak omskep is) kan lei. So gesien, is R – tot kansellering van dié huurkontrak – geregtig om aanvanklik saam met die vorige sertifikaathouer (V) en vanaf 15 November 1989 met M die perseel te okkupeer. Volgens die feite het sodanige kansellering deur DR (die verhuurder) nooit plaasgevind nie, en kan die hof se teenoorgestelde standpunt dat die verval daarvan op die werking van regulasie 20(10) berus weens vermelde redes nie aanvaar word nie. Hier is dus sprake van twee geldige huurkontrakte: DR en M (met okkupasieregte soortgelyk aan reg 8) en DR en R (met okkupasieregte soortgelyk aan reg 20).

3 2 Retensieregte

Die hof se standpunt dat R nie 'n regmatige okkupeerder is nie en gevolglik nie oor 'n retensiereg vir verbeterings beskik nie, is in stryd met die geldende regspraak (713E–714D). (Die hof maak strydige opmerkings oor wanneer die loseerderspermit sou verval het – 712B–C: met uitreiking van die vervangende

sertifikaat aan M; 712C-D: met die verval weens tydsverloop einde Januarie 1986 (reg 20(3)); en 713F: met die “verval van sy loseerderspermit vier jaar gelede”.) Selfs al was M ’n onregmatige okkupeerder sou hy steeds ’n retensiereg vir verbeterings gehad het. Volgens verskeie bronne (*Rubin v Botha* 1911 AD 568; *Fletcher and Fletcher v Buluwayo Waterworks* 1915 AD 636; De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid* (1989) 249–257; Scott *Lien* 1981 *LAWSA* par 107; Van der Merwe *Sakereg* (1989) 714–715; Van der Walt “Uitsettingsbevele en die huurder se vergoedingseis vir verbeterings aan die huursaak” 1989 *THRHR* 590–599) beskik *bona fide* onregmatige okkupeerders oor retensieregte vir saaklike en nuttige verbeterings. Daarnaas word ook ’n retensiereg aan *mala fide* onregmatige okkupeerders toegestaan (*Acton v Motau* 1909 TS 841; De Vos 257–259; Flemming *Krediettransaksies* (1982) 389 (in bepaalde gevalle); Van der Merwe 714–715).

Blyk dit dat M se okkupasie nog steeds regmatig is (soos hierbo betoog is), beskik hy as regmatige okkupeerder oor ’n retensiereg (*Nortje v Pool* 1966 3 SA 96 (A) en daaroor De Vos 311–327; Scott par 209; Van der Merwe 163).

3 3 Locus standi

Die vraag wat die hof bespreek, is of M die nodige *locus standi* het om ’n uitsettingsbevel aan te vra (712F-G; 714D-717H). Na die mening van die hof is die oënskynlik korrekte benadering dat DR as grondeienaar die uitsettingsbevel moet aan vra, foutief aangesien die tersaaklike beslissings waarna M verwys (sien hieronder) nie ’n behoorlike analise van die GK R1036-regulasie en in die besonder van regulasie 8-sertifikate gemaak het nie (714D-715C). Nieteenstaande die feit dat M “nog nie besit van die perseel gekry het nie” (715I-J; wat hom in daardie geval op ’n mandament van spolie geregtig sou gemaak het (715D-E)) staan die hof tog die uitsettingsbevel toe. M se *locus standi* berus volgens die hof op die statutêre effek (716F) van die regulasie 8-sertifikaat wat nie “’n relatiewe reg . . . [wat] bloot teenoor die dorpsraad of die superintendent . . . geld”, beliggaam nie (716G). M verkry ’n reg analoog aan *usus* of *habitatio* wat die grondeienaar (DR) en opeenvolgende eienaars bind (716H-I). Die hof bevind gevolglik dat regulasie 8 ’n saaklike reg van gebruik en bewoning aan M verleen het wat hy by wyse van ’n uitsettingsbevel kan afdwing (717A-B). (Die hof gebruik as verdere motivering vir die erkenning van die saaklike reg die bestaan van “die superintendent se registerhouding [as] ’n inligtingsbron en publisiteitsbron” (716H-I) asook die “verkeersbehoefte van sowel die sertifikaathouers as die dorpsraad” (717A-B).)

Daar word aan die hand gedoen dat alle GK R1036-regte slegs vorderingsregte teenoor die betrokke plaaslike owerheid daargestel het. Dit blyk onder meer uit die bewoording van GK R1036, die Wet op Swart Plaaslike Owerhede en die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984. Eers in 1977 met die invoering van huurpag kragtens artikel 6A van die Swartes (Stadsgebiede) Konsolidasie Wet is vir die eerste keer die moontlikheid geskep dat beperkte saaklike regte ten aansien van persele in stedelike swart woongebiede verkry kon word. (Dié bepaling is in gewysigde vorm oorgeneem as a 52-57 van die 1984-wet.) Vanaf 1986 met die invoering van artikel 57A-E (1984-wet) kon eiendomsreg bekom word. Volgens dié benadering beskik M dus slegs oor ’n vorderingsreg op grond van sy huurooreenkoms met DR om onder meer okkupasie te bekom. Aangesien hy nooit voorheen die perseel geokkupeer het nie

(en dus nie die mandament van spolie teen R kan instel nie), beskik hy oor geen *locus standi* om R aan te spreek nie. Hy sou wel DR kon dagvaar om okkupasie ingevolge sy huurooreenkoms met DR te verkry. Dit sou waarskynlik daartoe lei dat DR 'n uitsettingsbevel teen R moet aanvra.

Regter Flemming se standpunt dat die regulasie 8-sertifikaat van bewoning 'n saaklike reg daarstel, is ook in stryd met die algemene benadering van die regspraak oor die regs aard van GK R1036-regte. In *Tshandu v Swan* 1945 AD 12 24 waar 'n perseelpermit (kragtens GK R2057 in SK 1355 van 1923-12-14, 'n voorloper van GK R1036) ter sprake was, is beslis dat die betrokke plaaslike owerheid (die Johannesburgse Stadsraad) die eienaar van die grond was. In *Tshandu v City Council, Johannesburg* 1947 1 SA 494 (W) 498-499 het regter Blackwell bevind dat die grondeienaar (die Stadsraad van Johannesburg), en nie die huidige okkupeerder nie, aanspreeklik is om *vacua possessio* aan 'n perseelpermithouer te verskaf. Dieselfde benadering dat die grondeienaar 'n uitsettingsbevel moet aanvra, is in *Armitage v Mtetwa* 1950 1 SA 439 (T) 443 gevolg. Volgens waarnemende regter Goldstone in *Chiloane v Maduenyane* 1980 1 SA 19 (W) 21H-23D beskik die houer van 'n regulasie 20-huurderspermit slegs oor 'n statutêre vorderingsreg; die betrokke plaaslike owerheid (as grondeienaar) moet *vacua possessio* verskaf. Eers nadat okkupasie verkry is, het so 'n huurder 'n saaklike reg. (In *Buchholtz v Buchholtz* 1980 3 SA 424 (W) 425B-D is dieselfde beslis tav 'n koper wat nog nie okkupasie verkry het nie.) *Nkadia v Mahlazi* 1982 2 SA 441 (T) 447B-H stel dit duidelik dat 'n houer van 'n sertifikaat van bewoning (wat nie okkupasie van die betrokke perseel verkry het nie) oor 'n vorderingsreg - afdwingbaar slegs teen die persoon of instansie wat dié sertifikaat uitgereik het - beskik. Die hof het egter wel 'n verklarende bevel ten gunste van die sertifikaathouer uitgereik. Die geregistreerde grondeienaar beskik naas sy statutêre regte (ingevolge GK R1036) ook oor die gemeenregtelike bevoegdheid om 'n uitsettingsbevel teen okkupeerders (*in casu* 'n regulasie 7-woonpermithouer) aan te vra (*Ontwikkelingsraad Oos-Transvaal v Radebe* 1987 1 SA 878 (T) 886G-887B; vgl ook *Majola v Ibhayi City Council* 1990 3 SA 541 (OK) tav 'n uitsettingsbevel (aangevra deur die grondeienaar Ibhayi Dorpsraad) teen 'n reg 7-woonpermithouer).

4 Slot

Die oorsig van die wetgewing en die regspraak laat duidelik blyk dat die houer van die regulasie 8-sertifikaat van bewoning nie oor 'n saaklike reg beskik nie, in ieder geval nie voordat hy okkupasie verkry het nie. Sodanige sertifikaat en permithouers (wat hul regte ooreenkomstig GK R1036 verkry het) beskik voor okkupasie gevolglik bloot oor 'n statutêre vorderingsreg. Okkupasie aan so 'n houer kan net deur die betrokke grondeienaar verskaf word. Gevolglik kan slegs die grondeienaars (*in casu* die betrokke plaaslike owerheid) 'n uitsettingsbevel aanvra. Daar kan dus nie met die beslissing in *Motloung* saamgestem word nie. Indien die hof die *Nkadia*-benadering (mbt 'n sertifikaat van bewoning) sou gevolg het, kon daar wel 'n verklarende bevel ten gunste van M toegestaan word.

Indien M huurpagg verkry (weens die bepaling van die 1988-wet of op grond van die destydste aansoek kragtens a 52 van die 1984-wet (foutiewelik na verwys as a 6A van 1945-wet (711F-G)), dan is hy na registrasie daarvan geregtig op

okkupasie en kan hy as beperk saaklik reghebbende in eie naam 'n uitsettingsbevel teen enige (onregmatige) okkupeerder verkry (a 53(3)(b) en (5)(b) van die 1984-wet).

Motloung laat duidelik blyk dat daar wesenlike probleme bestaan rondom die voortsetting en inhoud van regte wat kragens GK R1036 toegeken is. Ook die toekenning van nuwe regte ná die herroeping van GK R1036 is in 'n waas van regsonsekerheid gehul. Hierdie probleemsituasie sal in aansienlik uitgebreide vorm in toenemende mate die aandag van die howe geniet – veral gesien die implikasie van die inwerkingtreëding van die Wetsontwerp op die Opgradering van Grondbesitregte (W109–91 (AS)) wat beoog om die talle kategorieë statutêre regte ten aansien van persele in selfregerende gebiede en op Suid-Afrikaanse Ontwikkelingstrust-grond in eiendomsreg te omskep.

WILLEMIEN DU PLESSIS

NIC OLIVIER

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

DELIKTUELE AANSPREEKLIKHEID VIR SKADE AANGERIG DEUR 'N ONAFHANKLIKE SUBKONTRAKTEUR

**Langley Fox Building Partnership (Pty) Ltd v De Valence 1991
1 SA 1 (A)**

Hierdie uitspraak van die appèlhof handel oor die deliktuele aanspreeklikheid van 'n bou-aannemer wat van die diens van 'n onafhanklike subkontraakteur gebruik gemaak het, vir skade wat deur laasgenoemde aangerig is. Die appellent was besig met bouwerk aan 'n gebou in die sentrale besigheidsdistrik van Johannesburg. Hy het van die dienste van verskeie subkontraakteurs gebruik gemaak, onder andere van ene D wat 'n plafon moes aanbring aan 'n gedeelte van die gebou wat oor 'n openbare sypaadjie gehang het. Die eiseres (respondent in hierdie saak) het op dié sypaadjie haar kop teen 'n houtbalk gestamp en haarself so ernstig beseer dat dit onwaarskynlik was dat sy ooit weer haar toenmalige beroep sou kon beoefen. In sowel die hof *a quo* as in die huidige uitspraak word aanvaar dat D verantwoordelik was vir die oprigting van die houtbalk (alhoewel daar nie afdoende getuienis in die verband was nie), en dat geen waarskuwingsborde vertoon is ten einde voetgangers op die potensiële gevaartoestand op die sypaadjie bedag te maak nie. In die Witwatersrandse plaaslike afdeling word bevind dat die appellent (verweerder in daardie hof) nalatig was met betrekking tot die oprigting van die houtbalk, en hy word beveel om 'n skadevergoedingsbedrag van R181 408,45 aan die eiseres te betaal. Die appellent appelleer nou teen die beslissing terwyl die respondent 'n teenappèl instel en aanvoer dat sy op 'n skadevergoedingsbedrag van R593 070 geregtig is.

Die appèlsaak lewer 'n meerderheids- en 'n minderheidsuitspraak op.

Die meerderheidsuitspraak word deur waarnemende appèlregter Goldstone gelewer. Hy begin sy uiteensetting van tersaaklike regsbeginsels met die algemene reël van sowel die Engelse as die Suid-Afrikaanse reg dat 'n lasgewer in beginsel nie aanspreeklik is vir die onregmatige dade van 'n onafhanklike kontraakteur

van wie se dienste hy gebruik maak nie (8A). Uitsonderings waar die lasgewer tog aanspreeklik is, bestaan wel (8C-D) en oor die aard van hierdie aanspreeklikheid is daar twee standpunte in die Engelse reg (8D-E). Volgens die eerste is dit 'n "vermomde" vorm van middellike aanspreeklikheid. Die lasgewer kan nie 'n plig ("duty") wat deur die reg op hom gelê is, delegeer nie en hy kan nie aanspreeklikheid vryspring deur die werk aan 'n betroubare lashebber toe te vertrou nie. Volgens die tweede standpunt is die lasgewer se aanspreeklikheid nie middellik in die ware sin van die woord nie. Hy is nie aanspreeklik vir die onafhanklike subkontraakteur se verbreking van vermeldde "duty" nie, maar wel omdat hy sy eie "duty" verbreek het. Die uitvoering van die plig kan hy delegeer, maar nie die verantwoordelikheid daarvoor nie.

Altwee standpunte het in die Suid-Afrikaanse reg weerklank gevind (8I-11D) maar waarnemende appèlregter Goldstone verkies laasgenoemde (10I-11E). Die vraag na die lasgewer se aanspreeklikheid is niks anders nie as die vraag of hy die graad van sorg aan die dag gelê het wat deur die omstandighede vereis is (11E). Die omstandighede sal sorg vereis indien die lasgewer 'n "duty of care" teenoor die eiser gehad het en die ingetrede skade nie te ver verwyderd was nie (11I). Na oorweging van 'n aantal Suid-Afrikaanse appèlhofbeslissings formuleer regter Goldstone 'n toets bestaande uit drie vrae (12H-J):

- (1) [W]ould a reasonable man have foreseen the risk of danger in consequence of the work he employed the contractor to perform? If so,
 - (2) would a reasonable man have taken steps to guard against the danger? If so,
 - (3) were such steps duly taken in the case in question?
- Only where the answer to the first two questions is in the affirmative does a legal duty arise, the failure to comply with which can form the basis of liability."

Faktore wat oorweeg kan word om vas te stel of so 'n plig op die lasgewer rus, is onder andere die aard van die gevaar; die konteks waarin die gevaar kan ontstaan; die graad van kundigheid tot beskikking van die lasgewer en subkontraakteur respektiewelik; en die middele waaroor die lasgewer beskik om die gevaar af te weer (13A-C).

Na oorweging van die feite bevind regter Goldstone dat die appellant die moontlikheid van benadeling moes voorsien het en beantwoord dus die eerste van die drie gepostuleerde vrae bevestigend. Ook die tweede vraag – te wete of die redelike man in die posisie van die appellant sou gedoen het om teen die intrede van die gevaar te waak – word bevestigend beantwoord al was daar 'n skrapsheid aan getuienis. Die lasgewer moes dit nie aan die subkontraakteur oorgelaat het om beveiligende stappe te doen nie:

"Whether such precautions were to be taken by the appellant or the contractor, as between them, is a matter depending on their contract. As far as the duty to the public in general and the respondent in particular is concerned it matters not. That duty rested upon the appellant" (14E).

Die derde vraag wat beantwoord moet word, is dan of die appellant redelike stappe gedoen het. Regter Goldstone meen dat die enigste voldoende voorsorgmaatreëls in die omstandighede sou gewees het om die gevaargebied af te sper; die oprigting van waarskuwingstekens – wat, soos gemeld is ook nie gedoen is nie – sou nie voldoende gewees het nie. Hy beslis dus dat die appellant nie die nodige stappe gedoen het nie en dat die appellant die plig wat op hom gerus het, verbreek het (14G-H).

Laastens bevind regter Goldstone dat daar geen medewerkende nalatigheid aan die kant van die eiseres-respondent was nie (15E-G). Hy beslis dat die appèl

misluk, en na oorweging van getuienis oor die eiseres se skade, dat haar teenappèl vir 'n verhoogde skadevergoedingsbedrag slaag (15G-16D). Appèlregters Milne en Steyn het met sy uitspraak saamgestem.

Die minderheidsuitspraak word deur appèlregter Botha gelewer. Hy stem saam met regter Goldstone se benadering tot die aanspreeklikheid van 'n werkgewer vir skade aangerig deur 'n onafhanklike kontrakteur (16E-F). Hy kom egter tot 'n teenoorgestelde gevolgtrekking waar hy dié beginsels op die feite van die saak toepas. Met betrekking tot die drie vrae soos in die meerderheidsuitspraak geformuleer, stem hy saam dat die eerste bevestigend beantwoord moet word. Hy stem ook saam dat – indien die ondersoek so ver sou vorder – op die derde vraag bevind moet word dat beveiligende stappe nie gedoen is nie. Appèlregter Botha verskil dus met die meerderheidsuitspraak wanneer dit oor die tweede vraag gaan, te wete of die redelike man in die appellant se posisie stappe sou gedoen het om teen die gevaar te waak, en hier is hy van mening dat die *kennis of bewustheid* van die gevaartoestand 'n deurslaggewende rol speel (17F-18D). Die getuienis voor die verhoorhof regverdig nie 'n afleiding dat die appellant van die gevaartoestand bewus was nie (18D-19B). Die omstandighede het ook nie vereis dat hy 'n punt daarvan maak om te weet wanneer die subkontraakteur met sy werk begin en om toe te sien dat beveiligende stappe gedoen word nie. Hy was geregtig om te aanvaar dat die subkontraakteur nie onredelik sou optree deur sonder voorsorgmaatreëls die werk aan te pak nie (19B-H). Ten opsigte van die belang van onderlinge ooreenkomste tussen die appellant en die subkontraakteur, verskil hy ook met die meerderheidsuitspraak (20A-C):

“In the judgment of Goldstone AJA it is said that, as far as the duty to the public and the respondent is concerned, it matters not whether, as between the appellant and the contractor, the precautions were to be taken by the former or the latter; that that duty rested upon the appellant; and that, if there were special facts or circumstances which might have relieved the appellant of its duty, they were clearly and peculiarly within its own knowledge. With respect, I take a different approach. If there were any provisions in the contract between the appellant and the contractor bearing on the taking of precautions in relation to the work, they would have had to be considered as part of all the circumstances relevant to the question whether or not the appellant was negligent *vis-à-vis* the respondent.”

Weens gebrekkige getuienis oor sodanige ooreenkomste vind regter Botha dit onnodig om verdere oorweging daaraan te skenk, en aanvaar hy dat daar geen bepaling in die kontrak was wat die appellant in hierdie verband kan bevoordeel nie. Dit beteken egter nie sonder meer dat daar 'n plig op die appellant gerus het om voorsorgmaatreëls te tref nie. Die vraag is of die redelike man in die appellant se posisie voorkomende stappe sou gedoen het. In die lig andersyds van die afwesigheid van getuienis dat die appellant bewus van die gevaartoestand was en andersyds die ooglopendheid – vanuit die oogpunt van die subkontraakteur – van die gevaar verbonde aan die werk en die voorsorgmaatreëls daardeur vereis, is nie *prima facie* bewys dat 'n “duty of care” op die appellant gerus het nie. Gevolglik meen regter Botha dat die appèl moet slaag en die teenappèl misluk (20D-H).

Appèlregter Eksteen het met appèlregter Botha se uitspraak saamgestem.

'n Paar aspekte van die onderhawige saak verdien nadere beskouing. Eerstens is dit belangrik dat 'n mens nie hier met 'n tipe *middellike aanspreeklikheid* te doen het nie. Die naaste vergelykbare geval van middellike aanspreeklikheid is dié van 'n werkgewer vir die onregmatige daad van sy werknemer. Een van die

vereistes vir dié tipe aanspreeklikheid is die bestaan van 'n werkgewer-werknemer-verhouding, en die toets hier is of die werkgewer ('n reg van) toesig en beheer oor die werknemer het (vgl in die algemeen Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1989) 309-310). Omdat 'n lasgewingskontrak – soos dié tussen die appellant en die subkontraakteur *in casu* – nie aan hierdie vereiste voldoen nie, is 'n lasgewer nie middellik aanspreeklik vir onregmatige daade van die lashebber nie. Na dié algemene reël van ons reg verwys regter Goldstone dan ook (8A). Alhoewel dele van die uitspraak moontlik 'n teenoorgestelde indruk kan skep, handel die *Langley Fox*-saak nie oor 'n uitsondering op die reël nie. Kenmerkend van middellike aanspreeklikheid is dat dit 'n vorm van *skuldlose aanspreeklikheid* is (Neethling, Potgieter en Visser 308). In die onderhawige saak word die appellant nie skuldloos aanspreeklik gehou vir die onregmatige daad van die onafhanklike kontraakteur nie. In die meerderheidsuitspraak word die appellant se aanspreeklikheid op (sy eie) nalatigheid gebaseer (vgl veral die aanhalings uit *Dukes v Marthinussen* 1937 AD 12 (8 9); *Cape Town Municipality v Paine* 1923 AD 207 (11) en *Peri-Urban Areas Health Board v Munarin* 1956 3 SA 367 (A) (12); vgl Boberg *The law of delict I Aquilian liability* (1984) 274; (12H-J 14G-H). In die minderheidsuitspraak meen appèlregter Botha weer dat die appèl moet slaag omdat 'n *prima facie* saak van *nalatigheid* nie teen die appellant uitgemaak is nie (19I; vgl 18C-D). Klaarblyklik was die appellant se nalatigheid die grondslag van die uitspraak in die hof *a quo* (sien 4G). Dit gaan dus oor normale deliktuele aanspreeklikheid van die lasgewer vir sy eie onregmatige en skuldige optrede en nie oor middellike aanspreeklikheid vir die onregmatige, skuldige optrede van 'n ander – die lashebber – nie. Dat die lasgewer nie sy “plig” kan deleger nie, behoort dus nie te beteken dat hy *altyd* aanspreeklik sal wees vir skade veroorsaak deur die nalatige optrede van die lashebber nie, maar slegs dat die lasgewer steeds soos 'n redelike man moet bly optree oftewel dat hy steeds die graad van sorg aan die dag moet lê wat deur die omstandighede vereis word (sien ook *Eksteen v Van Schalkwyk* 1991 2 SA 39 (T), veral 45-46).

Dit is jammer dat die hof weer eens van die “duty of care”-benadering gebruik gemaak het ten spyte daarvan dat die meeste skrywers dit vandag eens is dat hierdie benadering die onderskeid tussen die elemente onregmatigheid en nalatigheid vertroebel (vgl Boberg 274; Neethling, Potgieter en Visser 126-127; Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 129-130). Soos gesien, sê regter Goldstone dat positiewe antwoorde op die eerste twee van sy drie vrae op die *bestaan* van 'n “legal duty” dui. 'n Negatiewe antwoord op die derde dui op 'n *verbreking* van die regsplig, wat dan die basis van aanspreeklikheid vorm.

Die voorsienbaarheid en voorkombaarheid van skade – vasgestel met verwysing na die fiktiewe redelike man in die posisie van die verweerder – is in ons deliktereg die toets vir nalatigheid (*Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430; vgl in die algemeen Boberg 274; Neethling, Potgieter en Visser 110 ev; Van der Merwe en Olivier 128; Van der Walt *Delict: Principles and cases* (1979) 68). Daarteenoor hoort die regsplig en die verbreking daarvan by die element onregmatigheid (sien *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) en let veral op die waarskuwing op 597 dat die onregmatigheids- en nalatigheidsvereistes nie verwar moet word nie; vgl in die algemeen Boberg 31; Neethling, Potgieter en Visser 36 44 ev; Van der Walt 23-27 veral 26 27). Waarnemende appèlregter

Goldstone betrek dus kriteria vir die vasstelling van sowel onregmatigheid as nalatigheid in sy drie gepostuleerde vrae. Hierdie teenstrydigheid laat myns insiens ruimte vir drie moontlike vertolkings. Eerstens kan geargumenteer word dat die meerderheids- en minderheidsuitsprake om onregmatigheid gedraai het en dat nalatigheid glad nie ter sake was nie. So 'n vertolking sou inderdaad ruimte gelaat het vir 'n standpunt dat die *Langley Fox*-saak oor middellike aanspreeklikheid gehandel het omdat skuld aan die kant van die lasgewer dan in werklikheid nie vereis is nie. Myns insiens kan hierdie vertolking egter nie gesteun word nie. Ten opsigte van die meerderheidsuitspraak staan die hof se eie veelvuldige verwysings na nalatigheid in die weg. Dit is veral deurslaggewend dat die appellant se appèl uiteindelik misluk op grond van die antwoord op die *derde* van regter Goldstone se drie vrae wat daarop dui dat die appellant sy plig *verbreek* het. Volgens die *gesag* wat regter Goldstone self met klaarblyklike goedkeuring aanhaal, stel die *verbreking* van die regsplig *nalatigheid* daar (sien bv 10C-D; 12E). Dit kan dus wees dat die hof met betrekking tot die eerste twee vrae wat oor die *bestaan* van die regsplig handel, met die vraag na onregmatigheid besig was, maar wanneer hy oorgaan na die derde vraag is hy duidelik besig met nalatigheid (vgl in dié verband Van der Walt 24 se uiteensetting van die sg "duty issue" en "negligence issue"). In die minderheidsuitspraak wentel die uitspraak wel om die *tweede* vraag en nie die derde nie, maar – soos gesien is – bevind appèlregter Botha uitdruklik dat 'n *prima facie* saak van *nalatigheid* nie teen die appellant uitgemaak is nie (19I).

Aanvaar 'n mens dat die vertolking verkeerd is dat die uitspraak net oor onregmatigheid handel, laat dit twee moontlikhede: eerstens, dat die hof met sy drie vrae onregmatigheid en nalatigheid saam afhandel; en tweedens, dat die hof die aanwesigheid van onregmatigheid aanvaar en dan net met nalatigheid werk (vgl bv Neethling, Potgieter en Visser 53 vn 128).

Myns insiens sou dit suiwerder en minder verwarrend gewees het om die saak soos volg te benader: As vertrekpunt dien daarop gelet te word dat 'n mens hier met aanspreeklikheid weens 'n *late* te make het: die versuim van die lasgewer en/of die lashebber om teen die benadeling van 'n derde te waak. Onregmatigheid by 'n late bestaan in die verbreking van 'n regsplig wat met verwysing na die *boni mores* vasgestel word (*Minister van Polisie v Ewels supra* 596 – 597). Die beoordeling geskied objektief en *terugskouend* en die beoordelaar neem al die faktore in ag wat werklik teenwoordig was en al die gevolge wat werklik ingetree het (sien bv Neethling, Potgieter en Visser 33 129 ev). 'n Voorafgaande daadwerklike handeling wat 'n gevaartoestand skep ("prior conduct") of die beheer oor 'n gevaarlike voorwerp of toestand is faktore wat *in casu* op die bestaan van 'n regsplig kan dui (*Ewels*-saak 597). *Kennis* (nie voorsienbaarheid nie) van die bestaan van die gevaartoestand kan ook so 'n faktor wees (vgl die onderhawige minderheidsuitspraak 17A-18D; *Van der Merwe Burger v Munisipaliteit van Warrenton* 1987 1 SA 899 (NK); Knobel 1987 *THRHR* 484; Neethling Potgieter en Visser 52 vn 119 53 vn 126). Ook die objektiewe uitvoerbaarheid van die stappe wat nodig sou wees om die skade te voorkom, moet hier in berekening gebring word (vgl *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 1 SA 102 (A)). Staar onregmatigheid vas, moet skuld – hier nalatigheid – oorweeg word. Hier is die toets subjektiewer as dié vir onregmatigheid en die beoordeling geskied *vooruitskouend*. Daar word naamlik gevra of die redelike man in die posisie van die dader die skade sou voorsien het, en indien wel of hy skadevoorkomende of skadeverminderende stappe sou gedoen het, en indien wel of

die dader se optrede van dié van die redelike man afgewyk het (*Kruger v Coetzee supra* 430). Dit gaan dus nie hier om al die werklik teenwoordige faktore nie, maar oor dié wat die redelike man sou voorsien het en waarvan hy bewus sou gewees het (vgl Neethling, Potgieter en Visser 129 ev).

Toegepas op die feite kan moontlik geargumenteer word dat die lasgewer 'n regsplig gehad het om benadeling van die eiseres te voorkom. Hy het immers deur sy lasgewing 'n daadwerklike bydrae tot die skep van die gevaartoestand gemaak. In sy guns kan egter aangevoer word dat sy bydrae vergeleke met dié van die lashebber indirek en gering was, en dat hy – waarskynlik anders as die lashebber – nie direkte beheer oor die gevaartoestand gehad het nie. In die laaste – en moontlik die belangrikste – plek was hy nie bewus van die gevaartoestand nie. 'n Mens kan sekerlik redeneer dat die *boni mores* nie op die lasgewer 'n plig sou lê om te waak teen benadeling as hy nie eers van die gevaartoestand bewus was nie. Sou nietemin aanvaar word dat daar so 'n regsplig was en dat die late van die lasgewer dus onregmatig was, moet nalatigheid natuurlik oorweeg word. Hier verkies ek die standpunt van die minderheidsuitspraak (en *Rhodes Fruit Farms Ltd v Cape Town City Council* 1968 3 SA 514 (K) 519G–H; vgl *Eksteen v Van Schalkwyk* 1991 2 SA 39 (T)) dat 'n kontraktuele ooreenkoms tussen die lasgewer en ('n betroubare) lashebber dat laasgenoemde beveiligende stappe moet doen in beginsel die nalatigheid van die lasgewer kan uitskakel. Afhangende van die omstandighede kan dit al wees wat die redelike man in die posisie van die lasgewer sou gedoen het. In so 'n geval is die lasgewer nie nalatig nie en sal die eiseres haar na die lashebber moet wend vir skadevergoeding. Aanvaar 'n mens argumentshalwe dat laasgenoemde 'n daadwerklike aandeel in die totstandkoming van die gevaartoestand gehad het, dat hy van die gevaar bewus was, en dat hy oor die gevaartoestand beheer gehad het, was sy versuim duidelik in stryd met 'n regsplig om teen die benadeling van andere te waak. Voorts sou sy versuim ook nalatig gewees het omdat die redelike man in sy posisie anders sou opgetree het. In dié verband kan die lashebber se kennis van die gevaar vir 'n tweede maal ingespan word, hier om die eerste deel van die nalatigheidstoets – die voorsienbaarheidsvraagstuk – vinnig af te handel.

JC KNOBEL

Universiteit van Suid-Afrika

DIE EFFEK VAN BUIITE-TERRITORIALE POLISIE-OPTREDE OP DIE BEREGBAARHEID VAN MISDADE

S v Ebrahim 1991 2 SA 553 (A)

Die skending van tussenstaatlike grense gevolg deur onregmatige optrede op vreemde grondgebied deur Suid-Afrikaanse veiligheidsmagte is nie 'n onbekende verskynsel nie. Onlangse getuienis voor die Harms-Kommissie wat bewerings oor die bestaan en optrede van moordbendes in die Suid-Afrikaanse Polisie moes ondersoek en die talle berigte oor die klandestiene operasies van die Burgerlike Samewerkingsburo (BSB) hier en elders in die wêreld, het dié probleem weer voorop gestel en beelde van 'n volgroeide *Leviathan* by 'n mens laat ontstaan.

Dié gebeurtenisse laat 'n mens ook terugdink aan die appèlhof se uitspraak in *Nduli v Minister of Justice* 1978 1 SA 893 (A) wat die verhaal vertel van lede van die Suid-Afrikaanse Polisie wat gedurende die nag die Swazilandse grens oorgesteek het om verdagtes ingevolge die eertydse Wet op Terrorisme 83 van 1967 gevange te neem, na Suid-Afrika te bring en strafregtelik te vervolg. Ongelukkig het die appèlhof destyds die beginsels van die internasionale aanspreeklikheid van state vir optrede van dié aard nie mooi verstaan nie en bevind dat aangesien die Suid-Afrikaanse regering nie die optrede amptelik gemagtig het nie, dit nie volkereglik vir die polisie se optrede aanspreeklik gehou kan word nie. Van die beginsel dat internasionale aanspreeklikheid vir 'n staat selfs uit die *ultra vires* optrede van 'n staatsamptenaar kan ontstaan wat in amptelike hoedanigheid optree, het niks tereg gekom nie.

'n Voorval soortgelyk aan dié wat in die *Nduli*-saak ter sprake gekom het, is onlangs weer deur die appèlhof hanteer in *S v Ebrahim*. Volgens die feite is die appellant (Ebrahim), 'n lid van Umkhonto we Sizwe, op 27 Februarie 1979 uit die Robbeneilandgevangenis vrygelaat nadat hy gevangenisstraf van vyftien jaar uitgedien het. Na sy vrylating is hy ingeperk maar slaag daarin om op 19 Desember 1980 na Swaziland te vlug terwyl sy inperking nog van krag was. Na bewering het die appellant vanuit Swaziland sy anti-Suid-Afrikaanse (lees: anti-regerings-) bedrywigheid voortgesit. Ongeveer ses jaar na sy ontvlugting word hy een aand by sy woning in Swaziland deur twee manspersone in privaatkleres oorrampel wat hulle later voorstel as lede van die Suid-Afrikaanse Polisie. Die appellant se hande is vasgebind, hy is oor die grens na die Republiek gesmokkel en uiteindelik aan lede van die veiligheidspolisie oorhandig wat hom ingevolge artikel 29 van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 vir ondervraging aangehou het. Toe die appellant tydens die geleentheid vermeld dat hy wederregtelik uit Swaziland ontvoer is, het ene Brigadier Schoon (wie se naam ook in verband met die moordbendes tydens die Harms-Kommissie se ondersoek opgeduik het) geantwoord dat die beskuldigde hom tans binne die grense van die Republiek bevind en "dat sy beweerde ontvoering in die lig daarvan bloot van akademiese waarde is" (565C).

Op 'n later stadium is die appellant van hoogverraad aangekla, skuldig bevind en tot twintig jaar gevangenisstraf gevonniss. Die appellant se daaropvolgende appèl word gerig teen die verhoorhof se verwerping van sy verweer, naamlik dat sy gevangeneneming in Swaziland en die daaropvolgende ontvoering in stryd met die volkereg en dus onregmatig was en dat die dade wat hom ten laste gelê word derhalwe nie ingevolge die verhoorhof se strafregtelike jurisdiksie beregbaar is nie.

Die eerste, allesbeheersende vraag voor die appèlhof was of die gevangeneneming en ontvoering deur lede van die Suid-Afrikaanse Polisie of deur persone in opdrag van die Suid-Afrikaanse Polisie uitgevoer is. Enige van hierdie moontlikhede word deur die respondent ontken. Trouens, die indruk wat die respondent wil skep, is dat daar èrens in die samelewing getroue maar totaal onbekende weldoeners van die Suid-Afrikaanse Polisie rondloop wat verdagte persone gevange neem ten einde hulle aan die gereg te oorhandig. Op dié wyse het die appellant op wonderbaarlike wyse soos 'n ryp appel in die skote van Brigadier Schoon en sy kollegas geval.

In die lig van die feitlike omstandighede van die ontvoering ondervind die appèlhof geen moeite om dié amateuragtige verduideliking as vals te verwerp

nie en word eenparig by monde van appèlregter Steyn bevind dat die appèl beslis moet word “op die grondslag dat appellant ontvoer is deur persone wat werktuie van die Suid-Afrikaanse staat was” (567-568). Sulke optrede, word verder bevind, stel die staat aanspreeklik selfs al is dit nie deur die hoogste staatsgesag gemagtig nie.

Die appèlhof trag om die onderhawige geval van die *Nduli*-saak te onderskei en wel op grond van die feit dat die appellant, anders as in die geval van *Nduli*, na die Republiek ontvoer is deur persone wat nie lede van die Suid-Afrikaanse Polisie was nie, maar wat wel in opdrag van die een of ander staatsinstansie gehandel het (568I). Gevolglik word geargumenteer dat die *ratio decidendi* in die *Nduli*-saak en die gevolgtrekking waartoe die hof aldaar gekom het, nie van toepassing op die onderhawige geval is nie. Hierdie onderskeid is gekunsteld. Hoewel die feite effens verskil, is daar tog geen beginselonderskeid tussen die *Nduli*- en *Ebrahim*-saak nie. Dit wil voorkom of die appèlhof in die *Ebrahim*-saak eerder as om met 'n standpuntinname teenoor een van sy eie vorige (foutiewe) uitsprake gekonfronteer te word, die uitweg van 'n onderskeibare *ratio decidendi* aangegryp het.

Hoe dit ook al sy, in die *Ebrahim*-saak verkies die hof om nie met volke-regtelike beginsels te werk nie maar die antwoord in ons eie reg te soek. Vir dié doel word 'n uitgebreide ondersoek van ons gemeenregtelike bronne onderneem oor die bereikbaarheid van die handeling van 'n persoon wat wederregtelik in 'n vreemde gebied gevange geneem is. Deur dié benadering te volg, het die appèlhof vir die eerste keer die Suid-Afrikaanse gemeneregsposisie op dié punt behoorlik aan die lig gebring en sodoende 'n waardevolle bydrae gelewer.

Op dié grondslag bevind die hof

“dat die verwydering oor die gebiedsgrense heen van 'n persoon uit die gebied waar hy onregmatiglik gevange geneem is, na 'n ander regsgebied, in wese as 'n ontvoering en ernstige regskenning beskou en hanteer is in die Romeins-Hollandse reg” (576B-C).

Die gevolge van sodanige onregmatige optrede, waaronder die verhoor van die ontvoerde persoon, moet volgens die hof insgelyks met nietigheid getref word (576 ev). Gevolglik word die appèl gehandhaaf en die appellant se skuldigbevinding en vonnis tersyde gestel. *Ebrahim* se ontvoering was dus nie net “van teoretiese waarde” nie.

In sy evaluasie maak die hof onder andere melding van die grense van regsbevoegdheid wat nie oorskry mag word nie en die eerbiediging van staatkundige soewereiniteit as fundamentele regsbeginsele onderliggend aan die reëls van die Romeins-Hollandse reg (582 ev). Hierdie sydelingse opmerking is van groter belang vir die onderhawige vraag as wat met die eerste oogopslag aan die lig kom en verdien verdere aandag.

Die beginsel dat die staat 'n publieke regsbelang het in die onskendbaarheid van sy staatsterritorium word feitlik alle internasionale dokumente opgeneem en is ook die grondslag van artikel 2(4) van die VVO Handves wat die territoriale integriteit en politieke onafhanklikheid van state teen aggressors wil beskerm. Om die grondslag hiervan te verstaan, is dit nodig dat die regsverhouding van die staat tot sy territorium verreken moet word.

Vanuit hierdie perspektief val dit in die eerste plek op dat die staat bepaalde dele van die staatsterritorium in *private* eiendom op gelyke voet met privaatpersone besit. Dink in dié verband aan die huise en kantore waaroor die staat

private eiendomsreg het. Hiernaas het die staat 'n *publieke* eiendomsreg op openbare weë, verdedigingswerke ensovoorts.

Hierbenewens is daar 'n derde verhouding wat verband hou met die staat as 'n publiekregtelike gemeenskap van owerheid en staatsburgers op die basis van die owerheid se eksklusiewe regsmag oor die staatsterritorium. In dié sin kan die staatsgebied nie as 'n regsobjek fungeer waarop die staatsgemeenskap eiendomsreg kan vestig nie. Die staatsgebied is in dié geval nie *ekstern* ten opsigte van die staatsgemeenskap soos 'n voorwerp van privaatsbesit ekstern ten opsigte van die regsobjek is nie, maar behoort tot die *interne* struktuur van die staat en kan nie daarvan losgemaak word sonder om die staat self op te hef nie. Hier is sprake van 'n spesiale sakeregtelike verhouding wat nie ingevolge eiendomsreg beskryf kan word nie. Dit gaan naamlik om 'n verhouding waarin die publieke regsmag van die staat essensieel is. By dié verhouding het die onlosmaaklike verbondenheid van die element van publiekregtelike heerskappy en die tipies sakeregtelike element 'n sentrale betekenis. Hierdie innerlike verbinding binne die struktuur van die staat verklaar die beginsel van die onskendbaarheid van die staatsterritorium. Dit impliseer dat geen vreemde staat binne die grondgebied van 'n ander staat jurisdiksie of heerskappyregte kan uitoefen nie. Dit is hierdie beginsel wat die inmengingsverbod in artikel 2(7) van die VVO Handves ten grondslag lê en wat vergrype soos in die *Nduli*- en die *Ebrahim*-saak as wederregtelik brandmerk.

HA STRYDOM

Universiteit van die Oranje-Vrystaat

DIE SERTIFIKAAT INGEVOLGE ARTIKEL 2(1)(a)(v) VAN DIE WET OP TESTAMENTE 7 VAN 1953

Jeffrey v The Master 1990 4 SA 759 (N)

Die aansoek het gehandel oor die geldigheid van 'n testament wat die testatrix (ene Kuppamma) by wyse van 'n duimafdruk op elke bladsy onderteken het. Twee getuies het ook in haar teenwoordigheid geteken en een van die getuies het die volgende sertifikaat op elke bladsy aangebring:

"I, Ronnie Naidoo, do hereby certify that I have satisfied myself as to the identity of the testatrix and the will so signed is the will of the testatrix Kuppamma."

Hierdie stelling is gevolg deur die handtekening van Naidoo en 'n stempel: "Ronnie Naidoo, practising attorney, Republic of SA and SWA, Shop 29, Natraj Centre, Bombay Walk, Merebank." Die meester het egter geweier om die testament as geldig te aanvaar op grond daarvan dat dit nie aan die bepalings van artikel 2(1)(a)(v) van die Wet op Testamente 7 van 1953 voldoen nie: die amp van die sertifiserende beampte is naamlik nie op die sertifikaat aangedui nie.

Die hof beslis dat selfs die feit dat alle toegelate prokureurs (volgens GK 2477 van 1984-11-16) noodwendig ook kommissarisse van ede is, nie genoegsaam vir die geldigheid van die sertifikaat is nie, aangesien die hoedanigheid waarin Naidoo die sertifikaat onderteken het nie *ex facie* die dokument blyk nie. Die

hof verwys ook na *S v Motara* 1963 4 SA 849 (A) waaruit (by implikasie) afgelei kan word dat die sertifikaat in 'n mate deur statutêre bepalings (*in casu* GK 2477) waarvan die hof kennis mag neem, aangevul kan word; die hof beslis egter dat dit nie voldoende vir die geldigheid van die sertifikaat is nie aangesien die hoedanigheid waarin die sertifiserende beampte opgetree het ook op die sertifikaat aangedui moet word.

Nou is dit moeilik om die *ratio* vir hierdie standpunt van die hof te begryp. 'n Prokureur wat 'n merk van 'n testateur sertifiseer, sal kwalik onder 'n wandinruk oor die erns van die aangeleentheid verkeer en sal ook aanvaar dat hy alle regulasies wat op hom van toepassing is sonder enige uitsondering mag toepas. Hy sal dus aanvaar dat die hoedanigheid van "prokureur" noodwendig ook die hoedanigheid van "kommissaris van ede" insluit.

Verskeie uitsprake het vantevore reeds teen oordrewe formalisme en letterknegtigheid gewaarsku. In byvoorbeeld *Oldfield v The Master* 1971 3 SA 445 (N) weier die hof om aan formalisme voorrang te gee. Die regter verklaar (449) dat

"substance would in my judgment be sacrificed to form were it be decided that the will and codicil in the present case were invalid because the commissioner of oaths certifying had not prefaced the notation with the words 'I certify that . . .' or similar words".

Ook in *In re Jennett* 1976 1 SA 580 (A), wat alom verwelkom is, verwerp die hof oordrewe formalisme uitdruklik deur te beslis dat die doel van artikel 2(1)(a)(v), naamlik om te verseker dat 'n testament wat by wyse van 'n merk onderteken is die testament van die testateur is, bereik kan word sonder om die *ipsissima verba* van die subartikel te gebruik. Hoewel beide sake oor 'n ander feitelike situasie as die onderhawige gehandel het, sou dit tog doenlik gewees het indien die hof die onderliggende waarskuwing teen formalisme in gedagte gehou en eerder die rigting aangedui in *Ex parte Nel* 1955 2 SA 133 (K) ingeslaan het. In hierdie saak het die hof te kenne gegee dat 'n testament wat nie heeltemal aan die formaliteite voldoen nie eerder geldig as nietig verklaar sal word. (Sien ook *Ex parte Goldman and Kalmer* 1965 1 SA 464 (W) en *Jhajbhai v Master* 1971 2 SA 370 (D). 'n Minder toegeeflike benadering is gevolg in *Mellvill v The Master* 1984 3 SA 387 (K) en *Kidwell v The Master* 1983 1 SA 509 (OK).)

Hoe dit ook al sy, in die *Jeffrey*-saak stel die hof dit as vereiste dat die hoedanigheid waarin die sertifiserende beampte optree, vermeld moet word. Die hof steun vir sy beslissing op *Radley v Stopforth* 1976 1 SA 378 (T), soos in appél bevestig (1977 2 SA 516 (A)). Die hof verwys na die beslissing van die hof *a quo* in die *Radley*-saak met die volgende stelling:

"After a survey of the authorities, which established that the requirements of the provision are peremptory and that a defective certificate cannot be supplemented by extraneous evidence or rectified by subsequent amendment, the learned Judge of first instance addressed the main problem as follows. He first accepted that it was essential for the officer certifying to state his office as part of the certificate. The correctness of this proposition was confirmed by the Appellate Division where Rumpff CJ said at 528H: 'Hoewel in die skriftelike betooghoofde namens appellante betoog is dat dit nie nodig is dat die sertifiseerder sy amp moet vermeld nie, het die advokaat wat namens appellante verskyn in sy mondelinge betoog toegegee dat die Wetgewer beoog het dat die sertifiseerder op die testament moet aandui dat hy die amp beklee wat hom die reg gee om te sertifiseer. Ek het geen twyfel nie dat die Wetgewer bedoel het dat die sertifiseerder se besondere amp, waarvolgens hy optree, op die testament vermeld moet word.'"

Artikel 2(1)(a)(v) Wet 7 van 1953 lui soos volg:

"2.(1) Behoudens die bepalings van artikel drie -

- (a) is geen testament wat op of na die eerste dag van Januarie 1954 verly word, geldig nie tensy –
- (v) indien die testament deur die erflater deur die maak van 'n merk of deur iemand anders in teenwoordigheid en in opdrag van die erflater onderteken word, 'n magistraat, vrederegter, kommissaris van ede of notaris aan die end daarvan sertifiseer dat hy homself oortuig het van die identiteit van die erflater en dat die aldus ondertekende testament die testament van die erflater is, en indien die testament meer dan een bladsy beslaan, elke ander bladsy as die bladsy waarop dit eindig, ook deur die magistraat, vrederegter, kommissaris van ede of notaris wat aldus sertifiseer, onderteken word op enige plek op die bladsy . . .”

Dit lei geen twyfel nie dat die bepaling van hierdie subartikel gebiedend is ten opsigte van die inhoud van die sertifikaat: die sertifiserende beampte moet sertifiseer

- (a) dat hy homself vergewis het van die identiteit van die testateur *en*
- (b) dat die testament die testament van die testateur is (*Soobramoney v Moothoo* 1957 3 SA 707 (D); *Ex parte Naidu* 1958 1 SA 719 (D); *In re Jennett* 1976 1 SA 580 (A); *Radley v Stopforth* 1976 1 SA 378 (T) (en verskeie ander)).

Die stelling dat die sertifikaat nie by wyse van getuienis aangevul kan word nie, is dus korrek wat die “inhoudelike” gedeelte van die sertifikaat betref, maar geld dit ook wat die “formele” gedeelte (naamlik die handtekening van die sertifiserende beampte) betref? Die antwoord op hierdie vraag hang saam met die (klaarblyklik problematiese) uitleg van die frase “ 'n magistraat, vrederegter, kommissaris van ede of notaris aan die end daarvan sertifiseer . . .”

Wanneer 'n wetsbepaling uitgelê moet word, is die eerste reël van interpretasie dat uitvoering aan die bedoeling van die wetgewer gegee moet word. Volgens verskeie uitsprake is die bedoeling van die wetgewer met artikel 2(1)(a)(v) om geleenthede vir bedrog sover moontlik uit te skakel (sien bv *Ex parte Suknanan* 1959 2 SA 189 (N) 191; *Ex parte Sookoo: In re Estate Dularie* 1960 4 SA 249 (O); *In re Jennett* 1976 1 SA 580 (A) en beide die *Radley*-sake). Die bedoeling van die wetgewer word vasgestel deur die gewone betekenis van die woorde wat hy gebesig het (*Union Government v Mack* 1917 AD 731; *Sigcau v Sigcau* 1941 CPD 344; Steyn *Die uitleg van wette* (1981) 4). 'n Reël wat hierby aansluit, is dat die uitlegger nie buite die woorde van die wet mag gaan nie (*Greenshields v Willenburg* 25 SC 568; *Seluka v Suskin and Salkow* 1912 TPD 258; *Bulawayo Municipality v Bulawayo Waterworks Ltd* 1915 CPD 435). Word hierdie reëls nou toegepas op artikel 2(1)(a)(v), kan geargumenteer word dat die wetgewer nêrens uitdruklik vereis dat die sertifiserende beampte sy amp of die hoedanigheid waarin hy optree, moet vermeld nie. Hierdie argument word verstewig deur die volgende stelling in *Bulawayo Municipality v Bulawayo Waterworks Ltd* 1915 CPD 435 445:

“The intention of the legislature can alone be gathered from what it has actually said, and not from what it may have intended to say, but has not said.”

Uit die woorde van die wet bly slegs dat die wetgewer vereis dat 'n persoon wat een van genoemde ampte beklee, die sertifikaat moet aanbring. Die stelling van die appèlhof in die *Radley*-saak (528) dat die wetgewer bedoel het dat die sertifiseerder se besondere amp waarvolgens hy optree op die testament vermeld moet word, blyk dus 'n doelmatigheidsreëling te wees wat afgelei is om die nodigheid vir getuienisleiding uit te skakel (soos hieronder verduidelik word). Die rede vir hierdie afleiding is te vinde in een van die vermoedens wat by wetsuitleg van toepassing is, naamlik dat die wetgewer die bestaande reg nie

meer as wat nodig is, wil wysig nie (Steyn (1981) 97). Dié vermoede bring mee dat 'n wet sover doenlik so uitgelê word dat sy bepalinge met die bestaande reg ooreenstem of so min moontlik daarvan afwyk (*Johannesburg Municipality v Cohen's Trustees* 1909 TS 818; *Seluka v Suskin and Salkow* 1912 TPD 265).

Kyk 'n mens nou na die regsposisie ten tyde van die inwerkingtreding van Wet 7 van 1953, dan geld die reël dat getuienis wel toelaatbaar is waar 'n geskil oor die regsgeldigheid van 'n dokument handel en verlydingsvereistes ter sprake is. So is in *Dukada v Dukada's Estate* 1937 EDL 372 getuienis dat 'n getuie tot 'n testament se handtekening vervals is, ondersoek en in *Brink v Brink* 1927 CPD 212 is getuienis dat die testateur se handtekening nog nie op die dokument verskyn het toe 'n getuie dit onderteken het nie, nagegaan. In beide gevalle is getuienis ten opsigte van die verlydingsvereistes wat op daardie stadium gegeld het deur die hof as toelaatbaar beskou. In die *Radley*-saak het die appèlhof uitdruklik beslis dat die aanbring van die sertifikaat 'n verlydingsvereiste vir 'n geldige testament is en sodoende die dispuut oor dié vraag bygelê. (Daar is baie geskryf en gedebatteer oor hierdie aangeleentheid: sien by Cronjé "Die sertifikaat ingevolge artikel 2(1)(a)(v) van die Wet op Testamente 7 van 1953" 1976 *THRHR* 155; Sonnekus "Radley en 'n ander v Stopforth en 'n ander 1976 (1) SA 378 (T) en Frylinck and Others v The Master and Others 1976 (2) SA 151 (K)" 1976 *TSAR* 283; Sonnekus "Artikel 2(1)(a)(v) van die Wet op Testamente" 1978 *De Jure* 146; Cronjé en Roos "Een en ander oor testamentsformaliteite" 1984 *De Rebus* 257; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse erfreg* (1990) 163 ev.) Aangesien die aanbring van die sertifikaat dus wel 'n verlydingsvereiste is, behoort getuienis ten opsigte van die nakoming van hierdie vereiste toelaatbaar te wees. Juis om die nodigheid vir getuienisleiding uit te skakel, het die hof dus genoemde doelmatigheidsreëling bygebring. (Vir verdere gesag dat getuienis toelaatbaar is waar die regsgeldigheid van 'n dokument aangeval word, sien *Noffke v Credit Corporation of South Africa Ltd* 1964 3 SA 451 (T) – dié saak stel dit ook duidelik dat daar nie in hierdie geval met ekstrinsieke getuienis gewerk word nie: Schmidt en Zeffert 9 *LAWSA* 474.)

Daar moet egter daarteen gewaak word om 'n doelmatigheidsreëling tot 'n absolute, onbuigbare vereiste te verhef deur die maak van 'n algemene, ongekwalifiseerde stelling dat getuienis *aliunde* ("extraneous evidence") aangaande die sertifikaat nie toelaatbaar is nie. Soos reeds aangetoon is (en ook bevind is in die gesag wat deur die hof *a quo* in die *Radley*-saak aangehaal is), is getuienis ten opsigte van die inhoud van die sertifikaat inderdaad nie toelaatbaar nie; dit behoort egter wel toelaatbaar te wees wat die meer "formele" aspekte van die sertifikaat aanbetref.

Aangesien dit wil voorkom of die wet hom nie leen tot die interpretasie wat die hof daaraan heg nie, is dit jammer dat die doelmatigheidsreëling wat die hof afgelei het om die nodigheid vir getuienisleiding uit te skakel, hulle noop om te weier om getuienis in verdienstelike gevalle toe te laat. Die *Jeffrey*-saak is inderdaad so 'n verdienstelike geval. Die hof kon, na kennisname van die bepalinge van GK 2477, indien hy dit steeds nodig geag het om vas te stel in welke hoedanigheid Naidoo opgetree het, getuienis oor die aangeleentheid toegelaat het.

Daar moet met Cronjé 1976 *THRHR* 161 saamgestem word dat 'n groter mate van diskresie ten opsigte van die nakoming van verlydingsvereistes aan die hof verleen moet word. 'n Mens kan net hoop dat die wetgewer binne die

af sienbare toekoms 'n wysiging aan die wet sal aanbring. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het (in Werkstuk 14, Junie 1986) byvoorbeeld voorgestel dat 'n bylae by die wet gevoeg word waarin 'n voorgeskrewe vorm verskyn wat spesifiek vermelding van die hoedanigheid vereis. Hierdie vorm sal gebruik word indien artikel 2(1)(a)(v) in sy huidige vorm behou word. Daar is ook voorgestel (101 van die verslag) dat die sertifiserende beamptes in artikel 2(1)(a)(v) deur die volgende vervang moet word:

“ 'n landdros, advokaat, prokureur of 'n bestuurder, takbestuurder, sekretaris of taksekreteraris van 'n eksekuteurskamer of trustmaatskappy”.

Die kommissaris van ede, 'n amp wat deur vele staatsamptenare beklee word, word dus uitgesluit.

Voorts is aan die hand gedoen (32 van die verslag) dat 'n kondonasiebevoegdheid aan die hof verleen word deur middel van die volgende bepaling:

“Indien 'n hof oortuig is dat 'n dokument deur 'n persoon wat sedertdien oorlede is bedoel was om sy testament te wees alhoewel dit nie voldoen aan die formaliteite vir 'n testament nie, verklaar die hof dat daardie dokument die geldige testament van die persoon is.”

Veral laasgenoemde bepaling sal die tipe probleme soos in die *Jeffrey*-saak ondervind word, uitkakel en is dus sterk aan te beveel.

J JAMNECK

Universiteit van Suid-Afrika

NALATIGHEID EN VERSKILLENDE GEDAGTERIGTINGS ("SCHOOLS OF OPINION") BINNE DIE MEDIESE PRAKTYK

Pringle v Administrator Transvaal 1990 2 SA 379 (W)

Inleiding

Ten aansien van die toets vir mediese nalatigheid in ons reg geld die algemene beginsel dat daar nie gewerk moet word met die hoogste mate van deskundigheid in die mediese profesie nie maar met die algemene en gemiddelde vlak van deskundigheid wat daar heers. Die algemene standaard in die mediese profesie wat as norm geld, kan egter beïnvloed word deur verskillende gedagterigtings ("schools of thought") wat mediese praktisyns huldig, veral ten aansien van verskillende terapeutiese en diagnostiese tegnieke wat tydens operasies en ander behandeling deur geneeshere toegepas word.

Daar kan dus gevra word of 'n mediese praktisyn wat 'n ander gedagterigting huldig oor die mediese behandeling wat toegepas behoort te word, nalatig sou wees indien hy sou afwyk van die algemeen aanvaarde tegnieke wat deur ander mediese praktisyns by operasies of behandeling toegepas word. Ook kan gevra word wat die posisie sou wees indien daar meer as een gedagterigting is ten aansien van die tipe behandeling wat 'n pasiënt behoort te ontvang.

Algemene riglyne

In die Suid-Afrikaanse positiewe reg kon daar nie gesag gevind word wat die aspek van verskillende gedagterigtings binne die mediese praktyk en die invloed daarvan op mediese nalatigheid direk aanspreek nie. Dit wil egter voorkom of skrywers (Strauss en Strydom *Die Suid-Afrikaanse geneeskundige reg* (1967) 273 ev) en hofuitsprake die invloed van verskillende en teenstrydige gedagterigtings binne die mediese praktyk op mediese nalatigheid, beoordeel aan die hand van die vraag of 'n bepaalde tegniek of behandelingsmetode algemeen in die mediese profesie beoefen word en of sodanige tegniek en behandelingsmetode as "redelik" beskou kan word.

Dié stelling kan enigsins gestaaf word met verwysing na die hof se opmerkings in *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438 457 460 (weliswaar het dit nie in hierdie saak spesifiek oor verskillende en teenstrydige gedagterigtings in die mediese profesie gegaan nie, maar bloot oor die algemene beginsels wat toepassing behoort te vind by die beoordeling van mediese nalatigheid):

"The court cannot lay down for the profession a rule of practice. It must assume that the generally adopted practice is the outcome of the best experience and that which is best suited to attain the most satisfactory results . . . The general rule of law is that where a reasonable trade usage is of universal application in a community or where a form of professional practice is generally adopted by a particular profession, a person who deals with the trade or profession is impliedly bound by the usage or practice of the profession . . . The court can only refuse to admit . . . a universal practice if in its opinion it is so unreasonable and dangerous that it would be contrary to public policy to admit it."

Waar 'n medikus 'n tegniek of behandeling toepas wat strydig met die algemeen aanvaarde mediese praktyk is, kan dit nie as 'n verweer geopper word nie; wel kan 'n medikus hom daarop beroep dat 'n bepaalde tegniek algemeen in die mediese praktyk beoefen word en as "redelik" beskou kan word (vgl Strauss en Strydom 273).

As daar meer as een gedagterigting is oor die tipe behandeling wat 'n pasiënt behoort te ontvang, is die medikus gebonde aan die standaard van praktyk wat toegepas word deur die beoefenaars van daardie gedagterigting wat hy aanhang. Die medikus wat 'n keuse maak tussen twee verskillende maar aanvaarbare metodes of tegnieke, albei met voor- en teenstanders, handel nie nalatig nie selfs al is die mening wat die medikus toegedaan is dié van 'n aanvaarde minderheidskool binne die mediese profesie. (Strauss en Strydom 271. Sien ook *Kovlasky v Krige* 1910 CTR 822 waar 'n geneesheer bloeding probeer stop het deur gebruik te maak van ysterperchloried. Ander geneesheer het getuig dat hulle ander metodes sou aangewend het - verkieslik die gebruik van 'n arterieklem en 'n afbinding. Die verweerder-geneesheer is nie in hierdie geval aanspreeklik gehou nie.)

Die Pringle-beslissing

Die keuse tussen verskillende diagnostiese tegnieke het weer in hierdie beslissing ter sprake gekom. Die eiseres het skadevergoeding van die verweerder geëis vanweë die beweerde nalatigheid aan die kant van die mediese praktisyn wat

in diens van die verweerder was. Die eiseres het 'n operasie ondergaan ('n sogenaamde mediastinoskopie) ten einde 'n klein groeisel aan haar bors te verwyder. Die partye was dit eens dat een van die eiseres se are, die *superior vena cava*, gedurende die operasie "geskeur" is, welke skeuring geweldige interne bloeding en permanente breinskade by die eiseres tot gevolg gehad het. Die chirurg wat die operasie uitgevoer het, het onmiddellik toe hy die bloeding gewaar het die mediastinum geprop; hierna is X-strale geneem en 'n borskas-insnyding gedoen ten einde die *vena cava* toe te werk. Volgens die chirurg se eie weergawe het hy toe hy die bloeding gewaar het, in 'n poging om die groeisel met behulp van die biopsietange te verwyder, te veel krag aangewend aangesien die tange aanvanklik nie die groeisel wat verwyder moes word, behoorlik wou "vasvat" ("bite") nie. Die eiseres het aangevoer dat die perforasie van die *vena cava* en die verdere gevolge veroorsaak is deur die nalatigheid van die chirurg, alternatief dat die mediastinoskopie wat hy uitgevoer het in die omstandighede nie die korrekte metode of toepaslike prosedure was nie en dat die uitvoering daarvan 'n "breach of duty" teenoor die eiseres daargestel het.

Die hof moes by die beoordeling van die korrektheid of toepaslikheid van die prosedure wat deur die verweerder-chirurg aangewend is, uit die aard van die saak sterk gesteun het op die getuienis van mediese spesialiste wat namens die eiseres en die verweerder getuig het. Gedurende die voorverhoor-konferensie wat deur die mediese spesialiste gehou is, was daar nie eenstemmigheid oor die prosedure of metode hoe die operasie uitgevoer behoort te word nie; daar is ooreengekom dat die chirurg wat die operasie moes uitvoer sy persoonlike keuse in die verband kon uitoefen (386D). Die chirurg wat namens die eiseres getuig het, het aangevoer dat die verweerder-chirurg se keuse om 'n mediastinoskopie uit te voer, debatteerbaar is en dat daar na sy mening eers 'n bronchoskopie op die eiseres uitgevoer moet gewees het. Verskeie artikels in mediese tydskrifte is by die verhoor ingedien waarin die aard en die omvang van die mediastinoskopie asook die voor- en nadele daarvan behandel is (387A-I). Die hof kom egter tot die gevolgtrekking dat die eiseres haar nie van die bewyslas gekwyt het om aan te toon dat die metode of tegniek wat gedurende die operasie aangewend is foutief of die ontoepaslike prosedure was nie. Die feit dat die verweerder-chirurg sy persoonlike keuse kon uitoefen ten aansien van die tegniek wat hy toegepas het, asook die feit dat die chirurg wat namens die eiseres getuig het 'n ander prosedure bo die uitvoering van die mediastinoskopie verkies het, beteken nog nie dat die verweerder-chirurg die verkeerde tegniek aangewend het nie (388F). Die vraag of hy sodanige tegniek effektief en volgens die algemeen aanvaarde mediese praktyk uitgevoer het, is natuurlik 'n ander saak. Alhoewel die hof, by monde van waarnemende regter Blum, nie die aangeleentheid enigsins verder bespreek nie, kan myns insiens aanvaar word dat die algemene beginsel hier indirek toepassing gevind het. Die eiseres kon in der waarheid nie aantoon dat die verweerder-chirurg 'n tegniek of metode aangewend het wat nie verantwoordbaar was binne die algemeen aanvaarde mediese praktyk en dat die keuse wat hy uitgeoefen het, onredelik was nie. Op die meriete het die hof wel bevind dat die verweerder-chirurg nalatig was omdat hy versuim het om die operasie uit te voer met die nodige sorg en vaardigheid wat van regsweë vereis word.

Opmerking

Na my mening behoort die algemene riglyne ten aansien van die erkenning van verskillende gedagterigtings binne die mediese praktyk, soos hierbo bespreek is, nie rigied deur die howe toegepas te word by die beoordeling van die professionele aanspreeklikheid van die medikus waar 'n prosedure of tegniek aangewend is wat nie in ooreenstemming met die gebruikelike mediese praktyk is nie. Die toepassing of aanwending van 'n afwykende praktyk deur 'n medikus dui nie noodwendig op nalatigheid nie. Dit val nie te betwyfel nie dat elke geval aan die hand van die besondere omstandighede wat aanwesig is, beoordeel moet word. Die beoefening van die mediese wetenskap is inherent riskant. 'n Rigiede toepassing van die algemene riglyne kan 'n inhiberende invloed hê op die effektiewe aanwending of toepassing van byvoorbeeld nuwe mediese prosedures wat noodwendig eksperimenteel van aard sal wees en moontlike nadelige gevolge vir 'n pasiënt kan inhou. Na my mening behoort die algemene riglyne nie toegepas te word op 'n wyse wat 'n demper plaas op die vernuwing en verbetering van mediese prosedures nie, mits sodanige prosedures medies verantwoordbaar en redelik is.

PA CARSTENS
Vista Universiteit

LC STEYN-GEDENKBUNDEL

'n Aantal eksemplare van hierdie verdienstelike bundel is nog beskikbaar en kan bestel word teen R15,00 per eksemplaar van:

Prof DJ Joubert
Sekretaris
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

BOEKE

SUID-AFRIKAANSE HANDELSREG

Redakteur MJ OOSTHUIZEN

Derde uitgawe Volume II; Lex Patria Johannesburg Kaapstad 1988; xvii en 1197 bl

Prys R95 + AVB (hardeband)

Die eerste volume van hierdie werk word in 1990 *THRHR* 293 bespreek. Volgens die voorwoord tot die tweede volume het dit hoofsaaklik betrekking op daardie gebiede van die Suid-Afrikaanse handelsreg wat primêr op wetgewing gebaseer is. Aangesien die tweede volume selfs nog omvangryker as die eerste is, is dit gerade om met 'n paar algemene opmerkings te volstaan. Dit is net nie moontlik om binne die perke van 'n resensie reg aan 'n werk van hierdie omvang te laat geskied nie.

Die volgende onderwerpe word gedek: wisselreg en die reg insake ander betalingsinstrumente (Goodey en Nagel); die reg insake finansiële instellings (Delport); vennootskappe (Du Plessis); maatskappyereg (Oosthuizen, Delport, Du Plessis en Buys); beslote korporasies (Oosthuizen en Buys); besigheidstrusts (Klopper); insolvensiereg (Du Plessis en Borraine); immaterieelgoederereg (Van Rooyen); en belastingreg (Piek en Franzsen).

Soos in die vorige uitgawe word die gedeelte oor die wissel-en tjekreg deur 'n duidelike uiteensetting van basiese begrippe en die gebruikmaking van voorbeelde (veral in verband met tjeks) gekenmerk. Dit moet sekerlik 'n aansienlike bydrae daartoe lewer om die stof vir 'n student meer toeganklik te maak. Soos reeds aangedui is, gaan ek nie met die skrywers in geding probeer tree oor al die punte waar ek met hulle verskil nie. Daar verskyn egter 'n paar eienaardige opmerkings (74-75 vn 37). Dit handel daar oor die ongemagtigde voltooiing van 'n onvoltooide dokument en die beskerming wat deur artikel 18 van die Wisselwet en die gemenerereg aan 'n latere verkryer verleen word. As ek die skrywers reg verstaan, word te kenne gegee dat die latere houër se kennis van die ongemagtigde voltooiing irrelevant vir die aanspreeklikheid van die ondertekenaar van so 'n dokument kan wees. Dit is duidelik verkeerd, sowel wat artikel 18 van die Wisselwet, die vergelykbare gemeenregtelike reëls as gebondenheid weens estoppel betref.

Die kort gedeeltes oor die reisigerstjek en die kredietkaart is te verwelkom in die lig van die relatiewe gebrek aan omvattende ontledings van hierdie betalingsinstrumente in die Suid-Afrikaanse regsliteratuur. Wat die gedeelte oor die reisigerstjek betref, skyn die uiteensetting van die feite in *Emerson v American Express Co* (1952) 90 Atl 2d 236 (137) nie heeltemal korrek en volledig te wees nie. Die gevolg is dat die hof se gevolgtrekking vir die leser taamlik onverklaarbaar voorkom. Voorts is die skrywers se gevolgtrekking (einde van 139) nie begryplik nie: as 't ware in dieselfde asem word die gepostuleerde dokument as 'n orderdokument en as 'n toonderdokument beskou. Die omskrywing van "kredietkaartschema" in die Woekerwet 73 van 1968 word onvolledig weergegee (145).

Wat die gedeelte oor finansiële instellings betref, het die wetgewer die skrywer ongelukkig relatief gou ingehaal. As gevolg van die vervanging van die Bankwet 23 van 1965 en die Wet op Bouverenigings 82 van 1986 deur die Wet op Depositonemende Instellings 94 van 1990, het die bespreking van eersgenoemde twee wette grootliks irrelevant geword. In 'n volgende uitgawe sal die skrywer van hierdie gedeelte waarskynlik ook aan die Wet op Beheer van Finansiële Markte 55 van 1989 aandag gee. Intussen bly die bespreking van die Wet op Beheer van Effektebeurse 1 van 1985 en die Wet op Beheer van Effekte-trustskemas 54 van 1981 besonder nuttig.

Die gedeelte oor vennootskappe is goed geskryf en ryklik voorsien van tersaaklike regspraak en ander gesag. 'n Punt van kritiek is dat die mate van onsekerheid oor die verdeling van surplus-bates na ontbinding (299; vgl De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en handelsreg* (1978) 416-417 veral vn 320) nie eintlik aandag kry nie. Die gedeeltes oor maatskappye en beslote korporasies kom eweneens voortreflik voor. In die kopie in my besit is bladsye 303-332 ongelukkig agterstevoor en onderstebo ingebind, maar 'n mens kan seker aanvaar dat hierdie gebrek hoogstens tot enkele kopieë beperk is. Die bespreking van veranderings in die beheer van maatskappye (415 ev) sal in 'n volgende uitgawe wesenlik oorgeskryf moet word in die lig van die Sekuriteitereguleringskode vir Oornames en Samesmeltings wat op 1 Februarie 1991 in werking getree het.

Twee nuwighede in die derde uitgawe is die afdelings oor immaterieelgoederereg en besigheidstrusts. In verband met laasgenoemde word gesê (593 595) dat trusts aangewend kan word om die beperkings van die Wet op die Onderverdeling van Landbougrond 70 van 1970 te omseil. Miskien is dit wel in die *praktyk* moontlik (veral as die trustee(s) aan wie die grond in trust oorgedra word nie by name genoem word nie: vgl Jones *Conveyancing in South Africa* (1985) 295). Ek twyfel egter of so 'n oordrag buite die beperkings van genoemde wet val indien daar meer as een trustee is. Per slot van rekening is 'n trust volgens die geldende reg geen afsonderlike regs-persoon nie. Op 603 word beweer dat 'n mens 'n trust met jouself as enigste trustee kan oprig. Die beslissing in *Ex parte Moodley* 1968 4 SA 622 (D) wat as gesag aangehaal word, is nie werklik gesag nie aangesien die punt nooit deur die hof oorweeg is nie. Honoré *The South African law of trusts* (1985) 112, na wie ook as gesag verwys word, kritiseer trouens tereg die aanname dat so iets moontlik is. Die opmerkings oor die posisie van trustgoed teenoor die trustee se skuldeisers (612 638 645-646) is nie deurgaans versoenbaar nie. Voorts word onvoldoende aandag aan artikel 12 van die Wet op die Beheer van Trustgoed 57 van 1988 (welke wet wel deur die skrywer bygewerk is hoewel dit toe nog nie in werking was nie) gegee. Die skrywer se weergawe van hierdie bepaling (612 vn 165) is ook nie heeltemal korrek nie.

'n Besliste verbetering in die derde uitgawe is die feit dat likwidasië van maatskappye en beslote korporasies nou saam met insolvensië behandel word. Hierdie twee onderwerpe hoort immers logies bymekaar. In die proses word heelwat duplikasie ook uitgeskakel.

Die laaste afdeling handel oor belastingreg. Die grootste deel hiervan het betrekking op inkomstebelasting. Vanweë die feit dat die posisie oor inkomstebelasting vinnig en wesenlik verander, is dit te betwyfel of dit werklik die moeite loon om hierdie onderwerp anders as in 'n losbladwerk te behandel. Vandat hierdie gedeelte geskryf is, het die prentjie met betrekking tot inkomstebelasting drasties verander. 'n Mens dink byvoorbeeld aan die wesenlike veranderings ten opsigte van die posisie van getroude vrouens, oor die begrip "totale bedrag . . . ontvang deur of toegeval aan" (sien die beslissing in *Commissioner for Inland Revenue v People's Stores (Walvis Bay) (Pty) Ltd* 1990 2 SA 353 (A) en die daaropvolgende byvoeging van 'n voorbehoudsbepaling by die omskrywing van "bruto inkomste" in die Inkomstebelastingwet) en met betrekking tot dividende. Wesenlike veranderings deur middel van regspraak (in teenstelling met wetgewing) is ook nie uitgesluit nie (vgl die "onthutsende" bevinding van die Witwatersrandse plaaslike afdeling in *Trustees of the Phillip*

Frame Will Trust v Commissioner for Inland Revenue 1990 The Taxpayer 206 dat 'n trust, anders as wat jare lank aanvaar is, nie 'n belasbare entiteit is nie).

In die lig van die destyds reeds verwagte instelling van belasting op toegevoegde waarde het die skrywers besluit om nie verkoopbelasting in te sluit nie. Ander vorme van belasting wat bespreek word, is streeksdienstebelasting, hereregte, seëlreg, handelseffektebelasting, belasting op uitvoer van diamante, doeane- en aksynsreg, en belastings wat deur provinsiale en plaaslike owerhede gehef word. Wat geskenke- en boedelbelasting betref, is volstaan met die aanbevelings van die Margo-kommissie. Die rede hiervoor was waarskynlik die verwagting dat wesenlike wysigings op hierdie gebied spoedig sou volg.

Om op te som kan gesê word dat hierdie werk (dit wil sê die twee volumes saam) steeds 'n baie nuttige naslaanbron is. Sover dit daardie gebiede betref wat tradisioneel onder handelsreg geklassifiseer word, kan 'n mens, indien nie die antwoord self nie, ten minste 'n aanknopingspunt vir verdere leeswerk oor 'n bepaalde probleem vind.

AN OELOFSE

Universiteit van Suid-Afrika

MEDIA LAW

by YM BURNS

Butterworths Durban 1990; xix and 420 pp

Price R83,00 + GST (soft cover)

The author is a well-known academic in the field of media law and has written a great deal on the subject. It is fitting that she should contribute in this manner to a dynamic section of the law from her particular perspective by publishing a comprehensive book largely based on her doctoral thesis on *Press freedom*.

The book deals at length with the following topics as they affect or may affect the media: the meaning of law; the distinction between natural law and positive law; the structure of the South African legal system; the history of the media in South Africa; freedom of expression; the legal protection of human rights including freedom of expression and freedom of the press; the Internal Security Act of 1982; the Public Safety Act of 1953; the Police Act of 1958; the Prisons Act of 1959; the Intimidation Act of 1982; the Advocate-General Act of 1979; the Demonstrations in or near Court Buildings Prohibition Act of 1982; the Defence Act of 1957; the Protection of Information Act of 1982; the Nuclear Energy Act of 1982; the National Key Points Act of 1980; the Petroleum Products Act of 1977; the Armaments Development and Production Act of 1968; the National Supplies Procurement Act of 1970; personality rights; defamation; criminal defamation; invasion of privacy; *crimen iniuria*; copyright; court proceedings and court reporting; contempt of court; contempt of commissions; the Publications Act of 1974; Indecent or Obscene Photographic Matter Act of 1967; the Media Council; advertising; unlawful competition; labour-law aspects; registration of newspapers; journalistic privilege; and, finally, broadcasting by radio and television.

The author is to be commended on the overall and general arrangement of subject matter in a logical and readily accessible manner. It is a pity, however, that she

thought fit to retain the academic style of her doctoral thesis in the presentation of the subject matter. This unnecessarily overburdens the text with discussions of cases as well as editorial comment instead of concisely stating the applicable legal principle and being selective with those cases that do warrant a more detailed treatment (see eg 85–88 96–97 112–114). In some instances the author deviates from the stated topic into an *excursus* and includes topics (eg labour law), the relevancy and importance of which in the strict context of media law is not always altogether apparent to the reader (eg 88 91–93 121 127). Despite the comprehensive nature of the work the following omissions were noted (without being exhaustive): the failure to deal with sections 57, 59 and 62 of the Internal Security Act of 1982 (ie prohibition on the advertising or calling of prohibited meetings, organised resistance against the laws of the Republic and the fomenting of hostility between race groups – the latter only being mentioned in passing (78) and the import not explained or brought clearly into context with *S v Mbiline* 1978 3 SA 131 (E)); the omission of *Taljaard v S & VA Rosendorff & Venter* 1970 4 SA 243 (O) (race as a defamatory statement); the failure to deal specifically with examples of defamation (whilst dealing with examples of invasion of privacy). Another reviewer of this work (Norval 1990 *De Rebus* 740) has pointed to factual inaccuracies which have no detrimental effect on the reliability of any legal principle stated in the text, but which mar the overall favourable impression created by the book.

There is, further, a breakdown in the internal structure of the book which, to say the least, is very confusing and disturbing. In particular, the system of differentiating between paragraphs and subparagraphs and in some isolated instances the treatment of topics under inappropriate headings or no headings at all is less than satisfactory. This in many instances confuses the reader to such an extent that he is compelled to return to the beginning of a section in order to re-establish the relevance and sequence of what he is reading to the stated topic. Particularly noteworthy examples are the following: 104 (education regulations with a critical discussion of the merit of all regulations directly thereafter); 110 (the paragraph differentiation starts off with a capital Roman II followed by 4, Roman (i), then (a), then (b) and finally an (aa) followed once more by a Roman (i)!); 147 (dealing with the interpretation of defamatory matter and *innuendo* under the heading “Publication”); and 157 (the inclusion of the defence of public interest against defamation under the heading “Fault/intention/*animus injuriandi*”).

Technically and typographically the book maintains a high standard although I must comment that the particular copy supplied to me had a faint typeface which induced eyestrain. The general index is satisfactory but can be improved. (Eg, The Legal Deposit of Publications Act of 1982 and opinion polls are impossible to trace. Unless the reader is aware of the fact that eg opinion polls are dealt with under advertising and more specifically under “Electoral Act”, he or she will spend a considerable amount of time in locating this topic.) The system of paragraph differentiation employed by the publishers does not complement the text and is extremely confusing and illogical.

On the whole this work is an important contribution to the field of media law. It has its strengths and weaknesses, the strengths being that it is comprehensive and detailed (especially in matters relating to administrative law and the Publications Act of 1974), and the weaknesses being some omissions, its general style and inconsequential and indifferent internal structure. It nevertheless complements the existing literature on South African media law and will be of particular interest to the student and practitioner.

HB KLOPPER
University of Pretoria

BUSINESS TRANSACTIONS LAW

by R SHARROCK

*Second Edition; Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1989; xvi
and 416 pp*

Price R53,00 + GST (soft cover)

The objective of this edition of *Business transactions law* remains the presentation of a book which is geared to the needs of new students of commercial transactions. This objective is, in my opinion, admirably achieved.

The work comprises thirty-one chapters which fall under seven parts, with two appendices. The introduction in Part One contains a clear exposition of several basic legal concepts, the courts and their jurisdiction, sources of the law and the main divisions of the law. Parts Two and Three deal with the formation and effect of contracts. I found these especially impressive, and they will undoubtedly be very useful to students. Part Four contains an exposition of miscellaneous contracts. The choice of topic was largely influenced by the syllabus suggested by the Public Accountants' and Auditors' Board (author's preface to the second edition). In this edition a new chapter on partnership has been introduced. It seems to me unfortunate that this chapter was not incorporated in a broader discussion of various forms of business enterprise, which could then also have inclined a basic introduction to company and close corporation law (in this regard see also the comments in the review by Larkin 1989 *De Rebus* 587). Brief mention of all three of these forms of business enterprise is made in the discussion of contractual capacity (chapter 2), but to devote a chapter to only one of them may create the wrong perception amongst new students as to their relevant importance in practice. A similar comment may be made in respect of chapter 26 which deals with cheques. This chapter, somewhat unusually, also falls under Part Four (miscellaneous contracts). The author's explanation in the introductory paragraph is that cheques are not only a mode of payment, but also a source of obligations and may, as such, be considered in the same light as one of the special contracts. Here too, I should have preferred a chapter dealing with various instruments of payment, which could then, in view of their importance in modern-day commercial transactions, have included credit cards and documentary letters of credit.

Part Five deals with non-performance of the contract and includes a chapter on arbitration. Brief mention is made of other means of settling disputes in chapter 21 (employment). Security and insolvency are discussed in Parts Six and Seven respectively. It is suggested that the chapter on insolvency should be expanded in a further edition, which I hope we may look forward to. Stamp duty and certain aspects of the law of property are discussed in the two appendices.

This edition again contains a most useful and practical exposition of most of the areas which a newcomer to commercial transactions is likely to encounter. Brief summaries of leading cases on particular aspects should facilitate their use by students. The language is clear and concise, and the print easily legible. I would recommend this book without hesitation to all students. The principal works and cases referred to also provide useful sources for further study of specific aspects by practitioners.

MICHELE HAVENGA
University of South Africa

INLEIDING TOT DIE WET OP BESLOTE KORPORASIES

deur HJ DELPORT en JT PRETORIUS

Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1990; 184 en ix bl

Prys: R29,50 + AVB

Hierdie werk is ook in Engels gepubliseer as *Introduction to the Close Corporations Act*. Hoewel in Afrikaans, geld die resensie vir beide weergawes.

In die voorwoord word genoem dat die oogmerk met die werk is "om die ver naamste beginsels in breë trekke uiteen te sit". In hierdie doel word merendeels geslaag.

Die werk beslaan 184 bladsye waarvan die eerste 91 bladsye gewy word aan aspekte soos oprigting, omskakeling, lidmaatskap, interne en eksterne verhoudings, verantwoording en openbaarmaking, aanspreeklikheid, likwidasie, deregistrasie, strawwe, administrasie en belasting. Die res van die boek (93 bladsye) word afgestaan aan die Wet op Beslote Korporasies, voorbeelde van administratiewe regulasies en voorgeskrewe vorms. Laasgenoemde doen in 'n mate afbreuk aan genoemde oogmerk omdat minder as die helfte van die totale inhoud van die werk uiteindelik 'n bespreking van die spesifieke beginsels van die beslote korporasiereg is.

Terloops kan vermeld word dat in verskeie publikasies wat reeds verskyn het, die wet, regulasies en voorgeskrewe vorms uiteengesit word, byvoorbeeld Cilliers, Benade, Oosthuizen en De la Rey *Beslote korporasies: 'n volledige gids* (1989). Die wet, voorgeskrewe vorms en regulasies is ook teen 'n baie lae koste beskikbaar by die staatsdrukker (79c per wet).

Na die verskyning van die boek het daar reeds verskeie wysigingswette verskyn, onder meer die Wysigingswet op Beslote Korporasies 17 van 1990 wat artikels 29, 55 en 62 wysig. Hier kan veral gelet word op die belang van die wysiging van artikel 55 met die invoeging van die term "ander regs persoon" waardeur bestaande regs onsekerheid uit die weg geruim word. Ongelukkig word daar nie aangedui watter wysigingswette bygevoeg is nie (92). Daar word wel aangedui welke regulasies bygewerk is (149). 'n Probleem met die publikasie van die *verbatim*-teks van wetgewing is dat dit vinnig verouder hoewel dit gerieflik kan wees om die wet, vorms en regulasies byderhand te hê. Na die wet, vorms en regulasies volg 'n volledige woordregister wat die opspoor van begrippe vergemaklik.

Inleiding tot die Wet op Beslote Korporasies is in sagteband in Afrikaans en Engels beskikbaar. Die tegniese versorging van die boek is goed. Sonder om die boek te proeflees, is geen spelfoute opgespoor nie. Dit is 'n maklik leesbare werk wat duidelik uiteengesit is aangesien aan die begin van elke hoofstuk 'n bondige samevatting van die inhoud van die betrokke hoofstuk aangetref word. Die teks word verder verduidelik deur gebruik te maak van verklarende voorbeelde. Gedeeltes in die teks word tussen hakies geplaas, byvoorbeeld: " 'n Vennootskap kan dus nie 'n ledebelang in 'n korporasie behou nie. (Dit is 'n ope vraag wat die posisie sal wees wanneer 'n vrou wat 'n ledebelang hou later binne gemeenskap van goed trou.)" (20). Dit kan steurend wees en behoort eerder as deel van die teks verwerk te word.

In die werk word daar ook op 'n vergelykende wyse na maatskappyregtelike en vennootskapregtelike bepalings verwys. Hierdie vergelyking word nietemin op so 'n wyse gedoen dat die selfstandigheid van die beslote korporasie as ondernemingsvorm tereg beklemtoon word.

Die werk behoort veral byval te vind by diegene wat vir die eerste keer met beslote korporasiereg te doen kry en 'n rigtinggewende en doeltreffende inleiding tot hierdie vinnig ontwikkelende vakgebied behoef.

U PEYPER

Universiteit van die Oranje-Vrystaat

INDIGENOUS CONTRACT IN BOPHUTHATSWANA

CENTRE FOR INDIGENOUS LAW UNISA

JL van Schaik Pretoria 1990; xvii en 108 bl

Prys R32,00 + AVB

Hierdie boek is die resultaat van veldwerk en bibliografiese studie van ses medewerkers.

Tegniese en taalkundige versorging Die boek is tegnies voortrefflik versorg. Ek het slegs een fout raakgesien, naamlik "con-tractual" in plaas van "contractual" (37). Die invloed van die tipiese skryfstyl van wyle professor AC Myburgh, te wete kompakte en helder formulering, blyk duidelik. Daar is, terloops, 'n kort huldeblyk (xi-xiii) aan professor Myburgh waarin sy taalvaardighede beklemtoon word.

Sistematiek Die boek val sistematies sinvol uiteen. Aanvanklik word die algemene beginsels van kontraktuele aanspreeklikheid behandel (6-27); daarna word verskeie spesifieke kontrakte onder die loep geneem (28-100). Die werk is meer as 'n blote beskrywing van die verskillende aspekte van die inheemse kontraktereg van Bophuthatswana. Daar word deurgaans regsvergelijkend te werk gegaan - by geleentheid word selfs na die Romeinse en Germaanse reg verwys (10-11).

Dokumentasie Die werk is goed gedokumenteer. Daar is nietemin tog 'n paar oorsigte soos Labuschagne en Davel "Die Sisa-kontrak" 1979 *De Jure* 277, 1980 *De Jure* 108; Dlamini "Maintenance of minor children" 1984 *SALJ* 346; en Labuschagne "Regspluralisme, regsakkulturasië en onderhoud van kinders in die inheemse reg" 1986 *De Jure* 293.

Konklusie In die algemeen kan gesê word dat 'n mens in hierdie boek die resultaat van baanbrekerswerk aantref wat by dosente, studente en praktisyns met vrymoedigheid aanbeveel word. Die Sentrum vir Inheemse Reg van Unisa moet hierdie waardevolle arbeid voortsit en, indien moontlik, uitbrei.

JMT LABUSCHAGNE

Universiteit van Pretoria

**DIE WET OP DIE HOOGGEREGSHOF 59 VAN 1959
EN DIE WET OP LANDDROSHOE 32 VAN 1944**

deur HJ ERASMUS en OJ BARROW

Vyfde uitgawe; Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1991; 491 bl

Prys R68,00 + AVB (sagteband)

'n Verdere uitgawe van hierdie sagteband-wetgewingsdiens van Juta is tans beskikbaar. Die formaat asook die grootte daarvan het onveranderd gebly sodat dit steeds gemaklik hanteer. Hierdie werk is gerig op studente (veral dié in die siviele prosesreg)

wat 'n behoefte het aan 'n tot op datum bygewerkte-uitgawe van gemelde wette asook die reëls wat daarkragtens uitgevaardig is. Dosente sal eweneens die werk nuttig vind.

Soos voorheen is die werk voorsien van 'n volledige inhoudsopgawe, sake- en woordregisters en die reëls wat in die onderskeie afdelings van die hooggeregshof geld. Die werk is op datum tot 1 Desember 1990 en alle beslissings wat in *Die Suid-Afrikaanse Hofverslae* oor voormelde wette en stelde reëls gerapporteer is, is ook tot hierdie datum bygewerk.

Hierdie bekostigbare publikasie is in sowel Afrikaans as Engels beskikbaar.

E HURTER

Universiteit van Suid-Afrika

**PRINCIPLES OF CIVIL PROCEDURE IN THE
MAGISTRATES' COURTS**

deur CF ECKARD; vertaal deur M DENDY

Tweede uitgawe; Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1990; lxxiii en 373 bl
Prys R86,00 + AVB

Hierdie werk is 'n vertaling van die Afrikaanse boek *Grondtrekke van die siviele prosesreg in die landdroshof*. Laasgenoemde is vroeër (1991 THRHR 329-331) gereenseer en ek bevestig weer die positiewe aspekte daarvan. Omdat die boek die beginsels waarop siviele litigasie in die landdroshof berus, op so 'n logiese, eenvoudige en praktiese wyse uiteensit, word die Engelse vertaling daarvan verwelkom.

Praktisyns wat die Afrikaanse weergawe gebruik vanweë die baie nuttige voorbeelde van vorms en pleitstukke daarin vervat en wat moontlik in 'n gegewe geval hul dokumente in Engels wil opstel, kan nou die Engelse vertaling gebruik om dieselfde voorbeelde in akkurate en idiomatiese Engels na te slaan. Vir die akademie hou die boek ook voordele in. Dosente wat 'n stuk werk met studente behandel, kan die studente nou na 'n enkele handboek verwys met die wete dat sowel Afrikaans- as Engelssprekende studente dieselfde stuk werk sal bestudeer. Die Engelse vertaling sal waarskynlik ook 'n uitkoms wees vir studente vir wie Engels moontlik 'n tweede of derde taal is, maar wat Engels nietemin beter as Afrikaans verstaan.

Die vertaler moet gelukkigewens word met sy uitstekende vertaling. Die styl is vloeiend en maklik leesbaar en idiomaties van 'n hoë gehalte. Die tegniese versorging is goed. Die boek kan beslis aanbeveel word vir studente en enigiemand anders wat die betrokke vak in Engels wil bestudeer.

SS NEL

Universiteit van Suid-Afrika

Die openbare verdedigerstelsel as vorm van regshulp*

Rita A Jordaan

BA LLD

Professor in die Straf- en Prosesreg, Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

The public defender system as a form of legal aid

Legal services constitute a commodity which is available only at a cost. Many people do not have the funds to avail themselves of this service. Legal aid is provided to the population by the Legal Aid Board, university law clinics, the Legal Resources Centres and advice bureaux. It does seem, however, as if these legal aid services do not adequately address the needs that exist. In criminal matters, approximately 80% of the more than two million accused appear unrepresented in the magistrate's courts annually, of which more than a hundred thousand receive a jail sentence. The Minister of Justice has requested the Legal Aid Board to investigate the feasibility of a public defender system for South Africa. The question that now arises is whether such a system would solve the problem in the lower courts and thereby ensure greater access to the legal system, which in turn would lead to a greater number of just and fair trials.

1 INLEIDING

"From a layman's point of view, the judicial system in South Africa is currently a trial by ordeal. The accused or litigant is put through various tests. These tests include being thrust into an environment where everybody dresses in black robes, where everybody stands and bows on cue, where everybody addresses each other with extreme politeness when, in fact, their thoughts are just the opposite. The accused or litigant is thrust into a situation where everybody he meets is a legal professional carrying briefcases full of tomes of wisdom and quoting Latin and Dutch phrases. The accused or litigant turns to view the courtroom and there are no other laymen in sight. Of course, the major ordeal that the accused or litigant has to survive, is the ordeal of costs . . ." (Nuusbrief: *People of Justice* (1990-11-01) 2-3).

Regsdienste is tradisioneel 'n kommoditeit wat slegs teen 'n prys beskikbaar is. Elke persoon wat met die reg te doen kry, kom voor die beproewing van koste te staan. Dit maak nie saak of dit 'n huweliksvoorwaardeskontrak is wat opgestel moet word, 'n egskedingsaksie wat aanhangig gemaak moet word of dalk 'n kriminele klag waarby 'n persoon betrokke is nie. Die vraag wat telkens opduik, is: Wat gaan dit my kos? Baie mense is in die bevoorregte posisie om vir regsdiens te kan betaal, maar wat van diegene wat nie eers 'n egskedingsaksie kan oorweeg nie omdat die nodige fondse ontbreek om regskostes aan te gaan? Dit is waar regshulp ter sprake kom.

* Hierdie artikel is gebaseer op 'n intreerede gelewer aan Unisa op 1991-08-06.

Regshulp kan omskryf word as regsdiens wat aan behoeftige persone verskaf word wat die diens nie andersins sou kon bekostig nie. Regshulp word uit verskeie oorde aan behoeftige persone verskaf deur onder andere die Regshulpraad, regslynieke verbonde aan universiteite, die Legal Resources Centres en adviesburo's.

Dit wil egter voorkom of die regshulpdienste wat tans beskikbaar is nie aan die behoeftes voldoen nie. Wat strafaangeleenthede betref, blyk die hulp by uitstek onvoldoende te wees as al die beskuldigdes wat daaglik onverdedig verskyn in gedagte gehou word. Volgens beraming verskyn jaarliks sowat 80% van die meer as twee miljoen beskuldigdes onverdedig in die land se landdros-howe en word meer as honderdduisend van hierdie onverdedigde beskuldigdes jaarliks gevangenisstraf opgelê.¹ Verskeie faktore kan vir hierdie toedrag van sake verantwoordelik wees, waarvan die belangrikste seker die gebrek aan fondse en onkunde aangaande beskikbare regshulp is.

Ek gaan my verder net tot strafregtelike aangeleenthede beperk omdat die nood in dié verband hoër is. Regshulp wat siviele aangeleenthede betref, word gevolglik buite rekening gelaat.

Die Minister van Justisie het 'n tyd gelede die Regshulpraad versoek om die moontlikheid van 'n openbare verdedigerstelsel vir Suid-Afrika te ondersoek.² In wese behels die stelsel dat persone met regs kwalifikasies deur 'n regshulp- of ander organisasie teen 'n salaris in diens geneem word om die verdediging van behoeftige beskuldigdes waar te neem. Die openbare verdediger kan dan op gelyke voet met die staatsaanklaer funksioneer. As so 'n stelsel eers gevestig is, kan dit daartoe bydra dat die beskikbare regshulp in 'n groter mate as tans aan die bestaande behoefte voldoen. Huidig voldoen die *pro deo*-stelsel in 'n baie beperkte mate aan hierdie behoefte waarskynlik omdat *pro deo*-verdediging slegs vir ernstiger misdade beskikbaar is.³

Die vraag is nou of die openbare verdedigerstelsel die probleem van onvoldoende regshulp in die land se strashowe kan ondervang en sodoende groter toeganklikheid tot regspleging bewerkstellig wat tot regverdiger en billiker verhoor aanleiding sal gee.

2 DIE SUID-AFRIKAANSE JUDISIËLE MODEL

Die Suid-Afrikaanse judisiële model is 'n adversoriese of "teenparty" stelsel. Dit veronderstel twee opponerende partye wat hulle geding voor 'n regterlike amptenaar voer om sodoende judisiële onpartydigheid te verseker. Hierdie model veronderstel dat die voorsittende beampte 'n passiewe rol vertolk en dat daar 'n mate van gelykheid met betrekking tot opleiding, ondervinding en bekwaamheid tussen die twee opponente bestaan ten einde die voorsittende beampte in staat te stel om 'n onpartydige oordeel oor die feite van die saak te maak.⁴ Om

1 Maart 1991 *Regshulpraad Bulletin* 3; 1988 *De Rebus* 559; 1989 *De Rebus* 890; 1990 *De Rebus* 428 429; 1991 *De Rebus* 14.

2 Maart 1991 *Regshulpraad Bulletin* 3; 1990 *De Rebus* 840.

3 *R v Mati* 1960 1 SA 304 (A); *S v Chaane* 1978 2 SA 891 (A); *S v Gibson* 1979 4 SA 115 (D).

4 *Enslin v Truter* (1852) 1 SC 207 215; *S v Grootboom* 1982 1 PH H78 (OK); *S v Zulu* 1990 1 SA 655 (T) 660F-J; Snyman "The accusatorial and inquisitorial approaches to criminal procedure: some points of comparison between the South African and Continental systems" 1975 *CILSA* 103; Steytler "The search for the truth: cross-examination and the incompetent adversary" 1988 *SACJ* 319.

wesenlik en prosesregtelik geregtigheid te laat geskied, is dit vir die adversoriese stelsel noodsaaklik dat die partye “highly combative, effective, and evenly matched adversaries” moet wees.⁵ In geval van ongelykheid tussen die partye, soos waar ’n onverdedigde beskuldigde teenoor ’n staatsaanklaer te staan kom, sal die stelsel nie daarin slaag om geregtigheid met behulp van so ’n tweestryd te bewerkstellig nie. Dit is ook nie wenslik dat die hof van sy toegekende passiewe rol afwyk om wesenlik in te meng ten einde die onverdedigde beskuldigde behulpsaam te wees in navolging van die beginsel van ’n billike verhoor nie.⁶

Die voorsittende beampte is nie in ’n posisie om namens die onverdedigde beskuldigde sy saak te voer nie. Daar is al gesê:

“Of all false and foolish *dicta*, the most trite and the most absurd is that which asserts that the Judge is counsel for the prisoner . . . The Judge cannot be counsel for the prisoner, ought not to be counsel for the prisoner, never is counsel for the prisoner . . .”⁷

Omdat die oorgrote meerderheid beskuldigdes nie regsverteenvoordinging geniet nie, bestaan die moontlikheid dat ongeregtighede in die howe kan plaasvind weens die ongebalanseerdheid hierbo genoem. Dit gebeur dikwels dat die landdros uit sy pad gaan om ’n beskuldigde wat nie verteenwoordig is nie, te help.⁸ Dié hulp kompenseer egter nie vir die voordele verbonde aan regsverteenvoordinging nie en druis teen onpartydigheid in.

3 DIE REG OP REGSVERTEEUWOORDIGING

3 1 Inleiding

Alhoewel algemeen aanvaar word dat regsverteenvoordinging wenslik is, is dit myns insiens nie slegs wenslik nie, maar inderdaad noodsaaklik vir behoorlike regspraak in die Suid-Afrikaanse regstelsel: in die adversoriese stelsel is regsverteenvoordinging noodsaaklik om ’n billike verhoor te verseker.

Die noodsaaklikheid van regsverteenvoordinging in strafsake word bevestig in die uitspraak van die Amerikaanse hooggeregshof in *Gideon v Wainwright*⁹ waar beslis is dat

“in [the] adversary system of criminal justice, any person hailed into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial unless counsel is provided for him . . .”

Die Amerikaanse konstitusie bepaal trouens uitdruklik dat “in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right . . . to have the assistance of counsel for his defence” en ook dat geen staat “[shall] deprive any person of life, liberty

5 Steytler *The undefended accused* (1988) 8.

6 *S v Nkosi* 1972 2 SA 753 (T) 763H-764C; Steytler *idem* 10 ev.

7 *S v Khanyile* 1988 3 SA 795 (N) 799A-B; *Nakani v Attorney-General, Ciskei* 1989 3 SA 655 (CK) 658H-J; Selikowitz “Defence by counsel in criminal proceedings under South African law” 1965/1966 *Acta Juridica* 70.

8 Direktoraat Justisie Verslag (1989-07-01 tot 1990-06-30) 57: Landdroste verrig verreweg die meeste regterlike werk en ongeveer 90% van alle strafsake is gedurende die genoemde periode in die distriks-en streekshoue aangeteken. Landdroste bepaal dus in ’n groot mate die beeld wat die gemeenskap van die regspleging vorm. Die feit dat daar gedurende die genoemde periode slegs by 0,03% van die aangetekende sake met die skuldigbevinding of vonnis by outomatiese hersiening ingemeng is, dui daarop dat landdroste hulle goed van hulle taak kwyf. Sien ook 1988 *De Rebus* 559.

9 372 US (1963) 335 344.

or property, without due process of law" nie.¹⁰ Die onbillikheid teenoor 'n beoefteige beskuldigde wat nie die bystand van 'n regsverteenwoordiger het nie, blyk duidelik uit die feite van die Amerikaanse saak *Powell v Alabama*.¹¹ In dié saak is sewe persone van verkragting aangekla. Al sewe het onskuldig gepleit. Geen navraag is gedoen om vas te stel of hulle regsverteenwoordiging het nie en of hulle dit kon bekostig nie. Die verhoorhof het al die lede van die plaaslike balie aangestel om by die pleitverrigtinge te help en het aangeneem dat hulle sou voortgaan om te help as daar nie 'n spesifieke regsverteenwoordiger na vore kom nie. Geen regsverteenwoordiger is egter tot die oggend van die verhoor spesifiek aangestel om die sewe te verteenwoordig nie. Al sewe is daarna skuldig bevind en ter dood veroordeel. Die hooggeregshof het egter die skuldigbevindings ter syde gestel omdat die kollektiewe aanstelling van al die advokate van die balie en die versuim om die sewe beskuldigdes 'n redelike tyd en geleentheid te gee om wel regsverteenwoordiging te bekom, onkonstitusioneel was. Die hof beslis dat die reg op verteenwoordiging in die geval van halsmisdade 'n fundamentele reg is.¹² Hierdie reg behels voldoende tyd om met die regsverteenwoordiger te konsulteer en vir die verdediging voor te berei. Die hof beslis verder dat die reg op verteenwoordiging 'n logiese gevolg van die reg op 'n billike verhoor is en in hierdie spesifieke geval het die sewe op die mees kritieke stadium van die verrigtinge, naamlik van die tyd wat hulle aangekla is tot en met die begin van die verhoor, geen regsverteenwoordiging gehad nie.

3 2 Posisie in Suid-Afrika

In Suid-Afrika ontstaan 'n beskuldigde se reg op verteenwoordiging in kriminele verrigtinge uit sowel die gemenerereg¹³ as die Strafproseswet 51 van 1977.¹⁴

Artikel 73(1) en (2) van die Strafproseswet bepaal die volgende:

- "(1) 'n Beskuldigde wat in hegtenis geneem is ... is ... vanaf sy inhegtenisneming geregtig op die bystand van sy regsadviseur.
- (2) 'n Beskuldigde is geregtig om by strafregtelike verrigtinge deur sy regsadviseur verteenwoordig te word ..."

Die voorrede van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika¹⁵ bepaal dat een van die nasionale doelstellings "die gelykheid van almal voor die reg is". Die beginsel van gelykheid voor die reg is ook deel van die Suid-Afrikaanse gemenerereg.¹⁶ Toeganklikheid tot die regstelsel is 'n noodsaaklike element van

10 Whitebread *Criminal procedure: an analysis of constitutional cases and concepts* (1980) 514; Dugard "The right to counsel: South African and American developments" 1967 *SALJ* 4; Grant "The right to counsel: recent developments in South Africa" 1989 *SACJ* 53-54.

11 287 US (1932) 45.

12 Didcott R in *S v Khanyile* 1988 3 SA 795 (N) 810C-D sê in die verband: "Every person accused of a crime and able to get a lawyer has a right to be defended by one. That he should be allowed to exercise the right is vital to the fairness of the proceedings. It is, in other words, 'fundamental and essential' to a fair trial. A denial of the right therefore makes the trial *per se* unfair ..."

13 *Li Kui Yu v Superintendent of Labourers* 1906 TS 181 187-188; *Dabner v SAR & H* 1920 AD 583; *Brink v Commissioner of Police* 1960 3 SA 65 (T) 67; *S v Mabaso* 1990 3 SA 185 (A) 201F-H.

14 A 73(1) en (2). Sien ook *S v Gwebu* 1988 4 SA 155 (W) 159A-B; *S v Mabaso* 1990 3 SA 185 (A) 201G-202F.

15 Wet 110 van 1983.

16 *Zgili v McCleod* (1904) 21 SC 150 152; Steytler *The undefended accused* 12 ev; 1989 *SACJ* 66; Hahlo en Kahn *South Africa: the development of its laws and constitution* (1960) 33-34 55-60.

die beginsel van gelykheid voor die reg. Daar bestaan dus 'n daadwerklike behoefte om die reg vir alle lede van die bevolking toegankliker te maak.¹⁷

Die Suid-Afrikaanse strafreg gaan van die veronderstelling uit dat almal gelyk voor die reg is en dat elkeen wat van 'n kriminele oortreding aangekla word, op 'n billike verhoor geregtig is. 'n Billike verhoor veronderstel onder andere dat die aanklaer en die verdediging op gelyke voet kompeteer. Regter Nienaber sê in *S v Davids*:¹⁸ "Of course it is unfair for a man to have to face a practised prosecutor all on his own." Die oorgrote meerderheid beskuldigdes is nie in staat om sonder regsverteenvoordiging effektief aan die hofverrigtinge deel te neem nie. Regter Sutherland som die posisie uitstekend in die Amerikaanse saak *Powell v Alabama* op:¹⁹

"The right to be heard would be, in many cases, of little avail if it did not comprehend the right to be heard by counsel. Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skills in the science of law. If charged with crime, he is incapable, generally, of determining for himself whether the indictment is good or bad. He is unfamiliar with the rules of evidence. Left without the aid of counsel he may be put on trial without a proper charge, and convicted upon incompetent evidence, or evidence irrelevant to the issue or otherwise inadmissible. He lacks both the skill and knowledge adequately to prepare his defence, even though he has a perfect one. He requires the guiding hand of counsel at every step in the proceedings against him. Without it, though he be not guilty, he faces the danger of conviction because he does not know how to establish his innocence. If that be true of men of intelligence, how much more true is it of the ignorant and illiterate or those of feeble intellect . . ."

Ten spyte hiervan verskyn honderdtalle onverdedigde beskuldigdes daaglik in ons howe.²⁰ Die afwesigheid van regsverteenvoordiging het nie alleen tot gevolg dat die regsproses vir 'n groot persentasie van die bevolking ontoeganklik is nie, maar het ook veroorsaak dat die geldigheid van die regstelsel effektief ondermyn word. 'n Kriminele verhoor volg dikwels 'n welbekende patroon: Die beskuldigde is gewoonlik swart, die voorsittende beampte en so ook die aanklaer gewoonlik blank. Die verrigtinge geskied in 'n taal waarvan die beskuldigde niks nie of baie min verstaan. 'n Tolk dien as tussenganger tussen die beskuldigde en die hof. Die beskuldigde het nie regsverteenvoordiging nie. Sy voorbereiding en hantering van die verrigtinge is gewoonlik oneffektief. Selfs al word sy regte aan hom verduidelik, verstaan hy gewoonlik nie wat dit beteken nie.²¹

3 3 Judisiële kennisname van die behoefte aan regsverteenvoordiging

Die wenslikheid, of eintlik die noodsaaklikheid, van regsverteenvoordiging, veral in gevalle waar 'n persoon die risiko loop om sy vryheid te verloor, geniet die afgelope tyd toenemende erkenning. Volgens regter Goldstone in *S v Radebe*²² het die beskikbaarheid van regsverteenvoordiging vir behoeftige persone wat

17 Ackermann 1988 *De Rebus* 800; 1990 *De Rebus* 591.

18 1989 4 SA 172 (N) 1991; sien ook *S v Khanyile* 1988 3 SA 795 (N) 803H-J; Ackermann 1988 *De Rebus* 800.

19 287 US (1932) 45 68-69.

20 Chaskalson "The unrepresented accused" 1990 *Consultus* 99.

21 Steytler *The undefended accused* 15; Ackermann 1988 *De Rebus* 800; Chaskalson 1990 *Consultus* 99.

22 1988 1 SA 191 (T) 196D-F; sien ook *S v Gwebu* 1988 4 SA 155 (W); *S v Morrison* 1988 4 SA 164 (T); *S v Mashiyana* 1989 1 SA 592 (K).

krimineel aangekla word, toegeneem. Die Regshulpraad het die kategorieë kriminele oortredings verbreed waar die raad hulp verskaf, die Legal Resources Centres verleen hulp en so ook die regshulpklinieke aan die meeste universiteite.

In *S v Khanyile*²³ is twee beskuldigdes aangekla van huisbraak met die bedoeling om te steel. Beide het onskuldig gepleit en het onverdedig verskyn. Altwee is skuldig bevind en een jaar gevangenisstraf opgelê. Die saak is op outomatiese hersiening geneem. Die misdaad is inderdaad bewys. Dit is sewe jaar vantevore op Empangeni gepleeg toe daar by 'n huis ingebreek en verskeie goed gesteel is. Die enigste feit in geskil tydens die verhoor was of die twee beskuldigdes die misdaad gepleeg het. Al wat die twee beskuldigdes met die misdaad verbind het, was volgens die polisie se getuienis vingerafdrukke wat 'n paar dae na die inbraak in die huis gevind is. Die afdrukke is eers jare later, 'n paar maande voor die verhoor, as die vingerafdrukke van die beskuldigdes geïdentifiseer. Die staat het uitsluitlik op hierdie getuienis gesteun aangesien niks anders die beskuldigdes met die misdaad verbind het nie – geen gesteelde eiendom is in hulle besit gevind nie en hulle is nooit naby die misdaadtoneel opgemerk nie. Drie polisiemanne het oor hierdie enkele maar wesenlike punt getuig. Die eerste het die afdrukke van die vingermerke in die huis gemaak, die tweede het die vingerafdrukke van die twee beskuldigdes verkry en die derde was die deskundige wat die twee stelle vingerafdrukke vergelyk het en beslis het dat dit wesenlik ooreenstem. Die beskuldigdes, wat hulle eie verhoor waargeneem het, het geen vrae tydens kruisondervraging aan die twee polisiemanne gestel nie. 'n Paar oppervlakkige vrae is wel aan die deskundige gestel. Beide beskuldigdes het getuig en het enige deelname aan of kennis van die misdaad ontken. Die landdros het die getuienis van die deskundige aanvaar en bevind dat die beskuldigdes se alibi vals was waarop beide skuldig bevind is. Beide skuldigbevindings is in hersiening ter syde gestel. Regter Didcott beklemtoon in sy uitspraak, waarmee regter Friedman saamgestem het, die behoefte aan verteenwoordiging in die landdroshoue en plaas 'n positiewe plig op die voorsittende beampte om die beskuldigdes wat in sy hof verskyn, in te lig oor hulle reg op verteenwoordiging asook van die beskikbaarheid van regshulp. Hy sê verder dat die hof telkens moet oorweeg of dit nie "palpably and grossly unfair" gaan wees om met die verhoor voort te gaan terwyl die beskuldigde onverdedig is nie. Faktore wat in hierdie verband in aanmerking geneem moet word, is die ingewikkeldheid van die saak, die persoonlike vermoë van die beskuldigde om homself te verdedig en die belangrikheid van die saak, met ander woorde die aard van die beweerde oortreding en die moontlike gevolge vir die beskuldigde indien 'n skuldigbevinding sou volg.²⁴

Hierdie uitspraak het heelwat akademiese kommentaar ontlok.²⁵ Die reël in die *Khanyile*-saak is egter nie met algemene judisiële goedkeuring ontvang nie.

23 1988 3 SA 795 (N).

24 815I-816G 815D-F.

25 Van Zyl Smit 1988 *SAJHR* 363; Van den Berg "The right to be provided with counsel" 1988 *SACJ* 462; Steytler "Making accessible the right to legal representation" 1988 *SACJ* 324; Grant "The right to counsel: recent developments in South Africa" 1989 *SACJ* 48; McQuoid-Mason "The right to legal representation: implementing *Khanyile's* case" 1989 *SACJ* 57; Steytler "Equality before the law and the right to legal representation" 1989 *SACJ* 66; Joubert "Die reg op regsbystand (en om dit nie op jou afgedwing te hê nie)" 1989 *SACJ* 75.

In *S v Rudman*²⁶ het 'n volbank van die Oos-Kaapse Afdeling van die Hooggeregshof die regsgeldigheid van die reël krities ondersoek en tot die gevolgtrekking gekom dat die *Khanyile*-saak verkeerd is. Regter Cooper, met wie regters Jennett en Jansen saamgestem het, beslis dat die appèlhofuitspraak in *R v Mati*²⁷ en *S v Chaane*²⁸ regter Didcott in *Khanyile* se saak verhinder het om so 'n reël te implementeer.²⁹ In *Nakani v Attorney-General, Ciskei*³⁰ wat in die Ciskeise algemene afdeling beslis is, het regter Heath ook die *Khanyile*-reël verwerp. Die uitspraak in die *Khanyile*-saak is in *S v Davids*³¹ deur 'n volbank bestaande uit regters Didcott, Bristowe en Nienaber (wat 'n minderheidsuitspraak gegee het) heroorweeg en bevestig.³² Hierdie reël is egter hokgeslaan in *S v Mthwana*³³ waar 'n volbank van die Natalse provinsiale afdeling beslis het dat alhoewel 'n beskuldigde op regsverteenvoordiging geregtig is, dit nie beteken dat regsverteenvoordiging verskaf moet word nie.³⁴

Baie beskuldigdes is nie van hulle regte bewus nie.³⁵ Dit is betreurenswaardig dat 'n beskuldigde verhoor en gevonniss kan word sonder dat hy ingelig word dat hy op regsverteenvoordiging geregtig is en dat hy vir regshulp kan aansoek doen indien hy nie oor die nodige fondse beskik nie.³⁶ Regter Kannemeyer, die regter-president van die Oos-Kaapse Afdeling van die Hooggeregshof, het gedurende 1989 'n beroep op prokureurs gedoen om druk op die owerheid uit te oefen om behoorlike verteenwoordiging vir beskuldigdes te verseker. Hy het gesê dat die persentasie beskuldigdes wat onverdedig verskyn, verontrustend is en dat hy 'n stelsel bevraagteken wat byvoorbeeld 'n eiser in 'n egskeidingsaksie met behulp van regshulp van die dienste van beide 'n prokureur en 'n advokaat voorsien, terwyl 'n beskuldigde gelos word om homself te verdedig in geval waar sy persoonlike vryheid in gedrang kom.³⁷ Navorsing het ook aangetoon dat

26 1989 3 SA 368 (OK). In *S v Mabaso* 1990 3 SA 185 (A) 203G-H het die appèlhof dit nie nodig gevind om 'n opinie uit te spreek oor die korrektheid van die wyd uiteenlopende beslissings in die verband nie.

27 1960 1 SA 304 (A).

28 1978 2 SA 891 (A).

29 382I-384D; sien ook *S v Mpata* 1990 2 SASV 175 (NK) 179H-I.

30 1989 3 SA 655 (Ck).

31 1989 4 SA 172 (N).

32 191E.

33 1989 4 SA 361 (N).

34 369D-F 371F-G. Die appèlhof het op 1991-07-27 uitspraak gegee in *Rudman en Johnson v S* (saaknr 18/90) en *Mthwana v S* (saaknr 6588/89). Beide appèlle is van die hand gewys. Die appèlhof het ook die *Khanyile*-reël uitdruklik verwerp. Daar word verklaar dat die verskaffing van gratis regsverteenvoordiging aan alle behoeftige beskuldigdes wat dit verlang, 'n ideaal is wat in die huidige omstandighede nie in Suid-Afrika moontlik is nie.

35 McQuoid-Mason "Problems associated with the legal representation of Africans in the urban areas of South Africa" 1984 *Acta Juridica* 184-185.

36 In *S v Morrison* 1988 4 SA 164 (T) 168B-C beslis die hof dat daar geen plig op die voorsittende beampte rus om in elke kriminele verhoor 'n beskuldigde van sy reg op regsverteenvoordiging in te lig nie, maar dat dit van die omstandighede van elke saak afhang. Die houe was tot dusver nog nie hieroor eensgesind nie: *S v Radebe* 1988 1 SA 191 (T) 194H 196G-I; *S v Mashiyana* 1989 1 SA 592 (K) 596D-E; *S v Rudman* 1989 3 SA 368 (OK) 380J-382A; *Nakani v Attorney-General, Ciskei* 1989 3 SA 655 (Ck) 660F-G; *S v Davids* 1989 4 SA 172 (N) 204C-D; *S v Mthwana* 1989 4 SA 361 (N) 370F-371F; *S v Mkhize* 1990 1 SASV 620 (N) 621E-622H; *S v Zulu* 1990 1 SA 655 (T) 660F-661F; *S v Mpata* 1990 2 SASV 175 (NK) 177F-179D; *S v Mabaso* 1990 3 SA 185 (A) 204C-H.

37 "Judge stresses need for legal representation" 1989 *De Rebus* 890. Sien ook De Villiers 1989 *Consultus* 15 wat soortgelyke anomalieë uitwys.

regsverteengewording 'n beskuldigde 'n beter kans gee om borgtog of vrypraak te verkry en dat die vonnis ligter is indien skuldigebevinding volg.³⁸ Die reg is tans baie onbevredigend maar regter-president Howard se opmerking in *S v Mthwana*³⁹ beklemtoon die wesenlike probleme rondom regshulp wat daar in die praktyk bestaan. Hy sê:

"Given our limited resources it would be impossible to cope with the flood of cases in which legal representation would have to be provided. I am therefore of the opinion that even if it were sound in law the Khanyile rule, if correctly applied, would be unworkable in practice."

Meerdere regters het al melding gemaak van ons onvermoë om voldoende en omvattende regshulp te verskaf aan almal wat dit behoef.⁴⁰

Die openbare verdedigerstelsel blyk die beste moontlike oplossing vir dié probleem te wees.⁴¹ Ek stem saam met regter Kannemeyer⁴² dat daar dalk nog 'n lang periode sal verloop alvorens Suid-Afrika die Utopia sal bereik dat daar 'n openbare verdediger beskikbaar sal wees vir elkeen wat sy dienste benodig, maar intussen kan nie ontken word nie dat so 'n diens absoluut noodsaaklik is om onder andere die legitimiteit van die regstelsel in ere te herstel.⁴³ Dit is algemeen bekend dat die effektiwiteit en billikheid van die Suid-Afrikaanse regstelsel by 'n groot sektor van die bevolking onder verdenking staan.⁴⁴

3 4 Probleme met onverdedigde beskuldiges

Daar bestaan 'n anomalie in hierdie verband in die Suid-Afrikaanse reg. In 'n kriminele verhoor het 'n beskuldigde ongetwyfeld 'n fundamentele reg op regsverteengewording.⁴⁵ Daar is al gesê dat 'n beskuldigde ernstig benadeel kan word indien hy onverdedig verskyn.⁴⁶ Ten spyte hiervan word die reg op regsverteengewording nie dikwels uitgeoefen nie en vergelyk die Suid-Afrikaanse reg wat dit betref, swak met ander Westerse regstelsels.⁴⁷ Die oplossing van hierdie probleem is in die verlede voor die deur van die uitvoerende gesag gelê. Uit verskeie oorde is daar voortdurend druk op die regering geplaas om die regshulpstelsel uit te brei om sodoende verteenwoordiging vryliker beskikbaar te stel.⁴⁸

38 Grant 1989 *SACJ* 48.

39 1989 4 SA 361 (N) 370E.

40 *S v Davids* 1989 4 SA 172 (N) 200E-F.

41 Vergelyk die Minister van Justisie se persverklaring na aanleiding van sy toespraak op 1990-06-19 voor die presidentsraad: 1990 *De Rebus* 510.

42 1989 *De Rebus* 890.

43 Daar is diegene wat van mening is dat die legitimiteitskrisis nie opgelos sal word sonder die gepaardgaande sosiale en politieke veranderinge nie: Morison "The public defender: a South African necessity, not a luxury" (1990 ongepubliseerd) 18. Sien ook 1990 *De Rebus* 507-508 waar 'n juriestelsel voorgestel word om die probleem op te los.

44 Steytler *The undefended accused* 15; Ackermann "The importance of accessibility of legal services" 1988 *De Rebus* 800; 1990 *De Rebus* 591.

45 *S v Mabaso* 1990 3 SA 185 (A) 201F-G; *S v Nkwanyana* 1990 4 SA 735 (A) 738E; Van den Berg "Legal representation: right or privilege?" 1984 *THRHR* 447.

46 *S v Radebe* 1988 1 SA 191 (T) 200G; Hiemstra *Suid-Afrikaanse strafproses* (1986) 164; Du Toit ea *Commentary on the Criminal Procedure Act* (1987) 11-1 11-9.

47 Pugh "Aspects of the administration of justice under the law of South Africa: notes and comparisons by an American observer" 1965/1966 *Acta Juridica* 250; Van Zyl Smit "Indigence and the right to counsel" 1988 *SAJHR* 363.

48 Van Zyl Smit 1988 *SAJHR* 363 is van mening dat hoe lofwaardig hierdie pogings ook al was, 'n noodsaaklike element ontbreek het, nl 'n duidelike verklaring van die regbank self van al die praktiese implikasies van hierdie reg "to which lip service is so readily paid". Die howe was inderdaad bewus van al die probleme betrokke.

Tweedens, die praktiese nadele van die feit dat 'n persoon onverdedig is, is die beste waarneembaar wanneer hy die geleentheid gegun word om die staatsgetuies te kruisondervra.⁴⁹ Kruisondervraging is 'n kuns wat oor baie jare aanleer word en weinig persone word met die gawe gebore. 'n Mens kan jouself voorstel watter nagmerrie-ondervinding dit vir 'n onverteerwoordigde, ongeletterde, ongesofistikeerde beskuldigde moet wees om die kuns van kruisondervraging in die praktyk toe te pas. Die landdros kan die beskuldigde nie werklik hier behulpsaam wees nie omdat dit eerstens die indruk van vooroordeel kan skep en tweedens omdat die landdros nie vertrouwd is met die beskuldigde se weergawe van die gebeure nie – iets wat vir behoorlike kruisondervraging noodsaaklik is.

Die gevalle in die praktyk spreek vanself. In die *Khanyile*-saak⁵⁰ het die twee beskuldigdes geen vrae aan twee van die staatsgetuies gevra nie en slegs 'n paar oppervlakkige doellose vrae aan die deskundige getuie. In *S v Radebe*⁵¹ het die staat op die getuienis van 'n enkele getuie gesteun. Die beskuldigde het slegs twee vrae gevra en versuim om sy weergawe aan die twee staatsgetuies te stel. Die staatsaanklaer het tydens kruisondervraging aan die beskuldigde gevra waarom hy nie die enkelgetuie se getuienis betwis het nie waarop die beskuldigde die hof soos volg geantwoord het: “Ek is nie bekend met hofprosedure nie en ek het nie geweet dat ek met hom daarvoor moes gestry het nie . . . want dit is die eerste keer wat ek in die hof staan.” In *S v Dladla*⁵² was vingerafdrukke wat op die misdaadtoneel gevind is, al wat die beskuldigde met die misdaad verbind het. 'n Deskundige getuie het beweer dat die vingerafdrukke met die beskuldigde se afdrukke ooreengestem het. Die beskuldigde se kruisondervraging van die deskundige is deur die hof van appèl beskryf as “perfunctory, clumsy and ineffective”. So kan geval na geval opgenoem word. Kan 'n mens werklik sê dat geregtigheid in die gevalle geskied het? Ek glo nie.

Die rede waarom daar uitsluitlik op strafsake in die hooggeregshof en die streeks- en distrikshowe gekonsentreer word, blyk duidelik uit die volgende statistiek:

Vanaf 1 Julie 1989 tot 30 Junie 1990 is daar in die provinsiale en plaaslike afdelings van die hooggeregshof 2 049 strafsake aangeteken. In dieselfde periode is daar 54 752 sake in die streekshowe verhoor en 2 210 862 in die distrikshowe.⁵³ Gedurende die periode 1989/1990 is tussen drie- en vierhonderd duisend gevangenes in die meer as 200 gevangnisse in die land opgeneem. Hiervan was ongeveer 59% verhoorafwagting. Ongeveer negentig duisend, oftewel ongeveer 25% van almal wat opgeneem is, het vonnisse van ses maande en minder uitgedien. Die daaglikse gemiddelde hoeveelheid gevonniste en ongevonniste gevangenes beloop ongeveer honderd en tien duisend. Die koste per gevangene per dag beloop R18,61.⁵⁴

49 Didcott R sê in *S v Khanyile* 1988 3 SA 795 (N) 812C-D: “Cross-examination, that weapon indispensable to forensic battle, is one in which he [die onverdedigde beskuldigde] has no skill.” Sien ook Steytler 1988 *SACJ* 319.

50 1988 3 SA 795 (N) 797F.

51 1988 1 SA 191 (T) 198B-C.

52 1989 4 SA 172 (N) 191H.

53 Direkoraat Justisie Verslag *supra* 77-78. Die aantal siviele sake in die distrikshowe vir dieselfde periode was 1 017 294.

54 SA Gevangenisdiens Verslag (1989-07-01 tot 1990-06-30) 56-59 65.

Ongeveer 90% van alle beskuldigdes wat in die distrikshowe verskyn en 70% van alle beskuldigdes wat in die streekshowe verskyn, het nie regsverteenvoordiging nie.⁵⁵ Volgens beraming het meer as honderdduisend van diegene wat in gevangenis opgeneem is, nie regsverteenvoordiging gehad nie.⁵⁶ Die effek en koste wat gevangesetting vir die individu en die gemeenskap meebring, spreek vanself. Regsverteenvoordiging kan dalk 'n mate van verligting bring mits die huidige regshulpstelsel die nodige befondsing, mannekrag en infrastruktuur kan bekom. Tot op datum is gepoog om die probleme in die ernstiger gevalle met die *pro deo*-stelsel te ondervang en andersins met behulp van die beskikbare regshulpinstellings. In die praktyk het dit nie 'n voldoende oplossing gebied nie. In hierdie stadium blyk 'n persoon soos die openbare verdediger die beste moontlikheid te wees om die probleem aan te spreek.

3 5 *Pro deo*-stelsel

Tans is die *pro deo*-stelsel 'n teenvoeter teen die bestaande probleme in die strafhove. Indien 'n beskuldigde van 'n halsmisdaad in die hooggeregshof aangekla word en nie regsverteenvoordiging kan bekostig nie, word 'n *pro deo*-advokaat gewoonlik vir hom aangestel. Die appèlhof⁵⁷ het egter al beslis dat daar geen regsreël bestaan dat die staat verplig is om vir 'n behoeftige beskuldigde 'n *pro deo*-advokaat aan te stel waar 'n doodsvonniss moontlik is nie. In *R v Mati*⁵⁸ was die drie beskuldigdes aangekla van onder andere huisbraak met die bedoeling om te roof⁵⁹ en aanranding met die bedoeling om te moor. Beskuldigde 1, wat geen regsverteenvoordiger gehad het nie, is die doodsvonniss opgelê. Die hof het beslis dat daar geen regsreël bestaan dat 'n beskuldigde deur 'n advokaat verdedig moet word nie, maar dat dit 'n gevestigde reël van die praktyk is dat, waar die doodsvonniss 'n moontlikheid is, die staat 'n lid van die plaaslike balie aanstel om *pro deo* te verskyn as die beskuldigde nie in staat is om self 'n advokaat te bekom nie. Die prokureur-generaal, met medewerking van die balieraad, sien toe dat 'n advokaat gevind word.

Die *pro deo*-stelsel is al uit verskeie oorde gekritiseer weens die feit dat daar geen opdraggewende prokureur is nie en die sake gewoonlik deur jong en onervare advokate hanteer word. Die rede hiervoor kan gevind word in onder andere die lae gelde verbonde aan *pro deo*-werk.⁶⁰ Dit is nogtans vertroostend om te weet dat daar inderdaad regsverteenvoordiging vir die halsmisdaad gevalle verskaf word.

4 PROBLEME MET DIE HUIDIGE REGSHULPSTELSEL

4 1 Inleiding

Die Suid-Afrikaanse regshulpstelsel is op die Engelse model geskoei. Hierdie skema staan as 'n "judicare"-stelsel bekend en behels in breë trekke dat persone aan wie regshulp verleen word, na private regspraktisyns verwys word wat vir

55 Statistiek vir die periode 1990-01-01 tot 1990-12-31 verskaf deur die Departement van Justisie.

56 Verslag van die Regshulpraad (1989-04-01 tot 1990-03-31) 5; 1988 *De Rebus* 559; 1989 *De Rebus* 890; 1991 *De Rebus* 14.

57 *R v Mati* 1960 1 SA 304 (A) 306H-307A; *S v Chaane* 1978 2 SA 891 (A) 897C; sien ook *S v Radebe* 1988 1 SA 191 (T) 195J-196C; Du Toit ea 11-1.

58 1960 1 SA 304 (A).

59 Roof was vroeër 'n halsmisdaad maar is dit sedertdien nie meer nie.

60 *S v Gibson* 1979 4 SA 115 (D) 126D-127E; *S v Mpata* 1990 2 SASV 175 (NK) 180G-I; De Villiers "Vervang pro deo's met regshulp" 1989 *Consultus* 15.

die rekening praktiseer. Die praktisyns word deur die Regshulpraad vergoed vir dienste wat hulle aan regshulpkliënte lewer.⁶¹

4 2 Werking van die Regshulpraad

Die Regshulpraad funksioneer ooreenkomstig die bepalinge van die Wet op Regshulp 22 van 1969 en die regshulphandleiding en dit reël tans die toekenning van regshulp in Suid-Afrika. Die wet definieer nie 'n behoeftige persoon nie. Die Regshulpraad het 'n middeletoets daargestel waarvolgens regshulp verleen word. Tans bepaal die middeletoets dat 'n ongetroude persoon 'n berekende inkomste van R500,00 of minder per maand moet hê en getroude persone 'n gesamentlike berekende inkomste van R1 000,00 of minder per maand. By hierdie bedrae kan R150,00 per afhanklike kind gevoeg word.⁶²

Daar kan van regshulpkliënte verwag word om, afhange van die kliënt se inkomste, 'n bydrae tot die koste van die saak te maak. Die maksimum bedrag wat in die geval van 'n ongetroude persoon gevorder kan word, is R75,00 en R150,00 in die geval van 'n getroude persoon. Die grootste gedeelte regshulpkliënte is egter nie verplig om bydraes tot koste te maak nie.⁶³ 'n Regshulpkliënt wat 'n finansiële voordeel behaal nadat regshulp aan hom verleen is, is verplig om 5% van die voordeel aan die Regshulpraad oor te betaal.⁶⁴ Die raad betaal 'n prokureur by voltooiing van 'n saak R475,00 in die distriktshof en R600,00 in die streekshof afgesien van die tyd of aantal beskuldigde betrokke.⁶⁵

'n Kriminele saak behels dikwels ten minste drie verskynings, naamlik borg, pleit en verhoor. Dit spreek vanself dat 'n regshulpaangeleentheid nie op 'n winsgewende basis afgehandel kan word nie. Dit is gevolglik verstaanbaar dat praktisyns baie traag is om kriminele regshulpgevallen te aanvaar en dat dit dikwels die junior praktisyn met min of geen ondervinding is wat hierdie gevallen aanvaar. Omdat die vergoeding verbonde aan die hantering van die saak so laag is, is dit voordeliger om die saak so gou as moontlik af te handel.

Dieselfde besware wat al teen die *pro deo*-stelsel ingebring is, naamlik dat dit die jong onervare advokaat is wat by ernstige misdade die beskuldigde moet verdedig, kan ook hier geopper word.⁶⁶

4 3 Aansoeke om regshulp

Regshulp is gedurende die verslagjaar 1 April 1989 tot 31 Maart 1990 aan 24 277 behoeftige persone toegestaan en dit maak ongeveer 32,5% uit van alle aansoeke wat by die Regshulpraad ingedien is. Daar is gedurende die verslagjaar 11 667 aansoeke om regshulp in strafsake toegestaan.⁶⁷ Die aantal aansoeke uit die

61 Verslag van die Regshulpraad *supra* 9.

62 *Idem* 10.

63 Maart 1991 *Regshulpraad Bulletin* 7.

64 Verslag van die Regshulpraad *supra*; Maart 1991 *Regshulpraad Bulletin* 7; Van der Merwe 1990 *De Rebus* 607.

65 Maart 1991 *Regshulpraad Bulletin* 12.

66 *S v Gibson* 1979 4 SA 115 (D) 126D-127E; *S v Mputa* 1990 2 SASV 175 (NK) 180G-I; De Villiers 1989 *Consultus* 15.

67 Hierteenoor is daar 12 591 aansoeke om regshulp in siviele sake toegestaan. Die getal aansoeke uit die onderskeie bevolkingsgroepe wat in siviele sake toegestaan is, is soos volg: Asiërs 814, Blankes 4 048, Kleurlinge 4 159, Swartes 3 570.

onderskeie bevolkingsgroepe wat in strafsake toegestaan is, is soos volg: Asiërs 818, Blankes 1 864, Kleurlinge 2 917 en Swartes 6 068.⁶⁸

4 4 Omvang van die beskikbare regshulp

Die beskikbare fondse bepaal in 'n groot mate die omvang van regshulp wat verleen kan word. Die Regshulpraad word vir alle praktiese doeleindes slegs gefinansier uit geld wat deur die parlement bewillig is.⁶⁹ Die totale bydrae van die staat in die huidige finansiële jaar beloop meer as R21,4 miljoen.⁷⁰

Daar het al dikwels in die verlede stemme opgegaan dat die finansiële las nie alleen deur die staat gedra moet word nie, maar dat die privaatsektor ook 'n bydrae moet lewer. Hierbenewens behoort daar ook 'n verantwoordelikheid op die individu te rus om homself teen sodanige gebeurlikhede te verseker, soos regter Heath in *Nakani v Attorney-General, Ciskei*⁷¹ voorgestel het. Ek meen dat 'n moontlike oplossing kan wees die uitbreiding van regs aanspreeklikheid in korttermynpolisse om regskoste in te sluit.⁷²

Volgens ander is dit 'n gulde geleentheid vir universiteitsregshulpklinieke, studente- "praktisyns" en in die besonder vir die Lawyers for Human Rights deur middel van hulle *pro bono*-verdedigerskema, om 'n bydrae te maak.⁷³ Die Regshulpraad doen gereeld 'n beroep op die privaatsektor om in sy eie belang 'n bydrae in die verband te lewer en beweer dat regshulp vir 'n werknemer, wanneer hy dit nodig het, somtyds net so belangrik is as hulp in verband met behuising, mediese koste en 'n pensioenfonds.⁷⁴ Sanlam is die eerste instansie uit die privaatsektor wat 'n bydrae tot die fondse van die Regshulpraad gemaak het.⁷⁵

Ek is van mening dat dit in landsbelang is dat veel meer gedoen moet word om regshulpdienste uit te brei en sodoende die toeganklikheid van regsdienste te verseker. Dit is 'n dringende noodsaaklikheid ter wille van sowel geregtigheid as die bevordering van die openbare vertroue in die reg en die regspleging. Hierdie probleem is die staat en ook die gemeenskap se verantwoordelikheid. Die georganiseerde regsberoep kan in dié verband ook 'n belangrike rol vervul deur byvoorbeeld meer *pro bono*-werk te verrig. Die sukses van die howe vir klein eise, waar praktisyns gratis diens verrig, is 'n bewys dat so 'n diens ook in die strafhowe kan slaag.

4 5 Besware teen die huidige regshulpstelsel

Daar word van tyd tot tyd in sekere kringe beweer dat ander bevolkingsgroepe as blankes skepties staan teenoor die Regshulpraad en nie van die dienste gebruik wil maak nie. Die rede wat aangevoer word, is dat die Regshulpraad te staatsgebonde is, deur die uitvoerende gesag beheer word en derhalwe 'n blote verlengstuk van die regering is. As gevolg hiervan word die raad nie as 'n outonome

68 Verslag van die Regshulpraad *supra* 19-20.

69 *Idem* 15.

70 Maart 1991 *Regshulpraad Bulletin* 5.

71 1989 3 SA 655 (Ck) 664D-H.

72 1984 *De Rebus* 98; 1990 *De Rebus* 357.

73 Van Zyl Smit 1988 *SAJHR* 368.

74 Verslag van die Regshulpraad *supra* 11.

75 Maart 1991 *Regshulpraad Bulletin* 1.

liggaam gesien nie maar as 'n deel van die staatsmasjinerie, met die gevolg dat die legitimiteit daarvan by 'n groot deel van die bevolking onder verdenking staan.⁷⁶

Die raad het egter in die afgelope jaarverslag gesê dat die jaar se statistiek daarop dui dat die beweerde skeptisisme en onwilligheid klaarblyklik nie so groot is as wat soms voorgegee word nie.⁷⁷

Die Regshulpraad poog ook om deur middel van bydraes uit die privaatsektor sy onafhanklikheid te bevorder. Die georganiseerde regsberoep kan ook meer by die raad betrokke raak om die staatsbetrokkenheid, of die beeld daarvan, te verminder.

Ten spyte van die gekombineerde pogings van die Regshulpraad, universiteits- en ander regshulpinstellings bly daar steeds 'n groot aantal persone oor wat onverdedig verskyn. 'n Effektiewe regshulpstelsel vereis 'n sterk ekonomie, 'n bevolking met 'n relatief klein behoeftige sektor en voldoende regsgeleerdes. Die Suid-Afrikaanse omstandighede voldoen egter nie aan hierdie vereistes nie.

5 OPENBARE VERDEDIGERSTELSEL

5 1 Definisie

'n Openbare verdediger is 'n gekwalifiseerde regsgeleerde en 'n gesalarieerde werknemer van 'n regshulp- of ander organisasie wat gratis in strafsake verskyn namens behoeftige beskuldigdes wat nie in staat is om vir regsverteenwoordiging te betaal nie. So 'n persoon spesialiseer in die verdediging van beskuldigdes en sy professionele opleiding sal veral gerig wees op vakke soos strafreg, strafprosedure, bewysreg en die praktiese vaardighede soos konsultasietegnieke, voorbereiding vir verhoor en die ondervraging van getuies.⁷⁸

5 2 Kwalifikasie en opleiding

Die Suid-Afrikaanse regstelsel, wat soos reeds genoem is by 'n groot deel van die bevolking onder verdenking staan, moet sterk klem op die kwalifikasies en opleiding van die openbare verdediger plaas. Die persoon moet gesien word as iemand met minstens dieselfde kwalifikasies en vermoëns as sy eweknie, die staatsaanklaer. Inaggenome die klem wat daar in die adversoriese stelsel op die vermoëns van die teenpartye geplaas word om hulle spesifieke standpunte te verdedig, volg dit dat hierdie twee teenpartye se vermoëns sover as moontlik gelyk moet wees. Sommige is egter van mening dat die dienste wat deur 'n openbare verdediger verrig moet word, nie noodwendig deur 'n hoogs gekwalifiseerde regspraktisyn verrig hoef te word nie. Dit lyk of die uitgangspunt vir hierdie siening nie die onverdedigde beskuldigde is nie, maar juis, soos dit al gestel is,

“dat daar 'n wesentlike behoefte bestaan aan toetrede tot die professie deur lede van onderontwikkelde groepe en dat daar behoefte bestaan aan uitbreiding van regsdienste, veral by strafwerk in die laerhowe . . .”⁷⁹

76 Verslag van die Regshulpraad *supra* 8 19; Van der Merwe 1990 *De Rebus* 609; Maart 1991 *Regshulpraad Bulletin* 1.

77 Verslag van die Regshulpraad *supra* 19.

78 *Idem* 5; 1991 *De Rebus* 14; Maart 1991 *Regshulpraad Bulletin* 3.

79 Van der Walt “Professionele opleiding en toegang tot die professie” 1988 *TSAR* 44.

Die Regshulpraad het ook in sy afgelope jaarverslag⁸⁰ gesê:

“Openbare verdedigers hoef nie dieselfde kwalifikasies as prokureurs of advokate te hê nie, maar moet strafregspesialiste wees wie se akademiese en praktiese opleiding op die hantering van strafsake toegespits is.”

Die Vereniging van Prokureursordes het ingevolge hulle voorgestelde tweeledige beroepsleermodel 'n teknikdiploma in strafreg- en prosedure voorgestel waarvolgens die praktisyn tot die onderste sport van die beroepsleer kan toetree.⁸¹

Ander weer is van mening dat die openbare verdedigerprogram aangewend moet word om swart regsgeleerdes wat onder andere nie leerklerskappe kan kry nie, van werk te voorsien. So 'n persoon sal dan na die ondervinding wat hy ten minste in strafwerk opgedoen het, meer in aanvraag wees indien hy later vir leerklerskap aansoek sou doen.⁸² Hierdie sienswyse is onaanvaarbaar aangesien die belange van die onverdedigde beskuldigde negeer word en die klem geplaas word op werkverskaffing aan 'n groep persone wat nie andersins in die regsprofessie geakkommodeer kan word nie. Ek het geen beswaar daarteen dat die prokureursorde se huidige opleidingskursus vir kandidaatprokureurs uitgebrei word om ook die openbare verdedigerprogram in te sluit nie aangesien die studente aldaar direk onder toesig van praktisyns werk. Daar was inderdaad ook al voorstelle dat die openbare verdedigerstelsel as alternatief vir leerklerskap moet dien.⁸³

Dat die kantoor van die openbare verdediger 'n werkverskaffingsbron gaan wees, word nie ontken nie. My besware is egter gerig teen die uitlatings dat die openbare verdedigerprogram bloot 'n werkverskaffingsbron is. Die motivering vir die program moet nie uit die oog verloor word nie, naamlik om die basis van regsverteenvoording in strafsake in die land se landdroshowe drasties uit te brei. Daar is al gewaarsku dat die openbare verdedigers nie van swakker gehalte moet wees nie omdat hulle reeds dié deel van die bevolking moet dien wat minder bevoorreg voel.⁸⁴

Die Minister van Justisie het ook in 'n persverklaring wat uitgereik is na aanleiding van 'n vergadering wat op 19 Junie 1990 gehou is, gesê dat hy die Regshulpraad versoek het om

“die moontlike instelling van 'n stelsel waarvolgens persone (elders in die wêreld bekend as 'public defenders') met bepaalde opleiding in die verdediging van strafsake, en wat deurentyd by die howe aan diens is, beskuldigdes in strafsake kan verteenwoordig, te ondersoek . . .”⁸⁵

Indien die minister hiermee bedoel dat die akademiese opleiding wat vir die groep beoog word net op straf-, strafproses- en bewysreg gerig moet wees, sal dit myns insiens ontoereikend wees. Op hierdie afdelings van die reg kan gekonsentreer word wanneer 'n persoon sy basiese opleiding as openbare verdediger ontvang. Juis as gevolg van die swakker opleiding sal die vermoëns van die openbare verdediger nie vergelykbaar wees met of opweeg teen dié van die staatsaanklaer wat 'n hoër kwalifikasie het nie.⁸⁶

80 Verslag van die Regshulpraad *supra* 5.

81 1990 *De Rebus* 429; 1990 *De Rebus* 588 591; sien egter Oktober 1990 *Consultus* 70-71.

82 Morison 26.

83 1990 *De Rebus* 593.

84 *Ibid.*

85 1990 *De Rebus* 510.

86 Die polisiebeampte wat soms op afgeleë plekke as staatsaanklaer optree, word hier buite rekening gelaat.

Die argumente dat daar nie voldoende afgestudeerde regsgeleerdes is nie gaan ook nie op nie.⁸⁷ Statistiek wat van die Departement van Justisie ontvang is, dui daarop dat 485 afgestudeerdes op 'n waglys is vir poste in die departement. Hiervan het 252 'n LLB-graad.⁸⁸ Die Vereniging van Prokureursordes van Suid-Afrika het in 1985 besluit om op breë vlak ondersoek te doen oor die hele omvang van toetrede tot die profesie. Die gedagte van 'n korter opleidingstydperk wat as voorbereiding vir 'n beperkte praktyk, soos die van openbare verdediger kan dien, is nie goed deur finale jaar-studente en leerkerke ontvang nie.⁸⁹ By navraag het twee Johannesburgse prokureursfirmas my meegedeel dat hulle gedurende die afgelope jaar onderskeidelik 240 en 300 aansoeke vir leerkerkskappe ontvang het waarvan beide firmas net ses aansoekers kon akkommodeer.⁹⁰

Ek is van mening dat in die lig van al die afgestudeerdes wat nie in die regsprofesie geakkommodeer kan word nie, 'n mindere kwalifikasie vir die openbare verdediger nooit aanbeveel kan word nie.

5 3 Moontlike kandidate wat oorweeg kan word

5 3 1 Inleiding

Die Vereniging van Prokureursordes het reeds gedurende 1987 die instelling van openbare verdedigers bepleit.⁹¹ Die aanstelling van openbare verdedigers moet nie beïnvloed word deur geslag, ras, politieke of godsdiensige oorwegings of enige ander faktor behalwe professionele bevoegdheid nie. Die feit dat vrouens⁹² en swart regsgeleerdes⁹³ sukkel om leerkerkskappe te kry, behoort ook nie die skaal in hulle guns te laat swaai nie.

Ek is van mening dat daar uiters streng gelet moet word op die kwaliteit, motivering en toegewydheid van diegene wat in die program belangstel. Dit is te betwyfel of persone wat gedwing gaan word om hierdie diens te lewer, werk van gehalte gaan doen. Daar moet ten alle koste gewaak word teen die opvatting dat 'n swakker gehalte diens deur openbare verdedigers aanvaarbaar is.

5 3 2 Weermag

Daar is al voorstelle gemaak dat weermaglede wat diensplig doen en wat kwalifiseer om as advokate toegelaat te word, die keuse gebied moet word om alternatiewe diensplig as openbare verdedigers te verrig.⁹⁴ Die idee met die voorstel

87 *S v Khanyile* 1988 3 SA 795 (N) 814B-D; Van Zyl Smit 1988 *SAJHR* 367.

88 Benutting van anderskleuriges: Memorandum aan die Minister van Justisie April 1991 Departement van Justisie.

89 Vereniging van Prokureursordes: Voorlopige interpreterende verslag oor die RGN-ondersoek na toetrede tot die profesie 38.

90 Die firmas verkies om anoniem te bly. Sien ook 1990 *De Rebus* 431 waar 'n firma in Sandton gedurende 1989 250 aansoeke ontvang het maar net 16 kon akkommodeer.

91 "Memorandum on the office of a public defender": A Botha. Die voorstel het 'n vergelyking bevat van die suksesvolle werking van die howe vir klein eise wat siviele litigasie betref. Sien ook 1990 *De Rebus* 591.

92 Verslag van die Vereniging van Prokureursordes *supra* (vn 89) 6 36 gee die volgende statistiek weer:

	Manlik	Vroulik
Professionele assistente	79%	21%
Leerkerke	74%	26%

93 Morison 26 36.

94 1988 *De Rebus* 559; McQuoid-Mason 1989 *SACJ* 63; Morison 20 24-25 29-31.

was dat regsgekwalfiseerde persone wat bereid sou wees om aan so 'n program deel te neem, van enige na-basiese militêre diensplig onthef sal word. 'n Soortgelyke sisteem is reeds in werking waar gekwalfiseerde rekenmeesters alternatiewe diensplig in die Ontvanger van Inkomste se kantore verrig.

Besware teen hierdie moontlikheid is:

- (a) Daar is te min dienspligtiges wat aan hierdie vereistes voldoen om 'n wesenlike impak op die probleem te hê.⁹⁵
- (b) Weens die verkorte diensplig sal die effektiewe periode van ongeveer tien maande na die basiese opleiding die hele doel van die program verydel.
- (c) Die geloofwaardigheid van 'n staatsgeëmplojeerde openbare verdediger sal nie in die huidige omstandighede bevorderlik wees nie inaggenome die legitimitetskrisis waarin die Suid-Afrikaanse regstelsel hom bevind. 'n "staatsampenaar-beeld" kan die hele openbare verdedigerprogram in diskrediet bring indien die staat by sowel die vervolging as die verdediging betrokke is.⁹⁶

5 3 3 *Studente*

Voorstelle wat baie aandag geniet, is om pas afgestudeerde regstudente te betrek by 'n jaar van praktiese opleiding waartydens hulle dan as openbare verdedigers sal optree. Die analogie vir hierdie sisteem word gevind by medici wat 'n jaar internskap by opleidingshospitale moet verrig alvorens hulle as medici mag praktiseer.⁹⁷

Hierdie reëling het die volgende voordele:

- (a) Dit kan die leerklerskap verkort deurdat die tydperk wat 'n persoon as openbare verdediger diens verrig het, in aanmerking geneem word.
- (b) Hierdie praktiese opleiding kan ook dien as 'n oorbruggingstydperk tussen akademiese opleiding en die toetrede tot die praktyk.⁹⁸

'n Verdere moontlikheid is om die studenteregshulpklinieke aan die universiteite uit te brei. Dit beteken dat die prakties gerigte kursusse verpligtend gemaak moet word sodat die studente daadwerklik 'n bydrae kan lewer. Die Vereniging van Prokureursordes het so pas 'n stel studentepraktyksreëls vir oorgewing deur belanghebbendes voorgelê.⁹⁹

5 3 4 *Praktisyns*

Die professie moet ook bereid wees om in dié verband gemeenskapsdiens te verrig. Baie praktisyns, advokate en prokureurs tree sedert die instelling van die howe vir klein eise sonder vergoeding as kommissarisse in dié howe op. Hierdie is 'n geleentheid vir alle praktisyns om 'n bydrae tot die behoorlike funksionering van die regstelsel te maak.

Die regsprofessie se betrokkenheid by die openbare verdedigerstelsel kan 'n direkte voordeel vir die professie inhou:

95 McQuoid-Mason 1989 *SACJ* 63.

96 Morison 18; 1990 *De Rebus* 593.

97 Chaskalson 1990 *Consultus* 100-101; Van der Walt 1988 *TSAR* 43.

98 Van der Walt 1988 *TSAR* 42 het al gesê dat "die swak gehalte van praktiese opleiding 'n ernstige hindernis by toetrede tot die professie" is. Sien ook 1990 *De Rebus* 591.

99 McQuoid-Mason 1989 *SACJ* 63.

- (a) die beeld wat die openbare verdediger sal uitdra, is dat behoeftiges gehelp word;
- (b) die gemeenskap sal die waarde van regsdiens te toenemend besef; en
- (c) dit kan tot 'n algemene goedgesindheid teenoor die professie aanleiding gee omdat lede gemeenskapsdiens verrig.¹⁰⁰

Ek wil voorstel dat tot tyd en wyl 'n openbare verdedigerprogram as 'n volwaardige stelsel gevestig is, daar 'n stelsel behoort te bestaan waarvolgens praktisyns (advokate of prokureurs) wat bereid is om strafsake te hanteer, hul op 'n individuele basis beskikbaar kan stel. Hulle kan op 'n *ad hoc*-basis aansoek doen om as openbare verdedigers in strafsake op te tree. Dit kom slegs neer op die uitbreiding van die *pro deo*-stelsel, met befondsing in die *interim* uit die *pro deo*-begroting.

Die bestuurskomitee van die Regshulpraad het so pas 'n voorstel van die voorsitter van die Pretoriase Balie aanvaar dat opdragte aan advokate gegee moet word om namens beskuldigdes in distriks- en streekhoeve op te tree en dat die opdragte, soos in die geval van *pro deo*-opdragte, sonder die tussenkoms van 'n prokureur uitgereik word. Daar is verder voorgestel dat advokate aan wie aldus opdrag gegee is op dieselfde grondslag as *pro deo*-advokate vir hulle dienste vergoed sal word.¹⁰¹ Op die oomblik is daar ongeveer 7 000 praktiserende prokureurs en 1 160 praktiserende advokate in Suid-Afrika.¹⁰² Sommige is egter van mening dat die regsprofessie te klein is om die aanvraag na regshulp te hanteer en dat slegs 'n klein persentasie regslui boonop kriminele werk doen.¹⁰³

5 3 5 Akademici

Regsdosente aan die verskillende universiteite kan ook op 'n deeltydse basis as openbare verdedigers optree.¹⁰⁴ Diegene wat hulle formele nagraadse studies voltooi het, kan selfs hulle langverlof vir dié doel aanwend.

5 4 Onafhanklikheid van die openbare verdediger

Die onafhanklikheid van die openbare verdediger moet verseker word. Daar is dikwels in die verlede gesê dat die regshulpskema deur die staat gefinansier maar deur die regsprofessie geadministreer moet word.¹⁰⁵ Administrasie deur die regsprofessie sal natuurlik die onafhanklikheid van die openbare verdedigers bevorder.

Ek is egter van mening dat die sukses wat die openbare verdediger sal bereik eerstens gaan afhang van die entoesiasme van die individuele openbare verdediger en tweedens van die tevredenheid van die kliënt indien hy beleef dat hy onafhanklik van die staat gehelp is en boonop tevrede is met die goeie diens wat hy ontvang het. Die feit dat die regsprofessie die program gaan administreer,

¹⁰⁰ Morison 10.

¹⁰¹ Maart 1991 *Regshulpraad Bulletin* 12.

¹⁰² Aldus die Vereniging van Prokureursordes van Suid-Afrika en Butterworths se regsdagboek en gids. Steytler *The undefended accused* 21 haal die volgende statistiek aan: in 1983 was daar 5 654 prokureurs en 696 advokate wat in 26 miljoen mense se behoeftes moes voorsien.

¹⁰³ *S v Khanyile* 1988 3 SA 795 (N) 814B; Steytler *The undefended accused* 21; Van Zyl Smit 1988 *SAJHR* 365; McQuoid-Mason 1989 *SACJ* 63-64; Verslag van die Regshulpraad *supra* 5.

¹⁰⁴ Sommige tree alreeds as assessore of *pro deo*-advokate in die hooggeregshof op.

¹⁰⁵ Morison 19; Verslag van die Regshulpraad *supra* 8; 1990 *De Rebus* 593.

behoort aanvanklike vooroordeel dalk uit te skakel, maar die individuele openbare verdedigers gaan verantwoordelik wees om die beeld van die onafhanklike diens wat hulle lewer, uit te dra deur toe te sien dat reg en geregtigheid geskied en dat die kliënt dit ook so ervaar.

5 5 Vereistes om te kwalifiseer vir die dienste van 'n openbare verdediger

Dit spreek vanself dat dit aanvanklik totaal onmoontlik sal wees om elkeen wat op die dienste van 'n openbare verdediger aanspraak maak, te help. Die maksimum hoeveelheid gevalle wat hanteer kan word, moet duidelik uitgespel word. Die erns van die misdaad moet nie die enigste maatstaf wees om vir hulp te kwalifiseer nie. Dit wil voorkom of 'n praktiese beginpunt die reeds bestaande middeletoets is wat tans deur die Regshulpraad aangewend word. Die toets kan miskien net aangepas word om by die huidige omstandighede aan te pas. Die Regshulpraad het egter in sy afgelope jaarverslag¹⁰⁶ toegegee

“dat die huidige middeletoets regshulp buite die bereik plaas van talle mense wat nie uit eie sak regsdiens kan bekostig nie . . . Die vernaamste rede hiervoor is dat die beskikbare fondse nie eens voldoende is om te voorsien in die behoefte aan regshulp onder diegene wie se inkomste tans wel binne die voorgeskrewe perke val nie”.

Indien nog te veel persone kwalifiseer, kan 'n verdere vereiste bygevoeg word, naamlik dat die straf van die beskuldigde 'n moontlike gevangenisstraf sonder die keuse van 'n boete insluit.

Om aanvanklik meer persone te akkommodeer, kan bydraes op 'n glyskaal gehef word na gelang van die vermoë van die applikant op 'n soortgelyke basis as wat persone by staatsgesubsidieerde opleidingshospitale van mediese dienste voorsien word. Ek glo egter nie die las moet op die skouers van die landdros geplaas word om te besluit of die beskuldigde in 'n posisie is om geheel of gedeeltelik vir die dienste wat gelewer is, te betaal en, indien wel, wat sy bydrae behoort te wees nie.¹⁰⁷ Die openbare verdediger kan moontlik die hof in die verband behulpsaam wees daar hy sy kliënt se behoeftes ken of kan uitvind.

6 SAL DIE OPENBARE VERDEDIGERPROGRAM EFFEKTIEWER WEES AS DIE HUIDIGE REGSHULPSTELSEL?

6 1 Inleiding

Daar is vir die huidige belastingjaar 'n bedrag van meer as R21,4 miljoen deur die staat vir regshulp bewillig.¹⁰⁸ Daar is al geargumenteer dat effektiewe regsverteenvoordiging aan hulpbehoewendes die verhoorafwaggende gevangenisbevolking grootliks sal verminder wat groot ekonomiese voordele sal inhou.¹⁰⁹ Die Regshulpraad beweer dat 'n openbare verdedigerstelsel ongeveer drie keer goedkoper behoort te wees as die stelsel wat die raad tans bedryf.¹¹⁰

106 10.

107 *S v Khanyile* 1988 3 SA 795 (N) 815I-816C.

108 Maart 1991 *Regshulpraad Bulletin* 5.

109 McQuoid-Mason 1984 *Acta Juridica* 194. Vgl egter Morison 31 wat van mening is dat die verdediging van al diegene wat moontlik gevangenisstraf opgelê kan word, die hofproses kan vertraag wat weer 'n toename in regskoste kan teweegbring.

110 Verslag van die Regshulpraad *supra* 5; McQuoid-Mason 1989 *SACJ* 63.

6 2 Oorhoofse koste

By die implementering van die openbare verdedigerprogram moet die koste- en geriefsaspek 'n belangrike rol speel. Die koste sal verskil na gelang dit 'n stedelike of plattelandse kantoor is.

'n Moontlikheid is om in die sentra waar advokatekamers is, 'n kamer in dieselfde gebou te beset en moontlik in samewerking met die balie die geriewe dienooreenkomstig te deel. So 'n reëling kan die onafhanklike beeld van die stelsel versterk. 'n Ander moontlikheid is om aanvanklik 'n kantoor in die landdroshof vir die doel opsy te sit.

'n Verdere moontlikheid is om 'n minimale geldelike bydrae in die vorm van 'n registrasiegeld van elke kliënt te vorder en so 'n bydrae tot die lopende maandelikse uitgawes van die kantoor te maak. Die plaaslike owerhede kan miskien ook 'n finansiële bydrae maak tot die regsverteenvoording van die behoeftiges in hulle gebied.¹¹¹

6 3 Praktiese implementering

Verskeie instansies sal moet saamwerk om die projek van stapel te laat loop en om dit te laat slaag, naamlik die Departement van Justisie en meer spesifiek die Regshulpraad, die Vereniging van Prokureursordes, die Algemene Balieraad en ander regshulpinstellings soos universiteitsregshulpklinieke, Lawyers for Human Rights, Legal Resources Centres, adviesburo's en diene betrokke in *pro bono*-skemas.

Die Regshulpraad is tans besig om 'n loodsprojek vir twee jaar daar te stel ingevolge waarvan tien openbare verdedigers, gekies uit belangstellende regspraktisyns, deur die raad vergoed sal word en onafhanklik van die staat sal funksioneer.¹¹² Die poste vir twee senior openbare verdedigers, agt openbare verdedigers asook administratiewe personeel is in der waarheid pas geadverteer.

7 SAMEVATTING

Toegang tot regsdiens en die regspleging het die afgelope aantal jare wêreldwyd onder die soeklig gekom. Die wenslikheid van regsverteenvoording word ook hier te lande toenemend beklemtoon in die regspraak, akademiese geskrifte en die openbare media.

Die daarstelling van 'n openbare verdediger wat op gelyke voet met die staatsaanklaer meeding, is noodsaaklik om geregtigheid in die laer howe te laat geskied. Dit kan miskien ook 'n oplossing wees vir die legitimitetskrisis waarin die Suid-Afrikaanse regstelsel hom tans bevind.

Die moontlike wanopvatting oor die potensiële gebrek aan geloofwaardigheid van 'n staatsgeëmployeerde openbare verdediger kan nie opweeg teen die enorme behoefte aan regsverteenvoording in die laer howe nie. Die omvang van die sukses van die openbare verdedigerprogram sal baie afhang van die mate van onafhanklikheid wat daaraan toegeken gaan word asook van die graad van sukses wat die openbare verdedigers in die verdediging van beskuldigdes gaan behaal.

¹¹¹ McQuoid-Mason 1989 *SACJ* 63.

¹¹² 1991 *De Rebus* 14.

Ek is van mening dat mense wat werklik begrip vir die probleem van die onverdiedige beskuldigde het, as moontlike kandidate oorweeg moet word en nie bloot diegene wat net 'n werk in die regsberoep wil beklee omdat daar nie ander moontlikhede vir hom beskikbaar is nie. Indien die openbare verdediger suksesvol is, sal diegene wat daardeur gebaat het 'n positiewe beeld van die openbare verdediger na buite uitdra ongeag daarvan of hulle onafhanklik van die staat funksioneer of nie.

Die huidige regshulpstelsel het bewys dat dit nie effektief in die praktyk funksioneer nie as gevolg van gebrekkige infrastruktuur, mannekrag en befondsing. Baie beskuldigdes is nie van hulle regte bewus nie en weet nie eers van die bestaan van geldelike bystand in die vorm van regshulp nie. Die teenwoordigheid van 'n openbare verdediger in die laer howe op 'n daaglikse basis skyn 'n eenvoudige oplossing vir die probleme te wees. Dit sal ook die las van die landdroos verlig in dié sin dat dit nie meer vir hom nodig sal wees om die beskuldigde oor sy regte in te lig nie. Ek is in elk geval van mening dat landdrooste verlos moet word van die onbenydenswaardige taak om in moeilike omstandighede geregtigheid aan 'n onverdiedige beskuldigde te laat geskied.

Die openbare verdedigerprogram kan ekonomies meer koste-effektief wees as die huidige regshulpsisteem. Dit sal slegs daarop neerkom dat die beskikbare fondse van die Regshulpraad op 'n doelgerigter wyse aangewend word. 'n Openbare verdediger kan sy tyd en deskundigheid baie effektiewer aanwend deurdat 'n goeie en nou werksverhouding met die staatsaanklaers bewerkstellig kan word wat tot gevolg kan hê dat sake gouer en baie meer doeltreffend afgehandel word.

Ek is van mening dat die openbare verdediger net soos die staatsaanklaer deel van die regsmasjinerie moet wees om behoorlike regspleging in die strafhowe te bewerkstellig.

LC STEYN-GEDENKBUNDEL

'n Aantal eksimplare van hierdie verdienstelike bundel is nog beskikbaar en kan bestel word teen R15,00 per eksimplaar van:

Prof DJ Joubert
Sekretaris
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

The collecting bank revisited

FR Malan

BÂ LLD

Professor of Banking Law, Rand Afrikaans University

JT Pretorius

B Iur LLM LLM LLD

Professor of Commercial Law, University of South Africa

OPSOMMING

'n Verdere besoek aan die invorderingsbank

In *Yorkshire Insurance Co Ltd v Standard Bank of SA Ltd* 1928 WLD 251 is beslis dat 'n nalatige invorderingsbank nie enige Aquiliese aanspreeklikheid teenoor die eienaar van 'n verlore of gesteelde tjek kan opdoen nie. Ten spyte van grondige kritiek het die hof onlangs in *Worcester Advice Office v First National Bank of Southern Africa Ltd* 1990 4 SA 881 (K) die *Yorkshire*-beslissing gevolg. Hierdie bydrae neem die redes vir die beslissing in *Worcester Advice Office* in oënskou en kom tot die gevolgtrekking dat sodanige aanspreeklikheid erken behoort te word.

1 INTRODUCTION

Although much has been written on the Aquilian liability of a collecting bank to the owner of a lost or stolen cheque,¹ it may nevertheless be opportune to reconsider some of the principles, especially after the recent decision in *Worcester Advice Office v First National Bank of Southern Africa Ltd*.² Since both the

1 See, eg, De Beer *Die ware eienaar van die tjek en sy beskerming in geval van diefstal* (LLD thesis University of Leiden 1979); De Beer "Die aanspreeklikheid van die invorderingsbankier teenoor die ware eienaar van 'n tjek" 1977 *THRHR* 360; Cowen "The liability of a bank in the computer age in respect of a stolen cheque" 1981 *TSAR* 193 (hereafter Cowen "Liability"); Cowen "Two cheers (or may be only one) for negotiability" 1977 *THRHR* 19; Malan "Professional responsibility and the payment and collection of cheques" 1978 *De Jure* 326, 1979 *De Jure* 31 (hereafter Malan "Professional"); Malan "Once more on professional responsibility" 1979 *De Jure* 363; Malan "Moontlike hervorming van die wisselreg" 1991 *TSAR* 201; Malan, Oelofse & Pretorius *Proposals for the reform of the Bills of Exchange Act, 1964* (1988) 582 *et seq* (hereafter Malan *Proposals*); Pretorius "Professionele aanspreeklikheid, die invorderingsbank en regshervorming" 1987 *MB* 56 (hereafter Pretorius "Aanspreeklikheid"); Sinclair "Fictitious and non-existing payees - the English heritage" 1973 *SALJ* 369; Tager "The collecting banker's liability to the true owner of a lost or stolen cheque" 1979 *SALJ* 372 (hereafter Tager); Van Zyl *Tjekretensie in die Suid-Afrikaanse wisselreg* (LLM dissertation RAU 1986); Waring "Where the buck stops" 1980 *THRHR* 416.

2 1990 4 SA 811 (C). The delictual liability of the collecting bank has also been the subject of litigation in other South African cases: *Yorkshire Insurance Co Ltd v Standard Bank of*

present writers have dealt at length with most of the arguments in favour of the recognition of a duty of care on the part of a negligent collecting bank elsewhere, the principal objective of this article is to comment on some of the arguments raised in the *Worcester Advice Office* decision.

2 THE WORCESTER ADVICE OFFICE DECISION

The plaintiff in *Worcester Advice Office* alleged that it was the true owner of a lost or stolen cheque which was crossed and marked "not transferable".³ The relevant cheque was drawn payable to the plaintiff for the sum of R30 000. Some unknown person or persons opened a savings account with the Worcester branch of the defendant bank in the name of "Worcester Peoples Advice"⁴ and deposited the said cheque for collection. Several days later someone withdrew the sum of R29 500 from the savings account. The plaintiff alleged that the defendant as collecting bank owed a duty of care to the plaintiff as owner of the lost or stolen cheque and that it suffered a loss as a consequence of, *inter alia*, the defendant's failure to take reasonable steps to avoid the loss to the plaintiff as owner of the cheque. The plaintiff claimed damages in the amount of R29 500. The defendant raised an exception to the plaintiff's particulars of claim on the ground that they did not contain the averments necessary to sustain a cause of action. The court thus had to decide whether, at South African common law, a collecting bank owes a duty of care (in its policy-duty sense⁵) to the owner of a lost or stolen cheque.⁶ In a judgment delivered by Van Niekerk J and Comrie AJ the exception was upheld.

Their lordships noted that the courts in Zimbabwe have long since held that a collecting bank may be liable for negligence under the *lex Aquilia* to the owner

continued from previous page

SA Ltd 1928 WLD 251; *Atkinson Oates Motors Ltd v Trust Bank of Africa Ltd* 1977 3 SA 188 (W). See also the confusing decision in *Bonitas Medical Aid Fund v Volkskas Bank Ltd* 1991 1 SA 231 (W) and further the *obiter* remarks in *Leal & Co v Williams* 1906 TS 554; *Liquidators of Cape of Good Hope Building Society v Bank of Africa* (1900) 17 SC 480. The delictual liability of collecting banks and other financial institutions to the owner of a lost or stolen cheque was also the subject of litigation in Zimbabwe: *Rhostar (Pvt) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* 1972 2 SA 703 (R); *Philsam Investments (Pvt) Ltd v Beverley Building Society* 1977 2 SA 546 (R); *Zimbabwe Banking Corporation Ltd v Pyramid Motor Corporation (Pvt) Ltd* 1985 4 SA 553 (ZSC); *UDC Ltd v Bank of Credit and Commerce Zimbabwe Ltd* 1990 3 SA 529 (ZH).

3 The cheque was thus a "non-transferable" cheque. A "non-transferable" cheque is a cheque which contains words prohibiting transfer (s 6(5) read with s 71 of the Bills of Exchange Act 34 of 1964). Such a cheque is valid as between the parties only and is not negotiable in terms of s 29 of the Bills of Exchange Act. Only one person, the payee, can be the holder of such a cheque (*Aboobaker v Gableite Distributors (Pty) Ltd* 1978 4 SA 615 (D); *Impala Plastics (Pty) Ltd v Coetzer* 1984 2 SA 392 (W); *Volkskas Bpk v Johnson* 1979 4 SA 775 (C); *Malan Bills of exchange, cheques and promissory notes in South African law* (1983) §347 (hereafter "Malan")).

4 821D. See, however, 812E where it is stated that the unknown persons operated the account "in the plaintiff's name".

5 The court was well aware of the fact that the expression "duty of care" may attract criticism (Boberg *The law of delict I: Aquilian liability* (1984) 30 (hereafter Boberg); Van der Walt *Delict: Principles and cases* (1979) §23 (hereafter Van der Walt) and Neethling, Potgieter & Visser *Law of delict* (1990) 44) and used the expression in its policy-duty sense only (814A-B).

6 813J-814A.

of a lost or stolen cheque.⁷ After noting that the majority of academic writers in South Africa⁸ favour the recognition of such a duty on the part of the collecting bank,⁹ their lordships proceeded to enumerate what they considered to be the main reasons that have been advanced in support of such an extension of Aquilian liability.¹⁰ We shall deal briefly with and comment on the reasons of the court.

(a) *Since the decision in Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk*¹¹ the way would now be open to recognise liability for pure economic loss negligently caused.¹² To put this consideration in perspective: the availability of a delictual action based on the *lex Aquilia* against a collecting bank which negligently collects payment of a lost or stolen cheque on behalf of someone other than its true owner, had previously been denied in two Transvaal decisions.¹³ Both these cases were decided before the landmark decision in the *Administrateur, Natal* case where the appellate division put the seal of approval on a wider perception of the scope of the *lex Aquilia*,¹⁴ namely that liability can exist in principle for pure economic loss not arising from physical injury to person or property.¹⁵ In

7 815B-818A. See also the cases cited in fn 2 above and Malan *Proposals 587 et seq* for a full discussion in this regard. It is interesting to note that the recognition in Zimbabwe of the above-mentioned principle that a collecting bank owes a duty of care to the owner of a lost or stolen cheque was principally the result of developments that had taken place in *South African law*, such as the recognition by the courts of liability for pure economic loss not arising from physical injury to a person or property (*Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A); *Lillicrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers (SA) (Pty) Ltd* 1985 1 SA 475 (A); *Siman & Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 2 SA 888 (A); *Tobacco Finance (Pvt) Ltd v Zimnat Insurance Co Ltd* 1982 3 SA 55 (ZH)), and academic opinion expressed here (see, eg, Malan "Professional"; Tager; Cowen "Liability").

8 With the notable exception of Cowen *ibid*.

9 818G-H.

10 818I-819F.

11 *Supra*. See also *Lillicrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers (SA) (Pty) Ltd supra*; *Siman & Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd supra*; *Tobacco Finance (Pvt) Ltd v Zimnat Insurance Co Ltd supra*.

12 818I-J.

13 *Yorkshire Insurance Co Ltd v Standard Bank of SA Ltd supra*; *Atkinson Oates Motors Ltd v Trust Bank of Africa Ltd supra*.

14 See, in general, Boberg 103 *et seq*; Boberg "Back to *Winterbottom v Wright?* – not quite" 1985 *SALJ* 213; Burchell "The birth of a legal principle – negligent statements causing pure economic loss" 1980 *SALJ* 1; Corbett "Aspects of the role of policy in the evolution of our common law" 1987 *SALJ* 52; Hutchinson and Visser "Lillicrap revisited – further thoughts on pure economic loss and concurrence of actions" 1985 *SALJ* 587; Neethling and Potgieter 1980 *THRHR* 82; Neethling and Potgieter "Nalatige wanvoorstelling as aksiegond" 1980 *De Rebus* 179; Oelofse 1980 *THRHR* 86; Pretorius "Nalatige wanvoorstelling en suiwer vermoënsverlies: Die regsplig om skade te voorkom" 1986 *De Jure* 57 243; Pretorius *Aanspreeklikheid van maatskappy-ouditeure teenoor derdes op grond van wanvoorstelling in die finansiële state* (1985) 229 *et seq* (hereafter Pretorius *Derdies*); Schoeman "Die nalatige veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies – aanspreeklikheidsbegrensing" 1986 *THRHR* 287; Van der Walt "Nalatige wanvoorstelling en suiwer vermoënskade: Die appèlhof spreek 'n duidelike woord" 1979 *TSAR* 149; Van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid uit onregmatige daad* (LLD thesis Unisa 1974) 322 *et seq*. See also, most recently, *Arthur E Abrahams & Gross v Cohen* 1991 2 SA 301 (C).

15 In fact, in *Atkinson Oates Motors Ltd v Trust Bank of Africa Ltd supra* 198G-H Franklin J was alive to the problem of recovery for pure economic loss: "And bearing in mind the judicial caution that has been displayed upon this controversial topic, I do not think that it is necessary for me, for the purposes of this judgment, to add to the many judicial pronouncements upon it . . ."

*Zimbabwe Banking Corporation Ltd v Pyramid Motor Corporation (Pvt) Ltd*¹⁶
McNally JA thus correctly pointed out that

"the *lex Aquilia* was not then [ie when the *Yorkshire* and *Atkinson Oates* cases were decided] seen to be sufficiently developed to provide a natural home for the obvious remedy. One notes the reluctance with which Innes CJ came to the conclusion he reached in *Leal & Co v Williams* . . . [1906 TS 554] and the passing thought that 'something might possibly be made of the case on the ground of negligence' (at 559). But the *lex Aquilia* was then, as in 1928, too underdeveloped to bear the extended burden. The courts had no choice but to fall back upon the inadequate *actio ad exhibendum*. Perhaps by 1977 the cumulative weight of authority and settled commercial practice in the Transvaal was too great to be moved, and *Atkinson Oates Motors Ltd* had to bear the consequences".

The correctness of the *Yorkshire* and *Atkinson Oates* decisions must thus now be gauged against the subsequent material growth of the law.¹⁷

(b) *Banks are fundamental to our economy and collecting banks are an integral part of the banking system whereby the payment of cheques is collected. Crossed cheques are collected only through a banker.*¹⁸ Banking is a social phenomenon of considerable importance. The banks are the main functionaries of the financial system and decisively influence the economic development of a country. They are the "trustees" of the public's money. The important role that banks play in the cheque-collection process is underscored by, for example, the practice of crossing cheques.¹⁹ The assumption is that "[b]ankers are in general persons of great respectability . . . [who] are incapable of lending themselves to any concealment or suppression of the truth".²⁰ By involving a bank in the cheque-collection process it would no doubt enhance and improve the protection afforded to the true owner of a cheque in the event of theft or loss of possession. It must be stressed that the crossing of a cheque would be of little legal consequence unless the collecting bank owes a duty of care to the owner of a cheque to take due and reasonable care to prevent him from sustaining loss.²¹

(c) *Bankers as a class are "professionals". They possess skills and experience which can and should be exercised for the protection of the true owner of a lost or stolen cheque.*²² The professional skill of banks was recognised at common law.²³ The fact that a particular defendant possesses professional skills in a particular field is one of the factors that may be taken into account in determining the existence of a duty of care.²⁴ Although the possession of skill is not a prerequisite for the recognition of delictual liability, it may indeed be a *decisive* factor if the efficiency of the cheque-collection process is dependent on the

16 *Supra* 560.

17 Pretorius "Aanspreeklikheid" 61-62; Tager 387.

18 819A-B.

19 As to the history of the crossing of cheques, see Holden *History of negotiable instruments in English law* (1955) 229 *et seq.*

20 *Bellamy v Majoribanks* (1852) 7 Ex 389 403-404; 155 ER 999 1006.

21 See, further, Malan *Proposals* 601 *et seq.*; *Zimbabwe Banking Corporation Ltd v Pyramid Motor Corporation (Pvt) Ltd supra* 565F-1; *Rhostar (Pvt) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd supra* 715.

22 819B.

23 Malan *Proposals* 599; Pothier *Verhandeling van het wisselrecht* (1801) (Van der Linden's translation) I 4 51; Pretorius "Aanspreeklikheid" 62.

24 Burchell "The birth of a legal principle - negligent statements causing pure economic loss" 1980 SALJ 1; Pretorius *Derdes* 289 *et seq.*; Malan *Proposals* 598 *et seq.*

question whether or not the collecting bank acted with the necessary care and skill.²⁵

(d) *Collecting banks themselves appreciate the need, at least in their own interests, to exercise a measure of care.*²⁶

(e) *The collecting bank acts as a "filter", and as a "buffer" between the thief and the true owner.*²⁷ In *Zimbabwe Banking Corporation Ltd v Pyramid Motor Corporation (Pty) Ltd*²⁸ Gubbay JA explained this critical function of the collecting bank in the cheque-collection process:

"[T]he collecting banker appreciates or ought to appreciate the significance of instructions upon a cheque and that they are there to be observed. He can verify whether the payee designated on the cheque is his client. He alone is in a position to know whether it is being collected on behalf of the person entitled to receive payment; the paying banker has no knowledge of that . . . If the cheque indicates that his client is not so entitled, the collecting banker is able to safeguard the drawer from loss by acting as a buffer. He has the machinery at his disposal to do so. He can allow a reasonable period of time to elapse before paying out to his client the funds represented by the cheque, thereby permitting either enquiries to be made as to the depositor's title, or the drawer an adequate opportunity to instruct the drawee bank to stop payment on the cheque. By exercising reasonable diligence in this regard the collecting banker is able to minimise, if not neutralise, the relatively high risk affecting a cheque in the sense that payment can be obtained by an unlawful possessor with comparative ease."²⁹

(f) *The collecting bank will not be liable unless he is causatively negligent. Whether or not he is negligent will be judged by the banking practices of the day. Furthermore, he can raise the contributory negligence of the true owner in reduction of liability.*³⁰

(g) *There is only one permissible claimant, namely the true owner of the cheque, be he the drawer or payee or subsequent holder.*³¹ It is submitted that it is true that none of the objections usually levelled against the recovery of pure economic

25 Malan "Professional" 34; Pretorius "Aanspreeklikheid" 63. In *Zimbabwe Banking Corporation Ltd v Pyramid Motor Corporation (Pvt) Ltd supra* Gubbay JA explained (565B-F): "What Mr De Bourbon [for the respondent] did urge was that dictates of policy justify placing the liability of a collecting bank upon a different footing from that of the ordinary intermediary. Support for that approach is forthcoming from Professor Malan, who in 1979 *De Jure* at 34-37 writes convincingly of the 'professional responsibility' of bankers as a class. He . . . argues that as a banker, by virtue of his calling, has or ought to have special skill and competence, it is unsound and illogical to equate his position in collecting payment of a stolen cheque with that of an ordinary *bona fide* purchaser of stolen goods who, subsequently disposes of the goods in good faith. For in the exercise of his expertise and responsibility which arise from the professional services he renders the public, the banker owes a duty of care [in the policy-duty sense] to avoid causing loss to the owner of a stolen cheque by negligently dealing with it. In my view the argument is attractive."

26 819B.

27 819C.

28 *Supra* 565F-I.

29 See also *Rhostar (Pvt) v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd supra* 715C-E where Goldin J remarked that the collecting bank "is the only one who is in a position to know whether or not the cheque is being collected on behalf of the person who is entitled to receive payment . . . [A] paying banker has no knowledge whether or not a cheque is being collected on behalf of a person entitled to it and has to rely, and does rely, on the collecting banker to present a cheque for collection on behalf of the person to whom it is lawfully payable." It is submitted that the existence of a duty of care should be determined in the light of all the circumstances.

30 819D. We shall deal with this consideration under par 3 below.

31 819D.

loss is relevant to the recognition of the liability of the paying or collecting bank. The identity of the claimant is determinable.³² He is the owner of the cheque and can, in principle, be ascertained by applying the norms of the law of property regarding ownership of, and real rights in, movable property.³³

(h) *Liability is not indeterminate. The maximum amount of liability in any case will be the face value of the cheque when it is deposited for collection.*³⁴

(i) *The increased cost to the banks, and ultimately to its customers, of imposing the suggested duty of care will not be unduly great and will in any event be spread among a large number of customers.*³⁵

(j) *Banks in other jurisdictions have lived with or adjusted to liability for negligent collection without falling into disarray.*³⁶ Although this argument has been discussed at length elsewhere,³⁷ and is indeed an obvious consideration, it is nevertheless interesting to note that the Jack Committee (*Banking Services: Law and Practice Report by the Review Committee*)³⁸ recently recommended the expansion of the liability on the part of the collecting bank in the United Kingdom.³⁹

32 In *Zimbabwe Banking Corporation Ltd v Pyramid Motor Corporation (Pvt) Ltd* supra 564G-I Gubbay JA remarked that "in an action based on a cheque in circumstances such as the present [ie instances where the potential delictual liability of the collecting bank may arise] the potential plaintiffs are limited to two and are easily predictable, namely the drawer of the cheque or the payee (or persons holding title under him); indeterminate liability for economic loss does not arise since the loss will be restricted to the amount *ex facie* the cheque itself; and there is and will only be a single loss with little, if any, likelihood of a multiplicity of actions. I find this a cogent and acceptable proposition, which has earned the approval of academic writers".

33 Malan "Professional" 38.

34 819D-E. We shall deal with this consideration under par 3 below.

35 819E. Despite the increased usage of electronic funds transfer, the usage of cheques continues to grow. The figures indicate that the number of items processed through the Automated Clearing Bureau in 1988 was 320 507 681 with a turnover value of R2 603 501 million which represents an increase of some 8.6% over the previous year when some 295 270 455 items were processed which represented a turnover value of R2 195 840 million. It has been argued that although the banks do take reasonable precautions to avoid collecting cheques for parties who they know can have no title to them, they nevertheless perform their duties relieved of the pressure of potential liability. If such liability were to be imposed, it has been argued, additional people would have to be employed to take additional safeguards which would involve an additional cost. To say that the employees are now performing their duties relieved of the pressure of potential liability is not quite true. It has been argued cogently, it is submitted, that there are compelling reasons for the imposition of a duty of care on a collecting bank. Furthermore, the standard of care that a professional must comply with should not be determined by the question whether or not liability may ensue (*Colman v Dunbar* 1933 AD 141 157; Pretorius *Derdes* 373 *et seq*).

36 819E-F.

37 See Malan *Proposals* 611 *et seq*; Malan "Professional" 333 *et seq*.

38 Under the chairmanship of Jack CBE (HMSO Cm 622 (1989)).

39 Under the doctrine of conversion, a collecting bank in England would have been liable to the owner of a stolen cheque whether *bona fide* or not, and whether negligent or not (Malan *Proposals* 583 *et seq*). It was for this reason that legislation in England was necessary, not to pin liability on the collecting bank, but to relieve him of liability where he could show that he acted in good faith and without negligence (*Marfani & Co Ltd v Midland Bank Ltd* 1968 1 WLR 956 (CA) 970-971). This is the effect of s 82 of the Bills of Exchange Act of 1882 and s 4 of the Cheques Act of 1957. S 4 of the Cheques Act 1957 reads:

"Where a banker, in good faith and without negligence:

(a) receives payment for a customer of an instrument to which this section applies; or
(b) having credited a customer's account with the amount of such an instrument, receives payment thereof for himself and the customer has no title, or a defective title, to the

(k) *It is reasonable and equitable that a collecting bank should be answerable for his negligence to the true owner.*⁴⁰

Although the court in the *Worcester Advice Office* case conceded that the aforementioned were “undoubtedly an impressive set of reasons”⁴¹ it nevertheless upheld the exception that the plaintiff’s particulars of claim did not contain the averments necessary to sustain a cause of action.

3 SOME COMMENTS ON THE *WORCESTER ADVICE OFFICE* DECISION

The reluctance of their lordships to change the “settled law . . . which has stood for 60 years”⁴² ought to be treated with some scepticism, since the belated recognition of Aquilian liability for pure economic loss in the *Administrateur, Natal* case is the cause of the failure hitherto to impose liability on negligent collecting banks.⁴³ It could hardly be said that the law was “settled” in the light of overwhelming academic opinion to the contrary or that it was indeed the law of South Africa that a negligent bank does not owe a duty of care to the owner of a lost or stolen cheque.⁴⁴ It is but fortuitous that the question of the delictual liability of collecting banks had not been raised in any reported decision since *Administrateur, Natal*. It is submitted that the positivist approach adopted by the court does not convince, since the law should consistently serve the changing needs of society.

Although the court in the *Worcester Advice Office* case conceded that the “vigilance and expertise which collecting bankers will be called upon to exhibit,

continued from previous page

instrument, the banker does not incur any liability to the true owner of the instrument by reason only of having received payment thereof.”

The gist of this provision is that a collecting bank does not incur liability towards the true owner of a lost or stolen cheque if the *collecting bank* can show that it acted in good faith and without negligence. Section 82 of the English Act was designed to give the collecting bank protection which the common law denied him. The *Banking Services: Law and Practice Report by the Review Committee* (§727) remarked in this regard: “We do consider, however, that in one respect, the terms of Section 4, as interpreted by the courts, have given too much protection to the banks, in that the intended payee may find himself without a remedy against a bank which has collected the proceeds without his (the true payee’s) knowledge or consent. At present it appears to be relatively easy for a thief to take a stolen cheque to a branch of a bank or a building society, open an account in the name of the payee and, a few days later, abscond with the proceeds. In this Committee’s short life, no less than 15 instances . . . of successful perpetration of this kind of fraud have been drawn to our attention. Provided the collecting bank has acted in good faith and without negligence, Section 4 will protect it against an action by the true owner for conversion. The position in Scotland is even more favourable to the bank since Scots law does not recognise the tort of conversion and the common law appears to provide a complete defence unless there has actually been bad faith. The remedy, as we see it, lies (except in Scotland) partly in the proposals . . . that best practice should require banks to take reasonable steps to satisfy themselves as to the identity of a new customer before transacting business with him . . . We suggest that the new Act should also contain a provision restricting for Scotland the collecting bank’s protection to that given for the rest of the United Kingdom . . .”

⁴⁰ 819F.

⁴¹ 819F-G.

⁴² 819F; see also Cowen “Liability” 220.

⁴³ Malan *Proposals* 592 *et seq.*; Pretorius 60 *et seq.*

⁴⁴ Pretorius 65 *fn* 77; see also *Zimbabwe Banking Corporation Ltd v Pyramid Motor Corporation (Pvt) Ltd supra* 560C-D.

if the duty of care is recognised, may not seem too much to ask in an individual case", the court was nevertheless of the opinion that "cumulatively, taking the aggregate of cheques collected through the clearing system, it is likely to be colossal",⁴⁵ so that the "ensuing potential liability... [would be] too great a burden to be placed upon collecting bankers and spread among its customers".⁴⁶ It is submitted that this is the "indeterminate-liability" argument⁴⁷ in disguise: what the court is hypothesising is similar to suggesting that a medical doctor in an extremely busy practice should not be held liable for negligence because of the large number of patients he has to examine daily. Moreover, it should be borne in mind that the problem of indeterminate liability usually associated with liability for pure economic loss⁴⁸ does not arise in instances where the potential liability of a negligent collecting bank is in issue: each potential claim arises separately from any other and is related to a specific act on the part of a specific collecting bank. The collecting bank is not faced with the dilemma of a single negligent act giving birth simultaneously to inestimable loss from an indeterminate class of potential victims launching an endless stream of actions: the potential plaintiffs are limited to two and are easily predictable, namely, the drawer of the cheque or the payee or persons holding title under him.⁴⁹ In addition, the fact that the face value of an individual cheque may run into millions of rands is of no consequence: the amount of the claim is restricted to the amount *ex facie* the cheque. Neither should the extent of the potential loss influence the question as to the existence of a duty of care.⁵⁰ Neethling, Potgieter and Visser⁵¹ ask the question whether the consideration of "an overwhelming potential liability" can actually be meaningfully and rationally applied by the courts. The authors give a negative answer

"for the obvious reason that as a rule it will prove extremely difficult – in fact, impossible – to decide whether the scope of the wrongdoer's liability is too wide or 'overwhelming'. It is probably also because of this reason that the policy consideration... has never played a part in determining liability for *damage to property*".⁵²

45 819G–I.

46 820A.

47 See Malan *Proposals* 592 *et seq* and Pretorius *Derdes* 262 *et seq* for a full discussion of the so-called indeterminate-liability argument.

48 Berg 103 *et seq* and the authorities quoted there.

49 Malan *Proposals* 597–598; *Zimbabwe Banking Corporation Ltd v Pyramid Motor Corporation (Pvt) Ltd supra* 564G–565B. Cowen "Liability" 207 fn 55 refers to Malan's submission that "[t]he extent of the loss which is or should be recoverable is limited to the amount of the cheque" and retorts: "This is true only if one confines attention to the particular cheques which become the subject-matter of litigation. But, in practice, it would be impossible for a large bank to predetermine the extent of potential liability in respect of *all* cheques passing through clearance, even on any one day, let alone during a longer period." Apart from the fact that it has never been a requirement for delictual liability that a defendant should be afforded the opportunity "to predetermine the extent of potential liability" (it would in any event be impossible), there is no jurisprudential or other reason why this should be made a requirement for delictual liability.

50 Basson "Nalatige wanvoorstelling vir suiwer ekonomiese verlies" 1983 *Codicillus* 13 explains this principle: "Die omvang van die skade word nie in ag geneem by die beoordeling van die vraag of 'n dader se optrede volgens die *boni mores* as onredelik oftewel onregmatig aangemerkt kan word nie. Dit sou tot absurde gevolge aanleiding gee waar die houe byvoorbeeld aanspreeklikheid wat bestaan sou weier slegs omrede die bedrag van skadevergoeding wat betaalbaar is te groot is. Daar bestaan verder ook nie 'n maatstaf om te bepaal wanneer die bedrag skadevergoeding te groot is nie..."

51 *Law of delict* 250.

52 See also Pretorius "Aanspreeklikheid" 61 *et seq*.

The court also expressed the view that should the duty of care be recognised, the collecting bank's duty of care will not be confined to the cheque and what could be seen upon it, since the bank will

"be obliged to make proper enquiry with all that that entails as to the identity and commercial standing of his potential customer. He will in other words, when opening a new account, reasonably have to satisfy himself that the customer is who he claims to be and is honest, for otherwise he will be liable for the customer's present or subsequent misappropriation of cheques".⁵³

Although one might be somewhat surprised to learn that these considerations are cited in support of the *non-imposition* of liability for the negligent collection of a cheque, it should be remembered that the recognition of a duty of care in a policy-duty sense is merely an indication of potential delictual liability, since delictual liability as such is dependent on the question whether or not *all* the other requirements of the *lex Aquilia* have been met.⁵⁴ The recognition of a duty of care to the owner of a lost or stolen cheque does not inevitably entail delictual liability on the part of the collecting bank. Furthermore, the practical implications which may result from the recognition of a duty of care should also be taken into account as a policy consideration to determine the existence of the duty of care. A duty of care arises only if the apprehended damage could be prevented by reasonable, practicable and affordable measures.⁵⁵ Could it really and in all sincerity be said that it would place "too great a burden"⁵⁶ on a collecting bank to take reasonable steps to ascertain the identity of its client upon the opening of a new account? It is surely standard banking practice at least to ascertain the identity of a new client upon the opening of a new account. One could expect no less. A study of the decisions in England reveals that many instances of fraud or theft could have been prevented if the collecting bank had taken reasonable steps to ascertain the identity of its client upon the opening of a new account.⁵⁷ The same could undoubtedly be said of the *Worcester Advice Office* case.

53 819H-J.

54 Boberg 24 *et seq*; Pretorius *Derdes* 396 *et seq*.

55 *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 1 SA 102 (A) 111F-112E 116H-117B; Van der Walt §23.

56 820A.

57 *Lloyds Bank Ltd v EB Savory & Co* 1933 AC 201 (HL) and see Pretorius "Aanspreeklikheid" 70 fn 120-122. The court in the *Worcester Advice Office* case also expressed the view that the recognition of a duty of care on the part of a collecting bank would have the result that the "collecting banker may further be required to monitor the conduct of each customer's account in case his suspicions should be aroused thereby or by an unusual deposit . . ." (918J-820A). It is submitted that this statement cannot be accepted as correct. The recognition of a duty of care will not result in a detailed examination of each cheque deposited for collection. Reasonable practical measures to avoid damage does not involve a detailed examination of each cheque deposited for collection followed by enquiries in cases of doubt as to the depositor's title. No one would suggest that a teller should examine each cheque in a bundle deposited on a busy morning. It is, eg, the general practice of banks in England to insist that those customers who daily pay a large number of cheques into their accounts for collection, provide the bank with an indemnity for any loss the bank may incur as a result of the client presenting a lost or stolen cheque for collection. The result is that collecting banks in England simply do not subject each cheque deposited for collection to a detailed examination. In fact, the greater majority of cheques are not subjected to any examination at all. In South Africa it would not be necessary for the banks to insist on an express indemnity, because such indemnity is implied by law (Stassen "Die regsraad van die verhouding tussen 'n bank en sy klient" 1980 *MB* 77 90 *et seq*; De Wet and Yeats *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* (1978) 4ed by De Wet and Van Wyk 342).

A further reason given by Van Niekerk J and Comrie AJ for the non-imposition of liability for the negligent collection of a cheque was that

“issues of causation and contributory negligence are likely to prove intractable, and . . . [that] the suggested duty may operate unfairly to the banks”.⁵⁸

The statement that issues of causation and contributory negligence are likely to prove intractable is, it is submitted, simply not correct. Whether the *bonus argentarius* would have collected a particular cheque on behalf of a specific customer may readily be determined by recourse to expert evidence. Furthermore, the court in *Greenfield Engineering Works (Pty) Ltd v NKR Construction (Pty) Ltd*⁵⁹ had little difficulty in concluding that the drawer of a cheque had acted negligently in drawing the cheque “in an improper and unbusinesslike manner”. Hoexter J (as he then was) also expressed the view that “the issue of causality [did not] provide any substantial problems”⁶⁰ in the particular case. In *Barclays Bank DCO v Straw*,⁶¹ for example, the negligence of the drawer was held not to be the *causa causans* of the loss sustained where the amount payable on a cheque had been altered without the drawer’s consent.⁶²

The court in the *Worcester Advice Office* case also acknowledged, correctly, it is submitted,⁶³ that cheques are regularly crossed in order to ensure that they are collected through a bank, and that the

“crossing affords a limited measure of protection against theft or fraud, because the collecting banker is obliged to satisfy himself that he has a customer who corresponds with the ostensible holder *ex facie* the cheque and that the cheque has been deposited for the account of such customer”.⁶⁴

“That is one thing”, said their lordships, but, “a general duty of care to the true owner is another.”⁶⁵ It is not clear what is meant by this last statement. Probably not much, but if the court was implying that it should make a difference in principle whether or not the duty of care is owed to the drawer of a cheque or to its true owner, such suggestion must be subjected to serious criticism. There can be no cogent reason for a distinction in this regard, since the drawer may well be the true owner of a lost or stolen cheque. Ordinary principles of the law of property are used to determine who the true owner of a cheque is.⁶⁶ It is trite law that it is the *owner* of a cheque who usually suffers loss in the event of theft or forgery.⁶⁷

A feature of the *Worcester Advice Office* case is that the court was dealing with a stolen “non-transferable” cheque.⁶⁸ The court correctly pointed out that a “non-transferable” cheque

58 820I-J.

59 1978 4 901 (N) 912G-H.

60 912H.

61 1965 2 SA 93 (O).

63 See also Boberg 1965 *Annual Survey of South African Law* 179-180.

63 Pretorius “Aanspreeklikheid” 63.

64 820B-C.

65 820C.

66 Malan §69 and 338; Pretorius “Aanspreeklikheid” 56 fn 5; *Barclays National Bank Ltd v Wall* 1983 1 SA 149 (A); *Mannesmann Demag (Pty) Ltd v Romatex Ltd* 1988 4 SA 383 (D) 389E-H; cf *Bonitas Medical Aid Fund v Volkskas Bank Ltd supra*.

67 Pretorius “Aanspreeklikheid” 56-57.

68 See fn 3 above.

“cannot be collected otherwise than on behalf of a person who claims to be the designated payee and whom the collecting banker believes to be the true payee, whether or not he is in fact the true owner or true payee”.⁶⁹

Although their lordships observed in this regard that the collecting bank will ignore the “non-transferable” crossing “at his peril”,⁷⁰ they nevertheless expressed the opinion that

“the marking does not cast upon the collecting banker a wider duty, such as a duty reasonably to be satisfied that the customer who deposits the cheque for collection is in fact its true payee and owner”.⁷¹

Their lordships continued that it was in any event

“apparent from . . . the particulars of claim that the plaintiff and the defendant bank’s customer corresponded sufficiently in name (‘Worcester Advice Office’ or ‘Worcester Peoples Advice’).”⁷²

With respect, it has never been suggested that the particular markings (such as “not transferable”) on a cheque as such would impose a duty of care on the collecting bank.⁷³ A particular marking or inscription on a cheque may constitute one of the factors that may affect the *degree of care* to be applied, since such markings or inscriptions may in certain circumstances require a greater degree of care to be exercised.⁷⁴ The existence of a duty of care (in a policy-duty sense) should not be confused with the duty to take reasonable care, that is, negligence.⁷⁵ The recognition of a duty of care in a policy-duty sense is only an indication of potential delictual liability; there is never an absolute duty to prevent harm.⁷⁶ Moreover, it is difficult to see how the court could have come to the conclusion that the plaintiff and the defendant bank’s customer corresponded sufficiently in name for the purposes of the negligence question without the benefit and assistance of expert evidence about what degree of care should reasonably be expected of the *bonus argentarius* in the particular circumstances, especially with regard to a “non-transferable” cheque.⁷⁷ Nor is it clear where the line is to be drawn between honest or *bona fide* incompetence and the wilful shutting of professional eyes if only the latter is to be actionable. Could it actually be said that a collecting bank is acting *bona fide* if it (deliberately?) closes its professional eyes to or simply ignores the markings or inscriptions on a “non-transferable” cheque?⁷⁸

A final comment: in the course of their judgment Van Niekerk J and Comrie AJ remarked that

69 821B–C.

70 821C.

71 821C–D.

72 *Ibid.*

73 Malan §354 at 326 fn 69; see *UDC Ltd v Bank of Credit and Commerce Zimbabwe Ltd supra* 353B–G.

74 Malan *loc cit.* In fact, Cowen, the only South African academic writer who has argued against the recognition of a duty of care for the negligent collection of a cheque, calls the “non-transferable” cheque “a horse of an altogether different colour” (Cowen “Liability” 222 and see the writer’s remarks in 1977 *THRHR* 34–35) where the reasoning of Goldin J in *Rhostar (Pvt) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd supra*, in favour of the recognition of a duty of care, is described as “attractive”).

75 Van der Walt §22; Boberg 35 *et seq.*

76 *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430E–H; *Minister of Forestry v Quathlamba (Pty) Ltd* 1973 3 SA 69 (A) 83G.

77 *UDC Ltd v Bank of Credit and Commerce Zimbabwe Ltd supra* 532D–533C 535E–G.

78 Cf Cowen 1977 *THRHR* 34 fn 60.

"[n]othing has been placed before . . . [them] to show that collecting bankers have become sloppy or indeed less diligent in the discharge of their duties so as to acquire a tightening of the existing law in the public interest".⁷⁹

With respect, what did their lordships expect? The matter was decided *on exception*, and the court had to decide whether the plaintiff's *particulars of claim* contained the averments which are necessary to sustain a cause of action.⁸⁰ There was no question whatsoever of *evidence* being placed before the court.⁸¹

4 CONCLUSION

In the final analysis, it is suggested that the decision in the *Worcester Advice Office* case is disappointing. It is submitted that the recognition of a duty of care on the part of the collecting bank will benefit society in general. The recognition of such a duty will not only lead to a simplification of the future legislation dealing with negotiable instruments but it will also enhance and improve the protection afforded the true owner of a cheque in the event of theft or loss of possession. This will in turn lead to a safer and more reliable method of payment without thereby suggesting that banks should "guarantee" the safety of the payment system.

79 820F-G.

80 Rule 23 of the Supreme Court Act 59 of 1959.

81 It is true that a pleader "must allege the facts which give rise to the alleged duty. To merely plead the existence of the duty without pleading the facts or circumstances from which the duty arises would offend against the elementary rule that conclusions of law may not be pleaded without pleading the facts or circumstances giving rise to the conclusions of law" (*Arthur E Abrahams & Gross v Cohen supra* 309F-G). But whether an *exception* is the correct forum in a case as the present where much would depend on evidence, is another matter. In *McKelvey v Cowan* 1980 4 SA 525 (Z) 526D-E it was stated that "[i]t is a first principle in dealing with matters of exception that, if evidence can be led which can disclose a cause of action alleged in the pleading, that particular pleading is not excipiable".

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

Perpetua causa (permanente grondslag) as vestigingsvereiste vir grondserwiture¹

MJ de Waal

BCom LLM LLD

Professor in die Privaatreg, Randse Afrikaanse Universiteit

SUMMARY

Perpetua causa (permanent or perpetual basis) as requirement for praedial servitudes

Traditionally, *perpetua causa* (permanent or perpetual basis) is seen as a requirement for the establishment of praedial servitudes, along with *utilitas* (utility), *vicinitas* (vicinity or locality) and passivity. In this article the requirement, as applied in modern South African law, is investigated against the background of its historical development and by means of comparative research. The historical investigation focuses on Roman law, the European Romanists, Roman-Dutch and Pandectist law. German law and the law of the Netherlands are used for comparative research. It is argued that the formulation of the historical basis of the requirement, as found in *D 8 2 28* (Paulus), can probably be attributed to an interpolation. The text therefore does not accurately reflect the classical law and has distorted the commentaries of the European Romanists and the Roman-Dutch authors. It is argued that *perpetua causa* should not be treated as a separate and independent requirement, because it was absorbed by the more basic requirement of *utilitas*. In this sense it should be taken into consideration as one of the factors deciding the application of the latter requirement. Practical examples are used to illustrate how the *perpetua causa* factor can, in this way, influence both the establishment and continued existence of praedial servitudes.

1 INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

Perpetua causa word tradisioneel saam met die vereistes van twee grondstukke, *utilitas* (nut), *vicinitas* (naburskap) en passiwiteit as 'n vereiste vir die vestiging van grondserwiture gestel.² *Perpetua causa* kan omskryf word as ewigdurende of permanente grondslag. Anders as by die *utilitas*-vereiste³ waar die heersende grondstuk en die ontginning daarvan as uitgangspunt geneem word, word die fokus by die *perpetua causa*-vereiste op die dienende grondstuk geplaas.

1 Hierdie artikel is gebaseer op hfst IV van die skrywer se LLD-proefskrif *Die vereistes vir die vestiging van grondserwiture in die Suid-Afrikaanse reg* (Universiteit van Stellenbosch 1989; aangehaal as De Waal). Finansiële ondersteuning van die Getrouheidswaarborgfonds vir Prokureurs, Notarisse en Transportbesorgers en die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing word met dank erken.

2 Sien in die algemeen Arndts *Lehrbuch der Pandekten* (1886) 341 ev; Delpont en Olivier *Sakereg vonnisbundel* (1985) 564 ev; Dernburg *Pandekten* vol I (1892) 571 ev; De Waal 23 ev; Kaser *Das römische Privatrecht* vol I (1971) 443; Olivier, Pienaar en Van der Walt *Sakereg: studentehandboek* (1989) 305; Van der Merwe *Sakereg* (1989) 467 ev; Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1900) 944 ev.

3 De Waal 99 ev.

Die vereiste bring dus mee dat die dienende grondstuk voortdurend daartoe in staat moet wees om deur middel van die grondserwituut in die behoeftes van die heersende grondstuk te voorsien.⁴ Indien hierdie formulering letterlik toegepas word, sou dit natuurlik 'n uiters streng beperking op die vestiging van grondserwitute veronderstel. 'n Dienende grondstuk moet immers oor besondere, natuurlike kwaliteite beskik ten einde voortdurend of "vir ewig" in die behoeftes van die heersende grondstuk te kan voorsien. Soms word die klem by die formulering van die *perpetua causa*-vereiste op die heersende grondstuk geplaas: die bevoegdhede wat kragtens die grondserwituut verkry word, moet tot ewigdurende voordeel of gebruik van die heersende grondstuk wees.⁵ Laasgenoemde formulering vind duidelik aansluiting by die *utilitas*-vereiste en bring dan ook onmiddellik die vraag na die verband tussen hierdie twee vereistes na vore.

Reeds 'n voorlopige poging om die *perpetua causa*-vereiste te omskryf, openbaar dus 'n element van vloeibaarheid en bring sekere vrae na vore. In die lig van die inleidende opmerkings hierbo kan hierdie vrae soos volg geformuleer word:

- (a) Is *perpetua causa* 'n onafhanklike en selfstandige vereiste wat in die algemeen by die vestiging van grondserwitute geld?
- (b) Indien nie, geld *perpetua causa* dan slegs as 'n onafhanklike en selfstandige vereiste by 'n spesifieke kategorie grondserwitute, naamlik die serwitute van waterleiding en waterhaling?
- (c) Indien die antwoord op beide die eerste en tweede vrae ontkennd is, behoort *perpetua causa* op enige ander wyse as 'n faktor by die vestiging van grondserwitute in ag geneem te word? En, indien wel, watter inhoud kan daaraan gegee word?

In hierdie bydrae sal gepoog word om bogenoemde vrae aan die hand van 'n historiese en regsvergelykende ondersoek vir die Suid-Afrikaanse reg te beantwoord.

2 ROMEINSE REG

2 1 Inleiding

Die basis vir die *perpetua causa*-vereiste moet waarskynlik in *D 8 2 28* (Paulus) gesoek word.⁶ In hierdie verband word gewoonlik verwys na die beklemtoonde gedeeltes van hierdie teks wat in sy volledige vorm soos volg lui:

"Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum

4 Hahlo en Kahn *The Union of South Africa: the development of its laws and constitution* (1960) 602; Erasmus, Van der Merwe en Van Wyk *Lee and Honoré: Family, things and succession* (1983) par 372; Van der Merwe 471.

5 Delpont en Olivier 549.

6 Sien bv Biondi *Le servitù prediali nel diritto romano* (1954) 182-184; Buckland *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian* (1950) 261; Elvers *Die römische Servitutenlehre* (1856) 151; Schweigert *Utilität und Vicinität bei Grunddienstbarkeiten* (1960) 59; Siber *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung* vol II *Römisches Privatrecht* (1928) 109; Solazzi *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali* (1947) 36; Van Oven *Leerboek van Romeinsch privaatrecht* (1948) 145; Weiss *Institutionen des römischen Privatrechts* (1949) 225.

nihil ex caelo aquae veniat (*neque enim perpetuam causam habet quod manu fit*): at quod ex caelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur. *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.”⁷

Volgens hierdie teks kon ’n grondserwituut slegs gevestig word indien dit ’n permanente grondslag (*perpetua causa*) gehad het. Slegs die natuurlike gesteldheid van die dienende grondstuk sou so ’n permanente grondslag kon verskaf het en nie iets wat deur die mens daargestel is nie (*quod manu fit*). As gevolg van sy *natuurlike kwaliteite* sou die dienende grondstuk daartoe in staat wees om voortdurend in die behoeftes van die heersende grondstuk te voorsien.⁸ ’n Vereiste soos hierdie sou inderdaad ’n uiters effektiewe beperking op die vestiging van grondserwitute geplaas het en sou ook verreikende implikasies vir die ontwikkeling van nuwe serwituutsoorte ingehou het. Die vraag ontstaan egter of sodanige vereiste wel in die Romeinse reg gegeld het en, indien wel, of dit so streng toegepas is soos *D 8 2 28* wil voorgee. Die antwoord op hierdie vraag sal aan die hand van twee oorwegings getoets moet word: die suiwerheid van die teks self en die praktiese toepassing van die vereiste in die serwituutreg.

2 2 *D 8 2 28* as basis vir die *perpetua causa*-vereiste

Die vraag of die *perpetua causa*-vereiste soos hierbo omskryf is in die klassieke Romeinse reg as ’n streng vereiste by die vestiging van alle grondserwitute gegeld het, hang in die eerste plek daarvan af of *D 8 2 28* wel die klassieke reg suiwer weergee. Myns insiens kan die suiwerheid van die teks met reg bevrageteken word:

(a) ’n Kernelement van die teks is die stelling dat “*neque enim perpetuam causam habet quod manu fit*”.⁹ Direk hierna word verklaar dat *alle* grondserwitute “*perpetua causas habere debent*”, dit wil sê ’n “perpetual cause” as grondslag moet hê. Iets wat deur die mens daargestel is, sou dan volgens die teks nie as grondslag vir die vestiging van ’n grondserwituut kon dien nie. So ’n absolute en ongekwalifiseerde stelling kan klaarblyklik nie vir die klassieke Romeinse reg as korrek aanvaar word nie. Alhoewel van latere oorsprong as landelike grondserwitute, was die groep serwitute wat as stedelike grondserwitute bekend staan

7 “An opening made at the bottom of the wall of a [neighbour’s] apartment or dining hall and intended [by him] to be used for the purpose of washing the floor is not held to imply the servitude of discharging a stream nor to be a thing a right to which can be acquired by lapse of time. This is true on the assumption that no water comes to the spot in question in the form of rain, *as what is effected by human hands has no perpetual cause*; but water that falls from the heavens, although it does not keep on without interruption, still has a natural cause, and therefore is regarded as being produced perpetually, *and all real servitudes are required to depend on the causes that are perpetual*, for which reason it is impossible to grant a right to a water-course which is supplied by a reservoir or a standing pool. The servitude of a right to discharge eavesdrip is also required to depend on a natural and perpetual cause” (Monro-vert).

8 Schweigert 59: “Der Inhalt der Dienstbarkeit muss danach so beschaffen sein, dass der Vorteil, der dem herrschenden Praedium durch das dienende zukommt, durch eine diesem innewohnende Eigenschaft gewährt wird.” Sien ook Buckland 261; Elvers 151 ev; Modderman *Handboek voort het Romeinsch recht* (1892) 167; Salkowski *Institutes and history of Roman private law* (Whitfield-vert) (1886) 450; Sohm *Institutionen (Geschichte und System des römischen Privatrechts)* (Mitteis-bewerking) (1949) 329; Tomkins en Jencken *A compendium of the modern Roman law* (1870) 176.

9 “[W]hat is effected by human hands has no perpetual cause . . .” (Monro-vert).

ongetwyfeld reeds in die klassieke Romeinse reg 'n bekende instelling.¹⁰ Letterlik toegepas sou die stelling in die teks die implikasie hê dat talle bekende stedelike grondserwitute nooit gevestig kon word nie. Voorbeelde hiervan is die *servitus oneris ferendi* (serwituut van muurbeswaring) en die *servitus tigni immittendi* (serwituut van inbalking). Beide hierdie grondserwitute is vir hulle ontstaan en voortbestaan afhanklik van 'n gebou op die dienende grondstuk en 'n gebou is juis 'n goeie voorbeeld van iets *quod manu fit*.¹¹

(b) In die *ius civile* is die algemene standpunt ingeneem dat 'n grondserwituut "vir ewig" gevestig moet word. Dit het beteken dat 'n grondserwituut nie vir 'n beperkte tyd of onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde in die lewe geroep kon word nie.¹² Hierdie uitgangspunt kon wel 'n rol gespeel het by die kompilatore se absolute en ongekwalifiseerde formulering van *D 8 2 28*. Die *ius civile* is egter ook hier doeltreffend deur die *ius honorarium* gekwalifiseer: met behulp van die *exceptio doli* of *exceptio pacti* kon wel aan sodanige bedinge gevolg gegee word.¹³ Ook in die Justiniaanse reg is die beginsel behou vir sover die grondserwituut nie *ipso facto* deur die voltooiing van die termyn of die vervulling van die voorwaarde beëindig is nie, maar slegs by wyse van 'n "equitable defence".¹⁴ Die beginsel van "ewigdurendheid" is in die klassieke reg ook in 'n ander belangrike opsig gekwalifiseer: indien eiendomsreg deur regswerking opgehef is, het 'n grondserwituut wat deur die tussentydse eienaar gevestig is, opgehou om te bestaan. 'n Voorbeeld is waar 'n *heres* 'n saak ontvang het onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde. Indien die voorwaarde vervul is, het elke serwituut wat deur hom gevestig is tot niet gegaan.¹⁵ Sowel in die *ius civile* as deur die werking van die *ius honorarium* is 'n aanvanklik starre beginsel dus mettertyd meer pragmaties hanteer.

Teen hierdie agtergrond lyk die status van *D 8 2 28* as basis vir 'n algemene *perpetua causa*-vereiste by grondserwitute beslis minder indrukwekkend. Die veralgemening van die vereiste in die teks word dan ook, myns insiens korrek, aan 'n opvallende interpolasie toegeskryf:

"De zinsnede, waarin die eisch word gesteld vindt men in een zinstorende interpolatie in *D 8 2 28*, een ook overigens hoogst onduidelijke en corrupte plaats die handelt over de waterleidingservituten . . ."¹⁶

10 Gaius *I 2 1 4*; Kaser 441; Schulz *Classical Roman law* (1951) 392.

11 Sien verder par 2 3 *infra* vir 'n ander uitleg wat aan hierdie frase gegee kan word.

12 *D 8 1 4 pr* (Papinianus): "Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem . . . constitui possunt . . .": "Servitudes cannot in direct law be created from and after a given day, or to last until a given day, or so as to depend on a condition, or to last until a given conditional event . . ." (Monro-vert). Sien ook Buckland 261; Kaser 442-443; Radin *Handbook of Roman law* (1927) 364; Schweigert 60 vn 5.

13 *D 8 1 4 pr* (Papinianus): "[S]ed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurrerit contra placita servitutum vindicanti . . .": "[S]till, if any such qualification is made, a person who sues to recover the servitude against the terms agreed upon can be met by an *exceptio of pactum* or of *dolus* . . ." (Monro-vert). Sien ook Buckland 261; Kaser 443 vn 36; Lee *The elements of Roman law* (1956) 165; Schweigert 60 vn 5.

14 Buckland 262.

15 *D 8 6 11 1* (Marcellus): "Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: extinguentur, si legati condicio existat": "Land being given by way of legacy, on a condition, the heir subjected it to certain servitudes; if the condition is fulfilled, the servitudes will be extinguished" (Monro-vert). Sien ook Buckland 261; Lee 165.

16 Van Oven 145. Sien ook Kaser 443 vn 35; Siber 109; Weber in 'n bespreking van Perozzi *Perpetua causa nelle servitù prediali romane* 1893 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)* 290; Weiss 224.

2.3 Toepassing van die *perpetua causa*-vereiste in die serwituutreg

Die *perpetua causa*-vereiste, soos in D 8 2 28 geformuleer word, word in die tekste slegs met betrekking tot sekere waterserwitute toegepas. Volgens D 8 2 28 kon 'n serwituut van waterleiding (*aquaeductus*) nie ten opsigte van 'n *lacus* (meer) of *stagnum* (staande poel) gevestig word nie. Die Romeinse juriste het blykbaar 'n standhoudende of "lewende" waterbron soos 'n fontein of ander natuurlike bron vereis.¹⁷ Of dieselfde streng vereiste egter konsekwent ten opsigte van die serwituut van waterhaling (*aquaehaustus*) toegepas is, is onduidelik. 'n Teks soos D 8 3 9 (Paulus)¹⁸ skep die indruk dat dit wel die geval was. Daar is egter aanduidinge dat die serwituut van waterhaling later in hierdie opsig minder streng hanteer is.¹⁹

Volgens D 8 2 28 het die *perpetua causa*-vereiste ook beteken dat 'n serwituut van "drupvang" of "stroomvang"²⁰ nie gevestig kon word indien die oorsprong van die water van menslike optrede afhanklik was nie. Hierdie lyk egter na 'n uiters geforseerde toepassing van die vereiste. Sodanige serwituut sou in elk geval ontoelaatbaar gewees het as gevolg van die passiwiteitsvereiste wat reeds in D 8 1 15 1 aan dieselfde juris (Paulus) toegeskryf word.²¹

3 EUROPESE ROMANISTIESE REG

3.1 Formulerings en toepassing van die *perpetua causa*-vereiste

Die feit dat Europese Romanistiese skrywers *perpetua causa* as 'n onafhanklike vereiste aanvaar, blyk feitlik uitsluitlik uit hulle kommentaar op die grondteks D 8 2 28.²² Om hierdie rede word die toepassing daarvan tot enkele waterserwitute beperk.²³ Anders as in die grondteks, word die kernoorweging egter uitdruklik geformuleer: vir die vestiging van 'n serwituut van waterleiding (*aquaeductus*) is *aqua viva* ("lewende water") vereis.²⁴ Verskeie praktiese voorbeelde word gebruik om die toepassing hiervan te illustreer.²⁵ Hierdie voorbeelde

17 Vgl D 8 3 9 (Paulus); D 43 20 1, 5, 7 (Ulpianus); D 43 22 1 1, 4 (Ulpianus). (D 43 gaan oor interdikte en die aanwending daarvan en nie soseer oor grondserwitute nie.)

18 D 8 3 9 (Paulus): "Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest: hodie tamen ex quocumque loco constitui solet": "No servitude can be created for conveying or drawing water from any other place than the source or spring; however, at the present day, the practice is to create it so as to start anywhere" (Monrovert).

19 Vgl D 8 4 2 (Ulpianus).

20 Die terminologie is dié van Van der Merwe 500. Dit is egter nie heeltemal duidelik of dit wel hierdie serwitute is wat in die teks ter sprake is nie.

21 Vir 'n volledige bespreking van die passiwiteitsvereiste sien De Waal 210 ev.

22 Sien bv die glossatore Accursius *Digestum vetus seu pandectarum iuris civilis* (1569) en Placentinus *Summa Institutionum* (1535) 2 3; en die humanis Cujacius *Opera (ad Parisiensem Fabrotianam editionem) tomus septimus* (1839).

23 *Ibid.*

24 Cujacius se kommentaar op D 8 2 28. Vgl ook Faber *Rationalia in Pandectas. Opus quinque tomis divisum* vol V–XI (1659) se kommentaar op D 8 2 28.

25 Cujacius se kommentaar op D 8 2 28 gee die volgende voorbeelde: 'n serwituut van waterleiding kon gevestig word tov 'n *fons* (fontein), maar nie 'n *cisterna* (reservoir) nie. Vestiging was ook moontlik tov 'n *flumen* (rivier), maar nie 'n *torrens* ('n stroom wat slegs in tye van swaar reën vinnig vloei) nie. Die serwituut kon ook nie tov 'n *stagnum* (staande poel), *fossa* (uitgraving) of *lacus* (meer) gevestig word nie. As die meer egter uit *aqua viva* gevoed is, sou dit wel moontlik wees. Sien egter Faber se kommentaar op D 8 2 28 wat suggereer dat 'n *lacus* met *aqua viva* hoogstens vir die vestiging van 'n *ius navigandi* kon deug.

en die kwalifikasies daarop toon dat die toepassing van die *perpetua causa*-vereiste by die serwituut van waterleiding meer pragmaties as in die Romeinse reg hanteer is.²⁶ Dit is ook deurgaans opvallend dat die serwituut van waterhaling (*aquaehaustus*) nie uitdruklik genoem word nie. Die voorbeelde wat gebruik word om die *aqua viva*-vereiste te illustreer, is egter nie heeltemal konsekwent nie.²⁷ Die gevoel word dus versterk dat die grondteks bloot nagepraat is sonder dat ooit ernstig oor die beginselgrondslag daarvan besin is. Laasgenoemde word ook geïllustreer deur die feit dat die begrip *quod manu fit* weer eens heeltemal onvanpas in die betrokke teksverband herhaal word.²⁸

3 2 *Perpetua causa* en die indeling van grondserwitute in *servitutes continuae* en *discontinuae*

D 8 2 28 het klaarblyklik wel 'n belangrike rol gespeel in die gebruik wat by die Europese Romanistiese skrywers posgevat het om grondserwitute in te deel in dié wat ononderbroke uitgeoefen word en dié wat slegs onderbroke uitgeoefen word (sogenaamde *servitutes continuae* en *discontinuae*).²⁹ Hierdie onderskeid, wat as *inepta* (onsinnig) deur Faber gekritiseer word,³⁰ vind wel weerklank in sommige moderne Vastelandse kodes.³¹ In die Suid-Afrikaanse praktyk het dit egter min (indien enige) betekenis.³² Insiggewend genoeg gaan etlike Europese Romanistiese skrywers egter uit hulle pad om aan te toon dat D 8 2 28 nie gesag is vir 'n vereiste dat grondserwitute *continuus* (ononderbroke) uitgeoefen moet word nie.³³ Intendeel, so word aangetoon, verskeie erkende grondserwitute soos *iter, actus, via, stillicidii recipiendi* en *aquaeductus* word juis daardeur gekenmerk dat hulle op 'n onderbroke basis benut word.³⁴

4 ROMEINS-HOLLANDSE REG

4 1 Formulerings en toepassing van die *perpetua causa*-vereiste

Enkele Romeins-Hollandse skrywers hou in hulle omskrywing van grondserwitute en die voorbeelde wat hulle gebruik rekening met die *perpetua causa*-vereiste soos dit uit die uiteensetting tot dusver blyk. So verklaar Voet³⁵ in baie algemene trant: "Quidque omnes causam debeant habere perpetuam."³⁶ Voet verduidelik nie hierdie stelling nie en verwys bloot na D 8 2 28 as gesag. Ook die voorbeelde wat hy noem, skep die indruk dat hy slegs die Romeinse tekste napraat. Voet se slaafse navolging van die oorspronklike teks beteken dat hy in

26 Vgl par 2 3 *supra*.

27 Dit is bv nie duidelik waarom 'n serwituut van waterleiding wel tov 'n *piscina* (visdam) met *aqua viva* (waarskynlik 'n ondergrondse wateraar) gevestig kon word, maar nie tov 'n *stagnum, cisterna* of *fossa* wat deur periodieke reënwater gevul is nie.

28 Vgl par 2 3 *supra*.

29 Bartolus *Opera omnia vol I: ad lib. octavum Digesta: de servitutibus* (1590) se kommentaar op D 8 2 28; Cujacius se kommentaar op D 8 2 28; Faber se kommentaar op D 8 2 28.

30 Faber se kommentaar op D 8 2 28.

31 Bv die Franse en Nederlandse kodes. In die Nederlandse *Nieuwe Burgerlijk Wetboek (NBW)* word dié verdeling egter nie genoem nie.

32 Van der Merwe 480 vn 150; sien ook De Waal 13.

33 Cujacius se kommentaar op D 8 2 28; Faber se kommentaar op D 8 2 28.

34 *Ibid.*

35 8 4 17.

36 "It is also the rule that they [grondserwitute] must all have a permanent cause" (Ganevret).

verband met 'n *lacus* (meer) heelwat strenger as die *humanis Cujacius* is. Laasgenoemde beweer immers dat 'n serwituut van waterleiding wel gevestig kon word ten opsigte van 'n meer wat met *aqua viva* gevoed is.³⁷

Uit Voet se nadere omskrywing van die serwituut van waterleiding blyk dit egter dat die vraag of die bron met "lewende" water gevoed is of nie wel vir hom deurslaggewend was.³⁸ Hierdie serwituut kon volgens hom nie ten opsigte van 'n *puteus* (put), *stagnum* (staande poel), *lacus* (meer) of *piscina* (visdam) gevestig word nie, aangesien nie een van hierdie bronne 'n "lewende" water-toevoer gehad het nie.³⁹ Weer eens val dit op dat hy nie 'n uitsondering maak vir gevalle waar hierdie bronne wel met "lewende" water gevoed is nie. As gevolg van 'n opvallende weerspreking in die skrywer se behandeling van die serwituut van waterhaling (*aquaehaustus*),⁴⁰ word die indruk egter gewek dat die probleem nooit werklik op 'n beginselgrondslag benader is nie. Laasgenoemde serwituut kon volgens Voet wel ten opsigte van 'n *puteus* (put) of *cisterna* (reservoir of tenk) gevestig word.⁴¹ Hierdie stelling is beslis eenaardig, veral aangesien hy in dieselfde teks verklaar dat die serwitute van waterleiding en waterhaling grootliks met mekaar ooreenstem. Die enigste verduideliking wat vir hierdie drastiese afwyking aangebied word, is dat dit in ooreenstemming met die gewoontes van sy tyd was.⁴² Buiten Voet is dit feitlik net Huber wat in sy behandeling van grondserwitute besondere aandag aan die *perpetua causa*-vereiste skenk.⁴³ Die grondslag van die vereiste is volgens hom "om dat een recht op vaste goederen liggende van een natuire met het goedt selve en alsoo geduig moet zijn . . ."⁴⁴ Ter verduideliking voer Huber aan dat "de dienst voor altoos konne duiren, ende . . . dat de sake sonder ophouden tot de dienstbaerheyt bequaem zy . . ."⁴⁵

Huber is dus van mening dat die dienende grondstuk onbeperk in staat moes wees om die las van die grondserwituut te dra. Hierdie motivering lyk meer verfynd as enigiets wat by Voet aangetref word en skep die indruk dat Huber 'n moontlike verband met die *utilitas*-vereiste ingesien het. In die voorbeelde wat hy gebruik, vervlak Huber egter weer tot 'n blote herhaling van probleme rondom die serwitute van waterleiding en waterhaling. Hierdie serwitute word boonop deur hom oor dieselfde kam geskeer waar hy verklaar dat dit nie ten opsigte van 'n bak, trog of put sonder 'n "lewende" waterbron gevestig kon word

37 Sien par 3 1 *supra*.

38 Voet 8 3 6.

39 *Ibid*: "[N]on tamen ex puteo, vel stagno, vel lacu aut piscina vivam aquam non habente": "[T]hough not from a well or pool or lake or fish-pond which contains no running water" (Gane-vert).

40 Voet 8 3 7.

41 Voet 8 3 6.

42 Voet 8 3 7: "imo nostris moribus utiliter etiam ex cisterna aliena": "nay by our customs beneficially also from another's tank" (Gane-vert).

43 Sien egter ook Heineccius *Recitationes in elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum* (1773) 2 3 395.

44 Huber *HR* 2 43 7: "[B]ecause a right imposed upon immovable property must be of the nature of the property itself and so continuous . . ." (Gane-vert).

45 *HR* 2 43 8: "This continuity then, is understood in two senses, firstly that the service may last for ever; and secondly that the thing shall be capable without cessation of the service due" (Gane-vert).

nie.⁴⁶ Net so kon 'n *ius navigandi* of reg om vis te vang⁴⁷ nie ten opsigte van 'n meer gevestig word wat maklik opdroog nie.⁴⁸ Hy voeg ook die eienaardige voorbeeld by dat 'n serwituut om klei of turf te grawe nie gevestig kon word nie omdat "het landt uitgegraven ende uitgeput wordt".⁴⁹ Huber is hier dalk meegevoer deur die voorbeelde wat hy vir die toepassing van die vereiste probeer gee het aangesien hy in 'n vorige passasie nog uitdruklik verklaar dat sodanige grondserwituut gevestig kon word.⁵⁰

4 2 Afskaling van *perpetua causa* as onafhanklike vereiste

Groenewegen⁵¹ se verduideliking van D 8 2 28 stem grootliks ooreen met dié van die humanis Faber.⁵² Ook hy lê die frase *quod manu fit* eng uit deur dit te beperk tot die voorbeeld wat in die teks voorkom: 'n grondserwituut van stroomvang kon nie gevestig word indien die vloei van water afhanklik gemaak is van die dienende eenaar se optrede nie. Sodanige grondserwituut kon egter wel gevestig word indien dit van natuurlike reënval afhanklik was. Groenewegen is egter nie bereid om hierdie *subtilitas*,⁵³ soos hy dit noem, op die praktyk van sy tyd toe te pas nie. Volgens hom kon daar wel omstandighede wees waar erkenning aan so 'n reg gegee kon word. Blykbaar om dieselfde rede weier Groenewegen om die res van die teks te aanvaar ingevolge waarvan 'n serwituut van waterleiding nie ten opsigte van 'n meer of staande poel gevestig kon word nie. Hy is inteendeel van mening dat sodanige serwituut inderdaad ten opsigte van enige moontlike bron gevestig kon word.⁵⁴ Uitdruklike steun vir hierdie siening word ook by Van der Keessel⁵⁵ gevind.

Volgens die Romeins-Hollandse skrywers kon 'n serwituut van waterhaling (*aquaehaustus*) sonder enige beperking ten opsigte van die bron gevestig word. Dit kon dus ten opsigte van 'n stroom, put of reënbak gevestig word, ongeag of die betrokke bron met "lewende" water gevoed is of nie.⁵⁶

46 Huber HR 2 43 7. As rede word aangevoer dat dié bronne maklik opdroog: Huber *idem* 2 42 11, 12.

47 In HR 2 42 13 word uitgebrei op hierdie reg wat behels het dat die reghebbende op die "water" (waarskynlik 'n dam, rivier of kanaal) van 'n ander grondeenaar kon vaar en daarin vis vang. Dit is te betwyfel of sodanige reg as grondserwituut gevestig kon word. Volgens Huber se algemene benadering sou dit immers kwalik aan die *utilitas*-vereiste kon voldoen. Sien ook in die algemeen De Waal 117-118.

48 Huber HR 2 43 7. Betreffende die *ius navigandi* vind dié uitlating aansluiting by D 8 3 23 1.

49 HR 2 43 7: "since the land becomes dug out and exhausted" (Gane-vert).

50 HR 2 42 13.

51 *De Leg Abr* 8 2 28.

52 Kommentaar op D 8 2 28.

53 "[E]xplosa Romani juris scrupulosa subtilitate": "[S]trict punctiliousness of the Roman Law" (Beinart-vert).

54 "Hodie tamen ex quocunque loco constitui solet . . . et hoc iure nos uti nemo est qui ambigit": "Nowadays it is usual to constitute a servitude of watercourse from any source whatsoever, and there is no one who would dispute that this is the rule we observe" (Beinart-vert).

55 *Praelectiones* op Gr 2 35 14.

56 De Groot 2 35 13; Voet 8 3 7; Van Leeuwen RHR 2 21 13, CF 2 14 37; Van der Linden *Koopmans handboek* 1 11 4; sien egter Heineccius 2 3 395.

5 PANDEKTISTEREG

5 1 Formulering en toepassing van die *perpetua causa*-vereiste

In vergelyking met van die ander vereistes vir grondserwitute word die *perpetua causa*-vereiste betreklik kripties deur die Pandektiste behandel. As uitgangspunt word in die algemeen vereis dat die dienende grondstuk nut of voordeel vir die heersende grondstuk ingevolge sy inherente aard, karakter of kwaliteit moet verskaf en nie ingevolge 'n bloot toevallige of verbygaande kenmerk daarvan nie.⁵⁷ Die grondserwituut moet dus op 'n *innewohnende Eigenschaft* van die dienende grondstuk gebaseer wees.⁵⁸

Hierdie vereiste maak dit in beginsel onmoontlik dat die uitoefening van 'n grondserwituut afhanklik gemaak word van:

- (a) die verrigting van 'n spesifieke handeling deur die eienaar van die dienende grondstuk;⁵⁹ of
- (b) die bedryf van 'n "tegniese aanleg" op die dienende grondstuk.⁶⁰

Laasgenoemde beteken nie dat die vestiging van 'n bepaalde grondserwituut nie afhanklik kan wees van die bestaan van iets soos 'n gebou op die dienende grondstuk nie. Glück⁶¹ beklemtoon dan ook dat die woorde *quod manu fit* in D 8 2 28 nie kan beteken dat iets wat met mensehande opgerig is nie met 'n serwituut belas kan word nie. 'n Grondserwituut mag egter nie die inhoud hê dat die heersende eienaar aanspraak kan maak op die lewering van elektrisiteit, suiker of brood uit onderskeidelik 'n kragentrale, suikerfabriek of bakkerij op die dienende grondstuk nie.⁶² Buiten ander moontlike probleme met sodanige grondserwituut,⁶³ ontbreek daar ook 'n *perpetua causa* in die sin wat hierbo omskryf is: die dienende grondstuk lewer nie die nut en voordeel ingevolge sy algemene en bestendige "natuur" nie, maar ingevolge die individuele bedryf van 'n bepaalde eienaar daarvan.⁶⁴

5 2 Koppeling van *perpetua causa* en *utilitas*

Die *perpetua causa*-vereiste word nie deur die Pandektiste geïsoleerd geformuleer en toegepas nie. Dit word veel eerder gesien as 'n uitvloeisel of noodwendige implikasie van die *utilitas*-vereiste.⁶⁵ 'n Grondserwituut kan volgens laasgenoemde vereiste nie gerig wees op die toevallige of verbygaande behoeftes van 'n spesifieke heersende eienaar nie.⁶⁶ Dit beteken egter noodwendig dat die karakter, kwaliteit of kenmerk van die dienende grondstuk wat die nut of voordeel oplewer standhoudend en nie bloot toevallig of verbygaande van aard moet

57 Arndts 343; Dernburg 574; Glück *Pandecten* vol X (1808) 37; Van Vangerow *Lehrbuch der Pandekten* vol I (1865) 710; Wendt *Lehrbuch der Pandekten* (1888) 381; Windscheid 945.

58 Puchta *Pandekten* (1852) 268; Seuffert *Praktisches Pandektenrecht* vol I (1860) 209 vn 16.

59 Glück 37; Köhler "Beitrage zum Servitutenrecht" 1897 *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 157 191; Thibaut *System des Pandekten-Rechts* vol II (1809) 47.

60 Köhler 1897 *AcP* 190-191.

61 39.

62 Köhler 1897 *AcP* 191.

63 Vgl oor die *utilitas*-vereiste De Waal 99 ev en oor die passiwiteitsvereiste *idem* 210 ev.

64 Köhler 1897 *AcP* 191.

65 Sien veral Brinz *Lehrbuch der Pandekten* (1884) 764-765; Dernburg 574; Von Vangerow 710; Windscheid 945-946 vn 8.

66 Sien De Waal 99 ev.

wees nie. As dit nie die geval is nie, is dit immers onmoontlik dat die betrokke grondserwituut op 'n permanente grondslag in die behoeftes van die heersende grondstuk sal kan voorsien.⁶⁷ Só gesien, bring die *perpetua causa*-vereiste 'n beginsel na vore wat algemeen erken en toegepas behoort te word.⁶⁸

Die vereiste, soos hier uiteengesit is, word heel pragmaties deur die Pandektiste in die praktyk toegepas. By die grondserwituut van waterleiding en waterhaling word byvoorbeeld nie onderskei tussen bronne met 'n "lewende" watertoevoer en dié daarsonder nie.⁶⁹ Die enigste kwalifikasie in dié verband blyk te wees dat die bron op 'n "natuurlike" wyse (byvoorbeeld deur reën) gevul moet word en nie deur die optrede van die dienende eienaar nie.⁷⁰ Om dieselfde rede is dit onmoontlik om 'n serwituut van sandgrawing te vestig indien daar op 'n toevallige wyse 'n hoop sand op die "dienende grondstuk" beland het.⁷¹ 'n Serwituut van sandgrawing kan wel in die algemeen gesien tot die nut en voordeel van alle opeenvolgende eienaars van 'n heersende grondstuk strek. In die bepaalde geval sal die nut egter noodwendig van beperkte duur moet wees en 'n grondserwituut kan derhalwe nie gevestig word nie. Köhler⁷² se voorbeelde van die kragentrale, suikerfabriek en bakkery kan ook aan die hand hiervan verklaar word. Sodanige bedrywe kan nie die voorwerp van 'n grondserwituut vorm nie aangesien dit nie op die inherente kwaliteit of aard van die dienende grondstuk gebaseer is nie, maar op die (moontlik kortstondige) eksplorasie deur 'n bepaalde eienaar daarvan.⁷³ Om spesifieke riglyne in hierdie verband neer te lê, is egter onmoontlik. In die algemeen sal die begrip *Dauer* aan verkeersmaatstawwe getoets word en sal elke geval individueel beoordeel moet word.⁷⁴

Grondserwitute wat van die bestaan van 'n gebou op die dienende grondstuk afhanklik is, lewer besondere probleme op. Hierbo⁷⁵ is reeds daarop gewys dat die vestiging van grondserwitute soos die *servitus oneris ferendi* en *tigni immittendi* nie verhoed word deur die woorde *quod manu fit* in D 8 2 28 nie. Aan die ander kant is dit egter so dat die geboue of konstruksies nie permanent kan voortbestaan nie. Sommige skrywers⁷⁶ probeer dan juis om die anomaliese inhoud van die *servitus oneris ferendi* aan die werking van die *perpetua causa*-vereiste toe te skryf: omdat die gebou nie vir "altyd" kan bestaan nie, moet die dienende eienaar dit in stand hou. Hierdie uitleg verklaar egter nie waarom 'n soortgelyke verpligting nie ook bestaan in ander gevalle waar die vestiging van 'n grondserwituut van die bestaan van 'n gebou afhanklik is nie.⁷⁷ Dit lyk egter in elk geval nie of die Romeinse juriste probleme met die *perpetua causa*-vereiste in die geval van sodanige grondserwitute gehad het nie. In ooreenstemming met

67 Sien die gesag in vn 65 *supra*, veral Von Vangerow 710; Winscheid 945-946 vn 8.

68 Windscheid *ibid*: "Das Princip, dass dingliche Belastung unzulässig sei, wo es sich um Befriedigung eines nicht dauernden Interesse oder Benützung einer nicht dauernden Kraft handelt, dass man sich in diesem Falle auf obligatorischen Wege helfen müsse, scheint mir ein durchaus anerkanntes zu sein . . ."

69 Dernburg 574; Seuffert 209 vn 16; Thibaut 47.

70 Glück 39 41-42.

71 Von Vangerow 711.

72 1897 *AcP* 191.

73 Vir ander probleme wat ivm sodanige serwituut kan bestaan, sien vn 63 *supra*.

74 Winscheid 945-946 vn 8.

75 Sien par 2 2 *supra* en ook Glück 39.

76 Goldschmidt "Ueber den Rechtsatz: *servitus in faciendo consistere nequit*" 1817 *AcP* 386; Köhler 1897 *AcP* 196 ev.

77 Sien De Waal 210 ev vir verdere moontlike verklarings vir hierdie anomalie.

die riglyn wat die Pandektiste aan die hand doen, het die Romeinse juriste 'n gebou volgens verkeersmaatstawwe waarskynlik as “permanent genoeg” beskou om as basis vir die vestiging van 'n grondserwituut te dien.⁷⁸

6 DUITSE REG

6 1 Inleiding

Daar word algemeen in die Duitse reg aanvaar dat die *perpetua causa*-vereiste finaal laat vaar is met die aanname van die *BGB*.⁷⁹ 'n Soortgelyke standpunt en motivering blyk ook soms in verband met die *vicinitas*-vereiste. Nietemin word steeds aanvaar dat die begrip *vicinitas* nie sonder enige belang vir die Duitse reg is nie. Die *vicinitas*-vereiste is 'n uitvloeisel of implikasie van die *utilitas*-vereiste maar vind geen onafhanklike of dogmatiese toepassing nie.⁸⁰ Uit die behandeling van die Pandektistereg het geblyk dat daar op dieselfde wyse inhoud of betekenis aan die *perpetua causa*-vereiste gegee kan word. Vervolgens sal bepaal word of die tersaaklike gedeeltes in die *BGB* ook vir so 'n uitleg vatbaar is.

6 2 Koppeling van *perpetua causa* en *utilitas* in die *BGB*

Die uitleg van die *utilitas*-vereiste, soos in die *BGB* verorden,⁸¹ het sekere belangrike en onvermydelike gevolge vir die aard van grondserwitute. Die *utilitas*-vereiste veronderstel dat die grondserwituut nie net die behoeftes van 'n bepaalde grondeenaar sal bevredig nie, maar dat daar inderdaad in die behoeftes van alle opeenvolgende eienaars van die heersende grondstuk voorsien sal word. In hierdie opsig is 'n grondserwituut dus in 'n sekere sin “ewig”.⁸² Hierdie aspek hang op sy beurt weer saam met die vereiste van twee grondstukke vir die vestiging van grondserwitute.⁸³ Die koppeling van die grondserwituut aan twee grondstukke beteken noodwendig dat hierdie aspek van “ewigheid” of “ewigdurendheid” aan twee kante moet bestaan:⁸⁴ die grondserwituut moet *alle* opeenvolgende eienaars van die heersende grondstuk tot nut wees en die dienende grondstuk moet in staat wees om sodanige langdurige nut te verskaf.

Uit die *Nutzungscharakter* van 'n grondserwituut vloei derhalwe voort dat die serwituut doelloos word en moet verval wanneer die *Nutzung* of nut *permanent* onmoontlik word:

“Aus dem Nutzungscharakter der Dienstbarkeit folgt, dass das Recht gegenstandslos wird, wenn die Nutzung dauernd unmöglich wird.”⁸⁵

78 Windscheid 945–946 vn 8.

79 Dittus “Grenzen der Anwendbarkeit von Servituten” 1954 *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1825 1826; Schmidt *Sachenrechtliche Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten* (1984) 80; Schweigert 116 161. Sien ook Münchener *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* vol IV (1986) par 1019 nr 6 (par 1018–1029 deur Falckenberg; hierna aangehaal as Münchener/Falckenberg).

80 Sien De Waal 47–48 en gesag aldaar.

81 Sien De Waal 130 ev.

82 Baur *Lehrbuch des Sachenrechts* (1985) 293; Hedemann *Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches* (1960) 244; Luchterhand *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* vol IV (1983) par 1018 nr 6 7 (par 1018–1029 deur Ott).

83 Hedemann 244; Soergel *Bürgerliches Gesetzbuch* vol V (1978) par 1019 nr 9 (par 1018–1029 deur Baur; hierna aangehaal as Soergel/Baur).

84 Baur 293.

85 Westermann *Sachenrecht* (1960) 605.

Die grondserwituut sal byvoorbeeld tot niet gaan wanneer dit weens 'n verandering in omstandighede betreffende die *heersende* grondstuk sy nut verloor,⁸⁶ soos wanneer die heersende grondstuk ten gunste waarvan 'n serwituut van weiding bestaan, omskep word in landerye of met wooneenhede bebou word.⁸⁷ Dieselfde moet noodwendig gebeur indien die *dienende* grondstuk permanent sy geskiktheid tot serwituutoefening verloor,⁸⁸ soos wanneer die kleiput of steengroef ten opsigte waarvan 'n serwituut gevestig is permanent uitgeput word.⁸⁹ In dié verband het die Duitse reg egter die eng formalisme van die Romeinse reg ontgroeï. Die blote moontlikheid dat grondstowwe mettertyd uitgeput kan raak, het nie tot gevolg dat 'n grondserwituut nie vir die ontginning daarvan gevestig kan word nie.⁹⁰

Alhoewel die *BGB* dus nie 'n vereiste van *perpetua causa* uitdruklik verorden nie, is die vereiste noodwendig in die interpretasie van die *utilitas*-vereiste inbegrepe.⁹¹ Die wese van 'n grondserwituut veronderstel dat daar 'n daadwerklike en vaste grondslag vir die uitoefening daarvan moet bestaan.⁹² Is dit nie so nie, kan per slot van sake ook nie aan die *utilitas*-vereiste voldoen word nie. Dit staan immers vas dat 'n eenmalige of kortstondige voordeel nie die *utilitas*-vereiste soos in paragraaf 1019 *BGB* omskryf, bevredig nie.⁹³

7 NEDERLANDSE REG

7 1 Inleiding

Net soos die Duitse *BGB* maak die Nederlandse *Burgerlijk Wetboek (BW)* nie uitdruklik melding van die *perpetua causa*-vereiste nie. Op grond hiervan meen sommige Nederlandse skrywers dat geen sodanige vereiste in die Nederlandse reg bestaan nie.⁹⁴ Die weglating van 'n uitdruklike *vicinitas*-vereiste uit die *BW* verhoed egter nie die algemene gevolgtrekking dat *vicinitas* nietemin in die konteks of sfeer van die *utilitas*-vereiste betekenis kry nie.⁹⁵ Die vraag ontstaan nou of dieselfde nie ook van die *perpetua causa*-vereiste in die Nederlandse reg gesê kan word nie. Die afskaffing van die *utilitas*-vereiste in die *Nieuwe Burgerlijk*

86 Capelle *Bürgerliches Recht: Sachenrecht* (1963) 82; Erman *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* vol II (1981) par 1018 (inleiding) nr 15 (par 1018–1029 deur Ronke; hierna aangehaal as Erman/Ronke); Soergel/Baur par 1018 nr 48; Von Staudinger *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* vol III (1981) par 1019 nr 11 (par 1018–1029 deur Ring; hierna aangehaal as Von Staudinger/Ring); Wolf *Lehrbuch des Sachenrechts* (1979) 548.

87 Erman/Ronke par 1018 (inleiding) nr 15.

88 Münchener/Falckenberg par 1019 nr 6; Soergel/Baur par 1019 nr 9; Von Staudinger/Ring par 1018 nr 18.

89 Von Staudinger/Ring par 1019 nr 11.

90 Münchener/Falckenberg par 1019 nr 6 (veral vn 30); Von Staudinger/Ring par 1018 nr 18.

91 Von Staudinger/Ring par 1018 nr 18.

92 *Idem* par 1019 nr 11.

93 Münchener/Falckenberg par 1019 nr 6. Sien verder in die algemeen De Waal 99 ev. Die volgende stelling van Von Staudinger/Ring par 1019 nr 11 is dus mi oortuigend: "Das Erfordernis der *perpetua causa* . . . hat das *BGB* nicht ausdrücklich aufgestellt. Aus dem Wesen der Grunddienstbarkeit, wonach die tatsächliche Grundlage zu ihrer Ausübung vorhanden sein muss, ergibt sich aber diese Voraussetzung."

94 Diephuis *Het Nederlandsch burgerlijk regt* vol VI (1880) 511–512; Pitlo-Brahn *Het Nederlands burgerlijk wetboek* vol II *Het zakenrecht* (1987) 288.

95 Sien De Waal 49–52 en gesag aldaar.

Wetboek (NBW) sal natuurlik ook in ag geneem moet word by enige gevolgtrekking wat bereik word.

7 2 Koppeling van *perpetua causa* en *utilitas* in die *BW*

Die posisie in die Nederlandse reg toon 'n opvallende ooreenkoms met dié in die Duitse reg soos hierbo uiteengesit is. Skrywers wat huiwerig is om die Romeinse *perpetua causa*-vereiste vir die Nederlandse reg te aanvaar, wys daarop dat die *utilitas*-vereiste minstens die veronderstelling inhou dat die nut wat uit die dienende grondstuk geput word nie van “voorbijgaande aard” mag wees nie.⁹⁶ Word die *utilitas*-vereiste dus eenmaal aanvaar, vloei die gevolgtrekking noodwendig daaruit voort dat die dienende grondstuk in staat moet wees om dié nut *duurzaam* op te lewer:

“[H]et dienend erf moet de duurzame geschiktheid hebben om de last te dragen en het nut aan het heersend erf te verschaffen.”⁹⁷

Dit behoort dus duidelik te wees dat die begrip *perpetua causa* ook in die Nederlandse reg intiem verbonde is met die *utilitas*-vereiste, al word dit nie algemeen as 'n onafhanklike vereiste aanvaar nie.⁹⁸

7 3 *Perpetua causa* en *utilitas* in die *NBW*

Die mate waarin *perpetua causa* as 'n faktor by die vestiging van grondserwitute in die Nederlandse reg aanvaar word, is volkome afhanklik van die werking van die *utilitas*-vereiste. Met die afskaffing van die *utilitas*-vereiste in die *NBW* is dit dan ook voor-die-hand-liggend dat die begrip *perpetua causa* alle betekenis sal verloor.⁹⁹

8 SUID-AFRIKAANSE REG

8 1 Die *perpetua causa*-vereiste volgens die regsliteratuur

Die *perpetua causa*-vereiste word net terloops in die Suid-Afrikaanse regs-literatuur aangeraak. Slegs enkele skrywers¹⁰⁰ meld dit uitdruklik as 'n vereiste vir die vestiging van grondserwitute sonder om die inhoud en toepassing daarvan nader uit te werk. Volgens Van der Merwe¹⁰¹ beteken hierdie vereiste dat die

96 Asser-Beekhuis *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: zakenrecht* vol II *Eigendom en beperkte zakelijke genotsrechten* (1983) 195.

97 Völlmar *Nederlands burgerlijk recht: handleiding voor studie en praktijk* vol II *Zaken- en erfrecht* (1951) 229. Sien ook Hofmann *Het Nederlandsch zakenrecht* (1935) 235; Opzoomer *Het burgerlijk wetboek* vol III deur Goudekot (1911) 726 vn 2; Pilo-Brahn 288.

98 Algra *Inleiding tot het Nederlands privaatrecht* (1982) 132; Asser-Beekhuis 195; Hofmann 236; Juten “Iets over aard en omvang van erfdiensbaarheden” 1942 *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-Ambt en Registrasie (WPNR)* nr 3758 2; Keyzer *Beginselen van het Nederlandse zakenrecht* (1956) 201; Opzoomer 726 vn 2; Smalbraak “De erfdiensbaarheden in het gewijzigd ontwerp boek 5 NBW” 1975 *WPNR* nr 5320 707; Völlmar 229–330.

99 Asser-Beekhuis 195; Davids *Mandeligheid en erfdiensbaarheden (monografieën NBW)* 27 B-serie (1984) 21; Smalbraak 1975 *WPNR* nr 5320 707.

100 Delport en Olivier 548–549; Hahlo en Kahn 602; Lee en Honoré par 372; Van der Merwe 471.

101 471.

dienende grondstuk “voortdurend daartoe in staat [moet] wees om in die behoeftes van die heersende erf te voorsien”.¹⁰²

Hierdie omskrywing herinner sterk aan die benadering wat reeds by die Pandektiste na vore gekom het.¹⁰³ Die klem word op die heersende grondstuk en veral op die voorsiening in die behoeftes van daardie grondstuk geplaas. Só geformuleer, lyk dit of die verband tussen *perpetua causa* en die *utilitas*-vereiste erken word. Van der Merwe verklaar dan ook¹⁰⁴ dat die *perpetua causa*-vereiste uit die *utilitas*-vereiste “voortvloei”. Dit is klaarblyklik ook wat Delport en Olivier¹⁰⁵ suggereer waar hulle die vereiste in ’n aantekening op *Venter v Minister of Railways*¹⁰⁶ op die volgende wyse toelig:

“Die bevoegdheede wat kragtens die serwituut verkry word, moet dus tot ewigdurende voordeel of gebruik van die heersende erf wees: *servitutes perpetuas causas habere debent.*”

Die vraag is egter of die regspraak van die *perpetua causa*-vereiste kennis neem en, indien wel, of die algemene benadering klop met dié van die skrywers wat hier genoem is. Indien sodanige vereiste wel in die regspraak geïdentifiseer kan word, sal ook gesoek moet word na aanknopingspunte vir die praktiese toepassing daarvan.

8 2 Toepassing van die *perpetua causa*-vereiste in die regspraak

8 2 1 *Perpetua causa en die serwitute van waterleiding en waterhaling*

Die beslissing in *Dreyer v Ireland*¹⁰⁷ het nie oor die *perpetua causa*-vereiste gehandel nie. ’n Enkele opmerking in een van die uitsprake regverdig egter ’n verwysing daarna in hierdie konteks. Volgens die feite moes die hof oorweeg het of die eiser ’n aanspraak gehad het op ’n bepaalde “stream or water-course, being the right to the water running and flowing therein”.¹⁰⁸

Die meerderheid van die hof beslis ten gunste van die eiser, hoofsaaklik op grond van sekere waterregreëls. In ’n minderheidsuitspraak wat enkele belangrike uitlatings in verband met die vestiging van grondserwitute bevat, bevind regter Watermeyer egter dat die aansoek van die hand gewys moet word. Hy bereik hierdie gevolgtrekking omdat dit volgens hom duidelik is dat die eiser nooit ’n *servitus aquaeductus* verkry het nie. Die wyse waarop hy hierdie grondserwituut omskryf, is insiggewend. Dit is volgens hom “the right of leading *aqua viva*, flowing water, over the property of another . . .”¹⁰⁹

Dit wil voorkom of regter Watermeyer met hierdie woorde te kenne probeer gee dat *aqua viva* (“lewendende water”) ’n vereiste vir die vestiging van ’n serwituut van waterleiding in die Suid-Afrikaanse reg is. Hy gaan egter nie op hierdie aspek in nie, aangesien daar volgens hom ’n meer basiese vereiste vir die vestiging van ’n grondserwituut ontbreek het: die eiser se voorgangers het nooit die

102 Sien ook Hahlo en Kahn 602: “[T]he use made of the servient land must be based on some permanent attribute or feature of it. This is expressed in the requirement of the existence of a *causa perpetua.*”

103 Sien par 5 *supra*.

104 471.

105 549.

106 1949 2 SA 178 (OK). Sien verder ivm hierdie beslissing par 8 2 2 *infra*.

107 (1874) 4 Buch 193.

108 193.

109 199.

reg tot die water in die stroom in hulle hoedanigheid van grondeienaars bekom nie maar in hulle persoonlike hoedanigheid. Dit is derhalwe onduidelik of regter Watermeyer werklik met bogenoemde stelling wou teruggryp na die eng en dogmatiese toepassing van die *perpetua causa*-vereiste in die Romeinse reg.¹¹⁰

Of *aqua viva* wel 'n vereiste vir die vestiging van 'n serwituut van waterleiding of waterhaling in die Suid-Afrikaanse reg is, word nie (sover vasgestel kon word) direk in enige ander beslissing ondersoek nie. Gesien teen die agtergrond van die pragmatiese benadering tot hierdie serwitute wat reeds in die Romeins-Hollandse reg ontwikkel het,¹¹¹ sou dit egter verbasend wees indien só 'n vereiste wel in die Suid-Afrikaanse reg gestel word. Hierdie standpunt word dan ook indirek bevestig deur die feite van verskeie beslissings wat oor serwitute van waterleiding of waterhaling handel. By geleentheid is byvoorbeeld al aanvaar dat 'n serwituut van waterleiding gevestig kan word ten opsigte van 'n dam in 'n rivier wat sekere tye van die jaar opdroog¹¹² of wat deur 'n "spruit" gevoed word.¹¹³ Heel dikwels word ook sonder verdere inligting aanvaar dat 'n "dam" voldoende is,¹¹⁴ of word glad nie aandag geskenk aan die aard van die waterbron ten opsigte waarvan die betrokke serwituut gevestig is nie.¹¹⁵

8 2 2 Koppeling van *perpetua causa* en *utilitas*

Die beslissing in *Venter v Minister of Railways*¹¹⁶ word gewoonlik aangehaal as gesag vir die gelding van die *perpetua causa*-vereiste in die Suid-Afrikaanse reg.¹¹⁷ Die eienaar van 'n plaas het 'n gedeelte van sy grond aan die staat verkoop. 'n Bepaling is teen die titelakte geregistreer ingevolge waarvan die staat verbied is om met dié grond handel te dryf, behalwe ten opsigte van "Railway Refreshment Rooms and Bars and any business connected with the dealing of traffic in the public interests".¹¹⁸ Die stuk grond is daarna met behoud van dié bepaling aan die spoorweë (die respondent) oorgedra. Die applikant, as opvolger in titel van die oorspronklike verkoper, het 'n algemene handelsaak op sy grondstuk bedryf. Hy het aansoek gedoen om 'n bevel wat die respondent sou verbied om bepaalde produkte in die restaurant op sy grondstuk te verkoop.

Namens die respondent is betoog dat die bepaling in die titelakte handelsvryheid sonder enige tydsbeperking aan bande gelê het en derhalwe teen die openbare belang en dus nietig was. Hierdie argument word deur regter-president Hoexter verwerp. Volgens die regter het die betrokke bepaling 'n grondserwituut ten laste van die respondent se grond en ten behoeve van die applikant se grond geskep. 'n Grondserwituut word slegs tot stand gebring indien die voordele daaruit vir die "perpetual benefit"¹¹⁹ van die heersende grondstuk ontstaan. 'n Grondserwituut kan dus nie aangeveg word op grond daarvan dat die beperkinge

110 Sien par 2 3 *supra*.

111 Sien par 4 2 *supra*.

112 *De Klerk v Niehaus* (1897) 14 SC 302.

113 *Van Heerden v Coetzee* 1914 AD 167.

114 *Judd v Fourie* (1881) 2 EDC 41; *Smit v Russouw* 1913 CPD 847; *Schwedhelm v Hauman* 1947 1 SA 127 (OK); *Van den Berg v Van Tonder* 1963 3 SA 558 (T).

115 *Otto v Pretorius* (1891) 5 SAR 42.

116 1949 2 SA 178 (OK).

117 *Delpont en Olivier* 548-549; *Lee en Honoré* par 372; *Van der Merwe* 471.

118 180.

119 185.

wat dit meebring aan geen tydsbeperking onderworpe is nie. Die respondent se argument word dus verwerp en die aansoek toegestaan.

Daar word aan die hand gedoen dat die hof moontlik in hierdie beslissing tot die verkeerde gevolgtrekking gekom het. Die belangrikste punt van kritiek is die feit dat die regter die betrokke bepaling as 'n grondserwituut gekonstrueer het sonder om die inhoud daarvan aan die *utilitas*-vereiste te toets.¹²⁰ Vir sover dit egter oor *perpetua causa* gaan, is dit in die eerste plek duidelik dat die hof dit wel as 'n faktor by die vestiging van 'n grondserwituut aanvaar. Die volgende woorde van regter-president Hoexter kan eintlik nie anders geïnterpreteer word nie:

“A praedial servitude comes into existence *only* if the right to be acquired by the *praedium dominans* is for its *perpetual benefit*.”¹²¹

Die aanhaling is verder ook 'n aanduiding dat die vereistes van *perpetua causa* en *utilitas* vir die regter intiem verbonde is. Daar kan immers net van 'n “perpetual benefit” vir die heersende grondstuk sprake wees indien die dienende grondstuk in staat is om sodanige voordeel te lewer. Wat egter nie uit die beslissing blyk nie, is hoe letterlik die begrip “perpetual” geïnterpreteer moet word. Die sinvolle toepassing van *perpetua causa* as faktor by die vestiging van grondserwituut hang onder andere juis van hierdie vraag af.¹²²

Die verband tussen *perpetua causa* en *utilitas* blyk ook duidelik uit die appèlhofbeslissing in *Hotel De Aar v Jonordon Investment (Edms) Bpk*.¹²³ Die kernvraag in die beslissing was ook of die beperking om op 'n bepaalde grondstuk handel te dryf as 'n grondserwituut gekonstrueer kon word. Net soos die verhoorhof, verklaar appèlregter Van Blerk dat die aard van die betrokke serwituut afhang van die bedoeling waarmee eensyds die toesegging en andersyds die beperking geskied het. Ook hy vind dit nie nodig om eers uitdruklik die vraag te vra of so 'n beperking volgens sy aard wel as grondserwituut gevestig kan word nie. Anders as in die hof *a quo*, word egter bevind dat die betrokke beperking wel in ooreenstemming met die bedoeling van die partye 'n grondserwituut is. In die loop van sy uitspraak maak die appèlregter die volgende stelling wat myns insiens steun bied vir die standpunt dat aanvaarding van die *utilitas*-vereiste ook noodwendig die element van *perpetua causa* impliseer en dat die twee nie werklik geskei kan word nie:

“Is dit 'n erfdiensbaarheid, moet daar vir die dienende erf 'n heersende erf (*praedium dominans*) bestaan, en 'n wesenlike eienskap daarvan is dat dit 'n *altyddurende voordeel* moet inhou vir elke besitter daarvan.”¹²⁴

Direk hierna volg dan ook die volgende aanhaling (met klaarblyklike goedkeuring) uit *City Deep v McCalgan*.¹²⁵

“For the existence of a real servitude it is therefore necessary that there should be an *object and a subject* which are in their nature *perpetual*.”¹²⁶

120 Sien vir meer volledige kritiek De Waal 190–192.

121 Eie kursivering.

122 Sien verder ivm hierdie aspek par 9 *infra*.

123 1972 2 SA 400 (A).

124 405 (eie kursivering). Vgl ook die volgende *dictum* uit *Lorentz v Melle* 1978 3 SA 1044 (T) 1049 wat ook op hierdie verband dui: “It is of the essence of a praedial servitude that it burdens the land to which it relates and that it provides *some permanent advantage to the dominant land* (as distinct from serving the personal benefit of the owner thereof. . .” (eie kursivering).

125 1924 WLD 276.

126 280–181 (eie kursivering).

Die klem wat geplaas word op een of ander permanente grondslag vir die vestiging van 'n grondserwituut blyk ook uit 'n reeks beslissings waar aandag gegee word aan die bedoeling van die partye by serwituutskepping. Uit die aard van die saak kan daar nie sprake wees van 'n grondserwituut indien die onderskeie partye nie spesifiek bedoel het om sodanige reg in die lewe te roep nie. Word dié bedoeling egter in 'n bepaalde geval nie duidelik geformuleer nie (byvoorbeeld in 'n skriftelike ooreenkoms), kan dit problematies word om te bepaal of die partye wel die vestiging van 'n grondserwituut in gedagte gehad het. Een van die faktore wat die howe in sulke omstandighede in ag neem, is die aard van die serwituutwerke (indien enige) wat ter uitoefening van die betrokke serwituut op die dienende grondstuk aangebring is. Die afleiding dat daar 'n bedoeling was om 'n serwituut te vestig, sal in sodanige omstandighede slegs gemaak word indien die serwituutwerke van 'n permanente aard is.

'n Goeie voorbeeld van 'n geval waar die hof hierdie benadering gevolg het, is die beslissing in *Willoughby's Consolidated Co Ltd v Cophall Stores Ltd*.¹²⁷ In hierdie beslissing moes die vraag beantwoord word of 'n reg om op 'n bepaalde stuk grond handel te dryf 'n serwituutreg kon vorm. By die beantwoording van hierdie vraag lê die hof besondere klem op die bedoeling van die oorspronklike partye. In 'n poging om hierdie bedoeling vas te stel, laat hoofregter Innes hom soos volg uit:

"The fact that the structures erected were all of a temporary nature, easily removable, has an important bearing upon the enquiry . . . By the aid of that principle it might have been argued, had Matabele I allowed Dawson's to erect valuable permanent buildings for trading purposes, that a servitude must be presumed in respect of the sites occupied by those particular buildings notwithstanding the fact that the language of the agreement alone was not sufficient to constitute one. But no such circumstance is present. The buildings erected by Dawson's were all of a temporary character, and they have all been removed . . ."¹²⁸

Die tydelike aard van die bouwerke in hierdie geval was vir die hof deurslaggewend vir sy beslissing dat daar nooit 'n bedoeling was om serwituutregte te skep nie.¹²⁹ Hierdie benadering lyk heeltemal logies. Daar kan nie aan die *utilitas*-vereiste voldoen word indien serwituutwerke wat in die uitoefening van 'n grondserwituut gebruik word slegs tydelik van aard is nie: dit sou immers onmoontlik wees dat nut en voordeel in sulke omstandighede vir alle opeenvolgende eienaars van die heersende grondstuk opgelewer kon word. Die *utilitas*-vereiste kan dus nie bevredig word nie – en 'n grondserwituut kan daarom nie gevestig word nie – indien dit reeds vanaf die vestigingsoomblik duidelik is dat die uitoefening van die serwituut slegs vir 'n kortstondige tydperk moontlik sal wees.

Dit lyk egter nie of die howe 'n dogmatiese houding in hierdie verband inneem nie. Die blote moontlikheid dat die uitoefening van die serwituut een of ander

127 1918 AD 1.

128 18.

129 Vgl ook die volgende *dictum* uit *Krige v Wilson* (1885) 2 Kotzé 53 55: "In the present instance it does not follow, as in the case of a building which cannot very well be removed, that the intention was to create a servitude." Dit lyk of dieselfde gedagte weergegee word in *SA Hotels v City of Cape Town* 1932 CPD 229 239–240 waar die volgende gesê word: "From this it seems to be clear that the reason why the grant of a servitude of a projecting roof or balcony must be regarded as permanent is because they cannot be pulled down without great loss, and it is only the inequity of making the grantee suffer such loss which limits the right of revocation by the grantor." Sien ook in hierdie verband *Van Maak v RV Hall* 1892 EDC 213; *Texas Co (SA) Ltd v Cape Town Municipality* 1926 AD 467; *Odes v Ewing* 1936 GW 30; *Oliver v Matzner and Matzner* 1942 TPD 324.

tyd in die toekoms onmoontlik sal word, beteken blykbaar nie dat 'n grondserwituut nie gevestig kan word nie.¹³⁰ Hierdie benadering word reeds goed geïllustreer deur die serwituut van waterleiding en waterhaling waar daar nie telkens noukeurig bepaal word of die waterbron "lewend" is en dus vir 'n onbeperkte tyd as grondslag vir die serwituut kan dien nie.¹³¹ Ook by die serwituut van weiding¹³² word glad nie ondersoek ingestel na die drakrag en standhoudendheid van die weidingsgebied op die dienende grondstuk voordat die vestiging van die serwituut toegelaat word nie.

'n Verdere illustrasie (alhoewel van 'n ander aard) van hierdie benadering word ook in *Bisschop v Stafford*¹³³ aangetref. In hierdie beslissing het die vraag onder andere ontstaan of 'n serwituut van weg gevestig kon word indien die betrokke roete vir gedeeltes daarvan oor 'n buitestander se grond geloop het. In sy uitspraak verwys appèlregter Jansen ook na *Briers v Wilson*¹³⁴ en *Martins v De Waal*¹³⁵ waar 'n soortgelyke probleem voorgekom en geblyk het onoorkomelik te wees. In hierdie geval het die buitestander egter te kenne gegee dat hy geen beswaar sou hê indien die pad op sy grond gebruik sou word nie. Op grond hiervan verklaar die appèlregter soos volg:

"On the probabilities the registration of the servitude claimed will, therefore, in fact benefit the dominant tenement."¹³⁶

Die vestiging van die betrokke serwituut word dus toegelaat ondanks die feit dat die onderskeie grondstukke nie aangrensend was nie en daar ook nie serwituut oor die tussenliggende grondstukke bestaan het nie. Ook was daar nie iets soos 'n openbare pad of grondstuk tussen die grondstukke geleë nie. Die informele toestemming van die eienaar van die tussenliggende grondstukke tot die gebruik daarvan word as voldoende beskou. Die blote moontlikheid dat hierdie toestemming in die toekoms herroep kon word, het dus nie die aanvanklike vestiging van die serwituut verhoed nie.¹³⁷

9 GEVOLGTREKKING EN BEOORDELING

Die rol van die *perpetua causa*-vereiste by die vestiging van grondserwituut in die Suid-Afrikaanse reg is besonder swak uitgewerk. Dit word slegs terloops in die regs literatuur aangeraak en daar is nie een beslissing waarin dit doelbewus en volledig ontleed word nie. Die belangrikste riglyn wat die historiese en regsvergelijkende ondersoek na vore bring, is die feit dat daar 'n intieme verband tussen die vereistes van *perpetua causa* en *utilitas* bestaan. Hierdie verband blyk egter nie ooglopend uit die bronne van die Romeinse reg, die Europese Romaniste en die Romeins-Hollandse skrywers nie, maar is weer eens die produk van die juridiese arbeid van belangrike Pandektiste. Die benadering van die Pandektiste vind dan ook duidelike neerslag in die moderne Duitse en Nederlandse reg, asook minder direk in die Suid-Afrikaanse regspraak en regs literatuur. Teen hierdie agtergrond sal nou gepoog word om die vrae wat in die

130 Sien ook De Waal 168 ev betreffende die *utilitas*-vereiste.

131 Sien par 8 2 1 *supra*.

132 Sien De Waal 176-180.

133 1974 3 SA 1 (A).

134 1952 3 SA 423 (K).

135 1963 3 SA 787 (T).

136 12.

137 Vgl ook *Wilhelm v Norton* 1935 EDL 143; *Beukes v Crous* 1975 4 SA 215 (NK).

inleiding tot hierdie artikel geformuleer is,¹³⁸ te beantwoord en om sodoende die gelding en aanwending van die *perpetua causa*-vereiste in die Suid-Afrikaanse reg nader toe te lig.

(a) Die kiem van die gedagte dat *perpetua causa* 'n algemene, onafhanklike en selfstandige vereiste vir die vestiging van grondserwitute is, lê ongetwyfeld opgesluit in D 8 2 28. In hierdie teks word die vereiste nie alleen op die serwituut van waterleiding (*aquaeductus*) van toepassing gemaak nie, maar inderdaad op alle grondserwitute. D 8 2 28 is dan ook die spil waarom besprekings van die vereiste in die Europese Romanistiese en Romeins-Hollandse reg draai. Dit lyk egter waarskynlik dat die formulering in die teks te wyte is aan 'n interpolasie en dat die klassieke Romeinse reg dus nie suiwer weergegee word nie. Word dit aanvaar, verval die belangrikste (en inderdaad enigste) basis vir hierdie besondere aanwending van die *perpetua causa*-vereiste meteens. Dit is nietemin eers die Pandektiste se bespreking van die *perpetua causa*-vereiste wat nie deur D 8 2 28 oorheers word nie. Die belang en rol van die vereiste word deur hulle afgeskaal en in 'n heel ander perspektief geplaas. Dit verras dus nie dat *perpetua causa* glad nie as 'n selfstandige vereiste vir die vestiging van grondserwitute in die moderne Duitse en Nederlandse kodes voorkom nie. Die benadering in die Suid-Afrikaanse reg vind aansluiting by die Pandektistereg: *perpetua causa* is nie 'n onafhanklike en selfstandige vereiste wat in die algemeen vir die vestiging van grondserwitute geld nie, maar is wel 'n faktor wat op 'n ander wyse by die vestigingsproses in ag geneem word (soos by (c) hieronder verduidelik word).

(b) Ondanks die twyfelagtige status van D 8 2 28, lyk dit tog of die teks die benadering ten opsigte van die serwituut van waterleiding (*aquaeductus*) korrek vir die klassieke reg weergee. *Perpetua causa* het blykbaar wel in dié beperkte konteks as 'n onafhanklike en selfstandige vereiste gegeld: die betrokke serwituut kon slegs ten opsigte van 'n "lewende" waterbron (*aqua viva*) gevestig word. Volgens aanduidinge het dieselfde ook vir die serwituut van waterhaling (*aquahaustus*) gegeld. Reeds in die Romeins-Hollandse reg is dié eng formalisme egter ontgroeï en is geen sodanige beperking meer ten opsigte van die bron van hierdie serwituut neergelê nie. Die blote moontlikheid dat die bron dus in die toekoms vir 'n sekere tyd kon opdroog, het nie die vestiging van die serwituut verhoed nie. Dieselfde geld ook vir die Suid-Afrikaanse reg. Die enigste kwalifikasie is dat die bron op 'n natuurlike wyse gevul moet word en nie as gevolg van menslike optrede nie. Hierdie kwalifikasie word egter deur die passiwiteitsvereiste gedek en behoort nie by 'n bespreking van die *perpetua causa*-vereiste ingesleep te word nie. Die verwarrende formulering van D 8 2 28 kan juis gedeeltelik aan die invoeging van die tekssteurende *quod manu fit*-sinsnede toegeskryf word. Voorbeelde van waterbronne wat as grondslag vir 'n serwituut van waterleiding of waterhaling in die Suid-Afrikaanse reg erken sal word, is die volgende:¹³⁹ 'n fontein; 'n rivier of spruit; 'n keerdam in 'n rivier; 'n gronddam wat deur reën gevul word; 'n sementdam wat deur 'n windpomp uit 'n boorgat gevul word; 'n reënbak, ondergrondse reservoir, opgaartenk of ander bouwerk wat op een of ander natuurlike wyse gevul word.

(c) Die gevolgtrekkings by die eerste en tweede vrae beteken egter nie dat die begrip *perpetua causa* nie deeglik 'n rol behoort te speel by die vestiging van

138 Sien par 1 *supra*.

139 Sien vir aanknopingspunte vir die verskillende voorbeelde par 8 2 1 *supra*.

grondserwiture nie. *Perpetua causa* kan egter nie geïsoleerd geformuleer en toegepas word nie. Dit kan slegs sinvol as 'n bestanddeel van die *utilitas*-vereiste geformuleer word. 'n Grondserwituut kan immers slegs tot die nut en voordeel van al die opeenvolgende eienaars van die heersende grondstuk uitgeoefen word indien die karakter, kwaliteit of kenmerk van die dienende grondstuk wat die nut of voordeel verskaf standhoudend en nie bloot toevallig of verbygaande van aard is nie. Waar die klem of fokus by die *utilitas*-vereiste egter op die "aktiewe" kant van die verhouding geplaas word, val dit by *perpetua causa* op die "passiewe" kant daarvan. Die erkenning van *perpetua causa* as faktor by die vestiging van grondserwiture hou implikasies vir sowel die *ontstaan* (vestiging) as die *voortbestaan* van die grondserwituut in:

(1) *Wat die ontstaan (vestiging) betref* Die dienende grondstuk moet objektief gesproke in ooreenstemming met sy karakter, kwaliteit of kenmerke (natuurlik of daaraan toegevoeg) die potensiaal hê om deur middel van die serwituutoefening nut en voordeel vir alle opeenvolgende eienaars van die heersende grondstuk op te lewer. Is dit ten tyde van die gepoogde vestiging reeds duidelik dat dit nie die geval kan wees nie, kan geen grondserwituut gevestig word nie. Dit is nie moontlik om in hierdie verband vaste en dogmatiese riglyne neer te lê nie. Al wat vereis kan word, is 'n waarskynlikheid – in teenstelling met absolute sekerheid – dat die grondstuk die verlangde nut of voordeel op 'n permanente grondslag kan lewer. Elke geval sal dus aan die hand van die verkeersmaatstawwe volgens sy eie feite en volgens die aard van die betrokke grondserwituut beoordeel moet word. By wyse van voorbeeld word aan die hand gedoen dat die volgende omstandighede nie die vestiging van 'n grondserwituut sal verhoed nie:

(i) Die moontlikheid dat die fontein, rivier of spruit ten opsigte waarvan 'n serwituut van waterleiding gevestig word in die toekoms kan opdroog.

(ii) Die moontlikheid dat die gronddam ten opsigte waarvan 'n serwituut van waterhaling gevestig word in die toekoms kan opdroog, toeslik of weens vloedgeweld kan wegspoel.

(iii) Die moontlikheid dat die sand- of kleibron ten opsigte waarvan 'n serwituut van ontginning gevestig word in die toekoms uitgeput kan word.

(iv) Die moontlikheid dat 'n weidingsgebied ten opsigte waarvan 'n serwituut van weiding gevestig word in die toekoms weens droogte of oorbeweidingsy drakrag kan verloor.

(v) Die moontlikheid dat die eenaar van 'n tussenliggende grondstuk wat 'n serwituut van weg onderbreek sy vergunning (*precarium*) om die grond te gebruik in die toekoms kan terugtrek.

(vi) Die moontlikheid dat 'n gebou ten opsigte waarvan 'n serwituut van muurbeswaring gevestig word in die toekoms weens foutiewe bouwerk of 'n aardbewing in 'n puinhoop omskep kan word.

Aan die ander kant is dit myns insiens onwaarskynlik dat 'n grondserwituut byvoorbeeld in die volgende omstandighede gevestig kan word:

(i) 'n Serwituut om sand uit te haal ten opsigte van 'n hoop bousand wat na bou-aktiwiteit op die "dienende grondstuk" agtergelaat is.

(ii) 'n Serwituut van weg waar die eenaar van 'n tussenliggende grondstuk onderneem dat hy die vergunning om die grond te gebruik vir byvoorbeeld slegs ses maande of 'n jaar gaan verleen.

(2) *Wat die voortbestaan betref* Indien die serwituutoefening weens omstandighede rakende die dienende grondstuk *permanent* onmoontlik raak, verval die grondserwituut. Bloot *tydelike* onmoontlikwording onderbreek die uitoefening van die serwituut maar hef dit nie finaal op nie.¹⁴⁰ Die serwituut sal slegs finaal opgehef word indien die onderbreking vir minstens die volle verjaringstermyn voortduur.¹⁴¹

In die lig van hierdie uiteensetting is dit myns insiens duidelik dat *perpetua causa* beswaarlik as 'n onafhanklike en selfstandige vereiste vir die vestiging van grondserwituute gestel kan word. Dit kry alleen betekenis as noodwendige uitvloeisel of implikasie van die *utilitas*-vereiste. Dit is dus verwarrend en onsuiver om dit steeds as onafhanklike vereiste te formuleer. Soos *vicinitas* is dit hoogstens 'n faktor wat by die toepassing van die *utilitas*-vereiste in ag geneem moet word en wat dus formeel in laasgenoemde as moeder- of spilvereiste opgeneem moet word.¹⁴² Hierdie gevolgtrekking bevestig weer eens hoe belangrik dit is om 'n duideliker inhoud aan die *utilitas*-vereiste in die Suid-Afrikaanse reg te gee.¹⁴³

140 Vgl by *Landman v Daverin* (1881) 2 EDC 1.

141 Voet 8 6 4; *Salmon v Lamb's Executor and Naidoo* 1906 EDC 351 362.

142 Sien De Waal 30 ev, veral 63-65.

143 Sien *idem* 99 ev.

The Attorney-General . . . equates such test [the objective test of the bonus paterfamilias] with the 'regsoortuiging van die gemeenskap' or the boni mores. I do not agree. The legal convictions of the community and public morality may play a role in deciding what is lawful and what is not . . . Such generally held convictions may even be embodied in statutes created by the Legislature in response thereto. Thus the element of unlawfulness of a delict or a crime can come into being. That has nothing to do with the fault element, in this instance expressly stated by the Legislature to be negligence. The fictional figure of the reasonable man, the bonus paterfamilias, was created to encapsulate vividly the duty resting on the Judex to apply an objective test in order to determine whether the subject's conduct (or omission) should be regarded as culpable or not (per Kriegler J in S v Robson; S v Hattingh 1991 2 SA 322 (W) 333).

Land law without the land acts – predicaments and possibilities¹

AJ van der Walt

B Iur Honns(BA) LLM LLD

Professor of Private Law, University of South Africa

OPSOMMING

Grondreg sonder die grondwette: moontlikhede en probleme

Sedert die herroeping van die sogenaamde rasgebaseerde wette wat regte op grond raak, is daar 'n toenemende bewuswording van die feit dat die negatiewe fase van die stryd teen apartheid nou iets van die verlede is, en dat daar nou 'n positiewe fase aangebreek het waarin 'n nuwe grondregstelsel opgebou sal moet word. Hoewel die herroeping van hierdie wette grotendeels tot die hervorming van die grondreg bydra, is dit nie op sigself voldoende nie. 'n Aantal probleme bly voortbestaan, en oplossings vir hierdie probleme moet gevind word voordat die hervormingsproses 'n werklik positiewe impak op die gebruikspatrone van grond kan hê. Probleme soos die herverdeling van grond, die voortbestaan van gewoonteregstelsels en die Romeins-Hollandse reg, asook die behoefte aan *ad hoc*-wetgewing ter aanvulling van die grondreghervormingsproses word in die artikel uitgelig, en moontlike oplossings daarvoor ondersoek.

1 INTRODUCTION

The South African government has recently stated its intention to repeal the so-called land acts during the next parliamentary session. It is a well-documented fact that the land acts are cornerstones of grand apartheid, and that they prepared the ground for spatial segregation and for the unequal distribution of land and land rights. Over the years many critics have recognised that apartheid cannot survive without these acts, and their abolition is, therefore, of some significance. The announcement has evoked protests and criticism from conservative white farmers, while on the other hand it has been welcomed by moderate and liberal commentators. Generally speaking, it is probably fair to see this development as a significant stage in the dismantling of apartheid and of apartheid land law. Because of the central importance of the land acts for the original creation and

¹ Paper read at a conference on the abolition of the land acts, held at the University of the Transkei 1990-11-19 to 20. Since November 1990 a White Paper on Land Reform (WP B-91) and a number of related bills were published in pursuance of the intention to repeal all racially discriminatory legislation. Three of the bills have been passed and assented to, namely the Abolition of Racially Based Land Measures Act 108 of 1991 (including in ch VII an amended version of the provisions initially intended for the Residential Environment Bill) which came into operation on 1991-06-30; the Upgrading of Land Tenure Rights Act 112 of 1991 (which come into operation on 1991-09-01); and the Less Formal Townships Establishment Act 113 of 1991 (which came into operation on 1991-09-01).

the retention of spatial segregation, it is obvious that their abolition will create possibilities for the development of a non-racial land law.

However, despite the unquestionable necessity and value of this step, there is currently a growing awareness of the fact that the mere abolition of apartheid laws cannot and will not solve the entire land issue. When reading the flood of literature concerned with land reform, one is constantly reminded that the abolition of the apartheid laws will still leave South African land law in a crisis, and that at least some of the existing predicaments facing property lawyers will require positive steps to supplement and improve whatever is left once the apartheid laws have been repealed. This awareness is in itself indicative of the fact that a new stage has been reached in the struggle against apartheid; a stage in which it becomes necessary to look and think beyond the more obvious and visible goals of the past. It is no longer sufficient to call for or to acclaim the abolition of this or that law; it has become vital to engage in constructing a post-apartheid land law in a positive way. In order to do this, it is necessary to form a clear vision of what will remain when all the land acts have gone; of the shortcomings of what is left; and of what will be required in order to supplement and overcome these deficiencies.

Obviously it is impossible to tackle this enormous task in a limited article. In fact, the problems posed by this task will require considerable application and ingenuity from a large number of lawyers over a relatively long period. For the present this article will be aimed at a more humble goal, namely to enumerate some of the predicaments that will survive the abolition of specifically the land acts, and to sketch a few of the possibilities for further development that deserve consideration when those problems are addressed.

2 THE LAND ACTS

2 1 Content and scope of the land acts

It would be both impossible and unnecessary to dedicate this article to an exhaustive analysis of the land acts. What follows is no more than a brief summary, based upon existing analyses,² to serve as a backdrop against which the abolition of the acts in question³ can be analysed.

The fundamental provision of the Black Land Act 27 of 1913 is contained in the Schedule, in which the scheduled areas are described.⁴ The act prohibits people other than blacks⁵ from acquiring scheduled land,⁶ and simultaneously

2 What follows in this section is based largely upon the following analyses: Olivier, Pienaar and Van der Walt *Statutêre sakereg* (1989) *sv* "Swart grondreg" 3-35; Budlender and Latsky "Unravelling rights to land and to agricultural activity in rural race zones" 1990 *SAJHR* 155-177; Pienaar "Toekenning en registrasie van grondregte in die nasionale state" 1989 *TRW* 1-19.

3 The Black Land Act 27 of 1913 and the Development Trust and Land Act 18 of 1936. The two acts must be read together as if they were one act; see s 1 of the 1936 act, which refers to the 1913 act as the "principal Act". Cf Budlender and Latsky 1990 *SAJHR* 156.

4 Read with s 49 of the 1936 act; see Olivier, Pienaar and Van der Walt *sv* "Swart grondreg" 11; Budlender and Latsky 1990 *SAJHR* 156.

5 And the South African Development Trust, as created by the Development Trust and Land Act 18 of 1936.

6 S 1(2).

prohibits blacks from entering into land transactions outside the scheduled areas.⁷ Consequently, blacks can acquire and hold land in the non-scheduled areas only by virtue of exceptions to this basic principle.⁸ Conversely, virtually all land in the scheduled areas is held either by blacks or by the South African Development Trust. In effect these provisions restrict the existence and exercise of black land rights to the scheduled areas,⁹ while reserving all remaining land for white land rights.

The exceptions and extensions that were created by later acts, namely the released areas in terms of the Development Trust and Land Act¹⁰ and development areas in terms of the Black Communities Development Act,¹¹ have changed neither the principle nor the practical effect of the main act. In terms of the Development Trust and Land Act, specified parcels of non-scheduled land have been "released" from the restrictions of the 1913 act, but effectively this is nothing more than a relatively small extension of the land reserved for black land rights. In fact much of the released land is owned by the Development Trust.¹² The development areas designated in terms of the Black Communities Development Act are reserved for the proclamation of black urban residential areas,¹³ and may be seen as the urban residential counterparts of rural scheduled areas.

The Development Trust and Land Act 18 of 1936 created a statutory trust, known as the South African Development Trust, in order to acquire and hold land in the reserved black areas. The trust became the owner of state-owned land which was reserved for blacks, and of state-owned land in the scheduled and released areas. The trust is a strange creation of the legislature, and closely related to the state itself, so that trust-owned land must probably be seen as some special category of state-owned land.¹⁴ Some trust land has been transferred to the self-governing territories (formerly termed national states), while the trust retains ownership of some land falling within the jurisdiction of self-governing territories. Some land in scheduled and released areas was transferred to self-governing territories in terms of the Self-governing Territories Constitution Act.¹⁵ Legislation adopted subsequently by the South African parliament is of no effect in those territories, while conversely the self-governing legislatures concerned may adopt their own legislation with regard to such land at a later stage. Some land in the scheduled and released areas is still owned by the South African government itself.

This means that the larger part of all land reserved for blacks is owned by the trust, or by the South African government, or by one of the self-governing

7 S 1(1).

8 Budlender and Latsky 1990 *SAJHR* 157.

9 Subject to a number of exceptions and extensions mentioned below.

10 18 of 1936.

11 4 of 1984.

12 Budlender and Latsky 1990 *SAJHR* 157.

13 Budlender and Latsky *idem* 159 mention the fact that black group areas could be proclaimed in terms of the Group Areas Act 36 of 1966; but that it was not done, and that black urban residential areas were reserved by means of the designation of development areas. Cf Olivier, Pienaar and Van der Walt *sv* "Swart grondreg" 52-88; Pienaar 1989 *TRW* 1-19.

14 Budlender and Latsky 1990 *SAJHR* 164.

15 21 of 1971; see Budlender and Latsky *idem* 159-163.

territories. Apart from that some land in the so-called "black spots" acquired by blacks before the introduction of the 1913 act is held by blacks in freehold tenure or common-law ownership, or is registered in the name of the designated minister who holds it as common-law trustee for the groups of blacks it was granted to.¹⁶

Budlender and Latsky¹⁷ state that the legal structure of land tenure in the rural areas is dominated by the Black Areas Land Regulations of 1969.¹⁸ The tenure pattern provided for in the regulations is largely based upon customary law, but certain novelties and amendments have been introduced.¹⁹ The most important forms of tenure provided for in the regulations are quitrent title and permission to occupy. Quitrent title is granted with regard to surveyed land, while the permission to occupy applies to unsurveyed land. Both forms of tenure provide land holders with a permanent right of occupation, coupled with a use right with regard to the commonage.²⁰ These forms of tenure cannot be seen as common-law ownership, even though the actual rights of the holder are in many respects analogous to those of an owner.²¹ Quitrent title is granted with regard to surveyed land for agricultural, residential, social and trading purposes, and is registered.²² The holder acquires a perpetual right of occupation, but is also required to pay an annual quitrent to the appropriate authority,²³ and is not permitted to transfer, mortgage or let the land or to use it for purposes other than those for which it was granted. The authority may appropriate quitrent land or cancel quitrent title on a number of grounds, for instance if the holder fails to comply with the conditions contained in the regulations, or fails to pay the quitrent or charges payable in respect of the land, or fails to occupy the land beneficially.²⁴

Permission to occupy land is granted with regard to unsurveyed land, but the actual rights acquired by the occupant are comparable to those of the quitrent holder. Pienaar²⁵ is of the opinion that the permission to occupy unsurveyed land probably does not constitute a limited real right, even if it is registered, since the object of the right itself is not properly identified. This consideration obviously detracts from the already limited tenurial security enjoyed by the occupants. It is significant that the right of occupation acquired in terms of a permission to occupy is actually a statutorily adapted version of customary law,²⁶

16 Budlender and Latsky *ibid.*

17 *Idem* 166-171.

18 R188 of 1969-07-11 *Government Gazette* 2486 of 1969-07-11. See in this regard Olivier, Pienaar and Van der Walt *sv* "Swart grondreg" 37-44; Pienaar 1989 *TRW* 2-11.

19 See Olivier "Indigenous land law in South Africa" in Sanders *Southern Africa in need of land reform* (1980) 76; Budlender and Latsky 1990 *SAJHR* 166.

20 Reg 10(2).

21 See Olivier, Pienaar and Van der Walt *sv* "Swart grondreg" 37; Pienaar 1989 *TRW* 5 9; Budlender and Latsky 1990 *SAJHR* 167.

22 See Pienaar 1989 *TRW* 9-10.

23 The authority in question may vary according to the situation of the land, especially since proclamations 29/1988 and 30/1988 do not apply in the self-governing territories. See Pienaar 1989 *TRW* 1-19.

24 See Pienaar 1989 *TRW* 2-5; Budlender and Latsky 1990 *SAJHR* 168 with regard to the conditions.

25 1989 *TRW* 8. Olivier, Pienaar and Van der Walt *sv* "Swart grondreg" 37 describes this right as a protected right of occupation.

26 See Olivier, Pienaar and Van der Walt *idem* 37.

but that the lack of security and other amendments introduced by the regulations are not acceptable to many occupants of rural land.²⁷

With regard to these considerations Pienaar²⁸ states that quitrent title and permission to occupy are limited and conditional land use rights that are in many ways deficient, above all because they offer the holder little security.

2 2 Effect of the land acts

With reference to the brief summary above, a number of general observations regarding the effect of the land acts can be made:

(a) The land acts provide the foundation of grand apartheid, in that they embody the broad outline of spatial separation along racial lines. The general division of white and black land will largely disappear with the repeal of these acts.

(b) The land acts provide the statutory justification for the unequal distribution of land and land rights along racial lines.²⁹ By reserving land in the scheduled and released areas for the exercise of black land rights, a small portion of the available land has been set aside for black land use, while the remainder of all land has been reserved for white land rights.

(c) Land rights in the scheduled and released areas must be judged against the background of the fact that most land in those areas is owned by the trust or the South African government or an independent or self-governing territory. In this sense the land acts have introduced the principle of land nationalisation and state ownership to black land law. As a result, blacks have been deprived of land rights not only in the white areas, but also in the scheduled and released areas, where most land is owned either by the state or the trust as a representative of the state. The effective nationalisation and state ownership of land has allowed the manipulation of land rights for political purposes, by using land ownership and the power it entails to govern not so much the land as the people on the land.

(d) The introduction of new statutory forms of land tenure and the manipulation of land rights and land use patterns for political purposes have created a fundamentally deficient system of land rights. On the one hand the fundamental division of white and black land has underlined the fact that black land rights are not only limited to a small portion of the available land, but that the rights of use and occupation afforded to blacks seem to be inferior to white land rights as well, particularly as far as security of tenure and freedom from administrative intervention is concerned. On the other hand customary land rights, which have always provided those living according to customary law with sufficient security, have been amended to such an extent that customary tenure has also lost some of its attractions for many people living in rural areas. It is clear that the land rights created by the land acts offer insufficient security, and that statutory manipulation of land relations prevent these rights from developing naturally. Judging from the evidence that is available in certain areas it seems as if the allocation and control of land rights in terms of this system do not enjoy much legitimacy.

²⁷ See Pienaar 1989 *TRW* 8.

²⁸ 1989 *TRW* 5 11.

²⁹ It is often said that more than 80% of the land belongs to something like 13% of the population, namely whites.

3 PREDICAMENTS AND POSSIBILITIES CREATED BY THE REPEAL OF THE LAND ACTS

3 1 The redistribution of land

From the brief and very general discussion above it seems clear that the effects of the land acts are both morally and practically unacceptable, and that their repeal must be welcomed in principle. However, as has been stated above, the land issue will not be solved by the repeal of these acts. While a number of important and interesting possibilities for the development of a just and legitimate land law will be created when the land acts are repealed, it is also true that a number of predicaments will remain or emerge simultaneously.

The redistribution of land is surely one of the most important and one of the most difficult problems facing those concerned with "changing the face of property law".³⁰ It is a well-known fact that the distribution of land in South Africa is unequal, and that this inequality has been created by the division and reservation of white and black land in terms of the land acts. Far more difficult is the question whether and how this inequality can be rectified.

The mere abolition of apartheid legislation, and more particularly of the land acts, can and will make a contribution towards the redistribution of land. This is not always appreciated when quoting or discussing the appalling fact that more than 80% of the land is owned by less than 20% of the people.³¹ When the land acts are repealed, it is reasonable to assume that the statutory land rights created by it, and especially quitrent title and permission to occupy, will be converted to ownership, thereby effecting at least a measure of progression as far as the distribution of land ownership is concerned. This form of redistribution will amount to the reprivatization of land which was effectively nationalised in terms of the land acts. As a result, land presently owned by the state or the South African Development Trust will, in line with the Freedom Charter, belong to those who use it.

The redistribution question will, however, not be solved by the mere abolition of the land acts and the resultant reprivatization. It seems obvious that the redistributive effect referred to in the previous paragraph will not in itself be sufficient, and further ways in which existing inequalities can be amended, will have to be found. Several approaches to and solutions for the redistribution question have been forwarded and debated in recent publications. These approaches include full-scale nationalisation of land,³² a gradual process of redistribution based upon the rule of law and the adjudication of land claims,³³ a more vague general commitment to redistribution and affirmative action³⁴ and

30 With reference to a paper read by Van der Merwe at a seminar on "Legal aspects of economic reconstruction: Eastern Europe, USSR, South Africa" at the RAU on 1990-08-10, titled "Land tenure in South Africa: changing the face of property law", and later published in 1990 *Stell LR* 321-335.

31 But see Van der Merwe 1990 *Stell LR* 324 *et seq.*

32 See Marcus "Land reform - considering national, class and gender issues" 1990 *SAJHR* 178-194.

33 See Sachs *Rights to the land: a fresh look at the property question. Some starting points* (1990) 30-35.

34 See Van der Merwe 1990 *Stell LR* 323-328; Van der Walt "The future of common-law landownership" in Van der Walt (ed) *Land reform and the future of landownership in South Africa* (1991) 34.

a simple reliance upon so-called market mechanisms.³⁵ This complex question cannot be fully or adequately canvassed here, but the following points deserve attention:

(a) It seems clear, and it is widely accepted, that a solution based upon the mere abolition of apartheid legislation and further reliance upon so-called market mechanisms will not solve the redistribution problem. In fact, it has been argued that such an approach will exacerbate existing inequalities, because it will allow those with capital to exploit the extreme poverty of many rural land users by convincing them to sell their existing land rights for short-term cash gain, without resolving their financial position in any fundamental sense. In the process, their bond with the land, which at least provided a small measure of social and financial security, will be destroyed without any real or lasting replacement.³⁶ On the basis of this argument it should be stressed that the abolition of the land acts will have to be accompanied by the introduction of supplementary legislation which provides protection against this kind of exploitation.

(b) The full-scale nationalisation of land offers an equally unacceptable solution. It has become clear that old-fashioned policies based upon land nationalisation and state ownership of land have failed in both Africa and elsewhere to yield the benefits expected of and promised by them.³⁷ Furthermore, it would seem strange indeed to abolish one system of nationalised and state ownership of land (which is admittedly based upon racial segregation) only to replace it with another. This approach is based upon the naive perception that all problems concerned with land and land use are caused by apartheid, and that basically the same land use pattern will succeed if it is applied to all land irrespective of race or colour. In fact, however, experience – not only in central and eastern Europe and in the rest of Africa but here, in South Africa as well – suggests very strongly that a system of state ownership coupled with state control and administration of all land, land rights and land use cannot and will not provide satisfactory answers to the demands of the South African situation. What is required in a post-apartheid society is a socio-economic policy that not only prevents economic and social exploitation, but also produces the kind of economic environment that is required in order to improve the standard of living. While the nationalisation and state ownership of land can probably succeed in eliminating the exploitative use of land ownership and other land rights, it seems highly unlikely that it can also provide the equally necessary increase in wealth which can improve the overall standard of living. When taking into account that the exploitative use of private land ownership can be and actually is being prevented by other, more modern methods nowadays,³⁸ it becomes apparent that a policy of full-scale land nationalisation and state ownership and control of land is simply too outdated and old-fashioned to offer a viable solution for the current land question in South Africa.

(c) This impression is strengthened by the fact that the other conceivable benefit of land nationalisation, namely as an instrument of actual redistribution of

35 Cf the sources referred to by Van der Walt "Towards the development of post-apartheid land law: an exploratory survey" 1990 *De Jure* 1-45 at 8 fn 37.

36 See *idem* 4-16 and sources cited there.

37 See Van der Merwe 1990 *Stell LR* 324-328; Van der Walt "The future of common-law landownership" 29.

38 Some of these developments are discussed in later sections of the article.

land, can also be reached, with less fuss and controversy, by other methods. In this regard it must be acknowledged that much theoretical and practical work and debate is still needed, but on the other hand some interesting and valuable suggestions have already been tabled. A gradual process of redistribution in phases, subject to the rule of law and the adjudication of land claims according to negotiated and established considerations and procedures, was recently suggested by Sachs.³⁹ Similar or comparable suggestions were apparently published by the ANC and the Development Bank of Southern Africa recently,⁴⁰ and no doubt other approaches will be formulated and debated in future.

(d) What seems to have emerged at this stage is that any process of redistribution will have to be subject to the rule of law and to the application of clear and established principles and procedures in order to avoid anarchy and lawlessness both in fact and in appearance.⁴¹ Moreover, determinations and adjudications will have to be based upon shared values and criteria, as established through debate and negotiation.⁴²

(e) It also seems reasonable to initiate the process of redistribution with affirmative action in the form of a "symbolic and publicised return" of land that was recently taken from people by forced or semi-forced removals and similar procedures in terms of apartheid legislation.⁴³ Such a step would be inherently just, and would eliminate a fair proportion of legitimate complaints about existing land policy. Further affirmative steps could be directed at the establishment of more housing or housing facilities, agricultural co-operatives and markets and financial support for the victims of apartheid.

3 2 The nature and content of post-apartheid land law

3 2 1 General

Once the land acts are repealed the actual legal effect of reprivatization of state- and trust-owned land will have to be determined. This question is concerned with a number of important issues, such as whether or not customary land tenure must be amended or abolished; whether Roman-Dutch or common-law land law must be amended or abolished; whether land rights and the law relating to them should be codified; and how the land interests of individuals on the one hand and of social groups and of society on the other can be harmonised.

3 2 2 Customary land use relations⁴⁴

Customary or traditional land use patterns⁴⁵ have been affected in various ways by the land acts. Customary forms of tenure have been changed to fit in with the system of quitrent tenure and permission to occupy, and customary land and social relations have been subjected to white administration. The system

39 See 30–35.

40 The author was, at the time of writing, unable to acquire copies of these documents.

41 Both Sachs 30–31 and Van der Merwe 1990 *Stell LR* 324–328 seem to support this approach.

42 See Sachs 31.

43 See *idem* 32.

44 This section of the article is based upon the more detailed treatment of the question in Van der Walt 1990 *De Jure* 4–16.

45 The nature of customary tenure and its differences from common law tenure are not discussed here: see Van der Walt 1990 *De Jure* 6–11.

of land tenure created in the land acts and the accompanying regulations can almost be seen as an attempt at "codification" of customary land rights, which in turn has prevented the natural development of customary tenure. The insecurity which accompanies these forms of customary tenure has resulted in mistrust and antagonism towards what is quite correctly perceived as an inferior and racially based system of land tenure. Some argue that customary land law is nothing but an inferior and degrading creation of apartheid, and that it should be abolished together with apartheid; and others think that customary land law is incapable of serving a modern community, and that it is the cause of ineffective and wasteful agricultural patterns. In view of all these and other problems, it is not surprising that the repeal of the land acts has prompted many people to start asking questions about the future of customary land law itself. It becomes necessary, therefore, to consider whether customary land use patterns and customary land tenure should be retained as part of post-apartheid land law. It has been said that the question whether customary land law should be abolished, can only be asked once its shortcomings and the possible advantages of its abolition have been considered.⁴⁶ A number of criticisms that are usually levelled against customary land law may be investigated in this regard:

(a) The argument that customary law is outdated and unable to satisfy modern needs and requirements loses some of its persuasiveness when the evidence about the possibilities and adaptability of customary tenure is considered. Research has shown that customary tenure has adapted remarkably well to modern and current conditions in dealing with the problems caused by or connected with population movements in the rural areas and urbanisation, and in providing an alternative and supplementary economy to accommodate and alleviate the economic and social realities of migrant labour. It may well be argued that customary tenure is not only exceptionally well suited to the conditions prevailing in the rural areas, but that its natural resilience and fundamental grassroots legitimacy could be enhanced once the interferences caused by the land acts is out of the way, and if some measure of control and formality is introduced statutorily to improve the security and the economic capacity of the system.⁴⁷

(b) The insecurity of tenure which is sometimes seen as a negative feature of customary land law, *inter alia* because it prevents the holders of customary land rights from acquiring mortgage financing, cannot be blamed upon the system of customary land law as such. The fact that registration of these rights may be complicated⁴⁸ in the case of unsurveyed land or because of inadequate descriptions of the object of the right, should not be seen as a major problem; furthermore, the insecurity that was introduced by the inappropriate administrative and control model of the land acts should fall away once the acts are repealed and customary law is allowed to develop along natural lines, as prescribed by the social rules and values that govern and determine customary land rights.⁴⁹

(c) Customary land law and its accompanying land use patterns are sometimes blamed for the poor state of the rural agriculture and economy, or even for the general poverty in rural areas. This generalised conclusion does not appear to

46 *Idem* 12 and sources cited there fn 58.

47 See *ibid* and sources cited there.

48 Pienaar 1989 *TRW* 11 is of the opinion that the registration of quitrent title on surveyed land at least, is effective and uncomplicated.

49 See Van der Walt 1990 *De Jure* 12-13 and sources cited there.

be justified in view of the multitude of factors that can and should be associated with rural poverty and agricultural inefficiency. In fact, it seems much more likely that state ownership of land and central planning of land use in the rural areas, as introduced and controlled by the land acts and related legislation, must be blamed for many of the restrictions facing the rural household economy and causing it to develop its own informal solutions, which might not always be to the advantage of agricultural production as a whole. It is equally clear that the abolition of customary tenure will probably cause a loss of social cohesion in the rural areas, thereby exacerbating rather than alleviating rural poverty. Nor will the mere repeal of the land acts serve as a total solution for the twin problems of rural poverty and agricultural underproduction, because a number of social and political reforms are required to improve the possibilities for survival and progress in these areas. In the meantime, it seems wise to allow room within the rural household economy for a wide range of cash-producing alternatives such as small-scale peasant food production, migrant labour income and others, while retaining the existing social security system inherent in customary land relations. The efficiency of customary tenure and of customary land use patterns to cope with and solve the problems facing the rural household will probably be increased if the existing system of customary land rights is allowed to take its own natural course of development, while certain specific problems or required solutions are addressed by way of selective legislation. At the same time, it is essential that more land should be made available for household and subsistence farmers in the rural areas.⁵⁰ In conclusion, it seems that the repeal of the land acts will result in a situation which allows customary land law more scope for natural and beneficial development, which will probably serve the interests of rural landholders and land users better than the abolition of customary land law would. At the same time, a measure of legislative support and protection is required to solve specific problems that will not disappear (or that might appear) once the land acts are gone. Preserving and protecting customary law does not mean that people should be forced to live according to customary land law, or that customary law should continue to co-exist with common law as a sort of second-best and separate alternative. What is needed is the development of one integrated land law which is sufficiently diversified to provide for the requirements of all citizens, including those who choose to live according to customary law. In this way the beneficial characteristics of the two traditions can be allowed to influence each other.

3 2 3 *Roman-Dutch land law*⁵¹

There are politicians and lawyers who are in favour of abolishing not only all apartheid legislation, but Roman-Dutch land law as well. The main arguments in favour of such a revolutionary approach are, first, that the common law has been fundamentally tainted by its association with apartheid, so that it cannot recover any legitimacy it might once have had; and secondly that the value system represented by Roman-Dutch law is not shared by the majority of the population. While it must at once be conceded that apartheid has affected the

⁵⁰ See *idem* 13-15 and sources cited there.

⁵¹ This section of the paper is based upon the more detailed discussions of the same problem by Van der Walt 1990 *De Jure* 34-41; Van der Walt "The future of common-law land-ownership" 22-28.

legitimacy of common law fundamentally, and that apartheid has destroyed many of the values that used to be characteristic of common law, it is also important to note that there are arguments against the wholesale abolition of common law, and specifically of what has remained of so-called Roman-Dutch land law. Once again only the main arguments are mentioned briefly.

(a) The outcome of this debate, just like the outcome of the debate about the abolition or retention of customary law, will depend to a very large extent upon the ultimate policy regarding codification. Those in favour of codification tend to argue that the ills and injustices of the past can be left behind most effectively by making a fresh start; that is, by abolishing existing law in its entirety and devising a fresh new codified system of law that contains only what is required for the construction of a post-apartheid society. This seems to be a useful and attractive solution, but the history of codification elsewhere suggests that codification is not as simple and easy a process as is often fondly imagined. Codification is a lengthy and difficult process, which requires a huge effort from a relatively large number of well-informed lawyers, and it may well be asked whether either the manpower or the time required for such an exercise is available. Furthermore, it has been proved that codification can never provide a completely new or fresh start, and that existing legal values, principles and attitudes always intrude to spoil what was supposed to be a *tabula rasa* without history or background. It is just as important to consider that codification is increasingly being regarded as a process that tends to mummify existing legal values and principles, thereby making it very difficult to adapt the law to changing circumstances, requirements and perceptions.⁵² In view of these considerations, it may be argued that a codified post-apartheid land law will probably not succeed in creating a completely new and different land law; that it will probably mummify and retain more current and existing values and attitudes towards property than is often realised; and that in many respects it might prevent rather than encourage the development of a legitimate and acceptable land law.⁵³

(b) The statement that the majority of the South African population does not share the values represented by Roman-Dutch land law is an oversimplification. What is probably meant by this statement is a rejection of the absolutist and exploitative capitalist perception of ownership that is usually associated with common law, and which is rejected by many people who have been at the receiving end of this kind of capitalism for many years. It has been said that the failure of this colonial private land rights model in Africa was not the result of the inherent inapplicability or unacceptability of the common land law system as such, but that it was caused by a specific attitude towards and perception of private land-ownership as an absolute right, which allowed the landowner to control both his land and the people upon it, and to exploit them as he liked.⁵⁴ This perception of ownership as an absolute and indivisible right has, however, become the target of much criticism in Western capitalist legal systems, and in

52 See in this regard Van der Walt "Gedagtes oor die herkoms en ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse eiendomsbegrip" 1988 *De Jure* 16-35 306-325; Van den Bergh "Schijnbewegingen: hercodificatie en eiendomsdefinitie" in *Liber Amicorum John Gilissen* (1983) 398.

53 See Van der Walt 1990 *De Jure* 44.

54 Mattei "Socialist and non-socialist approaches to land law: continuity and change in Somalia and other African states" 1990 *Review of Socialist Law* 53.

general it is no longer accepted as a proper or suitable perception of ownership at all. It is widely accepted now that ownership is not and should not be an absolute right, and that it must be seen as an inherently limited right that invests the owner not only with rights and entitlements, but also with duties and responsibilities both towards neighbours and towards society as such.⁵⁵ It is true that the historical, theoretical and moral unsuitability of the absolutist perception of ownership is not yet accepted and appreciated as widely in South Africa as in Europe,⁵⁶ but an awareness of the problem and some support for a functional approach to land rights is nevertheless already evident.

(c) A functional approach to ownership and land rights implies that the nature, content and protection of ownership and other land rights are seen and evaluated according to the social functions of the object and the rights involved. That means, on the one hand, that the content and protection of ownership might vary for different objects such as land, a motor car or a book; and on the other hand that ownership itself might become less and various land rights more important than is the case at present. Limited rights to use different aspects of the same object in various ways might accrue to any number of users, according to the nature and function of the object. In the case of land, it implies that use rights of different content might be afforded equal security, thereby avoiding the exploitative and wasteful approach resulting from the absolutist perception of landownership. A plurality rather than a closed number of land rights should be the ideal, and once again the nature and content of these rights should develop naturally from social processes, values and requirements. The function of the law should not be, as was the case with the land acts, to prescribe and define land use patterns for political purposes, but rather to recognise naturally developed patterns, and to afford them the maximum formality and security. The fact that land hunger seems to outstrip land availability, especially as far as good agricultural land is concerned, should provide the necessary incentive to investigate a conceptual or functional rather than a cadastral division of land. The fairly recent legislation accommodating sectional title ownership, property time-sharing and air-space ownership are examples of what amounts to a functional approach to landownership and land rights, in the sense that existing institutions and principles were developed and adapted statutorily in order to satisfy new needs and requirements, and to reflect changed attitudes and perceptions. In the same way it should be possible to accommodate a diversification of rights with regard to rural or agricultural land. One example is the possibility of creating a diversification of land rights in order to satisfy the need for capital investment and the need for capital security. Instead of allowing investors to buy rural land and destroy the social fabric of rural society, investors might be encouraged to acquire something like economic ownership of rural land, which supplies a return on capital investment, coupled with real security, without divesting the actual inhabitants and users of the land of their ownership. Such a functional division of ownership will require careful consideration and planning if a truly functional but equal division of entitlements and securities is to be retained. In this way a redistribution of land rights rather than of land can be effected, so that at least a part of the land shortage problem is solved without increasing the actual land

55 See Van der Walt 1990 *De Jure* 36–38 and sources cited there.

56 See Van der Walt “The future of common-law landownership” 31–34 for a more comprehensive overview of literature.

demand. The fact that it has been done before, and in the Roman-Dutch tradition, should provide some encouragement towards the consideration of its possibilities. Such an approach is possible within the framework of current developments in the common-law tradition, and for that reason alone it would be a waste simply to abolish the common law.

(d) The exploitative and absolutist approach to land rights should not be seen as characteristic of the value system of Roman-Dutch land law. On the contrary, many of the values which are or were characteristic of common law would be acceptable to many people in the absence of absolutism. The exploitative approach that characterises an absolute perception of ownership is the product of social, political and economic values that were common during the nineteenth century, and is not at all typical of common-law values. While it might perhaps be said that Roman-Dutch property law is, to some extent, individualistic rather than community-orientated, it must immediately be added that the modern versions of common law have already gone a long way in developing a social conscience, and that common law already contains all the values and principles that can be applied to make land law just, equitable, secure and resilient in adapting to new circumstances and perceptions. It is, of course, true that apartheid and its tentacles have reached deep into the heart of common law, and that many of the famous and proud values of Roman-Dutch law have been practically destroyed by apartheid legislation. It is also evident that the Roman-Dutch land law was prevented from developing naturally during the apartheid era, and that even its proudest accomplishments bear evidence of a warped and deeply scarred whole. The legacy of apartheid cannot be escaped merely by repealing apartheid legislation, and much reconstructive, supplementary and supporting action will be required to overcome the deficiencies that will remain once all the apartheid statutes have been repealed. It is possible, however, that imaginative lawyers can build upon the ruins of Roman-Dutch law and of customary law, making use of comparative study and imaginative thinking, to produce a land law that will reflect shared social values, satisfy legitimate legal needs and protect recognised interests in the use of land.

In brief: the abolition of apartheid need not entail the abolishment of common law. Much of what is left of Roman-Dutch land law can, if encouraged to develop naturally in a social context, reflect values that are shared by the majority of people in South Africa, regardless of their racial or ethnic background. By exploring, improving, developing and using rather than senselessly discarding these shared values inherent in either customary or common law there is a real chance to devise a suitable land law for post-apartheid society in South Africa.

4 A SURVEY OF REQUIRED SUPPLEMENTARY LEGISLATION

The repeal of apartheid legislation will have to be accompanied and supplemented by the introduction of selective and imaginative new legislation in order to enhance the speed and efficacy of the transition to a new land law. Apart from simply repealing specific apartheid acts, the legislation in question will have to ensure the complete eradication of apartheid and racial discrimination, support the introduction and promotion of new non-racial institutions and principles, and supplement their function by making provision for affirmative action and for the adjudication of claims and disputes. In the interest of stimulating

debate and further development in this regard a number of legislative measures that deserve consideration are enumerated here:

- (a) Obviously the first legislation that is required is of a mostly negative nature, that is, legislation to repeal existing apartheid, race-related and discriminatory legislation, together with its supporting and supplementary legislation. The repeal of the land acts is a step forward in this regard.
- (b) Legislation will be required, once the land acts have been repealed, to control and protect existing interests and rights to rural land, and to prevent the exploitation of the rural land market for capital gain. Possibly the best way of doing this is to formalise the customary social status context within which customary land rights operate, so that the social bond between traditional family units and their land is protected.
- (c) Legislation is urgently needed to create or improve rural land users' access to transport, markets and capital. Various possibilities exist. On the one hand, existing legislation pertaining to agricultural co-operatives could be utilised in order to improve rural land users' position through co-operative bargaining, buying and marketing. On the other hand, legislation could be introduced to create a functional division between economic and direct or users' ownership of agricultural land, thereby inviting investors to invest in land without depriving the actual users of their land.
- (d) Legislation could be devised to expand the range of land rights that are available. Existing or almost forgotten land use rights such as share-cropping and rights of commonage can be investigated in order to ascertain whether they can provide solutions or ideas for the construction of functional land rights.
- (e) Legislation is required for the purpose of redistribution of land in a more physical sense. This should include legislation to transform existing apartheid land rights to ownership, legislation or administrative action to reverse the effects of recent forced removals, and legislation dealing with affirmative action in the sense of making extra land, capital, know-how and resources available to prospective black land owners and land users.
- (f) In the context of a functional approach to land rights, it would be useful to introduce legislation that improves the security of tenure in general of land use and occupation rights other than ownership itself. This also applies to conditions in so-called informal settlements and with regard to tenancy in general.
- (g) With regard to the re-allocation of land and to other land disputes, it might be necessary to introduce legislation in order to institute a land court.
- (h) Security of tenure is closely bound up with the registration of land rights. In this regard it is necessary to review existing legislation relating to survey requirements, especially of land held by groups according to the customary law, and to reconsider existing registration procedures and systems. Simplification and uniformity must be possible, and should be striven for. The same applies to the procedures involved in township development and town planning and with regard to housing.

5 CONCLUSION

By way of conclusion it might be said that the repeal of the land acts is a step in the right direction, but that it is also no more than a very early and tentative step that merely serves to indicate how long and difficult the road ahead is. A

large number of apartheid statutes still exist, and even when they have all been repealed, land lawyers will still be faced with a daunting task. The development of a legitimate, acceptable and workable post-apartheid land law will require much hard work and ingenuity. This article contains a plea against certain developments and in favour of others. It is against state ownership and control of land use, against the codification of land law, against the abolition of customary law, and against the abolition of common law. Conversely, it is in favour of a functional approach towards land law, building upon what is left of both the customary and the common-law traditions in order to encourage the natural development of a socially responsible land law. It is in favour of a restricted perception and institution of an inherently limited ownership that confers both entitlements and duties. It is, therefore, also in favour of the development of a variety of land rights, reflecting the actual diversity of land use patterns. It is in favour of state intervention and control in the creation and development of the land law, while simultaneously restricting legislation to what is necessary in order to support or formalise natural developments. The examples of selective legislation enumerated above cannot be regarded as exhaustive or representative, but perhaps they can serve as a starting point for debate and continued research.

*If the Romans recognised the justness of protecting subjective comfort from extraneous disturbance in respect of persisting to follow a woman down the street or barging into her house (even if she had no real rights thereto), a more experienced legal system should regard psychological and emotional integrity as worthy of some protection. Interdicts and awards of damages for emotional shock or other suffering and for iniuriae are known. I am neither saying that whatever has psychological or emotional impact is unlawful nor that there are no limits or qualifying principles. I am saying that the right to peace of mind free from another making a nuisance of himself can be an adequate basis for legal protection (per Flemming DJD in *Deneys Reitz v SA Commercial, Catering and Allied Workers Union* 1991 2 SA 685 (W) 696).*

Cicero and Grotius

DH van Zyl

SC MA Dr Iur PhD LLD DLitt

Judge of the Supreme Court of South Africa, Transvaal Provincial Division

OPSOMMING

Cicero en Grotius

In hierdie bydrae word gekyk na die raakpunte tussen Cicero en Grotius. Hieruit blyk dat laasgenoemde bepaald deur die gevierde Romein beïnvloed is, veral op die gebied van sy benadering tot die natuurreg en rasoniele beginsels. Hierdie beïnvloeding is ook merkbaar in sy siening van fundamentele regsbegrippe soos geregtigheid en, meer in die besonder, billikheid. Hiervoor is sy monografie oor billikheid, naamlik *De aequitate, indulgentia et facilitate*, van primêre belang.

Many centuries separate the great Roman orator, lawyer and philosopher, Marcus Tullius Cicero (106–43 BC), and the celebrated Roman-Dutch lawyer and philosopher, Hugo Grotius (Huig de Groot) (1583–1645). Yet they have much in common, as a brief perusal and comparison of certain passages from their works will indicate.¹ In this regard, however, it must be noted that, as a legal philosopher, Cicero owed much to the Greek philosophers, particularly Plato and Aristotle, and likewise to Stoic thought in the formulation of his doctrines on moral, political and legal philosophy.² Grotius, in turn, is generally described as the father of modern natural law and the law of nations.³

It is none too surprising that Grotius had a great respect for Cicero, since it was natural law and legal principles which formed the basis of much of Cicero's philosophical *opus* and which likewise provided the incentive to Grotius's great

1 This comparison is dealt with in ch 5 2 5 of my study on *Justice and equity in Cicero: a critical evaluation in contextual perspective* (1990). On Cicero in general see the authorities cited in fn 1 of this study. Much has been written about Grotius and his contribution to law and legal thought. See in general the authorities cited in fn 367 of Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* (1979) 351–353. To these may be added the recent articles of Visser “Die invloed op Hugo de Groot” 1983 *THRHR* 136–150; Van der Vyver “Die regsfilosofie van Hugo de Groot” 1983 *THRHR* 151–171; Barrie “Die betekenis van De Groot vir die internasionale reg” 1983 *THRHR* 172–184; Willems “Grotius als filosoof” 1983 *Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbegeerte* 49–55.

2 On Platonic, Aristotelian, Stoic and other influences on Cicero see ch 5 1 of Van Zyl *Justice and equity in Cicero*. His moral, political and legal philosophies are considered in ch 2 of this work. See also Van Zyl *Cicero's legal philosophy* (1986) for a more general perspective on the subject.

3 Van der Vyver *op cit* suggests that the legal philosophy of Grotius represents the transition from medieval synthesis philosophy to modern humanistic thinking, so that he may justifiably be regarded as the “father of the modern humanistic doctrine of natural law”.

work on war and peace (*De iure belli ac pacis*).⁴ It might even be that the various illustrations relating to the "rights of war" (*iura belli*) in the *De officiis* of Cicero, which occur as examples of the practical application of Ciceronian justice, had some influence on Grotius when he was preparing his own *magnum opus*.⁵

That Cicero was ever in the mind of Grotius may be inferred from the frequent references to his works throughout the *De iure belli ac pacis*. Indeed, the very first authority to whom he refers, in the *prolegomena* to his work, is Cicero.⁶ He must clearly have been well-read in Ciceronian literature.

Grotius did not accept that natural law emanates from the divine will, as suggested by theologian-philosophers such as Augustine and Aquinas. To him the seat of natural law (*ius naturale*) was man's reason (*ratio*), which was a product of God's creation and therefore divine in itself. This appears from his definition of natural law as a

"dictate of right reason (*dictatum rectae rationis*) which, by establishing whether the conduct of another is in harmony or in conflict with natural reason itself, indicates the existence of moral turpitude or moral necessity in such conduct, and therefore determines whether such conduct should be forbidden or enjoined by God, the Creator of nature".⁷

He proceeds to say that natural law is so immutable (*immutabile*) that it cannot be changed, even by God.⁸ He elaborates on this by articulating that natural law is so constant and immutable (*perpetuum atque immutabile*) that even God, who is never unjust, cannot make orders in conflict with it.⁹

It is difficult to avoid a comparison between these passages and Cicero's famous definition of "true law" (*vera lex*) in the *De re publica*:

"True law is indeed right reason (*recta ratio*) in conformity with nature (*natura*), pertaining to all people, constant and eternal . . . For there is not one law applicable to Rome and another to Athens or one now and another later, but for all people simultaneously there is one eternal and immutable law (*una lex et sempiterna et immutabilis*) and God will be like one common master and ruler of all; He is the author, arbitrator and promulgator of this law . . ."¹⁰

Although Grotius does not expressly acknowledge Cicero as one of his sources, if not the actual source, in this regard, it seems very probable that he took cognisance of Cicero's definition and incorporated it in his own. This is not as

4 On natural law in Cicero, see ch 2 3 1 of Van Zyl *Justice and equity in Cicero*. On natural law in Grotius see Dias *Jurisprudence* (1976) 93-94; Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* 192-193 and the passages from the *De iure belli ac pacis* cited there.

5 See the text to fn 552-559 in ch 3 2 of Van Zyl *Justice and equity in Cicero*.

6 *De iure belli ac pacis, prolegomena* 2, the reference being to his oration *Pro Balbo* 6 15 in which Cicero mentions Pompey's knowledge of the whole spectrum of the law relating to war and peace (*in universo denique belli iure atque pacis*).

7 *De iure ac pacis* 1 1 10 1: "Ius naturale est dictatum rectae rationis indicans, actui alicui, ex eius convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali, inesse moralem turpitudinem aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore naturae Deo talem actum aut vetari aut praecipiri."

8 *De iure belli ac pacis* 1 1 10 5: "Est autem ius naturale adeo immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat."

9 *De iure belli ac pacis* 1 1 17 2: "Nam cum ius naturae, ut ante diximus, sit perpetuum atque immutabile, non potuit a Deo, qui iniustus numquam est, quicquam adversus id ius praecipiri."

10 *Rep* 3 22 33: "Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa ni omnes, constans, sempiterna . . . nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus, ille legis huius inventor, disceptator, lator . . ."

speculative as it may, at first sight, appear to be. It is supported, I believe, by another passage, in which Grotius applies his natural-law doctrine to the concept of justice, shortly after expressing approval of Cicero's averment that good faith (*fides*) is the foundation of justice. He also refers favourably to Simonides's definition of justice, which was based on the *suum cuique tribuere* principle, to which Cicero gave great prominence in his own definition of justice.¹¹

Grotius was undoubtedly influenced by Cicero in his approach to equity. This appears with great clarity from his relatively unknown monograph on equity, the *De aequitate, indulgentia et facilitate*, which has only recently received attention from legal historians, although it was already published during the seventeenth century by a Dutch jurist, one Nicolaas Blankaart (Nicolaus Blancardus) (1624–1703).¹²

Grotius introduces his brief thesis on equity by stating that justice (*iustitia*), which is described as universal (*universalis*), is based on the observance of laws. Since equity (*aequitas*), indulgence (*indulgentia*) and flexibility (*facilitas*) appear to be particularly opposed to such observance, it is necessary for an exemplary citizen (literally: "a good man"), and especially a lawyer (*iuris-consultus*), to understand properly the extent to which these concepts are in conformity with each other and the extent to which they are distinguishable.¹³

Commencing with equity, Grotius warns against its being regarded as uniform (*homōnymia*), in which regard he distinguishes between its four main fields of application. In the first place, equity (*aequitas*), or the equitable (*aequum*), is sometimes said to relate to all law, for example when jurisprudence is regarded as "the art of the good and the fair" (*ars boni et aequi*). A second application relates to what Grotius terms "natural law in an absolute sense" (*ius naturale absolute*). This is in evidence when, as Cicero says, law (*ius*) conforms with law (*leges*), customs (*mores*) and equity (*aequitas*). The third category relates to those cases which have not been exactly defined by law, but which may be resolved by the judgment or discretion of the person adjudicating the case in question. The fourth field of application comes to the fore when, as often happens, a certain principle of the civil law (*ius civile*) appears to approach natural law (*ius naturale*) more closely than another principle, which seems to depart from it to some extent. Examples of this application may be found in the praetorian law (*ius praetorium*) and in certain interpretations of lawyers.¹⁴

11 *De iure belli ac pacis* 2 11 4 1: "Unde sequitur ut promissa praestentur venire ex natura immutabilis iustitiae, quae Deo et omnibus his qui ratione utuntur, suo modo communis est." The preceding passage is 2 11 1 5: "M. autem Tullius in officiis tantam promissis vim tribuit, ut fundamentum iustitiae fidem appellet. . . ac Simonides iustitiam definiebat, non modo acceptum reddere, sed et verum dicere." The relevant passage from Cicero is in the *De officiis* 1 7 23. This principle was the primary aim of Ciceronian justice and must necessarily have fallen within the knowledge of Grotius. See ch 3 1 of Van Zyl *Justice and equity in Cicero*.

12 This monograph is discussed by Van Zyl "Aspekte van billikheid in die reg en regspleging" 1986 *De Jure* 120–122.

13 *De aequitate* 1: "Cum iustitia, universalis quae dicitur, in legum observatione consistat, cum hac autem pugnare maxime videatur tum aequitas tum indulgentia atque facilitas, quomodo inter se ista conveniant et quomodo distinguantur recte intelligere et viro bono et in primis iurisconsulto est necessarium."

14 *De aequitate* 2: "Et ut de aequitate primum loquamur eiusque *ὁμωνυμίας* evitemus sciri oportet, aequitatem aut aequum interdum de omni iure dici, ut cum iurisprudencia ars boni et aequi dicitur; interdum vero de iure naturali absolute, ut cum ius constare legibus, moribus et aequitate Cicero ait; alias vero de his rebus quas lex non exacte definit sed arbitrio permittit; saepe etiam de iure aliquo civili propius accedente ad ius naturale respectu alterius iuris quod paulo longius videtur recedere, ut ius praetorium et quaedam iurisprudentium interpretationes."

In the first category equity plays a role as a constituent of the *ars boni et aequi*, the *aequum* in this expression, which emanates from Celsus, bearing the same meaning as *aequitas* in a wide sense.¹⁵ The *bonum et aequum* played an important role in Cicero's doctrine of equity, although he preferred to use the term *aequum et bonum* rather than *bonum et aequum*.¹⁶

The reference to Cicero as authority for the second category is not quite clear. The cited passage, which comes from the *Topica*, relates to Cicero's general tripartite division of the *ius civile* into *lex*, *mos* and *aequitas*.¹⁷ The *ius civile* is in fact distinguished from the *ius naturale* and Cicero himself draws no distinction between *ius naturale* in an "absolute" or (logically speaking) "relative" sense. In all probability Grotius is expressing the opinion that, when *aequitas* is one of the sources of the *ius civile*, as appears from the cited *Topica* passage, it is used in an "absolute" sense as a basic principle of law which regulates law in general and the *ius civile* in particular.¹⁸ This does not, however, appear to accord with Cicero's distinction between equity in its "wide" sense, as an attribute which the *ius civile* has or should have, and equity in its "narrow" sense, as a source of law.¹⁹

The third and fourth categories, relating to the interpretation of law when the law is not explicit or when it appears to be inequitable, are certainly comparable with Cicero's application of equity. A good example occurs in Cicero's plea for a public funeral and the erection of a statue in memory of Servius Sulpicius Rufus, who had himself always applied flexibility (*facilitas*) and equity (*aequitas*) in his striving for justice (*iustitia*). Cicero therefore insists that, in the interpretation of law, one should incline to clemency and flexibility rather than to literalism and inflexibility.²⁰

Grotius proceeds to say that equity is a "corrective virtue of the will" (*virtus voluntatis correctrix*) in cases in which a law is defective on account of its generality (*universalitas*). The means by which the law is corrected is, therefore, equitable (*aequum*). In this regard Grotius relates equity to the principle of equality and inequality. Since to unequals (*inaequales*), he says, the same thing cannot be equal (*aequale*), there are frequently unequal situations (*res inaequales*) which are subject to one and the same law. It follows that there is a need for another virtue which, in the case of unequal situations, assigns to each his own "equality" (*aequalitas*). This virtue is known as *aequitas* in Latin and *epieikeia* in Greek.²¹

The "corrective" function of equity is in conformity with Cicero's doctrine of equitable interpretation of law and legal documents, although he himself does not use this expression. He does, however, relate his concept of equity to equality

15 D 1 1 1 pr. As appears from this passage, Ulpian simply took over the *adagium* from Celsus.

16 See the text to fn 642-645 in ch 4 1 of Van Zyl *Justice and equity in Cicero*.

17 Top 7 31.

18 Cicero's use of the concepts *ius naturae* and *ius civile* is dealt with in ch 2 3 1 (c) of Van Zyl *Justice and equity in Cicero*.

19 See *idem* ch 4 4 1 (e).

20 See *idem* the text to fn 668-672 in ch 4 2 1.

21 *De aequitate* 3: "Proprie vero et singulariter aequitas est virtus voluntatis correctrix ius in quo lex deficit ob universalitatem. Aequum autem est id ipsum quo lex corrigitur. . . Cum enim inaequalibus idem non possit esse aequale, res autem saepe sint inaequales, lex una atque eadem, sequitur alia virtute opus esse quae inaequalibus rebus suam cuique praestet aequalitatem, unde ea virtus Aequitas Latine, Graece ἐπιείκεια dicitur."

and inequality, in so far as *aequabilitas* occurs in the sense of equability, equality, impartiality or equity as such. Similarly the term *aequalitas* is used by him in the *De legibus*, in regard to the role played by friendship (*amicitia*) in attaining "equality" (*aequalitas*) and justice (*iustitia*).²²

The reference by Grotius in the said passage to equity as a virtue (*virtus*) which assigns to each his own "equality" has a decidedly Ciceronian ring. Although equity in Cicero is not a cardinal virtue nor a virtue as such, he comes close to elevating it to the status of a virtue.²³ The Grotian expression of assigning to each his own "equality" can mean no more than the Ciceronian terms, *ad res suas obtinendas* and *suum cuique tribuere*, which constitute the aims of justice and equity in Cicero and which indicate that there can be no justice if it is not equitable.²⁴

The use by Grotius of the term *virtus voluntatis correctrix* is significant, since the *voluntas* which he has in mind must be the intention of the promulgator of the law or of the author of the legal document in question. This accords with the basic premise of interpretation that the intention of the originator of such law or document must be established. It is likewise in conformity with Cicero's principle of interpretation that the meaning (*sententia*) of a law or legal document must be determined with reference to the intention (*voluntas* or *mens*) and purpose (*consilium*) of the *scriptor*, rather than by reliance on the wording (*verba* or *litterae*) of such law or document.²⁵

The correction of legislation, which does not provide for specific circumstances, is dealt with in another passage from the *De aequitate*, in which a decidedly moral approach to equity is adopted. This appears from the averment of Grotius that, when a law requires correction on account of its generality, the first step is to excise those laws which badly enjoin dishonourable conduct (*inhonestum*) or which forbid compliance with essential duties. On the other hand, when laws do not have the power to compel compliance with their provisions, there is no need for an equitable remedy. Furthermore, if doubt arises whether or not a law in its totality, interpreted in accordance with the clear intention of the legislator, is in conflict with the law of nature (*lex naturae*), there will be no room for equity, for this is not a defect which arises from its generality. In this case the law must be obeyed, even though there is doubt about its justice, for there ought to be no doubt about its binding authority. In this regard Grotius refers to an adage of Ulpian that, however harsh they might be, such are the provisions of the written law.²⁶ It frequently happens, Grotius explains, that individual interests must bow before those of the community (*utilitas publica*), even should it cause great hardship to certain persons. This is not analogous to those cases in which obscure or ambiguous provisions in a law require interpretation, or where the application of a law must be extended to provide for similar cases.²⁷

22 See the text to fn 650–652 in ch 4 1 of Van Zyl *Justice and equity in Cicero*.

23 See *idem* ch 4 4 1 (a).

24 See *idem* chs 3 4 1 (b) and 4 4 1 (b).

25 *De partitione oratoria* 39 136–137.

26 *D* 49 9 12 1 (*quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est*).

27 *De aequitate* 11: "Correctionem cum dicimus eius in quo lex deficit ob universalitatem, primum excludimus eas leges quae inhonestum quid simpliciter praecipiant, aut id quod ex officio necessario faciendum est vetant. Adversus has enim, cum vim obligandi non

The moral aspect of equity, which appears from the statement by Grotius that laws which enjoin *inhonestum* should be rejected, associates strongly with Cicero's view of equity as a predominantly moral conception. Cicero had no difficulty in accepting the Stoic principle of natural law that whatever is equitable and just (*aequum et iustum*) is also honourable (*honestum*).²⁸

The strict interpretation of unambiguous provisions, as supported by Grotius, is not in conformity with Cicero's views on the subject. Grotius clearly is not in favour of the deviation from such provisions on equitable grounds, as Cicero suggests should be done.²⁹

The interests of the community (*utilitas publica*), to which Grotius refers in the said passage, does not strike so discordant a note in the Ciceronian context of equity, for Cicero himself suggests that the interests or benefit of the community (*utilitas communis*) should be considered in the interpretation of laws.³⁰

The similarities appearing from the aforesaid comparison cannot prove conclusively that Grotius was influenced by Cicero to any marked degree, but they do indicate the strong probability that Grotius was acquainted with Cicero's works and took cognisance of them in preparing at least certain of his works, such as the *De iure belli ac pacis* and the *De aequitate*. Direct references to Cicero and the use of words and expressions which are peculiarly or pre-eminently Ciceronian, tend to support this view.

continued from previous page

habeant, aequitatis remedio opus non est. Quod si dubitatio oriatur an tota lex sumta secundum claram mentem legislatoris, pugnet cum lege naturae an non, hic quoque aequitas locum non habet; nullus enim est defectus ex universalitate. Sed sequenda est lex hoc casu; quanquam enim dubitatur de iustitia legis, non tamen et hoc dubitatur an in dubio valere debeat legis auctoritas. 'Perquam durum est, sed ita lex scripta est', inquit iurisconsultus. Et plerumque habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum quod adversus singulos utilitate publica pensatur. Ostendimus praeterea huc proprie non pertinere eorum quae in lege obscure dicta sunt interpretationem aut productionem legis ad casus similes."

28 *De finibus* 3 21 71. On *honestum* in Cicero's moral philosophy see ch 2 1 2 of Van Zyl *Justice and equity in Cicero*.

29 *De inventione* 2 44 128; 2 44 130; 2 46 135-136.

30 See *De inventione* 2 48 143 and the text to fn 689 in ch 4 2 1 of Van Zyl *Justice and equity in Cicero*.

AANTEKENINGE

VOORVERHOORPROSEDURES: DIE WYSIGING VAN HOFREËL 37

1 Voorgestelde reël 37

Daar word aan die hand gedoen dat hofreël 37 gewysig word om soos volg te lui:

- (1) 'n Party wat die datum verneem waarop 'n aksie verhoor sal word, moet:
 - (a) indien hy nog nie blootlegging ingevolge reël 35 gedoen het nie, binne 15 dae 'n eedsverklaring aflewer wat voldoen aan hofreël 35(2);
 - (b) indien die verhoordatum op sy inisiatief verkry is, binne 5 dae 'n kennisgewing aflewer waarin hy 'n tyd en plek aanwys vir die hou van 'n konferensie;
 - (c) indien die verhoordatum nie op sy versoek bepaal is nie, binne 15 dae so 'n aanwysing maak as reël 35(1)(b) dan nog nie nagekom is nie.
 - (2) (a) Behalwe as die partye anders ooreenkom moet 'n plek aangewys word wat geleë is binne 10 kilometer
 - (i) vanaf die setel van die hof;
 - (ii) vanaf die persele waar 'n prokureur van elk van die ander partye praktiseer en vanaf 'n woning van elke party vir wie dan geen regsverteenwoordiger op rekord is nie.
 - (b) Die aangewese tyd moet meer as ses weke voor die verhoordatum wees en binne normale werksure val.
 - (c) Die tyd en plek mag by ooreenkoms gewysig word solank die konferensie laatstens ses weke voor die verhoordatum plaasvind.
 - (d) As 'n party met die aangewese plek of tyd ontevrede is omdat hy minder as 10 dae kennis van die tyd ontvang het of om 'n ander rede mag die griffier op versoek van 'n party finaal bepaal wanneer en waar die konferensie gehou moet word.
- (3) Laatstens 10 dae voor die konferensiedatum moet elke party 'n lys aan elke ander party verskaf van:
 - (a) die erkennings wat hy van enige ander party gaan vra;
 - (b) die navrae wat hy sal rig wat nie in 'n versoek om verhoorbesonderhede vervat is nie; en
 - (c) ander aspekte omtrent voorbereiding vir verhoor wat hy vir bespreking sal opper.
- (4) As 'n party by die konferensie deur 'n regspraktisyn verteenwoordig word, moet die litigant of iemand wat namens hom besluite omtrent die maak van erkennings en omtrent die skik van die saak mag neem, ook by die konferensie beskikbaar wees vir oorlegpleging en besluitneming. Indien geen persoon sodanige magtiging het nie, moet iemand wat doeltreffend kan skakel met diegene wat die magtiging kan skep, so beskikbaar wees.
- (5) By die konferensie moet die partye die aspekte in behandeling neem wat genoem word in die lys soos in reël 37(3) bedoel wat dan nog nie bevredigend afgehandel is nie asook die aspekte wat in subreël (6) genoem word.
- (6) 'n Notule van die konferensie moet opgestel en deur of namens elke party onderteken word en daaruit moet ten minste die volgende blyk:
 - (a) Die plek, datum en duur van die konferensie, die name van die persone wat hulself ooreenkomstig reël 37(4) beskikbaar gehou het, en die name van die persone wat aan die konferensie deelgeneem het;

- (b) Welke geskilpunte ooreenkomstig hofreël 33(4) afsonderlik bereg behoort te word;
- (c) Welke geskil tussen die partye bestaan omtrent die plig om te begin of omtrent die bewyslas;
- (d) Welke erkennings elke party maak, die vermelding waarvan nie in vraag-en-antwoord vorm mag geskied nie;
- (e) Welke geskilpunt die partye op welke grondslag verwys na bemiddeling, arbitrasie of beslissing deur 'n derde party sonder om die voortgang van die aksie voor die hof te vertraag;
- (f) As enige party beweer dat hy benadeel word omdat 'n ander party nog nie na behore voldoen het nie aan 'n plig wat in die hofreëls genoem word, welke verzuim hy beweer en welke gevolglike nadeel beweerdelik sal volg;
- (g) Welke dokumente deur wie gekopieer, genommer, gebind en van indeks voorsien sal word;
- (h) Welke dokumente of kopieë van dokumente sonder verdere bewys sal dien as bewys van wat daarvolgens blyk; of sonder voorlegging van die oorspronklike bewys mag word; welke uittreksels bewys mag word sonder om die hele dokument te bewys; of enige ander afspraak omtrent dokumente;
- (i) Welke getuienis by wyse van beëdigde verklaring voor die hof geplaas mag word ooreenkomstig hofreël 38(2) en indien die ooreenkoms nie ongekwalifiseerd is nie, hoe lank kennis gegee moet word deur 'n party wat na ontvangs van die verklaring verg dat die deponent vir kruisverhoor beskikbaar moet wees;
- (j) Welke reëlings getref word om gesamentlik 'n getuieverklaring te verkry van 'n persoon;
- (k) Enige ander verrigtinge tussen die partye wat een van hulle aangeteken wil hê met dien verstande dat dit en enige versoeke waaraan nie voldoen is nie, nie in die notule nie maar in 'n aanhangsel daartoe vervat moet word;
- (l) Dat elke party wat met 'n vordering teen 'n ander party voortgaan, sy teenparty versoek het om 'n skikkingsvoorstel te maak en dat daardie ander party 'n reaksie daarop bekend gemaak het.
- (7) Die notule moet laatstens 5 weke voor die verhoordatum by die griffier ingedien word.
- (8) (a) 'n Regter wat nie die regter hoef te wees wat by die verhoor van die aksie voorsit nie, kan enige tyd voor uitspraak op voorstel van 'n party of uit eie beweging die litigante se prokureurs of advokate oproep om 'n konferensie voor 'n regter in kamers te hou of voort te sit en mag gelas dat 'n party of iemand soos in reël 37(4) bedoel, daar beskikbaar moet wees.
- (b) Geen bepaling van hierdie reël verg dat 'n regter voor wie 'n konferensie gehou word by enige skikkingsbesprekings betrokke raak nie en die inhoud van 'n reaksie op 'n versoek om 'n skikkingsvoorstel mag nie aan die regter bekend gemaak word nie behalwe as die regter en alle partye instem.
- (c) By so 'n konferensie of na afloop daarvan kan 'n regter sonder 'n formele aansoek enige aanwysing gee wat probleme kan oorkom met insluiting van die verleen van kondonasië ten aansien van hierdie reël of enige ander reël en enige aanwysing gee wat die verhoor beter of goedkoper kan laat verloop met insluiting van 'n aanwysing van die aard soos bedoel in hofreëls 39(20), 33(4) en in verband met die voorbereiding vir verhoor.
- (d) 'n Regter kan tydens of na so 'n konferensie gelas dat 'n party 'n opsomming van die getuienis van een of meer getuies aan een of meer van die ander partye moet lewer binne 'n tyd en op die voorwaardes wat die regter bepaal en wel, indien die regter so gelas, in beëdigde vorm.
- (e) 'n Regter kan tydens of na so 'n konferensie gelas dat 'n party sodanige inligting omtrent sy saak verskaf as wat daarvoor bevorderlik is om te verhoed dat die teenparty weens onsekerheid koste moet aangaan in verband met die dagvaar van getuies en om te verhoed dat die teenparty by die verhoor verras word.
- (f) 'n Bevel soos in (d) en (e) bedoel, word teen 'n party verleen slegs as daar geleentheid was vir sy prokureur of advokaat om die regter op die punt toe te spreek.
- (g) Onderhewig aan andersluidende aanwysings deur die regter moet die eiser 'n notule van die konferensie voor die regter opstel. Die notule moet enige aanwysings wat die regter verleen het, vermeld en moet in behoorlik ondertekende vorm by die griffier ingedien word binne 5 dae of sodanige ander tyd as wat die regter mag bepaal.

- (9) (a) By die verhoor moet die Hof oorweeg of dit gepas is om 'n spesiale kostebevel teen 'n party of sy prokureur te maak omdat hy, sy verteenwoordiger soos in hofreël 37(4) bedoel, of sy prokureur:
- (i) 'n konferensie nie bygewoon het nie; of
 - (ii) blykens sy lyste kragtens reël 37(3) of andersins onvoldoende vir die konferensie voorberei het; of
 - (iii) in ernstige versuim was met bevordering van die effektiewer en goedkoper verloop van die litigasie; of
 - (iv) laakbare onwilligheid getoon het om een of meer feite te erken of om van standpunte af te sien of om ooreenkomste te probeer bereik.
- (b) Behalwe vir optrede ooreenkomstig reël 37(8)(f) of ten aansien van konferensie minder as 5 dae voor die verhoor, is geen advokaatsfooie toelaatbaar ten aansien van 'n konferensie soos deur hierdie reël bedoel word nie.
- (10) Iemand wat weens optrede of versuim van 'n party namens wie hy nie optree nie, nie aan hierdie reël kan voldoen nie, moet die rede vir sy onvermoë onverwyld in 'n brief aan die griffier meld en 'n kopie aan elke ander party versend.
- (11) Elke party moet totdat uitspraak gelewer is, probeer om die verhoor so doeltreffend en goedkoop as moontlik te laat verloop.
- (12) 'n Regter in kamers mag sonder aanhoor van beide partye afwykings van die tydsbepalings van hierdie reël voorskryf wat weens te rolleplasing op kort kennisgewing wenslik mag lyk en voorskryf hoe die partye daaromtrent ingelig moet word.
- (13) 'n Aanwysing wat kragtens hierdie reël voor die aanvang van die verhoor van 'n saak deur 'n regter gemaak is, mag voor die verhoordatum deur die Regter-president gewysig of herroep word en mag nadat die verhoor begin het, gewysig of herroep word deur die verhoorregter.

2 Kommentaar

2.1 Inleiding

Daar is wêreldwyd en plaaslik reeds soveel standpunte oor voorverhoorprosedures gestel dat enige samevatting die indruk kan skep dat geldige gedagtes verbygegaan is. Daardie risiko is onvermydelik in 'n memorandum wat 'n bepaalde voorstel verduidelik.

Tweedens is soveel aspekte op so baie moontlike wyses gedek dat die kans gering is dat werklik nuwe gedagtes tog nog na vore kan kom. Die tyd het nou aangebreek om, terwyl die ore oop bly vir advies, te bepaal welke model geskep kan word wat bevredigend aan eietydse behoeftes en die aandrag op verbetering voldoen.

Ongelukkig is dit 'n onderwerp waarvan elke aspek 'n verskil van mening sal uitlok. Dat eenstemmigheid onbereikbaar is, is geen regverdiging daarvoor om niks te doen nie. Weens redes wat later sal blyk, is dit egter nodig om 'n model te ontwerp met volle besef van die belang van aanvaarbaarheid en selfs entoesiasme by 'n groot genoeg meerderheid van diegene wat met die reël moet werk.

2.2 Die posisie in die buiteland

Oorsee is heelwat oor die onderwerp geskryf. Ook daar is uiteenlopendheid opvallend: daar is uiteenlopendheid van stelsels en uiteenlopende menings oor stelsels.

Dit is duidelik dat daar geen stelsel is wat goedsmoeds hierheen oorgeplant kan word en by plaaslike realiteite sal inpas nie. Idees kan egter verkry word omtrent tegnieke en detail. Dit het nut om te let op die breë waarhede en tendense wat oorsee blyk. Ons kan uit oorsese ervaring leer. Oorsee is empiriese studies

ondernem terwyl dit by ons moontlik bly vir elkeen om sy eie oortuiging te verkondig sonder risiko om verkeerd bewys te word.

Vir enige evaluasie van oorsese verskynsels is dit van belang om te let op die herkoms van voorverhoorkonferensies. Daar moet veral gekyk word na die rol van die hof of "die regter". Van die belangriker vrae is: Waarom is so iets in gebruik geneem? Wat moet bereik word? Lewer dit die beoogde resultate? Wat is die skadelike nuwe-effekte? Hoe het dit ontwikkel? Waarom het dit so ontwikkel?

Die onvolledigheid en onakkuraatheid wat met veralgemening gepaard gaan, moet hier geduld word sodat aspekte wat nou as belangrik beskou word, na vore kan kom.¹

2 2 1 Kontinentale Europa

'n Bekende verskynsel in die Europese Vasteland is dat die regter kort na die begin van litigasie reeds in direkte kontak met die litigante en die ontplooiing van die saak kom. Sy aktiewe deelname, weliswaar voortbouend op dokumente wat partye indien, is aanwesig by die vasstel van wat die geskilpunte in die saak is. Hy bepaal hoe die geskil ten beste besleg kan word (byvoorbeeld wie verklarings moet indien en wie mondeling moet of mag getuig). Hy besluit in sommige jurisdiksies of deskundige getuienis ontvang sal word en indien wel, wie dit sal inwin en hoe dit voor die hof geplaas moet word. Hy het nog voor "pleitstukke gesluit" is in die sin van finale definiëring van geskilpunte, beheer oor die openbaarmaak en die indien van dokumente. 'n Kenmerk van die proses is dat sowel die herken van feite in geskil as die inwin van inligting daaromtrent algaande plaasvind namate die "ondersoek" voortgaan. Die rigtinggewing deur die regter en sy nuwe beheer verhoed eintlik ruimte vir en behoefte aan 'n onbeheerde voorverhoorkonferensie tussen die partye self soos ons dit ken. Verstandhoudings wat vooraf by samesprekings bereik is, kan natuurlik wel die verrigtinge voor die regter verkort en vergemaklik – en soms is sulke besprekings wel verpligtend.

2 2 2 Die Britse tradisie

Britse litigasie het 'n wesensaard wat dit laat funksioneer sonder 'n voorverhoorkonferensie in die Vastelandse tradisie. Die beeld van 'n regter wat direk met partye praat, onderhandel, perke plaas, menings gee of selfs net vir die partye formuleer waaroor hul geskil gaan, is aard- en wesensvreemd aan die funksie van 'n regter. Die regter se rol is slegs om te beslis waaroor (en wanneer) partye 'n beslissing wil hê en slegs volgens wat partye regmatig voor hom plaas.

Kwalifikasies op die wesensaard was daar wel. So is 'n party gebonde om dokumente te openbaar wat sy teenparty kan help – maar dan ook net na 'n bevel wat openbaarmaking gelas. (By ons was 'n blootleggingsbevel nodig tot 1965.)

¹ Besonderhede kan oa gevind word in navorsing deur De Vos (wat deels weergegee is in 1988 *TSAR* 216 377) en Van Loggerenberg (die toeganklikste deel waarvan verskyn in 1989 *TSAR* 33). Vgl ook 1989 *TSAR* 585; Erasmus 1990 *Stell LR* 348.

Deur die jare het die aantal herkenbare kwalifikasies toegeneem.² In 1883 is byvoorbeeld die uitreik van 'n "summons for directions" gemagtig. Die aanvanklike gedagte was dat in plaas van 'n aantal aansoeke waarin interlokutêre bevele gemaak word, die hof eenmalig by sulke kwessies betrek word. So is die hof wel betrek by die regulering van die verloop van die saak ten minste op die vlak van blootlegging of nadere besonderhede. Sedert 1954 is met Order 25 beoog dat sodanige aanwysings ook gegee sal word

"as to the future course of the action as appear best adapted to secure the just, expeditious and economical disposal thereof".

Naas die toenemende aktiewe betrokkenheid van die hof³ het die Britse stelsel ook na groter openheid gegroei. Hier hoef net die verskaf van getuieverklarings genoem te word.⁴

2 2 3 Noord-Amerika

Oorsese skrywers is dit eens dat voorverhoorkonferensies in Noord-Amerika ontstaan het met die "conciliation docket" wat in 1930 in die Wayne County Circuit Court begin is. Dit is gekenmerk deur regterlike betrokkenheid – ook by skikkings. Die oogmerk van meer en vroeër skikkings is deeglik bereik en die nuwe-voordeel het geblyk dat sake wat nie geskik is nie, doeltreffender geplaas kon word en beter verloop het. Na twee jaar is die vrywillige prosedure verpligtend gemaak. In 1938 is dit as hofreël 16 vir Federale howe ingevoer. Daarna is dit wyd nagevolg, ook in Kanada sedert die sestigerjare.

Dit is belangrik om te vra hoekom regterlike inmenging, selfs op die vlak van skikkings, so vinnig oor so 'n uitgestrekte area en in uiteenlopende gemeenskappe inslag gevind het. Geen bewysbare antwoord is aan my bekend nie. Een rede is dalk dat alhoewel 'n mens geneig is om aan die Amerikaanse state te dink as

2 Kwalifikasies het ook by ons ontkiem. Ironies genoeg ken ons hofbeheer wanneer 'n voorverhoorkonferensie onnodig is. Noukeurige aandag aan die bewoording toon dat reël 6(5)(g) alhier die belangrikste magte van die Vastelandse regter skep. Die spaarsame gebruik van die magte is waarskynlik te wyte aan wat oorsee die "legal culture" genoem word. By ons sal die styl anders bly want die regter sal bv nie direk met 'n party praat as hy 'n advokaat het nie; formulering vind nie algaande plaas nie maar na die aanhoor van drie stelle argument, ens. Die hof behoort egter nouer bemoënis te maak as omstandighede dit verg deur bv blootlegging wat nodig is, te gelas maar tog duur, algemene blootlegging te vermy en datums daarvoor te bepaal. Die "legal culture" leef ook in die optrede van praktisyne. So word graag die gebruik voorgestaan van 'n vorm van bevel wat 'n geslag gelede gebruik was – al is slegs 'n bepaalde geskil bereg in *Metallurgical and Commercial Consultants (Pty) Ltd v Metal Sales Co (Pty) Ltd* 1971 2 SA 388 (W) en nie voorgegee om te beslis hoe onaktief of algemeen die hof se rigtinggewing in die toekoms moet wees nie. 'n Vorm van bevel wat nouer beheer neem, het sy waarde telkens al bewys.

3 Die taak rus meestal op 'n *Master*. Sy terrein word by ons deels gedek deur reëls wat bepaal hoe partye moet of kan optree, en so die koste van 'n verskyning vermy. De Vos 1988 *TSAR* 221 sê dat die prosedure kwalik meer reguleer as waarop partye ooreenkom en 'n formaliteit is wat enkele oomblikke duur. Die Britse "legal culture" was ook vir die 1954-byvoeging te veel. Die 1988 *White book* 438 sê dit "does not always live up to the expectations of the Evershed Report"; dit ondanks die plig in Rule 4 om te "secure that the parties make all admissions . . . which ought reasonably to be made". By dringende sake, veral waar Commercial Divisions ingestel is, soos in Kanada en Australië, gaan dit skynbaar beter.

4 sien veral Order 38, Rule 2A wat vir skeidsregters en sekere howe geld en item IX en aanhangsel B van die "Guide to Commercial Practice" soos dit op 1109 en 1113 van die 1988 *White book* verskyn.

oud-kolonies wat eintlik maar Engels is, Vastelandse opvattinge en metodes seker wyd bekend was. 'n Mens herinner jou daaraan dat 'n swaai van 'n klein aantal stemme Duits die amptelike taal sou gemaak het, asook aan groot immigrante-groepe uit die Europese Vasteland. Daarom was die idee van 'n aktief-be-moeciende regter seker nie te afstootlik nie.⁵ Al weet 'n mens vandag nie of die Wayne District County Court daadwerklik gedink het aan die rol van 'n Franse *juge chargé de suivre la procédure* of 'n Nederlandse regter nie, is dit so dat voordele gespruit het uit 'n byeenkoms (onder toesig) om beter definisie van die geskil en om beter vloei van die saak te verkry. Al weet 'n mens nie waarom die instel van die prosedure emosioneel aanvaarbaar was nie, kan die feit dat dit versprei en gebly het, op 'n geldige rede vir die invoer daarvan dui: dit is naamlik beleef as 'n stelsel wat werk.

2 2 4 Verdere ontwikkeling

Nie alles wat sedert die Wayne-hof se stap ontwikkel het, is vir Suid-Afrikaanse voorkeure aanvaarbaar nie. Hier is dit byvoorbeeld onaanvaarbaar dat die regter die partye moet help om tot 'n skikking te kom deur aan te dui hoe hy oor die saak voel. Dit gebeur elders ook dat die regter sy mening oor 'n appèl gee in die hoop dat die partye daarvolgens sal optree en nie sal aandring dat die appèl werklik beredeneer word nie. Moontlik om 'n meer ingeligte of akkurater opinie van die regter te kry, is daar op plekke in Kanada die moontlikheid van 'n "dry run" van 'n saak, gewoonlik by wyse van 'n sogenaamde "mini-trial". Skynbaar vat elke advokaat soos in 'n openingsbetog sy getuienis saam en handig sy bewysstukke in. Die regter sal dan na die aanhoor van argument sê wat die uitspraak volgens sy mening sal wees.

Sommige van die buitelandse ontwikkelinge het tot gegronde kritiek aanleiding gegee. Dit is nie prakties om die kritiek hier te bespreek nie maar dit is gewis nodig om seker te maak dat iets nie geskep word wat dergelike kritiek regverdig nie.⁶

Kritiek moet beoordeel word omdat hoe duideliker dit is dat 'n opponer⁷ van die beoogde wysiging nie 'n logiese rede kan verskaf waarom aantasting van

5 Sorg moet gedra word om nie eie vreemdheid aan 'n idee tot beginselgegronde weerstand te verhef nie; vele mense wat in ons tradisie grootgemaak is, het – terwyl hulle in die VSA gepraktiseer het – immers gevind dat die VSA model nie werklik onaanvaarbaar is nie. Intendeel.

6 Vgl Werbicki "The pretrial conference in the Supreme Court of Ontario" 1981 *Canadian Bar R* 485. Hy stel oa die volgende vereistes vir aanvaarbare regspleging: "1. Procedure which the public accepts and respects, and in which it has confidence; 2. An independent and impartial judiciary; 3. Means which are accessible; 4. Fairness, Justice, Due Process and Legality; 5. Proceedings which are public, visual and oral; 6. Procedure which produces a timely result; 7. An opportunity for review; 8. A simple but flexible system." sien vir die posisie in die VSA by Resnik 1982 *Harv LR* 374.

7 AB Gold R, wie se invoer van voorverhoorkonferensies die wagtyd vir langer verhore in Quebec van agt jaar na tien maande verminder het, haal Machiavelli aan oor weerstand teen verandering, tw dat "there is nothing more difficult to plan, more unlikely to be succeeded with, or more dangerous to manage than to take the lead in introducing new methods of government, because the introducer has as enemies all those who profit from the old methods, and as only lukewarm defenders all those who will profit from the new ones. This lukewarmness results partly from fear of their adversaries who have the laws on their side, partly from the incredulity of men, who do not really trust a new program unless they learn by experience that it is firmly established". Het ons eers 'n eksperiment nodig voordat ons oortuigbaar is?

'n regmatige belang 'n vooruitsig is nie, hoe veiliger is dit om af te lei dat die opposisie suiwer uit konserwatisme gebore is. Demonstreerbare logika in teenstelling met blote voorkeure en onbewysbare aansprake moet 'n belangrike maatstaf wees. Potensiële haakplekke wat aandag verdien slegs om doelmatige implementering teweeg te bring en om te verseker dat die gewysigde bedeling nie weens gebrek aan toewyding faal nie, raak uitvoering van die stelsel en nie beginsels of inherente skadelikheid nie.

2 3 *Die waarskynlike toekoms*

Eerstens blyk dat selfs howe wat uit Britse tradisie gebore is, dit een na die ander nodig of gepas gevind het om 'n voorverhoorkonferensie te verg. Tweedens blyk dat geneen volstaan het by ons tipe passiewe reëling nie: alles word nie in alle opsigte aan die partye oorgelaat nie. Derdens blyk dat die oorsese modelle werk. Die beskikbare empiriese gegewens bevestig sukses ten minste in die opsig dat op 'n groter aantal skikkings gewys kan word as voor (beheerde) konferensies ingestel is. In geen jurisdiksie waar die beheerde konferensie ingevoer is, is dit afgeskaf of afgeskaal nie. Die neiging is steeds na noulettender toesig en deelname deur die hof. 'n Parallele neiging is dat toenemend van 'n party verwag word om oop kaarte te speel. Dit raak verhoorbesonderhede en blootlegging maar veral 'n aspek wat vir die Vastelander normaal sal klink, naamlik groter openheid oor welke getuie wat sal sê. 'n Voorbeeld hiervan skitter sedert 1986 waar aarts-konserwatisme verwag kon word: Engeland.

Suid-Afrika sal genoemde neigings op geen wyse vryspring nie. Dit is die posisie omdat dié tendens uit besluite blyk wat om rasionele redes geneem is ten aansien van herkende swak plekke in die proses. Dit is besluite wat volg as wegbeweeg word van dit wat *is* (ter wille daarvan dat dit bekend is), na wat *behoort te wees* (omdat dit ook by ons by dergelike swak plekke bevorderlik vir die regsadministrasie en billik is). So 'n benadering is 'n integrerende deel van 'n veranderende gemeenskapsinsig wat regsense ryp maak vir 'n gewysigde "legal culture". 'n Groter geankerheid in gemeenskapsbewustheid bring die oortuiging dat dit belangriker is om dit wat werklik reg is, te laat seëvier as om die "reg" van 'n party te beskerm deur 'n sluier te trek oor iets wat hom dalk kan benadeel. Hoe sodanige aanvoelings oorsese debatte geraak het en hier sal raak, blyk uit die reaksie van 'n Australiese regter op die argument dat partye die reg moet hê om self en sonder hofbeheer hul tempo van litigasie te bepaal. Gedagtig aan wat tydsverloop aan geheues doen en hoe dit korrekte bevindings kan verhinder, sê regter WJ Carter:

"Since when have the courts had no interest in ensuring the quality of justice or with removing injustice which may emerge in the use of the court's own processes?"

Sulke sentimente sal by ons al hoorbaarder word.

2 4 *Perke en die beoordeling daarvan*

Die ingesteldheid van praktisyns teenoor 'n reëlwyssing is van kardinale belang. In elke oorsese jurisdiksie is die beheerde voorverhoorkonferensie op aandrang van die praktisyns of met hul ondersteuning ingevoer. Sukses was ook afhanklik van die steun van die betrokke hoofregter (wat daar hofreëls mag maak). Waar die entoesiasme vir die benutting van 'n bevoegdheid ontbreek, sal 'n innovasie

gewoonlik min van sy potensiele of beplande nut bereik.⁸ Wanneer 'n beheerde konferensie gehou word, is die ingesteldheid van die betrokkenes van groot belang. So is in 'n Kanadese eksperiment waarby vier regters betrek is oor 'n bepaalde tydperk gevind dat die skikkingspersentasie by een regter 100% was terwyl dit by 'n ander 72% beloop het.⁹

Die wysigings wat nou ingevoer kan word, moet dus sekere belangrike perke in ag neem. Dit help nie om 'n "ideale" stelsel volgens eie smaak *in abstracto* te ontwerp nie. Tweedens sal iemand wat moet besluit hoe hy 'n bepaalde voorstel beoordeel, 'n gesonde beginpunt hê as hy eers bepaal welke parameters wat werklik beginsels verteenwoordig, die inhoud van reël 37 behoort te bepaal.

2.5 Wenslikhede

Die belang van breë ondersteuning is reeds genoem en die werf daarvan is deels die rede vir hierdie memorandum.

Tweedens moet die ontwerp sover moontlik vry wees van strawwe en verbeurings.

Tydsbeperkings moet genoeg ruimte laat vir diegene wat hul kant wil bring maar greense stel vir diegene vir wie perke wel nodig is.

Omdat 'n enkele reël uitleenlopende situasies moet dek, moet uiterstes vermy word. In onteieningsake is 'n konferensie heel vroeg wenslik ter wille van die definisie van geskille omtrent getuienis voordat groot kostes aangegaan word en ter wille van die beter gebruik van artikel 14 (5) van die betrokke wet. Daarteenoor, as nagevolge van liggaamlike beserings nog nie gestabiliseer het nie, bring 'n te vroeë konferensie net mee dat partye onwillig is om hul posisie af te sluit sonder om verwikkelinge af te wag. Tensy twee konferensies nodig geag word – 'n idee wat voorheen tereg wye weerstand uitgelok het – is 'n balans nodig tussen te vroeg en te laat. Meningsverskille kan dus verwag word.

Die ontwerp moet onbuigsamheid omtrent werksywes en reaksies sover as moontlik vermy. Dit moet toelaat vir groei in opvattinge in die regspraktijk. Daarom is 'n altyd-ja of 'n altyd-nee oor regterlike betrokkenheid onwenslik. Speling omtrent die reëlmaat van regterlike betrokkenheid is ook wenslik omdat wat 'n bepaalde afdeling van die hooggeregshof moontlik vind om te hanteer, van tyd tot tyd kan wissel.

Om dergelike redes is dit onwenslik om die gedagte van die verskaf van getuieverklarings heeltemal af te keur. Die hede moet nie vir die toekoms probeer nee sê nie. Geboorte is nodig vir groei. Maar groei sal sy tempo en maat vind alleen binne die perke wat die gemeenskap van tyd tot tyd as wenslik beskou. Dit is alreeds so dat heelwat verhore plaasvind nadat dit bekend is wat sleutelgetuies gaan sê. By aansoeke wat vir die aanhoor van mondelinge getuienis

8 Voorbeelde by ons is die plig van 'n verhoorhof om aan die einde van 'n verhoor te oorweeg of onnodige besonderhede gevra is; die verleen van bevel in algemene terme ipv sorgnende rigtinggewing (sien *supra* vn 2); die versuim om die potensiaal van hofreël 33(4) te benut totdat 'n dwingende element tot die reël bygevoeg is; ens.

9 Stevenson ea 1977 *Osgoode Hall LJ* 591. Ander statistiek toon 'n korrelasie tussen eerstens die mate waarin 'n regsverteenvoorder volgens die indruk van die regter behoorlik voorberei was en die vooruitsigte dat die saak geskik word en tweedens die bedrag wat verhaal is in vergelyking met wat verwag is. Meer is ook verhaal as konferensies gehou is as in ander sake.

verwys is, is deponente se stories bekend. Addisionele getuies mag geroep word slegs met verlof van die hof en verlof kan net gevra word nadat 'n opsomming van die getuie se getuienis aan die teenparty gelewer is. Deskundiges se getuienis word (grootliks) openbaar. By motorbotsings blyk wat getuies te sê het dikwels uit strafverhore of verklarings aan die polisie of versekeringsmaatskappye. Hierdie gevalle toon dat dit nie waar is dat verhore waarskynlik nie tot korrekte uitsprake sal lei nie tensy daar 'n verrassingselement is – 'n stelling waarmee die hele Europa en die hele Noord-Amerika sal verskil. Wat in die meegaande voorstel nuut is, is nie dat dit soms bekend sal wees wat 'n getuie gaan sê nie maar die blote gedagte dat 'n hof wetens die outeur van bekendmaking aan die teenparty is. As dit nie noodwendig vernietigend van billike gedingvoering is dat inligting aan die teenparty bekend word nie, in die naam van welke belang geniet geheimhouding so 'n hoë prioriteit dat nie eers gekyk mag word na die billikheid of onbillikheid van openbaarmaking nie? Hoekom moet die makelaar en die huisverkoper vier dae lank litigeer voordat laasgenoemde dit waag om die koper te roep wat met niemand wil konsulteer nie maar wie se getuienis bepalend van die aanspraak op verkoopskommissie is? Hoekom ontbreek masjinerie vir die verkryging van die *getuienis* van die polisieman wat 'n kardinale maat geneem het sodat *beide* partye weet wat hy sê?

Omdat hierdie aspek vir sommige “te nuut” mag klink, is dit goed om die voorstel van nader te bekyk. Anders as in Vastelandse stelsels verg die voorstel nie *altyd* openheid nie. Dit is onnodig en te duur. Daar is ook gevalle waar verrassing wenslik is. 'n Regter sal sulke belange respekteer. Met 'n tradisie waar die ontbloom van verklarings vreemd is, sal die regter daardie belange eerder te dikwels as te min respekteer. Die skep van die bevoegdheid om ontbloting te gelas, is egter van belang in 'n voldoende aantal sake. As die bevoegdheid wel bestaan, sal die mate van gebruikmaking daarvan in die afwesigheid van “aktiviste-regters” minstens rofweg bly by wat die regsgevoel van die gemeenskap bevredig. Wat tans ver wag kan word, is verantwoordelike en versigtige tot konserwatiewe gebruik. Die moontlikheid word egter geskep dat sonder verdere wysiging van die reël aanpassings kan plaasvind volgens veranderinge in die gevoel van die regsgemeenskap. So kan gebruikmaking toeneem en voorstanders van groter openheid vermeerder. Kortom: die stadium is bereik om die deur vir ontwikkeling oop te maak.¹⁰

2 6 *Eienskappe van die nuwe werkswyse*

Sekere veronderstellings, doelstellings en kenmerke verg kommentaar:

(a) *Twee en 'n half maande (amper 11 weke) kennis van 'n verhoordatum is 'n minimum.* Praktyke sal dalk gewysig moet word sodat die griffier minstens veertien weke kennis gee.

Ordentlikheid tussen prokureurs en praktiese ervaring van die gevolg as raadpleging ontbreek, maak 'n reël onnodig wat voorafoorleg oor datum en plek verg. Daar moet egter tyd daarvoor wees.

Die opstel van die lys van subreël (3) moet volg op advies op getuienis en nie aangepak word eers as die verhoordatum bekend is nie. (Die voorstel laat

10 Dit is ondoenlik om verdere ruimte aan uitdruklike kommentaar omtrent wenslikhede af te staan.

ruimte vir 'n prokureur wat later wil begin en bereid is om dan onder druk te werk.)

In sake wat weens dringendheid op kort kennisgewing op die rol kom, sal 'n regter wetens aanwysings ingevolge subreël (15) moet gee.

(b) *Elke prokureur bereik 'n stadium wanneer volwaardige voorbereidings vir verhoor volgens sy oordeel nie langer uitgestel kan word nie.* Daar word beoog om in die grootste mate by daardie ritme aan te pas maar die proses tog by 'n effektiewe maar nodige (vroeg genoeg) ritme te hou.

Vir huidige doeleindes het 'n voorbereidingsproses vier fasette.

Die eerste faset behels die stappe waarmee 'n party sy eie saak voorberei. In die maande vandat pleitstukke gesluit is totdat 'n verhoordatum verkry word, moet die advies op getuienis verkry word. Die prokureur moet dit opvolg deur getuies op te spoor, uit te vind of hulle sonder dagvaarding sal bywoon, en te besluit welke dokumente relevant is. As hy sy saak wil versterk met getuienis waarvan hy die spoor in die teenparty se dokumente vind, moet hy blootlegging vra.

Die voorgestelde wysiging laat die eerste faset onbeheerd en laat genoeg tyd daarvoor. Teen die tyd dat die verhoordatum bekend word, behoort die prokureur vir die tweede faset gereed te wees.

Blootlegging is soms net vir die tweede faset van belang, dit wil sê dit word nie vir versterking van die eie saak verlang nie. Onder andere weens die wisselbare rol, voorsien die skema in sub-reël 1(a) vir outomatiese blootlegging maar vroeër blootlegging kan kragtens reël 35(1) verkry word. Kritiek is meermale geopper dat blootlegging soms gevra word in sake waar dit van geen belang is nie en net koste opjaag. 'n Hofreël kan nie van hulp wees om sulke gevalle betyds uit te ruik nie. Partye wat dit eens is, kan per afspraak deels of in die geheel van die reg op blootlegging afstand doen.

Outomatiese blootlegging maak om verskeie redes sin. Dit kan ook twee gereelde verskynsels teenwerk. Een is dat die aansoek om blootlegging te verplig, gerig word eers baie maande na aflewering van die versoek om blootlegging. Die vertraging volg waarskynlik nie weens bedagsaamheid nie en die vraag ontstaan of blootlegging gevra word om verskonings teen verwyte te kry of om gelde te verdien eerder as om voorbereiding daarop te bou. Tweedens word aansoeke gereeld so kort voor die verhoor geloods dat bevele nodig is wat blootlegging binne 'n uiters kort periode gelas.

Die wysiging is bedoel om sulke verskynsels en die uitstel van werklike voorbereiding in die algemeen met 'n sagte maar ferm hand teen te werk. Elke klag oor onuitgevoerde pligte moet bespreek en sover moontlik bevredigend hanteer word. Besprekings kan aansoeke om te verplig uitkakel of vervroeg. Besprekings en die houding wat dan ingeneem word, kan ook verhoed dat 'n party wat later uitstel om 'n ander rede benodig, gebrekkige of laat blootlegging as kapstok vir sy aansoek om uitstel gebruik. (Die voorstel dat as geen klagte oor blootlegging by die konferensie geopper word nie, dit nie later as 'n grond vir uitstel gebruik mag word nie, lyk na te sterk medisyne; en 'n formulering wat beide effektief en billik is, val my nie op nie.)

Die tweede faset bly ook wesenlik onbeheerd. Die faset om uit te vind wat die teenparty het, mag steeds vroeg begin. Daar kom nou wel aansporings om

nie te laat te begin nie. Die mikpunt is dat betyds voldoende aandag aan voorbereiding gegee word. Daarom moet blootlegging outomaties volg wanneer die verhoordatum bekend word en moet die vrae wat 'n party wil vra, afgesien van 'n versoek om verhoorbesonderhede, in die lys ingevolge reël 37(3) vermeld word.

(c) *Intensifisering van elke party se voorbereidings word vervroeg.* Wat aangemoedig word, is dat 'n party 'n slag ernstig voorraad neem. Hy word nie gedwing om volle konsultasie met getuies te hou ten einde die nuwe voorverhoorprosedure deur te voer nie. Dit sou koste onnodig verhoog. Die derde faset is 'n faset waar die prokureur werklik moet *nadink* oor, en teenoor die teenparty moet *werk aan* (i) welke getuienis hy het en hoe hy die nodige bewys gaan lewer asook (ii) welke belemmerende onsekerhede hy oor sy teenparty se saak het. (Hierdie vrae betrek ook vrae oor blootlegging, bewys van dokumente, maak van erkennings, ligging van bewyslas ensovoorts.)

Die derde faset, die soek na helderheid en die uitskakeling van vermybare stappe van bewys, verg deeglike oorweging van die geding en wat dit impliseer. Die wysiging sal prokureurs dus tot 'n groter hoogte laat konsentreer op daardie stadium van die geding wanneer koste nog verhoed kan word. (Daar is natuurlik vele prokureurs wat geen reëls nodig het nie maar dit is nie hulle wat krediet vir die wysiging van die reël kry nie.)

(d) *Die aanmoediging tot vroeër aandag is 'n hand wat stewig genoeg vat om resultate te wys.* Te veel konferensies word op die laaste nippertjie gehou; soms so laat dat gesukkel word om die notule geteken te kry voordat die verhoor begin.

Te veel punte bly onafgehandel. 'n Vraag bly onbeantwoord omdat 'n party dit nie voorsien het nie (of om ander redes) met 'n belofte om te "revert". Notules meld telkens deels voltooide gesprekke. Antwoorde ontbreek dikwels nog wanneer die verhoor begin.

Sommige konferensies beslaan 'n kort telefoonoproep. In ander gevalle word op niks ooreengekom nie en ontbreek alle pogings tot analitiese of sistematiese bespreking – maar ook in sodanige sake word altyd ooreengekom dat die aansigigheid van advokate geregverdig was.

Partye sal voortaan weet dat 'n spesiale kostebevel kan volg as dit blyk uit byvoorbeeld die kort duur van die konferensie, die lyste wat aangeheg word en die reaksie op vrae dat die voorbereiding vir verhoor nog so min gevorder het dat dit die taak belemmer om die geskille terug te sny na dit waaroor regterlike beslissing werklik nodig is.¹¹

Omdat die vraelyste vooraf ontvang word, kan gepaste navrae gerig word en sal dit minder nodig wees om te "revert" – en hopelik om nooit te "revert" eers nadat die verhoor al moes begin het nie.

(e) *Die prokureur se eie aktiewe deelname word na sy regmatige plek gebring.* Die grootste persentasie prokureurs het die potensiële vermoë om net so goed

¹¹ Dit kan seker gebeur dat 'n lys wat erkenning vra van elke denkbare feit juis toon dat die regte soort voorbereiding nagelaat is, nl om uit te soek welke erkennings redelikerwys van die teenparty verwag kan word. Die gedagtelose woorde van 'n woordverwerker bewys nie dat die prokureur nadenkend te werk gegaan het nie.

soos 'n advokaat te vaar met betrekking tot wat by 'n konferensie moet plaasvind.¹² 'n Prokureur behoort die derde faset soos dit hierbo omskryf is, self te kan hanteer. Sowel kennis van die saak as professionele kundigheid is by hom aanwesig. Dit is nie te veel van die prokureur gevra dat hy doen wat binne sy professionele taak val nie. Dit is net as gevolg van die tradisie van oormatige advokaat-afhanklikheid wat by ons ontstaan het dat dit 'n nuwe ervaring is om van die prokureur te vereis om sy volwaardige professionele verantwoordelikheid uit te oefen.

As 'n prokureur wel onseker voel, het hy 'n advies op getuienis om te help; moet sy kliënt besluit welke feite hy bereid is om te erken; en kan hy steeds uit eie beweging 'n advokaat raadpleeg nadat die ander kant se lysie ontvang is (of later). Die realiteit is dat 'n prokureur wat twyfel die maak van erkennings sal weier totdat hy dit veilig genoeg ag. Die kliënt se saak word dus net geraak vir sover die prokureur genoeg sekerheid verkry het.

Dit is wenslik om uitdruklik daarop te wys dat mits die prokureur werk daarvan maak om die saak in te studeer, dit 'n ongegronde vrees is dat vervroeging van die konferensie onprakties is of 'n verdubbeling van koste sal meebring omdat 'n advokaat die saak tweemaal moet hanteer of omdat die verhooradvokaat iemand anders as die advokaat van die konferensie kan wees. 'n Advokaat hoort nie daar nie. Die prokureur moet sy volle professionele taak uitvoer ten opsigte van die aktiwiteite en die onderwerpe wat voortaan aandag tydens die konferensie moet kry. Hy moet, sonder dat sy hand deur die fisiese aanwesigheid van 'n advokaat gehou word, kan besluit welke erkennings om te vra of te maak; hoe bundels dokumente gehanteer gaan word; ensovoorts.

As 'n litigant dan wel 'n advokaat in plaas van of saam met 'n prokureur wil gebruik, moet dit nooit op die teenparty se rekening wees nie. Die uitsondering is as 'n regter toegesprek word ooreenkomstig subreël 8(f). Die tweede uitsondering raak konferensie binne 'n week voor die verhoor. Dit is dan ineengetreng met die verhooradvokaat se rol en met konsultasie- en verhoorgelde. Vergoeding vir die advokaat se werk kan onder daardie hoofde hanteer word en 'n afsonderlike advokaatsfooï is dus onnodig.

(f) 'n Prokureur kan soms voor 'n regter argumenteer. Die advokaat se werklike terrein kom kwalik by die konferensie ter sprake. Die idee is ook om bestrede formele aansoeke by die reël 37-arena so ver moontlik uit te skakel. Tog sal daar meningsverskil omtrent die implikasies van reël 37(8)(f) wees. My eerste voorstel het slegs 'n advokaat genoem. Nou is dit egter reeds bekend dat daar ook 'n ander opvatting binne die reëlsraad bestaan. Die wyer bepaling is ingesluit om debat te ontlok. Een siening is dat net advokate voor regters verskyn; die ander is dat dit hier amper oor administrasie eerder as beregting gaan, en dat as dit maar net haalbaar was die betrokke magte dalk selfs deur 'n "Master" uitgeoefen sou kon word. Miskien moet 'n mens in gedagte hou dat dit 1991 is;

12 Verskille in spesialisiteit en ervaring wat uit beroepsaard volg, atmosfeer van praktyk ens is by daardie terrein nie ter sprake nie. Bekwaamheid vir die derde faset kom veral deur ervaring, gesonde verstand en kennis van die saak. Tot knap voor die verhoor leef die prokureur volledig en intenser met die saak saam en hy behoort ewe betrokke by die konsultasie vir verhoor te wees. Daar kan nie aanvaar of geregtig word dat die prokureur se vermoëns net geaktiveer word as 'n advokaat sy hand vashou nie. Ook ter wille van laer koste sal die advokaat se aandeel toenemend toegespits moet wees op sy werklike terrein; hoofsaaklik formulering van die bewerings, hantering van die reg en hofverskyning.

die politieke toneel en vooruitsigte in ag neem; die aard en doel van die verkyning ontleed; die vlak van advokaatsgelde onthou; en dan toelaat dat 'n prokureur wel kan praat oor sy voorbereiding van sy saak. Hy is immers "kaptein van die skip".

(g) "*Informaliteit*" op die vlak van prosesregtelike aanwysings word nagestreef. Informaliteit beteken nie dat die regter in sportdrag sit of dat die proses met grappies of gesels deurspek sal wees nie. Dat dit "sonder formele aansoek" geskied, blyk uit verskeie oorwegings:

(i) Die doel is om die regter se aandag te vestig op feite of sienings wat die hou van 'n regterlike konferensie kan regverdig. Die ander party hoef nie daarop aangehoor te word nie. Die regter gaan nie 'n bevinding maak of bewerings teen 'n party of sy prokureur gegrond is nie. As 'n regterlike konferensie om ongegronde redes gehou word, is die enigste skade dat die regter onnodig belas word. Die teenparty word, buiten 'n bedrag aan prokureursgelde, nie benadeel nie. Daar moet nooit 'n debat ontstaan of 'n regter betrek moet word nie. Voor die regter word net oor die verdere onderlinge reëlings gepraat.

(ii) As partye dit eens is dat 'n bevel ingevolge hofreël 33(4) gepas is, behoort die bevel nie eers by die verhoor gevra te word nie. Verhoorkoste is dan reeds aangegaan. Tans is 'n formele aansoek vroeër as die verhoordatum nodig. Dit is onnodig duur. Nou kan 'n party 'n konferensie voor 'n regter voorstel en die regter handel die aspek daar goedkoop af. As die bevel nie duidelik wenslik is nie, word geen bevel toegestaan nie en bly 'n aansoek nodig.

(iii) 'n "Appèl" na die Regter-president (reël 37(14)) is informeel.

(iv) Dispute oor die (laer) vlak van verskaf van besonderhede word namate dit doenlik is, informeel afgehandel. 'n Ontevrede party kan 'n informele of formele aansoek om wysiging rig.

(h) *Die konferensie moet gereël word sodra die partye weet wat die verhoordatum is.* As sake reeds sover gevorder het, is daar ter wille van die behoorlike hantering van die saak en vir wyselike regsadministrasie nie verskoning om voorbereiding vir verhoor verder uit te stel nie.

Vir blootlegging maak dit nie saak of kennis van die verhoordatum van die griffier of die teenparty verkry is nie.

Vir die konferensie word eerste inisiatief egter verlang van die party wat die saak op verhoor wou bring. Iemand wat die saak verhoor wil kry, sal die konferensie sonder dreigende remedies reël.

Die voorstel sal seker weer gemaak word dat genoemde stappe met verwysing na die datum van sluiting van pleitstukke gemeet moet word. Soos in die verlede sal daar vir elke sekondant een opponent wees. Die opposisie sal seker weer meeste sin maak. Dit is die algemene en begryplike ervaring dat prokureurs nie daadwerklike voorbereiding wil aanpak wanneer die verhoor gewis nog baie maande in die toekoms lê nie.¹³ Die werk moet dan vir maande weggebêre word en kan om verskeie redes onnodig blyk te wees. Baie van die werk sal opnuut gedoen moet word omdat geheues vervaag het. Dit is nie prakties om 'n getuie

¹³ Dit is dus verstaanbaar dat so baie oorsese jurisdiksies daarop ingestel is om eers sekerheid te kry dat die voorbereidings ver genoeg gevorder het voordat 'n verhoordatum toegeken word. 'n Tydsverloop van ses na tien weke tussen voorbereidings wat 'n bevredigende mate van vordering toon en die verhoordatum is daar nie vreemd nie.

se bywoning te reël as geen datum vir sy bywoning verstrek kan word nie. 'n Finale verslag van 'n dokter is onprakties as in die maande wat voorlê meer duidelikheid kan ontstaan oor die nagevolge van beserings. Meer voorbeelde sou genoem kan word. Daarby sal 'n te vroeë konferensie waarskynlik nie 'n notule oplewer van dieselfde gehalte as dié wat ek tans voor oë kry nie – en die Johannesburgse praktisyns doen oor die algemeen hulle plig.

Hoe korter die wagtyd vir 'n verhoordatum is, hoe nader is die voorverhoorkonferensie aan die datum van sluit van pleitstukke. By afdelings wat 'n kort wagtyd bied, behoort dit 'n onnodige twispunt te wees of dit die beste is om te meet vanaf die sluit van pleitstukke of vanaf die verhoordatum. 'n Regter-president wat in heel vroeë finale voorbereidings glo, het 'n tweede wapen. Hoe langer partye kennis van die verhoordatum het – 'n regter-president kan dit beheer – hoe vroeër volg die belê van die konferensie en blootlegging en hoe meer tyd is daar om skikking te oorweeg en geskilpunte uit te skakel voordat die koste van deskundiges aangegaan word en ander koste oploop. Uniforme hofreëls moet nie te ver gaan met tydskepping nie en hoef nie te betree waar regters-president fyner kan oordeel nie.

(i) *Daar word vereis dat die partye skikking onder bespreking bring.* By sommige oorsese jurisdiksies is gekla dat dit onduidelik is of die konferensie skikking of stroombelyning van die verhoor ten doel het. In die huidige voorstel word aangedui dat waar net die partye aanwesig is, beide aspekte hanteer moet word. As die saak dan nie geskik word nie met die gevolg dat 'n konferensie voor 'n regter kan ontstaan, word die regter *net* by die stroombelyning betrek.

Die skema beoog nie dat partye *moet* skik nie maar dit help om die moontlikheid van skikking behoorlik ondersoek te kry deur partye wat 'n slag krities na hul saak gekyk het. In gevalle waar skikking moontlik is, word partye gehelp om dit vroeër te bewerkstellig.

Die eerste tegniek in die nuwe stelsel is dat 'n manier ingevoer word om partye die vrees te laat oorkom dat dit 'n teken van swakheid of weifeling is om skikking te berde te bring.

Die eiser (die verweerder ten aansien van 'n teenis of 'n eis teen 'n derde party) word om dieselfde rede met 'n *voorgeskrewe* vraag belas. As net geverg sou word dat partye oor skikking moet praat, sou skuheid nie werklik teengewerk word nie. As die "eiser" deur die hofreël verplig word tot die navraag, sal hy weet dat sy verweerder weet dat dit nie om swakheid gaan nie. Die inhoud van die voorstel en van die reaksie daarop bly slegs aan die partye bekend.

(j) *Aanwesigheid van die litigante.* Hierdie eienskap hou wel verband met die oogmerk om te probeer voorkom dat konferensies versuim om sommige kwesies af te handel of dit uitstel op 'n stadium wanneer die oploop van koste begin versnel. Die belangrikste gedagte is egter dat daar een geleentheid moet wees waar die partye dit hulle erns maak om die moontlikheid van skikking te ondersoek. Die litigante self behoort by te wees om die belang van die poging te onderstreep. Hul aanwesigheid is ook wenslik om vierhoekige kommunikasie te verhoed (en met korrespondente kom nog twee skakels by) en om onderhandelinge meer effektief te maak en dit te vergemaklik. Ses weke voor die verhoor raak tyd min.

Dit is darem nie te veel gevra nie dat mense wat die howe wil gebruik wat op koste van die gemeenskap voorsien word, bymekaar kom om die moontlikheid van 'n skikking ernstig te ondersoek.

Soos by enige nuwe skema kan spoke opgejaag word. As geen skikking aangegaan mag word sonder die goedkeuring van 'n direksie of stadsraad of minister nie, tref niks die litigant wat niemand met skikkingsmagtiging aanwesig het nie. Daar is geen direkte remedie nie en 'n hof sal tog nie iemand ondanks so 'n verduideliking met koste straf nie. Ons howe hanteer ander reëls waar groter onsekerhede kan voorkom op effektiewe wyse.

Baie sake word in afwesigheid van die partye geskik. Litigante kan steeds so skik. As daardie metode van skikking egter nog nie vrugte afgewerp het wanneer die voorverhoorkonferensie plaasvind nie, moet die litigante maar aanwesig wees.

Die litigante kry nie 'n reg om by te sit waar die praktisyns onderhandel nie; hulle moet egter by die plek beskikbaar wees.

Om dispute omtrent plek te verminder en vir die "poort van die hof"-faktor, is genoeg konferensiekamers in die howe nodig.

(k) *Konferensies kan elders as by die hof se setel plaasvind.* Soms kan die konferensie ewe effektief of geriefliker gehou word elders as binne 10 kilometer vanaf die setel. Beide partye se prokureurs kan byvoorbeeld in Pinetown of George praktiseer. Dit behoort regmatig te wees om sonder vooraf instemming die konferensie op so 'n dorp te belê. Die plattelandse prokureur moet ook tot sy reg kom en moet in staat wees om werk wat aan sy profesie inherent is, te hanteer.

As litigante wel aanwesig moet wees, word dit belangrik dat samesprekings tussen litigante van byvoorbeeld Messina nie noodwendig in Pretoria moet plaasvind nie. Dit is veral om hierdie rede dat die alternatief ingevoeg is. Dit is werklik 'n kwalifikasie van die 10 kilometer perk wat gestel word om te verhoed dat die konferensie op 'n onredelike plek belê word.

Verpligte bywoning deur litigante is geen oorspronklike gedagte nie. Dit is in verskeie regstelsels bekend. Partye tot reël 43-aansoeke in die Vrystaat is "verplig" om die aanhoor daarvan by te woon ten einde die hoofsaak te probeer skik.

In die praktyk sal die party wat die konferensie belê die hofsetel kies as die situasie nie binne die alternatief kom nie en as 'n ander plek hom nie aanstaan nie. As hy die alternatief kan en wil gebruik, kan hy van sy eie dorp afsien mits die konferensie dan op die dorp van die prokureur(s) van die *ander* party(e) plaasvind.

(l) *Remedies is "laag in kilojoules".* Allerlei vervaltermyne en ander strawwe word vermy. Gemodifiseerde werkswyse ontstaan deur meer rigtinggewing eerder as deur 'n strafstelsel. Dit gaan om verfyning van die goeie wat reeds bereik is. Dit is die groter gestruktureerdheid wat druk uitoefen op onwenslikhede soos waar uitstel bloot weens die temperament of voorkeur van 'n prokureur of sy klient ontstaan of waar die houding teenoor die litigasie nie reg is nie. Die enigste nadeel, 'n kostebevel, sal seker net in duidelike gevalle teëgekomp word.

Dit kan wenslik wees dat regters-president die plig om die notule vyf weke vooraf in te handig, versterk deur 'n voorskrif oor ter rolle plasing wat bepaal dat verbreking van die plig verbeuring van 'n toegekende verhoordatum meebring tensy 'n regter op versoek van 'n party anders aanwys.

2 7 *Ten slotte*

Die skema probeer put uit ervaring elders. Kennis is geneem van vele plaaslike voorstelle en kritiek sedert die Galgut-verslag. Wye kommentaar is ontvang op die 1988-voorstel van die reëlsraad. Daar is geleer uit ervaring in Johannesburg en Pretoria waar oor 'n tydperk bewuste aandag aan die benadering tot reël 37 gegee is. Nie net is gelet op wat in notules en daarna gebeur nie; sekere sake het pertinente regterlike aandag ontvang. Vroeë reël 37-notules is aangevra. Die inhoud is soms opgevolg. Waar dit potensieel vrugbaar gelyk het, is praktisyns vir 'n samespreking met 'n regter ingeroep. Die ervaring gee aanduidings omtrent wat plaaslik vrugte behoort af te werp en bygevolg wat nodig is. So het dit 'n kollega oortuig dat 'n reg nodig is om soms eerder die prokureurs as die advokate vir samespreking in te roep. Sodanige betrokkenheid – oor die waarde waarvan die praktisyns hulself kan en sal uitlaat – skyn te bevestig dat die hof se magte tans te beperk is en dat verbetering van die huidige stelsel nodig en moontlik is. Dié beskouing word al 'n geruime tyd deur individue en die georganiseerde professies gehuldig. Die deur moet nou vir die professies geopen word om die behoeftes van die regsproses volgens die vereistes van ons tyd te dien. Die regbank moet toegerus word om 'n aktiewe rol te speel om toe te sien dat die prosesreg die partye beter in hul doelwitte laat slaag. Partye moet effektief en tydig gehelp word om te skik en as hulle nie wil skik nie, om doeltreffend te litigeer oor slegs daardie feitevrae waarvoor litigasie werklik nodig is.

HCJ FLEMMING

Adjunk Regter-president

Transvaalse Afdeling van die Hooggeregshof van Suid-Afrika

LEGISLATION FOR THE REHABILITATION OF MINING SURFACES

1 **Environmental impact of mining**

Although mining usually affects only a relatively small surface area directly, it may nevertheless have serious environmental consequences. Opencast mining has the worst effect on the surface environment, while all mining activities have an impact on water resources. Such resources are either depleted or, more seriously, polluted. Pollution affects both surface and ground water. Mine spoil wastes and mine dewatering are important sources of such water pollution, mostly taking the form of acidification and salination respectively. Dewatering, moreover, leads to a lowering of the water table, while excavations result in the withdrawal of lateral or subjacent support for the land. Air pollution in the form of dust from mine dumps and asbestos mining, as well as burning coal mines, is a further environmental problem associated with mining. Some mining activities can also give rise to soil erosion. The impact of mining, of course, depends on the nature of the locality where the minerals are being mined and the type of mining being conducted.

2 Mineral policy

The government in its *White Paper on the Mineral Policy of the Republic of South Africa* (WPJ – 1986 par 4 6), submitted in 1986, accepted as the aim of its environmental strategy that due regard should be had to environmental considerations in all facets of the development and exploitation of the country's mineral resources. The ideal would be an acceptable balance between unrestricted mineral resource development on the one hand, and a means to restore and conserve the environment on the other. However, in view of the mineral industry's important contribution to the country's economic well-being, its continued growth is not at issue; accordingly the imposition of excessively strict standards which could inhibit such continued growth is to be guarded against. Environmental issues that are highlighted in the White Paper are the rehabilitation of surface areas after mining has ceased and the control of water and air pollution associated with mining (par 4 6 4 (vi)–(ix)).

3 Rehabilitation of mining surfaces

3 1 Need for rehabilitation

Even where mining operations have been discontinued, environmental problems associated with mining frequently continue. Water emanating from an abandoned mine may, by reason of its acidity, continue to cause the pollution of both surface and ground water. Dust from abandoned mine dumps, soil erosion especially in the case of abandoned opencast mines, and the dumping or impounding of solid or liquid waste, constitute further environmental problems which persist after mining operations have ceased. Furthermore, abandoned shafts, pits and other excavations, as well as subsidences or cavities, hold considerable danger to public safety. In order to combat these problems effectively – especially in the long term – provision should be made for the rehabilitation of the affected surfaces once mining operations finally cease.

3 2 Introduction of control measures

The Mines and Works Act (12 of 1911; 57 of 1956) never contained any provisions directly regulating the rehabilitation of mining surfaces. However, the act was amended in 1977 to enable the Minister of Mineral and Energy Affairs to make regulations regarding the conservation of the environment at or near mines or works, including the restorations of land on which activities in connection with mines or works are performed or have been performed (s 12(1)(hA), inserted by s 3(b) of Act 83 of 1977). Legal requirements providing for the rehabilitation of mining areas were subsequently introduced for the first time in 1980 when the standing regulations, made in terms of the Mines and Works Act (GN R992 of 1970-06-26), were amended (GN R537 of 1980-03-21).

The White Paper of 1986 emphasised the importance which the government attaches to rehabilitation and referred to the appointment in 1982 of the standing advisory committee on surface disturbance of agricultural land by mining activities. One of its aims is to investigate, on an ongoing basis, the entire issue of rehabilitation, with a view to formulating procedures for reconciling the conflicting interests of the agricultural and mining sectors, so that the country as a whole may derive the maximum benefit from both sectors (par 4 6 1(vii)).

Virtually all mining legislation has been repealed and consolidated by the Minerals Act 50 of 1991 (expected to come into operation early in 1992), although existing regulations will continue to remain in force until amended or repealed under the new act (s 68(2)). Substantive provisions dealing with rehabilitation were included in parliamentary legislation for the first time in the Minerals Act, which devotes an entire chapter to this issue (ch VI).

3 3 Concept of "rehabilitation"

The concept of "rehabilitation" is defined in the Minerals Act as meaning, in relation to the surface of land and the environment, the execution by the holder of a prospecting permit or a mining authorisation of the rehabilitation programme referred to in the act (s 39) to the satisfaction of the regional director (s 1(xxxv)). This same definition is encountered in draft regulations issued in March 1991 by virtue of the Mines and Works Act (GN 275 of 1991-03-22) and which, once finally promulgated, will apply in terms of the Minerals Act's transitional provision (s 68(2)). This definition gives little content to the concept of rehabilitation, other than describing it in terms of the regional director's discretion. Moreover, it is related only to the requirement of a rehabilitation programme, whereas rehabilitation is a relevant requirement independently of a rehabilitation programme (cf s 6(2)(b) 8(1) 9(3)(b) and (c) 14(1) 38(b) and 40).

3 4 Particulars concerning the manner of rehabilitation as a prerequisite to the issuance of a prospecting permit or mining authorisation

The Minerals Act now for the first time provides that considerations relating to surface rehabilitation may operate as a prerequisite to the granting of a prospecting permit or a mining authorisation. It is an offence to prospect or mine without such permit or authorisation (s 5(2) read with s 60(a)(i) and 61(1)(a)).

3 4 1 Prospecting permit

Any application for a prospecting permit must be accompanied by particulars about the manner in which the applicant intends to prospect and rehabilitate disturbances of the surface which may be caused by his intended prospecting operations, acceptable to the regional director (s 6(2)(b)). Although no direct discretion is conferred upon the regional director in respect of the issuance of a prospecting permit (s 6(1)), a discretion is indirectly built into the process through the above requirement concerning particulars about surface rehabilitation. There are no provisions, comparable to those applicable to mining authorisations, relating to an applicant's ability to make the necessary provision for rehabilitation. This is obviously a shortcoming.

3 4 2 Mining authorisation

Whereas the rehabilitation requirement in respect of prospecting permits is applied indirectly via the requirement relating to particulars which must accompany applications, the Minerals Act provides that no mining authorisation may be issued, unless the regional director is satisfied with the manner in which the applicant intends to rehabilitate disturbances of the surface which may be caused by his mining operations (s 9(3)(b)). Moreover, the regional director must also

be satisfied that the applicant has the ability and can make the necessary provision to rehabilitate such disturbances of the surface (s 9(3)(c)). For this purpose, an application for a mining authorisation must be accompanied by particulars about the applicant's ability to make the necessary provision to rehabilitate surface disturbances, acceptable to the regional director (s 9(5)(e)).

3 5 Approval of rehabilitation programme prior to commencement of prospecting or mining operations

A layout plan and rehabilitation programme in respect of the surface of land concerned in any prospecting or mining operations or such intended operations, must be submitted by the holder of the prospecting permit or mining authorisation concerned to the regional director for his approval before the commencement of any such operations (s 39(1)). Before such approval is given, the regional director must consult with the officers designated for that purpose by the Minister of Agriculture and the Minister of Environment Affairs, respectively (s 39(3)). No specific aspects are prescribed in the act as far as the contents of such rehabilitation programmes are concerned, although draft regulations require information aimed at the prevention of soil erosion and water pollution (draft reg 5 7 5-6 GN 275 of 1991-03-22), while existing regulations relate to the re-establishment of disturbed vegetation (reg 5 13 2 GN R537 of 1980-03-21), and both sets of regulations imply the replacement of topsoil (reg 5 12 3 GN R537 and draft reg 5 7 3(a) GN 75) and subsoil (draft reg 5 7 3(b) GN 275). According to the current regulations (5 11(e) GN R537), "topsoil" means all cultivable soil material that can be removed mechanically to a depth of one metre without blasting. The draft regulations (5 6(g) GN 275) define "topsoil" as that layer of soil which provides a suitable environment for the germination of seed, allows the penetration of moisture and is a source of micro-organisms, plant nutrients and, in some cases, seed. "Subsoil" is defined as soil underlying topsoil and which is suitable for the sustenance of plant life (draft reg 5 6(f) GN 275).

Although the Minerals Act requires a rehabilitation programme before *any* prospecting or mining operations may commence, it authorises the regional director, subject to such conditions as he may determine, to exempt the holder of any prospecting permit or mining authorisation from the above requirement or to approve of an amended programme (s 39(2)). The only restriction is that, before exemption or amendment, the director must consult the above-mentioned officers of the Departments of Agriculture and of Environment Affairs (s 39(3)). The current regulations merely require the submission of a rehabilitation programme (approval of the programme is not prescribed) and then only in the case of a new opencast mine which is planned to remove annually more than 12 000 tons of mineral, including overburden, before the commencement of the opencast operations or any activity incidental thereto (proviso to reg 5 12 1 GN R537). An "opencast mine" is defined as a mine, including prospecting operations and any hole, trench or other excavation made in the course of prospecting operations, where a mineral deposit is or has been worked at from the surface of the earth after removal of the overburden (reg 5 11(c) GN R537). No specific mention is made of prospecting. As far as other opencast mines are concerned, a rehabilitation programme is required only when it is specifically requested, and then not even necessarily before operations commence (reg 5 12 1 GN R537). The new draft regulations are not restricted to opencast mines and generally

require the submission of a rehabilitation programme before the commencement of operations, but only in respect of new mines (draft reg 5 7 1(a) GN 275). As far as other mines are concerned, such a programme is required (not necessarily before operations commence) only at official request (draft reg 5 7 1(c) GN 275) or when the operations at an existing mine disturb or are likely to disturb the surface (draft reg 5 7 1(b) GN 275).

3 6 Rehabilitation during prospecting or mining operations

In terms of the Minerals Act, the rehabilitation of the surface of land concerned in any prospecting or mining must be carried out by the holder of the prospecting permit or mining authorisation concerned in accordance with the approved rehabilitation programme (if any), as an integral part of the prospecting or mining operations concerned and simultaneously with such operations (unless determined otherwise by the regional director) to the satisfaction of the regional director (s 38). The new draft regulations (draft reg 5 7 2 GN 275) as well as the current regulations (reg 5 12 2 GN R537), contain similar provisions, although the latter relate only to opencast mines. While both sets of regulations require, where applicable, rehabilitation in accordance with a programme approved by the Government Mining Engineer, the draft regulations provide that such approval must be given in consultation with the Director-General of Water Affairs. This latter requirement is at variance with the above-mentioned provision of the act, which requires no such consultation. Moreover, both sets of regulations provide that unless exemption is granted, all topsoil removed at any opencast mine must be deposited at a specially selected site for replacement as topsoil during rehabilitation of the surface (reg 5 12 3 GN R537 and draft reg 5 7 3(a) GN 275). The draft regulations contain a similar provision as regards subsoil (draft reg 5 7 3(b) GN 275). However, where rehabilitation is carried out simultaneously with the mining operations, such topsoil (and subsoil) may be replaced directly in accordance with the rehabilitation programme (proviso to reg 5 12 3 GN 537, and to draft reg 5 7 3 GN 275).

The Minerals Act authorises the regional director to issue directives and determine conditions in relation to the use of the surface of land comprising the subject of any prospecting permit or mining authorisation or upon which a work is situated in order to limit any damage to or the disturbance of the surface, vegetation, environment or water sources to the minimum which is necessary for any prospecting or mining operations (s 41(1)).

3 7 Rehabilitation as condition for removal or disposal of minerals

The Minerals Act prohibits the removal or disposal by the holder of any prospecting permit of any mineral found in the course of prospecting operations, except with the permission of the regional director, subject to such conditions in respect of rehabilitation as may be determined by him (s 8(1)).

3 8 Rehabilitation after prospecting or mining operations cease

The Minerals Act (s 40) as well as the current and draft regulations (reg 5 13 3 GN R537; draft reg 5 8 2 GN 275) contain provisions prescribing that when prospecting for or the mining of a mineral finally ceases, the holder of the permit or authorisation concerned must remove all debris and, as far as is practicable,

restore the surface in question to its natural state to the satisfaction of the regional director. Curiously enough, only the draft regulations refer to restoration in accordance with the rehabilitation programme.

3 9 *Certificate of completed rehabilitation*

When the rehabilitation of the surface of a mine has been achieved to the satisfaction of the Inspector of Mines, he may, in consultation with the Director-General of Water Affairs and with the approval of the Government Mining Engineer, issue a certificate to the effect that the provisions of the regulations, in so far as the rehabilitation of the surface is concerned, have been complied with (reg 5 12 5 inserted by GN R1339 of 1990-06-22 and draft reg 5 8 4 GN 275).

3 10 *Pecuniary provision for rehabilitation*

Regulations issued in terms of the Mines and Works Act (reg 5 16 inserted by GN R398 of 1991-03-01 (draft reg 5 11 GN 275)) address the question of pecuniary provisions to ensure the rehabilitation of the surface of a mine (or the prevention of air and water pollution). The Government Mining Engineer may order the owner or manager of a mine to make such provision (reg 5 16 1 GN R537 (draft reg 5 11 1 GN 275)) and such owner or manager must determine annually the pecuniary provision which is necessary in order to comply with the above order, in consultation with an expert, to the satisfaction of the Government Mining Engineer (reg 5 16 2 GN R537 (draft reg 5 11 2 GN 275)). It may be argued that these regulations are *ultra vires*, because the Mines and Works Act does not authorise a requirement of pecuniary provision in the event of rehabilitation, or even for any other cause. However, the Minerals Act, which authorises the Minister of Mineral and Energy Affairs to make regulations for the rehabilitation of disturbed surfaces, also empowers him to impose levies and to establish accounts in that regard (s 63(1)(d); cf also s 63(1)(c)).

Although the empowering provision of the Minerals Act may cover the above regulations if they are again promulgated by virtue of this act – as seems to be the intention – it may still be argued that they are void for vagueness. There is no indication of what type of pecuniary provision may be required of the owner or manager of a mine. For instance, there seems to be nothing which prevents the Government Mining Engineer from requiring the owner or manager to deposit the full amount of potential liability for rehabilitation in trust. Other more reasonable possibilities are the requirement of compulsory private insurance or the establishment of a state-operated rehabilitation fund.

3 11 *Sanctions*

Failure to comply with or contravention of the above-mentioned provisions is enforced through criminal sanctions (s 5(2) 8(1) 38 39(1) 40 41(2) 60(a) of the Minerals Act and draft reg 5 7 8 GN 275, read with s 63(5) of the act). Moreover, the Minerals Act authorises the Minister of Mineral and Energy Affairs to suspend or cancel any prospecting permit or mining authorisation if the holder contravenes or fails to comply with any relevant provision of the act (s 14(1)). No specific mention is made of a failure to comply with or a contravention of the conditions of a permit or authorisation (cf s 63(1)(p)). Such suspension or

cancellation is obligatory if the holder fails to rehabilitate the surface concerned in accordance with the provisions of the act (s 14(1) 38). Furthermore, the regulations provide that, on failure to comply with the rehabilitation requirement (in terms of reg 5 12 2 GN R537), the Inspector of Mines may, in addition to a prosecution for such failure, have the surface of the land concerned rehabilitated to his satisfaction at the expense of the owner or manager of the mine concerned (reg 5 12 2 1 inserted by GN R398 of 1991-03-01 (draft reg 5 7 9 GN 275)). Although this is potentially a very effective sanction, it would seem that neither the Mines and Works Act nor the Minerals Act authorises such a provision. Both the Mines and Works Act (s 12(4)) and the Minerals Act (s 63(5)) provide only for the prescription of criminal sanctions.

Finally, the Minerals Act confers a power of expropriation upon the minister: if at any time he deems it necessary in the public interest to expropriate any right (including ownership) in respect of land, the surface or any portion under the surface of land or to a mineral in respect of land, he may expropriate any such right (s 24(1)). Provision is also made for the expropriation of land where the use of land for mining purposes prevents or hinders the proper use of such land for farming purposes (s 42(1)(a) and 42(2)).

4 Conclusion

On the whole, the new Minerals Act represents a considerable improvement on the previous legislation, just as the 1977 amendment of the Mines and Works Act and the subsequent regulations in terms of this act constituted an important first step towards remedying shortcomings in mining legislation as regards environmental conservation. The Minerals Act now rightly subjects applications for both prospecting permits and mining authorisations to environmental scrutiny, particularly as far as surface rehabilitation is concerned, and requires the approval of the regional director prior to the commencement of prospecting or mining. It is particularly important that issues relating to rehabilitation should be considered at these early stages and that they should pertain not only to mining but also to prospecting. There is, however, no requirement – as in the case of a mining authorisation – which guarantees that an applicant for a prospecting permit will be able to make the necessary provision for the rehabilitation of surface disturbance. Another important improvement is that all prospecting and mining operations – and not only opencast mining – are now subjected to environmental control provisions. However, this principle is weakened by the regional director's discretion (even though subject to consultation with certain environmental agencies) to exempt the holder of any prospecting permit or mining authorisation from the requirement relating to the approval of a rehabilitation programme.

The introduction of the requirements relating to rehabilitation is a new development which has been applicable only since 1980, and until very recently, only in respect of certain opencast mines. This has given a new dimension to the work of the mine control authorities which were previously concerned mainly with matters relating to the operation of mines and mine safety. Rehabilitation, however, incorporates aspects of ecology, biology, hydrology and soil science, besides aesthetic and other considerations; it cannot be expected that regional directors should have the necessary expertise in these fields.

Nevertheless, rehabilitation legislation makes rather scant provision for the guarantee of independent environmental expertise on the part of the authorities concerned when evaluating rehabilitation programmes and their implementation. The only provisions involving such expertise are those of the Minerals Act relating to the approval of and exemption from rehabilitation programmes in respect of which consultation with officials from the Departments of Agriculture and of Environment Affairs is required, as well as the draft regulations, which require that approval by the Government Mining Engineer of rehabilitation in accordance with a programme should be preceded by consultation with the Director-General of Water Affairs. (It has been pointed out, however, that this draft regulation is in conflict with the act.) Moreover, the issuance of a certificate of completed rehabilitation, according to the current regulations, should be preceded by consultation with the Director-General of Water Affairs.

Although these provisions make some allowance for the involvement of environmental expertise, it is submitted that they do not go far enough. Concurrence by the Departments of Environment Affairs and of Water Affairs, rather than mere consultation with them with regard to rehabilitation programmes, would have constituted a more satisfactory guarantee. Moreover, there are many more aspects relating to rehabilitation in respect of which these environmentally-oriented departments are not at all involved and which are decided according to the sole discretion of the regional director or of other officials in the Department of Mineral and Energy Affairs. Thus, the decision – prior to the granting of a prospecting permit or a mining authorisation – whether the applicant will be able to make satisfactory provision for rehabilitation, is entrusted to the regional director alone. Moreover, the monitoring of compliance by holders of prospecting permits or mining authorisations with their obligation to rehabilitate mining surfaces during prospecting or mining operations and to restore such surfaces after prospecting or mining finally ceases, is likewise left to the sole discretion of the regional director. Finally, although the requirements that rehabilitation may be a condition for the removal or disposal by the holder of a prospecting permit or a mining authorisation of minerals and that directives may be issued in respect of the use of land surfaces constitute potentially effective provisions, the question whether such condition is imposed or direction is issued – and if so, what it consists in – are decided in the sole discretion of the regional director. And it should be borne in mind that the regional director may delegate any of his powers to any officer in the department. It is submitted that a reassessment is necessary of all these instances where environmentally related decisions are entrusted to the regional director alone. At the very least, the regional director should be required – prior to taking such decisions – to refer the matter to the Departments of Environment Affairs and of Water Affairs, or such other appropriate bodies as the circumstances may demand, for their comments and recommendations. Should he decide not to implement their recommendations, he should be required to give reasons for his decision. The more drastic alternative would be to require the concurrence of the above bodies in the regional director's decisions regarding surface rehabilitation.

Reference has been made to two potentially effective provisions aimed at guaranteeing that rehabilitative measures will indeed be undertaken, namely the pecuniary provision and the authority conferred on the Inspector of Mines, upon the failure of compliance with the rehabilitation requirement, to have the surface

rehabilitated at the expense of the owner or manager of the mine concerned. Although these provisions are strongly supported, it is submitted that attention should be given to the argument that they may be *ultra vires*, as has been explained. It may, on the one hand, be necessary to amend the act in order to make allowance for the Inspector of Mines' power, while the current regulations providing for pecuniary provision, on the other hand, will have to be issued again, this time in terms of the Minerals Act which, unlike the Mines and Works Act, does authorise such a provision. Moreover, a greater degree of clarity should be displayed in the new regulation.

Finally, it is advisable that the current and draft regulations should be reviewed with a view to harmonising them with the provisions concerning rehabilitation in the new Minerals Act.

ANDRÉ RABIE

University of Stellenbosch

DIE VERHOUDING TUSSEN ONREGMATIGHEID EN SKADE

1 Inleiding

Alhoewel onregmatigheid en skade twee afsonderlike vereistes vir deliktuele aanspreeklikheid is, hou die betrokke begrippe tog met mekaar verband. Die probleem is om die korrekte verband te vind sodat 'n gesonde sistematiek in die deliktereg gehandhaaf kan word. Ingevolge sekere standpunte word 'n te eng verband tussen onregmatigheid en skade gesien; hiervolgens word skade deur middel van onregmatigheid omskryf of onregmatigheid as vereiste vir skade gestel. Dit kan onder meer daartoe lei dat verkeerde beginsels by skadebepaling 'n rol speel. Aan die ander kant is 'n totale skeiding tussen onregmatigheid en skade onrealisties omdat dit byvoorbeeld die ontwikkeling van 'n juridiese vermoënsbegrip kan strem wat noodsaaklik is vir die behoorlike omskrywing van vermoënskade. In die praktyk kom die probleem van die korrekte verband tussen onregmatigheid en skade veral ter sprake by die bepaling van aanspreeklikheid vir verlies van inkomste wat op onwettige wyse verdien is of by onwettige inkomste as bron van onderhoud.

2 Omskrywing en aard van sekere begrippe

2.1 Onregmatigheid

In die privaatreë word onregmatigheid (regskrenking) gesien as die feitelike aantasting van 'n individuele belang op 'n regtens ongeoorloofde wyse (sien Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1989) 27 ev; Visser 1981 *THRHR* 123). Onregmatigheid word geïdentifiseer deur 'n ondersoek na die versteuring van die betrokke belang as gevolg van 'n menslike handeling in die lig van die relevante regsnorm wat enige onredelike versteuring verbied. Onregmatigheid is 'n abstrakte waardeoordeel wat niks kan veroorsaak nie maar wel 'n vereiste vir skuld is (Neethling, Potgieter en Visser 103).

2 2 Skade

Skade is die afname in die nuttigheid van 'n getroffe vermoëns- of persoonlikheidsbelang by die bevrediging van die betrokke persoon se regsgerkende behoeftes (Neethling, Potgieter en Visser 178). Skade word vasgestel deur die nuttigheid van iemand se vermoëns- of persoonlikheidsbelange (na gelang die geval) voor en na 'n beweerde skadestigtende feit met mekaar te vergelyk.

Die reg gee aan die term "skade" sy eie inhoud maar hierdie inhoud is nou verwant aan die betekenis daarvan in die buite-juridiese werklikheid. Skade kan deur sowel menslike handeling as nie-menslike gebeure veroorsaak word. Alhoewel 'n mens nog kan sê dat skade gewoonlik die gevolg van *onsekere* gebeure is (sien Reinecke 1976 *TSAR* 34–35), is dit nutteloos om skade te probeer omskryf deur middel van hoe of waardeer dit veroorsaak word.

Skade is 'n basiese regsbegrip wat nie beperk is tot die deliktereg (insluitend gevalle van risiko-aanspreeklikheid) nie maar ook gebruik word in die kontraktereg, versekeringsreg, verrykingsreg, onteieningsreg, estoppelreg, strafreg en-sovoorts (sien Reinecke 1976 *TSAR* 26–27 vir die agtergrond tot die moderne skadebegrip). Aangesien die algemene regsbetekenis van skade so nou verwant is aan die buite-juridiese inhoud daarvan, sou dit onrealisties en verwarrend wees om skade te probeer omskryf met verwysing na beginsels wat aangetref word in elke besondere regsgebied waar die begrip gebruik word (sien par 3 1 *infra*).

2 3 Die vermoë

Daar bestaan heelwat meningsverskil oor die korrekte omskrywing van die *vermoë* (wat medebepaal of vermoënskade in 'n bepaalde geval gelyk is). Van der Walt (*Die sommeskadeleer en die "once and for all"-reël* (LLD-proefskrif Unisa 1977) 280 ev) sien die vermoë in 'n feitelik-ekonomiese sin as al die stoflike sake, regte of feitelike geleenthede wat deur die subjek daarvan op beplande wyse aangewend kan word vir die bevrediging van sy erkende behoeftes. Reinecke (1976 *TSAR* 28; 1988 *De Jure* 233 ev; *Ongepubliseerde diktaat vir LLM-kursus* (UP 1990) hfst 3) aanvaar 'n juridiese vermoënsbegrip waarvolgens die vermoë bestaan uit al iemand se vermoënsregte, verwagtinge om sodanige regte te verkry, vermoënskulde en verwagtinge van sodanige skulde. Ingevolge hierdie siening vereis die reg 'n sekere tipe verhouding tussen 'n regs subjek en 'n geldwaardige belang of bate alvorens laasgenoemde deel van die subjek se vermoë is.

Ingevolge beide hierdie sieninge van die vermoë omskryf die objektiewe reg die vermoënsbestanddele en val 'n persoon se regte in sy vermoë. Die vermoë in feitelik-ekonomiese sin gaan klaarblyklik wyer as regsgerkende belange (maar meld nie presies welke regte deel van die vermoë uitmaak nie). Iets wat onmiddellik twyfel werp op die houdbaarheid van die vermoë in feitelik-ekonomiese sin, is hoe iemand die *subjek* van byvoorbeeld "feitelike geleenthede" (sien *supra*) kan wees sonder dat daar tog 'n subjektiewe reg of regsbeskermd belang ter sprake is.

3 Inleidende gedagtes oor onregmatigheid en skade

3 1 Die verband tussen onregmatigheid en skade

Soos uit die omskrywings hierbo blyk, gaan dit by beide begrippe om sekere (vermoëns- of persoonlikheids-) belange wat versteur word. In praktyk blyk

hierdie feit daaruit dat 'n handeling in die privaatreë gewoonlik net as onreëmatig beskryf kan word met verwysing na 'n skadelike gevolg wat daaruit spruit (sien Neethling, Potgieter en Visser 27; Van der Merwe en Olivier *Die onreëmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 50 ev). Waar X teen 200 km/u in 'n stedelike gebied jaag maar geen ongeluk veroorsaak nie, handel hy nie onreëmatig vir doeleindes van die privaatreë nie omdat daar geen nadelige gevolg uit sy optrede spruit nie. Afwesigheid van skade kan dus saamval met die afwesigheid van onreëmatigheid (sien ook par 3 5 *infra*).

3 3 Die verskil tussen onreëmatigheid en skade

By die onreëmatigheidsvraag val die klem daarop of die versteuring van belange *regstrydig of ongeoorloof* is volgens die maatstawwe wat die reg hiervoor gebruik. By die skadevraag is die *vermindering in die nuttigheidswaarde* van die betrokke belange op die voorgrond. Dit behoort duidelik te wees dat ongeoorlooftheid geen vereiste vir vermindering is nie aangesien eersgenoemde 'n juridiese waardeoordeel en laasgenoemde 'n kwantitatiewe verskynsel is. Die gevalle van aanspreeklikheid om skade goed te maak sonder dat onreëmatigheid as vereiste gestel word (sien par 3 4 *infra*), bewys duidelik dat die kwantitatiewe vermindering van nuttigheidswaarde op dieselfde wyse bepaal kan word as in gevalle waar onreëmatigheid vereis word. Onreëmatigheid is dus neutraal tot skadebepaling.

3 3 Onreëmatigheid sonder skade

Waar X 'n waardelose saak van Y steel of waar X sonder enige wettige rede op Y se grond aanwesig is maar geen nadeel veroorsaak nie, tree X klaarblyklik onreëmatig op (daar is regskenking) maar geen skade nie (sien *Regal v African Superslate* 1963 1 SA 102 (A) 111 waar die hof te kenne gee dat afwesigheid van skade nie noodwendig afwesigheid van onreëmatigheid bewys nie). Reinecke (1976 *TSAR* 33) stem saam dat in die tweede voorbeeld daar onreëmatigheid sonder skade is. Wat die eerste voorbeeld betref, is hy van mening dat daar nie skade is nie omdat die reg op 'n waardelose saak nie deel van die juridiese vermoë vorm nie (sien *Diktaat* hfst 3; par 6 *infra*). Dit is nie duidelik of hy aanvaar dat daar in hierdie geval regskenking is nie (in 1976 *TSAR* 33 het hy toegegee dat daar regskenking is maar nie skade nie). 'n Mens kan waarskynlik met reg betoog dat die versteuring van belange sonder 'n direkte geldwaarde regstrydig kan geskied. Onreëmatigheid gaan in elk geval wyer as 'n aantasting van belange met 'n vermoënswaarde aangesien die ongeoorloofde versteuring van persoonlikheidsbelange (wat per definisie nie deel van die vermoë vorm nie) onreëmatig is (daar is natuurlik ook skade aanwesig indien sodanige belange se nuttigheidswaarde vir die regsobjek verminder). In die geval waar X onwettig op Y se grond is, kan 'n mens argumenteer dat daar wel 'n belangeversteuring plaasvind (wat noodsaaklik is vir privaatreëtelike onreëmatigheid) maar dat daar nog geen *vermindering* van die betrokke belange is nie. (Sien verder Erasmus en Gauntlett 7 *LAWSA* par 12 oor nominale skadevergoeding by regskenking sonder skade; *Jansen v Pienaar* 1881 SC 276.)

3 4 Skade sonder onreëmatigheid

Daar kan beslis skade wees sonder onreëmatige optrede. Waar 'n weerligstraal X se huis laat afbrand, ly X skade sonder dat 'n onreëmatige handeling ter sprake kom. Dit sou ongegrond wees om te vereis dat skade net nadeel is wat

op 'n bepaalde wyse (bv deur 'n menslike handeling) veroorsaak is. Om nog verder te gaan en te vereis dat die veroorsaking van nadeel regtens afkeurenswaardig moet wees, is sinloos. In *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1979 1 SA 441 (A) 461 verklaar die appèlafdeling dan ook dat 'n handeling wat skade veroorsaak, nie noodwendig onregmatig is nie (sien ook Van der Merwe en Olivier 56: "Benadeling en regskenking moet duidelik uitmekaar gehou word"). In die voorbeeld hierbo kan daar nie deliktuele aanspreeklikheid wees nie maar X kan waarskynlik sy versekeraar kontraktueel vir die skade aanspreeklik hou. Ook waar X homself benadeel deur sy eie motorruit stukkend te slaan, ly hy skade in die vorm van 'n vermoënsvermindering maar daar is nie onregmatigheid nie omdat 'n persoon nie onregmatig teenoor homself kan optree nie.

'n Verband tussen onregmatigheid en skade (sien par 3 1 *supra*) kan net bestaan waar beide elemente vir aanspreeklikheid vereis word. Dit dek die gevalle van deliktuele aanspreeklikheid wat op onregmatigheid en skuld berus. By aanspreeklikheid vir skade ingevolge byvoorbeeld die *actio de pauperie*, die *actio de pastu*, artikel 11(2) van die Lugvaartwet 74 van 1962 en artikel 41(2) van die Wet op Kernenergie 92 van 1982 (sien Neethling, Potgieter en Visser 300-303 315-316) word onregmatigheid nie vereis nie en kan daar gevolglik geen verband tussen onregmatigheid en skade bestaan nie.

Die bovermelde beginsels bewys dat om onregmatigheid as vereiste vir skade te stel die gevolg sal hê dat 'n mens nie net verskillende skadebegrippe in byvoorbeeld die deliktereg, die kontraktereg en die versekeringsreg moet ontwikkel nie, maar dat skade selfs in die deliktereg nie orals dieselfde betekenis het nie. Nogtans blyk dit uit die praktyk dat die howe tereg nie skade by die *actio de pauperie* anders behandel as by die Aquiliese aksie nie. Die rede is eenvoudig: alhoewel daar belangrike verskille tussen die twee aksies is, bly die skade-element dieselfde. Diegene wat op dogmatiese gronde argumenteer dat risiko-aanspreeklikheid nie deliktuele aanspreeklikheid is nie (sien Van der Merwe en Olivier 485), gee te kenne dat skade in die deliktereg (met onregmatigheid as vereiste) kwansuis van skade by risiko-aanspreeklikheid (sonder onregmatigheid) verskil alhoewel die skade in beide gevalle inderdaad identies is – 'n werklikheidsvreemde benadering.

3 5 Geen onregmatigheid en geen skade nie

Waar X se saak vernietig word, ly 'n vreemdeling Y geen skade nie en is daar ook nie onregmatig teenoor hom opgetree nie. Onregmatigheid is onbestaanbaar omdat Y geen reg op X se saak het nie; skade ontbreek omdat die saak nie deel van Y se vermoë vorm nie. Die raakpunt tussen die afwesigheid van onregmatigheid en van skade kan gevind word in die feit dat daar geen versteuring van Y se belange is nie (sien par 3 1 *supra*; vgl verder par 7 3 *infra*).

3 6 Onregmatigheid en skade aanwesig

In gevalle waar daar onregmatigheid en skade aanwesig is, is dit gebruikelik om te praat van skade wat uit 'n onregmatige (en skuldige) handeling spruit (sien bv Boberg *The law of delict I: Aquilian liability* (1984) 475). Hiermee word nie bedoel dat onregmatigheid (of skuld) skade kwalifiseer nie: dit dui onder meer net op skade waarvoor deliktueel vergoeding verhaal kan word in teenstelling

met skade waarvoor daar nie aldus vergoeding gevorder kan word nie (maar waarvoor bv 'n versekeraar aanspreeklik kan wees). Skade kan in ieder geval nie uit onregmatigheid "vloei" of "volg" nie want onregmatigheid kan niks veroorsaak nie omdat dit bloot 'n juridiese diagnose is (sien par 2 1 *supra*). Skade kan wel deur 'n *handeling* veroorsaak word, welke handeling regmatig of onregmatig kan wees.

4 'n Nieuwe verband tussen onregmatigheid en skade

4 1 Die siening van Van der Merwe en Olivier

Van der Merwe en Olivier 177 konstrueer 'n besonder eng verband tussen onregmatigheid en skade. Vir hulle is skade slegs daardie vermoënsvermindering wat uit 'n regskenking vloei. Hulle kies hierdie konstruksie ter wille van die identifikasie van skade "waarvan die deliktereg kennis neem" maar weier om skuld as vereiste vir skade te stel aangesien die deliktereg vir doeleindes van die interdik kennis neem van "vermoënsvermindering uit regskenking sonder meer" (*idem* 177 vn 86). Hulle siening is glo "van deurslaggewende belang...met die oog op helderheid van stelling en suiwerheid van begripsvorming".

Van der Merwe en Olivier (177) gee 'n voorbeeld van A wat B se ruit in noodtoestand stukkend slaan. B kan geen skadevergoeding van A verhaal nie omdat daar weens die noodtoestand geen juridiese vermoënsbenadeling (geen skade) vir hom ingetree het nie. Die skrywers gee te kenne dat hulle hierdeur geen onregmatigheidselement in die skadebegrip opneem nie maar bloot beklemtoon dat net soos daar geen skuld sonder onregmatigheid kan wees nie, die deliktereg slegs 'n remedie verleen waar skade uit 'n regskenking voortspruit. Hulle voeg by dat iets net 'n "element" van 'n onregmatige daad kan wees vir sover dit tot deliktuele aanspreeklikheid kan lei. Hulle waarsku ook dat 'n delikselement en sy substraat duidelik onderskei moet word: net soos 'n gesindheid nie dieselfde is as skuld nie, so is 'n vermoënsverlies nie dieselfde as skade nie. Scott (1985 *De Jure* 136) stem met hierdie standpunte saam en sê dat dit vir hom voor-die-hand-liggend is dat skade nie sonder onregmatigheid kan bestaan nie.

4 2 Kommentaar en evaluasie

Van der Merwe en Olivier se konstruksie is al aan heelwat kritiek onderwerp (sien Boberg *Delict* 470-480). Alhoewel hulle dit uitdruklik ontken, neem hulle in effek 'n onregmatigheidselement in die skadebegrip op (sien Van der Walt 1973 *THRHR* 394). Neethling, Potgieter en Visser (182) wys daarop dat die nadeel wat uit 'n regmatige handeling (bv in noodtoestand) spruit, wel skade is maar dat niemand deliktueel daarvoor aanspreeklik gehou kan word nie omdat die *ander vereistes* vir deliktuele aanspreeklikheid (onregmatigheid en skuld) ontbreek. Hulle argumenteer dat dit sinloos is om skade te omskryf met verwysing na maatstawwe wat slegs met ander delikselemente te doen het. Dit sou op dieselfde tipe fout neerkom as byvoorbeeld 'n betoog dat 'n handeling in noodtoestand geen *handeling* is nie omdat dit nie tot deliktuele aanspreeklikheid kan lei nie. Die feit van regmatigheid of onregmatigheid bepaal ooglopend nie of iemand willekeurig opgetree het nie; eweneens is dit verkeerd om van skade te vereis dat daar eers 'n *onregmatige* handeling moet wees. Dit is ook nie korrek

dat iets net 'n delikselement kan wees as dit tot deliktuele gebondenheid kan lei nie aangesien geen enkele element van die onregmatige daad op sigself tot 'n deliktuele aksie aanleiding kan gee nie: aanspreeklikheid berus juis op die gelyktydige aanwesigheid van al die afsonderlike elemente.

Van der Merwe en Olivier se standpunt dat daar 'n verskil is tussen 'n vermoënsverlies as substraat van skade en skade self, voer hulle saak nie verder nie aangesien die enigste verskil blykbaar die kwessie van regs krenking (onregmatigheid) is en hulle versuim om te verduidelik waarom die ongeoorlooftheid van 'n belangeversteuring nodig is om 'n vermoënsverlies in "skade" te verander. Die betrokke skrywers se aandrang dat hulle skade en onregmatigheid nie verwar nie, voer hulle saak nie verder nie. Die kritiek teen hulle is in hoofsaak dat hulle 'n *foutiewe verband* tussen onregmatigheid en skade lê.

Van der Merwe en Olivier se beskouing dat vermoënsvermindering uit regs krenking "voortspuit" is ook verkeerd omdat 'n regs krenking (onregmatigheid) nie iets kan veroorsaak nie (sien par 2 1 en par 3 6 *supra*). Voorts misluk hulle poging om 'n vermoënsvermindering te identifiseer "waarvan die deliktereg kennis neem" omdat hulle nie verduidelik hoe die deliktereg kennis neem van nadeel wat deur 'n onregmatige maar skuldlose handeling veroorsaak is nie – hier is geen deliktuele aksie nie en 'n interdik help tog slegs in gevalle waar skade nog nie veroorsaak is nie!

Van der Merwe en Olivier se verkeerde siening van die verband tussen onregmatigheid en skade as delikselemente doen die sistematiek van die deliktereg geweld aan en stel verkeerde vereistes vir skade.

5 'n Losse verband tussen onregmatigheid en skade

Van der Walt (*Sommeskadeleer* 241–244) aanvaar dat skade nie bloot 'n feitelike begrip is nie maar vir sover dit in die skadevergoedingsreg aangewend word, dit 'n juridiese begrip is. Hierdie normatiewiteit van die skadebegrip beteken egter nie dat dit deur middel van regs krenking omskryf word nie aangesien dit tot verwarring tussen onregmatigheid en skade aanleiding kan gee. Hy meen dus dat die feit dat die begrip "skade" in verband met die doel en werking van die stel norme bekend as die skadevergoedingsreg gebruik word, reeds van skade 'n juridiese en normatiewe begrip maak. Die reg hou uit die aard van die saak rekening met die buite-juridiese of feitelike betekenis van skade maar is nie daaraan onderworpe nie. Hy voer aan dat die probleem vir die eksponente van die "juridiese skadebegrip" nie by skade lê nie, maar by die onregmatigheidsbegrip.

Alhoewel Van der Walt se werping van die onnodig eng verband tussen onregmatigheid en skade (sien par 4 1 *supra*) korrek is, ontstaan die vraag of sy teorie nie weer 'n te losse verband impliseer nie. Hy sien naamlik die vermoë (wat as basis dien vir die omskrywing en bepaling van vermoënskade) in 'n feitlik-ekonomiese sin as bestaande uit al iemand se stoflike sake, regte of feitelike geleenthede (*Sommeskadeleer* 280). Hy verwerp uitdruklik die juridiese vermoënsbegrip (sien par 2 3 *supra*) omdat dit iemand se regsposisie met sy vermoënsposisie vereenselwig en tot norme vir skadevasstelling kan lei wat vreemd aan die skadeleer is. Vroeër (par 2 3 *supra*) het ek daarop gewys dat sy siening van die vermoë in 'n sekere sin nie duidelik genoeg van die juridiese vermoënsbegrip afgebaken is nie omdat hy ook praat van die *subjek van* byvoorbeeld 'n feitelike geleentheid en daar dus noodwendig 'n regsnorm moet

wees wat die betrokke verband tussen die regsobjek en sy belange vestig. Hoe verskil sy siening oor die vermoë dan werklik van die juridiese vermoënsbegrip?

Hoe dit ook al sy, Van der Walt se beskouing hou nie voldoende rekening nie met die feit dat onregmatigheid gewoonlik vasgestel word met verwysing na 'n belange-aantasting wat dieselfde belange verteenwoordig as waarvan die vermindering in nuttigheidswaarde as skade aangemerkt word (sien par 3 1 *supra*). Alhoewel 'n *ongeoorloofde* belange-aantasting beslis geen vereiste vir skade is nie, kan 'n individu tog slegs skade ly met verwysing na belange wat in beginsel deur die reg *vir hom* beskerm word. Waarom ly X nie skade as 'n vreemdeling Y se motor beskadig word nie? Die antwoord is eenvoudig omdat die saak nie deel van X se vermoë is nie (sien par 6 *infra*; in so 'n geval word natuurlik ook nie onregmatig teenoor X opgetree nie – sien par 3 5 *supra*). Van der Walt (*Sommeskadeleer* 282) antisipeer hierdie kritiek deur te verklaar dat 'n mens die subjektiewe posisie van die eiser vir doeleindes van skadebepaling in ieder geval los van die juridiese vermoënsbegrip kan beoordeel. Hierdie standpunt is egter nie voldoende gemotiveer nie aangesien skynbaar slegs 'n juridiese vermoënsbegrip die noodwendige verband kan lê tussen 'n subjek wat na bewering skade ly en die belange waarvan die nuttigheidswaarde aangetas is. Van der Walt versuim om presies te verduidelik wat 'n subjek koppel aan die belange waarvan die aantasting vir hom skade meebring. Dit is onvoldoende om bloot te sê dat die skadevergoedingsreg skadelike gevolg subjektief beoordeel.

Van der Walt se beskouing lei hom daartoe om te beweer dat 'n mens nie kan argumenteer dat X wat weens beserings ongeskik word om op onwettige wyse inkomste te verdien, geen skade ly nie omdat dit die idee sou voed dat skade uit regskenking resulteer (*Sommeskadeleer* 15 vn 24): Die gebruik van die “openbare beleid”-kriterium by skade kan tot gevolg hê dat 'n mens sê dat X nie skade ly nie omdat hy geen reg op die betrokke inkomste gehad het nie. Hy verwerp dus in effek ook Reinecke (1988 *De Jure* 237 vn 89) se siening dat 'n vermoënsverwachting net deel van iemand se vermoë uitmaak as dit 'n *geregverdigde* verwagting is (sien par 7 3 *infra*). (Reinecke se standpunt stel egter nie skade van onregmatigheid afhanklik nie: skade en onregmatigheid is beide afwesig maar skade is nie afwesig omdat onregmatigheid ontbreek nie.) Tog kom Van der Walt se siening op dieselfde neer want hy sien skade as die subjektief te beoordeelde gevolg van 'n gebeurtenis. X ly dus ook nie skade nie (daarby is ook nie onregmatig teenoor hom opgetree nie). Reinecke se konstruksie verduidelik egter beter waarom daar nie skade kan wees nie, naamlik omdat onwettige “verdienvermoë” net so min deel van iemand se vermoë kan wees as 'n gesteelde saak.

Bloembergen (*Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (1965) 22–23) ondersteun ook die feitelik-ekonomiese vermoënsbegrip. Hy meen gevolglik dat iemand se vermoë in juridiese sin (sy regsposisie) onveranderd kan bly terwyl daar skade is en dat daar ook skade kan wees sonder dat die juridiese vermoë geraak word. 'n Voorbeeld van die eerste geval is waar X se saak gesteel word en hy natuurlik sy eiendomsreg behou. Die tweede geval is waar 'n waardelose saak gesteel word. Reinecke (1976 *TSAR* 33) toon tereg aan dat die eerste voorbeeld misleidend is aangesien die eienaar die inhoudsbevoegdhede van sy reg kwyt is, welke feit skade uitmaak. Reinecke se kommentaar op die tweede voorbeeld is dat 'n waardelose vermoënsreg in ieder geval nie deel van die vermoë vorm nie (sien par 3 3 *supra* en par 7 4 *infra*).

6 Onregmatigheid en skade beoordeel volgens die juridiese vermoënsbegrip

Reinecke (1976 *TSAR* 33 ev; *Diktaat* hfst 3; sien ook Reinecke en Van der Merwe 1966 *THRHR* 66 ev) verwerp die idee dat skade uit 'n regskenking moet volg. Daar moet wel 'n verband wees tussen die persoon wat skade ly en die skadestigtende gebeurtenis. Die verband wat Reinecke tussen onregmatigheid en skade lê, geskied ingevolge die juridiese vermoënsbegrip (sien ook Van der Walt *Sommeskadeleer* 32 ev). Volgens hom spreek dit vanself dat 'n persoon slegs kan sê dat hy oor 'n bate beskik as hy kan aantoon dat daar 'n waardevolle betrekking tussen hom en 'n regsgoed is. As A, 'n vreemdeling, se saak vernietig word, ly B geen skade nie omdat daar geen regtens erkende verhouding tussen B en die betrokke saak is nie. Ingevolge die juridiese vermoënsbegrip word die verskillende verhoudinge wat aldus deur die reg aanvaar word, beskryf. Vermoënsverwagtinge (die verwagting wat voor die verwerwing van 'n nuwe reg bestaan dat dié reg verkry sal word) is ook deel van die vermoë mits dit onder meer nie in stryd met die reg is nie (sien Reinecke 1988 *De Jure* 237). Laasgenoemde vereiste beteken dat waar inkomste op onwettige wyse verdien word, skadevergoeding nie verhaalbaar is nie aangesien die reg nie 'n onwettige vermoënsverwagting as 'n vermoënsbestanddeel beskou nie. Die verdeling van hierdie verwagting is dus nie skade nie. Reinecke (*idem* 237 vn 89) verwerp die kritiek dat hy op sy beurt regskenking as vereiste vir skade stel (sien Van der Walt *Sommeskadeleer* 15; Neethling, Potgieter en Visser 191). Hy beklemtoon dat sy konstruksie bloot 'n bepaalde regserkende verhouding tussen 'n persoon en 'n objek vereis alvorens daar skade kan wees.

Reinecke wys ook op die inkonsekwentheid van Van der Merwe en Olivier (178) se standpunt waar hulle met verwysing na Joubert (*Grondslae van die persoonlikheidsreg* (1953) 144; sien ook Neethling *Persoonlikheidsreg* (1985) 75) beweer dat skadevergoeding verhaal word vir *vermoënskade weens aantasting van 'n persoonlikheidsreg*. Hoe spruit die vermoënskade hier uit die regskenking? Die vermoënskade kan nie in die regskenking bestaan nie aangesien dit 'n persoonlikheidsreg is wat geskend is. Dit is nie soos by saakbeskadiging waar 'n mens nog kan argumenteer dat die vermoënskade "uit die regskenking" vloei nie.

7 Verdere standpuntinname oor onregmatigheid en skade

7.1 Die betekenis van die juridiese vermoënsbegrip

Reinecke se argumente ten gunste van 'n juridiese vermoënsbegrip (sien 1976 *TSAR* 28; 1988 *De Jure* 233 ev; *Diktaat* hfst 3) bewys dat dit meer aanvaarbaar is as die beskouing van die vermoë in feitlik-ekonomiese sin. Dit beteken nie dat Reinecke se model noodwendig sonder kwalifikasie toegepas behoort te word nie maar wel dat dit die beste verklaring vir die aard en veroorsaking van vermoënskade bied. Die juridiese vermoë behoort kortweg gesien te word as alle geldwaardige belange van iemand wat die reg as beskermingswaardig beskou, hetsy ingevolge 'n subjektiewe reg of direk ingevolge die norme van die objektiewe reg. Dit is ook basies in ooreenstemming met die siening dat persoonlikheidsnadeel (die ander belangrike vorm van skade) bestaan in die afname van die nuttigheid van persoonlikheidsbelange of -goedere wat in beginsel deur die reg erken en as beskermingswaardig beskou word (ingevolge iemand se persoonlikheidsregte – sien bv Visser 1981 *THRHR* 123 ev). Die versameling van

erkende persoonlikheidsbelange kan miskien as iemand se hoogs persoonlike "vermoë" gesien word.

'n Voordeel van die juridiese vermoënsbegrip is dat dit redelike duidelikheid bring oor die verhouding tussen onregmatigheid en skade (sien ook par 3 1 *supra*). Die juridiese vermoënsbegrip baken die belange af wat die reg in beginsel vir 'n individu kan beskerm. Slegs die vermindering van die nuttigheidswaarde van sodanige belange kan vermoënskade uitmaak. Hierdie belange is egter terselfdertyd objek of deel van die objek by 'n subjektiewe reg of ander regts beskermde belang of verwagting. Onregmatigheid kom neer op die ongeoorloofde versteuring van die betrokke belange. Ingevolge die beginsels waarvolgens onregmatigheid bepaal word (sien Neethling, Potgieter en Visser 29 ev), kan dit gebeur dat 'n feitelike belangeversteuring nie ongeoorloof is nie omdat die reg die belange wat ingevolge die juridiese vermoë erken word, in die lig van omstandighede nie noodwendig in sy totale omvang beskerm nie.

7 2 Persoonlikheidsregte en skade

Die algemene beskouing (sien Neethling *Persoonlikheidsreg* 75) dat krenking van 'n persoonlikheidsreg vermoënskade tot gevolg kan hê, verskaf teoretiese probleme (sien ook par 6 *supra*). As 'n persoonlikheidsreg slegs bepaalde *persoonlikheidsbelange* as objek het en daar 'n ongeoorloofde feitelike versteuring daarvan plaasvind (onregmatige persoonlikheidskrenking), kan daar logies slegs van persoonlikheidsnadeel of nie-vermoënskade sprake wees. Enige *vermoënskade* in so 'n geval kan slegs verband hou met die moontlike skending van 'n *vermoënsreg ten aansien van die persoonlikheid*. So kan mediese onkoste weens liggaamlike beserings slegs verband hou met 'n nog ongeïdentifiseerde vermoënsreg ten aansien van die liggaam (sien *infra*). (Reinecke *Diktaat* hfst 3 systap hierdie probleem deur hierdie skade te sien as die ontstaan van 'n skuld of 'n skuldverwagting as deel van die vermoë.) As 'n persoonlikheidsreg ook vermoënsbelange omvat (sien bv Visser 1981 *THRHR* 123), is die kwessie van vermoënsverlies in samehang met die krenking daarvan verstaanbaar maar kan dit misleidend wees om dan nog van 'n *persoonlikheidsreg* te praat aangesien so 'n reg 'n gemengde aard het.

Neethling (1987 *THRHR* 316; 1990 *THRHR* 101-105) toon oortuigend aan dat by die verlies van verdienvermoë (bv die verlies van toekomstige inkomste weens liggaamlike beserings) daar 'n nuwe kategorie van subjektiewe regte ontwikkel het, naamlik *persoonlike immaterieelgoedereregte*. Hierdie regte het as objek 'n immateriële vermoënsgoed wat aan die persoonlikheid verbonde is. In die geval van liggaamlike beserings word die geldelike verlies wat veroorsaak word deur die betrokke se onvermoë om soos voorheen te werk, nie met 'n moontlike inbreuk op die reg op fisies-psigiese integriteit in verband gebring nie, maar wël met die nuut geïdentifiseerde reg op verdienvermoë. Hierdie reg het as objek bepaalde vermoëns- en persoonlikheidsbelange. Van der Merwe en Olivier 186-187 vn 28 se kritiek hierop is onaanvaarbaar omdat hulle siening onder andere die reg op fisies-psigiese integriteit oorspan deur 'n individu se verdienvermoë bloot as deel daarvan te sien. Hulle behoort te verduidelik hoe dit moontlik is dat 'n enkele reg op die liggaam so 'n wye spektrum persoonlikheids- en vermoënsbelange kan omvat.

Die afleiding is onvermydelik dat daar by alle persoonlikheidsregte wat tans erken word ook vermoënsbelange ter sprake kan kom. Weens praktiese en teoretiese redes kan dit in die toekoms nodig word om hierdie belange in te deel in 'n nuwe kategorie van regte (soos die voorgestelde persoonlike immaterieelgoedereregte).

Reinecke (1976 *TSAR* 34) se argument dat daar by die skending van 'n persoonlikheidsreg vermoënskade sonder regs krenking is, behoort nie aanvaar te word nie omdat dit in hierdie geval 'n te losse verband tussen onregmatigheid en skade veronderstel. Die deliktereg behoort 'n beter sistematiek te volg sodat dit by die vermoë van 'n persoon slegs om vermoënsbelange (wat geldwaardige persoonlikheidsbelange insluit) gaan en sodat slegs die krenking van die een of ander *vermoënsreg* ter sprake kan kom. By iemand se persoonlikheid handel dit weer net om persoonlikheidsbelange, persoonlikheidsnadeel (nie-vermoënskade) en die moontlike skending van 'n persoonlikheidsreg. Net soos die reg nie persoonlikheidsnadeel by blote saakbeskadiging aanvaar nie, behoort vermoënsnadeel by 'n krenking van 'n persoonlikheidsreg nie erken te word nie aangesien dit in werklikheid oor vermoënsbelange gaan wat beter afgebaken moet word.

7 3 *Onwettige inkomste*

Dit is bekend dat nadeel wat gely word as gevolg van die feit dat iemand weens liggaamlike beserings nie inkomste op onwettige wyse kan verdien nie, nie gedingvatbaar is nie (sien Boberg *Delict* 591; *Dhlamini v Protea Assurance Co* 1974 4 SA 906 (A)). Oor die presiese redes hiervoor is al baie bespiegel. Daar is 'n standpunt dat die element van onregmatigheid ontbreek omdat iemand tog geen reg kan hê om op onwettige wyse inkomste te verdien nie (bv Neethling, Potgieter en Visser 191). Volgens 'n ander siening gaan dit hier oor 'n vermoënsverwachting wat teenstrydig met die reg is en daarom nie deel van iemand se juridiese vermoë vorm nie; verydeling van 'n verwagting wat nie deel van die vermoë uitmaak nie, kan nie vermoënskade wees nie (sien Reinecke 1988 *De Jure* 237). Hierdie konstruksie van Reinecke het al die kritiek ontlok dat hy in dieselfde strik as Van der Merwe en Olivier (*supra*) trap en onregmatigheid as vereiste vir skade stel (sien Van der Walt *Sommeskadeleer* 15 vn 24; Neethling, Potgieter en Visser 191).

Die korrekte siening van hierdie geval blyk te wees dat sowel skade as onregmatigheid afwesig is. (In Neethling, Potgieter en Visser 191 het ek anders geoordeel en net na die afwesigheid van onregmatigheid verwys.) Iemand wat met onwettige metodes geld verdien, kan tog nie bewys dat dit deel van sy juridies relevante vermoë is nie. Die reg bepaal wat iemand se verdienvermoë as deel van sy vermoë is. Net soos elke normale persoon deur sy regtens aanvaarde verdienvermoë geld kan maak, kan bykans elkeen ook deur misdaad of ander onwettige aktiwiteite geld bekom. Onwettige aktiwiteite is nie uitoefening van die regserkende verdienvermoë nie en daarom kan belemmering daarvan nie skade wees nie. Dieselfde beginsel geld in die geval van 'n dief wat skadevergoeding wil eis weens beskadiging van die gesteelde saak. Die dief ly regtens geen skade nie omdat sy verhouding tot die saak nie die tipe verhouding is wat deur die reg erken word nie.

In die bovermelde gevalle ontbreek nie slegs skade nie, maar ook onregmatigheid. Dit is goed verstaanbaar want sowel die vermoë om geld deur onwettigheid te maak as 'n gesteelde (of vreemde) saak is nie objekte van enige

subjektiewe reg of regsbeskernde belang nie. Die afwesigheid van onregmatigheid en skade berus nie op presies dieselfde oorwegings nie. Daar word nie onregmatig opgetree nie omdat die “benadeelde” geen reg het wat geskend kan word nie; daar is nie skade nie omdat die “benadeelde” se vermoë nie aangetas word nie. Die verband tussen die twee kwessies is dat onregmatigheid *gewoonlik* net aanwesig kan wees by die (ongeoorloofde) versteuring van belange wat deel van die juridiese vermoë uitmaak (sien par 3 3 *supra* vir gevalle van onregmatigheid sonder vermoënskade). Enige argument dat daar nie skade is nie omdat dit nie uit 'n regskenking “vloei” nie, sou heeltemal verkeerd wees. Dat daar geen identifikasie van onregmatigheid en skade is nie blyk ook daaruit dat X met 'n (wettige) verdienvermoë wat in noodweer deur Y geskiet word, wel skade ly maar geen aksie het nie omdat onregmatigheid ontbreek. X se verdienvermoë en Y se regmatige optrede kan dus afsonderlik bestaan. In geval van “onwettige inkomste” is skade afwesig nie omdat daar regmatig opgetree is nie, maar omdat daar geen regserkende belange is wat in nuttigheid kan verminder nie.

Reinecke (*Diktaat* hfst 3) se argument dat daar in die geval van X wat beseer word en inkomste uit onwettige aktiwiteite verloor wel onregmatigheid is omdat sy reg op liggaamlike integriteit aangetas is, oortuig nie. 'n Handeling kan onregmatig wees met verwysing na een gevolg en regmatig met verwysing na 'n ander gevolg (Van der Merwe en Olivier 86). Die feit dat X wat onregmatig en nalatig beseer is skadevergoeding weens byvoorbeeld mediese uitgawes, pyn en lyding kan eis, beteken nog glad nie dat sy verlies aan onwettige inkomste ook onregmatig veroorsaak is (of met 'n regskenking gepaard gaan) nie.

As 'n mens die verdienvermoë sien as objek van 'n persoonlike immaterieelgoederereg, is dit nog duideliker dat skending van die reg op liggaamlike integriteit nie noodwendig hoef te beteken dat die reg op die verdienvermoë ook geskend is nie. Die korrektheid van hierdie argumente kan getoets word deur bloot te vra of X 'n reg gehad het om op onwettige wyse inkomste te verdien. Die negatiewe antwoord behoort te bewys dat daar nie sprake kan wees (ingevolge Reinecke se eie teorie) van die onregmatige aantasting van 'n regstrydige “vermoënsbelang” om onwettig inkomste te verdien nie.

Waar X wat sy inkomste op onwettige wyse verdien het, beseer word, kan hy uiteraard nie skadevergoeding verhaal vir verlies van sodanige inkomste nie maar moet die aantasting van sy *wettige* verdienvermoë steeds oorweeg word (sien Neethling, Potgieter en Visser 191; Boberg *Delict* 530–531 538–540 575–577). Die feit dat X se onwettige vermoë om inkomste te verdien nie onregmatig aangetas kan word nie, beteken derhalwe nie dat die gewraakte handeling nie wel sy *wettige* verdienvermoë kon aangetas het nie. Welke konstruksie 'n mens ook al by verlies van verdienvermoë volg (bv toekomstige verlies van inkomste weens liggaamlike beserings; die krenking van 'n persoonlike immaterieelgoedereg; die verdeling van 'n vermoënsverwagting), behoort die eiser se potensiaal om in die toekoms geld op wettige wyse te kan verdien, oorweeg te word. Vanselfsprekend sal onwettige inkomste nie as bewys van iemand se wettige verdienvermoë kan dien nie.

7 4 Onderhoud op onwettige wyse verdien

Hierdie kwessie is ingewikkelder as die geval van onwettige inkomste en verskillende benaderings is moontlik.

Reinecke (1988 *De Jure* 238) meen dat ander oorwegings as hierbo (sien par 7 3 *supra*) geld in die geval van 'n afhanklike wie se broodwinner gedood word.

Die dood van die broodwinner tas die afhanklike se reg op onderhoud aan en hy kan dus skadevergoeding eis. Die afhanklike het nie bloot 'n verwagting om onderhou te word nie, maar wel 'n deurlopende vorderingsreg. Reinecke toets hier vir skade deur te vra of die afhanklike van sy broodwinner kon verhaal as laasgenoemde niks anders as die onwettige inkomste gehad het nie. Hy meen die afhanklike sou wel kon slaag omdat die bron van die inkomste *res inter alios acta* is. Elders (*Diktaat*) voeg hy by dat by die bepaling van die waarde van die afhanklike se verlies, die onsekerhede in verband daarmee asook die moontlike wettiging daarvan oorweeg moet word.

Die bovermelde standpunte is vatbaar vir kritiek. Die afhanklike se reg op onderhoud teenoor die broodwinner hou duidelik nou verband met laasgenoemde se vermoë om die onderhoud te verskaf (sien *Santam Insurance v Ferguson* 1985 4 SA 843 (A)). Dit het die noodwendige implikasie dat die afhanklike se reg net so ver strek as die broodwinner se wettige vermoë om onderhoud te voorsien. Anders gestel, die prestasie waarop die afhanklike van die broodwinner geregtig is, is om uit wettig verkreeë inkomste onderhou te word. 'n Afhanklike kan tog geen reg hê om uit gesteelde geld onderhou te word nie. Reinecke (*supra*) se siening dat die bron van die geld waaruit die onderhoud verskaf moet word *res inter alios acta* is, kan nie korrek wees nie. Kan 'n afhanklike byvoorbeeld sy broodwinner verplig om nie-misdadige maar onwettige aktiwiteite te onderneem om die nodige geld te verdien? 'n Broodwinner kan ook geen *regspelig* hê om uit onwettige inkomste onderhoud te verskaf nie.

Waar 'n broodwinner slegs inkomste op onwettige wyse verdien het en in die toekoms sou verdien, kan daar moontlik gesê word dat geen reg van die afhanklike deur sy dood gekrenk is nie. Daar is in so 'n geval ook nie skade nie omdat die onwettige inkomste vergelykbaar is met 'n gesteelde saak waarvan die wegneem of beskadiging nie op skade neerkom nie (sien par 3 5 *supra*). Dit is egter ook moontlik (en meer realities) om te argumenteer dat daar wel regskenking is maar geen skade nie omdat die betrokke reg soos 'n waardelose saak in die vermoë van die afhanklike is (sien 3 3 *supra*). Al kan die afhanklike nie verwyrt word vir die feit dat sy broodwinner inkomste op onregmatige wyse verdien het nie, is dit die afhanklike (en nie buitestanders nie) wat die risiko ten aansien daarvan behoort te dra.

In die normale geval waar 'n broodwinner (ondanks onwettige inkomste) ook regmatige metodes gebruik het of in die toekoms kon gebruik het om die afhanklike te onderhou, kan sy dood wel as skending van die afhanklike se reg op onderhoud gesien word. Die afhanklike se skade moet dan beoordeel word in die lig van toelaatbare getuienis oor die waarde van die reg wat hy verloor het. Die waarde van sy vorderingsreg kan uiteraard net bewys word deur getuienis van hoe die broodwinner wettig inkomste verdien het of kon verdien het. Getuienis van hoe hy onwettig inkomste verdien het of kon verdien het, is irrelevant omdat dit nie die waarde van die verlore reg bewys nie, maar iets anders wat nie in die vermoë van die afhanklike kan wees nie. By skadebepaling behoort die afhanklike se eis dus gebaseer te word op die wettige verdienvermoë van die broodwinner (sien par 7 3 *supra*; Neethling, Potgieter en Visser 191-192; *Lebona v President Versekeringsmaatskappy Bpk* 1991 3 SA 395 (W)).

7 5 Regskrenking en toekomstige skade weens verlies van verdienvermoë

In *General Accident Insurance Co Ltd v Summers, Nhlumayo; Southern Versekeringassosiasie Bpk v Carstens* 1987 3 SA 577 (A) 613 sien die appèlafdeling verlies van verdienvermoë as skade wat "in die toekoms bly voortduur" en

daarom nie vergelykbaar is met skade soos wanneer 'n motor beskadig word nie. Reinecke (1988 *De Jure* 236) kritiseer hierdie stelling en vra hoe die skade in die toekoms materialiseer. Hy meen dat die eiser reeds by die pleging van die delik skade ly of nooit skade ly nie.

Reinecke se siening is onrealisties en verwar onregmatigheid en skade. As X byvoorbeeld in Mei 1991 beseer word sodat hy nooit weer kan werk nie, vind daar dadelik regs krenking plaas maar die skade tree nog nie in sy volle omvang in nie (al word die verdienvermoë as boedelbate aanvaar). Hoe ly X byvoorbeeld in Junie 1991 skade ten opsigte van die inkomste wat hy eers in Januarie 1995 sou verdien het as dit nie vir sy beserings was nie? Die verdienvermoë self maak tog nie voorsiening vir die vooruitbetaling van inkomste nie. 'n Goeie bewys dat daar wel van toekomstige skade sprake is, is dat die skadevergoedingsbedrag wat X (vooruit) ontvang vir alle skade wat in die toekoms vermag word, verdiskonteer (verminder) word tot op datum van verhoor sodat hy nie 'n onbehoorlike voordeel kry nie (sien *General Accident v Summers supra*).

Al word die verlies van verdienvermoë (en ander gevalle van toekomstige skade) as die onmiddellike verlies van 'n vermoënsverwachting gesien, hang die *inhoud* van die verwagting af van verdere gebeure in die toekoms. Skadevergoeding kan slegs bepaal word met verwysing na waarskynlike toekomstige gebeure (bv die eiser se toekomstige netto inkomste, sy gesondheid, die moontlikheid dat hy werkloos kon word ens) en dit is dus nie korrek dat daar niks in die toekoms gebeur wat die skade voltooi nie. Die feit dat 'n mens die toekomstige gebeure kan "terugdateer" tot op datum van verhoor om dit as 'n dan geldige verwagting uit te druk, verander nie die feit dat dit inderdaad in die toekoms lê nie. Die beklemtoning van 'n vermoëns- of persoonlikheidsverwachting by toekomstige skade is nuttig deurdat dit die aard en tydstip van regs krenking (onregmatigheid) omlin maar nie afbreuk doen aan die verskynsel van toekomstige skade nie.

PJ VISSER

Universiteit van Pretoria

"BINNESTANDERS" EN DIE *TURQUAND-REËL**

1 Inleiding

Hoewel gewone verteenwoordigingsbeginsels die onderbou vir verteenwoordiging in maatskappyregtelike verband uitmaak, was hierdie beginsels nie geskik om oplossings in alle gevalle van verteenwoordiging in die maatskappyereg te bied nie. Aanpassings aan en wysiging van die gewone beginsels was derhalwe noodsaaklik en gevolglik het hier 'n spruit van die verteenwoordigingsreg ontwikkel wat vandag kenmerkende of besondere verteenwoordigingsreg genoem word (Benade *Die ultra vires-leerstuk in die maatskappyereg* (LLD-proefskrif

* Dié bydrae is hoofsaaklik geskoei op 'n gedeelte uit die outeur se LLD-proefskrif *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* (UOVS 1990).

Unisa 1964) 137; Naudé *Die regsposisie van die maatskappydirekteur* (1970) 41 42; Naudé “ ’n Nuwe benadering tot die funksie van maatskappydoelstellings” 1971 *SALJ* 505; Cilliers en Benade *Maatskappyereg* (1982) 300–301; Henning “Die aanspreeklikheid van ’n beslote korporasie vir die handeling van ’n lid en enkele ander aspekte van eksterne verhoudings” 1984 *TRW* 158). Sommige van die redes vir die eiesoortige aard van hierdie verteenwoordiging is dat die leerstuk van toegerekende kennis en die *Turquand*-reël hier aanwending vind (Cilliers en Benade 301; Oosthuizen *Die Turquand-reël in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg* (LLD-proefskrif Unisa 1976) 123).

In hierdie bydrae word daar as agtergrond kortliks gekyk na die leerstuk van toegerekende kennis, die beginsel van openbaarmaking en die *Turquand*-reël. Daarna val die klem op die vraag of laasgenoemde reël op eiesoortige wyse toegepas behoort te word indien die partye wat met die maatskappy onderhandel ’n sogenaamde “binnestander” is.

2 Die leerstuk van toegerekende kennis

2.1 Samehang met die beginsel van openbaarmaking

Die leerstuk van toegerekende kennis hou regsgevolge in vir die persoon wat met die maatskappy onderhandel, veral omdat die leerstuk tot inhoud het dat dié persoon geag word onder andere kennis te dra van alle uitdruklike beperkinge in die maatskappy se openbare dokumente (kyk veral Benade *Die ultra vires-leerstuk* 139; Naudé 1971 *SALJ* 505; Oosthuizen *Die Turquand-reël* 2; Oosthuizen “Aanpassing van die verteenwoordigingsreg in maatskappyverband” 1979 *TSAR* 10; McLennan “The ultra vires doctrine and the Turquand rule in company law – a suggested solution” 1979 *SALJ* 349; Fourie “Die wisselwerking tussen Suid-Afrikaanse maatskappyeregleerstukke” 1988 *THRHR* 219). Die grondslag van die leerstuk van toegerekende kennis is die statutêr-geskepte beginsel van openbaarmaking (Cilliers en Benade 50–51; Naudé 1971 *SALJ* 506; Fourie 1988 *THRHR* 218–219; Oosthuizen 1977 *TSAR* 210; Grobler *’n Ondersoek na die voortgesette behoud van die leerstuk van toegerekende kennis in die maatskappyereg* (LLM-skripsie Unisa 1988) 10–12). Sekere inligting is naamlik publieke inligting en ter insae van enigeen wat hom op die hoogte daarvan wil stel (Stiebel “The ostensible powers of directors” 1933 *LQR* 350–351). Dat daar publisiteit aan bepaalde inligting gegee word, is aanvanklik beskou as een van die effektiëste wyses om wanpraktyke deur maatskappye aan die kaak te stel (Gower *Gowers’ principles of modern company law* (1979) 41; Hadden “The control of company fraud” 1968 (vol 34 *Broadsheet* 503 September) *Planning* 280. Vgl egter Sealy “The ‘disclosure’ philosophy and company law reform” 1981 *Company Lawyer* 53–56; Sealy *Company law and commercial reality* (1984) 17–31 41; Grobler 1 47–48). Die beginsel van openbaarmaking en die daaraan gekoppelde leerstuk van toegerekende kennis is tans belangrike boustone in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg (Cilliers en Benade 50–51).

2.2 Samehang met die Turquand-reël

’n Welbekende aanpassing aan die leerstuk van toegerekende kennis is die reël wat voortgespruit het uit *Royal British Bank v Turquand* 1843–1860 All ER 435 437F–438A. (Vir Suid-Afrikaanse gesag kyk oa *Mine Workers’ Union v Prinsloo* 1948 3 SA 831 (A) 844–850; *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd* 1961 2 SA

257 (W) 261A ev; *Levy v Zalrut Investments (Pty) Ltd* 1986 4 SA 479 (W) 487B-D.) Oosthuizen *Die Turquand-reël* 1 meld dat “[i]n sy eenvoudigste vorm” die *Turquand-reël* op die volgende neerkom:

“Enigiemand wat te goeie trou met ’n maatskappy onderhandel mag aanneem dat daardie maatskappybeamptes wat normaalweg met verteenwoordigingsbevoegdheid beklee is, behoorlik gemagtig is om namens die maatskappy op te tree en dat enige voorvereiste waarvan hul volmag afhanklik gestel is inderdaad nagekom is.” Vgl Lindgren “History of the rule in *Royal British Bank v Turquand*” 1975 *Monash University LR* 13).

In meer uitgebreide sin, en meer in die besonder in maatskappyverband, kom die reël daarop neer dat die nie-nakoming van interne voorvereistes nie deur die maatskappy as verweer opgewerp kan word om gebondenheid te ontken in gevalle waar met ’n derde onderhandel word nie (Benade “Opmerkings oor die *Turquand-reël*” 1962 *THRHR* 194; Benade *Die ultra vires-leerstuk* 139-140; Oosthuizen 1979 *TSAR* 6-7; Meskin *et al Henochsberg on the Companies Act* vol 1 (1985) 105-106; McLennan 1979 *SALJ* 344-345; Oosthuizen 1977 *TSAR* 210; Naudé “Company contracts: the effect of section 36 of the new act” 1974 *SALJ* 317; Henning 1984 *TRW* 161-162). Hierdie aanpassing aan die leerstuk van toegerekende kennis bied derhalwe beskerming aan die derde deurdat die maatskappy nie regsgevolge mag ontduik in omstandighede waar dit vir die derde feitlik onmoontlik is om vas te stel of daar voldoen is aan vereistes waaraan daar geen publisiteit verleen word nie (kyk veral *SA Securities v Nicholas* 1911 TPD 450 457 460; *TCB Ltd v Gray* 1986 1 All ER 587 (Ch) 595j; Oosthuizen “Sekerheidstelling in stryd met artikel 226 van die Maatskappywet – enkele aspekte” 1988 *TSAR* 137; Milman en Evans “Corporate officers and the outside protection regime” 1985 *Company Lawyer* 68; Pennington “Managing director by estoppel” 1964 108 *Solicitors Journal* 722). ’n Te wye interpretasie van die *Turquand-reël* kon egter die oogmerke daarmee veryd el en daartoe lei dat derdes onregverdig wye beskerming ten koste van die maatskappy geniet. Die reël is derhalwe mettertyd gekwalifiseer, naamlik dat daar nie van die beskerming daarvan gebruik gemaak mag word nie:

(a) as die persoon wat daarop wil steun, inderdaad kennis gehad het van die feit dat daar nie aan die interne voorvereiste voldoen is nie (kwalifikasie (a)) (*Howard v Patent Ivory Manufacturing Company (In re Patent Ivory Manufacturing Company)* 1888 38 ChD 156; *Mine Workers’ Union v Prinsloo supra* 845-846; *Wolpert v Uitzigt Properties (Pty) Ltd supra* 266 F-G (punt (ii)); *Levy v Zalrut Investments (Pty) Ltd supra* 487B-C); of

(b) as omstandighede bestaan het waarin van die persoon verwag kon word om verdere ondersoek in te stel na die nakoming al dan nie van die interne voorvereiste (*County of Gloucester Bank v Rudry Methyr Steam and House Coal Colliery Company* 1895 1 Ch 629 636; *Big Dutchman (South Africa) (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1979 3 SA 267 (W) 280B-C; *Wolpert v Uitzigt Properties supra* 266F (punt (iii))) en hy nie verdere ondersoek ingestel het nie (kwalifikasie (b)). (Kyk par 2 3 *infra*.)

2 3 Die begrip *Turquand-reël*

’n Belangrike vraag waaroor daar dadelik standpunt ingeneem moet word, is wat bedoel word met die begrip *Turquand-reël*. Dui dit net op die reël in uitgebreide sin (soos na verwys word in die vorige afdeling) of moet dit nog wyer

gesien word, naamlik in die sin dat kwalifikasies (a) en (b) ook deel daarvan vorm?

Daar word sterk betwyfel of aldag besef word hoe belangrik dit is om duidelik oor hierdie vraag standpunt in te neem. Word dit nie gedoen nie, praat kommentatore by mekaar verby. Die een se opvatting is byvoorbeeld so wyd as moontlik – vir hom kan dit dan ondenkbaar wees dat 'n ander nie die “Turquand-reël” (volgens lg se enger opvatting) as verklaring vir maatskappygebondenheid in gegewe onstandighede wil aanvaar nie. Só ontstaan daar misverstande en uiteindelik gee dié misverstande aanleiding tot groot verwarring tussen diegene wat die “Turquand-reël” probeer toepas. Ten einde te bepaal hoe die begrip *Turquand-reël* gebruik behoort te word, word vervolgens gekyk na die twee kwalifikasies waarna in die vorige afdeling verwys is.

Oosthuizen beskou die sogenaamde “kwalifikasies” as “uitsonderings” op die *Turquand-reël* (*Die Turquand-reël* 256 ev). Hy wys tereg daarop dat dit in werklikheid geen uitsondering op die reël is om te sê dat 'n persoon wat gewet het van die nie-nakoming van die interne voorvereiste (kwalifikasie (a)), nie op die beskerming van die reël geregtig is nie, want

“[d]ie *Turquand-reël* is 'n billikheidsreël wat die beskerming van *bona fide* derdes ten doel het. Is die ander kontraksparty bewus van die onreëlmatigheid . . . verval sy *bona fides* en plaas hy hom buite die beskermingsfeer van die *Turquand-reël*” (*idem* 256).

Hieruit blyk duidelik dat daar beswaarlik enige probleme kan wees om hierdie kwalifikasie as deel van die *Turquand-reël* te sien (al dan nie). Sodra bewys is dat die persoon bewus is van die onreëlmatigheid ('n feitlike vraag), is hy nie meer op die beskerming van die reël geregtig nie. Daar is nie tussenin-gevalle nie. Hy hét of hy het nié kennis van die onreëlmatigheid nie.

Die tweede kwalifikasie is nie so skerp omlyn nie. Daar is naamlik twee afsonderlike elemente in die kwalifikasie. Die een element is *die tipe omstandighede* wat aanwesig moet wees en die ander *die instel van verdere ondersoek*.

Dit is myns insiens logies dat indien die persoon wat op die *Turquand*-beskerming aanspraak maak, inderdaad verdere ondersoek ingestel het na die nakoming al dan nie van die interne voorvereiste, hy weer op die beskerming daarvan geregtig *kan* wees. Uiteraard sal dit nie die geval wees as hy slegs 'n halfhartige poging aangewend het om vas te stel wat die ware toedrag van sake in verband met die nakoming al dan nie van die interne voorvereiste is nie. Na die verdere ondersoek moet immers gesê kan word dat hy volwaardig op die *Turquand*-beskerming geregtig is, dit wil sê dat hy kan aanneem dat die huishoudelike bestuur van die maatskappy na behore geskied het (Oosthuizen *Die Turquand-reël* 1; Stiebel 1933 *LQR* 352).

Hierdie standpunt kom daarop neer dat dit nie die bestaan van die omstandighede as sodanig is wat die persoon die *Turquand*-beskerming ontnem nie, maar die feit dat hy *nie verdere ondersoek ingestel het nie* (kyk egter Oosthuizen *Die Turquand-reël* 270 271). So beskou, vorm kwalifikasie (b) deel van die *Turquand-reël*. Dié begrip sal vervolgens in hierdie wye sin gebruik word. Dit sou miskien gepas wees om te verwys na die *Turquand-leerstuk*, maar om doelmatigheidsredes word die begrip *Turquand-reël* gebruik.

Een van die gevalle wat genoem word as voorbeeld waar kwalifikasie (b) in werking gestel word, is as die persoon 'n “binnestander” is. Die rede vir hierdie benadering, die gevolge daarvan en die grondslag waarop dit berus, verg verdere ontleding.

3 “Binnestanders” en die Turquand-reël

3.1 Probleme met heersende opvattinge

In twee vroeëre sake, naamlik *Howard v Patent Ivory Manufacturing Company* (*In re patent Ivory Manufacturing Company*) 1888 38 ChD 156 en *Morris v Kannen* 1946 AC 495 (HL) is die *Turquand*-beskerming geweier omdat dit direkteure (“binnestanders”) was wat daarop wou steun (McLennan 1979 *SALJ* 352–353). ’n Gevolg hiervan was dat skrywers daarop begin wys het dat besondere oorwegings geld as die persoon wat met die maatskappy onderhandel ’n “binnestander” is, want soos Sealy dit stel, “if he is an ‘insider’, he may even be deemed to know about those internal matters as well” (*Company law and commercial reality* 40; *Final report of the commission of enquiry into the working and administration of the present company law of Ghana* (1961) (hierna Gower-verslag) 110). Bygevolg wys ook Suid-Afrikaanse skrywers op die besondere aanwending van die *Turquand*-reël indien dit ’n “binnestander” is wat daarop wil steun (McLennan 1979 *SALJ* 352–357; Oosthuizen *Die Turquand-reël* 174–175).

Op die keper beskou, kom hierdie argument daarop neer dat die *Turquand*-reël slegs beskerming aan buitestanders bied; die gevolg daarvan is immers dat die volle werking van die leerstuk van toegerekende kennis op “binnestanders” van toepassing is, of anders gestel, dat die “binnestander” nie op die *Turquand*-beskerming geregtig is nie. Die indruk word dus gewek dat die noue verband tussen die maatskappy en die persoon wat op die *Turquand*-beskerming aanspraak maak, *per se* stremmend op die persoon se posisie inwerk.

In *Hely-Hutchinson v Brayhead Ltd* 1967 2 All ER 14 (QB) 24D 25B–D 25F–G 26A–C word egter uitgewys dat daar omstandighede kan bestaan waarin die “binnestander” as buitestander geag word en dat hy dan weer die tipiese beskerming van die *Turquand*-reël geniet. (Vgl verder *Hely-Hutchinson v Brayhead Ltd* 1967 3 All ER 98 (CA) 102F; Milman en Evans 69; Renton *The managing director* (PhD-proefskrif Universiteit van Londen 1969) 106.) In *Hely-Hutchinson* 1967 2 All ER 14 (QB) 25H–26A word die *Howard*- en *Morris*-saak verklaar

“as decisions where, on the facts of those particular cases, the rights sought to be enforced by the plaintiffs concerned arose from acts done by them as directors which were so closely interwoven with their duties and acts as directors as to make it impossible for the directors involved to say that they were not for all purposes to be treated as possessed of knowledge of the limitations on their powers as directors”.

Uiteraard impliseer dit dat hy steeds getref word deur die werking van kwalifikasie (a).

Daar bestaan vandag twyfel oor die beginsels wat uit bogenoemde sake voortspuit: onder andere word probleme ervaar om te bepaal wie die “binnestanders” is wat nie op die *Turquand*-beskerming geregtig is nie en wat die aard van die omstandighede moet wees alvorens dié “binnestanders” weer op bedoelde beskerming geregtig sal wees (kyk oa die probleme wat McLennan 1979 *SALJ* 352–357 bespreek). Daar word aan die hand gedoen dat die meeste probleme oorbrug kan word deur slegs te let op die rede waarom die *Turquand*-beskerming in hierdie gevalle verbeur word.

3 2 Voorstelle vir 'n oplossing

Word eenmaal beseft dat die grondslag van kwalifikasie (b) is dat daar omstandighede kan bestaan waarin daar van die persoon verwag kan word om verdere ondersoek in te stel, is dit duidelik dat daar talle gevalle voorhande kan wees waarin verdere ondersoek nodig sal wees. Dit is dan nie *per se* die feit dat die persoon 'n binnestander is wat hom die *Turquand*-beskerming ontnem nie, maar die omstandighede van die besondere geval. As dit nie so was nie, sou die geval van "binnestanders" as 'n derde kwalifikasie op die *Turquand*-reël gestel moet word. Die gebruik om bogenoemde gewysdes te probeer verklaar aan die hand van die noue verband tussen die persoon wat met die maatskappy onderhandel en die maatskappy self, lei eerder tot verwarring as wat dit probleme oplos.

Uiteraard is daar besondere omstandighede in die geval van 'n binnestander soos 'n direkteur. Oosthuizen is derhalwe reg waar hy beweer dat die direkteur nie slegs maklike toegang het om te bepaal of daar aan 'n interne voorvereiste voldoen is nie, maar dat dit sy plig is om toe te sien dat dit inderdaad nagekom is (*Die Turquand-reël* 174 176 177). Daar word ook met McLennan saamgestem waar hy daarop wys dat dit soms selfs vir die direkteur uiters moeilik kan wees om vas te stel of daar wel aan sekere voorvereistes voldoen is (1979 *SALJ* 354). Hoe onrealisties dit kan wees om in alle omstandighede kennis oor interne voorvereistes aan die direkteure te wil toereken, word uitstekend deur Sealy geïllustreer. Hy wys daarop dat die paar sekondes van net voor direkteursaanstelling tot net daarna die verskil kan maak of die persoon op die *Turquand*-beskerming geregtig is al dan nie (*Company law and commercial reality* 40; vgl egter Oosthuizen *Die Turquand-reël* 177). Juis daarom verwelkom Sealy die realistieser besigheidsgerigte benadering in die *Hely-Hutchinson*-saak *supra* (*Company law and commercial reality* 40-41; vgl egter Oosthuizen *Die Turquand-reël* 175).

Dit is ook waar dat daar besondere omstandighede kan bestaan by ander binnestanders, soos ander beamptes, aandeelhouders en maatskappye in dieselfde maatskappygroep (McLennan 1979 *SALJ* 354-356). Dié omstandighede sal derhalwe deur die hof in ag geneem word by beoordeling daarvan of die persoon op die beskerming van die *Turquand*-reël geregtig is al dan nie. Dat die hof dié oorwegings in ag neem, moet egter nie op 'n ander wyse verklaar word as byvoorbeeld die geval waarin dit 'n buitestander is wat met die maatskappy onderhandel nie. Daar moet deurgaans (met binne- en buitestanders) teruggegaan word na die grondslag van *Turquand*-kwalifikasie (b). Die tipe redenasie is dan geëyk, naamlik dat die persone wat aanspraak maak op die *Turquand*-beskerming nie daarop geregtig is nie as

"[they] were put on enquiry by the circumstances of the case and were negligent in not investing the position before they . . . acted" (*Liggett (Liverpool) Ltd v Barclays Bank Ltd* 1927 1 KB 48 56).

Dit wil voorkom of hierdie benadering begin deurskemer in *Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v British Steel Corp* 1985 3 All ER 52 (CA) 78b-c waar regter Slade uitwys dat sowel die verhouding tussen die maatskappy en die persoon as die tipe transaksie as omstandighede kan dien waarin dit van die persoon verwag kan word om verdere ondersoek in te stel. Maar, sluit hy af (78c-d),

"[w]hether, in any given case, the person dealing with the company is put on inquiry must depend on all the particular circumstances" (kyk verder Milman en Evans 76).

4 Samevatting en gevolgtrekkings

Omdat publisiteit aan bepaalde inligting oor maatskappye verleen word, word persone geag hiervan kennis te dra. Hierdie twee beginsels staan onderskeidelik bekend as die beginsel van openbaarmaking en die leerstuk van toegerekende kennis. Die leerstuk van toegerekende kennis is deur die *Turquand*-reël aangepas ten einde beskerming te bied aan persone wat met die maatskappye onderhandel en vir wie dit feitlik onmoontlik is om vas te stel of daar aan sekere interne voorvereistes voldoen is al dan nie. (Met "interne voorvereistes" word bedoel voorvereistes waaraan daar geen publisiteit verleen word nie.)

Mettertyd was dit nodig om die *Turquand*-reël te kwalifiseer. Een van die kwalifikasies het tot inhoud dat indien van 'n persoon verwag word om verdere ondersoek in te stel na die nakoming al dan nie van 'n interne voorvereiste en hy nagelaat het om die ondersoek te onderneem, hy nie op die beskerming van die reël geregtig is nie. Hieruit het weer besondere beginsels ontstaan, onder andere dat daar altyd van "binnestanders" verwag kan word om verdere ondersoek in te stel.

In die *Hely-Hutchinson*-saak *supra* is daarop gewys dat omstandighede kan bestaan waarin die "binnestander" as buitestander geag word. Standpunte oor hoe die *Turquand*-reël op "binnestanders" toegepas moet word, het gevolglik begin verskil.

Om die uiteenlopende standpunte op hierdie gebied te versoen, is dit nodig om te vra waarom sekere kwalifikasies op die *Turquand*-reël nodig was. Word van dié standpunt uitgegaan, is dit onnodig om beginsels te soek wat uitsluitlik op "binnestanders" van toepassing is. Elke saak moet volgens eie meriete beoordeel word. Is dit 'n binnestander, byvoorbeeld 'n direkteur, wat op die *Turquand*-beskerming wil steun, moet daar uiteraard gelet word op aangeleenthede soos sy plig om toe te sien dat die bestuur van die maatskappysake na behore geskied en dat hy toegang het tot inligting wat normaalweg nie ter insae van die buitestander is nie. Word hierdie benadering gevolg, word standpunte versoen wat oënsynlik teenstrydig blyk te wees.

JJ DU PLESSIS

*Sentrum vir Ondernemingsreg
Universiteit van die Oranje-Vrystaat*

THE ROLE OF THE LAW IN A PERIOD OF POLITICAL TRANSITION: THE NEED FOR OBJECTIVITY*

1 Introduction: the legal system in a state of siege

South Africa is in the process of moving away from a system of apartheid towards some form of general democracy. The question to be considered is what the role and place of the legal system during this period of transition should be.

* Based on a paper read at a conference of the Institute for a Democratic Alternative for South Africa (IDASA) on "South Africa in Transition" in Port Elizabeth on 1990-06-23.

1 1 *Law as a political tool; unwarranted attacks on the legal system*

During the past two decades the South African legal system has been under attack by especially the politically frustrated left. Failure to attain political goals through the available political mechanisms has led certain individuals to resort to the use of the law as an ideological instrument to achieve such aims. In terms of this approach, party political ideas have been expressed in legal terminology or explained by means of legal theory in order to provide them with a false image of authority.

Furthermore, the legal system and the judiciary have been made the target of a politically motivated attack which should have been directed at the undesirable political order and not at the legal system. In this process lawyers have been called upon "to abandon" and "jettison" legal concepts and legal theory if these were to be found wanting according to certain political convictions (cf Corder (ed) *Essays on law and social practice in South Africa* (1988) 25). So-called liberal judges were publicly urged to resign because of their participation in what was called "an unjust legal system" (Wacks 1984 *SALJ* 266 – see Corder *op cit* (1989) 75).

1 2 *Attacks on the judiciary*

The judiciary, in particular, has been subjected to an aggressive onslaught for its supposedly executive-minded decisions which allegedly helped to uphold an undesirable political system. The courts and the law have been criticised as "ideological and repressive contributors to the maintenance of class power" (Sachs and Suttner – see Corder "The judicial branch of government: an historical overview" in Visser (ed) *Essays on the history of law* (1989) 75). Certain individual judges have been severely criticised, sometimes in a most arrogant and unfair way, for their supposed executive-mindedness (Cameron 1987 *SAJHR* 338 – see Corder *op cit* (1989) 76).

Balzac said:

"To distrust the judiciary marks the beginning of the end of society. Smash the present patterns of the institution, rebuild it on a different basis . . . but don't stop believing in it" (cited by Corder *op cit* (1989) 78).

Although the South African judiciary itself has fortunately not been destroyed, certain lawyers, by their irresponsible and wide-ranging attack on the judiciary, have caused serious harm to the trust in the courts by failing to distinguish clearly enough between the real target of attack, that is, an unwanted political system, and the legal institutions which were compelled to function in that system. And although it is alleged that the proponents of apartheid have contributed much to the cultivation of mistrust in the law and the legal process in general, the role of the critics of apartheid in the creation of a false crisis atmosphere in legal circles is conveniently ignored.

The fact that the South African government used the law in order to achieve its goals in terms of apartheid, does not, of course, imply that the legal system as a whole is illegitimate and inherently unjust or that all judges, magistrates and employees of the Department of Justice are mere puppets of a discredited political ideology. By creating the false impression that this was the case, certain lawyers have saddled the legal system and the judiciary with a responsibility which rightly belongs to the political legislative arm (cf Mendelow April 1990 *Consultus* 61).

1 3 *Law as a victim of political and ideological battle*

The legal system has been the victim of the ideological battle between the political right and left. On the one hand the law was influenced by many politically inspired apartheid measures; on the other, the legal and judicial system was unfairly made the scapegoat for an unacceptable political dispensation.

1 4 *"Political seduction of the law"*

In reality, those who condemn South African law for allegedly being a hand-maiden of apartheid, in similar fashion attempt to make the law the captive of their own political ideology. This trend echoes developments in the United States of America, well explained by Robert H Bork, former judge of the US Circuit Court of Appeals for the District of Columbia, in the introduction to his recent book, *The tempting of America: the political seduction of the law* (1990) 1:

"In the last few decades American institutions have struggled with the temptation of politics. Professions and academic disciplines that once possessed a life and structure of their own have steadily succumbed, in some cases almost entirely, to the belief that nothing matters beyond politically desirable results, however achieved. In this quest, politics invariably tries to dominate another discipline, to capture and use it for politics' own purposes, while the second subject - law, religion, literature, economics, science, journalism, or whatever - struggles to maintain its independence. But retaining a separate identity and integrity becomes increasingly difficult as more and more areas of our culture, including the life of the intellect, perhaps especially the life of the intellect, become politicized. It is coming to be denied that anything counts, not logic, not objectivity, not even intellectual honesty, that stands in the way of the 'correct' political outcome."

2 **Restoring the image of the law**

2 1 *Discard the political domination of the law*

Abuse of the law for political purposes has marred the stature, independence and neutrality of South African law. Recent and present political developments have put an end to any possible need for continuing this practice. Law must now shed the shackles of political domination. Every member of the legal profession should assist in restoring the image and rightful place of the law and in fostering respect for it.

2 2 *The South African legal system is basically sound*

It must be stressed that the basic assumption that the South African legal system as a whole has become illegitimate, is unfounded. The crisis in South Africa lies primarily in the socio-political rather than the legal sphere. To quote Mahomed J, the sound common-law content of our legal system "must not be confused with certain statutory implants" which may have produced "gross departures from the spirit and tradition" of our common law. Roman-Dutch law, which also forms the basis of South African law,

"has proved its basic soundness and practicability through the test of time in a number of countries; through analysis, dissection, debate, adaptation and application in a vast variety of human situations" ("The future of Roman-Dutch law in Southern Africa, particularly in Lesotho" 1985 *Lesotho LJ* 360).

The firm foundation of South African law, overgrown by outdated political legislation and tarnished by unreasonable criticism for political gain, must be cleared to provide a suitable basis for a future South African legal system.

1.3 *Law as a victim of political and ideological battle*

The legal system has been the victim of the ideological battle between the political right and left. On the one hand the law was influenced by many politically inspired apartheid measures; on the other, the legal and judicial system was unfairly made the scapegoat for an unacceptable political dispensation.

1.4 *"Political seduction of the law"*

In reality, those who condemn South African law for allegedly being a handmaiden of apartheid, in similar fashion attempt to make the law the captive of their own political ideology. This trend echoes developments in the United States of America, well explained by Robert H Bork, former judge of the US Circuit Court of Appeals for the District of Columbia, in the introduction to his recent book, *The tempting of America: the political seduction of the law* (1990) 1:

"In the last few decades American institutions have struggled with the temptation of politics. Professions and academic disciplines that once possessed a life and structure of their own have steadily succumbed, in some cases almost entirely, to the belief that nothing matters beyond politically desirable results, however achieved. In this quest, politics invariably tries to dominate another discipline, to capture and use it for politics' own purposes, while the second subject - law, religion, literature, economics, science, journalism, or whatever - struggles to maintain its independence. But retaining a separate identity and integrity becomes increasingly difficult as more and more areas of our culture, including the life of the intellect, perhaps especially the life of the intellect, become politicized. It is coming to be denied that anything counts, not logic, not objectivity, not even intellectual honesty, that stands in the way of the 'correct' political outcome."

2 **Restoring the image of the law**

2.1 *Discard the political domination of the law*

Abuse of the law for political purposes has marred the stature, independence and neutrality of South African law. Recent and present political developments have put an end to any possible need for continuing this practice. Law must now shed the shackles of political domination. Every member of the legal profession should assist in restoring the image and rightful place of the law and in fostering respect for it.

2.2 *The South African legal system is basically sound*

It must be stressed that the basic assumption that the South African legal system as a whole has become illegitimate, is unfounded. The crisis in South Africa lies primarily in the socio-political rather than the legal sphere. To quote Mahomed J, the sound common-law content of our legal system "must not be confused with certain statutory implants" which may have produced "gross departures from the spirit and tradition" of our common law. Roman-Dutch law, which also forms the basis of South African law,

3 The legal profession in the pre-bill-of-rights period

3 1 *The period between apartheid and democracy*

As the era of apartheid is being left behind, South Africa seems to be moving in the direction of some form of democratic constitutional dispensation which will probably include an entrenched and justiciable bill of human rights. According to the South African Law Commission, the introduction of a bill of rights will call for a completely new orientation on the part of the population, parliament and the courts (Working Paper 25 *Project 58: Group and human rights* (1989) 484). Important law reform must take place when a bill of rights comes into effect. The statute book will have to be purged of hundreds of provisions conflicting with such a bill (*idem* 485–487). The important role of the lawyer in this task is obvious. However, South Africa is still in the process of formulating a bill of rights and a constitution has yet to be negotiated. It may therefore be useful to comment briefly on the role of the legal profession during the transitional pre-bill-of-rights period, and to point out, by way of example, how the human-rights debate is presently dominated and clouded by political and ideological prejudice.

3 2 *The need for objectivity and scientific independence*

It is imperative for the legal profession to function as objectively and independently as is humanly possible during the present transitional stage of the country's constitutional development. Many aspects of the future of this country will be determined by the contents of its constitution and bill of rights, and it will be the task of jurists to draw up these documents with scientific care and in an ideologically neutral manner. Few would deny that politics (just like, for example, religion and moral values) have an important influence on law. But there is a dividing line, however difficult it may be to define, between law and politics. The intrusion of politics into the legal domain threatens and undermines the independence of the law and may lead to the law's succumbing to political bias, as pointed out by Bork J in the quotation cited above.

While the political debate is, as is to be expected, dominated by subjectivity and ideological partiality, lawyers at least should not be blinded by ideology when recommending, interpreting and formulating legal principles. As far as is humanly possible, lawyers should rid themselves of ideological prejudice, be it from the political left or right. Only then will they be in a position scientifically to evaluate and appraise constitutional and bill-of-rights proposals in the light of the dictates of sound jurisprudence and all relevant facts. For this reason the legal system must value and protect its independence.

4 Human rights: misconceptions and misrepresentations

Unfortunately the bill-of-rights debate is already being hampered by misconceptions and misrepresentations flowing from a lack of ideological objectivity. This illustrates how sound legal principle is distorted by ideological and political prejudice.

4 1 *Criticism of human rights is not necessarily right-wing inspired*

First of all, it is a misconception that criticism of aspects of human rights necessarily flows from some form of right-wing political ideology; that it amounts to a plea for the continuation of apartheid (cf eg Du Plessis "Enkele opmerkings

oor die Christelike fundering (en verwerping) van menseregte" 1990 *THRHR* 411-412). Because of this misconception, criticism of human rights is sometimes misunderstood or rejected without considering its merits. This obviously impedes debate on the issue.

4 2 *The human rights ideology is not a Christian doctrine*

A second misconception is that the human rights ideology conforms to the gospel of Christ whereas in reality they are in direct conflict with each other (cf Potgieter "Gedagtes oor die nie-Christelike aard van menseregte" 1989 *THRHR* 427 and "Menseregte: verwyder die skyn van Christelikheid ('n antwoord op professor LM du Plessis se kritiek)" 1990 *THRHR* 413 for an exposition of the non-Christian nature of human rights). The Christian gospel emphasises natural man's degenerate nature and the necessity of effective and just state control to protect law-abiding individuals; it demands crucifixion of carnal man and a holy life. Conversely, human rights are based on the false premise that man is inherently good and should therefore be granted maximum freedom from state interference in order to realise his will, an approach which has as unacceptable by-products *inter alia* an increased crime rate and moral degeneration.

Attempts to present the political human-rights doctrine as Christian echo earlier endeavours to present apartheid as a Christian system. This approach turns a political ideology into an object of faith and obscures the disadvantages of a man-made political doctrine. A political doctrine with a semblance of Christianity or religiousness enslaves its followers and makes it difficult to identify and eliminate its shortcomings.

Especially during the present period of transition, the legal profession should take care not to be enslaved by the human rights ideology but should be free also to identify and address the weaknesses of this doctrine objectively. Lawyers should resist the attempts of theologians, church leaders and colleagues to cover human rights with a false cloak of Christianity.

4 2 *Human rights is not an infallible object of faith*

Flowing from this, it must be emphasised that the human rights ideology is not an infallible object of faith and therefore free from criticism, but merely a political instrument that should be adapted to serve political and other dictates. In short: the deification of human rights should cease.

The Freedom Charter A case in point is the reverent awe in which the *Freedom Charter* of the African National Congress (ANC) has been held by many, also in the legal field (cf eg the contributions in Polley (ed) *The Freedom Charter and the future* (1989)). Despite the fact that this document, which is said to form the basis of the ANC's future proposed bill of human rights, contains a considerable number of unworkable and unrealistic provisions, it has gained an almost unassailable status, comparable to an object of religious faith. Any attempt to criticise it is considered by many to be an act of sacrilege.

Despite the undeniable political importance of the *Freedom Charter* and the laudability of some of its aims, lawyers should not be beguiled by either right- or left-wing political emotionalism when evaluating the document. One does not have to be a disciple of apartheid to appreciate that certain provisions in the *Freedom Charter* are legally speaking open to severe criticism and that their

implementation will result in an economic catastrophe and establish an outdated socialist political system. In many ways this document is just as unworkable as aspects of the apartheid system and lawyers should not hesitate to expose and reject its out-moded and potentially disastrous provisions.

4 4 *Human rights do not justify sacrificing the independence of the judiciary*

The suggestion has been made that the judiciary must become "activistic", meaning that the judiciary must replace its alleged "executive-mindedness" with "human-rights mindedness" (cf eg Basson "Die regbank en 'n menseregte-handves" in Van der Westhuizen and Viljoen (eds) *A bill of rights for South Africa* (1988) 63-86). The implementation of this preposterous suggestion may cause untold harm to the legal system. *Is it too much to ask for an objective, independent judiciary?* South Africa needs a judiciary which does not unduly favour either the executive or the individual and which, as far as is humanly possible, operates free from political and ideological prejudice in applying all the relevant legal principles to a factual situation as fairly and impartially as possible.

4 5 *Human rights do not establish Christian justice*

The concept of justice accomplished by the curbing of state power and the protection of individual rights according to the dictates of human rights ideology, is not synonymous with Christian justice. The Biblical concept of justice is defined in terms of the teachings and example of Jesus Christ as explained in the Bible. In contrast, the justice created by the liberal-Western model of human rights consists not only in the protection of individuals against arbitrary state action, but also includes the freedom of individuals to indulge in, for example, pornography, sex shops, free abortion, homosexual "marriages", euthanasia, satanism and occultism et cetera, which are obviously not consonant with the Christian concept of justice. Consequently the notion, fostered even by misguided theologians and churches, that Christian justice is necessarily served by the promotion of human rights, should be rejected. (See Potgieter 1989 *THRHR* 387; 1990 *THRHR* 413 for an exposition of the misleading role played by certain clergy, churches and lawyers in promoting the untenable idea of "Christian" human rights.)

4 6 *Incorrect view of nature of man*

The human rights ideology is based on an incorrect view of the nature of man. It over-emphasises the alleged inherent dignity of man and loses sight of his corrupt character. This misconception leads to the granting of as much personal freedom as possible with dire consequences for some individuals and the community alike. The freedom to indulge in the obscenities referred to in the previous paragraph is not viewed by decent citizens as in the interests of the individual and the community. Many lawyers in South Africa (including the South African Law Commission) are so captivated by the delusion that man is naturally good, that they fail to give sufficient attention to the realistic limitations that should be placed on human rights and freedoms (cf eg a 30 of the bill of rights proposed by the Law Commission in its *Working Paper supra* 479).

Lawyers should not believe the outdated myth that man is inherently good. Reality proves the opposite. Law is necessary because many people exhibit characteristics such as covetousness, violence, negligence, deceitfulness, lust for power, selfishness, untrustworthiness, indecency and immorality (cf Potgieter 1990 *THRHR* 417). Accordingly it is short-sighted to establish legal principles on the false premise that man is inherently good. Legal rules must be realistic and therefore the legal limitations on individual freedom formulated in a bill of rights must take account of the true degenerate nature of man.

4 7 *Balance between individual freedom and state power*

An acceptable bill of rights should ensure a proper balance between individual freedom and state power. Obviously the state should be prevented from abusing its power. On the other hand a bill of rights should not render the state powerless to protect law-abiding citizens effectively against criminals and individuals who abuse their freedom to the detriment of civilised values (Potgieter 1990 *THRHR* 421).

The South African Law Commission proposed that a liberal-Western bill of rights should be implemented in South Africa (*Working Paper supra* 471-480). It is, however, doubtful whether this model can be successfully transplanted to this country with its unique political history, its divergent population and its complex variety of traditions. The classic liberal-Western human rights model over-emphasises individual freedom at the cost of state intervention to such an extent that it is probably unsuitable for South African purposes.

Because the liberal-Western model of human rights unduly stresses individual freedom, it results in *inter alia* an increase in crime and immorality as evidenced in many Western states with a strong human rights tradition. In such a system the state is severely hampered in protecting the community against the consequences of maximum individual freedom. As the importation of the liberal-Western approach to human rights will put South-Africa on a steep and slippery track towards increased crime, spiritual bankruptcy and moral decay, it should not be implemented here.

Many proponents of the Western approach to human rights strive for as much individual freedom as possible in order to be able to fulfil their selfish (and often distasteful) desires without state interference. Such people, in a paternalistic and undemocratic way, fail to consider the inherent conservative nature and wishes of the majority of South Africans of all population groups and they should not be permitted to force their views on the future legislator.

4 8 *A bill of rights is no cure-all*

A bill of rights is not a panacea for social and political ills. An unbiased view of a bill of human rights will place necessary restrictions on the often absurd expectations raised by certain proponents of the human rights ideology (cf the *Freedom Charter* where the necessary distinction between reality and fantasy is not always taken into account).

4 9 *A unique bill of rights for South Africa*

An objective and ideologically neutral evaluation of human rights will ensure a unique bill of rights for South Africa which will guarantee just conduct by the legislature and the executive as well as the responsible exercise of individual

freedom, taking account of political and economic realities, the need for civilised standards, stability, law and order.

5 Conclusion: Rule of law, not rule of politics

South Africa is moving away from apartheid towards a new political dispensation. Lawyers will play a pivotal role during this period of transition, a task best performed free from the "political seduction of the law". The flexibility of political transition provides a unique opportunity for lawyers to contribute to the shaping of a future dispensation in an objective manner, not as servants of a political ideology, but as independent masters of their science and profession, serving justice for all. Lawyers should therefore retreat from the political and ideological battlefield in order to evaluate all political proposals critically, independently and scientifically. The concept of justice must be purged of political and ideological perversion and reshaped with reference to the history, tradition and principles of the law itself. Only in such a way can a sound legal basis be constructed to serve as a stable launching pad for a future South Africa.

JM POTGIETER

University of South Africa

DIE LEX QUAE DATA EST PRO DEBITORIBUS IN ITALIA ET SICILIA AS SKULDSTILSTANDSKEMA

Die regshistoriese onderskeid tussen algemene en individuele of spesiale *moratoria* is tradisioneel daarin geleë dat eersgenoemde verleen word aan 'n besondere gemeenskap of groep of klas persone in die algemeen, met ander woorde sonder dat 'n besondere premie van meet af geplaas word op individuele meriete en omstandighede. Die sogenaamde individuele moratorium het daarenteen slegs betrekking op 'n spesifieke individu in 'n besondere geval. Hoewel nie voorgegee word dat hierdie indeling in alle omstandighede noodwendig as sinvol aan te stip is en daarin slaag om alle oorvleuelings of anomalieë te vermy nie, het die besondere tipering en terminologie onder Romaniste 'n beduidende aanhang verwerf (bv Van Dam *De surceance van betaling* (1935) 2-3; Koersner en Rabenius *Om moratorium nagra bidrag till kannadom om des begrepp och anvandning* (1923) 1-2; Mayer "Zur Geschichte und Theorie des Moratoriums" 1915 *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche* 183; Von Oberndorff *Das vom Landesherrn oder von Staatswegen erteilte Moratorium* (1905) 1-4; Feller "Moratory legislation" 1933 *Harv LR* 1062-1063; Delprat *Surceance van betaling* (1854) 2-4; Zwaardemaker *Over surceance van betaling* (1878) 1-3; Bachmann *Fälligkeitsaufschub und Stundung im schweizerischen Bankrecht* (1941) 3-6; Van Zeben *Faillissementswet* (1986) II 1-1).

Feller (1933 *Harv LR* 1062) is van mening dat die *lex quae data est pro debitoribus in Italia et Sicilia* die eerste voorbeeld van 'n algemene moratorium in Italië bied. Dat die maatreëls vervat in die onderhawige *constitutio* minstens gedeeltelik binne die trefwydte van die geykte omskrywing van 'n algemene

moratorium tuisgebring kan word, word in die algemeen nie betwis nie (Van Dam 9; Koersner en Rabenius 2-4; Mayer 184: "Es stellt tatsächlich ein Generalmoratorium . . . dar"; Von Oberndorff 8; Feller 1933 *Harv LR* 1062; Delprat 9; Zwaardemaker 7-8). Mayer 184 en Koersner en Rabenius 2 verwys egter na 'n vroeëre voorbeeld van 'n algemene onderstand wat in ongeveer die jaar 500 ten gunste van die inwoners van 'n Italiaanse stad uitgevaardig is deur Theodorik die Grote (sien Van Warmelo *Die oorsprong en betekenis van die Romeinse reg* (1978) 168-169). Dit is derhalwe opmerklik dat Feller se beskrywing van die *lex quae data est pro debitoribus in Italia et Sicilia* nie gestaaf word deur die gesag waarop hy steun nie.

Die onderhawige *constitutio* is eers gedurende die vorige eeu ontdek en wêreldkundig gemaak deur Biener ("Nachricht über einige ungedruckte Stücke in der Wiener Handschrift von Julian's Novellen-Auszug" 1845 *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 352) as 'n tot dan toe nog ongedrukte deel van die sogenaamde Weense handskrif van die *Novellae* van Justinianus. Delprat 9 bestempel dit as "eene merkwaardige ontdekking" maar fouteer deur na die betrokke publikasie te verwys as die "*Zeitschrift für Rechtswissenschaft gerechliche*".

Aangesien dit nie deel vorm van vroeëre of alle resente weergawes van die *Novellae* nie, word die oorspronklike teks van die Weense handskrif van die *constitutio* aan die hand van die weergawe van Biener 352-354 *verbatim* verstrek:

"In nomine domini nostri iesu christi imperator cesar flavius justinianus alanicus gothicus francicus germanicus guandalicus africanus pius felix inclutus hac tryumphator augustus narsi panfronio et senatui Cum semper decursio barbarici temporis in novarum rerum et veteribus legibus occasionem prebeant Promulgandis generalibus hominum difficultatibus communi remedio subvenire necesse est Universe quidem italie nos oblata preces generaliter commoverunt feneraticis pecuniis reddendis aliquod jam rennuere postulant remedium ne per communes calamitates et reditum propriis fraudetur et debiti impossibili solutionem succumbat Talibus itaque precibus annuentes presentem legem sancimus ut per universam italiam atque pro mutuis pecuniis que usque ad nuper factam incursionem francorum data noscuntur Post redditam perfectam pacem italie expleto quinquennio tunc aut media pars credite sortis creditoribus offeratur aut medietatis sua substantie Si hoc elegerit debitor offerat creditori usuras videlicet audiet crediti usque ad completum quinquennium istis contractibus omnimodo cessantem Si qua utrum pignora pro debito data per clades italie perierunt rei communem eventum tam debitor quam creditor sentiat Ut nec creditor pro pecuniis convertiri nec debitor possit actiones exercere pigneraticas si vero pignera exstant debite etiam sortis pro integris pignoribus solatio celebretur Quod si pars pignerum salva inveniatur pro ratam portionem sortis etiam partem creditorem sequatur Si quis vero actorum pignerum magnitudinem occasionem barbarici lucri causa suppressere aut celare voluerit et hoc a debitore comprobare potuerit amisso debito pignera reddere compellatur hi vero qui necessitatem debiti facientem beneficia vel usura in capite debiti redigunt quod etiam bonis temporibus fieri leges minime patiuntur Per hanc sanctionem hujusmodi fraudulentur augmentum ita videlicet ut quiquid etiam de usuris et beneficiis confert."

Die teks is op verskeie plekke gekorrumpeer, veral die gedeeltes wat oorgedra is in die swak Latyn van die Lombardiese tydperk. Hoewel voorspel is dat 'n akkurate restituisie nie 'n maklike taak sal wees nie aangesien die moontlikheid bestaan dat daar hier en daar woorde en selfs hele reëls kan ontbreek, blyk die vordering wat in dié opsig gemaak is uit selfs 'n vlugtige vergelyking van bogenoemde met 'n meer resente weergawe van die *constitutio*, byvoorbeeld dié van Schöll en Kroll *Corpus iuris civilis III. Novellae* (1927) App viii 803.

Die *constitutio* is in die tweede helfte van die sesde eeu deur Justinianus uitgevaardig na 'n inval deur die Franke. Dit het geskied in reaksie op die

algemene ekonomiese ontwrigting en finansiële krisis wat deur die inval veroorsaak is en na aanleiding van talle petisies aan die keiser om die betaling van skulde op te skort sodat die benarde ekonomiese omstandighede nie tot gevolg sou hê dat talle persone desnoods al hul bates verloor en finansiël te gronde gaan vanweë hul onvermoë om hul skulde reëlmatig te betaal nie. Trouens, die oorlog het die vertroue in die standvastigheid van die ekonomie geskud en so veral die kredietstelsel nadelig beïnvloed. Gevolglik het skuldeisers aangedring op die onmiddellike terugbetaling van alle agterstallige lenings, selfs in gevalle waar hul self geensins in geldelike nood verkeer het nie. Vanweë die grondbeginsels van die streng verbintenisreg kon krediteure ook nie van sodanige optrede weerhou word nie (Koersner en Rabenius 2; Feller 1933 *Harv LR* 1062; Mayer 184–185).

Onderliggend aan die petisies is die gedagte dat die nut van streng handhawing van regsreëls, ontwerp vir normale omstandighede, in krisistye en derhalwe van die streng afdwinging van die regte en verpligtinge van kontrakspartye, nie kan opweeg teen die finansiële skade en ontwrigting wat daardeur veroorsaak kan word nie. Dit veral indien dit tot gevolg sal hê dat die hele landseconomie ernstig benadeel sal word vanweë die finansiële ondergang van talle betalingsonvermoënde debiteure wat in dié onbenydenswaardige posisie verkeer vanweë omstandighede buite hul beheer. So gesien, behoort die kontraproductiewe uitwerking van die slaafse toepassing van normale regsbeginsels in buitengewone ontwrigtende omstandighede ook nie te onduidelik te wees nie.

Justinianus het die meriete van hierdie gedagtegang erken en deur die *constitutio* 'n respyt aan skuldenaars verleen vir 'n tydperk van vyf jaar nadat volkome vrede herstel is, dit wil sê vanaf die jaar 555 (Mayer 186). Opmerklik in dié verband is juis die termyn van vyf jaar (*quinquennio*) wat sterk aan die latere Romeins-Hollandse *quinquenellen* oftewel *vijf jaar brieven* herinner (sien oa Mayer 187: “Wieder eine Wurzel der ‘Quinquenellen’”).

Die onderstand het slegs betrekking gehad op geldlenings wat aangegaan is tot en met die inval deur die Franke. Ander kontraktuele skulde, verpligtinge en latere transaksies is dus nie geraak nie.

Oor die posisie rakende rente bestaan daar meningsverskil. Sommige is van mening dat gekapitaliseerde rente wel by die moratoriumskema ingesluit was (Mayer 187). Ander voer aan dat veral die slotgedeelte van die *constitutio* die indruk skep dat die bedoeling was dat skuldeisers alle rente verbeur. Trouens, daar word in die slotreël benadruk dat skuldeisers die wins ontnem word wat hul uit rente op die skuld sou verkry het (Biener 354; Koersner en Rabenius 2; Zwaardemaker 8; Delprat 9).

Indien saaklike sekerheid vir 'n skuld gestel is, en die verpande saak vernietig is of te niet gegaan het in of as gevolg van die vyandelike inval, is dit as die verlies van beide die skuldenaar en skuldeiser beskou. Derhalwe kon nóg die skuldeiser aksie instel om die skuld in te vorder, nóg die skuldenaar om die verpande saak terug te eis. Is die verpande saak nie vernietig nie, moes in die geheel aan die vordering van die skuldeiser voldoen word. As slegs 'n gedeelte van die verpande saak of sake nog bestaan het, was die skuldeiser op betaling van 'n proporsionele gedeelte van die skuld geregtig (Mayer 187; Biener 352–354).

Indien enige skuldeiser met 'n bedrieglike oogmerk die omvang van die oorblywende saaklike sekuriteit verswyg het, of die verpande sake versteek het, byvoorbeeld omdat die verpande sake meer werd was as die skuld daardeur verseker, en die skuldenaar kon dit bewys, het die skuldeiser al sy regte verbeur. Hy moes derhalwe die betrokke bates aan die skuldenaar terugbesorg en was nie geregtig om aan te dring op betaling van 'n direk eweredige deel van die skuld nie.

By verstryking van die vyfjarige moratorium het die skuldenaar die keuse gehad om óf die helfte van die kapitaal te betaal óf van die helfte van sy boedel afstand te doen. Sodra hy die keuse uitoefen, het die oorspronklike *vinculum iuris* tussen skuldeiser en skuldenaar met dien in die geheel verval (Van Dam 9; Zwaardemaker 7-8; Feller 1933 *Harv LR* 1062; Biener 354; Mayer 187; Delprat 9; Von Oberndorff 8).

Dit behoort duidelik te wees dat veral laasgenoemde maatreëls nie tuisgebring kan word binne die tradisionele konteks van 'n algemene moratorium nie. Een van die *essentialia* van dié regsfiguur is juis die handhawing of instandhouding van verpligtings. Afgesien van die besondere opvatting dat 'n skuldenaar wat later presteer minder presteer (Lipman *Essai historique* 18), het 'n moratorium nie ten doel om die omvang van die verpligting te beïnvloed in die sin dat 'n gedeelte daarvan doeltreffend uitgewis word nie, byvoorbeeld dat 'n mindere bedrag as die oorspronklik verskuldigde hoofsaaklik betaalbaar is. Ook beoog 'n moratorium nie 'n *concursum creditorum* nie. Anders as *cessio bonorum* is die primêre oogmerk daarvan die behoud van die *status quo ante* (Skilton 1943 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 33) en nie 'n afstanddoening van die bates en likwidasie van die vermoë van die skuldenaar ten behoeve van sy skuldeisers nie.

As rede vir die bykomende maatreëls is waarskynlik aan te stip 'n nugter evaluering van die ekonomiese omstandighede en van die inherente beperkings van 'n blote moratorium. Die vernaamste in dié konteks is waarskynlik dat 'n algemene respyt as finansiële hulpmaatreël slegs werklik effektief is indien die tydperk van ontwrigting kortstondig is en gevolg word deur 'n periode soveel meer voorspoedig dat skuldenaars in staat is om uitgestelde verpligtinge na te kom. Voorts behoort die respyt soveel verpligtinge as moontlik, indien nie alle nie, te betrek om werklik doeltreffend te wees. Waarskynlik is besef dat 'n blote moratorium, wat boonop beperk is tot sekere geldlenings, as enigste en uitsluitlike onderstand ondienlik sou wees om die betrokke ekonomiese krisis effektief aan te spreek.

In die opsig dat 'n gedeeltelike kwytstelling of remissie by verstryking van die moratorium wel deel van die skema kon vorm, word die voorbeeld gestel deur vroeëre billikheidsmaatreëls soos die *misarum*-maatreëls, *seisachtheia* en *novae tabulae* in gedagte geroep (sien Henning 1990 *TRW* 1; 1990 *TRW* 283). In hierdie mate is elemente van hierdie deviese en ander vroeëre algemene of gedeeltelike remissies dan ook denkbaar in die *constitutio* na te speur.

Deur middel van die *constitutio* word getrag om 'n haalbare belange-afweging tussen die regte van skuldeisers en die verpligtinge van skuldenaars midde 'n ernstige finansiële krisis te bewerkstellig. Trouens, die omsigtige benadering vorm 'n skerp kontras met die bykans wispelturige eiegeregtigheid wat die latere uitoefening van die vorstelike genadereg veral gedurende die Middeleeue op die Vasteland in die reël sou brandmerk (sien oa Conrad *Die Pfändungsbeschränkungen*

zum Schutze des schwachen Schuldners (1906) 180; Bachmann *Fälligkeitsaufschub und Standung im schweizerischen Bankrecht* (1914) 6; Zwaardemaker 9; Koersner en Rabenius 2-3; Mayer 184-185).

Zwaardemaker 37-38 spreek reeds in 1878 met ietwat naïewe voorbarigheid die vertrou uit dat die tydstip voor die deur staan dat alle tipes *moratoria*, hetsy regterlik hetsy van owerheidsweë verleen, deur alle regstelsels aan die stowwerige skatkis van die verlede toevertrou sal word waar dit tuishoort. Juis die geskiedenis sou egter klinkklare bewys lewer dat hierdie aspirerende juridiese Nostradamus beide die vermoë en bereidwilligheid om ekonomiese chaos en finansiële rampspoed aan te stig, hopeloos onderskat het.

Trouens, die algemene moratorium sou gedurende die twintigste eeu veral tydens en as gevolg van die Eerste en die Tweede Wêreldoorlog weer in die Vastelandse regstelsels en die Anglo-Amerikaanse reg sterk na vore tree. So is algemene *moratoria* van die een of ander omvang gedurende die eerste helfte van die twintigste eeu ingevoer onder andere deur die Verenigde State, Brittanje, Duitsland, Frankryk, Italië, België, Nederland, Oostenryk, Swede, Switserland, Denemarke, Noorweë, Hongarye, Rusland en Australië (Van Dam 10; El'lashevich *Voyna i grazhanskii oborot (k voprosu o moratoriiakh)* (1914) 16; Jaeger *Die Kriegs-Bestimmungen zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (1915) 16-54; Roszak *Die Tragweite der Bundesratsverordnung vom 8. August 1914* (1916) 2-39; Barrault "L'application en droit international de la législation de la guerre" 1916 *Revue de droit international privé* 572; Tebutt *The moratorium under the War Precautions Acts* (1918) 1-21; Gibson en Kirkaldy *British finance during and after the war 1914-21* (1921) 3-22; Koersner en Rabenius 51-211; Kostoff *Le moratoire de guerre* (1930) 23-57; Deumer *Der private Kriegskredit und seine Organisation* (1940) 9-16; Bachmann 13; Lourenzen "Moratory legislation relating to bills and notes and the conflict of laws" 1919 *Harv LR* 324; Feller 1933 *Harv LR* 1062; Skilton "The Soldiers and Sailors Civil Relief Act of 1940" 1942 *University of Pennsylvania LR* 178-179; Jansen "Civil relief for soldiers and sailors. A critical analysis" 1941 *Illinois LR* 333-337).

In dieselfde tyd sou die algemene moratorium in die besonder sy buiging op die regstoneel in Suid-Afrika maak in artikel 5 van die Openbare Welzijn en Moratorium Wetten 1914-1919. In meer resente tye het dit weer na vore getree in die vorm van die sogenaamde "skuldstilstand" of "herskedulering" van buitelandse skulde, wat op 1 September 1985 kragtens die Wet op Betaalmiddels en Wisselkoerse 9 van 1933 uitgevaardig is (vgl Du Plessis "South Africa's foreign debt moratorium I. Exchange control. The standstill provisions" 1986 *MB* 24; Visser "South Africa's foreign debt moratorium II. Aspects of the American law of sovereign immunity, the act of state doctrine and the 1985 South African moratorium on the repayment of foreign debts" 1986 *MB* 34).

Dit wil derhalwe voorkom of in plaas van die onderskrywing van Zwaardemaker se naïewe optimisme eerder met Feller (1933 *Harv LR* 1061 1080) se nugter siening akkoord gegaan behoort te word dat

"[t]he general moratorium has been found again and again to be a necessity in critical periods. [It] has vindicated itself time and again as an indispensable instrument for the resolution of economic crises".

Ten spyte van die heel beperkte trefwydte van die *lex quae data est pro debitoribus in Italia et Sicilia* in vergelyking met die gebruikelike omvang van mo-

derne algemene *moratoria*, verdien die *constitutio* as een van die mees oorwoë en volledige, statutêr vergestalte Romeinsregtelike voorbeelde van hierdie regsfiguur, om nie in die vergetelheid te raak nie.

JJ HENNING

*Sentrum vir Ondernemingsreg
Universiteit van die Oranje-Vrystaat*

Today the expectations amongst people all over the world, and particularly in developing countries, are rising, and the judicial process has a vital role to play in moulding and developing the process of social change. The Judiciary can and must operate the law so as to fulfil the necessary role of effecting such development.

It sometimes happens that the goal of social and economic change is reached more quickly through legal development by the Judiciary than by the Legislature. This is because Judges have a certain amount of freedom or latitude in the process of interpretation and application of the law. It is now acknowledged that Judges do not merely discover the law, but they also make law. They take part in the process of creation. Law-making is an inherent and inevitable part of the judicial process.

The opportunity to play a meaningful and constructive role in developing and moulding the law to make it accord with the interests of the country may present itself where a Judge is concerned with the application of the common law, even though there is a spate of judicial precedents which obstructs the taking of such a course. If Judges hold to their precedents too closely, they may well sacrifice the fundamental principles of justice and fairness for which they stand. In a famous passage Lord Atkin, referring to judicial precedents, said:

“When these ghosts of the past stand in the path of justice clanking their medieval chains the proper course is for the Judge to pass through them undeterred”

(per The Full Bench in Zimnat Insurance Co Ltd v Chawanda 1991 2 SA 825 (ZS) 833).

VONNISSE

TERMINATION OF COPYRIGHT BY ACCESSION AND SPECIFICATION

Frank & Hirsch (Pty) Ltd v A Roopanand Brothers (Pty) Ltd 1991 3 SA 240 (D)

1 Legal theorists usually take it for granted that copyright is by nature an immaterial property right. As such it belongs to a category of "subjective" rights distinct from the categories constituted by real, personal and personality rights. (On the question of terminology, Van der Vyver prefers the term "creditors' rights" to "personal rights": "The doctrine of private-law rights" in Strauss (ed) *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (1988) 232.) In passing, it should be noted that the circle of subjective rights is not a closed one (Potgieter 1978 *THRHR* 328), and the time may well be ripe for the recognition of a fifth category – personal immaterial property rights with a person's earning power and credit-worthiness as legal objects (Neethling "Persoonlike immaterieelgoedereregte: 'n nuwe kategorie subjektiewe regte?" 1987 *THRHR* 316).

The separation of immaterial property rights from personality rights was the achievement of the German theorist Kohler. (On the evolution of the concept "immaterial property right", see Joubert *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (1953) 21–24.) It was Kohler who pointed out that the nature of rights such as copyright should be sought in the nature of the author's mental product, and not in her personality (Kohler *Deutsches Patentrecht systematisch bearbeitet unter vergleichender Berücksichtigung des französischen Patentrechts* (1878) 7 *et seq*). He regarded this product as property created and existing separately from the author's personality, and as property deserving of legal protection. Accordingly, as long as the author's activity does not extend beyond her personality (for example, where it consists only in the form of the ideas or thoughts that inspire the final work) it belongs to the domain of her personality. But once such activity assumes an individual and independent character (in other words, once these ideas and thoughts are reduced to some outwardly perceptible form), they acquire an economic value and become in themselves suitable objects for legal protection. Kohler argued that in this situation one deals with a distinct type of right – an immaterial property right. Its legal object is the mental product of the author, such as the literary or artistic work.

2 But recent judicial decisions evince a new trend: our courts are treating copyright as nothing other than a species of the real right of ownership.

The first manifestation of this trend was in *Video Parktown North (Pty) Ltd v Paramount Pictures Corporation* 1986 2 SA 623 (T). When the author of an idea expends her imagination, skill or labour to translate it into material (tactile, visible or audible) form, in which it can be communicated to others as a meaningful conception or apprehension of her mind, said Slomowitz AJ, a right or "property" in that idea immediately comes into existence (631G-H). The proprietary interest in the object of knowledge is the ownership of it, and is called "copyright". Although "ownership" would have been an appropriate label, this term has been reserved for the proprietary interest in corporeals, "by way of semantic, but not . . . legal, distinction" (631H-I).

3 Two objections have been noted to the court's identification of copyright with ownership (see Visser 1986 *Annual Survey of SA Law* 370).

3 1 The categorisation of copyright as a species of ownership denies the dual structure of copyright. Copyright grants the author exclusive but transferable exploitation rights to ensure for her a financial basis of subsistence for her creative activities or an additional income. In addition, it must ensure that the intangible interests that associate the author with her work are safeguarded. It is for this reason that copyright theory draws a distinction between the moral and exploitation (property) rights of the author. In European copyright theory it is agreed that the moral rights of the author include the right of publication, the right of recall because of change of opinion, the right to claim authorship, and the right to the integrity of the work (see Dietz *Copyright Law in the European Community* (1978) 69). In South Africa the Copyright Act 98 of 1978 protects these moral rights, with the exception of the right of recall. (Although s 20 labels the right to claim authorship and the right to the integrity of the work "residuary rights", it is proposed that they be renamed "moral rights": see clause 18 of the Copyright Amendment Bill 1992 in GN 576 of 1991 *Government Gazette* 13328 of 1991-06-28.) There are two main individual exploitation rights: the author's right to exploit her work in material form, and her exclusive right publicly to communicate her work in non-material form (Dietz *op cit* 83). The right to exploit the work in material form comprises the right of reproduction, the right of distribution, and the right of exhibition (*ibid*). The right publicly to communicate the work in non-material form, in turn, encompasses the right of recitation, performance, representation and presentation, the right of broadcasting, the right of communicating the work by means of sound or visual records, and the right of communicating broadcasts (*ibid*).

European copyright theory, as expounded by Dietz, is thus in line with the perception of copyright as a "bundle of rights", which rights are set out in the Copyright Act (per Slomowitz AJ in *Video Parktown North (Pty) Ltd v Paramount Pictures Corporation supra* 632C). As a theoretical refinement one could call the various "rights" constituting copyright "entitlements" (see Van der Vyver *op cit* 212-214 218-219; cf also Neethling "Outeursreg en persoonlikheidsregte" 1975 *THRHR* 337-340), although some property-law theorists have no objections to the description of a particular right as being constituted by a "bundle of rights" (see, for example, Honoré "Ownership" in Guest (ed) *Oxford essays in jurisprudence* (1961) 107 112-113; Lewis "The modern concept of ownership of land" 1985 *Acta Juridica* 241 243).

3 2 The so-called ownership theory, advanced to explain the nature of what are properly known as immaterial property rights, dates from the end of the

eighteenth century. It amounts to the proposition that the author of a work becomes the "owner" of the work simply because she happens to be its creator. But in a legal system that is premised on the concepts of Roman law it is misleading to deny the existence of a separate category of rights by referring to copyright as a species of ownership. Most significantly, the import of the Romanist distinction between corporeals and incorporeals lies exactly in the fact that only corporeals can be owned (Van der Merwe *Sakereg* (1989) 21 37). Hence, strictly speaking, only the term "quasi ownership", and not "ownership", can be applied with any theoretical force to incorporeals (*idem* 37). And this is certainly not only by way of semantic, and not legal, distinction, as was claimed by Slomowitz AJ in *Video Parktown North (Pty) Ltd v Paramount Pictures Corporation* (*supra* 631H-I).

That copyright and ownership are analogous in certain respects cannot be denied. But there are important differences, other than their unrelated objects. For example, unlike ownership, copyright is in principle of limited duration (on the term of copyright, see s 3(2)-(4) of the Copyright Act). And, in practice, certain unacceptable results may ensue from the identification of copyright and ownership.

4 *Frank & Hirsch (Pty) Ltd v A Roopanand Brothers (Pty) Ltd* is a telling example of the dubious results that can flow from the mindless identification of copyright and ownership. There, the applicant applied for an interdict to restrain the respondent from infringing its copyright in certain audio and video cassettes by importing them into South Africa. The tapes in question were manufactured and distributed under the trade mark "TDK" by a Japanese company. The company had entered into an agreement with the applicant in terms of which the latter was appointed the exclusive distributor of TDK tapes in South Africa. The applicant became aware of the fact that the respondent had acquired stocks of TDK tapes from a source in the Far East which had bought them from the Japanese company without any restraint on their resale. An action against respondent for unlawful competition was unsuccessful (see *Frank & Hirsch (Pty) Ltd v Roopanand Brothers* 1987 3 SA 165 (D)). To give effect to the exclusive agreement the applicant subsequently entered into an agreement with the Japanese company in terms of which the company assigned to the appellant "all its copyright in the literary and/or artistic works comprised in the get-up and trade dress of TDK tapes". An employee of the Japanese company devised a new get-up and trade dress for the tapes, which consisted of a distinctive label, containers and an insert bearing the trade mark and pictorial material. The respondent was made aware of the assignment of the copyright in the get-up, but it continued to import and sell the tapes.

The applicant contended that the importation of the tapes by the respondent amounted to direct infringement of the applicant's copyright under section 23 of the Copyright Act. Booysen J held that the application rested on section 23(2), and that the court accordingly had to construe the intention of the legislature when it enacted that copyright would be infringed by the making or importing into the Republic of an article

"the making . . . [of which] . . . would have constituted an infringement [of copyright] if the article had been made in the Republic" (244I).

5 On behalf of the applicant it was submitted that the works concerned were indeed literary and/or artistic works in respect of which copyright subsisted;

that the applicant was the owner of such copyright in South Africa; that it had not licensed the respondent or anyone else to import the tapes; that the respondent had imported the tapes and was selling them; that the making of these articles in South Africa would have constituted an infringement of the applicant's copyright; and that the respondent had the requisite guilty knowledge.

For present purposes the most important submission on behalf of the respondent was that the offending tapes were composite products of which the get-up and trade dress formed an integral part. It was argued that the get-up and trade dress were never created to have an independent existence; rather, it was clearly intended to form an integrated part of the cassette tape. Specification was said to have taken place, in that a *nova species* came into being, which product could not be reduced to its original form out of the materials without destruction, at least, of the outside wrapper. Also, to the extent that designs or writing was impressed upon the paper within the tape package and on its wrapping, it acceded to the paper and ceased to have an independent existence. The composite product is thus a cassette tape, the get-up and trade dress of which are accessory to it and which form an integral part of the composite end product. This product, so the argument concluded, was not a literary or artistic work for the purposes of the Copyright Act.

6 Booyesen J reiterated that the purpose of the law of copyright is to advance the public welfare by rewarding the talent of authors of original literary or artistic works with a limited monopoly over their works (245B, citing *Mazir v Stein* 347 US 201 219 (1954)). To this end section 6 of the Copyright Act lists the acts that are the exclusive prerogative of the owner of the copyright in a literary or musical work, while section 23(1) proscribes the doing of any of these acts by an unauthorised person. It thus follows that the copyright in a literary or artistic work is infringed by its publication or by making a reproduction or an adaptation of it without the consent of the copyright owner (245F-G). The importation of such an article for the purposes of trade would then also amount to copyright infringement (245G).

7 The judge next turned to the questions raised by the principal submission on behalf of the respondent: What is the position where a physical reproduction of a copyright work by accession becomes part of a principal thing in such a way that the resulting product is not a reproduction, publication or adaptation of the copyright work but a different thing altogether, and what if such a physical reproduction of a copyright work combines with other physical things by specification to become a new product? To the judge the answer to these questions was simple: the result of such accession or specification is not an article the making of which constitutes copyright infringement, where only the making of an accessory part of the article would have constituted an infringement (245H-I). If the legislature had had a different intention, it should have made it clear, for example, by referring to an article "or any part thereof" (245I).

On the facts before him, it seemed to the judge that the cassette tapes in question were not articles the making of which would have constituted an infringement of copyright (246B). The physical reproductions of the artistic or literary works comprising the get-up were indeed accessory to the principal things (*viz* the cassette tapes), and by accession or specification these reproductions became part of the cassette tapes (246B-C).

The application was accordingly dismissed with costs.

8 There is no need again to canvass the jurisprudential objections to the court's misconception of the nature of copyright. On a practical level, too, the judgment is open to criticism.

The effect of the *ratio* in *Frank & Hirsch (Pty) Ltd v A Roopanand Brothers (Pty) Ltd* would be to deprive the author of a copyright work of most of the protection granted her by the Copyright Act. Two examples will illustrate this point. First, say the compiler of an anthology of literature includes in her compilation substantial extracts from the literary works of other authors without their permission. Since the anthology would be a *nova species*, the copyright of the authors of the compiled extracts would be terminated. Secondly, say a new edition is published of a literary work in which the copyright has expired, and an artistic work in which copyright still subsists, is reproduced on the dust cover of the literary work. Since the literary work would be the principal thing and the dust cover the accessory, the latter would accede to the literary work. Again the copyright in the artistic work would terminate.

A consistent application of the principle enunciated by Booyesen J would thus have the effect of depriving the owner of the copyright in a work of most of the protection granted her by the Copyright Act and regulations (GN R2530 *Government Gazette* 6252 of 1978-12-22). Many of the legal provisions would lose all meaning. In the first example above, what is left of the exclusive right of the author to reproduce her literary work in any manner or form, or to publish it? (See s 6(a) and (b), read with par (a) of the definition of "infringing copy" in s 1(1) of the Copyright Act.) In the class-room situation, what of the provision in regulation 9(a) that copies of literary works may not be used to create anthologies, compilations or collective works? In the second example above, the question is again - what becomes of the exclusive right of the copyright owner to reproduce her artistic work in any manner or form, or to publish it? (These rights are enshrined in s 7(a) and (b), and are reinforced by par (a) of the definition of "infringing copy" in s 1(1) of the Copyright Act.)

9 Jurisprudential and practical problems apart, Booyesen J can also be faulted for his cavalier approach to specification. His easy assumption that the owner of the components loses his ownership in them once they have been worked upon into a new product, is unashamedly Proculian (see G 2 79; D 41 1 77; I 2 1 25). As such, it ignores the *via media* adopted by Justinian and accepted by the Roman-Dutch writers and our courts - the *specificans* acquires ownership of the new product only where the materials used ceased to exist as such and where they cannot be restored to their original form (D 41 1 77; I 2 1 25; Grotius 2 8 2-3; Voet 41 1 21; Van Leeuwen RHR 2 5 4; Huber *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 7 2; *Aldine Timber Co v Hlatwayo* 1932 TPD 337 341). It is at least arguable that the components of the "new product" before the court remained discernible, and that this consideration distinguishes such product from the highly integrated products created by the baker, carpenter and wine-presser contemplated by our common and case law.

Other problems will arise if one approaches the first problem situation posed above against the background of specification. It is still a moot point whether or not the *specificans* must act in good faith before he can claim ownership of the new product. It has been argued that *bona fides* should not be required, since the founding premiss of specification is to reward the labours of the *specificans* (Van der Merwe *op cit* 262; cf *S v Riekert* 1977 3 SA 181 (T) 182G where the

contrary was assumed but not decided). The problems this controversy can create in the copyright context are legion. To say nothing of the vexed question of compensation payable by the *specificans* to the persons deprived of their copyright (for a discussion of this issue in property law, see Van der Merwe *op cit* 262-263).

10 For our courts to jettison the theory of immaterial property rights for the outdated and discredited ownership theory would be shortsighted and an invitation to chaos. May we be spared the judicial re-inventing of the wheel.

COENRAAD VISSER
University of South Africa

MANDATUM EN MIDDELLIKE AANSPREEKLIKHEID

Eksteen v Van Schalkwyk 1991 2 SA 39 (T)

1 Inleiding

Die vraag of 'n *mandator* deur derdes vir laster deur 'n *mandatarius* aanspreeklik gehou kan word, het in hierdie saak ter sprake gekom. Regter Van Zyl het 'n regshistoriese ondersoek na die deliktuele aanspreeklikheid van lasgewer en lashebber in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg gedoen. Die saak word aan die hand van 'n oorsigtelike regshistoriese ontleding van die ontwikkelingsgang van *mandatum* en ander verbandhoudende figure bespreek.

2 Feite

Die eiser, Eksteen (E), het 'n koopkontrak vir 'n woonstelblok met die verweerder, Van Schalkwyk (V), gesluit. V het na verloop van tyd aan sy prokureur (G) opdrag gegee om die koopkontrak te kanselleer op grond van vermeende bedrieglike wanvoorstellings deur E. G het 'n brief met betrekking tot die kansellering en die redes daarvoor aan E gerig. In die brief word vermeld dat vanweë die erns van die wanvoorstelling afskrifte aan drie ander instellings (Volkswaard Eiendomsagents, Raad van Eiendomsagents en die stadsdierkundige van Parys) gestuur gaan word. (Die briewe is daarna gestuur.)

3 Betoë en bevinding

E se eis berus daarop dat die betrokke bewerings *per se* of by wyse van *innuendo* lasterlik is (41F-H). V daarteenoor beweer in sy hoofverweer dat hy nie aan G opdrag gegee het om die brief aan die drie buite-instansies te stuur nie. Sy opdrag was slegs dat die skrywe aan E gestuur moes word (41G-H). Alternatief is sy verweerder (a) dat die beweringe die waarheid en in die openbare belang en (b) dat daar sprake van bevoorregte geleentheid was (41H-I).

Die hof bevind dat publikasie geskied het en dat die dokument *per se* lasterlik was (41GJ). Bovermelde alternatiewe verweerder word verwerp (42A-B). In 'n vroeër stadium is reeds bevind dat G nie gevoeg kon word nie aangesien die eis teen hom verjaar het (41I).

Die hof moes ten slotte bepaal of V as *mandator* vir die laster aanspreeklik gehou kan word (42B). E beweer dat V weens die bestaan van 'n prinsipaal-verteenvoerwoordigerverhouding wel aanspreeklik is (42B-C). V verweer daarenteen dat die verhouding V-G dié van *mandator-mandatarius* is, dat G dus persoonlik aanspreeklik is en dat hy (V) dit nie redelikerwys kon voorsien het dat G laster sou pleeg nie (42C-D).

Na 'n ondersoek van die regsgrondslag van die prokureur-kliënt-verhouding en die vraag of 'n kliënt vir 'n prokureur se deliktuele optrede aanspreeklik is, bevind die hof dat daar 'n mandaatverhouding bestaan het (42F); dat daar geen opdrag was dat publikasie aan derdes moes geskied nie (en V dus nie 'n mededader is nie (46A-B)); en dat V as leek nie redelikerwys publikasie deur sy prokureur moes voorsien het nie (46B-D).

4 Regshistoriese oorsig

4.1 Romeinse reg

Die hof bevind met 'n beroep op *D 17 1 2* en *D 17 1 5* (inhoud van mandaat), *D 17 1 8 3* (aanspreeklikheid van *mandatarius* teen derdes) en *D 17 1 12 9*, *D 17 1 15*, *D 17 1 26 6* en *D 17 1 45* (*actio mandati contraria* van *mandatarius* teen *mandator*) dat *mandatum* (lasgewing) die regsverhouding tussen V en G beheers; dit berus op *consensus* oor die aard en omvang van die opdrag (mandaat (42F-I)). In die geval van *cognito* en *procuratio* kan 'n lashebber deur verteenwoordigingshandelinge 'n lasgewer bind (*D 3 3 1pr-1* (42I-43B)). 'n Lashebber doen in die algemeen by kontrakte persoonlike aanspreeklikheid op (*D 17 1 9* (43C-D)). Die lasgewer beskik oor 'n *actio mandati directa* teenoor die lashebber vir laasgenoemde se *dolus* en *culpa* (43D-E). (Vgl in dié verband *D 17 1 8 10*; *D 17 1 29pr*; *D 50 17 23*; *C 4 35 11, 13*; *Collatio legum Mosaicarum et Romanorum* 10 2 3 en daaroor Kaser *Römisches Privatrecht* (1989) 44 III 4.)

Die hof verwys nie na tekste oor die deliktuele aanspreeklikheid van die lashebber nie. Regter Van Zyl bevind egter dat uit die lashebber se persoonlike kontraktuele aanspreeklikheid teenoor derdes (*D 17 1 9*) afgelei kan word dat hy waarskynlik ook persoonlik deliktueel aanspreeklik gestel kan word – geen middellike aanspreeklikheid teen die lasgewer volg daaruit nie (43C-D).

Mandatum ontwikkel in die Romeinse reg as 'n *contractus consensu* – die basis vir die kontrak is wilsooreenstemming tussen die partye ('n uitdruklike afspraak is nie nodig nie – Feenstra *Romeinsrethelike grondslagen van het Nederlands privaatrecht* (1990) 148; vgl ook *Totalisator Agency Board OFS v Livanos* 1987 3 SA 283 (W) 291D-J). Die ooreenkoms berus daarop dat een party iets vir die ander doen sonder om 'n teenprestasie te verwag (Feenstra 147 noem dit 'n "ooreenkomst om niet"). Mense uit hoër stande (soos medici, advokate en onderwysers in die vrye kunste) mag geen vergoeding vir hulle professionele dienste ontvang nie; hulle mag wel 'n *honorarium* aangebied word. Dié fatsoenplig word eers in die laat-klassieke tyd (tydens die *cognitio extraordinaria*-prosedure) afdwingbaar. (Vgl Nicholas *An introduction to Roman law* (1962) 188; Buckland *A textbook of Roman law* (1963) 575; Thomas *A textbook of Roman law* (1976) 305). Die eiesoortige karakter van professionele dienste en *honorarium* onderskei *mandatum* van *locatio conductio operis* (aanbesteding).

Mandatum het nie werking teenoor derdes nie – die hoofdoel is om die afspraak tussen die partye te vestig en nie om verteenwoordiging daar te stel nie

(Kaser 44 IV). Daar ontstaan gevolglik geen regsband tussen die *mandator* en derdes tydens die uitvoering van die mandaat deur die *mandatarius* nie (*Totalisator-saak supra* 291H; *D* 17 1 26; *D* 17 1 8 3; *D* 17 1 12 9).

Die ooreenkoms berus op die partye se *bona fides* en die lasgewer kan die *actio mandati directa* ('n *actio bonae fidei*) teen die lashebber instel. Die lashebber beskik weer oor die *actio mandati contraria* waarmee hy alle uitgawes ter uitvoering van die mandaat van die lasgewer kan verhaal.

Die inhoud van die ooreenkoms word aan die hand van die opdrag bepaal en moet wettig, moontlik (Buckland 514; *D* 17 1 6 3; *D* 17 1 12 1; *D* 17 1 22 6) en nie *contra bonos mores* wees nie (*D* 17 1 6 3; *I* 3 26 7; vgl ook die *Totalisator-saak supra* 291G-H). Sou die opdrag diefstal, saakbeskadiging of die pleging van 'n *iniuria* behels, is die lashebber self aanspreeklik en het hy geen verhaalsreg teenoor die lasgewer nie (*I* 3 26 7).

Die opdrag kan uitdruklik of stilswyend wees en kan vir meerdere of bepaalde doeleindes gegee word (Buckland 514). Die *mandatarius* mag nie buite sy bevoegdheid optree nie. Hy kan slegs doen wat redelik en noodsaaklik of aanvullend tot die opdrag is (*D* 3 3 63; *D* 17 1 5 1 (*diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt*); *D* 17 1 8 3; *D* 47 2 62 5; *I* 3 26 8; Buckland 516; Thomas 306). Die *mandatarius* sal gevolglik self aanspreeklik wees vir dit wat hy buite sy opdrag doen (*I* 3 26 8; *D* 17 1 5 1; Buckland 516; Kaser 44 I 4; Thomas 307).

Aanvanklik is die *mandatarius* slegs vir *dolus* maar in die laat-Republiek ook vir growwe nalatigheid teenoor die *mandator* aanspreeklik. Tydens die Justiniaanse reg is hy ook aanspreeklik vir *culpa lata* en *culpa levis* (*D* 17 1 8 10; *D* 17 1 8 29^{pr}; *D* 47 2 62 5; *D* 50 17 23; *Collatio legum et Mosaicarum* 10 2 3 (vgl Kaser 44 I 4); Buckland 516; Thomas 307). Indien die *bona fides* tussen die twee partye verbreek word, is dit 'n delik en word die betrokke party met *infamia* getref (Kaser 36 III 2).

Aanvanklik ken die Romeinse reg nie verteenwoordiging as regsinstelling nie: *alteri stipulari nemo potest* (Buckland 708-710; Feenstra 148 260-261; Van Zyl *Geskiedenis en beginsels van die Romeinse privaatreë* (1977) 263). Met verloop van tyd ontstaan daar 'n aantal uitsonderings op dié algemene reël. In die geval van die *filiusfamilias* en slawe kan die *paterfamilias* of meester met die *actiones adiecticiae qualitatis* aanspreeklik gehou word waar 'n vermoë (*peculium*) met die oog op handeldryf aan die seun/slaaf verskaf is (Feenstra 258-259; Kaser 49I; Van Zyl 263-265; Nicholas 203; Thomas 308-309; Buckland 519). Twee verdere aksies (die *actio institutoria* en *actio exercitoria*) word verleen waar 'n seun of slaaf of selfs 'n onafhanklike (*sui iuris*) derde as besigheidsbestuurder of skeepskaptein opgetree het (Van Zyl 265; Buckland 708-709; Feenstra 257-260; Kaser 49 II 4; Nicholas 203).

Prosesregtelik kan 'n *procurator* of *cognitor* ook *ad hoc* verteenwoordigingshandelinge uitvoer (Van Zyl 266; Buckland 708-710). Met verloop van tyd kan 'n *procurator* as vermoënsbeheerder optree (Van Zyl 266; Feenstra 256-257). Ook die *tutor* (voog) en die *curator* (kurator) kan regshandelinge namens die persoon onder hulle gesag aangaan (Van Zyl 266; Buckland 142-165 710-711; Feenstra 261).

Indirekte verteenwoordiging kom voor waar die *mandatarius* opdrag ontvang het om 'n kontrak met 'n derde te sluit (welke regsband dan slegs tussen die derde en die *mandatarius* ontstaan het). Hoewel vrywaring van aanspreeklikheid

van die *mandator* verkry kan word, is die *mandatarius* steeds persoonlik teenoor die betrokke derde aanspreeklik (Buckland 519; De Smidt *Compendium van de geschiedenis van het Nederlands privaats recht* (1977) 102; Van Zyl 266).

Volgens Feenstra (260) is daar in die Justiniaanse reg 'n neiging om verteenwoordiging ook in ander gevalle toe te laat. So kan 'n prinsipaal self ook soms aanspreeklikheid met die *actio quasi institutoria* teenoor 'n derde oploop (bv op grond van verryking of na ratifikasie van die betrokke regshandeling). Daarenteen kan hy vanweë die *nemo alteri stipulari*-reël slegs in daardie gevalle waar hy vermoënsverlies weens die insolvensie van sy bestuurder (*institor*) sou ly, vorderingsregte verkry. Besitsverkryging (en latere eiendomsverkryging) kan wel deur middel van *sui iuris* tussenpersone in die Justiniaanse reg geskied (Feenstra 261).

In sekere gevalle kan 'n persoon vir die deliktuele optrede van derdes verantwoordelik gehou word. In hierdie verband word 'n onderskeid gemaak tussen noksale en *quasi*-deliktuele aanspreeklikheid. Aksies (voorlopers van middellike aanspreeklikheid) kan teen die vader/meester (*actio noxalis*) asook teen die eienaar van 'n dier (*actio de pauperie* en *actio de pastu*) weens skade onderskeidelik deur die seun/slaaf of dier aangebring, ingestel word (Van Zyl 352–353; Kaser 50 III 4b; Feenstra 154; Thomas 381–383).

Volgens Justinianus is daar verskeie *quasi delicta* waar 'n bepaalde persoon vir handeling van 'n derde aanspreeklik gehou kan word, naamlik *nauta* (skeeps-kaptein), *caupo* (herbergier), *stabularius* (stalhouer), *res deiectae vel effusae* (voorwerpe uit geboue gewerp of gegiet), *res suspensae vel positae* (neerstorting van hangende of opgestelde voorwerpe) en *iudex qui litem suam fecit* (onbillike vonnis weens opset, nalatigheid of onkunde van 'n regter). (Vgl van Zyl 347–348; Thomas 377–380; Feenstra 166; Kaser 51 VI.)

4 2 *Middeleeuse reg*

Die middeleeuse skrywers gee weens die uitbouing van die verteenwoordigingsfiguur relatief minder aandag aan *mandatum*. Die begrip *procurator* as tussenpersoon tussen opdraggewer en 'n derde geniet in die middeleeue wye aanwending. Bartolus onderskei tussen lasgewing en volmag. Eersgenoemde is die mandaat sonder vergoeding (*Innenverhältnis*) en laasgenoemde die met vergoeding (*Außenverhältnis*). Die glossatore verskil oor die vraag of die opdraggewer deur die tussenpersoon kontraktuele verpligtinge kan oploop en regte verkry. (Vgl in hierdie verband Feenstra 261–262 wat vermeld dat die tussenpersoon die opdraggewer se naam moet openbaar het.) Volgens Wesenberg-Wesener (*Neuere Deutsche-Privatrechtsgeschichte* (1976) 41) word verteenwoordiging op 'n wyer grondslag as in die Romeinse reg toegelaat; veertien werklike en vermeende uitsonderings op die *nemo alteri stipulari potest*-reël word toegelaat. (Sien ook De Smidt 103.)

Weens die kanoniekregtelike benadering dat alle ooreenkomste in beginsel afdwingbaar is (*pacta sunt servanda*), is in 1348 in Spanje verklaar dat alle kontrakte in die naam van 'n derde gemaak ten volle geldig is. Dié reël het ook buite Spanje aanwending gevind en word deur die oud-Nederlandse skrywers aangehaal (Feenstra 262).

Teen die einde van die tydperk van geleerde reg (\pm 1 500) geniet die Romeinsregtelike verbod op verteenwoordiging nie meer so sterk aanhang nie. Daar

word nogtans aanvaar dat slegs as derdes daartoe toestem, die opdrag teenoor hulle gelding kan hê. Daar was egter geen algemene grondslag vir die gevolge van verteenwoordigingshandeling nie (vgl Wesenberg-Wesener 114).

4 3 Na-Middeleeuse reg

Een van die belangrikste kenmerke van die natuurreg is die ontwikkeling van algemene beginsels as grondslag vir 'n universeel toepaslike regstelsel. In dié verband speel die totstandkoming van regsverhoudinge tussen die prinsipaal en derdes *inter se* 'n belangrike rol. Die proses vind sy eindontwikkeling in die Pandektewetenskap.

Die Romeins-Hollandse skrywers gee naas 'n uiteensetting van verteenwoordiging en die beding ten behoeve van 'n derde (vgl Voet *Observationes ad Hugo Grotionis manudictionem* 3 12 en *Commentarius ad Pandectas* 17 1 9; die *Eksteen*-saak 44B-C) 'n uitvoerige bespreking van *mandatum*. *Mandatum* speel 'n al hoe belangriker rol in die Nederlandse regspraktyk aangesien 'n uitgebreide hofstruktuur met professionele juriste (as regters en regsverteenwoordigers) tot stand gekom het.

4 3 1 Natuurreg en Pandektewetenskap

Die natuurreg (veral De Groot) gee algemene erkenning aan direkte (onmiddellike) verteenwoordiging. Dit bring 'n regsband tussen die prinsipaal (opdraggewer) en die derde mee (sonder enige gebondenheid vir die verteenwoordiger); daarteenoor bring by indirekte (middellike) verteenwoordiging (*mandatum*) die uitvoering van die opdrag slegs 'n regsband tussen die derde en die opdragnemer (*mandatarius*) tot stand (De Smidt 102; Wesenberg-Wesener 136). Die natuurreggeleerde Wolf lei gevolge vir verteenwoordiging uit die Romeinsregtelike *mandatum*-verhouding af, terwyl Von Zeiller 'n duidelike onderskeid tussen die hierbovermelde *Aussen-* en *Innenverhältnisse* (mbt volmag en lasgewing) maak ten einde die regte en verpligtinge van die onderskeie partye te bepaal (sien Wesenberg-Wesener 136).

Die Pandektiste lê die grondslag vir die moderne verteenwoordigingsinstelling en onderskei dit van die lasgewingssooreenkoms (De Smidt 103).

4 3 2 Romeins-Hollandse reg

Verskillende aspekte van *mandatum* is deur die Romeins-Hollandse skrywers beklemtoon:

(a) *Wettigheid* De Groot in sy *Inleydinge tot de Hollandsche regtsgeleerdheid* 3 12 2-3 beklemtoon die vereiste dat die *mandatum* kragtens sowel die burgerlike reg as die natuurreg wettig moet wees. Groenewegen in sy kommentaar op *Inleydinge* 3 12 beklemtoon die wettigheid van die opdrag en die verbod om buite die grense daarvan op te tree. Ook Van Leeuwen (*CF* 4 24 6; sien ook *RHR* 4 26 7) stel eerlikheid en wettigheid (*honesta et licita*) as vereistes; 'n *res turpis* of 'n *res prohibita* bring geen mandaat tot stand nie. Van der Keessel in sy *Praelectiones iuris hodierni* 3 12 3 wys daarop dat skandelige lasgewing in die Romeinse reg ontoelaatbaar was. Hy onderskei tussen lasgewing vir 'n ongeoorloofde doel en ongeoorloofde lasgewing vir 'n geoorloofde doel. Van der Linden

(*Koopmans handboek* 1 15 14) meen dat dit 'n wesenskenmerk van die *mandatum*-verhouding is dat die opdrag nie strydig met die wette (waarskynlik wetgewing en gemenerereg) of die goeie sedes mag wees nie.

(b) *Aanspreeklikheidsmaatstaf* Schorer (*Aanteekeningen op Inleydinge* 3 1 8) wys daarop dat die lashebber vir alle skade veroorsaak deur sy *culpa levis* en *culpa levissima* (aller geringste misgreep) teenoor die lasgewer aanspreeklik is. Voet (*Observationes ad Hugo Grotionis manudictionem* 3 12) gee 'n uiteensetting van die reg om skade (gely tydens die uitvoering van die opdrag) *ex bono et aequo* van die lasgewer te verhaal.

Net soos Groenewegen (op *Inleydinge* 3 12) meen Van Leeuwen (*CF* 4 24 8) dat die opdragnemer *diligenter* moet optree; hy is aanspreeklik vir *dolus* en alle vorme van nalatigheid (*culpa lata*, *culpa levis* en *culpa levissima*). Die *mandatarius* moet binne die grense van die mandaat optree; persoonlike gebondenheid tree in waar hy dit (in die afwesigheid van 'n verdere spesiale mandaat (Van Leeuwen *RHR* 4 26 2, 6) te buite gaan (Huber *Hedendaegse rechtsgeleertheit* 3 12 24, 26). Van der Keessel (*Praelectiones iuris hodierni* 3 12 8 – met 'n beroep op *Hollandsche consultatien* 6 1 85) wys daarop dat aanspreeklikheid selfs in gevalle van *culpa levissima* ontstaan. Schomaker daarenteen brei die aanspreeklikheid van die lasgewer uit: het hy geweet dat die lashebber die mandaat oorskry, en dit nie openlik weerspreek nie, word hy gebonde gehou asof die lashebber wel binne die mandaat opgetree het (*Consilia et responsa* 1 6 19–20).

(c) *Deliktuele aanspreeklikheid* In navolging van die Romeinse reg erken Voet (*Observationes ad Hugo Grotionis manudictionem* 3 38 10; sien ook *Commentarius ad pandectas* 9 4 10) die middellike aanspreeklikheid van 'n vader/meester vir die delikte van seuns, knegte en diensmeisies sover hulle óf ter uitvoering van hulle plig of diens óf kragtens sy opdrag onregmatig gehandel het. (Waar hy dit kon verbied het maar dit nie gedoen het nie, is hy ten volle aanspreeklik; in ander gevalle slegs vir die omvang van die loon.) Hy erken ook die Romeinsregtelike *nauta*-geval (*Obs* 3 38 18–22). Dié soort aanspreeklikheid is in die Romeins-Hollandse reg uitgebrei tot diegene wat linne bleik en huurders van duine (*idem* 3 38 10).

Ten aansien van *mandatum* bevestig Vinnius (*Commentarius in quatuor libros Institutionum* 3 27 7 2 (eintlik op *I* 3 26 7); sien ook die *Eksteen*-saak 44D–E) dat die *mandatarius* en die *mandator* as mededaders vir delikte ter uitvoering van 'n mandaat (wat *contra bonos mores* is) beskou word. Hy vermeld in dié verband doodslag, verwonding en laster (*contumelia*); geen *actio mandati* kan hieruit ontstaan nie, maar die mededaders is op grond van delik aanspreeklik. Vinnius verwys na 'n beslissing van die Grote Raad van Mechelen ter beantwoording van die vraag of beide partye vir doodslag aanspreeklik is waar daar opdrag vir verwonding gegee is, maar die lashebber die betrokke derde gedood het. Volgens dié Mechelen-uitspraak moet so 'n mandaat met 'n *poena extraordinaria* gestraf word. Daarnaas moet in die geval van sulke ernstige vergrype nie net gevra word of die gevolg (soos beoog in die opdrag) bereik is nie, maar ook watter ander verbandhoudende handeling plaasgevind het. 'n Straf soos deur die regbank bepaal (*poena arbitraria*), word daarna opgelê. (Groenewegen *De legibus abrogatis* op *I* 3 26 bespreek nie deliktuele aanspreeklikheid nie.)

Voet (*Commentarius ad pandectas* 17 1 6; vgl die *Eksteen*-saak 43F–J) toon aan dat die lashebber en lasgewer as mededaders vir delikte (en misdrywe) wat

kragtens 'n *mandatum* gepleeg is, beskou word. Elkeen word afsonderlik aanspreeklik gehou; sowel 'n openbare straf (*poena publica*) as 'n bedrag ter vergoeding kan deur die hof opgelê word. Van Leeuwen (CF 4 24 7; vgl ook die *Eksteen*-saak 44E-F) toon aan dat die Hollandse reg aanvaar dat beide lashebber en lasgewer vir die uitvoering van 'n onwettige mandaat (bv verwonding) aanspreeklik gehou word. Het die *mandatarius* egter die grense van die (onwettige) mandaat oorskry (bv moord ipv aanranding), is slegs hy daarvoor aanspreeklik. (Hy verwys na dieselfde gesag as Vinnius - lg word nie as bron aangehaal nie.)

Huber volg 'n tweeledige benadering: enersyds sê hy dat waar opdrag tot die pleging van 'n delik gegee is, die lashebber en lasgewer as mededaders beskou word (HR 3 12 22; die *Eksteen*-saak 44G); andersyds huldig hy die standpunt dat waar iemand tydens die uitvoering van 'n onwettige mandaat per abuis gedood is, lasgewer en lashebber in gelyke mate gebonde is. As die lashebber egter opsetlik dié opdrag oorskry deur die betrokke derde te dood, is die opdraggewer slegs vir die mandaat aanspreeklik (HR 3 12 23).

'n *Mandator* kan volgens Van der Keessel (*Praelectiones iuris hodierni* 3 12 3) nie 'n ongeoorloofde daad (sonder sy toestemming gepleeg) *ex post facto* ratifiseer nie, en kan dus ook nie as medepligtige of mededader daartoe beskou word nie.

(d) *Aanspreeklikheid van regsverteenwoordigers* Na aanleiding van Pieter Bort (*Nagelaten werken* Obs 1 3 1) bepaal die Hollandse prosesreg dat alles wat skriftelik of mondeling deur 'n prokureur en advokaat in die teenwoordigheid van sy opdraggewer gepleit word, geag word die woorde van laasgenoemde te wees; geskied dit egter in sy afwesigheid, moet daar 'n spesiale opdrag in die verband wees (met 'n beroep op oa D 11 1 6 4; D 42 2; C 2 9 4; Carpzovius *Definitiones forenses* 1 1 4 4, 1 1 19, 1 1 21-22, 1 1 30). 'n Regsverteenwoordiger wat tydens 'n verhoor sonder goeie bewys *qualike* stellings maak (*irreverrentelik ende met ongebonden woorden haare zaaken vertoonen*), word met 'n geldboete gestraf (Merula *Manier van procedeeren* 4 17 8). Slegs met 'n beroep op plaaslike verordeninge en gewoontereg wys Schrassert (*Codex Gelro-Zuifpanicus sv Advocaten* 7-8) daarop dat advokate hulle van alle skriftelike en mondelinge *injurie en kwade bejegeningen* moet weerhou; hulle word voorts vir krenkende stellings wat in opdrag van prokureurs gemaak is, met die *actio iniuriarum* aanspreeklik gehou; niks smadelik mag bowendien oor hofuitsprake gesê of geskryf word nie (*idem* 9; vgl verder Schorer *Aanteekeningen op De Groot* 651-652). Schomaker toon aan dat regsverteenwoordigers hulle van *injurieuse en indecente termen en contumelia* moet weerhou (*Consilia et responsa* 1 59 19, 21; 4 14 1-2 - oortreding hiervan resulteer in bestraffing deur die hof). Oorbodige, onnodige en dreigende stellings (Strubberg *Overijsselsch advijsboek* 2 59) asook skeltaal moet vermy word (Van der Linden *Form van procedeeren* 8 6).

4 4 Suid-Afrikaanse reg

D 17 1-5 (opdragnemer mag nie grense van mandaat oorskry nie) is in *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A), *Nel v SA Railways and Harbours* 1924 AD 30 en *Turkstra v Kaplan* 1953 2 SA 300 (T) gebruik ten einde die toepassingsgebied van *mandatum* tot ander regsgebiede uit te brei. Waar 'n *mandatarius* 'n gedeelte van sy opdrag deur 'n derde laat uitvoer (selfs met die stilsyende toestemming van die *mandator*), kom daar nie 'n *mandatum*-verhouding tussen die derde en die oorspronklike *mandator* tot stand nie (*Turkstra*-saak *supra*

302D–304H). In die *Braun*-saak *supra* 862H wys die hof daarop dat die glosatore *D* 17 1 5 gebruik het om die omvang van ’n testamentêre opdrag te bepaal (sien *D* 36 2 26 1 mbt die bevoegdheid van ’n derde wat ingevolge ’n testament die opdrag ontvang het om ’n geldbedrag in veilige bewaring te hou, jaarliks rente daarop aan ’n erfgenaam te betaal en by bereiking van 25-jarige ouderdom die volle bedrag aan ’n erfgenaam uit te keer). In die *Nel*-saak *supra* 36–37 is die Romeinsregtelike oorskrydingsverbod ook op die verteenwoordigingskontrak van toepassing gemaak.

Dit blyk uit die *Totalisator*-beslissing *supra* 290J–291C dat daar algemene verwarring oor die betekenis van *agency* en *representation* bestaan. *Agency* in wye sin omvat alle handelinge waar daar van ’n tussenpersoon gebruik gemaak word; in eng sin behels dit die Romeinsregtelike *mandatum*. Volgens die hof (292C–E) is die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot *mandatum* dieselfde as die Romeinse en Romeins-Hollandse reg. Joubert (“Mandate” 17 *LAWSA* 3–20) onderskei in sy uiteensetting van die Suid-Afrikaanse reg tussen *mandatum*, *locatio conductio operarum* (dienskontrak), *locatio conductio operis* (aanbesteding), volmag en verteenwoordiging. By mandaatooreenkomste kom daar slegs ’n regsverhouding tussen die opdraggewer en -nemer tot stand; by verteenwoordiging is daar sprake van regshandelinge wat deur ’n verteenwoordiger namens ’n prinsipaal met ’n derde gesluit word. Die omvang van die opdrag (telkens met verwysing na die ooreenkoms tussen die partye en die feite) mag nie oorskry word nie (dit kan egter later geratifiseer word). Anders as in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg berus aanspreeklikheid volgens hom op die mate van sorg wat die redelike man in die besondere geval aan die dag sou gelê het. Waar die uitvoering van ’n opdrag besondere kennis, vaardighede en kwalifikasies vereis, word die *mandatarius* by gebrek daaraan persoonlik vir gevolgskaade aanspreeklik gestel.

Die verhouding tussen prokureur en kliënt word in navolging van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg as dié van *mandator-mandatarius* beskryf (*Eksteen*-saak *supra* 45C met verwysing na *Goodricke & Son v Auto Protection Insurance* 1968 1 SA 717 (A) 722H en Joubert “Die kontraktuele verhouding tussen professionele man en kliënt” 1970 *Acta Juridica* 9–30).

In *Bikitsha v Eastern Cape Development Board* 1988 3 SA 522 (OK) 527I–528F word beslis dat die bestaan van ’n algemene mandaat nie ’n prokureur magtig om tot nadeel van sy kliënt te handel nie: “[F]or acts of great prejudice an attorney needs a special mandate” (527I). (Die hof verwys na *De Vos v Calitz and De Villiers* 1916 CPD 465; *Forget v Knott* 1921 EDL 164; *Ras v Liquor Licensing Board, Area No. 11, Kimberley* 1966 2 SA 232 (K) 237–238C.)

Middellike aanspreeklikheid van die lasgewer vir die deliktuele handelinge van die *mandatarius* kom volgens Van der Merwe en Olivier (*Onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 522–523) nie by *mandatum* ter sprake nie. (Vgl tav die andersoortige regsposisie by verteenwoordiging Joubert *SA verteenwoordigingsreg* (1979) 88–89; Silke *Law of agency in South Africa* (1981) 537–538; McKerron *Law of delict* (1971) 87–88.) Die lasgewer self word in die volgende gevalle op grond van sy eie onregmatige daad (as mededader) aanspreeklik gehou (vgl Van der Merwe en Olivier 521–522):

(a) Opdrag tot of ratifikasie van die onregmatige optrede.

- (b) Onduidelike opdrag, aanstelling van 'n onbekwame lashebber of afwesigheid van toesig oor die werksaamhede van die lashebber.
- (c) Afwesigheid van bevoegdheid aan die kant van die lasgewer om die betrokke opdrag te gee.
- (d) Uitvoering van die opdrag gee tot skadeberokkening aanleiding en geen redelike voorsorgmaatreëls ter voorkoming daarvan word deur die opdraggewer getref nie. Nalatigheid word as aanspreeklikheidsgrond gestel; die vraag is telkens of die lasgewer redelike voorsorgmaatreëls getref het.

Dit is duidelik dat die *Eksteen*-geval onder die eerste en vierde kategorië ressorteer. Die hof beslis dan ook dat daar geen opdrag vir die lasterlike publikasie was nie, dat die verweerder nie as mededader beskou kan word nie en dat hy as leek (nie-juris) nie redelikerwys die optrede van die *mandatarius* moes voorsien het nie (46A-E). Daar sou ook (soos in die *Bikitsha*-saak en I 3 26 7) geredeneer kon word dat 'n lashebber in die afwesigheid van 'n spesiale mandaat nie tot nadeel van die lasgewer mag optree nie.

5 Slot

Die gemeenregtelike uiteensetting laat blyk dat die *mandatum*-kontrak op *bona fides* berus, dat die lashebber soos 'n *diligens paterfamilias* moet optree en nie buite die grense van sy mandaat mag handel nie.

Volgens die gemenerereg moet die opdrag wettig en nie *contra bonos mores* wees nie. 'n *Mandatarius* is persoonlik aanspreeklik vir oorskrydings van 'n wettige opdrag. Hoewel middellike aanspreeklikheid vir deliktuele handeling in beginsel nie erken word nie, kom beperkte gevalle in navolging van die Romeinse reg tog voor. Opdragte wat onwettig of *contra bonos mores* is, kan nie tot regs-geldige *mandata* lei nie. Sowel lasgewer as lashebber word persoonlik (as mededaders) *ex delicto* aanspreeklik gehou. In die geval waar 'n *mandatarius* 'n onwettige opdrag (bv verwonding) oorskry, is beide vir die onwettige opdrag en slegs die *mandatarius* vir die oorskryding (bv doodslag) aanspreeklik.

Regsverteenwoordigers mag nie buite-om die opdrag van kliënte handel of lasterlike bewerings (mondelings of skriftelik) maak nie.

Die Suid-Afrikaanse reg handhaaf hierdie posisie met die belangrike verskuiwing dat in plaas van *culpa levissima* lashebbers slegs op grond van nalatigheid volgens die redelike man-kriterium teenoor lasgewers aanspreeklik is.

Alhoewel dit in die *Eksteen*-saak (vanweë die bevinding dat die eis weens laster teen die prokureur verjaar het) nie nodig was om die aanspreeklikheid van regsverteenwoordigers te ondersoek waar hulle (wettige en onwettige) opdragte oorskry of sonder opdrag tot nadeel van derdes (en in gepaste gevalle hul kliënte) handel nie, is dit duidelik dat dié vroeë waarskynlik in die toekoms ook tot litigasie aanleiding kan gee.

WILLEMEN DU PLESSIS
NIC OLIVIER

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

ELANDSHEUWEL REVISITED

Elandsheuwel Farming (Edms) Bpk v SBI 1978 1 SA 101 (A)

Introduction

The decision of the appellate division in this case in September 1977 sent shock waves through the ranks of property investors and tax consultants countrywide.

The subsequent enactment (inserted by Act 104 of 1980, effective from 1980-05-28) of section 8B of the Income Tax Act 58 of 1962 (as amended) had the incidental effect of eroding one of the fiscal advantages which the parties in that case had sought. (The anti-avoidance provisions of section 8B were not aimed specifically at the *Elandsheuwel* situation, but at the general facility of members of private companies to gain access to corporate profits by way of a loan rather than the declaration of a dividend: see (1980) *Hansard* vol 87 col 9481. However, under section 8B the loan to the members (the De Villiers group) would have been deemed to be a dividend as such in their hands thus denying them the fiscal advantages of a tax-free loan to members of a profit made by the company.) No reported decision in the thirteen years since the *Elandsheuwel* case has reached a similar conclusion on similar facts, and it was widely thought that section 8B had in effect "ring-fenced" that decision.

The Income Tax Act 101 of 1990 (GG No 12624 of 1990-07-11) has now repealed section 8B with effect from 1 March 1990 (s 6) and granted a tax exemption for dividends received by any person (s 10(1)(j), amending s 10(1)(k) of the Income Tax Act 1962).

This may rekindle the apparently dead embers of the majority judgments in the *Elandsheuwel* case.

The *Elandsheuwel* judgment

In 1964, K and his father formed a company, Elandsheuwel Farming (Pty) Ltd, which purchased for (in round figures) R26 000 the farm "Elandsheuwel", adjoining the town of Krugersdorp. Thereafter shares in the company were allotted to other members of the K family. The company leased the farm to K senior who farmed it for some years, and thereafter leased it to a partnership who farmed it.

On 11 November 1969 the K family sold all the shares in the company to one De Villiers and his wife for some R52 000. The price was realistic, based on a valuation of the property as farming land. Later in November, De Villiers and his wife sold 80% of the shares (at the same price as was paid to the K family) to four other individuals. Together they made up what the judgment – perhaps tendentiously (the court apparently assumed, without citation of evidence, that in the transactions under scrutiny, all the members of the group acted in concert and indeed in collusion) – called "the De Villiers group". Thereafter each member of the group held 20% of the company's shares and each became a director. All the members of the De Villiers group had previously been involved with companies which had made profits from the purchase and sale of fixed property.

In June 1970, the company sold the farm – as it stood, without subdivision – to the Krugersdorp municipality for R135 000, yielding a net profit (the selling price of the land minus the original price which the company had paid for it) of R107 000. The latter amount was advanced to the shareholders as a loan, and their loan accounts were debited. Although De Villiers claimed that interest was payable on the loan, the books did not reflect that any interest was ever charged or paid. The commissioner included the sum of R107 000 in the company's "gross income" for income tax purposes. The company objected to the assessment on the grounds that this amount was of a capital nature.

Facts of crucial importance were that the company's original intention was to acquire the land as a capital asset (although the special court did not find that the taxpayer had discharged the onus of proving this, both Wessels JA (with whom Hofmeyr JA concurred) and Corbett JA (dissenting) held (111D and 120B respectively) that the only reasonable inference was that the company's original intention was to acquire the farm as a capital asset) and that the land was actually used in accordance with such purpose for some five years; that the De Villiers group acquired control of the farm by purchasing shares in the company and not the land itself; that the land was not sub-divided prior to its being sold by the company to the Krugersdorp municipality; and that it was the land itself, and not the shares in the company, that was sold to the municipality.

Prior to the appellate division judgment, most tax consultants would have been confident of these facts that the moneys received by the company on the sale of the land to the municipality were of a capital nature (cf the comments by Wunsh 1977 *De Rebus* 769). The orthodox reasoning would have proceeded as follows: The company is a legal and taxable entity in its own right, hence the prior land transactions entered into by its members are irrelevant. The company had originally acquired the land with the intention of holding it as a capital asset. The sale of the land by the company was simply a realisation of capital, since it bore none of the hall-marks of a trade or scheme of profit-making such as sub-division, the laying out of a township, or an elaborate sales campaign. In particular, the sale of the land in an undivided state ruled out the existence of the "something more" which *John Bell & Co (Pty) Ltd v SIR* 1976 SA 415 (A) (38 SATC 87) had held was required, in addition to a subjective change of intention, to metamorphose a capital asset into trading stock and render the proceeds of sale "gross income" (*idem* 429C-D).

The shock value of the judgment lay in the fact that the appellate division held by a majority of three to two (Corbett and Kotze JJA dissenting) that the company was indeed taxable on the proceeds of the sale. The essence of the majority decision was that, although the company had originally acquired the land as a capital asset, it had changed its intention and realised it

"ter uitvoering van die skema van die nuwe aandeelhouders om die betrokke eiendom teen 'n handelswinst te verkoop, m.a.w. om met die betrokke eiendom as handelsware sake te doen" (per Wessels JA 113C; see also 114A).

The dissenting judgment of Corbett JA (with whom Kotze JA concurred) held that the company was not taxable on this transaction. The reasons followed orthodox lines, and were essentially as follows: The company had acquired the land with the intention of using it as a capital asset (120B). Even if it were accepted that, when the De Villiers group acquired the shares, they intended the company to sell the land at a profit and distribute the profit by way of loans to themselves, this was not a "scheme of profit-making" in any accepted sense. What the De Villiers group acquired (the shares), they at all material times retained. The proceeds of the sale of the land accrued to the company, not to themselves as shareholders. In any event, the matter had to be judged not from their point of view as shareholders, but from the point of view of the company. And from the point of view of the company, all that happened was that the change in shareholding led to a decision to market and sell a capital asset, namely the property (123B-E).

The basis of the majority judgments

It is crucial to distinguish between the factual basis of the majority judgments in the *Elandsheuwel* case and the legal principles which the court applied.

Elandsheuwel came before the appellate division as an appeal from the special court under the old section 86(1) of the act. In terms of this section, no appeal lay on findings of fact by the special court except such as were so unsubstantiated as to be wrong in law (see Wessels JA 111F). (Section 86A now allows for a full appeal, both on fact and law.) Hence the findings of fact by the special court were of fundamental importance. Those findings of fact were extremely far-reaching, and the *ratio* of the majority judgments in the appellate division was that the factual findings of the special court were such as could reasonably have been reached (Wessels JA 113C 113G-H; Trollip JA 116C) and were hence unappealable (Wessels JA 111G).

It is therefore tempting to play down the significance of the majority judgments by saying that they followed ineluctably from the unappealable factual conclusions drawn by the special court. Hence – so this argument goes – the majority judgments must not be seen as endorsing those findings, but merely as holding that they were not so unreasonable as to disclose an error of law. There is force in this reassuring interpretation, but it glosses over highly controversial aspects of the majority judgments.

The majority judgments are based on two broad notions: first, that the De Villiers group were dyed-in-the-wool land speculators; secondly, that their actions in relation to the farm were simply an extension of those activities.

Let us critically examine these two underlying themes:

The De Villiers group's "history of land speculation"

The special court said of the De Villiers group:

“Ons het nie hier te make met onkundige mense nie, ons het te make met mense, onder andere, wat grondspekulante is” (108F).

In the appellate division, Wessels JA referred to the De Villiers group “wat grondspekulante was” (114A) and Trollip JA said that “the new shareholders were land speculators” (115G).

What were the facts? The De Villiers group consisted of De Villiers and his wife, Theron, Meyer, Jooste and Meintjies. The judgment of Wessels JA records that “elkeen van hulle *betrokke was by maatskappye* wat winste bekom het as gevolg van die koop en verkoop van vaste eiendom” (108A; italics added); that Theron, Meyer and De Villiers had between them held 2 000 out of the 3 000 shares in the company which acquired land, a portion of which it sold five years later to another company “waarvan mnre Meyer, Jooste and Meintjies die aandeelhouders was” (108A) and that the latter company subdivided the land and sold it at a profit.

So if one looks behind the bald assertion that the De Villiers group were land speculators, there are no evidence that any of them had ever, as *individuals*, engaged in any land transactions whatsoever! What had happened was that Theron, Meyer and De Villiers had on a single occasion held shares in a land-owning (not necessarily land-dealing) company, which sold the land, without sub-dividing it, to another company. Meyer, Jooste and Meintjies were likewise

– on a single occasion – shareholders in a company which acquired land, subdivided it, and sold it at a profit. Wessels JA uncritically accepted what seems to be a highly dubious conclusion by the special court, namely that these sparse transactions can be characterised as land speculation. Were these companies taxed as land-speculators on these transactions? Had the De Villiers group as individuals previously been taxed as speculators in land? The judgment is silent on these two vital questions. It is submitted that, in the absence of affirmative answers to these questions, the conclusion of the special court (adopted by the majority judgments in the appellate division) that the De Villiers group were land speculators was fatally unsubstantiated. Significantly, Wessels JA in another part of his judgment says that the factual findings by the special court justify the inference that the De Villiers group were “of grondspekulante of voornemende grondspekulante” (112H; italics added) – a crucial qualification (apparently no sooner said than forgotten) which concedes that, prior to the Elandsheuwel transaction, they were not necessarily speculators.

Even if it is assumed that the companies with which the De Villiers group were involved were land-speculators, this in no way establishes that the individual shareholders were land-speculators. The judgment of the special court blurred this crucial distinction. Wessels JA, in purporting to summarise the *facts* found proven by the special court, uncritically adopted this legal *non sequitur*. So did Corbett JA (122B).

The directors decided to trade in the land, in other words, to use it as trading stock

Wessels JA treated the *dicta* in which the special court found that the De Villiers group had decided that the company would trade with the land – “om met hierdie eiendom handel te dryf” (110A) – as a finding of fact (see 109H 112G). (See also (111G) where he said:

“Die kern van die hof *a quo se feitebevindings* is dat toe die nuwe aandeelhouders die beheer oor appellant oorgeneem het, die maatskappy se beleid ten opsigte van die betrokke eiendom ’n verandering ondergaan het, en dat die aanvanklike bedoeling om dit as ’n kapitale bate te hou, vervang is deur ’n bedoeling om daarmee *handel te dryf* ten einde ’n wins te bekom” (italics added)

and (113G) speaking of the case as a whole: “Die geskilpunt was in hoofsaak een van feitlike aard”.) He concluded that the special court “redelikerwys so ’n feitlike bevinding kon doen” (113H), and found its decision unappealable.

Here, it is submitted, is a serious weakness in the judgment. The courts of the United Kingdom tend to view the question whether a taxpayer was trading as one of fact. (See the remarks of Lord Denning in *Griffiths v JP Harrison (Watford) Ltd* (1963) AC 1 19.) Our appellate division has hitherto taken the view that the question whether a taxpayer

“was or was not carrying on . . . a business is an inference from facts. This inference is a question of law. Do or do not such facts as are found lead to the conclusion that the taxpayer is carrying on a business or trade within the meaning of the law?” (*CIR v Stott* 1928 AD 252 259; to the same effect see *Ochberg v CIR* 1931 AD 215 227.)

Even if the majority judgments in the *Elandsheuwel* case were minded to reverse this approach, they ought surely to have rigorously scrutinised the evidentiary basis of the special court’s conclusion that the company was trading, in order to see whether it was so unreasonable as to amount to an error of law. For if it were allowed to stand, then this single finding was inevitably decisive of the

matter and effectively stated the appellate division out of court. (See *SIR v Trust Bank of Africa Ltd* 1975 2 SA 652 (A) 666E where Botha JA observed:

"The Special Court's finding of fact may . . . prove wholly decisive for, in those cases where the dominant issue is one of the taxpayer's intention, the conclusion of law may automatically follow upon the findings of fact.")

The evidentiary basis of this crucial finding was extremely thin, resting not on solid fact – there was no formal resolution passed by the De Villiers group to trade with the property (see Trollip JA 115C) – but on a highly contentious inference. The single overt action of the De Villiers group was that

"op 12 Junie 1970 het die nuwe aandeelhouders 'n vergadering gehou en besluit om die eiendom aan die Klerksdorpse munisipaliteit te koop aan te bied" (109A).

The special court placed an elaborate gloss on this straightforward decision:

"Op die oorwig vind ons as bewys dat daar deur die direkteure by hulle samekoms 'n besluit geneem is in verband met die eiendom *wat daarop neergekom het* dat daar 'n verandering in die beleid was . . . *om met hierdie eiendom handel te dryf* in teenstelling met net 'n gewone besluit om 'n vaste bate wat bedoel was vir belegging te verkoop . . . In hierdie geval was die *feite* so dat dit nie 'n geval was van waar net 'n bate vervreem word nie, dit was die bedoeling om *daarmee handel te dryf*" (110A; italics added).

When one searches the judgment for these vaunted "feite" you discover essentially only one – the special court's finding that "[o]ns het hier te make . . . met mense, onder andere, wat grondspekulante is" (108F). Hence the decisive "fact" in the majority judgments rests on an inference whose sole support is the proposition that the De Villiers group were established speculators in land. Undercut this proposition and the judgments cannot stand.

I have already argued that the decision discloses *no evidence whatever* for the proposition that the De Villiers group came into the Elandsheuwel transaction as past speculators in land. Wessels JA's conclusion that the special court

"kon . . . na my mening, redelikerwys tot die slotsom geraak het dat appellant, na oornam van sy beheer deur die nuwe aandeelhouders, sy bedoeling t.o.v. die aanwending van die betrokke eiendom verander het, nl. dat instelle daarvan om dit bloot as kapitale bate te realiseer, dit van die hand te sit ter uitvoering van die skema van die nuwe aandeelhouders om die betrokke eiendom teen 'n *handelswins* te verkoop" (113C; italics added),

is fatally deficient on account of its uncritical adoption of the special court's finding that one or two land transactions by a company establishes it as a "speculator" and its failure to advance any legal argument for the radical notion that the corporate veil behind which the De Villiers group had conducted their *prior* land transactions could be ignored in order to equate such earlier corporate dealings with transactions in their personal capacity.

The interest-free loans

There is little doubt that the De Villiers group were aiming at a two-step manoeuvre – firstly to procure the company to make a tax-free capital gain and secondly to siphon off that gain to themselves by way of a non-taxable "loan" from the company. It is odd that all the judicial scrutiny was focussed on the first step and none on the latter. If the De Villiers group did not intend to repay the loan – a likelihood never scrutinised by the special court or by the appellate division – then the application of common-law principles would have allowed the court to hold that the ostensible loan was a sham, that it was in reality a distribution of income and was taxable in the hands of the De Villiers group as

a dividend. Thus, without any tortuous extension of the notion of a “scheme of profit-making”, the De Villiers group would have been taxed as individuals on the moneys distributed to them – namely the entire profit from the sale of the farm.

Does the *Elandsheuwel* judgment lay down an innovative legal principle?

It is difficult to avoid the impression that Wessels JA believed that the De Villiers group had been too clever by half and that he was not inclined to scrutinise the special court’s judgment with too strong a lens – particularly its finding that, when the De Villiers group assumed control of the company, it changed its intention to one of trading in the property in question.

The *Elandsheuwel* majority judgments found that this was a finding of fact which the special court could reasonably have reached, and was therefore unappealable. This was enough to conclude the appeal in the commissioner’s favour. It is interesting therefore that Wessels JA went further and found that the company had sold the land pursuant to a “scheme of profit-making”. His judgment in this respect raised, but did not answer, the question of the difference in our law between a “trade” and a “scheme of profit-making”. (In his dissenting judgment, Corbett JA threw some light on the distinction in saying (118B) that “[w]here a single transaction is involved it is usually more appropriate to limit the enquiry to the simple alternatives of a capital realization or a profit-making scheme”.) The two concepts are often mentioned in the same breath as in the much-quoted *dictum* from *Natal Estates Ltd v SIR* 1975 4 SA 177 (A) in which Holmes JA said:

“From the totality of the facts one enquires whether it can be said that the owner had crossed the Rubicon and gone over to the business, or embarked on a scheme, of selling such land for profit”(203).

Wessels JA found that, in selling the farm, the company had indeed engaged in a scheme of profit-making. The scheme was (he held) entered into between the company and the De Villiers group. (It could reasonably be inferred from the facts, said Wessels JA (113H), “dat die nuwe aandeelhouders appellant as ’n party by die uitvoering van hulle skema betrek het”. See also 113F.) It is this breath-takingly novel idea – that *vis-à-vis* company-owned property there can be a scheme of profit-making between the corporate entity and its own shareholders – that has thrown a wildcard into the income tax consequences of property transactions entered into by companies.

I have already suggested that Wessels JA could have based his decision entirely on a finding that the farm was sold by the company as a “trading” transaction, and that the second leg of his judgment – that the sale formed part of a “scheme of profit-making” – was superfluous. Yet he apparently based his judgment on yet a third, independent ground, namely that, in terms of *company-law* principles, the sale of the land by the company could be imputed to its members in their personal capacity through a “lifting of the corporate veil”. This, at any rate, seems to be the thinking behind the judge’s rather cryptic statement that “[d]ie nuwe aandeelhouders . . . het dit bedoel om *deur middel van appellant* met die betrokke eiendom handel te dryf . . .” (114A; italics added).

The italicised phrase is not, in terms of orthodox company-law principles, apt to describe the usual inter-relationship between a company and its members. If Wessels JA was here suggesting that company-law principles allowed the

actions of the appellant company *vis-à-vis* the property to be imputed to the members personally, then this novel and contentious doctrine merited a reasoned analysis and not a bald assertion.

A scheme of profit-making between a company and its own shareholders

In the *Elandsheuwel* case the court coined a new income tax notion that, even without an express agreement to such effect, a scheme of profit-making can exist between a company and its members. Even if this judicial innovation were accepted – and no court has since endorsed it – sensible and clear boundaries for its application are difficult to envisage.

Take the case of *Bloch v SIR* 1980 2 SA 401 (C) (42 SATC 7) decided some two years later. A land-jobbing company was formed by a small group of businessmen and the shares were allotted to sixteen persons, twelve of whom were related. The company, financed by loan capital advanced by the members, acquired land for township development but, before a single erf was sold, a building society offered to purchase all the shares at a price which the members regarded as too good to refuse. The commissioner assessed the members to income tax on the profit they had made on the acquisition and sale of the shares. The court held that the members were not taxable on those profits; on the facts, they had acquired their shares as a capital investment, and in selling them had merely realised that investment.

The facts in this case were a mirror image of those in the *Elandsheuwel* case. In the latter case, the members were held to be speculators in land while the company had acquired the land on capital account. In the *Bloch* case the company was a dealer in land, and the shareholders held their shares on capital account. Both cases were appeals under section 86 of the act and both turned on unappealable findings of fact by the respective special courts.

The judgment in *Bloch* firmly reversed the special court's legal conclusion, implicitly based on the *Elandsheuwel* case, that there had been a scheme of profit-making between the company and its shareholders and affirmed the need to uphold the distinction between the company's actions *vis-à-vis* the land and the shareholders' actions *vis-à-vis* their shares. Grosskopf J said in this connection:

“The [special] court then expressed the view that the financial relationships between shareholders and company were more akin to venture than investment. The significance of this distinction is not clear to me. I accept that the shareholders engaged in a joint venture. However, this took the form of a company in which they invested their money and the question before the Court was to determine the purpose with which they held shares in this company. To describe the scheme as a “venture” does not in my view assist in answering this question” (409; 42 SATC 16).

Just as the De Villiers group had solicited an offer for the land from the Krugersdorp municipality, so the shareholders in the *Bloch* case offered their shares for sale to the building society. This factor also did not hold sway with Grosskopf J who said:

“Mr *Tebbutt* also argued in the alternative, rather faintly it seemed to me, ‘that after October 1968 the appellant “crossed the Rubicon” and decided to enter into a profit-making scheme with the property (or his shares in the property-owning company) as his stock-in-trade’. (I quote from the written heads of argument.) Suffice it to say that there is no evidence to support his contention save the single fact that it was the appellant who approached the Nasionale Bouvereniging with a proposal to buy the company. This fact, as I have indicated, is not inconsistent with an intention to realize the appellant's

investment at the best possible price. I do not think therefore that there is any warrant for holding that the appellant's intention changed in 1968" (410).

The factual analogy between the two cases is not exact. (In particular, there is no suggestion that in the *Bloch* case the members, in selling their shares, were carrying out a preconceived plan to gain a tax-free profit; cf the *Elandsheuwel* case 112H. Nor did the shareholders in the *Bloch* case intend to distribute the company's profit to themselves by way of a loan.) Nevertheless, it is striking that in the first of the two passages quoted above, the judgment in the *Bloch* case is dismissive of the very concept – central to Wessels JA's judgment in the *Elandsheuwel* case – that a "venture" or "scheme" can exist between a company and its shareholders.

The extended application of the *Elandsheuwel* doctrine

It is widely believed that where a company holds land on capital account which it wants to realise to its best advantage, it can avoid the catastrophic income tax results that occurred in *Natal Estates Ltd v SIR* 1975 4 SA 177 (A) (37 SATC 193), in which a company which held land as a capital asset decided to subdivide and sell the land. The court held that, on the facts, the company had changed its intention in relation to the land and had embarked on a business of selling. It was clear that, if the company had simply sold the land as it stood, without sub-division, this would have been a mere realisation of a capital asset and the proceeds of the sale would not have been taxable. The company could have avoided tax by the simple expedient of selling the land, without sub-division, to a company which carries on the business of land development; it is further conventional wisdom that the first-mentioned company or its members can hold shares in the latter company.

In this situation, the land development company will obviously be taxed when it sub-divides and sells the land. But if the principles laid down by Wessels JA in the *Elandsheuwel* case are applied, it could be held that the sale by the first company was part of a "scheme of profit-making" entered into with its own shareholders or with the land-development company (or both), and hence that the proceeds of the sale from itself to the land development company were taxable as income.

There is no reported decision in South Africa involving this scenario, and since the decision in *Elandsheuwel* there has been considerable nervousness in the market-place and uncertainty amongst tax advisers about whether both companies would end up being taxed. This kind of uncertainty is putting a damper on residential development at a time when it is generally acknowledged to need every encouragement.

The doctrine of economic equivalence

In the course of his judgment, Wessels JA made a very surprising observation:

"Indien die nuwe aandeelhouders hulle skema ten uitvoer sou gebring het deur die eiendom van appellant te koop en teen 'n wins te verkoop, of die Kropman-gesin se aandeelhouding in appellant gekoop en teen 'n wins verkoop het, sou die wins ongetwyfeld belasbaar gewees het. Dit kom my dus ietwat vreemd voor . . . dat die skema van die nuwe aandeelhouders wat klaarbyklik op winsbejag gerig was, nogtans daartoe sou gelei het dat die wins nie belasbaar sou wees nie, bloot omdat hulle ter uitvoering van hulle skema beheer oor appellant verkry het en laasgenoemde by die uitvoering daarvan as party daarby betrek het" (113E).

This *dictum* flouts the sage warning of Innes CJ in *CIR v George Forest Timber Co Ltd* 1924 AD 516 523 who counselled:

“It is dangerous to depart from the actual facts; the true course is to take the facts as they stand . . .”

Moreover, in income tax, nothing is more trite than that transactions which have similar economic effects have different income tax consequences. (See the remarks of Centlivres CJ in *CIR v Rand Selection Corp Ltd* 1956 3 SA 124 (A) 132 and of Lord Greene MR in *IRC v Wesleyan & General Assurance Society* [1946] 2 All ER 749 751.) A doctrine of economic equivalence – that transactions which achieve the same economic result should be taxed equally – may be a theoretical ideal, but it is an unworkable basis on which to base income tax liability and it is certainly not the law. It is impossible not to wonder whether the normative assumption in the passage quoted above is not the implicit foundation of Wessels JA’s entire judgment.

Transferring underlying assets *via* a change in shareholding

The situation which occurred in the *Elandsheuwel* case does indeed reveal a general and unresolved problem of serious concern in our income tax system. Regrettably the court did not identify or address it.

The general issue arises because of the distinction between the tax liability of a company *vis-à-vis* a sale of property owned by it and the tax liability of its members *vis-à-vis* a disposition of their shares. For instance, a company which for income tax purposes is a *trader* in some commodity may have members who hold their shares as *capital* investments. (The case of *Bloch*, discussed above, is an example.) Assume that those members see a speculative opportunity – a chance to buy and quickly re-sell a certain asset at a profit. They know that if they do so as individuals, they will be taxed as having engaged in a scheme of profit-making. (See the judgment of Corbett JA in *Elandsheuwel* 118C:

“In its normal and most straightforward form, [a scheme of profit-making] connotes the acquisition of an asset for the purpose of reselling it at a profit”.)

So they arrange instead for the company to purchase the asset, and then they sell their shares at a price which has been inflated by the company’s potential profit on the asset in question. The shareholders have made precisely the same profit they would have made had they bought and sold the asset themselves, but they have made the profit on the sale of shares which they held on capital account.

The *Elandsheuwel* case involved a mirror image of this situation. The members were (or at least were held to be) speculators in land. If they had bought and sold the farm, they would have been taxed as individuals. Hence the members acquired a controlling shareholding and procured the company, which held the farm on capital account, to sell it.

The broad problem thus concerns what one may for convenience call the “underlying assets” involved in an acquisition or disposition of shares. In the *Elandsheuwel* case none of the judgments recognised or addressed this general issue. The majority judgments evaded the legal issue by disingenuously claiming that the whole dispute was essentially one of fact (see Wessels JA 113G, speaking of the case as a whole: “Die geskilpunt was in hoofsaak een van feitelike aard”) and proceeded to an *ad hoc* decision on the basis of those facts. Inevitably, this

has caused great uncertainty whether other variations of the same situation will be tarred with the same brush.

Let us beg the question and assume – as Wessels JA seems to have done (see 113E, cited *supra*) – that in (at least some) situations involving a transfer of underlying assets (or, more accurately, control over those assets) through a sale of shares, members holding those shares on capital account “ought” to be taxed on the profits accruing to them from the sale of the shares. The difficulty is that under current income tax law this can be done only by holding that the members had “changed their intention” *vis-à-vis* their shares and that the sale of the shares took place in pursuance of a “trade” or “scheme of profit-making”. (This was the essence of Wessels JA’s judgment in *Elandsheuwel*.) To reach such a conclusion, the interpretation of the facts will often have to be so strained that in essence a legal fiction (namely that such a “change of intention” had indeed taken place when, in reality, all that has occurred is a decision to sell) is imposed upon the parties – which is precisely what the majority judgments did in *Elandsheuwel*. It is significant that in the *Elandsheuwel* case both the majority and the minority judgments accepted the well-established principles that a taxpayer is entitled to realise a capital asset to best advantage (Corbett JA 119D; Wessels JA by implication) and that a change of intention must be accompanied by “something more” than a mere subjective change of mind if it is to convert a capital asset to trading stock (Wessels JA 112E; Corbett JA 119B). The application of conventional legal principles to the unvarnished facts of that case leads inexorably to the analysis adopted in the dissenting judgment of Corbett JA.

If, as a matter of policy, income tax is to be levied on profits derived from the transfer of underlying assets via a sale of shares held on capital account (and there are strong equitable arguments in favour of this proposition) then this will have to be achieved by appropriate legislation. Judge-made law is not capable of formulating the complex rules (*inter alia* in relation to the valuation of the “underlying assets” in question) that would govern such situations – rules which would logically have to apply to a transfer of underlying assets in partnerships and trusts as well (see, eg, the Australian legislation in s 25A of the Commonwealth Income Tax Assessment Act 1936).

Conclusion

When first reported, the decision in *Elandsheuwel* cast a long shadow over apparently innocuous realisations of capital assets by companies. But, as was noted at the beginning of this discussion, no decision in the thirteen years since the *Elandsheuwel* case has reached a similar conclusion on similar facts or endorsed the novel extension of the concept of a scheme of profit-making that was propounded by Wessels JA. As was also noted earlier, the judgment in the later case of *Bloch* brushed aside counsel’s attempt to invoke that extended interpretation.

The boundaries of a “scheme of profit-making” are elastic. Corbett JA’s elevation to chief justice since the decision in *Elandsheuwel* will no doubt give added weight to his narrower and more orthodox interpretation of the concept,

and make it less likely that the appellate division will affirm the heterodox aspect of the majority judgments in that case. But this possibility merely adds to the uncertainty that now prevails.

RC WILLIAMS

University of Natal, Pietermaritzburg

THE QUESTION OF *LOCUS STANDI* IN REVOLVING SECURITY CESSIONS

Springtex Ltd v Spencer Steward & Co 1990-11-16 case no 6135/88 (C)
unreported

This case merits discussion because it deals with several important aspects of the law pertaining to cessions *in securitatem debiti*. It once again illustrates the uncertainty that exists in positive law on the nature and effect of a cession *in securitatem debiti*; it deals with the very interesting question of who has *locus standi* to institute action where such a cession has been effected; and the court, for the first time, also had to decide on the nature and effect of a revolving or continuing security cession.

In 1977 I made the following remark:

“In ons reg is twee vorme van sekerheidstelling deur middel van sessie, myns insiens, moontlik: verpanding en sekerheidsessie (volkome sessie)” (LLD thesis Unisa 1977).

With a few exceptions (see *Alexander v Standard Merchant Bank Ltd* 1978 4 SA 730 (W); Malan *Collective securities depositories and the transfer of securities* (1983) 209 *et seq*), this view has not been widely accepted.

Since the decision in *Lief v Dettmann* 1964 2 SA 252 (A), this field of the law has been in a state of confusion (see Scott *The law of cession* (1991) 233 *et seq* and especially the authority referred to in fn 15 16). The uncertainty which exists in practice is also reflected by the fact that during the last ten years approximately eighteen judgments (to my knowledge) were given on the nature of a cession *in securitatem debiti*. Of these, seven were decisions of the appellate division. In ten cases (of which five were decisions of the appellate division) a cession *in securitatem debiti* was construed as a pledge and in the other five (of which two were decisions of the appellate division) it was construed as an out-and-out cession.

In the case under discussion, the court also construed the cession as being in the nature of an out-and-out security cession and held, correctly, that the cedent was completely divested of his claim (personal right) and that he could no longer institute action in his own name.

The cases relied upon by the court, namely *Holzman v Knights Engineering and Precision Works (Pty) Ltd* 1979 2 SA 784 (W) 788F 791H 793C and *Spendiff v JAJ Distributors* 1989 4 SA 126 (C) 137H-J, support the construction favoured by the court in the *Springtex*-case. Although the judge in the former case referred to the *Cohen* case, he clearly interpreted the cession as being in the nature of

an out-and-out cession (789E 791H-792A; see further Scott 1979 *THRHR* 332). The other case referred to by the judge, *Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy Bpk* 1985 2 SA 769 (A) 780E-G and various other cases (see Scott *Law of cession* 233 fn 11 235 fn 19), as well as the latest judgment of the appellate division, *Land- en Landboubank van Suid-Afrika v Die Meester* 1991 2 SA 761 (A) 771D-G, however, support the idea that a cession *in securitatem debiti* should be construed as a pledge in which case the *dominium* of the right or the substance of the right vests in the cedent; in other words, the cedent remains holder of the right (creditor).

In the *Springtex*-case the court could also have referred to other cases which support its view (see Scott *Law of cession* 233 fn 12 13). Furthermore, two recent cases, *Densam (Pty) Ltd v Cywilnat (Pty) Ltd* 1991 1 SA 100 (A) and *Sentrakoop Handelaars Bpk v Lourens* 1991 3 SA 540 (W) also support this view. Although the *Densam* case did not deal directly with the nature of a cession *in securitatem debiti*, the court clearly regarded the cession as an out-and-out cession, otherwise it could not have reached the conclusion which it did.

Although there is authority for both interpretations of a cession *in securitatem debiti*, the majority of South African cases follow the leading judgment of *National Bank of SA Ltd v Cohen's Trustee* 1911 AD 235 in which it was held that a pledge of a claim (personal right) should be dealt with in the same way as a pledge of corporeals. In the most recent judgment of the appellate division on this aspect (*Land- en Landboubank van Suid-Afrika v Die Meester supra*) the court unambiguously applied the principles of pledge to a cession *in securitatem debiti*. With the exception of a few minor semantic points of criticism, this judgment, to my mind, is the most lucid exposition of a pledge of personal rights in South African law (see the exposition quoted below).

Therefore if one does not subscribe to the view that a cession *in securitatem debiti* may take the form of either a pledge or an out-and-out cession, the weight of authority is clearly in favour of construing such a cession as being in the nature of a pledge. If the principles of pledge had been correctly applied to the facts of the *Springtex* case, the outcome of the case, and that of the *Sentrakoop* case, would have been different, as will be indicated in the discussion below.

Apart from the fact that the court in the *Springtex* case applied the principles relating to an out-and-out cession to the facts of the case, it also appears that the court was unfamiliar with the nature and effect of so-called "revolving or continuing security cessions". The latter are cessions in which a creditor and principal debtor agree to a pledge or out-and-out security cession of the debtor's existing and future book debts. For various reasons, however, they agree that the creditor will not immediately perfect the pledge or the cession by notifying the debtor. The creditor normally does not give notice of the cession to the debtors of the principal debtor, but merely holds the cession as covering security, extinguished book debts being replaced by new ones as long as the principal debtor remains indebted to the creditor. (See *National Bank of SA Ltd v Cohen's Trustee supra* 249 per De Villiers CJ: "As existing debts were extinguished, and fresh debts were incurred, the preference was to operate upon the fresh debts . . .") In other words, the parties conclude a security agreement to cede and a cession, but they do not perfect the pledge, since notice of the pledge is not given to the debtors of the principal debtor (as to the role of notice in this regard, see the discussion below), or they agree to suspend the operation of the cession (not to

destroy its effect completely, as was implied by the judge in the case). The principal debtor therefore remains entitled to claim from his debtors and they are entitled to regard him as their creditor. Such a state of affairs is favoured by the creditor and the principal debtor: the principal debtor favours it because it does not affect the day-to-day running of his affairs and his financial arrangements are not made public (see, eg, *Illings (Acceptance) Co (Pty) Ltd v Ensor* 1982 1 SA 570 (A); *Bank of Lisbon and SA v The Master* 1987 1 SA 276 (A); Scott 1988 *THRHR* 434 436). This procedure also suits the creditor, because all the formalities and jural acts required of the debtor for the constitution of the pledge will have been completed and all the formalities for the cession adhered to. It is, however, henceforth in the hands of the creditor to decide when he will perfect the pledge or give effect to the cession. Normally the creditor will give notice if he perceives his interests to be in danger. In other words, he will give notice immediately when the principal debtor finds himself in financial difficulties. From that moment on he is protected in the event of the pledgor's insolvency and the pledgor's debtors are obliged to pay him and the pledgor jointly or, after maturity of the pledge, him alone (see discussion below) and, in the case of an out-and-out security cession, he becomes the creditor and can claim from the principal debtor's debtors.

The effect of this procedure is that the principal debtor may claim or receive payment from his debtors, thereby extinguishing such debts, but in terms of the continuing security agreement new book debts continually replace the extinguished ones. This process continues as long as the principal debtor is indebted to the creditor and the pledge is not perfected by notice of the pledge to the debtors of the principal debtor or the out-and-out cession does not become effective.

The role of notice to the debtor as a means of conforming to the principle of publicity in the constitution of the real right of pledge in the case of a pledge of incorporeals has not yet been determined (see *Britz v Sniegocki* 1989 4 SA 372 (D); Pahl *Die aanwending van vorderingsregte* 136 152 156 176; Scott *Law of cession* 237; 1987 *THRHR* 175 182; 1988 *THRHR* 434 436 fn 16; Lubbe 1989 *THRHR* 485 490 *et seq*) and it would seem as if this totally unacceptable situation has not really caught the attention of the courts – an astounding state of affairs considering the courts' strict adherence to the principle of publicity in the case of movables (see, eg, *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 (A); Scott and Scott *Wille's law of mortgage and pledge* (1987) 57 *et seq*).

To my mind, it is imperative that attention should be given to this requirement and my suggestion is that notice of the pledge to the debtor should be a requirement for the constitution of the pledge and that no real right can vest in the pledgee before such notice (for a full discussion of my view, see Scott *Law of cession* 237 *et seq*).

It should, however, be borne in mind that notice of the pledge to the debtor does not entitle the pledgee to claim or to receive payment from the pledgor's debtors. It merely constitutes the pledge over the property in favour of the pledgee. In other words, by notice of the pledge to the debtors of the pledgor, they are informed of the existence of the pledge and the fact that the pledgee has a real right to the claim entitling him, in the event of the pledgor's failure to pay his debt (ie maturity of the pledge), to have the property sold in execution

or to proceed to claim performance from the pledgor's debtor (for a full discussion of the position, see *idem* 244 *et seq.*).

The most important aspect of the *Springtex* case which is to be addressed here pertains to the *locus standi* of the creditor and the principal debtor to institute action in cases of revolving or continuing security cessions.

As I have indicated above, my view that both forms of security cession are possible in South African law, is not widely accepted and the weight of authority prescribes that the position should be determined with reference to the principles of the law of pledge. The basic principles which apply then are clearly set out in *National Bank of SA Ltd v Cohen's Trustee supra* 246:

"[I]f there had been a pledge in that case the cedent would, in the opinion of the Court, have retained his *dominium*, which would have been an attachable asset . . . In the present case the Court cannot ignore the fact that the only object of making the cession was to secure the debt owing by Cohen to the Bank. The fact that the cessionary might, before the insolvency of the cedent, have sued the original debtor, cannot alter the original nature of the transaction . . . Upon payment by Cohen of the debt due by him to the defendant, the former could have demanded the return of the policy as his property, and no recession from the Bank to him would have been necessary in order to complete his title."

And in *Land- en Landboubank van Suid-Afrika v Die Meester supra* 771D the court stated:

"Die skuldenaar behou as sedent die *dominium* van sy vorderingsreg terwyl die sessionaris die bevoegdheid verkry om die (gesedeerde) vorderingsreg uit te oefen indien daar wanbetaling van die hoofskuld deur die sedent is . . . Die *dominium* van die sedent is 'n 'reversionary interest' op die vorderingsreg terwyl die sessionaris 'n beperkte saaklike reg op die vorderingsreg het om dit uit te oefen of in te stel waar daar wanbetaling van die hoofskuld is."

It does not matter whether the pledgee's right is termed "the exclusive right to claim and receive" (*Bank of Lisbon and SA v The Master supra* 294); "the right to sue" (*Colyvas v Standard Bank* 1926 AD 56 57-58); "die beskikkingsbevoegdheid" (Lubbe 1989 THRHR 484) or, as I prefer to term it, "the power to realize the claim" (*Law of cession* 240 *et seq.*).

Apart from the requirement that a pledge must be properly constituted, which is discussed above, it is clear from the statements quoted that the basic principle which influences cases such as the one under discussion is the question of maturity of the pledge. The legal position of the creditor and principal debtor should therefore be determined with reference to these two aspects.

The term "maturity" denotes the moment at which the principal debt falls due and the pledgor is unable to perform. This principle was aptly described in *Land- en Landboubank van Suid-Afrika v Die Meester supra* 771D as follows: "[D]ie bevoegdheid [word] verkry om die gesedeerde vorderingsreg uit te oefen indien daar wanbetaling van die hoofskuld deur die sedent is"; and 771E: "Om dit uit te oefen of in te stel waar daar wanbetaling van die hoofskuld is" (my italics). Apart from a few exceptions (see Scott and Scott 120 *et seq.*), the limited real right of the pledgee does not, even after maturity, entail an inherent right to sell the object of security, or put in another way, to realise the object of security, but it compels him to employ the machinery of the law (*idem* 203).

It should furthermore be borne in mind that the pledgee never becomes holder of the right; he has only a limited right over the pledged property. In the case of movables his right is defined as follows:

“The right of the mortgagee or pledgee is to retain his hold over the secured property until his debt is paid and, if the mortgagor or pledgor is in default, to have the property sold and obtain payment of his debt out of the proceeds of the sale. The mortgagee or the pledgee does not obtain ownership of the secured property for that always remains in the mortgagor or pledgor as long as the mortgage is in existence” (*idem* 5).

In *Land- en Landboubank van Suid-Afrika v Die Meester supra* 771E it was described as follows:

“Die *dominium* van die sedent is ’n ‘reversionary interest’ op die vorderingsreg terwyl die sessionaris ’n *beperkte saaklike reg op die vorderingsreg het om dit uit te oefen of in te stel waar daar wanbetaling van die hoofskuld is*” (*my italics*).

Depending on the agreement between the creditor and the principal debtor, the legal position of the parties should be determined with reference to the type of agreement they had entered into and the stage at which they find themselves at a particular time.

The idea of a revolving security cession is that the creditor’s claims against his book debtors will serve as security for the payment of his debts to the cessionary. However, the revolving nature of the cession is such that the creditor does not intend to make use of his security unless and until it appears that the principal debtor is in financial straits. The object of the security therefore continually fluctuates as earlier debts are extinguished by payment to the principal debtor and new debts replace the extinguished ones.

Three possibilities should be distinguished here: in the first situation the parties agree to secure the debts (they conclude the security agreement) and they also conclude the cession (transfer agreement), but they agree not to perfect (constitute) the pledge. In the second situation the pledge is also perfected (constituted), but the stage of maturity has not been reached. The third stage is the one that takes effect after maturity of the pledge.

In the first situation the creditor and principal debtor agree to the granting of the security, and they also conclude the cession (transfer agreement) subject to the condition that it will only take effect once the creditor has indicated to the principal debtor that he intends to give effect to the security agreement by acting upon the cession and perfecting the pledge by means of notice to the principal debtor’s debtors (although this procedure was, wrongly, rejected by the court in the *Springtex* case as being in conflict with the nature of a cession *in securitatem debiti*). The principal debtor in this situation remains full holder of the right and he is entitled to claim from his debtors and receive payment from them in his own name. In terms of the continuing security agreement the creditor will not intervene as long as the principal debtor is not in financial difficulties. The principal debtor’s business will then go on as usual and new book debts will continually replace the extinguished ones as the objects of security. This form of security is normally employed in situations where the principal debtor’s business is on a sound financial footing, but where he needs financial bridging from time to time.

The parties may, however, also agree that the creditor will collect the book debts as representative of the principal debtor and that he will keep the proceeds for himself in order to satisfy his claim against the latter.

It is obvious that in the circumstances discussed above, that is, where the principal debtor collects the claims in his own name or his creditor does so as his representative, the principal debtor remains holder of the right and the creditor has no rights to the claim in his own name as creditor.

In the second situation, the creditor perfects the pledge by notifying the principal debtor's debtors of the pledge and in doing so he becomes the pledgee. As pledgee he is entitled to retain his hold over the secured property (he holds the power to realise the claim (book debt)) until his debt is paid and, if the pledgor is in default, to have the claim realised and to obtain payment of his debt out of the proceeds of the realisation. The pledgee does not acquire ownership of the secured property; that remains in the pledgor as long as the pledge is in existence (see Scott *Law of cession* 242 *et seq.*).

Before the maturity of the pledge, the pledgee may in no way deal with the book debts, unless he has been empowered to deal with it as was the case in *Munnik Myburgh Asbestos (Kaapsche Hoop) Ltd v The Receiver of Revenue* 1927 WLD 98 111. The pledgor may, however, empower the pledgee to collect the book debts (in which case he acts as representative of the pledgor) and to keep it for himself in order to satisfy his claim against the pledgor. In this instance the principal debt is extinguished and, with it, the pledge itself. The parties may also agree that the pledgee will collect the book debts as the pledgor's representative and keep the proceeds in a separate bank account until the pledge reaches maturity. In the latter case the pledgor is entitled to the interest.

It is clear, however, that before maturity of the pledge, the pledgee does not have *locus standi* to claim in his own name or to receive payment from the debtor, as he is not the holder of the right and the substance of the right or the *dominium* still vests in the pledgor.

The third stage does not really give rise to a problem, since the general principles of the law of pledge find application. This means that the pledgee must, in the absence of a *parate executie* clause, employ the machinery of the court to realise the claim. The only problem which arises here flows from the nature of the object of the security: whereas in the case of a corporeal thing, realisation consists of a sale in execution of the pledged property, in the case of claims (book debts) the pledged object may also be realised by claiming performance from the debtor (see Scott *Law of cession* 245). At this stage then, that is, after maturity of the pledge, the pledgee clearly has *locus standi* to institute action in order to satisfy his claim.

My point of departure thusfar has been that the weight of South African case law clearly favours the idea that a cession *in securitatem debiti* should be regarded as a pledge. However, since the court in the *Springtex* case applied out-and-out security cession principles, it correctly came to the conclusion that, from the moment that the cession has become operative, the cedent could no longer institute action in his own name. The court in the *Sentrakoop* case *supra* followed exactly the same line of reasoning and I shall therefore refer briefly to the legal principles applicable in such cases.

An out-and-out security cession is in all respects the same as an ordinary out-and-out cession, coupled with a *pactum fiduciae* (see Scott *Law of cession* 246 *et seq.*). Since the right is completely transferred to the cessionary, it forms part of his estate and in the event of the cedent's insolvency it does not revert back to his estate.

The legal position of the cedent and the cessionary before the cession becomes operative and thereafter is determined by the security agreement and, in the

cases under discussion, specifically in the agreement aimed at providing revolving or continuing security. Two situations may be distinguished here: in the first situation, that is, the one which prevailed in the *Springtex* case, the cedent and the cessionary agree that the cession will not take effect and that the cessionary will not give notice of the cession to the debtors until such time as the cessionary deems fit. Before that time the cedent may continue to claim and receive payment from his debtors in his own name, the idea being that new claims will continually replace the old ones as the latter are being extinguished by payment to the cedent. The argument by counsel for the plaintiff in the *Springtex* case that the bank did not intend to perfect the cession before it deemed it necessary, should therefore have been accepted. This is a normal procedure for banks to follow and was disallowed by the judge because of a failure to interpret correctly the nature of revolving security cessions in terms of which the operation of the cession is suspended.

In the second situation, the cedent and the cessionary agree that the cession will take immediate effect and that the cessionary will notify the debtors of the cession. Here again, two possibilities exist: the cessionary may collect the book debts as they fall due and keep the proceeds for himself in order to satisfy his claim against the cedent, or the cedent may collect the book debts as the cessionary's representative and keep the proceeds for himself. In the latter instance, again, the idea is that the cedent's new book debts will replace the old ones as the latter are being extinguished by payment to him. However, the moment the principal debtor does not perform or runs into financial difficulties, the cessionary terminates the cedent's authority and proceeds to collect the debts for his own account.

Because I accept the possibility that a cession *in securitatem debiti* can take the form of either a pledge or an out-and-out security cession, the judgments in both the *Springtex* and the *Sentrakoop (supra)* cases are acceptable to me. I do not agree with the judge's view on a revolving security cession as expressed in the *Springtex* case and I am of the opinion that the plaintiff in that case should have succeeded, since he was still holder of the right. The facts of the case is on all fours with the first situation which may be encountered in revolving out-and-out security cessions, as discussed above. In the *Sentrakoop* case *supra* the intention of the parties was that the right should vest in the cessionary immediately on cession (540H-I) and the cedent could, therefore, no longer institute action in his own name (545D). The cedent can, of course, still institute action as representative of the cessionary and in the latter's name.

I have been involved with cession *in securitatem debiti* for many years and have very little difficulty in understanding the two very different constructions which can be given to such a cession and the effect thereof, but when I read the judgments on this interesting aspect of the law of cession, I often wonder: what happens in practice and how do legal practitioners advise their clients?

SUSAN SCOTT

University of South Africa

ERKENNING VAN DIE INHEEMSE HUWELIK

Zimnat Insurance Co Ltd v Chawanda 1991 2 SA 825 (ZS)

1 Inleiding

In dié Zimbabwiese saak was die eiseres 'n weduwee van 'n inheemse huwelik. Haar man is in 'n motorbotsing oorlede en die vraag voor die hof was of sy 'n

eis vir verlies van onderhoud teen 'n versekeringsmaatskappy kan instel. Ten einde hierdie vraag te kon beantwoord, moes die hof uitsluitel daaroor gee of 'n inheemse of gewoonteregtelike huwelik in dié verband 'n geldige huwelik daarstel; met ander woorde genereer 'n inheemse huwelik 'n onderhoudspelig wat deur die reg erken word? Hierdie problematiek het by talle geleenthede reeds die aandag van die Suid-Afrikaanse howe geveerg.

2 Waarom is die inheemse huwelik onder verdenking?

Sedert die vroegste kontak tussen Europeërs en Afrikagemeenskappe was daar veral twee aspekte van die inheemse huwelik wat erkenning daarvan bemoeilik het:

(a) *Die lobolo-verskynsel* Die lewering van lobolo vir 'n vrou het die indruk geskep dat sy gekoop word. Die oorsprong van die lobolo-gebruik is klaarblyklik te vinde in die vroeëre koophuwelik. Hoewel 'n lobolo-ooreenkoms nog steeds deel van die inheemse huweliksluitingsproses vorm, het hierdie huwelik oor die jare egter sy koopkarakter verloor (Labuschagne "Regsakkulturasië, lobolo-funksies en die oorsprong van die huwelik" 1991 *THRHR* 541 ev). Die lobolo-kontrak as sodanig is aanvanklik ook nie erken nie (Olivier "Artikel 11(1) van die Bantoe-administrasiewet, Wet 38 van 1927" 1976 *De Jure* 286). Die Suid-Afrikaanse wetgewer het later uitdruklik bepaal dat geen hof bevoeg is om te bevind dat die lobolo-gebruik in stryd met die staatsgedragslyn of natuurlike geregtigheid is nie (a 11(1) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927, tans a 1 van die Wysigingswet op Siviele Bewyslewering 45 van 1988). Die Suid-Afrikaanse howe het egter beslis dat die wetgewer nie hierdeur bedoel het om die inheemse huwelik in die algemeen as 'n geldige huwelik te erken nie (*SANTAM v Fondo* 1960 2 SA 467 (A) 473).

(b) *Poligamie* Aangesien die inheemse huwelik voorsiening maak vir poligamie is dit vanuit die staanspoor as in stryd met die Christelike tradisie beskou en was dit derhalwe onaanvaarbaar (*Seedat's Executors v The Master (Natal)* 1917 AD 302 307-308; *Mokwena v Laub* 1943 WLD 63 66; *SANTAM v Fondo supra* 473; Dlamini "The new marriage legislation affecting Blacks in South Africa" 1989 *TSAR* 410; Esplugues "Legal recognition of polygamous marriages" 1984 *CILSA* 303).

3 Erkenning van sekere gevolge van die inheemse huwelik

Die werklikheid het egter met verloop van tyd vereis dat sekere gevolge van die inheemse huwelik ter wille van geregtigheid erken moet word (Esplugues 321). In dié verband kan op die volgende gewys word:

(a) *Geslagsmisdade* Ons howe het die inheemse huwelik vir doeleindes van geslagsmisdade wat slegs buite-egtelik gepleeg kan word, erken (a 14 van die Wet op Seksuele Misdrywe 23 van 1957, gelees met *R v Smit* 1941 GWL 2; Labuschagne "Ouderdomsgrense en die bestraffing van pedofilie" 1990 *SAS* 15).

(b) *Onderhoud* Artikel 5(b) van die Wet op Onderhoud 23 van 1963 erken die inheemse huwelik vir doeleindes van onderhoud uitdruklik as 'n huwelik (Labuschagne "Regspluralisme, regsakkulturasië en onderhoud van kinders in die inheemse reg" 1986 *De Jure* 300).

(c) *Dood van 'n broodwinner* In dié verband moet die volgende onderskei word:

(i) *Die verweerder is 'n swarte* Die howe wat spesifiek daargestel is om gedinge tussen swartes te verhoor, het van die staanspoor af die reg van 'n weduwee van 'n inheemse huwelik om 'n eis in te stel, erken indien 'n ander swarte haar man onregmatig gedood het en skade bewys kon word (*Ngqongqozi v Nyalambisa* 1919 4 NAC 32; *Mabovu v Bukuva* 1937 NAC (C and O) 225; *Ngqango v Gqukuza* 1938 NAC (C and O) 87; *Zitulele v Mangquza* 1950 NAC (S) 249; *Guyana v Maroyana* 1962 BAC (S) 69; Davel *Die dood van 'n broodwinner as skadevergoedingsoorsaak* (LLD-proefskrif Universiteit van Pretoria 1984) 419–421; Van der Vyver “Artikel 31 van die Wysigingswet op Bantowetgewing, 1963” 1964 *THRHR* 97).

(ii) *Die verweerder is 'n nie-swarte* Indien die verweerder 'n nie-swarte was, het die gewone landshowe jurisdiksie gehad. Dié howe het beslis dat die inheemse huwelik nie 'n regsgeldige huwelik is nie en gevolglik nie 'n onderhoudspilig genereer nie; op grond hiervan is 'n onderhoudseis deurgaans afgewys (*SANTAM v Fondo supra* 473; *Zulu v Minister of Justice* 1956 2 SA 128 (N) bespreek deur Kerr 1956 *SALJ* 402; *Nkabinde v SA Motor and General Insurance Co Ltd* 1961 1 SA 302 (N) bespreek deur Van der Merwe 1961 *THRHR* 133). Hierdie toedrag van sake was onbevredigend met die gevolg dat die wetgewer ingegryp en sodanige eis erken het (a 31 van die Wysigingswet op Swart Wetgewing 76 van 1963).

(d) *Wysigingswet op Huweliks- en Huweliksgoederereg 3 van 1988* Artikel 1 (b) van dié wet bepaal dat 'n gemeenregtelike huwelik met 'n derde deur een van die partye tot 'n bestaande inheemse huwelik nie laasgenoemde outomaties ontbind nie (sien *Nkambula v Linda* 1951 SA 337 (A) en Maithufi (1990 *De Jure* 379) se bespreking van *Chawanda v Zimnat Insurance Co Ltd* 1990 1 SA 1019 (Z) (die beslissing van die hof *a quo* van die onderhawige saak)). Dit lyk of die wetgewer hierdeur by implikasie die inheemse huwelik in dié verband as geldige huwelik erken het.

(e) *Terminologie* In artikel 35 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 word die begrip “huwelik” vir die gemeenregtelike huwelik gereserveer. Die inheemse huwelik word aangedui met die begrip “gebruiklike verbinding”. In artikel 1 van die Kwazulu-Natal wetboeke word egter na die inheemse huwelik verwys as ‘n gebruiklike huwelik (Büchner *'n Analities-deskriptiewe uiteensetting en evaluasie van die Kwazulu-wet op die Wetboek van Zoeloereg*, 16 van 1985 (LLM-verhandeling Universiteit van Zoeloeland 1989) 12–15). Die inheemse huwelik word derhalwe terminologies in Natal en Kwazulu as huwelik erken.

4 Konklusie

In die saak onder bespreking het die Zimbabwiese hof sonder die tussenkoms van die wetgewer beslis dat die inheemse huwelik 'n regsgeldige onderhoudspilg skep vir doeleindes van 'n eis wat volg op die onregmatige dood van 'n broodwinner (sien ook a 12(3) en 14(a) van die Customary Law and Primary Courts Act, 1981). Die hof verklaar:

“What is offensive to one's sense of justice is that upon the wrongful killing of a breadwinner the position of a widow, who had married according to customary law, should differ adversely from that of another, who had married according to civil rites, albeit both suffer the same kind of loss. As our law accepts customary unions, it should endeavour to secure equality to the parties thereto and discard the intolerable affectation of superior virtue (to borrow a phrase) inherited from the colonial past. To continue to exhibit a vestige of condescension and conservatism towards customary law unions ill

befits, and is repugnant to, the current and unyielding movement by the State to remove the legal disabilities suffered by African women" (831).

Die hof wys verder daarop dat indien die oorledene meer as een inheemse vrou gehad het, die skadevergoedingsbedrag tussen hulle verdeel sal moet word (831). In Suid-Afrika bepaal artikel 31(5) van die Wysigingswet op Swart Wetgewing 76 van 1963 insgelyks dat indien die oorledene deur meer as een inheemsregtelike eggenote oorleef word, die totaal van die skadevergoedingsbedrae wat aan genoemde eggenotes toegeken word nie die bedrag wat toegeken sou word indien die oorledene slegs een vrou gehad het, mag oorskry nie (sien Labuschagne "Opmerkinge oor artikel 31 van die Wysigingswet op Swart Wetgewing 76 van 1963" 19 *De Jure* 344).

Sterk stemme het al opgegaan vir die algehele erkenning van die inheemse huwelik wat ook die erkenning van poligamie sal meebring (sien Mwansa "Bigamy law in Zambia: A critical view" 1981-1982 *Zambia LJ* 32; Labuschagne "Dekriminalisasie van bigamie" 1986 *De Jure* 84; Dlamini "Should we legalise or abolish polygamy" 1989 *CILSA* 330). Selfs sekere kerke neem hedendaags 'n meer gematigde houding teenoor poligamie in (Hillman *Polygamy reconsidered* (1975) 35). Prinsloo "Pluralism or unification in family law in South Africa" 1990 *CILSA* 335 verklaar ten aansien van die vraag of ons 'n enkele uniforme huweliksreg moet skep, soos volg:

"Instead of unification, consideration should be given to the recognition of the different marriages in a single Act for the purpose of giving full recognition to all the types of marriage and treating the different marriages on an equal basis. It is fair and essential that, for example, the rights of the spouses of a customary marriage be recognised and protected in all cases of adultery or other impairment, and that in all circumstances the husband is recognised as the guardian of a child born from such a marriage."

(Sien in die algemeen Bennett en Peart "The dualism of marriage laws in Africa" 1983 *Acta Juridica* 145.) Uniformiteit sal myns insiens outomaties volg op erkenning van die menslike outonomie in dié verband en die gevolglike deregulering van die huwelik (Labuschagne "Nietige en vernietigbare huwelike: Opmerkinge oor die deregulering van die huwelik" 1989 *TSAR* 370).

JMT LABUSCHAGNE
Universiteit van Pretoria

DIE NAKOMING VAN DIE REÛLS VAN NATUURLIKE GEREGTIGHEID BY DIE ONTSLAG VAN TYDELIKE WERKNEMERS VAN DIE STAAT BY WYSE VAN KENNISGEWING

Sibiya v Administrator, Natal 1991 2 SA 591 (D)

1 Die feite

Die feite van hierdie saak is eenvoudig. Die provinsiale administrasie van Natal het die twee applikante, wat arbeiders was, by wyse van kennisgewing afdank. Die rede vir hulle afdanking was die besnoeiing van personeel weens die staking van die projekte waaraan hulle werksaam was. Die provinsiale administrasie

het nie aan hulle die geleentheid gebied om vertoë te rig alvorens hulle afgedank is nie. Die applikante het daarom aansoek gedoen om 'n tussentydse verklarende bevel wat die afdankings nietig verklaar. Die enigste vraag voor die hof op die keerdag was of die provinsiale administrasie die applikante kon afdank sonder om hulle aan te hoor.

'n Kort uiteensetting van die diensverhouding en die owerheid se bevoegdheid om te ontslaan, word as agtergrond verskaf.

2 Die aard van die diensverhouding en die bevoegdheid om by wyse van kennisgewing te ontslaan in die *Sibiya*-saak

Daar kan uit regter Didcott (592J-593A) se gelykstelling van die posisie van die applikante met dié van die respondente in *Administrator, Transvaal v Zenzile* 1991 1 SA 21 (A) afgelei word dat die applikante werknemers was en nie amptenare nie (*idem* 26; a 1 van die Staatsdienswet 111 van 1984). Werknemers word aangestel by wyse van 'n spesiale kontrak (a 7(1)(c)(ii) van die Staatsdienswet). Die verhouding tussen die provinsiale administrasie en 'n werknemer is 'n kontraktuele verhouding wat gereël word deur verskeie bepalinge van die Staatsdienswet, die Staatsdienspersoneelkode asook die bedinge van die kontrak self (*Zenzile*-saak *supra* 34).

Hoewel regter Didcott bloot verklaar (592) dat die provinsiale administrasie se bevoegdheid om die applikante af te dank uit beide die dienskontrak en die staatsdienspersoneelkode voortspruit, is dit duidelik uit die *Zenzile*-saak *supra* 26 dat die bevoegdheid net uit klousule 5 van die staatsdienspersoneelkode afkomstig is. Hierdie klousule (soos trouens die hele personeelkode) het die werking van wetgewing (a 36(3) van die Staatsdienswet). Waar die klousule opgeneem word in die dienskontrak as 'n beding, bly die bevoegdheid statutêr van aard (*Zenzile*-saak *supra* 36; *Staatsdiensliga van Suid-Afrika v Minister van Waterwese* 1990 2 SA 440 (NK) 446; *Langeni v Minister of Health and Welfare* 1988 4 SA 93 (W) 100; sien egter *Moyo v Administrator of Transvaal* 1988 ILJ 372 (W) 384 waar die hof verkeerdelik van mening is dat die bevoegdheid kontraktueel van aard is).

3 Die benadering van die howe in die algemeen tot statutêre bevoegdhede in kontrakte

Die tradisionele standpunt van die howe is dat die reëls van die administratiefreg toepassing vind op kontraksluiting deur die owerheid indien die kontrakteerbevoegdheid deur wetgewing verleen en gereël word (*Durban Corporation v Kemp and Patterson* 1940 NPD 467; *Dominion Earthworks (Pty) Ltd v State Tender Board* 1968 4 SA 151 (T) 159; *Hopf v Pretoria City Council* 1947 2 SA 752 (T); *East London Municipality v Legate* 1915 AD 313). Dieselfde geld ten aansien van bedinge van die kontrak wat statutêr gereël word (Matzukis 1987 *Annual Survey* 47; *Monckden v British South Africa Co* 1920 AD 324 330; *Mustapha v Receiver of Revenue, Lichtenburg* 1958 3 SA 343 (A) 347 350 356-359; *Myburgh v Daniëlskuil Munisipaliteit* 1985 3 SA 335 (NK) 341; *Moyo*-saak *supra* 384; *Langeni*-saak *supra* 100; *Zenzile*-saak *supra* 34-36).

In 'n paar onlangse sake het die howe van die standpunt uitgegaan dat die kontrak waarby die owerheid 'n party is, primêr deur die privaatreëls beheers word en dat daar geen administratiefregtelike gevolge spruit uit die blote feit

dat die owerheid daarby betrokke is nie (*Staatsdiensliga*-saak *supra* 448). Die gemenerereg geld waar die wetgewing nie die amptenare en werknemers van die staat spesifiek beskerm nie, al gaan dit oor die uitoefening van statutêre bevoegdhede (*idem* 447-448; *Mkhize v Rector, University of Zululand* 1986 1 SA 901 (D)). Hierdie benadering fokus op die privaatreg sodat die administratiefreg as uitsondering beskou word.

Daarteenoor is daar die sake wat die tradisionele benadering volg en beide die privaat- en die publiekreg as selfstandige dele van die reg beskou. Elke statutêre bevoegdheid van die owerheid word as 'n administratiewe diskresie beskou wat in beginsel vir geregtelike hersiening vatbaar is (*Langeni*-saak *supra*; *Mokoena v Administrator, Transvaal* 1988 4 SA 912 (W); *Lunt v University of Cape Town* 1989 2 SA 438 (K)). Laasgenoemde benadering het in die appèlhof in *Administrator, Transvaal v Traub* 1989 4 SA 731 (A) en die *Zenzile*-saak *supra* geseëvier. In die *Zenzile*-saak 35 word dit onomwonde gestel dat daar in beginsel geen rede is om by wetgewing wat oor kontrakte handel 'n ander benadering te volg as by ander wetgewing nie. Die uitspraak van regter Didcott in die *Sibiya*-saak strook met hierdie benadering.

4 Die beslissing in die *Sibiya*-saak

In 'n kort uitspraak bevind regter Didcott dat die afdankings nietig was omdat die *audi alteram partem*-reël nie nagekom was nie. Regter Didcott stel die saak voor hom gelyk aan dié in die *Zenzile*-saak *supra*, met as enigste verskil dat dit in die *Zenzile*-saak oor 'n summiere ontslag van werknemers na afloop van 'n dissiplinêre ondersoek gegaan het (592J-593A). 'n Werknemer kan slegs summier ontslaan word indien hy hom skuldig maak aan wangedrag of indien sy diens onbevredigend is (kl 5 van die Staatsdienspersoneelkode; *Zenzile*-saak *supra* 26).

Regter Didcott bevind dat hierdie verskil nie van enige belang is nie en dat die ontslag by wyse van kennisgewing ook 'n bestaande reg aantast (593D-E). Hy verwerp die argument dat die werknemer geen reg op voortgesette diens het nie of dat sy reg nie langer duur as die termyn van die kennisgewing nie, sodat die beëindiging van die diens nie inbreuk daarop maak nie (593G-H). Die feit dat daar ook sprake is van 'n straf en dissiplinêre optrede het moontlik 'n uitwerking op die aard, omvang en inhoud van die verhoor wat aan die werknemer verleen moet word (593F-G).

Die regter kan gelyk gegee word dat die ontslag by wyse van kennisgewing inbreuk maak op die reg van die werknemer om in diens te bly. (Sien ook *Moodley v Minister of Education & Culture, House of Delegates* 1989 3 SA 221 (A) 234 waar gesê word dat die ontslag "profoundly affected their employment". Hierdie saak het gehandel oor 'n soortgelyke dienskontrak wat deur die Wet op Onderwys vir Indiërs 61 van 1965 beheers word.)

5 Aanduidings dat die wetgewer wel die werking van die *audi alteram partem*-reël by implikasie wou uitsluit

Twee vrae moet gevra word ten einde te bepaal of die *audi alteram partem*-reël nagekom moet word by die uitoefening van 'n administratiewe diskresie volgens die benadering waaraan die appèlhof tans voorkeur verleen (*Attorney-General, Eastern Cape v Blom* 1988 4 SA 645 (A) 662; *Zenzile*-saak *supra* 35-36). Eerstens

moet gevra word of die administratiewe besluit bestaande regte, vryhede en bevoegdhede van die individu aantas. Indien wel, is daar 'n reg om aangehoor te word tensy – en dit behels die tweede vraag – die magtigende wet hierdie reg uitdruklik of by implikasie uitsluit. Regter Didcott se gelykstelling van summiere ontslag en ontslag by wyse van kennisgewing loop egter skipbreuk op die tweede vraag. In twee sake, waarvan een 'n appèlhofbeslissing is, word juis bevind dat die wetgewer by wyse van implikasie die werking van die reëls van natuurlike geregtigheid wou uitsluit by die ontslag by wyse van kennisgewing (*Staatsdiensliga-saak supra; Moodley-saak supra*).

Die volgende oorwegings word in hierdie sake as aanduidings beskou dat die wetgewer wel die *audi alteram partem*-reël by implikasie wou uitsluit:

(a) Die argument dat die wetgewer amptenare se posisie wel verskans het, terwyl geen sodanige verskansing by werknemers voorkom nie (*Moodley-saak supra* 235; *Staatsdiensliga-saak supra* 454) gaan nie op vir werknemers na die *Zenzile-saak supra* 37–38 nie.

(b) Die argument dat die wetgewer ten doel gehad het dat werknemers tydelik in diens geneem kan word en dat hulle sonder enige verdere prosedure weer ontslaan kan word (*Moodley-saak supra* 235; *Staatsdiensliga-saak supra* 454) gaan wel op. Daar is inderdaad 'n pensioenfonds waaraan werknemers behoort wat juis daarop gerig is dat sodanige werknemers tydelik is en afgedank kan word (*Staatsdiensliga van Suid-Afrika v Minister van Waterwese* 1990 2 SA 440 (NK) 454). Die vereiste dat die *audi alteram partem*-reël nagekom moet word, verleen wel groter permanentheid aan werknemers se dienskontrakte (sien by *National Education, Health & Allied Workers Union v Administrator, Natal* 1989 10 ILJ 675 (D)).

(c) Die diskresie wat aan die owerheid verleen word, is 'n sogenaamde vrye diskresie (Grogan “Contract v administrative law: dismissals in the public sector” 1991 SALJ 243; *Zenzile-saak supra* 38). In die *Moodley-saak supra* 235 word gesê dat so 'n diskresie

“does not hinge upon an inquiry into or a consideration of facts or circumstances in regard to which there may be a conflict; or upon any particular finding of fact”.

Die diskresie kan uitgeoefen word vir redes wat die werknemer persoonlik raak, asook redes wat niks met hom te doen het nie soos vermindering van personeel weens ekonomiese oorwegings of reorganisasie (*Nchabaleng v Director of Education (Tvl)* 1954 1 432 (T) 439; *Staatsdiensliga-saak supra* 448–449). Hier is ook geen statutêre verpligting om redes te gee nie (*Moodley-saak supra* 235).

Beide aanduidings (b) en (c) is aanwesig in die *Sibiya-saak* en dit wil voorkom of die wetgewer wel die werking van die *audi alteram partem*-reël wou uitsluit.

Verskeie skrywers betoog egter dat die posisie verander het na die *Traub-saak supra* waar die appèlhof die leerstuk van geregverdigde verwagting ingevoer het. Hulle meen dat die howe strenger sal wees in hulle oordeel of daar voldoende aanduidings aanwesig is dat die wetgewer by implikasie die werking van die reëls van natuurlike geregtigheid wou uitsluit (Viljoen “Nogmaals Traub” 1990 SA *Publiekreg* 280–281; Grogan “When is the ‘expectation’ of a hearing ‘legitimate’ ” 1990 SAJHR 45). Dat daar nog steeds hieroor twyfel bestaan, word toegegee (Grogan 1991 SALJ 243–244). Hierdie onsekerheid kan slegs deur die appèlhof self opgeklaar word.

Die vraag is verder of die werking van die *audi alteram partem*-reël ook uitgesluit word waar die werknemer by wyse van 'n kennisgewing weens wangedrag ontslaan word. In die lig daarvan dat 'n werknemer se pensioenregte wel nadelig beïnvloed word waar sy afdanking uit sy wangedrag spruit (*Staatsdiensliga-saak supra* 455), wil dit voorkom of die *Mokoena-saak supra* inderdaad korrek is deur te vereis dat die *audi alteram partem*-reël nagekom moet word (*Zenzile-saak supra* 39 (*obiter*); sien egter die *Staatsdiensliga-saak supra* 455 (*obiter*)).

Ten slotte kan daarop gewys word dat die posisie met betrekking tot die toepasbaarheid van die reëls van die administratiefreg op kontraktuele bevoegdheede wat nie statutêr begrond word nie, nog steeds vanuit die privaatreghanteer word (*Scholtz v Cape Divisional Council* 1987 1 SA 68 (K) 74; *Moyosaak supra*). Grogan 1991 *SALJ* 243 beweer dat die appèlhof in die *Zenzile-saak supra* ook aanvaar het dat die kontraktuele bevoegdheid om 'n werknemer by wyse van kennisgewings te ontslaan, vatbaar is vir geregtelike hersiening. Sy bewering gaan nie op nie want hierdie saak het net gehandel oor 'n statutêre bevoegdheid om te ontslaan. (Vir 'n bespreking en moontlike oplossings van hierdie vraagstuk sien Harris en Hoexter 1987 *SALJ* 557 asook die Engelse beslissings *Cannock Chase District Council v Kelly* 1978 1 WLR 1 (CA) 7 72; *Sevenoaks District Council v Emmott* (1979) 78 LGR 346 354; *R v Basilton District Council*; *Ex Parte Brown* (1981) 70 LGR 655 (CA) 661 667; *Jones v Swansea City Council* 1990 1 WLR 54 (CA) 70-71 (*obiter*)).

TB FLOYD

Universiteit van Suid-Afrika

*What is offensive to one's sense of justice is that upon the wrongful killing of a breadwinner the position of a widow, who had married according to customary law, should differ adversely from that of another, who had married according to civil rites, albeit both suffer the same kind of loss. As our law accepts customary unions, it should endeavour to secure equality to the parties thereto and discard the intolerable affectation of superior virtue (to borrow a phrase) inherited from the colonial past. To continue to exhibit a vestige of condescension and conservatism towards customary law unions ill befits, and is repugnant to, the current and unyielding movement by the State to remove the legal disabilities suffered by African women (per The Full Bench in *Zimmat Insurance Co Ltd v Chawanda* 1991 2 SA 825 (ZS) 831).*

BOEKE

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

(The modern Roman-Dutch law including the jurisdiction of the supreme court)

by CF FORSYTH

Second edition; Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1990; xlv and 401 pp

Price R103,07 + VAT (soft cover)

Few indeed are the authors who would not like it said of their work that it presents in vivid and memorable form the principal conclusions of much research and mature thought. I shall not keep the reader in suspense. Forsyth's second edition is a disappointment. In my review of the first edition (1982 (2) *Codicillus* 46-48), I observed that the authors (Forsyth then having been assisted by Tom Bennett) appeared to have been in a cracking hurry to get the work behind them. I am afraid that the second edition, too, now under the sole authorship of Forsyth, bears more than a trace of slapdash proof-reading, clumsy citations, poor updating and, worst of all, a rush to judgment on many issues. Briefly, this edition does not bear the hallmark of careful scholarship. A few examples of its stylistic and other formal imperfections will be indicated in the succeeding paragraphs of this commentary.

Rather than take the reader through a bland précis of the ten-chapter contents of the work – the scheme is that of the first edition – I shall, mindful of *Matthew* 7 3, launch this critique without further ado. Both the author and I are agreed that work which “withstands criticism emerges stronger . . . than it was before” (Forsyth 1989 *SALJ* 374). In addition, some of the major criticisms offered here may also stimulate further discussion among conflicts scholars.

Make no mistake, Forsyth is a lively and interesting writer. His enthusiasm for this subject is boundless and he has the gift of lucidity. Yet, on occasion, his enthusiasm lands him in trouble. In attempting to simplify the pseudo-problem of “gap”, for example, his use of notational formulae is anything but successful. And, as fate would have it, the printer's devil compounds the confusion: CB should read C_B (65 line 15).

Forsyth varies his style. Sometimes he affects humility and graciousness when acknowledging the “giants of the subject” (46), but he is less than gracious in his dismissals of the contributions made by, *inter alios*, Spiro (105 fn 25), Schmidt (76 fn 96), Silberberg (344 fn 79) and Leon (345 fn 82). And his attempted “put down” of Joseph Story (48-49) is misconceived. Forsyth certainly overlooks the role played by Story's *Commentaries* in the development of our subject in nineteenth-century Southern Africa. As far as Story's international reputation and place in history are concerned, Gerhard Kegel's contribution “Story and Savigny” 1989 *Am Jour Comp Law* 39 will amply repay study. Few of us would gainsay the wisdom of Isaac Newton's confession: “If I have seen further [than x] it is by standing on ye sholders of Giants” (*The correspondence of Isaac Newton* (ed Turnbull) vol 1 (1959) 416). But

Forsyth does go overboard at several places in his work in paying homage to the works of Kahn and Kahn-Freund. Indeed, frequent use of the affectation: "Sir Otto Kahn-Freund" this and "Sir Otto" that, becomes both wearisome and clumsy. True enough, it must be a daunting task to emulate, say, the works of a Cheshire or a Dicey and Morris; however, there is always room for an original contribution to the conflict of laws. But then, to paraphrase André Gide: To discover new oceans one must have the courage to lose sight of the shore.

Forsyth has a ready wit. No doubt the author has, over the years, built up a stockpile of witticisms to enliven his lectures. Used sparingly, quips can very often revive an interest that has flagged. But I'm afraid there are several Forsythian embellishments which could have been passed over, for example, "[Kahn] who is not, of course, an old authority" (251 fn 118), and so on. Then again some of these adornments are quite misleading; see for example his observation: "Innes CJ (once more) said that . . ." (53 fn 233). Surely the bracketed phrase cannot be taken to indicate that the chief justice said *once more* that . . . ? Does it indicate that James Rose Innes was once more a CJ in 1904? But this would be incorrect; for it will be remembered that he was the first and only Chief Justice of the Supreme Court of the Transvaal from 1902 until Union and that prior to taking up his appointment in the Transvaal he had not held judicial office at the Cape of Good Hope. Other asides such as "1908 was a good year for this rule" (315 fn 152) are best dismissed as droll and superfluous.

Reviewers are usually prepared to compliment publishers on the smart appearance of their publications. Moreover, as publishers are wont to charge top prices, the consumer will surely insist on quality work. I'm afraid there are so many examples of poor proof-reading in Forsyth's work – errors, be it noted, which have survived the first edition – that I must fussily list a few. I include bad Latin in the list because authors are inclined to attribute their "howlers" to the printer's devil! My selection, in part a reaction to the author's remark on "suggested improvements" (viii), is as follows: "antimony" instead of "antinomy" (36 fn 111); "*caedit*" instead of "*cadit*" (84 fn 7); "interstate" instead of "intestate" (110 fn 53); "master's and captain's tickets" instead of "master's and mate's tickets" (114 fn 76); "J Foote" instead of "J Voet" (135 fn 207); "*inducium/inducia*" instead of "*indicium/indicia*" (274); "reality" instead of "realty" (297 fn 8) and "*brutem*" instead of "*brutum*" (333).

I notice that the author still sub-titles his work "The modern Roman-Dutch law" (see too his preface vii). Forsyth goes to extraordinary lengths to maintain his viewpoint, for example, he "doctors" a *dictum* of Broome J in the *Frankel's Estate* case when he writes: "[Conflicts] rules . . . are 'just as much a branch of [Roman-Dutch] law as the law of contract is a branch'" (3). In the law report Broome J correctly referred to the conflict of laws as "a branch of our own law" (*Frankel's Estate* 1950 1 SA 220 (A) 221A). And this is what it is: a branch of South African law. However, the author's resolve weakens somewhat where he writes, in a newly added footnote, "that in South African law it is in the context of characterization that the problem ['gap'] has arisen" (65 fn 32). In my view there is no modern Roman-Dutch private international law, but only a South African version.

I raise this aspect of nomenclature because, seen against the social changes being wrought in this country, where we tread the bumpy road towards national reconciliation, many strident voices are being raised against the retention of the Roman-Dutch heritage. Numerous universities and other organisations, political and otherwise, have hosted conferences on themes such as "A new jurisprudence for a future South Africa" (Centre for Human Rights Studies UP 1989-10-24 to 26); students tackle theses entitled, for example, "The role of indigenous law in the new South Africa"; and politicians exhort us to cultivate a "rights culture". At bottom there appears to be a revulsion against any field of endeavour remotely connected with *apartheid*. It would appear to be a trifle insensitive, perhaps provocative at this time,

to labour the connection Roman-Dutch law has with private international law, a highly technical branch of the national law, which owes its existence, if not to practical convenience, then, to a moral necessity to do justice. And in this subject, particularly, it is surely *passé* to search for evidence of a “Roman-Dutch” independence from Anglo-American thinking and practice.

Forsyth trumpets his disavowal of *apartheid*. He goes further and implies that the injustice meted out under that regime may somehow or other be coextensive with “the injustice and suffering to individuals that can result from the failure of private international law to provide adequate solutions to their problems . . .” (vii). This is a quantum leap! I do detect a measure of hyperbole, perhaps even a note of ostentation, in his bid to link the injustice of *apartheid* with the possible injustice caused by an incorrect application of a choice-of-law rule. It strikes me that our judiciary has always attempted to dispense justice in civil cases with a foreign element.

Perhaps his is an oblique reference to problems of policy arising out of our multicultural society. For instance, he addresses polygamous marriages (244 *et seq*) and rebukes Trengove JA for his judgment in *Ismail's* case (1983 1 SA 1007 (A)), which he labels as “unimaginative and insensitive to the plural reality of South Africa . . .” (245 fn 74). But Forsyth does concede, however, that this judgment did *not* concern foreign polygamous marriages. This then would place it outside the ambit of private international law or would it? The point is not argued. Forsyth then turns to the miscegnation problem, one which will always feature high on the agenda of a plural society, and notes the demise of the Prohibition of Mixed Marriages Act 55 of 1949, that “grotesque statutory exception to the common law” (239 fn 28), and adds that “[it was] consigned at long last to the rubbish dump – where it belongs” (*ibid*). It is in such emotive language that much of Forsyth’s observations on the *content* of laws is made; a style far better suited to censorial jurisprudence. The fact is: many cultural groupings have attempted over many centuries to prevent miscegnation, whether their aims have been directed at religious or ethnic exclusivity. The tragedy, as far as South Africa is concerned, is that statutory enforcement was resorted to *and* as part of a master plan to entrench the privileges of one particular racial group. But the South African legislature has not been alone in such folly; some southern states of the American Union tried it too. And even further back in time, we read of the Scots parliament prohibiting the inter-marriage of Scotsmen and English-women (Act 1587, c105). My point is that at one end of this spectrum the latter example can now, with hindsight, be dismissed wryly as a piece of foolishness if ever there was one, but the former example is too fresh in the minds of men to be so lightly dismissed. It behoves us, as writers on the role of private international law in the national law of the state and its concomitant relationship with other legal systems, not to play the politico. It distracts students of the conflict of laws from the task at hand. Such Forsythian asides belong to the subject of societal conflict, to which this book is surely not addressed.

Whilst I concede that commentators will forever disagree on matters of detail and nuance in their descriptions, I feel that errors in a colleague’s work should be exposed. Here are four examples:

(a) The author appears to misread his sources on page 341 footnote 54. Referring to the topic “submission by conduct”, he cites Pollak 216 *et seq* in support of his contention that where a plaintiff has chosen “an incompetent forum to proceed in, he has submitted himself to the court’s jurisdiction”. Pollak does not, in this context, mention an incompetent forum at all, but refers at the cited portion of his text to the case where a plaintiff, unsuccessful in a foreign forum, may be sued in South Africa “to enforce the [foreign] judgment for costs” (217).

Forsyth continues by noting that Pollak relied on *Lipman and Herman v Kohler* (1888) 5 SC 420 for his authority. In my view, Pollak’s submission does indeed

accord with the law indicated in the brief case report. Forsyth, on the other hand, draws a few patently incorrect conclusions from it. First, Kohler was from Cape Town, *not* the Orange Free State, and, he went to Jacobsdal, Orange Free State, where he sued Lipman successfully in the Landdrost's Court there and obtained judgment. But the judgment was reversed on appeal to the Circuit Court at Jacobsdal. Lipman thereupon applied to the Cape Supreme Court for the enforcement of that foreign judgment "and the costs of a writ of execution" (420). It would appear, then, that Kohler did not claim "successfully in reconvention". Secondly, I am not surprised that Pollak (217 fn 1) did *not* "regard this case as authority for the proposition that plaintiff submits to defendant's claim in reconvention . . ." The material facts of *Lipman* and the outcome of the case are crisply stated in 1888 *Cape LJ* 46.

(b) In matters touching on the formalities of a contract, Forsyth refers to the search by the old authorities for an alternative testing law to that of the *lex loci contractus* (284–285). In his reference to Paul Voet's *De Statutis* 9 2 9, he states: "Voet appears to recognize no alternative to the *locus regit actum* rule." This cannot be right; for Voet senior (*De Stat* 9 2 9 excipe 4) wrote:

"Nisi etiam extra locum domicilii velit uti statuto suae patriae favorabili, quoad solemnia; tum forte contractus alibi ita gestus, ubi alia solemnia erant adhibenda, ex aequo et bono in patria, sustineretur."

According to Voet, then, the imperative character of *locus regit actum* was relaxed (*ex aequo et bono*) in the case of a contract which was not executed according to the formalities of the place of acting if it complied with the formalities of the *lex domicilii*. And, be it noted, this was further restricted to the favourable statutes of the domiciliary's homeland, which meant that the *lex domicilii* was an alternative only where the action was brought in the *forum domicilii*. Forsyth (285 fn 139) questions the use by Van Rooyen (*Die kontrak in die Suid-Afrikaanse internasionale privaatrecht*) (1972) 145 of Voet's text mentioned above, presumably on the ground that Voet does not specifically mention immovables in that text. However, as Voet had written about both movables and immovables in the previous text (9 2 8), I feel that his reference to contracts in 9 2 9 must be construed as a general reference to contracts regardless of the nature of the *res*.

More importantly, however, Forsyth seemingly misunderstands Van Rooyen's observation where the latter (*Die kontrak* 145) wrote:

"[Met betrekking tot Voet] word . . . aan die hand gedoen dat 'n nakoming van die gemeenskaplike domisiliëre (vaderlandse) formaliteite ook deur die domisiliëre (vaderlandse) regter goedgekeur moet word – ons kan selfs verder gaan en nie eens vereis dat dit die domisiliëre (vaderlandse) regter hoef te wees nie . . .".

This misunderstanding is apparent in two places of Forsyth's reply to Van Rooyen's observation where he writes (285):

"By all means suggest the *lex domicilii* (presumably of either party (surely not both?)) as an additional alternative, but scant warrant exists in principle for restricting the operation of the rule to litigation before the domiciliary courts."

In the first place, when Van Rooyen uses "gemeenskaplike" in the above-cited extract he is referring to the case where two domiciliaries of a forum conclude a contract outside the area of jurisdiction of the forum and upon their return to their homeland enter into litigation in the *forum domicilii*. Hence, it would be correct to speak of their "common domicile". I must admit that reference to Voet's text (9 2 9 excipe 4) does not carry this explicit meaning. Secondly, it seems clear that the presence of the qualification "ons kan selfs verder [ens]" indicates that Van Rooyen is of the same opinion as Forsyth himself, namely, "[s]cant warrant exists [etc]".

In this particular section of the work the author makes excessive use of footnotes in continuation of arguments addressed in the text, but more of this below.

(c) Forsyth is in error when he contends that "our law has rejected party autonomy in antenuptial contracts" (257). The author's argument proceeds as follows: It is

generally accepted that in South Africa the essential validity of an antenuptial contract is determined by the law of the matrimonial domicile, that is the law of the husband's domicile at marriage, hence the validity of a choice-of-law clause in such an antenuptial contract "will be determined by the law of the matrimonial domicile" (*ibid*). I believe that a *dictum* of Wessels J in *Ex parte Purvis* 1916 TPD 263 correctly reflects South African common law on this point. He said (269; my editing):

"It is clearly a principle . . . of our common law as appears from Voet (23 4 19) who says . . . that parties can select the law of any place they choose as the law which is to govern their property; and may make any stipulation not unlawful . . . [P]arties can agree that the wife's domicile [eg the law of a place other than the *locus celebrationis* or the *domicilium matrimonii*] shall be the matrimonial domicile . . . provided there is no prohibitory statute in the domicile of the husband or in the case of immovables in the *lex rei sitae*."

Reference to Kahn (*Husband and Wife* 4ed 635) would seem to support this observation.

(d) There appear to be defects in Forsyth's submissions regarding the mode of proof under our Law of Evidence Amendment Act 45 of 1988.

First, whatever else it stands for section 1(1) of the act almost certainly abrogates the rule about the factual nature of foreign law as between South Africa and *all* other foreign states in so far as the relevant foreign law can be "ascertained readily and with sufficient certainty". It would appear that in the ordinary course of events the foreign law will be brought to the judge's notice by way of the pleadings. Then, under the act, the next step would follow logically, namely, the foreign law could, assuming the proviso mentioned above is met, be judicially noticed and thus proved by the judge and not expert witnesses. But as Forsyth correctly notes (88), section 1(2) is available to the litigant who prefers to adduce "evidence of the substance of a [foreign] legal rule" by way of the expert witness.

Forsyth is unclear, however, with regard to another possibility: Assuming foreign law is *not* pleaded, can the judge *suo motu* hold foreign law applicable and determine its content? After his review of the common-law approach to foreign law, the author (85) ends by noting that

"[i]n our system . . . unless the parties agree [to the judge actively canvassing the applicability of foreign law] . . . then, *unless s 1 of [the act] applies*, foreign law must be pleaded and proved".

But he does not expand on the italicised portion of this concluding paragraph. Needless to say, the author does address the civil-law approach, somewhat unsatisfactorily on page 84 footnotes 6-9, and comes to the correct conclusion that some civil-law systems impose a duty on the court to apply foreign law *ex officio* and this, it is common cause, means that the judge would enquire *suo motu* into the applicability of foreign law. (Cf the author's reference to the "active concept of the judicial office" (84).) In a further section dealing with section 1(1) of the act, Forsyth does not address the above-mentioned possibility directly and states somewhat ambiguously (89):

"Since s 1(1) and (2) are concerned with the mode of proof of foreign law, it follows that foreign law will still need to be pleaded even if it is proved by judicial notice."

I believe that the short answer to the mooted possibility is that the judge has a discretion and he may of his own volition raise the question of foreign law. Indeed, public interest may well demand that an unpleaded foreign rule be judicially noticed. On the other hand, it can be argued that the court may "abuse" its discretion under section 1(1) of the act if it takes judicial notice of an unpleaded rule of foreign law, and most certainly does so unless the litigant, who would otherwise have had the burden of proving foreign law, has in some way assisted the court in judicially ascertaining it.

As to when the judge will consider that foreign law can be "ascertained readily and with sufficient certainty", Forsyth seems to think that the operation of section 1(1) will probably be limited to those countries which are adjacent to South Africa and share with her the Roman-Dutch heritage. In addition he feels that "those areas of English law where the South African law is very similar might also be able to be proved by judicial notice" (89 fn 32). In my opinion, in matters of foreign law, other than so-called indigenous law, I can see no reason for according a special status to certain specified countries (cf Forsyth 89). The decisive criterion is surely the proviso in section 1(1) of the act. It is submitted that an accurate interpretation of this section can only be given if the doctrine of judicial notice is further elaborated. This doctrine came into our procedure through the English practice of allowing the judge to dispense with the jury in determining certain issues of fact. For example, matters of such common knowledge as the fact that Christmas Day falls on 25 December or that the sun rises in the east require no proof. Matters that are self-evident hardly require to be proved or disproved. Subsequently this so-called classic judicial notice was enlarged so as to apply to facts which, albeit not self-evident, are capable of being demonstrated by reference to sources of unimpeachable accuracy readily available to members of the court. In pursuit of this information the judge may consult authoritative works himself or he may be informed in open court by a procedure which may superficially resemble that of proof. In terms of the prevailing statute the judge may judicially notice "the law of a foreign state and of indigenous law". But the facts of foreign law are not obvious; the judge must perforce inform himself of them. And these facts to be noticed are such which can be ascertained readily and with sufficient certainty. In other words, they have to be readily ascertainable from an authoritative source and thus the "fact doctrine" remains in place. Had the legislature intended to abolish it then it would have said so in express terms. The judge is not licensed to indulge in scholarly research into foreign law, for he is bound by the proviso to section 1(1). Obviously, if there is a need for research then it does not lie easily with the requirement that the information must be readily ascertainable and uncontroversial (ie sufficiently certain).

Enquiry into the laws of foreign states cannot be undertaken by the bench with equanimity; for, to paraphrase an old English *dictum*:

"There are many [foreign laws] of which [the judge] must be totally ignorant: there is, in every case of foreign law, an absence of all the accumulated knowledge and ready associations which assist him in the consideration of that which is the [domestic] law, and of the manner in which it ought to be applied, in a given state of circumstances to which it is applicable" (cf Lord Langdale in *Nelson v Bridport* 50 ER 207 210).

Obviously this caveat must needs be ignored when the appellate division has to fill a lacuna in our law and thus carries out a broad comparativist investigation into foreign laws. As matters now stand the position with regard to the ascertainment and application of foreign law is still not satisfactory. No doubt, in matters involving the ascertainment of foreign law, there should be a move closer to a practice where there is co-operation between the court, university institutes of foreign and comparative law and the parties' legal representatives. The institution of a pre-trial conference in this respect could be seen as an enlightened procedure, but as always there are limits to the expenditure of effort involved in displacing the *lex fori* by foreign law.

So much for these points of minor criticism. But let us look at a few major issues. Take, for instance, Forsyth's attempt to extrapolate Ronald Dworkin's model of "hard cases" to the conflict of laws. Such an attempt raises a deep theoretical issue. The author believes that the process of characterisation falls "plainly [within] such an area of 'hard cases'" (68). Assuming for the moment that it does and that the Dworkinian thesis is apposite, then Forsyth's jurisprudential position in this instance

stands in marked contrast to that which underlies his understanding of the development of our subject in Southern Africa during the period 1828 – 1910. Indeed, this conflict within the author's bosom may be described either as an antinomy or to use his own imagery "[occasioned by] mounting [an] unruly horse and galloping off in all directions!" (244 fn 65). For, in the first case once one allies oneself with Dworkin, whether after the fashion of his *Taking rights seriously* (1977) or his *A matter of principle* (1985) or his latest *Law's empire* (1986), then judges will be expected, in cases where the rules of law fail to prescribe a solution, to fall back on general principles which draw their sustenance from the institutional (moral) or constitutional fabric of the law. Indeed, following the early Dworkin (he has seemingly softened his position since the 60s), there is no question of the judge exercising a discretion in the way Hart's model judge can. For the latter regards such principles as an extra-legal source of adjudication which he, in his *discretion*, may apply and thus import them into law by a quasi-legislative act. The positivists' doctrine of judicial discretion, it is common cause, is anathema to Dworkin.

Notwithstanding Dworkin's caveat that these general principles are inherent in the fabric of a nation's law, can we really contemplate a supranational set of such principles in the world around us? I believe that any attempt today to catalogue the general principles of private international law will founder on the same rock which sank Beckett's attempt at characterising a conflicts issue by resort to the "essential general principles of professedly universal application" (1934 *BYBIL* 46 59). However, be it noted: once one nails one's flag to the Dworkinian mast one favours a substantive view of the law where it is regarded as "an outward expression of the community's sense of right or justice" (cf Atiyah and Summers *Form and substance in Anglo-American law* (1987) 5).

Now, on the other hand, in the second instance Forsyth, like Kahn, Spiro, Van Rooyen and many other local commentators, clearly favours a jurisprudence which focuses on law represented by a central core of legal norms. In the interpretation of case law, adherence to such a theory, especially in its formalistic mode, leads to a judicial temper where strict precedent reigns, where *obiter dicta* are discounted and where the *residuum* of judicial custom is ignored. In a word, this is to regard private international law as a "system of rules", and, if one cannot isolate a *ratio decidendi* from a case, then it has no authority (cf 336 fn 12). I shall return to Forsyth's acceptance of hard-line positivism, in opposition to an approach which would seek a balance "of justice and convenience" (68), in my critique of his a-historical perspective below.

I heartily endorse the author's suggestion that academics should essay "an adequate theoretical approach for modern [private international] law" (53 fn 233). It is important that we deepen the theoretical substratum of our discipline; for as Kant observed: a practice devoid of theory is like an exquisitely carved head – attractive in appearance but lacking in brain (*Metaphysik der Sitten* (1797)).

And so to a consideration of Forsyth's criticism of my approach to the resolution of a delictual problem involving a foreign element (293). Let me hasten to add that the author is not the only writer to reject this approach, which was originally aired in 1979 *SALJ* 48 78 *et seq.* Indeed, a consultation paper hailing from the United Kingdom, namely the Law Commission's *Choice of law in tort and delict* ((1984) WP No 87; CM No 62, paras 4 32 – 4 34) rejects it too. Incidentally, I find it passing strange that Forsyth, for all his proclaimed support for "extensive comparative reviews" (15) does not allude to this informative document. Other areas where more extensive researches into comparative law would have strengthened his submissions *de lege ferenda* include "Domicile", "Party autonomy in contracts" and "The enforcement of foreign judgments".

Be this as it may, I would *not* present my argument with regard to "foreign" torts/delict in the same way today, simply because there are signs (cf s 1 Law of Evidence

Amendment Act, 1988) that our law is moving away from the rigid "fact approach" to foreign law. My emphasis on the *prima facie* applicability of the *lex fori* is thus not a choice of law as such, but a realistic appraisal of what will most probably happen in a South African court failing proof of a potentially applicable foreign law. And in this regard I freely acknowledge my reliance on much of Brainerd Currie's analysis of the displacement of the *lex fori* by foreign law in claims arising out of torts committed outside the forum's jurisdiction (see his "conclusions" in 1985 *Col LR* 1027 *et seq.*).

Nevertheless, as Forsyth correctly notes (293), I do accept that a litigant who relies on foreign law to prove his claim for damages in delict should be allowed to plead it. But then he must materially assist in the proof. It is at this stage that I differ from the canons of what has now become the conventional wisdom in the South African conflict of laws; for I do not accept that, in this field particularly, a standard choice-of-law rule can be formulated. In delictual matters the role of precedent in assuring predictability must surely rate the lowest priority.

So much then for one reason why I believe that our conflict of laws methodology should move away from the well-worn choice-of-law model popularised here since the mid-30s by Doctor Cheshire's treatise which has run to numerous editions. Such a model entails (i) the use of territorially-oriented choice of law rules (ie choosing the law to apply to a transjurisdictional factual complex by isolating a dominant factor in the transaction and then looking to the law of the geographical location of that factor) and (ii) reliance on escape devices to evade the harsh effects of a *lex causae* chosen mechanically and before the implications of its application are fully appreciated. In my view the classical problems (raised by characterisation, "gap", the incidental question and *renvoi*) are artificial or pseudoproblematic. They arise (and are thus unavoidable) because of the *form* of the rules forced on the courts by the adoption of the classificatory technique and the mistaken belief that adherence to precedent will provide clear, specific answers to choice-of-law problems.

I favour an approach which focuses on the policies underlying the various rules of substantive law which the court *might* apply, and with the evaluation of the interest in the resolution of the dispute of each *rechtskring* whose rules *might* be applied. The latter approach, it is well-known, is usually subsumed under the methodology labelled the American approach. The author criticises both Honoré (310 fn 115) and me (293 fn 205) for adopting what is, perhaps, a modified "interest analysis". For the moment I shall rest my case with the observation: *If* our judges are to be given greater latitude in researching foreign law and *if* a new political dispensation provides them with a written constitution enshrining a bill of rights, then, an "'American style' enquiry" (*ibid*) will stand them in better stead than a slavish adherence to rigid choice-of-law rules whose purposes and consequences must forever remain unexamined.

In my review of Forsyth's first edition (*Codicillus loc cit*) I expressed reservations with regard to the author's historical approach. I was unimpressed then, as I still am, with the author's account of the early beginnings of South African private international law.

The gravamen of my charge concerns the author's lack of historical perspective and, in particular, his tendency to interpret a nineteenth-century model of judicial theory in today's terms; and especially when done in a formalistic mode.

I shall substantiate my critique by reference to passages in the author's fairly comprehensive survey of three important topics: *proof of foreign law*, *domicile* and the *enforcement of foreign judgments*. Although Forsyth sets great store by the appellation "The modern Roman-Dutch law" as the sub-title of his work, he fails to stress how in practice the fundamental principles of private international law, as adumbrated by the likes of Huber, the Voets and Van der Keessel, were modified

by the writings of the Anglo-American commentators, and, how, in turn, both of these sources were, as he correctly notes in "Essay on history" (40), influenced by Von Savigny's doctrinaire insistence on the achievement of uniform results by the use of multilateral choice-of-law rules. And the agency for fashioning this so-called modern Roman-Dutch law in Southern Africa was assuredly curial practice; beginning with the institution of the Cape Supreme Court (1828) and continued in the several other independent courts established in various *rechtskringen* south of the Zambesi prior to 1910. During this time many seemingly contradictory usages were supported. For example, it may seem odd now how, in British South Africa, English judgments could be regarded as foreign judgments and yet English law was not regarded as foreign law. Yet this seeming anomaly can be explained by reference to the then prevailing judicial theory. And as regards the relationship of the Southern African *rechtskringen inter se*, it would be a mistake to have considered them as foreign countries *stricto sensu*. To have done so in this historical epoch would have minimised the influence of the common sources drawn upon by bench and bar in those virtually autonomous areas. Given the paucity of academic comment at this time it can be said with assurance that development of the principles of private international law was generated within the close ranks of the several benches and bars in Southern Africa. In addition, little credence can be given to the operation of a strict doctrine of precedent within the judicial hierarchies of the various *rechtskringen*. Indeed, both at the nadir (1899) of the Boer Republican courts and the zenith (1909) of curial practice in the five provinces of British South Africa: Cape Colony, Natal, Transvaal, Orange River Colony and Rhodesia, many of the current judgments and counsel's opinions were freely transferable throughout South Africa whatever might have been the political status of the *rechtskring* from which they emanated.

In the absence of law schools with a civilian or Romanist bias in Southern Africa until well into the second quarter of the twentieth century, the inns-of-court-tradition made its mark on not only the Cape judicial practice, but also on practice in Natal and the Republican north at the end of the nineteenth century. The use of "Anglo-American interpreted" civilian notions of private international law made by, for example, Burge (whose contribution to the development of the subject in South Africa Forsyth ignores) and Story (whom Forsyth underestimates), along with the use of English cases to elaborate the oft-tersely stated Romanist principles, pulled the development of South African private international law away from the European continental sources.

Until comparatively recent times in Southern Africa, the expert in the field of our subject was learned counsel and he, in turn, upon his elevation to the bench, had to resolve disputes involving a foreign element. It was the judges, then, who, by their decisions, modified the received Roman-Dutch principles and stamped their authority on the emerging South African private international law. Through their efforts it crystallised in curial practice. But there was very often "no law to apply" and the bench had to fill the *lacunae*. The use of the inductive method in the Southern African courts, and, in the British colonies, the brooding presence of the Judicial Committee of the Privy Council, ensured that development in our subject occurred empirically through the cases, as was the English experience until well into the twentieth century.

If the formalistic approach to sources of law is applied, then there are certain characteristic aspects of domicile which may well be regarded today as not bearing the impress of positive law. As examples let us consider the trio: no man can be without a domicile; no man can have more than one domicile at one time; there is an automatic revival of the domicile of origin. Now one would be hard pressed to find a *ratio decidendi* in the case law, as accepted today in our hierarchy of courts, to indicate with certainty that these principles are established as the prevailing positive law. Yet, I believe that in terms of the commonly accepted practice (bench

and bar) in Southern Africa prior to Union one could say with assurance that these facets of domicile were regarded as law then. And in all three instances, without tediously reproducing here the numerous conflicting Roman-Dutch opinions on the matter (cf Shippard J in *Mason* (1885) 4 EDC 330 347; Connor CJ in *Rosenblum* (1884) 5 NLR 82 83; Mason J in *Ex parte Donnelly* 1915 WLD 29 32-33), we can say, in interpreting our legal heritage, that these aspects were engrafted upon the Roman-Dutch principles. At the time of Union it would be correct to speak of a Modern Roman-Dutch private international law and to note that much of the material engrafted upon the Roman-Dutch conception of domicile emanated from English practice. It was a process simplified by the ready availability of English treatises, for example those of Burge, Westlake, Phillimore's *International Law* vol IV and Dicey, along with the English law reports; and not to forget the exposure of many Southern African judges to English university training during the late Victorian era. Indeed, following *Udny's* case (1869) LR 1 Sc & Div 441 (cf "[it was] a very strong case indeed" per Kotzé J in *Weatherley* (1879) Kotzé 66 75), the Southern African conception of the domicile of origin received its distinctive slant. For instance, we read in *Ex parte Sandberg* 1912 TPD 805 how Leopold Greenberg, counsel for the appellant, enunciated the principle of abeyance and revival of the domicile of origin (806). At no time was he stopped by the strong three-man bench (De Villiers JP, Mason, Curlewis JJ). This aspect of domicile was regarded as good law; consecrated by judicial usage if you like.

The relevance of a common judicial usage throughout the Southern African region as a whole becomes even more evident when the wife's dependent domicile is considered. The earliest recorded judicial pronouncement on this aspect of domicile in Southern Africa is that of Menzies J: "The *forum domicilii* of the husband is . . . deemed the *forum domicilii* of the wife . . ." (*Reeves* case (1832) 1 Menz 244 249). No doubt many would say that this was the law and cite Roman-Dutch authority in support: Voet *Comm* 5 1 92, 94, 97, 98. Menzies J did just that (249). The point is, however, that in the subsequent seventy-year history of case law in Southern Africa this aspect of domicile hardened into the law of husband and wife practised throughout the region; so much so that Innes CJ indicated in the Transvaal High Court that the wife's dependent domicile was so well settled that reference to authority in support of it was unnecessary (*Ex parte Kaiser* 1902 TH 165). Here then was a case of a newly created judicial hierarchy accepting the rule of the wife's dependent domicile, not because of the all-pervasive authority of Voet - he had not been followed on many occasions - but, I submit, partly through the acceptance of a common approach to the rule by judges in the adjacent *rechtskringen* and partly because it was regarded then as a general rule which all nations recognised. Were Forsyth's admonition, that *rationes decidendi* be produced as the only acceptable evidence of authoritative pronouncements (cf the positivists unending search for the validity of a rule), to be taken seriously, then, evidence of judicial usage and accommodation, as law-creative, must be discounted. In consequence precious little could be written about the internal history of South African private international law.

The universality of general principles of private international law had a profound effect on judicial practice in other aspects of our subject too. One thinks here of Barry JP's appeal to "certain general rules [which] all nations recognise" (321) when he decided in *Stretton's* case (1881) EDC 315 that "the usage or law of the place where the contract was made [was] to be adopted" (322) in the interpretation of a contract involving foreign elements. Again, in *Rosa's Heirs* 1905 TH 11 14 Mason J held that under the "principles of international law" title to foreign land was not triable "by any other court than in which the land was situated". In my view he was bringing the Transvaal bench's conception of modern Roman-Dutch law into line with the notion of a "modern international law" (14). Finally, in *Curtis v Johannesburg Municipality* 1906 TS 308 Innes CJ, when affirming that prescription of

actions was a matter of procedure and thus governed by the *lex fori*, was at pains to point out that although he had found two English cases, highly persuasive in this regard, their decisions rested "upon general principles of international law and not with reference to any peculiarity of English jurisprudence [in the matter]" (324).

Other examples of Forsyth's reliance on precedent (the strict variety) in his interpretation of historical development are to be found, first, in his treatment of the superannuation of foreign judgments. He dismisses the *Fraser* case 1911 SR 22 as "a two-line judgment from which . . . no *ratio* can be extracted" (336 fn 12). And after referring to other cases in this era, he concludes (*ibid*): "There is no case in which the question [superannuation] was crisply raised and formed part of the *ratio*." I would argue, however, that judicial usage in this regard was well settled then and that De Villiers CJ put his finger on the nub of the matter when he said: "The court [should] be satisfied that execution could issue in the country in which judgment was given" (*Edgar v Scott* (1899) 9 CTR 67 68).

Secondly, of *Kohler*' case (see above), Forsyth laments: "Unfortunately, the court gave no reasons for its judgment" (341 fn 54). Yet, the criteria for recognising and enforcing a foreign judgment were encapsulated in counsel's application for provisional sentence; namely, it was a final judgment, for a definite sum of money and rendered by a competent court. Finally, Forsyth is loath to accept (378 fn 354) the *dictum* of De Villiers CJ in *Wolff*'s case (1898) 15 SC 297 306 as sufficient to establish what was obviously accepted judicial practice with regard to the *exceptio rei judicatae*, whether the circumstances were those of a domestic or foreign judgment, namely, defendant's defence that this same plaintiff had sued him previously and unsuccessfully on the same cause of action in another competent court.

As Forsyth notes (85 fn 10), under classical Roman-Dutch law (Van Bijkershoek *Obs Tum* II 1799) foreign law was considered a fact to be proved. However, he does not pursue the reception of the "fact doctrine" into "our legal system" (85) energetically enough. This may be due to his dogged insistence that an exposition of the conflict of laws in South Africa may be subsumed under the rubric: Modern Roman-Dutch law. Curial practice in Southern Africa as a whole undoubtedly regarded foreign law as a fact which had to be pleaded and proved by litigants. And the inspiration for this came from England where the "fact doctrine" was accepted without question after *Mostyn v Fabrigas* 1 Cowp 161 174.

In the historical context there are several pre-Union cases not mentioned by Forsyth which shed considerable light on the operation of the "fact doctrine" and also the status enjoyed by English law *vis-à-vis* the various Southern African *rechtskringen* and, indeed, the status of their laws *inter se*.

It is so that the colonial courts, by and large, were not prepared to regard English law as foreign law and on several occasions judges inquired *sua sponte* into English law and applied it as the "proper law". Forsyth cites *Executors of Muter v Jones* (1860) 3 Searle 356 as one such example. In an even earlier case at the Cape of Good Hope, *Livingstone, Syers & Co v Dickson, Burnie & Co* (1841) 2 Menz 2 239, one reads that the English banking law was the law of Calcutta and thereupon judicially noticed, but seemingly only because the defendants did not object to it. I think that this tacit acceptance of the special status of English law by litigants in the colonial courts, probably played a greater role in the judicial noticing of English law than is generally appreciated. However, Mr Justice Connor made it quite clear in the *cause célèbre Defiance Co v GH Foster* 1872 NLR 94 that the position of English law *vis-à-vis* Natal law was not in his eyes an exception to the "fact doctrine". For when discussing plaintiff's exception to a particular plea in the proceedings he was reported by WB Morcom (99) as saying that

"the law of England, strictly speaking, was a matter of fact and not of law . . . [and] he would strike [the exception] out, because it put forward the law of England, of which the Court had no judicial notice, as a matter of fact, and of which an affidavit could not

be produced. It would be necessary to produce someone to give evidence, or send home a commission to examine those learned in the law, if the Court were at all strict in the matter”.

A few years later, in the Eastern Cape, Barry JP came out in support of a strict adherence to the “fact doctrine” when he approved of the strict English rule, namely, “that the laws of the Colonies, and even Jersey and Scotland, must be proved as facts by sworn testimony of experts” (*Stretton v Union Steam Ship Co* ((1881) 1 EDC 315 323). But he did not press the point because “both sides have assumed that this Court could without sworn evidence take cognisance of the Law of England” (*ibid*). No doubt if we interpret our sources formalistically we can simply dismiss the judge’s remarks as *obiter dicta*. And even more so when we read that Shippard J, presiding in the same case, begged to differ from the judge-president and said (339):

“The rules of the law of evidence relating to foreign law have . . . no application to this case; for to say nothing of this being a British Colony, and apart from the fact that all the Judges of this Court are members of the English bar, the Court itself is bound to take judicial cognisance of the law of England, and of the practice of English Courts in certain cases, not only by the terms of the Charter of Justice, but by the General Law Amendment Act of 1879.”

Lest it be thought that I have formulated my notion of judicial usage, as authoritatively establishing rules of private international law in Southern Africa, by selecting only those *dicta* which suit my purpose, I would stress that evidence of a common judicial usage over the whole period 1828–1910 would have to be adduced to support my contention. Not every *dictum* can be regarded as authoritative or suggestive of a commonly held judicial policy operative throughout Southern Africa. Be that as it may, Kahn and most other writers on the subject seem to agree that by the time of Union the courts of British South Africa all held that English law stood “on a somewhat different footing to the law of a foreign country, which . . . must be proved” (*per* Smith J in *Kent v Salmon* 1910 TPD 637 641).

On page 90 Forsyth cites Bristowe J’s *dictum* in *Ismail v Stradling* 1911 TPD 428 436 in support of the commonly held view that the colonial courts did not regard one another’s laws as foreign law *stricto sensu*; for apart from their common Roman-Dutch heritage the various colonial statutes were so familiar and readily accessible to practitioners that they had no difficulty in establishing their content. But it seems to me that the author prevents an objective assessment of the *dictum*’s value by editing out the reference made by Bristowe J (436) to Innes CJ’s *dictum* in *Cape Government v Liquidators of the Balmoral Diamond Co Ltd* 1908 TS 681, where the chief justice said, with regard to dispensing with the necessity of strict proof, that

“[i]n practice we find it impossible always to follow the strict rule of obtaining expert opinion upon the laws of other South Africa colonies. And we have repeatedly to interpret according to our lights both Cape and English law” (687).

It was permissible for Bristowe J to rely on Innes CJ’s *dictum* since it is common cause that the Transvaal Provincial Division of the Supreme Court of South Africa became the legitimate successor to the Transvaal Supreme Court of the former Transvaal colony. When, however, Bristowe J’s *dictum* is read in conjunction with the purport of Innes CJ’s *dictum*, and observing, too, that Bristowe J omitted to mention two qualifications stated by the chief justice, namely that the question [whether the Cape Government had a tacit hypothec over diamondiferous claims held under the provisions of a Cape statute] depended

“merely upon the interpretation of a single section of [the] statute, and upon the consideration of legal principles common to the law of both colonies and as the parties desire us to decide it . . .” (*Balmoral Diamond Co* 687),

I should say that the judges in the colonial courts did not have an unlimited discretion in ascertaining the content of the laws of the respective sister colonies.

I cannot agree, therefore, with Forsyth's submission that the common law prevailing at the inception of the Transvaal Provincial Division provided a way "in which formal proof [of a neighbour's laws could] be avoided" (90), namely, by the judge having *carte blanche* to determine its content.

And now to return to the charge which I made in 1982 (*Codicillus loc cit*) and still adhere to: Forsyth's exposition of South African private international law is of doubtful merit as a student's guide to the subject. It is certainly not user-friendly to the student body. With the elements of didactics in mind, here then are three criticisms of the work which should be weighed along with its other defects:

(a) In his evaluation of the statute theory, Forsyth arrives at a strange conclusion, particularly in respect of Bartolus's contribution to the European heritage of our private international law. Whilst he notes correctly that the *Bartolistae* not only busied themselves with determining the spatial reach of substantive rules but also developed choice-of-law rules as we know them today (29), he could have strengthened this submission by reference to the presence of the multilateral rules "*lex loci actus*" and "*lex loci delicti commissi*" in Bartolus's commentary *cunctos populos* (C 1 1 1 Nos 13 14 24 25; 20 48). However, to contend now that unilateral rules are "nothing more than . . . multilateral choice of law rules" (27) is not only to "distort" (*idem* fn 37) the statute theory as it operated in the medieval epoch, but it obscures the fact that even in those days an eclecticism of methods was espoused. To suggest that it is "sometimes enlightening to view [a unilateral rule] in a distorted light" (*ibid*) makes nonsense of an attempt to make a distinction between two types of conflict rule and contradicts the information which the author provides in his earlier introductory chapter (5-7).

Were this Forsythian reductionism to be taken seriously it would certainly cut the ground from under those conflicts scholars who have described the historical development of our subject, from its medieval beginnings to the era of Von Savigny, as a shift from unilateralism to multilateralism, and, then, in comparatively recent times, where a shift has occurred in favour of the primacy of forum law. This latter development has seen a return to the glossator Aldricus's notion of creating a body of multistate rules of decision which could eliminate choice-of-law rules. ("Multi-state" is used here in the wide sense where the rules of at least two legal systems compete.) Juenger (1985 *Hague Recueil* 193-IV 119 168) is one such modern commentator who has approached the history of our subject from the aforementioned perspective.

(b) Forsyth's comments on the reception of the so-called "*lex loci contractus-solutionis*" rule into South African conflicts law appear in a lengthy and somewhat disjointed footnote (80) to his text at page 275. It is here that the author confuses the reader, especially the novice, by maintaining *inter alia* that the texts *D* 44 7 21 and *D* 21 2 6 are "apparently in conflict". Recourse to the Bartolist foundation of our subject, however, as manifested in to-day's choice-of-law model, dispels suggestion of such conflict.

Bartolus made it clear, in his discussion on contracts, in both his commentary on *D* 1 3 32 (*de quibus*) and the one on the first law of the *Code* (*cunctos populos*), that a distinction had to be made between the form of a contract and the rights and obligations arising out of a contract where, say, defective performance was in issue. Hence, in the former case the place of the conclusion of the contract was always looked to in a dispute relating to the *form* of the contract - here *D* 21 2 6 (*si fundus*) was relevant - and in the latter case the place of performance (*locus solutionis*), as the *locus contractus*, was decisive in the resolution of a dispute relating to, say, defective performance - here *D* 44 7 21 (*contraxisse*) was relevant. (See further Smith "Bartolo on the conflict of laws" 1970 *American Jour Leg Hist* 165-166 174-175; Stein "*Multum non Multa*" in *Festschrift für Kurt Lipstein* (1980) 255-256.)

(c) In some eleven pages devoted to the ascertainment of foreign law in South Africa I would estimate that almost sixty percent of the available space is devoted to footnotes. And the information contained in these footnotes is by no means devoted solely to the citation of authority. In these copious footnotes one finds that the author carries on discussions *de lege ferenda* in comparative vein (cf his reference to developments in the civil law countries: 84 fn 6 7 8)); places the topic in historical perspective, which is very often distorted by the author's formalistic bent (cf his uncertainty with regard to the *dictum* of Van Wyk JA in the *Schlesinger* case which the reader is told is *obiter* (90 fn 38), but, nearer the mark, is informed that it is "a clear and authoritative pronouncement . . ." (85 fn 10)); and, confusion upon confusion, attempts to update his work by additional cross-references. In this latter instance he clearly confuses the reader with the statement that "at the date of writing the State President has not yet brought [s 1 of the Law of Evidence Amendment Act 45 of 1988] into force . . ." (83 fn 3). Because the author's work is presented as the 1990 edition and the said section became operative 3 October 1988 I can only assume that the "updated" manuscript was out of his hands many months before the work was put to bed.

In addition, the author's unsystematic updating and suggestions *de lege ferenda* are evident in other sections of the work too. For example, he discusses the *possible effects* on the South African concept of domicile, brought about by the South African Law Commission's Working Paper No 20 on "Domicile" (1987), over some thirty-odd pages and "in-and-out of the footnotes" as it were.

The bulk of the work is overburdened with footnotes; many of these contain useful information, but too many are devoted to tangential issues and sometimes contain no more than replies to criticisms levelled at his submissions in the first edition. His is a poorly structured exposition. This may not prove a hindrance to the practitioner, but I am afraid the student or tiro coming to the subject for the first time, seeking guidance on its elements, will have no option but to wade through pages of text obscured by a fog of detailed footnotes. It is in this respect that the author exposes himself to the rebuke of a latter-day d'Argentré: *Incerti magistri incertiores lectores*.

AB EDWARDS

University of South Africa

**JONES AND BUCKLE: THE CIVIL PRACTICE OF THE
MAGISTRATE'S COURTS IN SOUTH AFRICA VOLUME II**

deur HJ ERASMUS en DE VAN LOGGERENBERG

Agtste uitgawe; Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1991; 603 bl

Prys R172.00 + BTW (hardeband)

Die agtste uitgawe van hierdie werk wat al feitlik 'n instelling in die siviele prosesreg geword het, is nou met die verskyning van hierdie volume volledig beskikbaar. Na bestudering van die inhoud van die werk en met inagneming van die talle reëlwysigings en nuwe beslissings wat sedert die vorige uitgawe bygewerk moes word, besef 'n mens wat 'n reuse taak die outeurs hul op die hals gehaal het. Dit is dus te verstane dat hierdie volume twee jaar na volume 1 verskyn.

Die sisteem van die werk het grotendeels dieselfde gebly en gevolglik word 'n indeling van die werk nie gegee nie. Aangesien die werk geen bekendstelling onder regsgeleerdes nodig het nie, word dit ook nie van nuuts af bespreek nie. Daar word dus volstaan met enkele opmerkings oor die inhoud. 'n Nuttige toevoeging tot hierdie uitgawe is 'n aanhangsel wat die regulasies ten aansien van die aflegging van 'n eed of 'n bevestiging bevat. Soos die geval is met die ander aanhangsels word nie alleen die inhoud van GK R1258 van 1972-07-21 (soos gewysig) weergegee nie, maar is dit ook voorsien van sowel kommentaar as volledige voetnotas. 'n Nuwe afdeling verskyn ook in die inhoudsopgawe maar by nadere ondersoek blyk dit bloot 'n kosmetiese verandering te wees: die inhoudsopgawe van die reëls met vergelykende tabelle ten aansien van reëlnommers wat verbandhoudende artikelnummers in die wet aandui, word nou onder 'n afsonderlike opskrif uiteengesit. Hierdie gegewens het in die vorige uitgawe bloot onder die opskrif "Rules" verskyn. Die reëls self word nou onder 'n gelykluidende opskrif aangetref.

Ontwikkelings op 'n bepaalde terrein noodsaak bykomende kommentaar maar kan ook daartoe lei dat 'n bepaalde werk eenvoudig te omvangryk raak. Dat die skrywers sensitief hiervoor is, blyk uit die opmerkings oor die omvang van die werk in die voorwoord. Hulle maak die leser daarop attent dat sekere weglatings nodig was, waarvan die aantekeninge ten opsigte van partye en toepassing van beginsels ("application of principles") by die bespreking van reël 17 die opvallendstes is. (Bykans vyftien bladsye is deur hierdie weglating "bespaar".) Wat hierdie aspekte betref, sal die leser hom moet wend tot handboeke wat met die materiële reg en pleitstukke gemoeid is. Hoewel daar begrip vir die skrywers se dilemma is, is dit tog jammer dat die weglatings gedoen is. Die werk was nog altyd in 'n groot mate selfgenoegsaam en dit was beslis een van die talle redes vir die gewildheid daarvan. Ander weglatings wat opval, is die bespreking van tydsberekening ingevolge die gemenerereg (reël 2) en 'n gedeelte van die kommentaar op reël 51 (appèlle in siviele sake).

Wat uitbreiding van die bestaande kommentaar betref, word slegs op enkele gevalle gewys. Die kommentaar op reël 8 bevat 'n kort opsomming van die Wet op Balju's 90 van 1986 wat op 1 Maart 1990 in werking getree het. Die reëls (in teenstelling met die Wet op Landdroshof van 1944) is ongelukkig nie deur hierdie wet gewysig nie sodat die reëls steeds na 'n geregsbode verwys; nietemin word op korrekte wyse deurgaans in die kommentaar na die balju van die landdroshof verwys. Die kommentaar op reël 14 oor die begrip "likwiede dokument" is wesenlik herskryf en die gesag rakende hierdie begrip (wat nou weer na etlike jare suiwer deur die houe toegepas word), word deeglik bespreek. In die kommentaar op reël 33 is talle sake bygewerk in die bespreking van prokureur-en-kliëntkoste om sodoende meer gevalle aan te toon waar sodanige kostebevele gemaak sal word. Hierdie uitbreiding van die teks is nie alleen nuttig waar die werk as verwysingsbron gebruik word nie, maar dra ook by om hierdie begrip beter toe te lig. Die kommentaar op reël 55 (aansoeke) is herrangskik in 'n beter hanteerbare vorm en die regulasies wat van toepassing is by eedaflegging is uit die teks weggelaat maar verskyn in die aparte aanhangsel waarna hierbo verwys is.

Wat die formaat van die boek betref, word die teks van 'n reël nou volledig weergegee voordat die volledige kommentaar daarop volg. In die vorige uitgawes is elke subreël met toepaslike kommentaar opgevolg. Hierdie is 'n welkome verbetering en behoort tot die algemene toeganklikheid van die werk by te dra. Die formaat van beide volumes is hierdeur dan ook in ooreenstemming met mekaar gebring.

Die tegniese versorging van die werk is uitstekend en die voorkoms daarvan is ongetwyfeld 'n verbetering op dié van sy voorgangers. Die finale indruk is dat hierdie 'n uitstekende uitgawe van 'n ewe uitstekende boek is; en hoewel daar besef word

dat 'n resensie van hierdie omvang nie reg daaraan kan laat geskied nie, kan met vertroue gesê word dat hierdie werk ongetwyfeld sy tradisie van onontbeerlikheid op hierdie terrein van die reg sal voortsit.

E HURTER

Universiteit van Suid-Afrika

CRIMINAL PROCEDURE ACT AND CASES

by JOHN REDGEMENT

Digma Pretoria 1990; 217 pp

Price R52,80 (soft cover)

This book is, with the exception of Schedule 4 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 (the act), a reproduction of the act as amended. The arrangement of the sections also follows that of the act. The author has written short notes, commenting on various sections of the act and in doing so, has relied heavily on the work by Du Toit, De Jager, Paizes, St Q Skeen and Van der Merwe *Commentary on the Criminal Procedure Act* (1987). Case law and amendments up to September 1989 have been included. The book does not have a table of cases, something one would expect to find in any work in which case law plays such a decisive role.

Although the book is an inexpensive work of manageable size with an attractively designed soft cover, it does not offer the reader much in return for the price.

The author states in the preface that

"the book is meant as a handy work for court, of a size suitable to take to court for quick consultation on points as they arise during the case and a source for further research should it become necessary. Its further and more obvious use is a student text" (my italics).

The author's first objective (consulting the book on points as they arise) is not achieved, since there are no comments or case law on numerous important and/or frequently used sections of the act, such as sections 23, 24, 26 and 27 (which deal with the power of the police to search persons and premises and to apply force in overcoming resistance to their search), section 59 (bail granted by a police official), section 167 (discretion of the court to examine, recall and re-examine witnesses), section 185 (detention of witnesses) and section 319 (reservation of a question of law). On numerous other sections, the author's comments consist of a line or two (eg s 25 (power of the police to enter premises in connection with state security or any offence); s 51 (escaping and aiding escape before incarceration); s 61 (powers of the attorney-general to prevent bail); s 159 (criminal proceedings in the absence of the accused)).

Only two of the fifty-five repealed or partly repealed laws included in Schedule 4 of the act have been listed in the book under Schedule 4. In this way, the author creates the impression that Schedule 4 consists of only these two. The uninformed reader or student may therefore remain unaware that, for instance, the Criminal Procedure Act 56 of 1955 has not been repealed as a whole (see s 319 and 384 of Act 56 of 1955 which were not repealed).

The author suggests in the preface that the work is a source for further research. However, apart from referring the reader to the works of Du Toit *et al op cit* and

Zeffertt *The South African law of evidence*, no other authoritative work on the subject is cited. Furthermore, although the book does not purport to be a treatise on the act, the absence of leading case law on important sections of the act detracts from the objective stated. (The following serve as examples of omissions: on s 49, the leading cases of *Matlou v Makhubedu* 1978 1 SA 946 (A) and *Macu v Du Toit* 1983 4 SA 629 (A); on s 77 and 78, *S v Leeuw* 1980 3 SA 815 (A); on s 315, *Safatsa v Attorney-General, Transvaal* 1989 1 SA 821 (A).)

The law is never static and existing legislation is frequently being amended to keep up with the demands of our developing society. Writers on criminal procedure who elect to publish their work in bound volumes instead of using the loose-leaf alternative, are faced with the problem of being unable to keep up with new legislation. In this instance the book is to a certain extent rendered obsolete by the major changes brought about by the Criminal Law Amendment Act 107 of 1990 which came into operation in July 1990. Unless the reader is supplied with a supplement to this book, the work will date even more when the new Criminal Procedure Amendment Act 5 of 1991 comes into operation.

JP SWANEPOEL

University of South Africa

To the contention that if this Court were to so modify the law it would be interfering with the prerogative of Parliament, we would answer that an affirmative decision will not make new law, but simply have the effect of applying the modern understanding to the lex Aquilia in a new specific situation.

*Even if confirmation of the appellant's liability to the respondent should meet with disapproval as being an encroachment upon the discretion reposed in the law-giver to change the law, we would strongly defend the Judiciary's right to do so. Law in a developing country cannot afford to remain static. It must undoubtedly be stable, for otherwise reliance upon it would be rendered impossible. But at the same time if the law is to be a living force it must be dynamic and accommodating to change. It must adapt itself to fluid economic and social norms and values and to altering views of justice. If it fails to respond to these needs and is not based on human necessities and experience of the actual affairs of men rather than on philosophical notions, it will one day be cast off by the people because it will cease to serve any useful purpose. Therefore the law must be constantly on the move, vigilant and flexible to current economic and social conditions (per The Full Bench in *Zinnat Insurance Co Ltd v Chawanda* 1991 2 SA 825 (ZS) 832).*

