

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

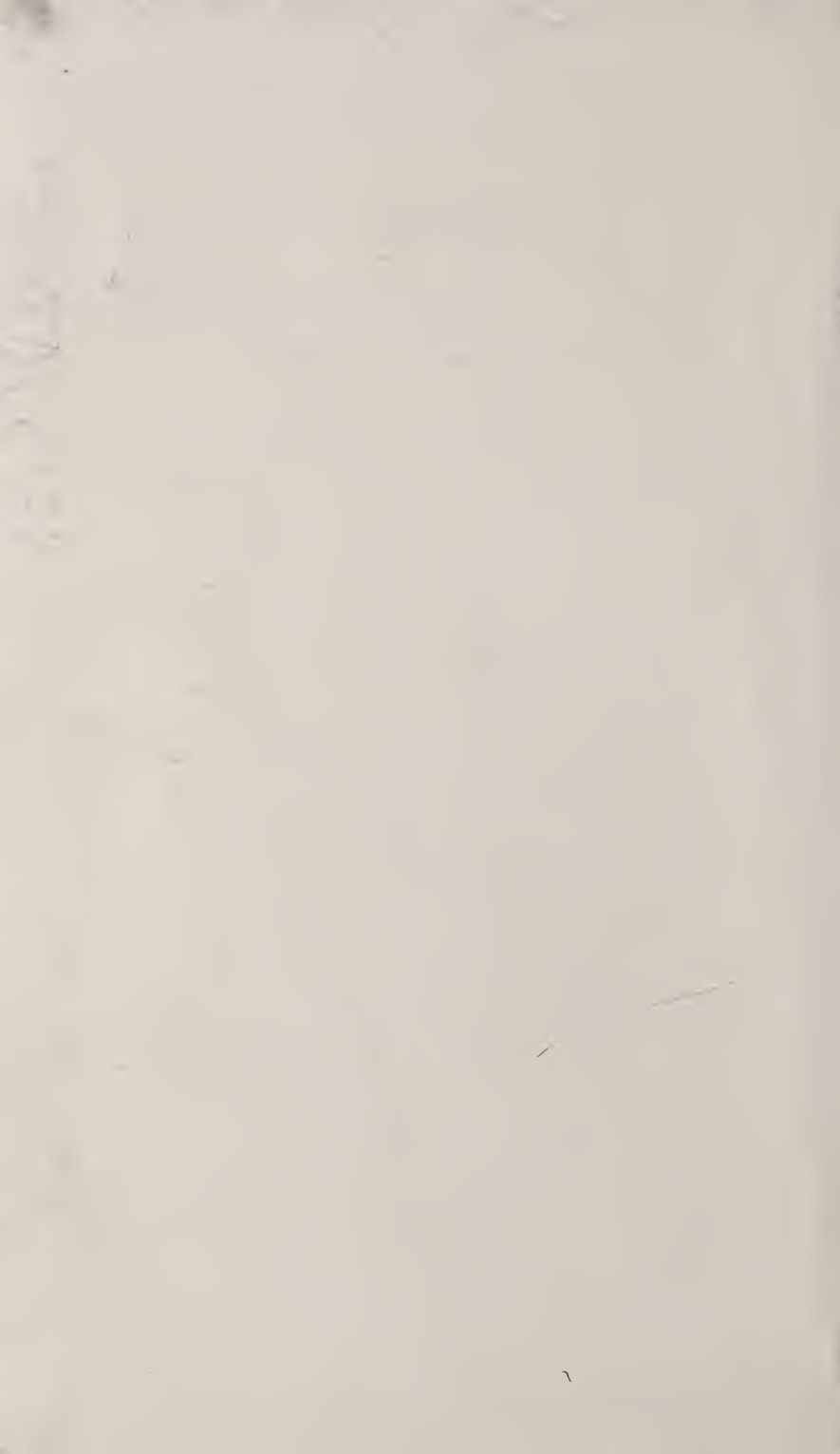


8284.

AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS  
TYDSKRIFTE  
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA  
1993-02-19  
VAKKODE 340

Rigte Blou

Eie band.





Tydskrif vir  
Hedendaagse  
Romeins-  
Hollandse Reg

Redakteur  
J NEETHLING BA LL.M LLD

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

Butterworth

AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS  
TYDSKRIFTE  
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

DATUM: 1992. 3. 6

VAKKODE: 340

TYDSKRIF 55/1



**H R**  
**H R**

**ARTIKELS**

*Rescripta inductionis, rescripta moratoria en seureté du corps:*  
Drie Romeins-Hollandse *beneficia* in respytregtelike verband  
deur JJ Henning ..... 1

Die aard van kredietwaardigheid  
deur HB Klopper ..... 19

Regsmaatstawwe by die beoordeling van projekte wat die omgewing kan benadeel  
deur CE Barnard ..... 35

Die regsraad van beperkende voorwaardes  
deur JM Pienaar ..... 50

Bevoegdheid van die nywerheidshof om interdikte te verleen  
deur BPS van Eck ..... 67

Artikel 12(1) van die Wet op Kindersorg en die posisie van die maatskaplike werker  
deur JA Robinson ..... 74

Genetic engineering – does it merely facilitate the process of evolution?  
by ML Lupton ..... 79

Die tersydestelling van summiere vonnis – enkele opmerkings  
deur J Horn ..... 87

Teaching a foreign language: the language of the law  
by C van der Walt ..... 94

Handelsmerke en parallelle invoere  
deur J Moorcroft ..... 103

X VIGS, *boni mores* en vertroulikheid  
McGeary v Kruger en Joubert ..... 116

Herlewing van die algemene verrykingsaksie  
Biesbok Eiendomsagentskap v Cantamessa ..... 124

The incidence of the parental duty of support  
Burns v National Employers General Insurance Co Ltd;  
Zimelka v Zimelka ..... 128

Onregmatige mededinging: prestasieaanklamping en die rol van motief  
Bress Designs (Pty) Ltd v GY Lounge Suite Manufacturers (Pty) Ltd ..... 134

Artikel 4(1) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 en die diskresie van die hof  
Levy v Levy ..... 139

Nature of trade-in agreement  
Bloemfontein Market Garage (Edms) Bpk v Pieterse ..... 143

Die tydsduur van 'n onderhoudsbevel ingevolge artikel 7(2) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979  
Hodges v Coubrough ..... 151

Die volkeregtelike dimensie van staatlke regsnormvorming of wetsuitleg  
Regina v Secretary of State for Home Department, Ex parte Brind; S v Ebrahim ..... 155

JT Pretorius (general editor), PA Delpont, M Havenga and M Vermaas *Hahlo's South African company law through the cases* ..... 158

S Scott *The law of cession* ..... 161

R Zimmermann *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition* ..... 163

G Paddock *The sectional title handbook* ..... 164

T Verschoor *Verdicts of the medical council* ..... 165

Butterworths-prys ..... 166

Lidmaatskap: Vereniging Hugo de Groot ..... 18

**ANTEKENINGE**

**VONNISSE**

**BOEKE**

**ANKONDIGINGS**





**HR**  
**HR**

REDAKSIONEEL

ARTIKELS

ANTEKENINGE

VONNISSE

BOEKE

WA Joubert: <i>in memoriam</i> .....	167
FLH Rumpff: <i>in memoriam</i> .....	169
Personal rights and limited real rights: an historical overview and analysis of contemporary problems related to the registrability of rights <i>by AJ van der Walt</i> .....	170
Elektroniese dataverwisseling (EDV) en die bewysreg <i>deur GTS Eiselen</i> .....	204
Prospekteer- en mynboukontrakte ingevolge die Mineralewet 50 van 1991 <i>deur PJ Badenhorst en CN van Heerden</i> .....	220
Beskerming van bewegingsvryheid: opmerkinge oor die mense-regtelike onderbou van deliktuele aanspreeklikheid <i>deur JMT Labuschagne</i> .....	235
Die beskerming van kredietwaardigheid in die Suid-Afrikaanse reg <i>deur HB Klopper</i> .....	258
Die toets vir die bestaan van 'n "onafhanklike delik" in die geval van kontrakbreuk <i>deur A van Aswegen</i> .....	271
Child support: public or private? <i>by B Clark</i> .....	277
<i>Caveats</i> rakende beslote korporasies in groepsverband <i>deur JJ Henning</i> .....	286
Spousal support – an update <i>by L van Zyl</i> .....	297
Algemene vordering gebaseer op ongeregverdigde verryking in herooringewing – <i>Blesbok Eiendomsagentskap v Cantamessa</i> – <i>deur JC Sonnekus</i> .....	301
Deliktuele aanspreeklikheid by die lasgewer-lashebbër-verhouding – <i>Minister of Community Development v Koch</i> – <i>deur J Neethling en JM Potgieter</i> .....	309
Die deliktuele aanspreeklikheid van die invorderingsbank – <i>Indac Electronics (Pty) Ltd v Volkskas Bank Ltd</i> – <i>deur CJ Nagel en M Greeff</i> .....	314
Sale and transfer of goodwill and the contractual right to enforce a restraint of trade clause forming part of goodwill – <i>Botha v Carapax Shadeports (Pty) Ltd</i> – <i>by S Scott</i> .....	321
Aanspreeklikheid van die verkoper vir verborge gebreke in die koopsaak waar die koopkontrak 'n voetstootsbeding bevat – <i>Van der Merwe v Meades</i> – <i>deur C-J Pretorius</i> .....	325
The reasonable man and the child – <i>Ndlovu v AA Mutual Insurance Association Ltd</i> – <i>by A Caiger</i> .....	330
Die belang-afwegingsproses by onregmatigheid – <i>Deneys Reitz v South African Commercial, Catering and Allied Workers Union</i> – <i>deur J Neethling en JM Potgieter</i> .....	333
DSP Cronjé <i>Barnard, Cronjé, Olivier: Die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg</i> .....	336
TW Bennett bygestaan deur NS Peart <i>A Sourcebook of African customary law for Southern Africa</i> .....	339
D Pugsley <i>Americans are aliens and other essays on Roman law</i> .....	341
E de la Rey en R Sharrock (reds) <i>Hockly's insolvency law</i> ....	343
T Verschoor en H Oosthuizen (reds) <i>Handboek van die reëls en regulasies ten aansien van geneesher en tandartse 1990/ Handbook of the rules and regulations for medical practitioners and dentists 1990</i> .....	345
C Visser (ed) <i>Essays in honour of Ellison Kahn</i> .....	346
FR Malan and AN Oelofse (compilers and eds) <i>South African banking legislation</i> .....	346
WF Krugel en SS Terblanche <i>Praktiese vonnisoplegging</i> .....	347





**H R**  
**H R**

**ARTIKELS**

Martial law in South Africa by *GE Devenish* ..... 349  
 Die versweë prinsipaal en formele kontrakte deur *DJ Joubert* 363  
 Removing restrictive conditions and preserving the residential character of a neighbourhood by *J van Wyk* ..... 369  
 Doelgerigte straftoemeting: 'n regsvergelykende ondersoek na wyses om straftoemetingsdiskresie te reguleer deur *JH van Rooyen* ..... 386  
 The political nature of the judicial function by *M Dlamini* ... 411  
 'n Kritiese beskouing van die kredietwaardigheidsbegrip en kredietwaardigheidsbeskerming deur *HB Klopper* ..... 422

**ANTEKENINGE**

The role of foreseeability in psychiatric injury cases by *JR Midgley* ..... 441  
 Felicius-Boxelius *Tractatus de societate* – 'n miskende vennootskapsregtelike kenbron uit die *ius commune* deur *JJ Henning* 446  
 Integral history. An answer to methodological and methodical problems of legal history by *PhJ Thomas* ..... 457  
 Die toets vir onregmatigheid by die krenking van die godsdienstige gevoel deur *JM Potgieter* ..... 462  
 Assessorie in die laerhof deur *MM Watney* ..... 465  
 Aulus Gellius se bydrae tot die kontraktereg deur *J Jamneck* . 468

**VONNISSE**

Die gemeenregtelike verbod teen die oploop van rente – *LTA Construction Bpk v Die Administrateur van Transvaal* – deur *JM Otto* ..... 472  
 Aquilliese aksie van 'n kind vir mediese koste weens persoonlike beserings – *Van Gool v Guardian National Insurance Co Ltd* – deur *J Neethling* en *JM Potgieter* ..... 480  
 Seduksie en troubreuk weens weiering om 'n Hindoehuwelik te registreer – *M v M* – deur *PM Bekker* ..... 484  
 Inflasie en die verhoging van 'n onderhoudsbevel ingevolge artikel 8(1) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 – *Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Steyn* – deur *JA Robinson* ... 489  
 Toepassingsgebied van artikel 7(3) tot (6) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 – *Lagesse v Lagesse; Bell v Bell* – deur *JM Kruger* ..... 492  
 Die optrede van 'n regspraktisyn by die aanvra van dringende regshulp en die verpligbaarheid van 'n narkotiseur om inligting aangaande gebeure in 'n operasiesaal bekend te maak – *Van Rensburg v Milliner* – deur *A de Klerk* ..... 498  
 Liability for negligent misstatement inducing a contract – *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* – by *NP Mngqibisa* ..... 504  
 Belasting van 'n politieke opponent: *prima facie* onregmatigheid, regverdigingsgronde en opset – *Beesham v Solidarity Party* – deur *J Neethling* en *JM Potgieter* ..... 507

**BOEKE**

*W de Vos Regsgeskiedenis* ..... 512  
*JC Bekker* and *G Carpenter* (eds) *Butterworths selection of statutes: constitutional law* ..... 529  
*CR Thompson* (red) bygestaan deur *V de Vries Arbeidsreg – Die vernaamste wette en regulasies/Labour Law – The key statutes and regulations* ..... 529  
*MM Katz* and *MJ Barker* *Butterworths forms and precedents: volume 3: companies* ..... 530  
*Juta Drankwet 27 van 1989* ..... 531  
*AJGM Sanders* (ed) *The internal conflict of laws in South Africa* 531



**H R**  
**H R**

**ARTIKELS**

Unlawfulness or wrongfulness in the Aquilian action: some terminological and conceptual problems *by AJ Kerr* ..... 533  
 Kredietdiskriminasie *deur L Jacobs en NJ Grové* ..... 543  
 Judicial appointments: some reflections *by AE van Blerk* ..... 559  
 Doelgerigte straftoemeting: 'n regsvergelijkende ondersoek na wyses om straftoemetingsdiskresie te reguleer (*vervolg*) *deur JH van Rooyen* ..... 575  
 The Goedemoed prison gulag: the uprising, its background and repercussions *by J Mihalik and DA Newton* ..... 591

**ANTEKENINGE**

Probleme rakende die bestuur van 'n ontwikkelingskema ingevolge die Wet op Behuisingsontwikkelingskemas vir Afgetrede Persone 65 van 1988 *deur A Boraïne* ..... 609  
 Cessions intended to serve secondary purpose for ultimate benefit of cedent *by S Scott* ..... 615  
 Die appellerbaarheid van interlokutore hofbeslissings steeds verduister *deur 'n warboel terme en bedenklieke vertalings? deur CFC van der Walt* ..... 624  
 Do we have a new type of voidable marriage? *by IP Maitlubi* ..... 628  
 Law and the vagaries of life *by HA Strydom* ..... 633  
 The contractual requirement of certainty of price *by L Hawthorne* ..... 638

**VONNISSE**

Die onwelkome vryer en die regsweeg vir die ontstoke vader – *L v H* – *deur JC Sonnekus* ..... 649  
 Bydraende opset en die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 – *Randbond Investments v FPS (Northern Region) (Pty) Ltd* – *deur J Neethling en JM Potgieter* ..... 658  
 Die erkenning van ongeregverdigde verryking in die Engelse reg – *Lipkin Gorman (a firm) v Karpnale Ltd* – *deur DP Visser* ..... 662  
 A reconciliation of the different approaches to contractual liability in the absence of actual consensus – *Sonap Petroleum (formerly known as Sonarep) (SA) (Pty) Ltd v Pappadogianis* – *by TB Floyd and C-J Pretorius* ..... 668  
 Verskuiwings en wetgewende bevoegdhede van selfregerende gebiede – *Shozi v Minister of Justice, KwaZulu* – *deur NJJ Olivier* ..... 673  
 Die uitleg van srydige bepalings – *S v Theledi* – *deur F van Heerden* ..... 678  
 Bondholders beware – perfect your bonds before insolvency – *Cooper NO v Die Meester* – *by J Cilliers* ..... 682  
 Demokratisering van die administratiefregtelike besluitnemingsproses – *South African Roads Board v Johannesburg City Council* – *deur JMT Labuschagne* ..... 687

**BOEKE**

SA Strauss *Doctor, patient and the law* ..... 690  
 LM du Plessis *An introduction to law* ..... 693  
 HS Nel *Jones' conveyancing in South Africa* ..... 695  
 G Carpenter en H Viljoen *Werkboek vir staatsreg* ..... 696  
 OJ Barrow (samesteller) *Die Strafsproeswet 51 van 1977* ..... 697  
 TW Bennet *et al* (editorial board) *Labour law* ..... 698  
 HJ Erasmus en OJ Barrow *Die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959 en die Wet op Landdroshowe 32 van 1944* ..... 699



# *Rescripta inductionis, rescripta moratoria en seureté du corps:* Drie Romeins-Hollandse *beneficia* in respytregtelike verband

JJ Henning

*Blur LLD*

*Professor in die Ondernemingsreg, Universiteit van die Oranje-Vrystaat*

## SUMMARY

### *Rescripta inductionis, rescripta moratoria and seureté du corps:* Three Roman-Dutch *beneficia* in the context of moratory law

In addition to *cessio bonorum* and *surchéance van betaalinge*, Van der Keessel identified three *beneficia* available to impecunious debtors in the courts of Holland: *rescripta inductionis*, *rescripta moratoria* and *seureté du corps*.

*Rescripta inductionis* provided a procedure by which creditors could be summoned to show cause why a moratorium should not be granted. The applicant tendered proper security and prayed the court to encourage creditors to agree to the moratorium in accordance with the wishes of the majority. *Rescripta moratoria* consisted in the grant of a moratorium, usually for a period of five years (then aptly referred to as *quinquenellen*), on a petition showing that a postponement of fulfilment of obligations was required to restore the liquidity of a solvent applicant, and that proper security would be provided for payment at the end of that period. *Seureté du corps* or *vreygeley* did not amount to a postponement of payments but to a safe-conduct in the form of a decree suspending arrest or detention to facilitate negotiations with creditors with a view to an equitable settlement.

Notwithstanding abrogation by disuse, South African courts have relied on various principles and concepts underlying these *beneficia* in the interpretation of moratory legislation. In addition, a recent proposal for the introduction of limited moratory relief merits consideration.

## 1 INLEIDING

Gedurende die bestaan van die Republiek van die Verenigde Nederlande het die Romeins-Hollandse reg<sup>1</sup> en die Nederlandse handel<sup>2</sup> 'n bloeitydperk beleef.

1 Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* (1979) 345; Wessels *History of the Roman-Dutch law* (1908) 294; Laspeyres *Geschichte der volkswirtschaftlichen Anschauungen der Niederländer und ihrer Literatur zur Zeit der Republik* (1862) 24; Van Heijnsbergen *Geschiedenis der rechtswetenschap in Nederland* (1925) 351; Coing *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Zweiter Band. Neuere Zeit (1500-1800)* (1977) 501; Kohler "Niederländisches Handelsrecht in der Blutezeit des Freistaates" 1907 *ZHR* 293.

2 Van der Linden *Koopmans handboek* 4 1 5; Temple *Observations upon the united provinces of the Netherlands* (1972) 108; Barbour *Capitalism in Amsterdam in die 17th century* (1963) 74; Difereé *De geschiedenis van den Nederlandschen handel tot den val der Republiek* (1908) 330; Gaastra *De geschiedenis van de VOC* (1982) 136; Kohler 1907 *ZHR* 252; Van Oven "One hundred and fifty years of Dutch commercial law" 1983 *Netherlands ILR* 187.



Dit was egter ook 'n periode van ontwrigtende oorloë,<sup>3</sup> wat uiteindelik die ondergang van die ekonomies uitgemergelde, militêr verswakte en polities verdeelde staat tot gevolg gehad het.<sup>4</sup> Gunstige omstandighede het derhalwe bestaan vir die ontwikkeling van regsfigure met die verlening van die een of ander onderstand as inhoud.<sup>5</sup>

Volgens die Oud-Hollandse reg kon die *Graven van Holland ex plenitudine potestatis* grasië uitoefen ten gunste van die persone van hul keuse.<sup>6</sup> Op dié willekeurigheid is uiteindelik in 1544 paal en perk gestel deur die *Ordonnantie vanden Keyser, Noopende Remissien van Dootslagen, Brieven van Legittimatie, Brieven van Placaet, Brieven van Respijt, Brieven van Cessie, Brieven van Benefitie van Inventaris*.<sup>7</sup> Onder meer is bepaal dat respyt slegs verleen mag word indien afdoende bewys van die finansiële terugslae gelewer word asook dat die applikant geen skuld daaraan gehad het nie. Volgens Van der Keessel<sup>8</sup> het drie voorregte, benewens *cessio bonorum* en *surchéance van betaalinge*, daarna ten behoeve van onvermoënde skuldenaars in die howe van Holland aanwending gevind. Hulle is naamlik *rescripta inductionis, rescripta moratoria* en *seureté du corps*.<sup>9</sup>

Die behandeling van hierdie *privilegia* in die Romeins-Hollandse kenbronne laat 'n blywende indruk van meningsverskil en daaruit voortspruitende regsonsekerheid. Dit het in die Suid-Afrikaanse regspraak weerklank gevind,<sup>10</sup> veral omdat by gemeenregtelike beginsels rakende hierdie *beneficia* aansluiting gevind is in die uitleg van moratoriumwetgewing.<sup>11</sup>

*Surchéance van betaalinge* is in 'n vorige bydrae van nader beskou.<sup>12</sup> Hier word aandag geskenk aan laasgenoemde drie *beneficia*.

3 Met Engeland 1652-1654 1655-1657 1672-1674 en 1780-1784; met Frankryk 1672-1678 1688-1697 en 1703-1713.

4 Heaton *Economic history of Europe* (1948) 285.

5 Van Oven 1983 *Netherlands ILR* 188.

6 Delprat *Surseance van betaling* (1854) 14 (aangehaal as Delprat); Van Zyl 297.

7 *GPB* 1 322.

8 Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8.

9 Sien oa Van Dam *De surchéance van betaling en het akkoord* (1935) 10; Lichtenauer *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland tot 1809* (1956) 197; Voorduin *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken* (1841) 883; Delprat 14; Zwaardemaker *Over surseance van betaling* (1878) 25-38; Schaap "Surseance van betaling" 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 249; Van der Feltz *Geschiedenis van het faillissement en de surséance van betaling* (1897) 336; Molengraaff *De Faillissementswet* (1898) 515; Emmerich en De Beer *De saneering* (1937) 85; Vollmar *Het Nederlandse handels-en faillissementsrecht* (1961) 869; Polak *Faillissement en surséance van betaling* (1972) 417; Vreeswijk *De surchéance van betaling en het akkoord* (1973) 10; Maas, Van Schaik en Blokland *De in haar continuïteit bedreigde onderneming* (1983) 83; Van Zeben *Faillissementswet* (1986) II 1-1.

10 Sien *Worthington v Wilson* 1918 TPD 104.

11 *Ibid*; sien ook *Barrett and Glynn v Davidson* 1916 TPD 42; *Classens v Classens* 1940 EDL 295.

12 "Aspekte van *surchéance van betaalinge* in die respyt- en insolvensiereg" 1991 *THRHR* 523.

## 2 ALGEMENE MORATORIA<sup>13</sup>

Die *beneficia* moet beskou word teen die agtergrond dat die dae van algemene en algehele kwytsekkings<sup>14</sup> finaal verby was.<sup>15</sup>

Rampe, oorloë en omwentelings op staatkundige gebied was aanleidende oorsake vir die goedkeuring van algemene moratoria.<sup>16</sup> Hoewel talle hulle voorbeelde,<sup>17</sup> word met 'n enkele voorbeeld verstaan, naamlik die *Placaet* van 26 Desember 1672,<sup>18</sup> waardeur skuldeisers verbied is om *hypotheke* of *kusting* gedurende 1673 op te eis indien die sekuriteite wat daarvoor gestel is as gevolg van die *algemeene calamiteit* hul waarde verloor het, met dien verstande dat die *regt van hypotheek* behou is en rente reëlmatig tydens die respyt betaal moes word.<sup>19</sup> Daar moet onthou word dat die Republiek op dié tyd in 'n oorlog teen sowel Engeland as Frankryk gewikkel was, waartydens Lodewijk XIV hom van drie suidelike provinsies meester gemaak het.<sup>20</sup>

Nie een van hierdie maatreëls slaag egter daarin om meer as 'n flou afskynsel te wees van die oorwoë voorbeeld wat deur Justinianus se *lex quae data est pro debitoribus in Italia et Sicilia* gestel is nie. Hierdie *constitutio* word tereg as die beste en laaste<sup>21</sup> voorbeeld van 'n algemene<sup>22</sup> moratorium<sup>23</sup> in die Romeinse reg beskou.

Zwaardemaker het reeds in 1878<sup>24</sup> die vertroude uitgespreek dat alle vorme van respyt deur moderne regstelsels in die ban gedoen sal word. Die algemene

- 
- 13 Die tradisionele onderskeid tussen algemene en individuele moratoria is die volgende: eg word sonder aansien des persoons in beginsel aan 'n besondere gemeenskap of groep of klas persone as 'n geheel verleen. Lg het slegs betrekking op 'n spesifieke individu in 'n besondere geval. Nogtans word nie voorgegee dat hierdie indeling daarin slaag om oorvleuelings te besweer nie.
  - 14 Sien "Die belang van die *misarum*- en analoë maatreëls vir die moratoriumreg. Enkele regshistoriese perspektiewe" 1990 *TRW* 1.
  - 15 So verklaar Voet 22 1 15 dat hoewel soms van 'n gedeelte van die huur van onroerende eiendom gedurende oorloë of ander rampe afgesien moes word, dit nie die gebruik van rente op geldlenings was nie. Die beginsel dat 'n moratorium eerder as 'n kwytsekkings verleen is, is as algemene reël gehandhaaf selfs al was die hoofskuld deur 'n verband gesekureer.
  - 16 Delprat *De Nederlandsche en Belgische wetgevingen betrekkelyk de surseance van betaling onderling vergeleken* (1854) 50.
  - 17 Sien *idem* 52; Fockema Andreae en Van Apeldoorn *Aantekeningen op de Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid beschreven bij Hugo de Groot* (1939) 333-334.
  - 18 *Die Placaet van de Staten van Hollandt ende West-Vriesland, daer by verstaen werdt, geen Hypothecquen noch Kustingen te mogen opeysschen, daer van de Intresten wel betaelt werden.*
  - 19 *GPB* 2 493.
  - 20 Van Zurk *Codex Batavus* 186; Delprat *De Nederlandsche en Belgische wetgevingen betrekkelyk de surseance van betaling onderling vergeleken* 55-56.
  - 21 Mayer *Studien über das Moratorium des Altertums und Mittelalters im Rahmen der Gleichzeitigen Kreditwirtschaft* (1917) 18; Koersner en Rabenius *Om moratorium nagra bidrag till kannadom om des begrepp och anvandning* (1923) 2. Sien verder oor hierdie *constitutio* Henning 1991 *THRHR* 807-812.
  - 22 Von Oberndorff *Das von Staatswegen erteilte Moratorium* (1905) 8; Mayer *Studien* 16: "Es stellt tatsächlich ein Generalmoratorium in unserem modernen Sinne dar."
  - 23 Biener "Nachricht über einige ungedruckte Stücke in der Wiener Handschrift von Julian's Novellen-Auszug" 1825 *ZfgR* 352; Van Dam 9; Mayer *Studien* 16-17; Mayer "Zur Geschichte und Theorie des Moratoriums" 1915 *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung und Volkswirtschaft* 183; Von Oberndorff 8; Feller "Moratory legislation: a comparative study" 1933 *Harv LR* 1062; Delprat 9; Zwaardemaker 7-8.
  - 24 Zwaardemaker 37-38.

moratorium het egter gedurende die twintigste eeu veral tydens die Eerste en die Tweede Wêreldoorlog weer sterk na vore getree.<sup>25</sup> Ook in Suid-Afrika het dit nie agterweë gebly nie.<sup>26</sup>

### 3 ROMEINSREGTELIKE WORTELS

Die vraag of die wortels van hierdie *beneficia* in die Romeinse reg aan te tref is, vorm die onderwerp van 'n uitgerekte diskoers. Finale beslegting ontbreek egter steeds.<sup>27</sup>

Volgens die tradisionele standpunt<sup>28</sup> word minstens<sup>29</sup> twee wyses waarop 'n skuldenaar uitstel van betaling kon verkry in die *Codex* van Justinianus aangeref.<sup>30</sup> Die eerste blyk uit 'n *constitutio* van Constantinus uitgevaardig in 325. Dit is eers vervat in die *Codex Theodosianus*<sup>31</sup> en daarna met geringe wysiging in die *Codex* van Justinianus<sup>32</sup> opgeneem.<sup>33</sup> 'n skuldenaar aan wie deur keiserlike *rescriptum* uitstel van betaling verleen is, kon die vorderings van sy

- 25 So is algemene moratoria oa deur die VSA, Brittanje, Duitsland, Frankryk, Italië, België, Nederland, Oostenryk, Swede, Switserland, Denemarke, Noorweë, Hongarye, Rusland en Australië ingevoer. Sien Van Dam 10; El'Iashevich *Voina i grazhdanskii oborot k voprosu o moratoriakh* (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; Deumer *Der private Kriegskredit und seine Organisation* (1940) 9-16; Bachmann *Falligkeitsaufschub und Stundung im schweizerischen Bankrecht* (1941) 13.
- 26 In SA het die regsfiguur tav burgerlikes in die besonder sy buiging op die regstoneel gemaak in a 5 van die Openbare Welzijn en Moratorium Wetten 1914-1919 tov skulde aangegaan voor 1914-08-04 en gedurende hierdie dekade weer in die sogenaamde "skuldstilstand" tav buitelandse skulde uitgevaardig op 1985-09-01 kragtens die Wet op Betaalmiddels en Wisselkoerse 9 van 1933.
- 27 Grattenaer *Ueber Generalindult und Spezialmoratorien* (1809) 49-53; Zwaardemaker 6-7; Van Dam 8; Delprat 5-8; Dalhuisen *Compositions in bankruptcy* (1968) 11; Vreeswijk 10; Van Zeben II 1-1; Schaap 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 245; Lorenzen "Mortory legislation relating to bills and notes and the conflict of laws" 1919 *Harv LR* 324; Feller 1933 *Harv LR* 1062-1063; Van der Felz 335; Mayer *Studien* 13-16; Von Oberndorff 8-9; Koersner en Rabenius 2-3; Kaser *Das römische Zivilprozessrecht* (1966) 518; Wessels 663.
- 28 Onderskryf deur Zwaardemaker 6; Kaser *Zivilprozessrecht* 518; Dalhuisen 12 30; Grattenhauer 49-53; Van Dam 8-9; Delprat 5-8; Vreeswijk 10; Van Zeben II 1-1; Schaap 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 245; Lorenzen 1919 *Harv LR* 324; Feller 1933 *Harv LR* 1062-1063; Van der Felz 335.
- 29 Vir gevalle van 'n prosedurele *dilatio*, sien veral C 3 11 1-6; vgl C Th 2 7 pr-5.
- 30 Kaser *Zivilprozessrecht* 518; Zwaardemaker 6-7; Van Dam 8-9; Dalhuisen 11 12 30; Van Zeben II 1-1; Grattenaer 49-53; Delprat 5-8; Vreeswijk 10; Schaap 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 245; Lorenzen 1919 *Harv LR* 324; Feller 1933 *Harv LR* 1062-1063; Van der Felz 335.
- 31 C Th 1 2 3; sien Pharr *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions* (1952) 7-11 oor die *Codex Theodosianus*.
- 32 C 1 19 2.
- 33 Sien ook Gothofredus *Codex Theodosianus I* (1665) 1 2 3 (14-17); Van Dam 8; Schaap 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 245-246; Kaser *Zivilprozessrecht* 432.



skuldeisers deur middel van 'n eksepsie, 'n sogenaamde *moratoria praescriptio*, afwys.<sup>34</sup> Dat hierdie willekeurige verlening van die keiserlike gracie gevare vir skuldeisers kon inhou, is voor die hand liggend. In 382 is dan ook in 'n *constitutio* van Gratianus, Valentinianus en Theodosius bepaal dat geen *rescriptum moratorium* verleen sal word nie tensy die skuldenaar voldoende sekerheid stel vir die nakoming van sy verpligtinge.<sup>35</sup> Die tweede wyse word gewoonlik nagespeur in 'n *constitutio* van Justinianus wat in 531-532 uitgevaardig is.<sup>36</sup> Daarin word voorsiening gemaak vir 'n *dilatio*<sup>37</sup> wat inhou dat 'n moratorium vir vyf jaar op petisie deur die keiser aan 'n skuldenaar verleen word, indien die meerderheid in waarde van die skuldeisers so 'n stap verkies bo die aanvaarding van *cessio bonorum*. *Dilatio* kan derhalwe beskou word as alternatief vir *cessio bonorum* maar dit was nie beperk tot insolvente skuldenaars nie.<sup>38</sup> Dit moet voorts onderskei word van die sogenaamde *remissio*<sup>39</sup> wat deur die *praetor* verleen is en net aan die *heredes, sui heredes* en *heredes necessarii* van 'n insolvente erflater beskikbaar was.<sup>40</sup>

Von Oberndorff<sup>41</sup> en Mayer<sup>42</sup> voer egter op grond van uiteenlopende ooreenstemmings aan dat die tradisionele standpunt op 'n waninterpretasie van die *constitutiones*<sup>43</sup> berus in 'n poging om misbruike rondom die vorstelike genadering Romeinsregtelik te regverdig.<sup>44</sup>

Wat ook al die meriete van herbesinnings oor die werklike regsraad van *praescriptio moratoria* en *dilatio* mag wees, is dit 'n historiese feit dat skrywers oor die *ius commune* by die onderskeie *constitutiones* aanklank gevind het vir die ontwikkeling en regverdiging van die individuele moratorium, asook die terminologie wat gebruik is om verskyningsvorme daarvan te identifiseer.<sup>45</sup> Hier

34 C 1 19 2; vgl Krüger *Corpus Iuris Civilis II: Codex Iustinianus* (1877) 75; Gothofredus op C Th 1 2 3; Schaap 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 245; Zwaardemaker 6; Dalhuisen 12; Kaser *Zivilprozessrecht* 473.

35 C 1 19 4. Volgens Kaser *Zivilprozessrecht* 518 stem C 1 19 4 ooreen met C Th 1 2 8 en nie met C Th 1 2 6 nie. C Th 1 2 6 waarvolgens alle reskripte herroep is wat verleen is om 'n uitstel te bewerkstellig, het waarskynlik slegs betrekking gehad op fiskale aangeleenthede. Dit sluit dan ook aan by D 49 45 10 wat voorsiening maak vir 'n beroep op die keiser deur debiteure van die *fiscus* wat respyt behoeft. Vgl Gothofredus ad C Th 1 2 6; Krüger 75; Van Dam 8; Feller 1933 *Harv LR* 1062; Mayer *Geschichte* 183; Zwaardemaker 7; Dalhuisen 12 30.

36 C 7 17 8; vgl Krüger 329.

37 Dalhuisen 9 meen dat die oorsprong van dié *dilatio* geleë is in 'n *Constitutio Gratiani* van 367-383. Ondersteuning vir dié standpunt word aangetref in Carpzovius *Definitiones forenses* 2 22 29 1.

38 Dalhuisen 9-12; Kaser *Zivilprozessrecht* 518; Zwaardemaker 9; Schaap 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 245; Feller 1933 *Harv LR* 1062-1063.

39 Oa D 2 14 79 en 2 14 10; sien verder Dalhuisen 10-11 30-31; Buckland 316; Kaser *Das römische Privatrecht I* (1971) 642; Buckland, McNair en Lawson *Roman law and common law* (1965) 150-151.

40 Dalhuisen 11; Schaap 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 246-247; Van Dam 8-9; Zwaardemaker 6-7.

41 Von Oberndorff 8-9.

42 Mayer *Studien* 13. Hy word slegs gedeeltelik ondersteun deur Koersner en Rabenius 2-3.

43 C 1 9 2, 1 9 4 en C 7 71 8.

44 Dit wil voorkom van Mayer *Studien* 13 hier veral die Middeleeuse wanpraktyke in Duitsland rakende *quinquennellen* in gedagte het wat aanleiding gegee het tot die spreekwoord "Quinquennellen kommt aus der Höllen".

45 Veral C 1 9 2, 1 9 4 en 7 71 8; vgl Dalhuisen 30-31; Von Oberndorff 8; Zwaardemaker 9; Schaap 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 245; Lorenzen 1919 *Harv LR* 324; Feller 1933 *Harv LR* 1062-1063.

word veral gedink aan regsfigure soos *rescripta moratoria* en *quinquenellen*.<sup>46</sup> So is *praescriptio moratoria* en *dilatatio* dikwels deur gemeenregtelike skrywers<sup>47</sup> as Romeinsregtelike presedente nagespeur vir beide *rescripta inductionis* en *rescripta moratoria*.

#### 4 RESCRIPTA INDUCTIONIS EN RESCRIPTA MORATORIA

##### 4 1 *Rescripta inductionis*

Een van die regsmiddels wat 'n skuldenaar kon gebruik om respyt te bekom, was bekend as *rescripta inductionis*, ook *mandamenten van inductie* genoem.<sup>48</sup>

Volgens die *Resolutie vanden Staten van Hollandt, omne alle Mandamenten van inductie te depecheren met Commissie op een Deurwaerder van desen Hove* van 24 November 1581<sup>49</sup> het die jurisdiksie om *rescripta inductionis* te verleen by die Hof van Holland berus.

Die prosedure was kortliks dat die provinsiale hof op aansoek van die skuldenaar 'n *mandament van inductie* verleen waarkragtens skuldeisers gedagvaar word om voor die *magistratus loci* te verskyn om te besluit of aan die skuldenaar uitstel verleen mag word. Die *magistratus loci* trag dan om die meerderheid van die skuldeisers daartoe te bring (*inducere*) om tot die respyt toe te stem. Geskied dit wel, bind die meerderheid skuldeisers die minderheid.<sup>50</sup>

##### 4 2 *Rescripta moratoria*

*Brieven van respijt* kon volgens artikel 226 van *d'Instructie vanden Hove van Hollandt, Zeelant ende Vrieslandt* van 20 Augustus 1531<sup>51</sup> en artikels 31 tot 35 van die *Ordonnantie vanden Keyser* van 1544<sup>52</sup> slegs verleen word deur die *Hooge Overheid* met bekragtiging deur die betrokke hof.<sup>53</sup>

Met die instelling van die *Hooge Raad* in 1581<sup>54</sup> het die bevoegdheid om *brieven van respijt* te verleen op dié instansie oorgegaan. Dit word trouens uitdruklik bepaal deur artikel 23 van die *Ordonnantie ende Instructie vanden Hoogen Raedt van Appèl* van 1 Mei 1582.<sup>55</sup>

46 Vgl Mayer *Studien* 13; Lichtenauer 199. Ook die herkoms van die benaming van die huidige SA Moratoriumwet 25 van 1963 is duidelik hierin na te speur.

47 De Groot 3 51 8; Voet 42 3 20; Van der Linden *Koopmans handboek* 3 1 7 3; Van der Linden *Judicieele practijcq* 2 3 2 2; Loenius *Decisien cas* 17; Van Leeuwen *RHR* 4 41 5; Van Leeuwen *CF* 4 45 10; Hüber *HR* 5 43 1; Van Wassenaar *Practijck judicieel* 1 8 1-13; Kersteman *Academie* 440; Kersteman *Woorden-boek* sv "brieven van respyt"; Backhuysen *Advysboek* 2 31; Boey *Woordentolk* sv "atterminatie"; Brunnenman *ad Cod* 1 19 2 5; Faber *ad Cod* 1 19 2 5, 1 19 14; Van Bynkershoek *Obs Tum* 1 598 IV 3167; Van der Keessel *Th Sel* 889; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8.

48 Voet 42 3 20; Van der Linden *Koopmans handboek* 3 1 7 4; Van der Linden *Judicieele practijcq* 2 33 3 4.

49 *GPB* 2 1422.

50 Zwaardemaker 29.

51 *GPB* 2 757.

52 *GPB* 1 326-327.

53 Sien ook Fockema Andreae en Van Apeldoorn *ad Gr* 3 51 8.

54 Van Zyl 301.

55 *GPB* 2 794.

Die doel van die *Ordonnantie* van 1544 was om aan beide die Geheime Raad<sup>56</sup> en die Hof van Holland reëls voor te skryf vir die verlening en bekragting van *brieven van respijt*. Sodanige regshulp mag nie verleen word nie tensy dit duidelik blyk dat die applikant geen skuld gehad het aan die skade en verlies wat reëlmatige prestasie ten aansien van sy verpligtinge onmoontlik maak nie. Word *brieven van respijt* wel verleen, moet die suksesvolle applikant binne een maand sy krediteure voor die hof daag met 'n aanbod van *borgtocht*. Die deugdelikheid van die sekerheid wat gestel word, kan dan deur die skuldeisers betwis word. Word dié egter in orde bevind, geld die respyt ingevolge die *rescriptum moratorium*.<sup>57</sup>

Deur middel van sodanige *rescripta moratoria* verkry die skuldenaar 'n gemagtigde uitstel van betaling van sy skulde<sup>58</sup> vir 'n tydperk van gewoonlik nie langer as vyf jaar nie.<sup>59</sup> Aangesien respyt in die reël vir vyf jaar verleen is, is dikwels daarna verwys as *quinquenellen* oftewel *vijf jaar brieven*.<sup>60</sup>

### 4 3 Verskille

Soos uit die *Ordonnantie* van 1544 blyk, was die verskille tussen *rescripta inductionis* en *rescripta moratoria* eerstens prosesregtelik van aard. Laasgenoemde is aanvanklik deur die *Hooge Overheid* verleen en kon na 1581 slegs deur die *Hooge Raad* verleen word. Eersgenoemde is toegestaan deur die provinsiale howe, soos die Hof van Holland, terwyl die *magistratus loci* belas was met die taak om die skuldeisers se toestemming tot uitstel te hanteer, in die afwesigheid waarvan sodanige respyt in elk geval nie deur die provinsiale regter aan wie die *coarctatus* geadresseer was, toegestaan kon word nie.<sup>61</sup>

*Brieven van respijt* is gewoonlik vir 'n tydperk van minstens een en hoogstens vyf jaar verleen, terwyl *mandamenten van inductie* in die meeste gevalle vir 'n korter tydperk aangevra en toegestaan is.<sup>62</sup>

Volgens sommige skrywers was die toestemming van die meerderheid skuldeisers nie 'n vereiste vir die bestaan van *rescripta moratoria* nie, terwyl dit by *rescripta inductionis* wel die geval was. De Groot<sup>63</sup> handhaaf onomwonde die mening dat vir die verlening van *brieven van uitstel* nie alleen voldoende sekerheidstelling geveer is nie maar ook die inwilliging van die *meerder-deel*

56 Die *Grote Raad van Mechelen* oftewel die *Grand Conseil Arresté* is vanaf 1531 onderverdeel in die *Raad van State* en die *Geheime Raad*.

57 Sien ook Fockema Andreae en Van Apeldoorn *ad Gr* 3 51 8.

58 De Groot 3 51 8; Voet 42 3 20; Van der Linden *Koopmans handboek* 3 1 7 3; Van der Linden *Judicieele practijcq* 2 32 2; Loenius *Decisien cas* 17; Van Leeuwen *RHR* 4 41 5; Van Leeuwen *CF* 4 45 10; Hüber *HR* 5 43 1; Van Wassenaar *Practyck judicieel* 1 8 1-13; Kersteman *Academie* 440; Kersteman *Woorden-boek sv* "brieven van respyt"; Backhuysen *Advysboek* 2 31; Boey *Woordentolk sv* "atterminatie"; Brunnenman *ad Cod* 1 19 2 5; Faber *ad Cod* 1 19 14; Van der Keessel *Th Sel* 889; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8.

59 Hüber *HR* 5 43 11.

60 Van Alphen *Papegay* 2 598; Hüber *HR* 5 43 11; Van der Linden *Judicieele practijcq* 2 32 2.

61 Delprat 15.

62 Van Alphen *Papegay* 2 598; Hüber *HR* 5 43 11; Van der Linden *Judicieele practijcq* 2 32 2; Delprat 17.

63 De Groot 3 51 8.



der *inschuldigers*.<sup>64</sup> Groenewegen<sup>65</sup> stem by implikasie hiermee saam. Voet,<sup>66</sup> Lulius, Van Spaan en Van der Linden<sup>67</sup> gaan egter nie hiermee akkoord nie en doen moeite om te probeer aantoon dat die standpunt van De Groot in stryd is met artikel 32 van die *Ordonnantie* van Karel V van 1544,<sup>68</sup> waarin niks van toestemming van skuldeisers vermeld word nie maar slegs sekerheidstelling vereis word. Kritiek teen die standpunt van De Groot word ook deur meer resente skrywers uitgespreek.<sup>69</sup>

Van der Keessel<sup>70</sup> handhaaf die mening dat die bedoeling met die *Ordonnantie* van Karel V was om 'n bekende *beneficium* verder te reël ten einde misbruike aan bande te lê en nie om gemeenregtelike vereistes daarvoor in die ban te doen nie. Daarom vereis artikel 31 dat respyt nie toegestaan moet word nie tensy duidelikheid verkry is oor die terugslag wat die skuldenaar in geldelike nood laat beland het; bepaal artikel 32 dat die bevel tot respyt nie in werking tree nie tensy afdoende bewys van geskikte sekerheidstelling gelewer is aan die hof wat die deugdelikheid daarvan ondersoek; en word die verdere vereistes gestel in artikels 33 en 34 van die *Ordonnantie*, asook in artikel 226 van *d'Instructie vanden Hove van Hollandt, Zeelant ende Vrieslandt* van 20 Augustus 1531,<sup>71</sup> dat 'n afskrif van die sekerheidstelling aan die skuldeisers verskaf moet word en dat hul aangehoor moet word indien hul hulle teen die deugdelikheid daarvan wil verset. Volgens Van der Keessel is die gevolg van die toevoeging van die statutêre vereistes derhalwe nie dat die primêre gemeenregtelike vereiste, naamlik die toestemming van die meerderheid van die skuldeisers, nie meer gestel is nie.<sup>72</sup>

Afgaande op hierdie argumente wil dit voorkom of die gevolgtrekking behoort te wees dat die korrekter standpunt is dat die toestemming van die meerderheid in waarde van die skuldeisers ook 'n vereiste was by die verlening van *rescripta moratoria*.<sup>73</sup> Indien hierdie gevolgtrekking korrek is, noop die opweging van die kenmerke van die verskillende *beneficia* egter ook die konklusie dat in hierdie opsig ten aansien van *surchéance van betaalinge* aanvanklik 'n radikaal ander benadering tot die potensiele nadeel van krediteure gevolg is.<sup>74</sup>

64 Ooreenkomstig C 7 71 8.

65 Groenewegen *ad GR* 3 51 8; Groenewegen *De Leg Abr ad C* 7 71 8.

66 Voet 42 3 20.

67 Lulius, Van Spaan en Van der Linden *Rechtsgeleerde observatien* 3 187; Van der Linden *Judicieele practijc* 2 32 2.

68 *GPB* 1 326-327.

69 Zwaardemaker 30; Delprat 16.

70 Van der Keessel *Th Sel* 891; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8.

71 *GPB* 2 757.

72 Van der Keessel beklemtoon voorts dat 'n gevolgtrekking dat die toestemming van die meerderheid skuldeisers irrelevant was by die verlening van *rescripta moratoria*, direk in stryd sou wees met die bedoeling van die wetgewer en die logika van die reg. Dit veral aangesien deur die invoering van 'n vergelykbare *beneficium*, nl *cessio bonorum*, voldoende rekening met die belange van skuldenaars gehou is deur hoegenaamd nie toe te laat dat 'n bevel tot opskorting van betaling aan die onwillige skuldeisers, of ten minste die meerderheid van hulle, opgedring word nie. Juis daarom dat in a 35 van die *Ordonnantie* van Karel V daarop gesinspeel word dat selfs 'n owerheidsbesluit net so min uitstel sonder die instemming van die meerderheid skuldeisers kan verleen as wat 'n deel van die skuld kwytskeld kan word.

73 So ook Merula *Manier van procederen* 2 6 3 en 4; Schorer *ad Gr* 3 51 8; Schaap 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 249.

74 Sien 1991 *THRHR* 523.

## 4 4 Ooreenkomste

### 4 4 1 *Omstandighede*

Indien 'n persoon se boedel deur terugslae getref word en sy finansiële posisie dermate verswak dat hy in weerwil van sy beste wil en ywer nie in staat is om die las van sy skulde te bowe te kom nie, het daar in die Romeins-Hollandse reg vir hom weinig anders oorgebly as die vreugdelose vooruitsig om tot *flebile ac miserabile cessionis beneficium*<sup>75</sup> sy toevlug te neem. Maar dit kan gebeur dat, hoewel sy boedel inderdaad solvent is in die sin dat sy bates sy laste oorskry, 'n tydelike gebrek aan likiditeit dit vir iemand onmoontlik maak om onmiddellik aan die eise van sy krediteure te voldoen, en dat, indien aan hom 'n redelike uitstel verleen word, hy in staat gestel sal word om te gelegener tyd aan sy verpligtinge te voldoen. Dit sou ongenaakbare optrede teenoor die skuldenaar wees om hom dan die rug te keer en insolvent te verklaar, terwyl dit weer onbillik kon wees om van skuldeisers te verwag om uitstel te verleen sonder sekerheid dat hul by verstryking daarvan betaling sal ontvang. Dit is veral in gevalle soos dié dat regsfigure soos *brieven van respijt* en *mandamenten van inductie* tot hul reg kon kom.

### 4 4 2 *Inhoud*

Gedurende die tydperk van respyt is aan die skuldenaar geleentheid gegun om sy finansiële posisie in orde te bring en kon betaling van sy skulde derhalwe nie by wyse van óf gedingvoering óf tenuitvoerlegging van 'n vooraf verkreeë hofbevel afgedwing word nie.<sup>76</sup> Aksies en tenuitvoerlegging is dus opgeskort en die skuldenaar het gevolglik dagvaarding, persoonlike arres, eksekusie, boedeloorgawe en siviele gyseling vrygespring.<sup>77</sup>

### 4 4 3 *Trefwydte en uitsonderings*

Die moratoria het gewoonlik slegs betrekking gehad op skulde wat voor die datum van verlening daarvan aangegaan is. Skulde wat tydens die respyt aangegaan is, het normaalweg betaalbaar gebly.<sup>78</sup> Uitgesluit van die moratoria was verder ook belastingskulde (ingevolge die stelreël *utilitas publica praeferenda sit utilitati privatae*); die loon van arbeiders, bediendes en ander werknemers; die verpligting om onderhoud te betaal; die terugvordering van bates wat in verbruikleen (*mutuum*), bruikleen (*commodatum*) en bewaargewing (*depositum*) gegee is; die betaling van die koopprys van kontantaankope op openbare veilinge; aanspreeklikheid op grond van onregmatige daad; skulde aangegaan na datum van die verlening van die hofbevel vir respyt; en enige vordering voortspuitend uit huur aangesien verhuring dikwels lewensonderhoud verskaf het.<sup>79</sup>

### 4 4 4 *Inspraak deur skuldeisers*

Dit wil voorkom of die toestemming van die meerderheid in waarde van die skuldeisers 'n voorvereiste vir sowel *rescripta inductionis* as *rescripta moratoria*

75 Van der Linden *Judiciele practijc* 2 32 1.

76 Voet 42 3 20. *Contra* Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8 tov *rescripta inductionis* waardeur op die minste 'n mate van onduidelikheid geskep word oor die presiese nut van hierdie regsfiguur.

77 Van Leeuwen *CF* 2 1 33 6; Voet 42 3 14.

78 Voet 42 3 17; Faber *ad C* 1 9 16; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8.

79 Voet 42 3 17; Delprat 27-31.

was.<sup>80</sup> Gevolglik is nie 'n blote meerderheid in getal van skuldeisers vereis nie maar is gelet op die omvang van elke krediteur se eis. 'n Enkele krediteur se vordering van 1000 gulden het dus dieselfde gewig as tien skuldeisers se vorderings van 100 gulden elk gedra.<sup>81</sup>

Indien die skuldeisers nie gehoor gegee het aan die oproep om voor die regter te verskyn om óf tot uitstel toe te stem óf dit teen te staan nie, was die noodwendige gevolg dat die aangevraagde uitstel verleen sou word.<sup>82</sup>

#### 4 4 5 Sekerheidstelling

Die skuldenaar moes behoorlike sekerheid tot bevrediging van die skuldeisers stel.<sup>83</sup> Geskikte sekerheid in verband met die betaling van die skuld op bepaalde tye moes dus verskaf word; dit blyk trouens meer as duidelik uit artikels 32 tot 35 van die *Ordonnantie* van Karel V van 1544.<sup>84</sup>

In beginsel moes sekerheid deur middel van borge gestel word, hoewel saaklike sekerheid soms ook aangebied en aanvaar is.<sup>85</sup> Dit is in elk geval duidelik dat 'n blote *cautio iuratoria* nie voldoende was nie aangesien dit in die praktyk weinig of geen finansiële sekerheid ingehou het nie.<sup>86</sup>

#### 4 4 6 Verjaring

Voet<sup>87</sup> deel kripties mee dat verjaring nie opgeskort is nie aangesien dit nie die bedoeling kon wees om krediteure<sup>88</sup> deur begunstiging van die skuldenaar te benadeel nie. Aangesien bykans alle aksies teen die skuldenaar vir die duur van die moratorium opgeskort is, wil dit op die oog af voorkom of die stelling van Voet in stryd met die gemeenregtelike billikheidsreël *contra non valentem agere non currit praescriptio* is.<sup>89</sup> Eienaardig genoeg word hierdie billikheidsreël ook deur Voet<sup>90</sup> erken maar hy wend geen poging aan om dit met sy standpunt in die geval van 'n moratorium te versoen nie.

'n Moontlike oplossing vir die klaarblyklike teenstrydigheid in bogenoemde opvatting van Voet is dat hy van mening is dat die verlening van 'n moratorium nie die loop van bevrydende of verkrygende verjaring teen die skuldenaar aan wie dit verleen is, opskort of stuit nie en dat sy eersgenoemde standpunt derhalwe nie betrekking het op die loop van verjaring teen die skuldeisers van die persoon aan wie die moratorium verleen is nie.

80 Schaap 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 249-250.

81 Hüber *HR* 4 43 7.

82 Van der Keessel *Th Sel* 892; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8.

83 Van Leeuwen *RHR* 4 41 5; Voet 42 3 14; Hüber *HR* 5 53 5; Van der Linden *Koopmans handboek* 3 1 7 3; Van der Linden *Judicieele practijc* 2 32 2.

84 Die vereiste is na alle waarskynlikheid aan die hand van *C* 1 19 4 gestel.

85 Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8; Van der Linden *Judicieele practijc* 2 32 3.

86 Voet 42 3 14; Swaanswyk *Bellum juridicum cas* 39 en 53; Van der Keessel *Th Sel* 890; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8; sien ook Delprat 18.

87 Voet 42 3 15.

88 *Ibid*: "[N]ullum creditoribus praejudicium"; Gane *The selective Voet* (1957) 6 380 vertaal die frase egter foutiewelik: "[N]o prejudice is created for debtors" (sic).

89 De Groot 3 46 4; Schorer *ad Gr* 3 46 4; Van Bynkershoek *Obs Tum* 1 70 en 1 982; Van den Berg *Advysboek* 4 102; Nassau La Leck *Register* sv "citatie". Vgl De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* (1964) wat meen dat dit ook die geval sal wees indien die skuldenaar tydelik deur 'n moratorium teen dagvaarding beskerm word, of die howe weens oorlogsomstandighede of epidemie nie funksioneer nie.

90 Voet 44 3 11.



Die gevolgtrekking is dus dat die werking van die gemeenregtelike billikheidsreël daarop neerkom dat verjaring nie loop teen die skuldeisers van 'n persoon aan wie 'n moratorium verleen is nie; dit het tot gevolg dat die skuldeisers se reg tot aksie nie opgeskort word nie.<sup>91</sup>

#### 4 4 7 Rente

Oor die vraag hoe rente deur die verlening van 'n moratorium geraak word, word uiteenlopende standpunte aangetref.

Sommige kenbronne handhaaf die mening dat nóg die oploop nóg die betaling van rente deur die verlening van 'n moratorium gestuit is.<sup>92</sup> Die aanspreeklikheid om rente normaalweg te betaal, is nie opgeskort nie.<sup>93</sup> Rente wat egter eers na die datum van verlening van en dus tydens die moratorium in werking sou tree, het nie betaalbaar of opeisbaar geword nie.<sup>94</sup> Argumente hiervoor kom daarop neer dat in die Romeinse reg geen reël aan te tref is dat rente nie tydens 'n moratorium oploop nie; dat by die begunstiging van 'n skuldenaar gewaak moet word om die skuldeisers so min as moontlik te benadeel; en, laastens, dat deur die opskorting van rente aan die skuldenaar 'n finansiële meevaller verskaf sou word ten koste van skuldeisers.<sup>95</sup>

Die teenoorgestelde standpunt word gehandhaaf deur diegene wat van mening is dat rente gedurende die tydperk van die respyt nóg loop nóg betaalbaar was. Aangesien 'n skuldenaar wat uitstel van betaling ontvang nie in *mora* verval nie, kon daar ook geen sprake wees van die betaalbaarheid van moratore rente tydens die respyt nie.<sup>96</sup>

Laasgenoemde standpunt is gemeenregtelik moontlik die haalbaarste. Dit behoort te blyk wanneer enkele aspekte van bedonge en moratore rente kortliks van nader beskou word.

Rente *ex mora* of *ex officio iudicis* is beskou as 'n straf wat die skuldenaar vir sy versuim opgelê word. Versuim die skuldeiser om die rente in een en dieselfde aksie as die hoofsom te vorder, was dit in elk geval nie in 'n afsonderlike aksie verhaalbaar nie.<sup>97</sup> Die moratoriumskuldenaar betaal nou wel nie op die oorspronklik ooreengekome tydstip nie, maar aangesien hy juis 'n uitstel van betaling ontvang het, kan daar nie sprake wees dat hy in *mora* verval of dat *mora debitoris* voorhande is nie.<sup>98</sup> Deur die verlening van die moratorium is trouens juis van die standpunt uitgegaan dat *mora* alleen na verstryking van die respyttermyn sou ontstaan.<sup>99</sup>

Van bedonge rente wat *ex pacto vel conventione aut in obligatione* betaalbaar en opeisbaar is, kon hier in die gewone loop van sake ook kwalik sprake wees, tensy die moontlikheid van *brieven van respijt* en *mandamenten van inductie* reeds by sluiting van die betrokke ooreenkoms voorsien is.

91 Sien in die besonder Voet 1 4 10 oor die beginsel van minimum benadeling van skuldeisers dmv 'n respyt.

92 Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8.

93 Voet 42 3 15; Brunnenman *ad C* 1 19 2 4; Delprat 24.

94 Voet 42 3 20; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8.

95 Brunnenman *ad C* 1 19 2 4.

96 Hüber *HR* 5 43 5; Mattaeus *De iudiciis* 13 67 13 68; Delprat 24.

97 Steyn *Mora debitoris volgens die hedendaagse Romeins-Hollandse reg* (1929) 85-90.

98 Vgl *D* 12 1 40; Puchta *Vorlesungen über das heutige römische Recht* (1854-55) 230; Steyn 40-41; Delprat 26.

99 Delprat 26.

Hieruit blyk dan stellig ook waarom die moratorium as regsfiguur so dikwels omstrede was. Gestel 'n persoon verkry uitstel vir 'n tydperk van vier jaar om aan 'n skuld van 'n sekere bedrag te voldoen. Betaal hy daartydens rente, word die posisie van skuldeisers weinig nadelig geaffekteer. Geld die normale beginsel dat geen rente betaal word nie, ontvang die skuldeiser in werklikheid minder as wat hy sou ontvang het indien dit nie vir die respyt was nie, aangesien die beginsel geld dat hy wat na die aanvanklik ooreengekome termyn betaal, te min betaal. Dat rente nie betaal word nie is derhalwe juis in ooreenstemming met die normale verminderende effek van 'n moratorium:

“Accorder une surséance, c'est accorder une diminution de la dette, c'est accorder nue grace á l'un préjudice de l'autre.”<sup>100</sup>

#### 4 4 8 Borge

Die uitwerking van die verlening van 'n moratorium op die regsposisie van 'n borg het ook alles behalwe eensgesindheid ontlok.<sup>101</sup>

Een standpunt is dat die verlening van 'n moratorium aan die hoofskuldenaar 'n persoonlike verweer verskaf wat nie tot die beskikking van sy borge is nie. Derhalwe kon 'n borg van 'n hoofskuldenaar aan wie 'n moratorium verleen is, hom nie op die *beneficium excussionis* of *beneficium divisionis* beroep nie.<sup>102</sup> Betaal die borg, word hy die skuldeiser van die hoofskuldenaar onderworpe aan die moratorium.

Hierteenoor is egter sterk standpunt ingeneem dat 'n meer genaakbare houding teenoor die borg ingeneem moet word. Andersins sou 'n *beneficium* aan 'n skuldenaar altyd tot nadeel van sy borge strek.<sup>103</sup> So 'n uiteinde is nie met die goedertierenheid onderliggend aan 'n moratorium te rym nie, so word geargumenteer, want een skuldenaar word begunstig ten koste van 'n ander.

Nog 'n argument wat teen die eerste standpunt aangevoer is, is dat indien die borg aanspreeklik gehou word en betaal, die respyt vir die hoofskuldenaar van weinig betekenis sou wees. Die respyt het net betrekking op skulde wat voor die verlening daarvan aangegaan is. Dit beteken dat indien hy betaal, die borg tydens die moratorium onmiddellik die hoofskuldenaar sou kon aanspreek met die *actio mandati*.<sup>104</sup>

Voet<sup>105</sup> beklemtoon egter dat in gedagte gehou moet word dat die moratorium in die algemeen betrekking gehad het op *alle* kontraktuele skulde wat voor datum van verlening aangegaan is en dat die borg derhalwe geen aksie tydens die respyt teen die hoofskuldenaar sou kon instel nie. Die kontraktuele verbintenis en bygevolg die borg se potensiële aanspreeklikheid en regres vir betaling het reeds voor die verlening van die moratorium beslag gekry. Die regte en verpligtinge van die borg spruit derhalwe nie voort uit 'n nuwe verbintenis

100 Lipman *Essai historique sur les surseances* (1827) 18.

101 Voet 42 3 19, 46 1 16-18; Van Leeuwen *CF* 4 45 10; Van Leeuwen *RHR* 4 41 5; Hüber *HR* 5 43 5; Van Lanckeren *Utr Cons* 3 99; Nassau La Leck *Register sv* “atterminatie”; Faber *ad C* 1 9 14; Brunnenman *ad C* 1 19 2 5; Perezus *ad C* 1 19 89; Rebuffus *De literis dilatoriis* 1 4; Pothier *Procédure civile* 5 3 1 7.

102 Voet 42 3 19, 46 1 18; Van Leeuwen *CF* 4 45 10; Van Leeuwen *RHR* 4 41 5; Faber *ad C* 1 9 14; Brunnenman *ad C* 1 19 2 5.

103 Hüber *HR* 5 43 5; Van Lanckeren *Utr Cons* 3 99; Nassau La Leck *Register sv* “atterminatie”; Perezus *ad C* 1 19 89.

104 Van Lanckeren *Utr Cons* 3 99.

105 Voet 42 3 19, 46 1 18.



wat eers na datum van verlening van die respyt aangegaan is nie. Bowendien moet voor oë gehou word dat *cessio bonorum* ook nie die borg baat nie en dat tussen dié *beneficium* en die voorreg van moratorium in die opsig bloot 'n graadverskil bestaan. In beide gevalle eis die skuldeiser van die borg wat hy nie op daardie tydstip van die hoofskuldenaar kan verhaal nie. Trouens, die hoofrede waarom 'n skuldeiser borgstelling verlang, is juis om van iemand te kan verhaal indien vanweë die een of ander rede nie tydige van die hoofskuldenaar verhaal kan word nie.<sup>106</sup>

## 5 SEURETÉ DU CORPS

Hierdie *beneficium* het aanwending gevind wanneer die skuldenaar hom skuil hou of in die buiteland vertoef en uit vrees vir aanhouding dit nie waag om Holland binne te kom nie, terwyl hy darem tog die vertrouwe het dat hy 'n billike ooreenkoms met sy skuldeisers sal kan aangaan. In so 'n geval kon hy van die State van Holland of *Gecommitteerde Raeden* vrygeleide vir sy persoon (*seureté du corps*)<sup>107</sup> aanvra.<sup>108</sup> Het hy reeds met meerdere skuldeisers geskik, kon hy 'n verlenging van die tydperk wat reeds toegestaan is, aanvra sodat hy ook met die ander 'n skikking kon aangaan.<sup>109</sup>

Om hierdie voorreg te bekom, moes 'n aanbeveling te dien effekte van die *magistratus loci* waar die applikant sy *fixum domicilium* het, verkry word.<sup>110</sup>

*Seureté du corps* is alleen aan persone verleen en nie ook vir goedere toegestaan nie.<sup>111</sup> Dit is net toegestaan indien die meerderheid skuldeisers daartoe ingestem het.<sup>112</sup> Volgens die *Resolutie van de Staaten van Holland raakende het verlenen van Brieven van Seureté du Corps* van 19 Oktober 1605<sup>113</sup> het dit ook nie gegeld teen vonnisse van die *Hooge Raad* of teen ander vonnisse wat in 'n gewysde saak omgeskep<sup>114</sup> is nie.<sup>115</sup> Hierdie voorskrif is egter nie eers deur die *Staaten van Holland* self konsekwent toegepas nie.<sup>116</sup>

106 *Ibid.*

107 In Italië het dit bekend gestaan as *salvo condotto* en die Duitse variant as *freies Geleit*. Vgl Van Zeven II 1-1.

108 *GPB* 3 95; Van Leeuwen *RHR* 4 41 5; Van Leeuwen *CF* 1 4 45 11; Voet 42 3 21 verwys daarna as “*seureté de corps* en vrygeley”; Voet *ad Gr* 3 51 21; Van Zurck 683 sv “*seurte de corps*”; Swaanswyck *Bellum juridicum cas* 59 65; Van Wassenaar *Practyck judicieel* 16 12; Van Alphen *Papegay* 622-624; Nassau La Leck *Register* 704 sv “*Protectie. Vrygeleide. Sauvegarde*”; Schorer *ad Gr* 3 51 8; Kersteman *Academie* 442; Kersteman *Woorden-boek* sv “*brieven van seureté de corps*”; Van der Keessel *Th Sel* 894; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8; Van der Linden *Judicieele practijcq* 4 7 6; Schaap 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 253.

109 Voet 42 3 21; Voet *ad Gr* 3 51 21; Van Zurck 684.

110 Decker *ad Van Leeuwen RHR* 4 41 4.

111 Van Zurck 685.

112 *Idem* 683; Schaap 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 253.

113 *GPB* 8 69.

114 *Ibid.*: “[O]fte eenige andere Sententien gegaan in kragte van gewysde.” Van Zurck 683; Schaap 1882 *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* 254.

115 Van Leeuwen *RHR* 4 41 5; Voet 42 3 21; Van der Keessel *Th Sel* 894; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8; Van der Linden *Judicieele practijcq* 4 7 6.

116 Sien *GPB* 8 70 sv “*Resolutie van de Staaten van Holland waar by aan Mr Balthazar Mandt zyn verleent Brieven van Seureté du Corps en wel specialyk ook tegens Sententien, en Vonnissen, onvermindert de Resolutie van den 19 October 1605. Den 7 April 1751*”; Van der Linden *Judicieele practijcq* 4 7 6.

*Seureté du corps* is gewoonlik vir ses en soms ook vir twaalf maande verleen.<sup>117</sup>

## 6 VERDERE LOTGEVALLE

### 6 1 Nederland

In Nederland is aanvanklik in die vooruitsig gestel dat sowel *rescripta moratoria* oftewel *atterminatie* as *surchéance van betaalinge* sou bly voortbestaan.<sup>118</sup> In die *Wetboek op de rechterlijke instellingen en rechtspleging* van 1809<sup>119</sup> is voorsien dat 'n onderskeid gemaak word tussen *surchéance* wat deur die hooggeregshof<sup>120</sup> verleen word en *atterminatie* verleen deur 'n gewone regter.<sup>121</sup> In die *Wetboek Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland*<sup>122</sup> is weer voorsiening gemaak vir *atterminatie* of uitstel van betaling onder borgstelling.<sup>123</sup> Die ontwerp *Burgerlijk Wetboek* van 1820<sup>124</sup> het in die negentiende titel van die vierde boek voorsiening gemaak vir *atterminatie* en *surchéance van betaalinge*.<sup>125</sup>

Die Franse *Code Civil* wat die plek van die *Wetboek Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland*<sup>126</sup> ingeneem het,<sup>127</sup> het nie erkenning aan enigeen van die twee regsfigure verleen nie.<sup>128</sup> Hoewel *surchéance van betaalinge* na die terugverkryging van onafhanklikheid weer in die lewe geroep is<sup>129</sup> en daarna opgeneem is in die *Wetboek van Koophandel* van 1838,<sup>130</sup> het die onderhawige *beneficia* metdien van die regstoneel verdwyn.

### 6 2 Suid-Afrika

#### 6 2 1 Faktore aanleidend tot onbruik

In 'n vorige bydrae<sup>131</sup> is aangetoon dat die antwoord op die vraag waarom die onderhawige *beneficia* en *surchéance van betaalinge* nie meer deel van die huidige Suid-Afrikaanse regstoneel vorm nie, opgesluit lê in uitsprake van regter Kotze

117 Van Leeuwen *RHR* 4 14 5; Van der Keessel *Th Sel* 894; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 51 8; Van der Linden *Judicieele practijcq* 4 7 6.

118 Sien oa Van Dam 11; Emmerich en De Beer 85; Vollmar 869; Polak 418; Vreeswijk 11; Maas, Van Schaik en Blokland 84; Van Zeben II 1-2; Schoordijk "De positie van feitelijk preferente crediteuren bij faillissement en surcheance van betaling" 1981 *Gratia Commercii* 321.

119 Van Dam 11; Polak 418. Zwaardemaker 34 verwys daarna as die *Code des institutions judiciaires et de la procedure*.

120 A 115-117.

121 A 761-764.

122 Polak 418; Van Dam 13; Zwaardemaker 34.

123 A 1184-1186.

124 Van Dam 13; Polak 418; Zwaardemaker 37.

125 A 3350 ev.

126 Van Dam 13.

127 Van Zyl 417.

128 Zwaardemaker 34; Vreeswijk 10. Die *Code Civil* het wel 'n reëling erken waardeur 'n regter die bevoegdheid verleen is om "accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir l'exécution des poursuites."

129 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).

130 Van Dam 14; Polak 418; Van Zyl 417.

131 1991 *THRHR* 523.

gedurende die laaste helfte van die negentiende en die begin van die twintigste eeu. Dit is nie dienstig om die kritiek teen die uitsprake te herhaal nie. Dit is voldoende om ter aanvulling daarop te wys dat selfs 'n argument dat sommige *dicta* die indruk skep dat 'n aansoek om die verlening van 'n moratorium in gepaste gevalle op 'n daad van insolvensie kan neerkom en derhalwe gronde kan verskaf vir verpligte sekwestrasie, nie afdoende steun bied vir 'n gevolgtrekking dat sommige van of al die onderhawige *beneficia* by noodwendige implikasie deur die betrokke Kaapse en Transvaalse insolvensiewette herroep is nie. Trouens, sommige Romeins-Hollandse insolvensiemaatreëls uit die agtiende eeu het reeds uitdruklik bepaal dat 'n aansoek om regshulp ingevolge die onderhawige *beneficia* as bewys van insolvensie kan dien sonder dat die voortbestaan van hierdie regsfigure deur sodanige voorskrifte geraak is. So het die *Ordonnantie op de Kaamer van de desolate Boedels* van 7 Julie 1708 reeds voorgeskryf:

“Word oock een Debiteur verstaan gefaillert te zyn, terstond na dat sijn insolventheyt in het openbaar gekomen is . . . of andersints te Hove gelicht heeft Brieven van respijt en atterminatie, van inductie, van cessie, ofte diergelijcke . . .”<sup>132</sup>

Hoe dit ook al sy, soos in die geval van *surchéance van betaalinge* is dit waarskynlik nou ook reeds veels te laat om te trag om die onderhawige *beneficia* as deel van die geldende gemenerereg te resussiteer.

### 6 2 2 Interpretasie van statutêre moratoria

Geregshowe is deur artikel 5 van die Openbare Welzijn en Moratorium Wet 1 van 1914<sup>133</sup> gemagtig om in gepaste gevalle 'n moratorium te verleen. So het artikel 5(2) bepaal dat indien 'n skuldenaar uitstel versoek op grond van sy onvermoë om weens oorlogsomstandighede te presteer en die skuldeisers dit weier, die skuldenar óf die afdeling van hooggeregshof met jurisdiksie oor die skuld, óf die landdroshof binne wie se regsgebied hy woonagtig is, om so 'n respyt kon versoek. Die hof kon dan 'n moratorium verleen wat nie langer sou duur as drie maande na die einde van die oorlog nie. Laasgenoemde voorskrif herinner nogal aan *rescripta inductionis* en *rescripta moratoria*.<sup>134</sup>

Reeds in *Van der Merwe v Bruwer*<sup>135</sup> word tot die gevolgtrekking gekom dat:

“The Public Welfare and Moratorium Act introduced no new principle into the law. Under Roman-Dutch law, if a person could satisfy the court that if he was given time he would be able to meet his liabilities, he was entitled to what was known as attermination or respite.”

Die benadering is onderskryf in *Borchers v Morgan*<sup>136</sup> en *Broomberg v Birkett*.<sup>137</sup>

In *Barrett and Glynn v Davidson*<sup>138</sup> bevind regter Wessels dat ook die opskorting van siviele regsmiddels ingevolge artikel 5(5) van die Openbare

132 *GPB* 5 1277.

133 Openbare Welzijn en Moratorium Wet 1 van 1914 (*Buitengewone Zitting*), gewysig deur Openbare Welzijn en Moratorium Wet Wijzigingswet 37 van 1917 en Openbare Welzijn en Moratorium Wetten Verlenging en Verdere Wijzigingswet 47 van 1919. Kragtens a 4 van lg wet word na die drietal wette verwys as die Openbare Welzijn Wetten 1914-1919.

134 Vgl *Van der Merwe v Bruwer* 1914 CPD 845.

135 *Supra*.

136 1917 TPD 681.

137 1918 TPD 227.

138 1916 TPD 42 43.



Welzijn en Moratorium Wet teen verdedigingsmagslede 'n persoonlike privilegie verleen, veral aangesien dit nie tot voordeel van die staat ingevoer is nie maar tot voordeel van die betrokke individu. Juis daarom kan, soos in die gemeenereg, regsgeldig van die betrokke moratorium afstand gedoen word. Ook in *Worthington v Wilson*<sup>139</sup> word standpunt ingeneem dat daar 'n aansienlike mate van ooreenkoms bestaan tussen die beskerming wat verleen word deur die Openbare Welzijn en Moratorium Wet en *rescripta moratoria*, hoewel die statutêre beskerming omvattender kan wees. Daarom vind die gemeenregtelike beginsels rakende die regsposisie van 'n borg in die geval waar aan die hoofskuldenaar 'n *rescriptum moratorium* verleen word, ook aanwending in die geval waar die hoofskuldenaar geregtig is op 'n opskorting van siviele regsmiddels ingevolge artikel 5(5) van die Openbare Welzijn en Moratorium Wet.

In *Willard v Daines*,<sup>140</sup> *Olsen v Olsen*,<sup>141</sup> *Wolfson v Heunes*,<sup>142</sup> *Ross RM & Co v Foster*<sup>143</sup> en *Glensor and Passmore v Kantor*<sup>144</sup> is as hoofrede vir die artikel 5(5)-moratorium geïdentifiseer die oogmerk om te verhoed dat persone te velde geteister of lastig geval word met siviele litigasie.

Dit is duidelik dat die oorgrote meerderheid gewysdes die prosesregtelike aard van die moratorium wat deur die opskorting van siviele regsmiddels ingevolge artikel 5(5) verleen word, beklemtoon en dit bowendien as 'n streng persoonlike bevoorregting beskou. 'n Saak kan uitgemaak word dat ook die openbare belang die verlening van sodanige onderstand noop, veral om 'n hoë moreel, die minimum inbreukmaking op opleiding en die handhawing van 'n effektiewe peil van paraatheid in die hand te werk.<sup>145</sup> Dit wil derhalwe voorkom of te veel klem geplaas is op die gelykskakeling van hierdie tipe onderstand met die onderhawige gemeenregtelike *beneficia*. Dit sou egter histories meer regverdigbaar wees om eerder die maatreëls ter opskorting van siviele regsmiddels teen krygsliede, soos dié wat in die Edik van Karel V van 20 Oktober 1547 aangetref word,<sup>146</sup> te beskou as die gemeenregtelike voorlopers van die vergelykbare Suid-Afrikaanse moratoriumwetgewing.

Nogtans het die howe langs die aangeduide weg die beginsels onderliggend aan die *beneficia* gebruik om 'n nuttige rol as hulpmiddel by uitleg te vervul meer as 'n eeu nadat die regsfigure in hul land van oorsprong uit die positiewe reg verdwyn het. Voorts het die wetgewer hom telkens gewend tot die aanwending van die beproefde bepalings van die Openbare Welzijn Wetten 1914-1919.

139 1918 TPD 104 110-112; sien ook *Skelton v Shelvoke and Smith* (1904) 21 SC 664; *Ideal Finance Corporation v Coetzer* 1970 3 SA 1 (A) 12E-F; *RSA Faktors v Bloemfontein Township Developers (Edms) Bpk* 1981 2 SA 141 (O).

140 1915 EDL 285 286.

141 1915 CPD 475 476-477.

142 1915 TPD 377 379.

143 1915 CPD 160 161.

144 1917 TPD 452 455.

145 Sien Balog *Randbemerkungen zur Rechtsschaffung im Kriege* (1916) 11; Rügger *Die Rechtsstellung des schweizerischen Wehrmannes* (1947) 11; Killer "Betreibungsferien und Rechtsstillstand" 1966 *BSK* 11; Hooper "The Soldiers' and Sailors' Civil Relief Act of 1940 as applied in support litigation" 1986 *Military LR* 93; Freese "Defending against debt collection" 1987 *Washington State Bar News* 23; De la Rey *Mars: The law of insolvency in South Africa* (1988) 20.

146 Van Zurck 83. Sien ook a 12 van die *Placcaet Raeckende alle Leger-Personen* van 1630-05-07 wat herhaal is in die plakkaat van die State-Generaal van 1665.

Dit het die geleentheid vir die howe geskep om voort te bou op die basis wat gedurende die Eerste Wêreldoorlog gelê is. Aangesien hierdie tradisie ook by konsolidasie voortgesit is, is sekere reëlins van die Openbare Welzijn Wetten 1914-1919 kenbaar in die Moratoriumwet 25 van 1963. Gevolglik kan regspraak oor eersgenoemde steeds nuttig aangewend word by die uitleg van analoë bepalings van die huidige Moratoriumwet.

### 6 2 3 Voorstel van die Regskommissie

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het gedurende 1987 'n omvangryke projek ter hersiening van die insolvensiereg aangekondig. In 1989 is 'n werkstuk oor die vereistes en alternatiewe vir sekwestrasie, opgestel deur die navorsingspersoneel van die kommissie, vir kommentaar versprei. Onder meer is aandag geskenk aan die Moratoriumwet 25 van 1963. Hoewel probleme met die toepassing van die Moratoriumwet as buite die bestek van die betrokke ondersoek beskou is, is die "moontlikheid dat aan die hof 'n algemene bevoegdheid verleen word om 'n moratorium te verleen" as alternatief tot sekwestrasie tog oorweeg,<sup>147</sup> terwyl 'n latere werkstuk oor akkoord, skikking of moratorium ook in die vooruitsig gestel is.<sup>148</sup> Die uiteinde van die oorweging van 'n "algemene moratoriumbevoegdheid" word gevind in 'n voorstel dat tydens die verhoor van 'n aansoek om 'n administrasiebevel ingevolge artikel 74 van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944, onder meer bevel behoort te kan word dat alle regsmiddels teen die skuldenaar of sy goed vir die invordering van geld verskuldig aan skuldeisers in die bevel vermeld, opgeskort word vir die tydperk wat die hof bevel, en wel sonder dat 'n administrateur aangestel word.<sup>149</sup>

Dit is opmerklik dat geen beperking op die tydperk geplaas word nie en dat ook nie vereis word dat 'n waarskynlikheid van finansiële herstel moet bestaan nie. Daar behoort deeglik rekening gehou te word met die inherente beperkings van hierdie tipe onderstand. Anders as sekwestrasie is die oogmerk daarvan die behoud van die *status quo ante*.<sup>150</sup> Dit verskaf as 't ware net noodhulp *pro tempore* en nie permanente genesing nie, in die hoop dat finansiële probleme minder sal word indien uitstel verleen word. Dit kan derhalwe hoogstens bloot tydelike finansiële verligting bewerkstellig. Bowendien is 'n moratorium as finansiële hulpmaatreef net werklik effektief indien die tydperk van ontwrigting kort is en die vooruitsig bestaan dat die daaropvolgende periode soveel voorspoediger sal wees dat skuldenaars in staat gestel sal word om hul uitgestelde verpligtinge na te kom.

## 7 SLOT

Alhoewel oor die voorstel van die navorsingspersoneel van die regskommissie verder besin behoort te word, regverdig die oogmerk om die invoering van 'n

147 Regskommissie *Hersiening* 102 (par 4.199).

148 *Idem* 135 (par 5.62).

149 *Idem* 140 (par 5.78).

150 Skilton 1942 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 179: "The purpose of the device is to preserve an existing social pattern during a period which is believed to be unusual and temporary in character."

algemene moratoriumbevoegdheid te oorweeg, in beginsel wel ondersteuning. Dit kom trouens juis neer op 'n erkenning dat die Suid-Afrikaanse reg beduidend armer gelaat is deur die versuim om gemeenregtelike *beneficia* soos *rescripta inductionis* en *rescripta moratoria* as kiemkragtig te koester. Hopelik sal sowel hierdie *beneficia* as *surchéance van betaalinge* egter wel die geleentheid gegun word om weer 'n oomblik die kalklig te geniet in die beoogde werkstuk van die regskommissie oor akkoord, skikking en moratorium.

#### 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

# Die aard van kredietwaardigheid

HB Klopper

BA LLD

Mede-Professor in die Handels- en Arbeidsreg, Universiteit van Pretoria

## SUMMARY

### The nature of creditworthiness

The judicial perception of creditworthiness exhibits wide-ranging points of view regarding its actual juridical nature. The current general opinion is that creditworthiness is inextricably part or a facet of the good name or reputation (*fama*) of a person and that the impairment of creditworthiness gives rise to a claim for defamation. Where patrimonial loss results from the impairment of creditworthiness, this loss is included in the assessment of the damages awarded in terms of the *actio iniuriarum*.

The question arises whether the juridical concept of creditworthiness is in accordance with the concept of creditworthiness as found and applied in commerce. In framing a definition for creditworthiness, one needs to determine exactly what is meant by credit. Credit may be defined as an alternative means of payment to cash; it is important to note that credit is accepted on the basis of the trust or confidence that the creditor has in the will and ability of the debtor to meet his future financial obligations. From this point of view creditworthiness may be defined as the characteristic, ability or trait which a person acquires in order to evoke trust in a creditor to accept his credit. This confidence or trust is based on the will and ability or potential to pay in the future and is created by the active and satisfactory use of credit in the past; consequently, creditworthiness is not an inherent right or trait of the debtor.

A person's creditworthiness rests on a variety of considerations based on information supplied by the debtor or gleaned from other sources by the creditor. These considerations are the record of payment, income, service record, place of residence, marital status, age, credit references, reserve assets and his equity in the purchased asset. This does not accord with the juridical concept of *fama* which refers to the social or moral standing of a person in society and which, as an inalienable right of personality, is primordial and accorded to every legal subject.

When the commercial and juridical concepts of creditworthiness are compared, it is clear that the juridical point of view (ie that creditworthiness is an inextricable part or facet of *fama*) is an oversimplification of the true state of affairs as it obtains in the commercial world. If the present juridical concept of creditworthiness is consistently and logically applied, it follows that in principle all people are creditworthy as all people are born with a reputation or *fama*. Commercial practice shows that credit reputation has to be attained and established through the use of credit. The most honest person with an unblemished character and social reputation will not be creditworthy if he exclusively purchases for cash or has no income or assets. Creditworthiness in commercial practice is, therefore, contrary to the juridical point of view, not solely based on the moral or social standing or reputation (*fama*) of a person.

The discordance between the commercial and juridical concept of creditworthiness results in prejudice which underscores the fundamental principle that if the law does not reflect reality, prejudice and inconsequences result.

## 1 INLEIDING

Dit gebeur dikwels dat persone se kredietwaardigheid in die praktyk benadeel word. Die wyse waarop dit gewoonlik geskied, is dat 'n vonnis foutiewelik teen



'n persoon geneem word,<sup>1</sup> 'n foutiewe berig oor 'n persoon of sy sakebedrywighede in 'n koerant geplaas word<sup>2</sup> of 'n persoon se tjek vir betaling deur sy bank geweier word terwyl daar voldoende fondse in die bank was toe die weiering plaasgevind het.<sup>3</sup> So 'n vonnis word dan in die een of ander kredietjoernaal aangegee<sup>4</sup> en word daar op grond van hierdie berig in die kredietjoernaal geen verdere krediet aan so 'n persoon verleen nie. In die geval van die ongegronde afwysing van die tjek kom die weiering onder die aandag van die sakebetrekkings van die benadeelde wat dan weier om krediet toe te staan. Die tipe benadeling wat uit die weiering van krediet volg, kan wissel van erge ontsteltenis en belediging tot ernstige geldelike skade.<sup>5</sup>

Word die menings van juriste oor kredietwaardigheid nagegaan, tref 'n mens 'n aantal uiteenlopende standpunte oor die werklike aard en inhoud van kredietwaardigheid aan. Hierdie menings wissel van 'n algemene stelling dat 'n handelaar in die algemeen beskerm word teen die maak van bewerings wat sy sakereputasie of krediet skaad<sup>6</sup> en standpunte dat kredietwaardigheid wel 'n afsonderlike subjektiewe reg is, tot 'n algehele ontkenning van die moontlikheid dat kredietwaardigheid enigsins 'n afsonderlike beskermingswaardige regsbelang kan wees.<sup>7</sup> Die huidige algemene regsopvatting is dat kredietwaardigheid die *fama* of goeie naam van 'n persoon is of 'n onafskeibare deel of faset daarvan uitmaak,<sup>8</sup> dat die aantasting van die kredietwaardigheid tot 'n lastereis

- 1 Wanneer 'n persoon bv sou reël vir die afbetaling van 'n skuld tydens 'n invorderingsprosedure en daar strydig met die afbetalingsooreenkoms vonnis geneem word, welke vonnis gerapporteer word, of waar die eiser nagelaat het om betalings op rekord te plaas en regstappe doen wat lei tot die neem van 'n vonnis om so 'n reeds betaalde rekening in te vorder (sien *Suttonmere v Hills* 1982 2 SA 74 (N); *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 761 (T)).
- 2 Sien *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O); *Channing v SA Financial Gazette* 1966 3 SA 470 (W).
- 3 Sien veral *Freeman v Standard Bank* 1905 TH 26 34; *Barclays Bank v Giles* 1931 TPD 31 35; *Van Aswegen v Volkskas Bank* 1960 3 SA 81 (T) 88, en in 'n mindere mate *Goldsmith v Bank of Africa* 1882 1 HCG 53; *Leon Bank v Natal* 1889 NLR 276; *Witbank Coal Agency v Barclays Bank* 1927 TPD 18; *Klopper v Volkskas* 1963 2 SA 421 (T); *Trust Bank v Marques* 1968 2 SA 421 (T); Van der Merwe 1964 THRHR 310; Bekker *Die aanspreeklikheid van 'n bank vir die verkeerdelike dishonorerings van 'n kliënt se tjek* (LLM-verhandeling US 1976) 82 ev.
- 4 Daar is verskeie kredietjoernale in omloop. 'n Voorbeeld hiervan is *Dun en Bradstreet*. Hierdie joernale het personeel wat op 'n deurlopende grondslag die hofrekords nagaan en aantekene wanneer vonnis vir 'n geldeis teen 'n persoon geneem word of 'n persoon of 'n maatskappy gesekwestreer of gelikwedeer word.
- 5 Soos waar 'n sakeman-spekulant se kredietwaardigheid aangetas word, of dié van 'n handelaar wat van krediet gebruik maak om sy onderneming te finansier.
- 6 Sien De Villiers *The Roman and Roman-Dutch law of injuries* (1899) 93: "It is injurious to say anything of a merchant tending to diminish his business reputation or credit."
- 7 Sien Joubert *Grondslae van die persoonlikheidsreg* (1953) 134: "Aangaande hierdie bekende onderwerp (die reg op die goeie naam) wil ons slegs wys op die vermoënsregtelike gevolge wat veral, ofskoon geensins *slegs*, in hierdie persoonlikheidsreg opgeslote kan lê, in die sin dat die goeie naam van die reghebbende sy kredietwaardigheid kan verhoog. Daarmee word die 'reg op krediet' nog nie 'n vermoënsreg nie, want dit is geen reg op goed buite die persoonlikheid geleë nie. Bestaan daar enige rede waarom van 'n aparte reg op krediet naas die goeie naam sprake sal wees?" *Sed contra Klopper Mediareg* (1987) 262; *Klopper Die beskerming van kredietwaardigheid in die Suid-Afrikaanse reg* (LLD-proefskrif UOVS 1986) 236 ev.
- 8 Sien die uitspraak van Flemming R in *Kritzinger v Perskor* 1981 3 SA 373 (O) 385E: "4. Terwyl voorgaande nie afskilfering van die kredietreputasie as 'n afsonderlike regsgoed toon nie, is daar geen ander behoefte of regverdiging van die opsplitsing van die *fama* nie. Die eindvraag bly of die *fama* geskaad is."



aanleiding gee en indien daar vermoënskade gely is, sodanige skade indirek deur die genoegdoeningsbedrag wat ingevolge die *actio iniuriarum* beraam word, vergoed word.<sup>9</sup>

Die vraag ontstaan of hierdie juridiese sienings van kredietwaardigheid ooreenstem met die feitelike werklikheid. Ten einde die vraag te kan beantwoord, is dit nodig om oorsigtelik na die geskiedenis van die aanwending van krediet as 'n alternatiewe betalingsmetode tot kontantkope te verwys, daarna te bepaal wat krediet en kredietwaardigheid is en hoe dit funksioneer, en ten laaste vas te stel hoe kredietwaardigheid bepaal word.

## 2 GESKIEDKUNDIGE OORSIG VAN DIE ONTWIKKELING VAN DIE AANWENDING VAN KREDIET AS ALTERNATIEWE BETALINGSMETODE

### 2 1 Inleiding

Die aanwending van krediet as 'n alternatiewe betalingsmetode tot kontant is 'n relatief onlangse verskynsel maar die produk van eeuelange ontwikkeling. Hierdie ontwikkeling het 'n aanvang geneem met ruilhandel waar graan vir pelse en skape vir beeste geruil is en het uiteindelik uitgeloopt op die gesofistikeerde kredietgewingstelsels wat tans aan ons bekend is. Die rede vir die relatief onlangse aanvaarding van die idee dat gelewerde goedere met 'n belofte van geld wat in die toekoms verdien of verkry gaan word, betaal kan word, is geleë in die feit dat geld as betalingsmiddel nie in die vroeë handelspraktyk algemeen gebruik is nie en dat die idee van kredietverlening in die algemeen onbekend was en geen erkenning geniet het nie.<sup>10</sup>

In die ontwikkelingsgang van krediet kan daar tussen twee soorte krediet onderskei word, naamlik handelskrediet en verbruikerskrediet. Handelskrediet is daardie krediet wat deur handelaars aangewend word om voorraad te bekom en 'n omset te bewerkstellig, terwyl verbruikerskrediet hoofsaaklik aangewend word deur 'n verbruiker om sy lewenstandaard te verhoog.

### 2 2 Handelskrediet

Met die aanvaarding van geld as betaalmiddel, het struikrowery veroorsaak dat dit gevaarlik was om groot somme geld van plek tot plek te vervoer. Die gebruik het derhalwe ontstaan dat die betaling vir goedere uitgestel is tot 'n latere tyd-stip as die lewering daarvan.<sup>11</sup>

9 Sien *Suttonmere v Hills* 1982 2 SA 74 (N) 79; *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O) 385E; *Conroy v Bennett* 1886 HCG 201; *Coomer v Moorosi* 1936 EDL 233; *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 761 (T) en veral die sake oor die ongeregverdigde ontering van tjeks deur 'n bank: sien veral *Freeman v Standard Bank* 1905 TH 26 34; *Barclays Bank v Giles* 1931 TPD 31 35; *Van Aswegen v Volkskas Bank* 1960 3 SA 81 (T) 88, en in 'n mindere mate *Goldsmith v Bank of Africa* 1882 1 HCG 53; *Leon Bank v Natal* 1889 NLR 276; *Witbank Coal Agency v Barclays Bank* 1927 TPD 18; *Klopper v Volkskas* 1963 2 SA 421 (T); *Trust Bank v Marques* 1968 2 SA 421 (T). Sien oor die algemeen oor die geregverdigtheid van hierdie opvattinge van kredietwaardigheid, *Klopper Kredietwaardigheid* 236 ev.

10 Edwards *Credit management handbook* (1976) 4; National Association of Credit Management *Credit management handbook* (1965) 1.

11 *Ibid.*

Kredietgewing in primitiewe vorm kom reeds in 1300 vC onder die Assiriërs en Babiloniërs voor en word ook later deur die Romeine aanvaar.<sup>12</sup> Gevalle van afbetalingskope het ook in die tyd van die Farao's voorgekom<sup>13</sup> terwyl ver wysings na die bestaan van kredietverlening ook in die Bybel aangetref word.<sup>14</sup> Uit hierdie voorkomste van die gebruik van krediet kan egter nie afgelei word dat kredietgewing en die gebruik van krediet in daardie tye 'n algemene ver skynsel was nie, maar minstens is dit 'n aanduiding dat krediet nie totaal onbekend was nie.

Die eerste werklike en betekenisvolle gebruik van krediet het gedurende die Middeleeue ontstaan. Daar is sterk getuienis dat vanaf ongeveer die twaalfde eeu van ingewikkelde krediettransaksies gebruik gemaak is. In hierdie tyd is handelstransaksies meestal deur handelstentoonstellings bewerkstellig. Handelaars het gewoonlik van die een tentoonstelling na die ander beweeg en gaandeweg 'n stel kredietverstandhoudings opgebou. Uiteindelik het van die handelaars permanente verteenwoordigers by tentoonstellings aangestel en deur gebruikmaking van die *cambium*-kontrak het ondernemings ontstaan wat tot 'n groot hoogte slegs op kredietgewing gegrond was.<sup>15</sup>

Voorbeelde van kredietgewing word in die Engelse geskiedenis aangetref. Vanaf ongeveer die dertiende eeu word krediet gebruik vir die verkryging van wyn, koring, leer, materiaal en wol. Vlaamse en later Italiaanse handelaars het dikwels voorskotte van geld aan kloosters en ander wolboere gegee op sterkte van skeersels wat in die volgende seisoen of later gelewer sou word.<sup>16</sup>

Die gebruikmaking van krediet is verder bevorder deur die ontwikkeling van die verhandelbare dokument deur die Italiaanse stadstate in die veertiende eeu om voorsiening te maak vir ingewikkelder skuldeiser- en skuldenaarverhoudings. Die verhandelbare dokument van hierdie era moes deur goud- of silwermuntstukke gerugsteun word en die idee dat die waarde van die dokument meer kan wees as die muntstukke wat dit rugsteun, het eers aan die einde van die sewentiende eeu posgevat.

Die Industriële Rewolusie het 'n aansienlike toename in die gebruikmaking van krediet as alternatiewe betalingsmiddel tot gevolg gehad deurdat dit groot ontwikkeling in die geld- en bankwese veroorsaak het.<sup>17</sup>

Die ontstaan van gedesentraliseerde distriksbanke in die agtiende en negentiende eeu wat geld aan plaaslike nyweraars voorgeskiet het, het 'n algemene aanvaarding van hierdie betalingsmetode tot gevolg gehad sodat die uitbreiding van industrieë grootliks deur die bemiddeling van kredietgewing moontlik gemaak is.<sup>18</sup> Benewens die rol van die banke, was die koste van krediet ook relatief laag en lang terugbetalingstermyne is as die norm aanvaar.<sup>19</sup>

12 *Ibid.*; sien ook Klopper *Kredietwaardigheid* 7-8.

13 *Ibid.*

14 Spr 22:26.

15 Edwards *op cit* 6.

16 *Ibid.*; sien ook Klopper *Kredietwaardigheid* 8-9.

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*

### 2 3 Verbruikerskrediet

In teenstelling met die geleidelike ontwikkeling van handelskrediet oor 'n lang tydperk, is verbruikerskrediet 'n betreklik onlangse verskynsel wat eers in die negentiende eeu beslag gekry het. Die bevoorregte gedeelte van die bevolking het wel toegang tot krediet gehad, maar die massa het voor die aanbreek van die negentiende eeu geen of weinig koopkrag gehad sodat daar geen sprake was van die gebruik van krediet deur die algemene bevolking nie.<sup>20</sup>

'n Agtiende-eeuse uitsondering op hierdie algemene verskynsel was die sogenaamde "tally trade". Hierdie soort handel het ingehou dat reisende handelaars hoofsaaklik materiaal verskaf het teen 'n onderneming van die koper om klein maar gereelde betalings in die toekoms te maak.<sup>21</sup> Met die uitbreiding van die kleinhandel verdwyn hierdie verskynsel. In die negentiende eeu verkry die gewone arbeider toegang tot krediet deur die bemiddeling van kleinhandelswinkels, werkskantene, geldskieters en pandjieswinkels. Gaandeweg het lone en lewensstandaarde toegeneem, is massaproduksietegnieke verbeter en in die Viktoriaanse era het daar 'n ongekende aanvraag na verbruikerskrediet ontstaan.<sup>22</sup> Dit is dan ook in hierdie tyd dat die eerste huurkooptransaksies deur die Singer naaimasjienmaatskappy beklink word. Hierdie soort finansiering en ook ander vorme van kredietgewing word gaandeweg al hoe meer gebruik om die aanvraag na huishoudelike en verbruikersgoedere te bevredig en het met die koms van die motor sy hoogtepunt bereik. Aanvanklik was die beleid van finansiers om korttermynkrediet aan individue slegs op sterkte van tasbare sekuriteit te verleen maar in die 1950's word die beginsel aanvaar dat krediet verleen kan word teen die sekuriteit van 'n vaste en gereelde salarisinkomste; hierdie ekonomiese beginsel het in die 1960's en 1970's heeltemal gevestig geraak.<sup>23</sup> Sedertdien speel verbruikerskrediet 'n beduidende rol in enige lands-ekonomie.<sup>24</sup>

## 3 OMSKRYWING VAN KREDIET EN KREDIETWAARDIGHEID IN DIE PRE-JURIDIESE TERREIN

### 3 1 Verskeie omskrywings moontlik

Krediet en kredietwaardigheid kan op verskeie wyses omskryf word afhangende van die perspektief wat aangewend word vir die bepaling van die wesenselemente van en noodsaaklike vereistes vir so 'n omskrywing.

Ten einde 'n omskrywing van kredietwaardigheid te kan formuleer, is dit nodig om eers te bepaal wat presies met krediet bedoel word. Hieruit kan die omskrywing van kredietwaardigheid dan afgelei word.

20 *Idem* 7; sien ook Klopper *Kredietwaardigheid* 9-10.

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*

24 In 1978 was die totale afbetalingskuld, insluitende verbandafbetalings, as 'n persentasie van die nasionale produk uitgedruk, soos volg: VSA 13,0%; Wes-Duitsland 7,6%; Oostenryk 7,2%; België 4,9%; Nederland 3,9%; Verenigde Koninkryk 3,1%; Switserland 1,7% en Frankryk 1,0%. Die syfer vir Suid-Afrika is iewers tussen dié van die Europese lande en die VSA: sien Ball "Financial credit" April 1981 *The Credit Manager* 7 ev.



## 3 2 Die begrip “krediet”

### 3 2 1 Omskrywings

*Algemene omskrywings* Krediet is al op verskeie wyses deur verskillende skrywers omskryf. Die meeste omskrywings word egter aan die hand van óf *beskrywings* van krediet, óf die *funksie* van krediet gedoen. 'n Omskrywing wat na die ekonomiese rol van krediet verwys, beskou krediet as 'n blote “medium of exchange of limited acceptance”.<sup>25</sup> Ander omskryf dit as “the power or ability to secure goods or services in exchange for a promise to pay for them later”.<sup>26</sup> 'n Algemener beskouing van krediet is dat dit

“the measure of the ability of an individual or business enterprise or government to obtain present values (money, goods or services) while deferring payment, usually in the form of money, to a definite future time”

is.<sup>27</sup>

*Ander omskrywings* Daar is ander omskrywings wat sekere eienskappe van krediet te voorskyn laat tree, naamlik dat krediet een van die volgende is:

- Die vertroue van die kredietgewer in die kredietontvanger se wil en vermoë om te betaal.<sup>28</sup>
- Die persoonlike reputasie van die kredietontvanger wat daartoe aanleiding gee dat hy goedere, geld en dienste kan verkry op sterkte van 'n belofte om in die toekoms daarvoor te betaal.<sup>29</sup>
- Die vermoë om in die hede rykdom te bekom op sterkte van 'n belofte om in die toekoms te betaal.<sup>30</sup>
- Die vermoë om geldelike waarde te ontvang in die vertroue dat die ontvanger in die toekoms bereid en in staat sal wees om daarvoor te betaal.<sup>31</sup>

### 3 2 2 Eienskappe van krediet

Indien hierdie omskrywings ontleed word, tree een gemeenskaplike eienskap na vore, naamlik dat die gee van krediet die vertroue veronderstel wat tussen die kredietgewer en die kredietontvanger moet bestaan. Trouens, die woord *krediet* is afkomstig van die Latynse begrip *credere* wat “om te vertrou” beteken. Dit is dus duidelik dat hierdie veronderstelde vertroue onderliggend aan elke kredietverhouding is en dat krediet nie daarsonder kan funksioneer nie.<sup>32</sup>

Ander eienskappe wat van belang is, is die volgende:

(a) Die siening van krediet verskil na gelang van die hoek waaruit dit beskou word. Vir die kredietgewer is die gee van krediet ten nouste gekoppel aan sy vertroue in die kredietontvanger se wil en vermoë om te betaal. Vir die

25 Cole *Consumer and commercial credit management* (1980) 5; sien ook *Credit management handbook op cit 6*; Beckman en Bartels *Credits and collections in theory and practice* (1955) 3; Ettinger en Golieb *Credits and collections* (1964) 2; Edwards *op cit 3*; Chapin en Hasset *Credit and collection principles and practice* (1960) 3; Dun en Bradstreet *Credits and collections* (1974) 1.

26 Sien Cole *op cit 5*.

27 Chapin en Hasset *op cit 4*.

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

31 *Ibid.*

32 *Idem 5*.

kredietontvanger gaan dit om die bevrediging van 'n behoefte deur die verwekking van die vertrouwe by die kredietgewer dat eersgenoemde die wil en vermoë het om in die toekoms vir reeds gelewerde dienste of goedere of reeds ontvangde geld te betaal.

(b) Hierdie vertrouenskepping steun op twee grondbeginsels, naamlik die *wil* en *vermoë* van die kredietontvanger om te betaal.

(c) Vir die kredietgewer is die bepaling van sy risiko dat die kredietontvanger (moontlik) nie sal betaal nie, van die uiterste belang, terwyl die kredietontvanger slegs in die voordeel wat hy kan ontvang, belangstel.<sup>33</sup>

### 3 2 3 Die konstruksie van kredietgewingstransaksies

In die gewone spreektaal word gewoonlik gesê dat die kredietgewer krediet toestaan. Die ware konstruksie van die verlening van krediet is egter dat die kredietontvanger sy krediet aanbied en dat die kredietgewer dit aanvaar of van die hand wys.<sup>34</sup>

### 3 2 4 Krediet en die oorsprong van kredietwaardigheid

Die konstruksie van kredietgewing laat die vraag ontstaan of die bestaan van kredietwaardigheid 'n eienskap is wat deur 'n kredietgewer aan die kredietontvanger toegewys word, en of dit 'n erkenning deur die kredietgewer is van 'n eienskap of hoedanigheid wat reeds deur die kredietontvanger besit word. Indien die omskrywings van krediet in gedagte gehou word asook die feit dat die kredietontvanger sy krediet aanbied, is krediet *nie* 'n eienskap wat deur die kredietgewer aan die kredietontvanger toegeken word nie omdat krediet nie deur die kredietgewer toegestaan word nie, maar die kredietontvanger sy krediet aanbied en die kredietgewer dit aanvaar.<sup>35</sup> Verder is geen persoon in die reël kredietwaardig nie voordat hy reeds van krediet gebruik gemaak het en alle kredietgewers wat reeds aan hom krediet verleen het, die geleentheid gehad het om 'n oordeel oor sy kredietwaardigheid te vorm.<sup>36</sup>

### 3 2 5 'n Omskrywing van krediet

Krediet kan in die lig van die voorgaande soos volg omskryf word:

- (a) Dit is 'n alternatiewe betalingsmetode tot kontant;
- (b) dit is gegrond op die verwekking van vertrouwe deur die kredietontvanger by die kredietgewer;
- (c) hierdie vertrouwe van die kredietgewer is weer gegrond op die wil en die vermoë van die kredietontvanger om te kan betaal;
- (d) kredietwaardigheid volg uit die verlening en gebruik van krediet en is nie 'n eienskap wat inherent aan elke persoon is nie;
- (e) krediet word aangebied deur die kredietontvanger en deur die kredietgewer aanvaar;

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*

35 Sien Chapin en Hasset *op cit* 4; Cole *op cit* 5.

36 *Ibid.*

(f) die aanvaarding of verwerping van die krediet van die kredietontvanger is gewoonlik die gevolg van die oordeel van die kredietgewer of die kredietontvanger se krediet bevredigend is al dan nie.

### 3 3 Omskrywing van kredietwaardigheid

#### 3 3 1 Bespreking

Die toestaan van krediet word op een belangrike en allesbepalende beginsel beslis, naamlik die vertroue wat 'n kredietontvanger by die kredietgewer verwek in die kredietontvanger se *wil* en *vermoë* om sy geldelike verpligtinge jeens die kredietgewer in die toekoms na te kom. Vanuit 'n begripsoogpunt verskil krediet en kredietwaardigheid van mekaar in die opsig dat krediet meerendeels dui op die uitstel van die betaling terwyl kredietwaardigheid die vergestaltung van die vertroue onderliggend aan krediet is.

So gesien, kan kredietwaardigheid in die algemeen beskou word as die hoedanigheid of potensiaal wat 'n persoon het om te bewerkstellig dat hy in die toekoms vir reeds gelewerde waarde betaal deur die verwekking van vertroue by kredietgewers in sy wil en vermoë om sy geldelike verpligtinge in die toekoms na te kom. Die verwesenliking van hierdie potensiaal of hoedanigheid is direk afhanklik van die mate waarin die kredietontvanger die nodige vertroue by potensiële kredietgewers kan skep. Hierdie vertroue het as objek die elemente wat hierbo aangedui is, naamlik dat die kredietontvanger die *wil* en die *vermoë* het om te betaal. Kredietwaardigheid is juis in hierdie vertroue geleë en word meesal gegrond op die wyse waarop 'n persoon in die verlede krediet hanteer het. Getroue en bestendige nakoming van kredietverpligtinge getemper deur 'n persoon se wil en vermoë om sy toekomstige verpligtinge na te kom, is bepalend van die mate waarin 'n persoon as kredietwaardig beskou word.<sup>37</sup> Dit is weer allereers afhanklik van die feit of die kredietgewer gewillig is om die krediet van die kredietontvanger te aanvaar.<sup>38</sup>

#### 3 3 2 Omskrywing

Kredietwaardigheid kan in die lig van die voorgaande soos volg omskryf word:

Kredietwaardigheid is die eienskap, hoedanigheid of vermoë wat 'n persoon verwerf of bekom om vertroue by 'n kredietgewer te skep om sy krediet te aanvaar, welke vertroue gegrond word op so 'n persoon se wil en vermoë of potensiaal om in die toekoms te betaal en word geskep of daargestel deur 'n persoon se aktiewe en bevredigende gebruikmaking van krediet in die verlede.

## 4 DIE NUT EN BELANGRIKHEID VAN KREDIETWAARDIGHEID

### 4 1 Inleiding

Ten einde te bepaal of die regsopvatting van kredietwaardigheid met dié van die werklikheid strook, is dit verder nodig om te bepaal wat die nut en belangrikheid van kredietwaardigheid vir 'n persoon is en welke rol dit in die ekonomiese bestel van 'n land speel.

37 Cole op cit 11 ev; *Credit management handbook* op cit 6 ev; Dun en Bradstreet op cit 4; Ettinger en Golieb op cit 18 ev.

38 Die kredietgewer kan dalk slegs kontanttransaksies aangaan en geen krediet van welke aard ook al aanvaar nie.



## 4 2 Die rol van kredietwaardigheid in die ekonomie

Kredietwaardigheid is 'n belangrike skakel in die ketting van omset-en winskepping. Die eerste skakel van hierdie ketting is die verbruiker met sy behoeftes wat hy met die gebruikmaking van krediet bevredig. Gesien vanuit die oogpunt van die kleinhandelaar, verruil hy goedere en dienste vir krediet en is die kleinhandelaar dan die verlener (ontvanger) van verbruikerskrediet. Die tweede skakel is die kleinhandelaar wat sy kredietwaardigheid aanwend om voorraad en werkskapitaal aan te vul en word hy weer op sy beurt die gebruiker van handelskrediet. Die vervaardiger wat die groothandelaar voorsien, maak insgelyks van handelskrediet gebruik om sy bedrywighede te finansier. Uit hierdie verloop blyk duidelik dat krediet en kredietwaardigheid 'n integreerende deel van die ekonomiese opset is wat die moontlikheid vir die handelaar en vervaardiger skep om vreemde of geleende geld in 'n wins te omskep en tegelyk ook die geld wat geleen is, terug te betaal.

## 4 3 Kredietwaardigheid en die individu

'n Individu gebruik krediet gewoonlik om een van drie redes, naamlik om sy lewenstandaard of lewensgenieting te verhoog, omdat dit gerieflik is en omdat hy in 'n geldelike drukgang verkeer.<sup>39</sup>

*Verhoging van lewenstandaard* Menslike natuur veroorsaak dat daar by elke mens die begeerte is om sy of haar lewenstandaard te verhoog en om meer genot uit die lewe te put deur meer goedere te bekom wat hierdie begeertes bevredig. Sy kredietwaardigheid en krediet skep die moontlikheid om goedere en dienste met 'n hoë eenheidswaarde (soos 'n huis of 'n motor) onmiddellik te bekom en te geniet sonder om eers oor 'n lang tydperk vooraf vir die koopprys van die betrokke artikel te spaar.<sup>40</sup>

*Geriefsoorwegings* Krediet is geriefliker omdat dit nie nodig is om groot somme geld rond te dra nie.<sup>41</sup>

*Gebeurlikhede* Gebeurtenisse soos geboortes, sterftes, siektes en ander onvoorziene gebeurtenisse met geldelike implikasies het tot gevolg dat 'n individu groot somme geld benodig wat nie deur sy normale begroting of spaargeld gedek kan word nie. In hierdie omstandighede bied krediet vir hom uitkoms.<sup>42</sup>

## 4 4 Kredietwaardigheid en die handelaar

Vir die handelaar is die instandhouding van sy kredietwaardigheid om drie redes belangrik. Eerstens stel dit hom in staat om meer goedere en dienste aan sy klante te kan verkoop deur sy klante toe te laat om goedere en dienste vir krediet te verruil om daardeur sy omset te verhoog. Dit het op sy beurt tot gevolg dat die klandisiewaarde van sy onderneming uitgebrei word. Tweedens stel krediet 'n kleinhandelaar in staat om sodanige kredietvoorwaardes te beding dat hy goedere kan verkoop waarvoor hy self eers op 'n latere tydstep hoef te betaal.

39 Cole *op cit* 19 ev.

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

Derdens skep die moontlikheid om geld by banke te leen die geleentheid vir 'n handelaar om sy besigheid ten dele te finansier, te vergroot en uit te brei.<sup>43</sup>

#### 4 5 Kredietwaardigheid en die vervaardiger

Kredietwaardigheid speel 'n belangrike rol in die verhoging van die omset van die vervaardiger terwyl die vervaardiger self van handelskrediet afhanklik is om sy bedrywighede te finansier.

#### 4 6 Die praktiese belangrikheid van kredietwaardigheid

*Vir die ondernemer* Kredietwaardigheid en die belangrikheid daarvan kan aangedui word deur te verwys na die gedeelte van geleende kapitaal wat deur die vervaardigingssektor gebruik word om hulle bedrywighede te finansier. In 1978 was die totale langtermynskuld as 'n persentasie van die interne eienaarsbelang van Suid-Afrikaanse vervaardigingsmaatskappye 83,5%, die korttermynskuld 72,2% en die wins wat deur die aanwending van krediet voor rente en belasting bewerkstellig is 5,6%.<sup>44</sup> Indien so 'n maatskappy se kredietwaardigheid aangetas word, beteken dit in effek dat hy mettertyd 'n beduidende deel van sy werkskapitaalvermoë sal ontbeer wat op die lang duur sy omset en bestaansvooruitsigte sal benadeel.

*Vir die individu* Die individu wend nie krediet en sy kredietwaardigheid in die eerste plek aan om 'n wins te skep nie, maar om sy lewenstandaard en lewensgenieting te verhoog. Indien hy sy kredietwaardigheid wel inspan om wins te skep, sal hy natuurlik krediet en kredietwaardigheid van dieselfde waarde ag as 'n handelaar of vervaardiger.

#### 4 7 Samevatting

Uit die voorgaande is dit duidelik dat krediet en kredietwaardigheid 'n onmisbare rol in die handelswêreld speel en dat kredietwaardigheid die bestaan en voortsetting van ondernemings moontlik maak. 'n Ontneming van die kredietwaardigheid van 'n handelaar of onderneming kan ernstige gevolge hê vir die winsgewendheid van 'n onderneming en kan selfs veroorsaak dat so 'n onderneming ten gronde gaan; dit strek veel verder as die blote aantasting van 'n regsobjek se aansien in die gemeenskap.

## 5 DIE BEPALING VAN KREDIETWAARDIGHEID

### 5 1 Inleiding

Reeds uit die omskrywing van kredietwaardigheid as 'n pre-juridiese verskynsel is dit duidelik dat daar 'n grondliggende verskil tussen die regsbeskouing van kredietwaardigheid en kredietwaardigheid as feitlike verskynsel bestaan. Ten einde hierdie verskil verder te beklemtoon, sal dit van nut wees om vas te stel welke faktore in die praktyk in ag geneem word by die bepaling of 'n persoon kredietwaardig is al dan nie.

Die eienskap of hoedanigheid van kredietwaardigheid word aan 'n persoon toegereken op grond van kredietinligting wat oor daardie persoon deur die

<sup>43</sup> *Idem* 20.

<sup>44</sup> Ball *op cit* 8.

kredietgewer ingewin word. Op grond hiervan word 'n waardebeplating gemaak van die kredietontvanger se wil en vermoë om sy geldelike verpligtinge na te kom. Hierdie inligting dek die volgende: die betalingsrekord, inkomste, werk, woonplek, huwelikstatus, kredietreputasie (verwysings van ander kredietgewers), reserwebates van die kredietontvanger en sy finansiële belang in die bate wat hy met krediet wil aankoop. Al hierdie inligting het uitsluitlik ten doel om die wil en vermoë van die kredietontvanger om te betaal, te peil.<sup>45</sup>

## 5 2 Die afsonderlike kredietwaardigheidsfaktore

(a) *Die betalingsrekord* Baie kredietgewers beskou die betalingsrekord as die belangrikste faktor. Hierdie rekord toon sowel die wyse van betaling as die gedrag van die kredietontvanger ten aansien van die gebruik van verleende krediet aan. Dit is 'n goeie aanduiding van hoe 'n persoon moontlik krediet in die toekoms sal hanteer.<sup>46</sup>

(b) *Inkomste* Omdat krediet uit inkomste terugbetaal moet word, is 'n ondersoek na die inkomste van die kredietontvanger van wesenlike belang. Die bedrag, gereeldheid van ontvangs en die waarskynlike bestendigheid daarvan, word vasgestel. Benewens die inkomste word ook gekyk na die lopende verpligtinge wat uit die inkomste bekostig moet word.<sup>47</sup>

(c) *Diensrekord* Omdat die kredietontvanger soms net sy salaris as bron van terugbetaling het, word die diensrekord saam met die salaris ondersoek. Die inligting wat gewoonlik verlang word, is die naam van die werkgewer, die soort onderneming, die rang, dienstydsperk en die tipe werk wat die kredietontvanger doen.<sup>48</sup>

(d) *Woonplek* Besonderhede van woonplek word gebruik om die identiteit van die kredietontvanger te kontroleer. Daarbenewens skep hierdie besonderhede die moontlikheid dat verdere navrae oor die wyse waarop die kredietontvanger sy verband- of huurbetalings hanteer, gedoen kan word.

(e) *Huwelikstatus* Huwelikstatus het gewoonlik niks met 'n persoon se kredietwaardigheid te doen nie, maar is wel van belang om te bepaal of so 'n persoon regsgeldig kan kontrakteer.<sup>49</sup>

(f) *Ouderdom* Indien die kredietontvanger jonk is, sal vasgestel word of hy handelingsbevoeg is. In die meerderheid gevalle speel ouderdom nie 'n baie belangrike rol nie, maar spesiale aandag word aan baie jong en baie ou kredietontvangers gegee omdat hierdie persone se vermoë om te kan betaal, gewoonlik beperk is.<sup>50</sup>

45 Maw gaan die ondersoek om te bepaal of 'n persoon kredietwaardig is al dan nie. Sien Chapin en Hasset *op cit* 47; Cole *op cit* 239; Ettinger en Golieb *op cit* 85; Dun en Bradstreet *op cit* 72; Edwards *op cit* 61.

46 Sien Chapin en Hasset *op cit* 47; Cole *op cit* 239; Ettinger en Golieb *op cit* 85; Dun en Bradstreet *op cit* 72; Edwards *op cit* 61.

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*

49 Sien a 15(4) 15(5) 15(2)(f) 15(2)(g) 15(2)(h) 15(3)(c) en 15(8) van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984, asook *Pretorius v Pretorius* 1948 1 SA 520 (A) en *Nel v Cockcroft* 1972 3 SA 592 (T).

50 Cole *op cit* 247. In Amerika mag die ouderdom van 'n persoon ingevolge die Equal Credit Opportunity Act, 1975 nie so aangewend word dat dit 'n persoon se kans op die verkryging van krediet benadeel nie.



(g) *Verwysings (kredietreputasie)* Inligting ten opsigte van die kredietontvanger se gebruik van krediet in die verlede word ingewin. Hierdie inligting word aangewend in 'n poging om op grond van die huidige beskikbare feite 'n peiling te maak oor die wil van die kredietontvanger om in die toekoms te betaal. Dit is in 'n mate 'n weerspieëling van die kredietontvanger se karaktereienskappe. Die karaktereienskappe wat hier ter sprake is, moet egter nie verwar word met die persoonlikheidsregtelike belange *fama* en *dignitas* nie. Die karaktereienskappe wat hier beoordeel word, is daardie eienskappe wat uit die nagaan van die betalingsrekord en navrae by ander kredietgewers na vore tree. Dit handel dus suiwer oor die persoon se *kredietreputasie* of *-aansien*, dit wil sê hoe hy krediet in die verlede hanteer het. Dit weerspieël die waarskynlikheid van hoe hy krediet in die toekoms sal hanteer.<sup>51</sup>

(h) *Reserwebates* Met reserwebates word bedoel daardie bates wat vir beslaglegging en verkoping beskikbaar sal wees indien die kredietontvanger nie sy verpligtinge jeens die kredietgewer kan nakom nie. In die meerderheid gevalle is dit bykomende sekuriteit wat beide die kredietgewer en -ontvanger nie van plan is om vir die delging van die krediet te gebruik nie. Reserwebates is 'n belangrike faktor indien daar onsekerheid oor die bestendigheid van die kredietontvanger se inkomste bestaan.<sup>52</sup>

(i) *Finansiële belang in aangekoopte bate* Waar goedere op afbetalingskoop gekoop word, is die finansiële belang wat die kredietontvanger in daardie goedere het, 'n belangrike faktor. Dit dui op die markwaarde van die goedere wat op krediet gekoop word. Die markwaarde en die kredietontvanger se aandeel in die goedere beteken dat die kredietontvanger se aandeel in die goedere verkoop kan word om die uitstaande balans ten dele te delg. Hoe groter die aandeel van die kredietontvanger, hoe kleiner is die kans dat die kredietontvanger nie sy verpligtinge sal nakom nie omdat hy dan te veel het om te verloor as hy versuim om te betaal.<sup>53</sup>

## 6 DIE JURIDIESE BESKOUING VAN KREDIETWAARDIGHEID

### 6 1 Die skrywers

Van der Merwe en Olivier<sup>54</sup> onderskei nie kredietwaardigheid as 'n afsonderlike faset van die *fama* of as 'n moontlik selfstandige belang nie. Daar kan dus aanvaar word dat *fama* en kredietwaardigheid vir hulle een en dieselfde begrip is.

Strauss, Strydom en Van der Walt<sup>55</sup> toon aan dat bewerings wat te kenne gee dat 'n persoon insolvent is of in geldelike moeilikheid verkeer, lasterlik is

51 Indien die standaard krediet aansoekvorms nagegaan word wat in die handel gebruik word, blyk dit duidelik dat dit nie gaan oor die dunk wat ander persone in die gemeenskap van so 'n persoon het nie, maar meer bepaald wat kredietgewers en potensiele kredietgewers van hom dink. Die inligting wat in hierdie vorms aangevra word, is op so 'n bepaling van kredietreputasie gemik (sien Klopper *Kredietwaardigheid* 296 ev).

52 Cole *op cit* 249; Dun en Bradstreet *op cit* 37.

53 Cole *op cit* 249.

54 *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 394 waar hulle die benadering van Flemming R in *Kritzinger v Perskor supra* onderskryf en beaam dat die *fama* "veelkantig" is.

55 *Sien Mediareg* (1987) 261 ev.

en verwys dan na sake waar kredietwaardigheid ter sprake gekom het. Wat die beroepsfeer betref, deel hulle dit in as deel van die werfkring.

Joubert<sup>56</sup> is een van die weinige skrywers wat hom spesifiek oor kredietwaardigheid uitgespreek het. Hy stel sy standpunt soos volg:

“Aangaande hierdie bekende onderwerp (die reg op die goeie naam) wil ons slegs wys op die vermoënsregtelike gevolge wat veral, ofskoon slegs, in hierdie persoonlikheidsreg opgeslote kan lê, in die sin dat die goeie naam van die reghebbende sy kredietwaardigheid kan verhoog. Daarmee word ‘die reg op krediet’ nog nie ‘n vermoënsreg nie, want dit is geen reg op ‘n goed buite die persoonlikheid geleë nie. Bestaan daar enige rede waarom van ‘n aparte reg op die krediet naas die reg op die goeie naam sprake sal wees? ‘Krediet’ is geen selfstandige regsgoed naas die goeie naam nie.”

Neethling<sup>57</sup> volg oënskynlik die benadering van Joubert na terwyl McKerron<sup>58</sup> geen omskrywing vir kredietwaardigheid aanbied nie.

Bliss<sup>59</sup> onderskei “kredieteer” as ‘n afsonderlike sy van die eer. Volgens hom is die geskonde regsbelang na aanleiding van *Carelse v Van der Schyff*<sup>60</sup> ‘n persoon se “financial stability”. Onder die kredieteer verstaan Bliss die “sol-waabiliteit” van ‘n natuurlike of regspersoon.<sup>61</sup> Hy verduidelik egter nie wat presies met hierdie begrippe bedoel word nie en sy begrip van die *fama* is monolities van aard.<sup>62</sup>

Bekker<sup>63</sup> omskryf kredietwaardigheid aan die hand van ‘n aantal bronne<sup>64</sup> en kom tot die gevolgtrekking dat

“kredietwaardigheid in sy gewone betekenis betrekking het op die reputasie in geldsake: meer spesifiek, die vertroue wat andere het in ‘n persoon om sy geldelike verpligtings na te kom en sy gewilligheid om dit wel na te kom”.

Desnieteenstaande hierdie omskrywing wat in wese al die elemente van kredietwaardigheid bevat, is Bekker se begrip van kredietwaardigheid ook monolities in die sin dat kredietwaardigheid en *fama* as dieselfde begrip beskou word.<sup>65</sup>

Visser<sup>66</sup> is van mening dat kredietwaardigheid die vermoënsregtelike bestanddeel van die *fama* is:

“Na my mening was daar nie in hierdie saak sprake van ‘n *iniuria* of nie-vermoënskade nie, maar wel van ‘n nalatige aantasting van die reg op *fama* wat tot (moeilik berekenbare) vermoënskade aanleiding gegee het. Die *actio legis Aquiliae* was gevolglik die toepaslike aksie en dit was nie vir die hof nodig om gefingerde opset te konstrueer ten einde aan die eiser ‘n eisoorzaak ingevolge die beginsels van die *actio iniuriarum* te bied nie.”

Vir De Villiers<sup>67</sup> is *credit* en *business reputation* sinonieme, terwyl reputasie slegs ‘n “ethical interest” is.<sup>68</sup>

56 *Op cit* 134.

57 *Persoonlikheidsreg* (1985) 136 166; vgl nietemin *idem* (1991) 29 190.

58 *The law of delict* (1971) 173.

59 *Belediging in die Suid-Afrikaanse reg* (1933) 187 vn 2.

60 1928 CPD 94.

61 Bliss *op cit* 182 vn 2.

62 *Ibid.*

63 *Op cit* 82 ev.

64 *Stroud's legal dictionary; Shorter Oxford dictionary* en Schonees *Verklarende handwoordeboek van die Afrikaanse taal*.

65 *Op cit* 86 87.

66 1982 *THRHR* 172; sien ook Parsons 1971 *THRHR* 192; McKerron *op cit* 170 171.

67 *Op cit* 25 93 156 235; 1931 *SALJ* 200.

68 *Ibid.*

Die *communis opinio* van skrywers is dus dat kredietwaardigheid en die persoonlikheidsregtelike *fama* een en dieselfde belang is. Wanneer die kredietwaardigheid aangetas word en daar vermoënsregtelike gevolge uit die aantasting vloeï, moet sodanige vermoënskade met die *actio legis Aquiliae* gevorder word.<sup>69</sup>

## 6 2 Regspraak

### 6 2 1 Laster en kredietwaardigheid

Lastereise wat uit die aantasting van die kredietwaardigheid van 'n persoon ontstaan het, het al dikwels in die verlede voorgekom.<sup>70</sup>

In *Conroy v Bennet*<sup>71</sup> word die reputasie van die eiser as die beskermede belang uitgeken en beskerm deur die vertolking van die betrokke bewering as synde 'n *innuendo* dat die eiser insolvent was en nie sy skulde kan betaal nie of dat hy oneerlik was.<sup>72</sup> In die *Pickard*-saak<sup>73</sup> word daar oënskynlik 'n onderskeid gemaak tussen "credit" en "reputation":

"The plaintiff seeks to recover damages from the defendants by reason of a false and injurious statement contained in the paper reflecting upon the credit of the plaintiff as a trader . . . I am of the opinion, upon the authorities which have been cited, that when a trader's credit is affected by a false statement of the nature in question, he is entitled by the jury to general damages, and in the absence of proof of special damages, the plaintiff is entitled to some damages."<sup>74</sup>

In die *Haine*-saak<sup>75</sup> word die bewering dat 'n persoon nie sy skuld kan betaal nie as 'n inbreukmaking op sy "business reputation" beskou.<sup>76</sup> In die *Van Vliet*-saak<sup>77</sup> is 'n lastereis gegrond op die feit dat 'n vonnis wat teen die eiser geneem is, 'n aanduiding is van die feit dat die eiser nie sy skuld betaal sonder dat daar van geregtelike stappe gebruik gemaak is nie. 'n Bewering dat 'n persoon insolvent is, kan aanleiding gee tot 'n lastereis afhange van die omstandighede en die woorde waarin die bewering van insolvensie ingeklee is. So 'n bewering bring gewoonlik die aantasting van die *fama* mee alhoewel dit ook op skuldenaar/skuldeiser-verhoudings kan sinspeel.<sup>78</sup>

69 Sien Van der Merwe en Olivier *op cit* 394 ev; Strauss, Strydom en Van der Walt *op cit* 261; Amerasinghe *Aspects of the actio iniuriarum in Roman-Dutch law* (1968) 534; Ranchod *Foundations of the South African law of defamation* (1972) 160; Burchell *The law of defamation in South Africa* (1985) 145; Parsons 1951 *THRHR* 192; Boberg 1960 *SALJ* 415; Van der Vyver 1967 *THRHR* 15.

70 Sien oa *Piering v Bridger* 1884 CLJ 289; *Conroy v Bennett* 1886 HCG 201; *Pickard v SA Trade Protection Society* 1905 SC 89; *Coomer v Moorosi* 1936 EDL 233; *Haine v Nederlandsche Bank* 1924 WLD 139; *Van Vliet's Collection Agency v Schreuder* 1939 TPD 265; *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 760 (T); *Kritzinger v Perskor supra* vn 2 en *Suttonmere v Hills supra* vn 1.

71 *Supra* vn 70.

72 *Idem* 204.

73 *Supra* vn 70.

74 *Idem* 92.

75 *Supra* vn 70.

76 *Ibid.*

77 *Supra* vn 70.

78 Sien *Borkum v Cline* 1959 2 SA 670 (N); *Channing v SA Financial Gazette* 1966 3 SA 470 (W).



### 6 2 2 Ongeoorloofde ontoring van tjeks

Die kredietwaardigheid van 'n persoon word ook deur die ongeoorloofde weiering van sy tjeks deur 'n bank aangetas en verskeie sake wat onder hierdie soort aantasting van kredietwaardigheid tuisgebring kan word, het al voorgekom.<sup>79</sup> Die uitwerking van al hierdie sake is dat die kredietwaardigheid van 'n persoon met sy *fama* vereenselwig word ondanks die vereiste dat die lasterlike bewering (naamlik dat sy tjek oonteer is) ten opsigte van veral 'n handelaar geuiter moet word, voordat daar met so 'n aksie redelike kans op sukses sal wees.<sup>80</sup> Tog word in *Barclays Bank v Giles*<sup>81</sup> ingesien dat kredietwaardigheid 'n afsonderlike, maar onuitgekende belang is.<sup>82</sup> In *Trust Bank v Marques*<sup>83</sup> word kredietwaardigheid as 'n vermoënsbelang beskou.<sup>84</sup>

### 6 3 'n Juridiese omskrywing van kredietwaardigheid

In die lig van die voorafgaande menings en sake wat handel oor kredietwaardigheid of lasterlike bewerings wat in der waarheid die kredietwaardigheid geskaad het, kan die volgende juridiese omskrywing<sup>85</sup> vir kredietwaardigheid geformuleer word:

Kredietwaardigheid is daardie faset van die *fama* wat, wanneer daarop inbreuk gemaak word, hoofsaaklik maar nie uitsluitlik nie, aanleiding gee tot moeilik berekenbare vermoënskade.

## 7 GEVOLGTREKKING

Uit 'n ondersoek na die funksionering van krediet en kredietwaardigheid in die pre-juridiese terrein, is dit duidelik dat die teenswoordige regsbeskouing van kredietwaardigheid, naamlik dat dit bloot die *fama* of 'n aspek daarvan uitmaak, 'n oorvereenvoudiging van die ware toedrag van sake is. As die regsbeskouing van kredietwaardigheid logies en konsekwent toegepas moet word, beteken dit dat alle mense van geboorte af oor 'n *fama* beskik<sup>86</sup> en daarom ook

79 Vgl oa *Haine v Nederlandsche Bank supra*; *Witbank Coal Agency v Barclays Bank supra*; *Barclays Bank v Giles* 1930 TPD 31; *Van Aswegen v Volkskas* 1960 3 SA 81 (T); *Leon v Natal Bank* 1889 NLR 276; *Freeman v Standard Bank* 1904 TS 26; *Goldsmith v Bank of Africa* 1882 1 HCG 53; *Hodges v Standard Bank* 1916 TPD 91; *Trust Bank v Marques* 1968 2 SA 796 (T).

80 *Ibid.*

81 *Supra* vn 79.

82 Sien 18 34 36 en 37 waar die hof die volgende stelling maak: "The second question to be considered is whether the defendant is entitled to general damages *for injury done to his credit*. In my view whenever it can be established that the occupation of a person is such that credit is an essential element in the conduct of his business, a bank who injures *his credit* by refusing to honour cheques when funds are available, would be liable in damages without proof of actual loss" (my kursivering).

83 *Supra* vn 79.

84 Sien 799 waar die hof die volgende sê: "In regard to the alternative claim based on negligence, there is no case in which it has been held that such a claim will lie (see the discussion in Cowen in the Law of Negotiable Instruments in South Africa, 4 ed., pp 410-412). If there be such a claim, it would be in respect of the plaintiff's patrimony by reason of his loss of business reputation or creditworthiness."

85 Na aanleiding van veral Visser 1982 *THRHR* 172 en *Kritzinger v Perskor supra* vn 2.

86 Vgl *Fayd'Herbe v Zammit* 1977 3 SA 711 (D) 719 oor die *dignitas*: "But in the instant case the respondent's defence is not that the applicant was a consenting party to the aggression of an injurious act against herself. The respondent's sole defence is that the applicant

van geboorte af kredietwaardig is. Anders gestel, persone wat geen *fama* het nie, is nooit kredietwaardig nie. Dit is nie die geval nie. Kredietwaardigheid is nie volgens die werking daarvan in die werklikheid 'n aangebore reg nie maar 'n verworwe reg. Die huidige regsbeskouing misken ook die feit dat kredietwaardigheid nie alleen deur die eerlikheid ('n eienskap van die *fama*) van 'n persoon daargestel word nie. 'n Persoon moet benewens die feit dat hy eerlik is, ook nog oor die vermoë beskik om te kan betaal eerdat hy as kredietwaardig beskou sal word. Daarom sal die eerlikste mens sonder bates of inkomste oor geen kredietwaardigheid beskik nie; ook nie as hy nooit enige kredietreputasie opgebou het en alles kontant gekoop het nie.

Indien die uitwerking van sake<sup>87</sup> ontleed word waar die regsbeskouing oor kredietwaardigheid toegepas is, is dit duidelik dat die howe (veral by die ongeoorloofde ontering van tjeks) insien dat 'n verlies van kredietwaardigheid vermoënskade berokken, maar omdat vasgehou word aan die begrip dat kredietwaardigheid en *fama* een en dieselfde is, word eisers benadeel.<sup>88</sup>

Dit alles onderstreep die grondbeginsel dat indien die juridiese werklikheid nie die feitelike werklikheid weerspieël nie, dit onbillike uitkomst en inkonsekwentheid tot gevolg het.<sup>89</sup>

(Word vervolg)

vervolg van vorige bladsy

retains no shred of dignity capable of being assailed. The answer to that contention is, I think that a person's dignitas is absolute and his rights thereto inalienable. At common law those rights are enjoyed by every subject irrespective of his or her station in life or personal circumstances, and without reference to individual merit (whether intrinsic or by reputation). Any infraction of those rights is *prima facie* actionable" (ek kursiveer). Die situasie soos deur Voet 47 10 4 geskets, nl dat sekere persone oor geen *fama* beskik nie, is dus nie deel van ons regsbeskouing nie. Sien verder *Hertzog v Ward* 1912 AD 62 70; *McKerron op cit* 171; *Neethling op cit* (1991) 1; *R v Umfaan* 1908 TS 62; *R v Holliday* 1927 CPD 395; *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T); *De Villiers op cit* 22 ev; *Joubert op cit* 146 ev. Die aanwesigheid of afwesigheid van reputasie of aansien het slegs 'n invloed op die bedrag van die genoegdoening: sien *Van der Merwe en Olivier op cit* 445; *Amerasinghe op cit* 538 ev; *Burchell op cit* 296 ev.

87 Sien die sake *supra* in vn 70-84.

88 Sien *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O) waar die eiser ten spyte van finansiële ontbering en die geleentheid om wins te maak, slegs R600,00 as genoegdoening ontvang het.

89 Sien *Van Heerden en Neethling Onregmatige mededinging* (1983) 35; *Van Rensburg Juridiese kousaliteit en aspekte van aanspreeklikheidsbegrensing by die onregmatige daad* (1970) 134.

# Regsmaatstawwe by die beoordeling van projekte wat die omgewing kan benadeel

CE Barnard  
BCom LLB  
Pretoria Balie

## SUMMARY

### Legal criteria for the evaluation of environmentally sensitive projects

This article deals with the legal criteria that should be applied by a South African environmental tribunal when deciding whether permission for the execution of a given future project should be refused because of its probable negative impact on the environment.

The criteria contained in the Environment Protection Act 73 of 1989 are analysed. It appears that future projects will be prohibited if (a) it would probably cause material environmental degradation and (b) permission for the proposed activity would in effect amount to the sanctioning of an activity that would probably be illegal at common law. Consideration is given to the environmental management system contained in the act; the difference between activities merely changing the environment and activities causing material environmental degradation; the South African common law; and the law of the United States of America, especially the National Environmental Policy Act of 1969, their "balancing" criterion and environmental law in general.

The "balancing" criterion as applied in America is a vague legal standard, difficult to apply and its development is fraught with dangers. Because of its rigidity, the criterion in (a) is unacceptable. The imaginative application of our common law in (b) is preferred. It will allow the development of a body of environmental law through the exploitation of the rich and valuable heritage of our law.

The practical feasibility is considered of demanding compliance with an environmental management system that, by using the illegality criterion, tries to prevent environmental degradation. Whilst present environmental degradation (for example, pollution and resource deterioration caused by poverty and overpopulation), must be contained and eventually stopped, the environmental degradation caused by future projects can and should be prevented. The economic implications of this approach are considered together with the need for a body of environmental law that seeks to conserve the earth as the basis of life for future generations.

## 1 INLEIDING

'n Omgewingsbestuurstelsel wat gerig is op voorkoming eerder as genesing van omgewingsbenadeling word tans ontwikkel. Ingevolge een komponent van die stelsel (omskryf in Deel V van die Wet op Omgewingsbewaring 73 van 1989 (die wet)) sal amptelike goedkeuring vereis word vir die uitvoer van projekte.

In hierdie artikel word die regsmaatstawwe en -beginsels ontleed wat toegepas behoort te word wanneer 'n projek met die oog op goedkeuring ondersoek word.

Die struktuur vir omgewingsbestuur wat in die VSA – “[t]he country that has had the longest and most active environmental movement”<sup>1</sup> – as basis vir die ontwikkeling van hulle omgewingsreg gedien het, word regsvergeelykend ondersoek. Die rigting wat ons wetgewer inslaan, word oorweeg en krities bespreek met verwysing onder meer na die Suid-Afrikaanse en Amerikaanse gemenegereg en die ontwikkelingsprobleme wat in die VSA ondervind is.

## 2 BENADERING IN DIE VSA

### 2 1 Amerikaanse omgewingsagtergrond

Mensedruk en die vitaliteit van die VSA se ekonomiese ontwikkeling het ’n benadeling van die omgewing veroorsaak wat reeds in 1864 vir George Perkins Marsh genoep het om in sy breed-opgesette boek, *Man and nature*, te pleit

“that natural resource use policy should be based on use – rather than abuse – of nature’s ‘spontaneous arrangements’”.<sup>2</sup>

Hierna het die werk van mense soos Aldo Leopold, Fairfield Osborn, William Vogt en Rachel Carson, om net ’n paar name te noem, asook opspraakwekkende voorbeelde van die mens se ondermyning van sy omgewing soos die olie-besoedelingsvoorval in 1969 by Santa Barbara, California, tot die Amerikaanse omgewingsontwaking gelei. In die binnekringe van die omgewingsbeweging is besef dat

“[t]he challenge was to approach environmental management in a comprehensive way. The new values of environmental policy had to intrude somehow into the most remote recesses of the federal administrative machinery and begin to influence the multitude (*sic*) of decisions being made by thousands of officials”.

Die sleutel tot en katalisator vir doelgerigte omgewingsbeskerming was die Amerikaanse federale wetgewer se National Environmental Policy Act van 1969 (NEPA) wat al beskryf is as “the magna carta of environmental law”.<sup>3</sup>

### 2 2 NEPA se invloedseer en trefwydte

Die kern van NEPA se verrassend eng toepassingsveld is die vereiste dat ’n federale agentskap wat ’n projek onderneem “a detailed statement . . . on . . . [t]he environmental impact of the proposed action” (’n EIS) moet voorberei. Verder bevat NEPA algemene omgewingsbeleid en riglyne vir omgewingsbeskerming.

Vanaf hierdie beperkte basis het NEPA oor die afgelope 20 jaar ’n oorheersende, rigtinggewende invloed in die bewaringsveld gehad. NEPA se toepassingsveld is vergroot deur die regskeppende werking van die Amerikaanse howe.<sup>4</sup> Van meer belang was die invloed van NEPA op die toepassing van

1 McCormick *The user’s guide to the environment* (1985) 39.

2 Die boek is in 1874 herpubliseer as *The earth modified by human action*. Sien Anderson, Mandelker en Tarlock *Environmental protection: law and policy* (1984) 4 se bespreking van die boek.

3 Vir ’n bespreking van NEPA en sy ontstaan, sien Anderson, Mandelker en Tarlock xxviii 683.

4 Binder “NEPA, NIMBYs and new technology” 1990 *Land and Water LR* 11 haal eers Marshall R se beskrywing van NEPA aan as ’n “vaguely worded statute” en sê dan: “Thus, the courts took the statute and crafted it into a meaningful tool of environmental protection.”



omgewingsmaatreëls deur regerings- en nie-regeringsliggame in Amerika. Meeste van die state en baie plaaslike owerhede het NEPA in 'n meer of minder aangepaste vorm as eie wette (SEPA's genoem) gepromulgeer.<sup>5</sup> Die studie van die ontwikkeling van omgewingsreg in die VSA moet dus by NEPA begin.

### 2 3 Die afwegingskriterium in NEPA

Wanneer projekte oorweeg word, vereis NEPA die gebruik van

“methods and procedures . . . which will insure that . . . environmental . . . values may be given appropriate consideration in decisionmaking along with economic and technical considerations”.

Hiervoor is dit nodig

“to use all practicable means, consistent with other essential considerations of national policy”.<sup>6</sup>

Volgens die *Calvert Cliffs*-saak<sup>7</sup> skryf NEPA 'n *ad hoc*-afwegingsbeslissing aan die kant van die federale agentskappe voor. Die ekonomiese en tegniese voordele van die beplande optrede moet afgeweg word teen die omgewingsbenadeling. Rabie<sup>8</sup> stel dit soos volg:

“In summary s 101 sets out NEPA's general substantive policy, which policy is intended to be flexible, leaving room for discretion on the part of federal agencies in balancing environmental interests against the needs to be served by the proposed action . . . [C]ongress had in mind a re-ordering of priorities in agency decision making so that environmental conservation could at least be considered as one of the goals, on an equal footing with traditional considerations.”

Slegs 'n relatief beperkte beskerming van die omgewing word ingevolge die afwegingskriterium verkry. Die invloed van ekonomiese of politieke belange (lees “druk”) kan veroorsaak dat magtiging gegee word vir die uitvoering van projekte wat die omgewing ingrypend kan benadeel.

## 3 HOUDING VAN DIE SUID-AFRIKAANSE WETGEWER

### 3 1 Opsomming van die magtiging in Deel V van die wet

Die wet se beheerskema vereis dat die minister dié handeling moet identifiseer wat waarskynlik die omgewing sal benadeel. Na identifikasie mag so 'n handeling slegs met amptelike goedkeuring uitgevoer word.<sup>9</sup>

Daar word aan die hand gedoen dat die wetgewer vereis dat die amptenaar wat 'n aansoek met die oog op goedkeuring oorweeg (die aangewese beampte) 'n projek moet weier wat 'n benadeling van die omgewing sal veroorsaak wat nie geredelik deur die natuur se eie prosesse herstel kan word nie, *en* wat, gemeet aan die riglyne vervat in buregretelike reëls, in wese sou neerkom op 'n aansoek om 'n onregmatige daad te begaan.

5 Rodgers *Handbook on environmental law* (1977) 809.

6 A 101(a) en 102(b) NEPA.

7 *Calvert Cliffs Coordinating Comm v Atomic Energy Commission* 449 F 2d 1109 (DC Cir 1971).

8 “Disclosure and evaluation of potential environmental impact of proposed governmental administrative action” 1976 *THRHR* 44 ev; sien hieroor ook Rodgers 744 ev; Anderson, Mandelker en Tarlock 688 ev.

9 A 21(1) 22(1) en 22(3).

### 3 2 Motivering van die opsomming

#### 3 2 1 Verskil tussen "verandering" en "benadeling" van die omgewing

Helderheid moet oor hierdie twee begrippe verkry word omdat omgewingsbeskerming in finale analise oor die wyse van benutting van die omgewing gaan. Benutting van die omgewing maak dit onvermydelik dat daarmee ingemeng sal word. Natuurlike hulpbronne word deur benutting verander. Deur 'n volgehoue gebruik van hulpbronne as beleid te aanvaar, aanvaar die wetgewer omgewingsverandering.

Inmenging wat ingrypende verandering veroorsaak, veroorsaak nie noodwendig die benadeling van die omgewing nie. Hulpbronne word sonder benadeling verander wanneer hulle na vrylating deur 'n gebruiker nie spesiale behandeling verg om weer vir die volgende gebruiker bruikbaar te wees nie. Om te bepaal of daar bloot verandering dan wel benadeling van 'n hulpbron sal plaasvind, moet 'n feite-ondersoek onderneem word na die fisiese en evolusionêre prosesse in die natuur, soos die biochemiese siklusse, bakteriewerking en so meer. As die ondersoek aantoon dat die verandering in die hulpbron veroorsaak deur die onderneming se aktiwiteite nie geredelik en redelikerwys deur die natuur self herstel sal kan word nie, raak dit wesenlik want dan sal die hulpbron benadeel word. Daar word aan die hand gedoen dat as die wetgewer praat van 'n handeling wat "'n wesenlik nadelige invloed op die omgewing"<sup>10</sup> kan hê, sodanige benadeling bedoel word; dit sal hierna as "wesenlike benadeling" beskryf word.

#### 3 2 2 Die vereiste van "beskerming" in die wet se lang titel

Hierdeur word 'n norm aangedui wat deur die aangewese beamppte in die uitoefening van sy diskresie bevredig moet word. Die woord *beskerming* ("protection") sal sy gewone betekenis van "[b]eveilig, behoed, bewaar" dra.<sup>11</sup> Deur die woord *beskerming* met die woord *doeltreffend* ("effective") te kwalifiseer, word die maatstaf waarvolgens die diskresie uitgeoefen moet word, meer presies omskryf. Doeltreffende beskerming van die omgewing word vereis waardeur alle wesenlike benadeling so volledig moontlik voorkom moet word.

#### 3 2 3 Riglyne vir die bepaling van 'n algemene beleid ingevolge die vereistes vervaar in artikel 2

By die oorweging van die rol wat hierdie beleidsartikel speel, moet in gedagte gehou word dat die wetgewer in opvallend uitdruklike taal die toepassing daarvan vereis.<sup>12</sup>

'n Rigtinggewende beleidsuitgangspunt van die wet is die volgehoue benutting van spesies en ekosisteme.<sup>13</sup> Dit is slegs moontlik indien die gebruik daarvan geen wesenlike benadeling van die hulpbron veroorsaak waardeur die "kapitaal" as 't ware verminder word eerder as dat slegs die "vrugte" daarvan gebruik word nie. Dieselfde bedoeling blyk uit die beleidsbepaling dat die hergebruik van natuurlike hulpbronne bevorder moet word. Die belangrikheid van

10 A 21(1).

11 *WAT* dl I 386. In *The shorter Oxford English dictionary* (1959) 1604 word "protect" omskryf as "To defend or guard from injury or danger; to shield; to keep safe, take care of" en "protection" is "The action of protecting; . . . defence from harm".

12 A 2(1) en 3.

13 A 2(1)(b).

hergebruik in die hele omgewingsbewaringsopset blyk uit die bepalings oor die hantering van vaste afval.<sup>14</sup>

Die gebruik van die woord *beskerming* saam met die woorde *behoud*<sup>15</sup> en *beveiliging van die omgewing*<sup>16</sup> ("protection"), voorsien duidelik 'n afwesigheid eerder as 'n beperking op wesenlike omgewingsbenadeling.

### 3 2 4 *Riglyne ingevolge die bepalings wat regulasies vir omgewingsinvloedverslae magtig*<sup>17</sup>

Uit die omgewingsinvloedverslag moet nie slegs die aard en invloed van 'n voorgenome handeling op die fisiese omgewing blyk nie, maar ook die ekonomiese en sosiale belange wat daardeur beïnvloed kan word. Die sosiale belang word in hoofsaak bepaal deur die invloed wat die handeling kan hê op 'n "algemeen aanvaarbare lewenskwaliteit" wat ook in die beleidsartikel nagestreef word.<sup>18</sup> Die sosiale belang word byvoorbeeld beskerm deurdat die "hoofbeampte" ingevolge die Wet op Voorkoming van Lugbesoedeling 45 van 1965 toestemming geweier het vir die oprigting van 'n nuwe aanleg vir Yskor te Kwaggasrand, sowat 12 kilometer wes van Pretoria se middestad digby 'n bewoonde gebied. Hierdie besluit is in appèl gehandhaaf met onder meer die volgende motivering:

"Afgesien van die regstreekse effek wat die uitlate sal hê uit 'n mediese oogpunt beskou, moet die sielkundige en fisiese invloede van hierdie lastigheid nie uit die oog verloor word nie. Ons stel ons voor dat die lae-vlak emissies sowel personeel as pasiënte in die Kalafong-hospitaal soms geweldig sal irriteer. Huisvroue se humeure word aangetas."<sup>19</sup>

Die sosiale belang word ook aangetas deur die verlies aan 'n esteties aanvaarbare omgewing.<sup>20</sup>

Die enigste rede waarom die invloed van 'n handeling so omvattend oorweeg moet word, is dat dit die wetgewer se bedoeling is om die omgewing omvattend te beskerm.

### 3 2 5 *Afwesigheid van 'n bepaling wat 'n aangewese beampte toelaat om omgewingsbenadelende handeling te magtig*

Indien 'n aangewese beampte 'n handeling magtig wat die omgewing benadeel, magtig hy die veroorsaking van geraas, stof of wat die benadeling ook al kan wees. Die benadeling kan dermate beperk wees dat van die mense wat daardeur geraak word, die bure, verwag kan word om dit te aanvaar.

14 Deel IV en veral a 24(e).

15 A 2(1)(a).

16 A 2(1)(c).

17 A 26.

18 In a 2(1)(d).

19 Sien Rabie "Appèl deur Yskor ingevolge die Wet op Voorkoming van Lugbesoedeling" 1974 *THRHR* 192.

20 Die mens ondergaan 'n wesenlike verlies aan 'n algemeen aanvaarbare lewenskwaliteit as hy nie meer soos Van den Heever AR ("Toon") kan sê nie:

"In die Hoëveld, waar dit oop is en die hemel wyd daarbo,

Waar kuddes waaigras huppel oor die veld,

Waar 'n mens nog vry kan asemhaal en aan 'n God kan glo,

.....

In die Hoëveld, waar dit wyd is, waar jy baie ver kan sien . . ."



Die posisie verander as die benadeling sou neerkom op die onregmatige ont-neming van die bure se stilte, skoon lug en so meer. Die aangewese beampte sou 'n (potensieel) "onregmatige" handeling slegs ingevolge 'n uitdruklike mag-tiging kan goedkeur. Die wet bevat geen sodanige magtiging nie.

As aansoek gedoen word vir die goedkeuring van 'n handeling, sal die aange-wese beampte moet bepaal of hy nie gevra word om die uitvoering te magtig van 'n handeling wat andersins onregmatig sou wees nie. Die wet skryf nie maat-stawwe voor waarvolgens onregmatigheid bepaal moet word nie. Die aange-wese beampte is op die gemenerereg aangewese om 'n antwoord te kry. Omdat die veroorsaking van geraas, stof ensovoorts kernelemente by bureregtelike delikte soos die skepping van 'n oorlas is,<sup>21</sup> sal hy in die besonder op bureregte-like beginsels aangewese wees. Die vereiste dat die sosiale en ekonomiese invloed van 'n voorgenome handeling oorweeg moet word, steun ook die afleiding dat leiding by die reëls van die burereg gesoek moet word.<sup>22</sup>

### 3 2 6 'n Vergelyking met NEPA

Dit is insiggewend om die wet en sy uitleg te kontrasteer met die bepalings van NEPA wat hierbo aangehaal word. Die uitdruklike aandrag op afweging van belange in NEPA (waardeur omgewingsbenadeling implisiet gemagtig word) is opvallend afwesig in die wet.

## 4 VERDERE ONTWIKKELING VAN OMGEWINGSREG IN SUID-AFRIKA

### 4 1 Aanhoor van 'n aansoek om goedkeuring

Die proses waarvolgens die aangewese beampte so 'n aansoek oorweeg, sal in beginsel ooreenstem met 'n gewone verhoor. Die ter sake feite sal in 'n billike en ordelike proses voorgelê en die toepaslike regsmaatstawwe op 'n regterlike wyse toepas moet word. Per slot van sake gaan dit hier oor die reëling van die verhoudings tussen mense en oor die beskerming van individue teen die benade-ling van hulle omgewing.

Die wetgewer aanvaar egter die behoefte aan 'n eiesoortige hofproses waarin die feitebasis vir 'n uitspraak op 'n opvallend ander wyse gevestig word. Die verhoor sal daarop gerig wees om, indien enigsins moontlik, die aansoek te laat slaag. Die omgewingsinvloedverslag, opgestel volgens die proses van geïnte-greerde omgewingsbestuur wat deur die Raad vir die Omgewing ontwikkel is, sal die hofproses se uitgangspunt wees. Hierna sal probeer word om oplos-sings vir die aansoeker se omgewingsprobleme te vind. Vir hierdie doel sal hy sy "saak" kan aanvul, ingrypend verander of uitstel verkry vir die verkryging van verdere getuienis, die doen van studies of selfs om navorsing te doen om

21 Sien Van der Merwe *Sakereg* (1989) 190 ev; Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 104 ev, veral 106 – 111; Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 64 – 70 500 ev.

22 Diegene wat deur optrede ingevolge Deel V van die wet geraak word, sal selde geregtig wees om ingevolge a 34 vergoeding te verhaal. Die identifisering van 'n handeling deur die minister ingevolge a 21 veroorsaak geen skade nie. Word 'n aansoek om goedkeuring ingevolge a 22(1) geweier, sal eweneens gewoonlik geen werklike skade veroorsaak word nie. Omdat 'n omgewingsbenadelende handeling gewoonlik onregmatig sal wees, word die aansoeker bloot tydig belet om onregmatig op te tree.



byvoorbeeld 'n spesifieke besoedelende struikelblok uit die weg te ruim. Dit kan "konsensus litigasie" genoem word in teenstelling met die "konfrontasie litigasie" wat in ons howe bedryf word.

## 4 2 Toepassing van die regsmaatstawwe

### 4 2 1 Bepaling van wesenlike benadeling

Aangesien geen projek goedgekeur mag word wat 'n wesenlike benadeling van die omgewing sal veroorsaak nie, moet hierdie aspek eerste oorweeg word. Blyk wesenlike benadeling wel, moet goedkeuring vir die projek geweier word.

### 4 2 2 Algemene benadering by bepaling van onregmatigheid

Indien wesenlike benadeling nie blyk nie, moet die aan- of afwesigheid van potensieël onregmatigheid bepaal word. Algemeen gestel kan die vraag byvoorbeeld gevra word of die uitvoering van die voorgename projek nie sodanig sal wees dat

"voorwerpe, veral skadelike voorwerpe, daarvandaan buite sy grense op sy buurman se grond kom nie . . . [want daardeur sou die aansoeker] . . . sy buurman se gebruiksregte skend al [sal sy eie toekomstige] gebruik, in die algemeen beskou, nie 'n buitengewone [wees] nie".<sup>23</sup>

Ook kan gevra word of die beplande optrede van die aansoeker

"in die besondere omstandighede van die geval behoorlik, betaamlik en sosiaaladekwaat in die lig van gemeenskapsopvattinge [sou wees]".<sup>24</sup>

'n Studie van die burereg sal antwoorde kan gee op meeste van die vrae wat opduik. Die volgende twee aspekte is van besondere belang.

### 4 2 3 Afweging van belange

Die een belangrike onderdeel van die ondersoek wat die aangewese beampte sal moet doen, is om die potensieël nadeel van die handeling af te weeg teen die voordeel wat vir die ontwikkelaar uit sy beplande projek vloei en die sosiale nut van die projek vir die algemene publiek, veral as gelet word op die buurt of omgewing waar die projek uitgevoer sal word. Die aangewese beampte sal 'n afwegingsproses moet uitvoer wat ooreenstem met die proses wat deur NEPA vereis word. Die beampte sal dus oor hierdie aspek nie alleen leiding kan kry uit die Suid-Afrikaanse gemenerereg en tegniese handboeke nie, maar ook op 'n regsvergelijkende basis uit resente Amerikaanse hofbeslissings en literatuur.

### 4 2 4 Uitskakeling van wesenlike benadeling

'n Tweede belangrike onderdeel van die ondersoek sal wees om vas te stel of 'n moontlike benadeling of oorlas nie redelikerwys vermy kon word deur dieselfde oogmerk met minder skadelike of selfs onskadelike middels te bereik nie. Deur hierdie maatstaf vir die bepaling van die bestaan van 'n oorlas toe te pas, gee die beampte terselfdertyd gevolg aan dit wat die wet wou bereik deur te vereis dat die ontwikkelaar se aansoek om goedkeuring nie net 'n sekere handeling nie maar ook alternatiewe handeling aan die hand moet doen.

Hierdie gemeenregtelike vereiste wat goed aansluit by die uitdruklike voor- skrifte van die wet sal op 'n praktiese vlak die sukses van toekomstige

23 *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 1 SA 102 (A) 110H.

24 Van der Merwe 190 en in die hoofstuk "Beginsels onderliggend aan oorlas" 190-197.

omgewingsbeskerming bepaal. Dit sal verseker dat uit die talle projekte wat aangepak kan word en die vele wyses waarop dit uitgevoer kan word, slegs daardie projekte en uitvoeringswyses gekies en toegelaat sal word wat die omgewing nie weselik benadeel nie. Hierdie beginsel moet dus ruimte vir ontplouing gegee word.

Ontwikkeling van suiwer maatstawwe kan gestrem word indien die toepassing van gemeenregtelike beginsels aangaande oorlas op 'n ondeurdagte wyse deur wetgewende omgewingsmaatreëls vermy word. Dit het trouens juis in die VSA gebeur waar daar veral sedert 1970 'n magdom omgewingsmaatreëls uitgevaardig is. Sevinsky<sup>25</sup> sê in hierdie verband:

“As these various comprehensive federal enforcement statutes were put in place, the Supreme Court virtually gutted the federal common law of nuisance as an environmental remedy in two landmark 1981 cases . . . In essence, the Court reasoned that federal common-law nuisance claims were largely displaced by the comprehensive regulatory schemes.”

Ontwikkeling sal ook gestrem word as die ontwikkelaar onthef word van die plig om 'n omgewingsinvloedverslag op te stel. Dit sou die verlies beteken van bewame projekteleiers se ondernemingsgees en vermoë om probleme op te los.

Die ondervinding in Amerika illustreer die stremming van ontwikkeling as die ondersoek na alternatiewe handelinge beperk word. NEPA maak nie spesifiek vir “mitigation” (soos die proses daar bekend is) voorsiening nie. Tog het die hof probeer om hierdie beginsel in NEPA in te lees. In *Robertson v Methow Valley*<sup>26</sup> beslis die hof

“that the EISs for these projects [must] include a detailed analysis of the proposed mitigation measures including an explanation of their effectiveness, because mitigation was critical to the agencies' assessment of the environmental consequences of the projects. The sufficiency of the discussion of mitigation was therefore, ‘a determinative factor in evaluating the adequacy [of the EIS]’ ”.

In appèl het die dinge egter skeef geloop toe die beslissing omvergewerp en daar bevind is dat “NEPA prohibits uninformed decisions . . . not unwise ones”. 'n Agentskap voer sy plig uit deur die opstelling van 'n EIS. Dat die handeling steeds tot die agteruitgang van die omgewing kan of sal lei, is nie relevant nie. Hieroor sê Sheldon:

“The *Methow Valley* decision goes to the heart of the NEPA process – to the evaluation of the consequences of a proposed action and reasonable alternatives to it. The Supreme Court's decision invites poor environmental analysis and inadequately supported decisions. Moreover, it will exacerbate what has already become a strong agency predilection to put off for later the critical hard look at the consequences of proposed federal action that is supposed to precede agency decisionmaking.”

#### 4 2 5 Rol van bestaande omgewingsmaatreëls

Sommige van die menigte bestaande omgewingsmaatreëls lê standaard vir hulpbronhantering neer terwyl ander toestemming vir bepaalde beplande optredes vereis. Niks dui daarop dat van hierdie vereistes afgesien word nie. Omdat die

25 “Public nuisance: a common-law remedy among the statutes” 1990 *Natural Resources & Environment* 30; sien ook Hodas “Private actions for public nuisance: Common law citizen suits for relief from environmental harm” 1989 *Ecology LQ* 903.

26 (9th Cir), soos bespreek deur Sheldon “NEPA in die Supreme Court” 1990 *Land and Water LQ* 83 ev, veral 86 en haar kommentaar 85 93–97.

nakoming van elk van hierdie vereistes waarskynlik 'n projek se uiteindelijke impak op die omgewing sal beïnvloed, is dit logies onvermydelik dat goedkeuring by die aangewese beampte gevra sal word nadat aan alle ander maatreëls voldoen is. Die aangewese beampte word nie gemagtig om met maatreëls in te meng, dit aan te pas of te verander nie. Gevolglik het hy slegs die geïmpliseerde reg

“to do that which is reasonably incidental to what has been expressly authorised”.<sup>27</sup>

Op sterkte hiervan kan dit vir hom, weens 'n botsing of lakune tussen verskillende departemente se omgewingsinsette, noodsaaklik wees om met die werking van bestaande maatreëls in te meng ten einde 'n sinvolle, gekoördineerde en doeltreffende goedkeuring te kan uitreik. Binne hierdie magtiging sal hy die voorwaardes waaronder die handeling uitgevoer mag word, formuleer en die oorkoepelende goedkeuring verleen wat die wet hom magtig.

### 4 3 Waarde van die gemenerereg

#### 4 3 1 Posisie in Suid-Afrika

“[D]ie reg van 'n eienaar om op sy grondstuk te doen wat hy wil [is] nie 'n onbeperkte reg . . . nie.”<sup>28</sup> Volgens hoofregter Steyn moet die reg

“'n reëling voorsien vir die botsende eiendoms- en genotsbelange van bure, en hy doen dit deur eiendomsregte te beperk en aan eienaars teenoor mekaar verpligtings op te lê”.<sup>29</sup>

Uit die *Corpus iuris civilis* haal die hof dan ter illustrasie die tipe handelinge aan wat beskryf sou kon word as optrede wat waarskynlik 'n wesenlike nadelige invloed op die omgewing kan hê, soos om klippe op so 'n manier te breek dat die skerwe op die buurman se grond val, sy riool op die straat te laat uitloop en die straat daardeur minder bruikbaar te maak en 'n bomatige steurnis deur rook, reuke en gerase te veroorsaak.

Die eeue-lange beskerming van individue teen die benadeeling van hulle omgewing het begrippe soos regsbe grensing, oorlas en misbruik van reg tot 'n hoë vlak laat ontwikkel. Daarbenewens, wanneer die regmatigheid of onregmatigheid van 'n toekomstige handeling bepaal moet word, waag die aangewese beampte homself nie op onbekende terrein nie maar pas hy 'n bekende dissipline toe. Al word die gebreke waaraan die Suid-Afrikaanse burereg twyfellos tans nog mank gaan in aanmerking geneem, en ten spyte van 'n (aanvegbare) negatiewe persepsie van die gemenerereg soos dié van Cowen,<sup>30</sup> is dit 'n versameling maatreëls wat regswetenskaplik suiwer, soepel en toepasbaar is. Waar omgewingsagteruitgang nou sodanige afmetings aanneem dat die noodsaak vir omgewingsbeskerming 'n krisisvlak bereik het, sal bureregtelike reëls geredelik

27 Sien *Johannesburg Municipality v Davies* 1925 AD 395 402.

28 *Malherbe v Ceres Municipality* 1951 4 SA 510 (A) 517A; sien ook *East London Western Districts Farmers' Association v Minister of Education and Development Aid* 1989 2 SA 53 (A) en oor die algemeen Fuggle en Rabie *Environmental concerns in South Africa* (1983) 38 ev en die gesag aangehaal 75 vn 21 76.

29 *Regal v African Superslate (Pty) Ltd supra* 107A.

30 “Towards distinctive principles of South African environmental law: some jurisprudential perspectives and a role for legislation” 1989 *THRHR* 9: “[F]ew legal principles have had a worse effect on the development of environmental law than the sacred cow of our law of land . . .”



vir die effektiewe bekamping van omgewingsagteruitgang verder verfyn kan word ten einde 'n breër omgewingsreg suksesvol te ontwikkel en toe te pas.

#### 4 3 2 *Ontwikkeling in Amerika*

In die VSA het die vergelykbare beginsels van die *common law* 'n belangrike rol in die ontwikkeling van hul omgewingsreg gespeel. Rodgers<sup>31</sup> meld dat die regsfigure wat hier 'n rol gespeel het, "trespass, negligence and strict liability for abnormally dangerous activities" asook die "dominant water law theories and the public trust doctrine" insluit. Dit is dan sy houding dat

"[t]he deepest doctrinal roots of modern environmental law are found in principles of nuisance . . . There is simply no common law doctrine that approaches nuisance in comprehensiveness or detail as a regulator of land use and of technological abuse. . . . Nuisance theory and case law is the common law backbone of modern environmental and energy law".<sup>32</sup>

Die lewenskragtigheid van die Amerikaanse gemenerereg is sodanig dat die waarde daarvan op staatsvlak nie weselik deur die hierbo gemelde vervanging daarvan deur wettereg op federale vlak benadeel is nie.

#### 4 4 **Kommentaar op die wet se regsmaatstawwe**

Die bepaling waarvolgens geen handeling goedgekeur mag word wat weselike benadeling veroorsaak nie, is onwenslik. Die beswaar is nie teen die uitsluiting van alle weselike benadeling van die omgewing nie. Dit word as 'n realistiese miktelpunt beskou. Beswaar word wel gemaak teen die gebrek aan soepelheid wat die maatstaf veroorsaak en teen die beperking op die ontplooiing van die gemenerereg wat daardeur in die hand gewerk word.

As die aangewese beamppte verplig word om goedkeuring te weier indien handeling weselike benadeling van die omgewing sal veroorsaak, kan hy nie 'n regterlike diskresie uitoefen in belang van 'n behoorlike gebruik van die betrokke hulpbronne nie. Dit maak dit moeilik om op 'n geordende basis vorm te gee aan die ontwikkeling van die gemeenskap se omgewingstandaarde en -waardes. Die steun vir omgewingsbewing deur die verantwoordelike publiek word bedreig indien omgewingsmaatreëls op 'n onredelike en onsensitiewe manier afgedwing word. Die problematiek van die handhawing van 'n balans tussen oormatige streng of oormatig benadelende optrede soos wat die dan geldende gemeenskapswaardes vereis, kan makliker deur die soepelheid van die gemenerereg akkomodeer word.

'n Verdere beswaar is dat ingevolge hierdie maatstaf 'n andersins regmatige handeling belet kan word. Behalwe dat dit die staat aan die betaling van skadevergoeding blootstel, behoort dit in beginsel sover moontlik vermy te word dat onderdane van die staat belet word om andersins regmatige handeling uit te voer.

31 100.

32 Sevinsky (1990 *Natural Resources & Environment* 29) stel dit onlangs selfs wyer waar hy sê: "The common law of public nuisance is alive and well. As we enter the 1990s – heralded as the decade of the environment – ancient common-law principles, innovatively applied, will continue to provide remedies for a host of environmental ills." Weens die skeppende gebruik van die gemenerereg kan Rodgers (102) sê dat "[d]espite the historically accurate insistence that public and private nuisances have 'little or nothing in common', the differences are fast disappearing". Sien ook Hodas 1989 *Ecology LQ* 883.



Verder belet die maatstaf die uitvoering van projekte wat vir die oorlewing van mense noodsaaklik kan wees. In die alles-of-niks-situasie wat kan ontstaan, ontbreek die soepelheid en aanpasbaarheid van algemene regsbeginnels aangaande regverdigingsgronde waardeur toepaslike omgewingsbeskermingsmaatstawwe by die uitvoering van 'n projek ingebou kan word.<sup>33</sup>

## 5 LEWENSVATBAARHEID VAN DIE UITSKAKELING VAN WESENLIKE BENADELING

### 5 1 Inleiding

Die wet streef ondubbelsinnig na 'n uitskakeling van wesenlike omgewingsbenadeling. Die algemene omgewingstoneel en die rol wat die reg daarin speel, moet bepaal word voordat oorweeg kan word of die wet se ideaal uitvoerbaar en bekostigbaar is.

### 5 2 Aspekte van omgewingsbeheer

Dwarsoor die wêreld ontstaan wesenlike omgewingsbenadeling onder meer omdat ontbossing of verwoestyning plaasgevind het en steeds plaasvind. Die altyd groeiende mensemasse het toenemend uit behoefte en weens onkunde dit wat gegroei het, verbruik as voedsel of daarmee vuur gemaak. Hierdie proses kan omgekeer word as medici, sosioloë, maatskaplike werkers en lede van ander omgewingsgerigte sosiale dissiplines die gemeenskap kan oplei om hul aanwas te beperk en geleenthede vir hul opheffing te skep.

Opheffingsprojekte is egter onderworpe aan die dan geldende ekonomiese werklikhede waar onbeperkte behoeftes met beperkte middele bevredig moet word. Geld sal nie vir omgewingsbewaring gebruik word nie as dit die persepsie van besluitnemers is dat die behoefte om dit elders te gebruik, groter is. Die rangorde van toewysing van geld word ook nie deur die algemene beskikbaarheid daarvan bepaal nie maar deur die dringendheid van die behoefte wat bevredig moet word. Die beïnvloeding van persepsies oor die graad van dringendheid van 'n omgewingsbehoefte moet deur politici en ekonome gedoen word.

Gemelde omgewingsprobleme word nie opgelos deur 'n wet wat probeer om 'n omgewingsbestuurstelsel in die lewe te roep nie en ekoloë en regsgeleerdes speel hier 'n onbeduidende rol.

Die ontbossing en omgewingsagteruitgang wat weens onkunde en armoede ingetree het, omvangryk en kommerwekkend soos wat dit mag wees, is egter kinderspeletjies vergeleke met die verbysterende snelheid, skrikwekkende doeltreffendheid en siniese gemak waarmee die Amasone-bosse deur die geïndustrialiseerde gemeenskap uitgeroei word. Hierdie gemeenskap se vernietigingsvermoë blyk ook uit die wêreldwye vergiftiging deur chemiese middels soos DDT en Dieldrin wat steeds plaasvind ten spyte van 'n kentering wat hoofsaaklik

---

33 Sien ook hieroor Van Niekerk "The ecological norm in law or the jurisprudence of the fight against pollution" 1975 *SALJ* 85: "Environmental pollution must be seen for what in effect it has become, namely, a basically unlawful act (in the absence, of course, of justification, which in this case would assume a particularly important role) . . ."

ingetree het na publikasie van Rachel Carson se boek *Silent spring* in 1962 – hierdie omgewingsagteruitgang is as onvermydelik beskou. Binder<sup>34</sup> verklaar:

“Highways, bridges, dams, airports, pesticides and the like were viewed as progress. Their risks and side-effects were accepted as the inevitable cost of civilization. It was generally recognized that the benefits of an industrialized society have their risks; there is no ‘free lunch’.”

Waar die mens omgewingsbenadelende projekte op ’n georganiseerde basis uitvoer, moet die probleem met behulp van ’n behoorlike omgewingsbeskermingsstruktuur op ’n georganiseerde basis aangespreek word. Dit is eers hier waar wetgewing, regsgeleerdes en ekoloë ’n rol begin speel. NEPA en die Wet op Omgewingsbewaring van 1989 is voorbeelde van maatreëls gerig op struktuurskepping. As deel van hierdie regsordening moet ook die regsmaatstawwe oorweeg word wat toegepas behoort te word en is dit nodig om onder meer die siening wat Binder verwoord, krities te ondersoek.

### 5 3 Uitskakeling van omgewingsagteruitgang

#### 5 3 1 Hantering van besoedeling

Een van die belangrikste aspekte van omgewingsagteruitgang is besoedeling. Die hantering van hierdie probleem kan nie vermy word nie. As potensiële besoedelingsprobleme nie reeds by die beplanningstadium aangespreek word nie, sal dit eenvoudig later hanteer moet word wanneer dit moeiliker en duurder is om die probleem op te los. Hierdie les blyk duidelik uit die ondervinding in Amerika. Rodgers<sup>35</sup> sê in die inleiding tot sy werk die volgende:

“Pollution has been defined as a resource out of place. This definition conveys at least three ideas helpful to the study of the law of planetary housekeeping. The first is that a pollution problem isn’t necessarily solved by putting it somewhere else.”<sup>35</sup>

Hy gee dan etlike voorbeelde van die

“postponing, relocating and aggravating pollution problems by shifting a resource from one place to another”

en illustreer dat die probleem vererger word indien dit so hanteer word. In een voorbeeld meld hy dat DDT wat eers in ’n riool in Los Angeles uitgelaat is, weens die besoedeling wat dit meegebring het later elders in ’n landvulafvalhoop gestort is. Soos Rodgers sê:

“The pollution problem, of course, did not disappear; it was contained, postponed, moved to another place.”

Die suiwerheid van Rodgers se kommentaar in 1977 en die omvang van die besoedelingsprobleem wat ontwikkel as gepoog word om dit op die lange baan te skuif, word goed geïllustreer deur die “Superfund cleanups”. Die Amerikaanse Kongres se Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA) van 1980 magtig onder meer die suiwering van toksiese vaste-afvalhope wat onder federale beheer is. Hierdie federale wet stig ook die “Hazardous Substances Response Fund” (die “Superfund”) ten bedrae van \$1.6 biljoen om te betaal “for cleaning up hazardous waste sites

34 1990 *Land and Water LR* 14.

35 2.

and spills of hazardous substances".<sup>36</sup> Quarles vertel hoe hierdie skoonmaak-program soos 'n sneeubal aangegroei het:

"[T]he scope of the challenge was staggering. An inventory of prior dump sites was established, quickly exceeding fifteen thousand sites, then growing to more than twenty thousand, and now gradually approaching a current total of thirty thousand."

En dan later:

"Superfund began with a totally naive and inaccurate understanding of the problems it was expected to solve. The initial funding of \$1.6 billion for five years encouraged a perception that only a small number of sites were involved and that these could be cleaned up within a period of several years. Now we know how false that is. At the current pace Superfund cleanups will require thirty to fifty years at a minimum. And now we can also see that Superfund sites are only part of a much broader national waste contamination problem."<sup>37</sup>

Heelwat ontwikkelende lande staan krities teenoor lande soos die VSA weens laasgenoemde se aandrag op toereikende omgewingsbewaring. Daar word gevoel dat die ontwikkelde lande gekom het waar hulle is danksy die afwesigheid van 'n omgewingsbeskermingsdissipline en deur die dissipline (onregverdig) vir die ontwikkelende lande te eis, word hulle groeiemoontlikhede onderdruk. Hierdie kritiek is in 'n onderhoud met William Rucklshaus, die eerste "Administrator" van Amerika se "Environmental Protection Agency", aan hom gestel.<sup>38</sup> Sy antwoord was:

"All we are suggesting is that the developing countries don't make the same mistakes [as we made], that they don't provide free air and water."

Die debat behoort dus nie te gaan oor die vraag of wesenlike benadeling deur besoedeling uitgeskakel behoort te word nie, maar hoe dit volledig uitgeskakel kan word.

### 5 3 2 *Hantering van toekomstige projekte*

Die uitgangspunt behoort te wees dat geen projek wat die omgewing wesenlik benadeel, toegelaat behoort te word nie.

Die skema van die wet is suiwer omdat dit voorsiening maak vir die oorweging van die ontwerpkenmerke van 'n voorgenome projek voordat die projek uitgevoer is. Potensieel benadelende aspekte kan deur die toepassing van die proses van geïntegreerde omgewingsbestuur reeds op die beplanningstadium opgespoor en vermy word.

Die regsmaatstaf in die wet wat benadeling uitkakel, is eweneens suiwer. Dit beteken weinig meer as om van 'n onderneming te verwag om sy eie produk-siekoste te betaal. Dit is ekonomies verkeerd om besoedeling toe te laat. Daar word aanvaar dat lone, rente en gelde vir arbeid, kapitaal en deskundigheid betaal moet word. Net so moet daar vir die gebruik en suiwering van produk-siemiddels soos water en lug betaal word. 'n Onderneming wat besoedelde water in 'n rivier laat uitloop, verplig watergebruikers stroomaf (of die belastingbetaler) om geld te bestee om die water weer geskik te maak vir gebruik; sodoende word die latere gebruikers ten onregte gedwing om die eerste gebruiker se produk-siekoste te betaal.

36 Vir 'n bespreking van CERCLA sien Anderson, Mandelker en Tarlock 568 ev.

37 "In search of a waste management strategy" 1990 *Natural Resources & Environment* 4 46.

38 *Idem* 39.



Die argument dat weiering van 'n projek ekonomiese vooruitgang sou skaad, is, globaal gesien, moeilik om te verstaan. As fondse beskikbaar is en 'n entrepreneur 'n projek wil uitvoer, behoort dit nie vir hom so moeilik te wees om 'n minder benadelende projek te ontwikkel as sy eerste keuse weens die hoë koste van besoedelingsvoorkoming nie winsgewend kan wees nie. As die entrepreneur toestemming vra om die omgewing te besoedel omdat hy nie andersins sy besigheid winsgewend kan bedryf nie, erken hy die projek se gebrek aan inherente ekonomiese waarde en vra hy in werklikheid toestemming om roofbou toe te pas.

Hierdie beginsel moet toegepas word by infrastruktuurskepping deur die staat, die privaatsektor se nywerhede, plase of myne en by alle ander projekte. Kapitaal wat op die voordeligste manier aangewend behoort te word, word nadelig aangewend as dit wesenlike besoedeling veroorsaak. Die besoedelingsprobleem wat so deur die huidige geslag geskep word, is die opbou van 'n enorme omgewingskuld wat die nageslag teen moordende rente moet betaal.

### 5 3 3 Waarde van die afwegingskriterium

Daar is twee redes waarom die afwegingskriterium wat in Amerika toegepas word, nie in Suid-Afrika gebruik behoort te word nie.

In die eerste plek moet alle wesenlike benadeling in beginsel (in die afwesigheid van 'n regverdigingsgrond) voorkom word. Die nuutgeskepte afwegingskriterium van NEPA bevredig nie hierdie vereiste nie omdat tradisionele beginsels (soos wat by oorlas geld) nie hier toegepas moet word nie en daarom tot ongedisiplineerde besluite aanleiding kan gee.

Tweedens moet regsekerheid, die regverdige verspreiding van die las van omgewingsbewing en die algemene publiek se aanvaarding van maatreëls vir omgewingsbeskerming nagestreef word. Hiervoor is die betroubare en regverdige riglyne van 'n regsfiguur wat reeds die toets van die tyd deurstaan het, naamlik oorlas, nodig. Hierteenoor werk NEPA met vae, algemene en moeilik hanteerbare begrippe waar die beoordeling onderworpe is aan modesienings, politieke invloede en drukgroepe.

Caldwell,<sup>39</sup> een van die opstellers van NEPA, het in 'n waardebeplanning van die wet bevind dat:

“Striking a balance, however, involves recourse to prevailing values and perceptions – conditions subject to change through information or experience. Scientific findings regarding developments such as global climate change, stratospheric ozone depletion or acid precipitation have affected public perceptions of environmental risk and altered the perceived balance of costs and benefits. Yet arguments for a balanced approach continue to be made, usually expressing conventional conservative doubt regarding the relative importance of environmental considerations.”

Caldwell is voorts van mening dat “economic growth is a highly flexible concept” en wys daarop dat “agreements struck often substituted political opportunism for actual economic necessity”.

Met 'n onbetroubare stelsel word 'n verlore stryd gevoer. Die gemeenskap sal die omgewingsbewaringswette ontduik net soos wat onregverdige belastingwette ontduik word.

39 “NEPA at twenty: A retrospective critique” 1990 *Natural Resources & Environment* 49.



### 5 3 4 Hantering van bestaande projekte

Die huidige geslag betaal die vorige geslag se opgehoopde omgewingskuld. Die skema in Deel V van die wet is nie op bestaande ondernemings van toepassing nie en die besoedelingsprobleme daar word onveranderd hanteer.

Soos in die verlede word dus nie van bestaande ondernemings verwag om onverwyld alle besoedeling te staak nie. Dit sou onredelik, onprakties en ekonomies onsuiver wees. By die toepassing van besoedelingsbeheer sal steeds gedoen moet word

“not what is theoretically possible but what is possible according to the state of scientific knowledge at the time, having also in view a certain common sense appreciation, which cannot be rigidly defined, of practical feasibility in view of situation and of expense”.<sup>40</sup>

Daar word egter voorsien dat 'n toenemende algemene belangstelling in omgewingsbeskerming en die groter klem op die voorkoming van besoedeling by toekomstige projekte, navorsing sal aanmoedig oor tegniese prosesse wat besoedeling verhoed. Waar “practical feasibility” dan by prosesse verkry word, kan bestaande ondernemings verplig word om dit toe te pas.

### 5 3 5 Hantering van omgewingsbenadeling anders as besoedeling

Dit is moeilik om 'n waarde te plaas op die verlies aan 'n esteties bevredigende omgewing, aan stilte, privaathed, 'n paar hektaar oerbos of aan 'n wit renoster of skoenlapper. Dit is egter deel van die regsdisipline om 'n waarde te plaas op ewe moeilik bepaalbare waardes soos jou eer of jou verlies aan lewensgenietinge. Die beginsels by besoedeling sal *mutatis mutandis* toegepas moet word.

## 6 SLOT

Beskermingstelsels, regsmaatstawwe, uitgangspunte of debatte wat enigszins met die omgewing te doen het, het slegs betekenis as dit daarop gerig is dat van die opbrengs van die aarde alleen geleef word en as dit as einddoel het die behoud van die aarde as 'n basis waar die nageslag sinvol kan leef. Soos in die Yskorappèl<sup>41</sup> se motivering tereg gesê word, is ons in Suid-Afrika gelukkig omdat “nog verhoed word, wat daar [oorsee] moeilik ongedaan gemaak kan word”. Ons omgewing-“spel” behoort te wees om onself te “meet teen volmaaktheid”.

40 Met goedkeuring aangehaal in *Bloemfontein Town Council v Richter* 1938 AD 195 228. Sien ook Franklin en Kaplan *The mining and mineral laws of South Africa* (1982) 158 ev waar die verweer van statutêre magtiging en die “criterion of inevitability” bespreek word.

41 Sien 1974 *THRHR* 192.

# Die regsraad van beperkende voorwaardes

JM Pienaar  
Blur LLM

Senior Lektor in die Romeinse Reg en Regspluralisme, Potchefstroomse Universiteit vir CHO

## SUMMARY

### The legal nature of restrictive covenants

Private ownership is highly valued in most Western societies. Although an owner is generally able to deal with his property as he wishes, some limitations are imposed by law. The process of town planning also encroaches on ownership by means of town planning measures as well as restrictive covenants. It is the objective of this discussion to determine the legal nature of restrictive covenants.

In the first instance general limitations on ownership are discussed. This is followed by an in-depth examination of the legal nature of restrictive covenants. In order to reach a conclusion concerning its legal nature, related aspects such as the content, legal construction (namely the *stipulatio alteri*), interpretation and the role of the town planning scheme as well as the *locus standi* of persons searching enforcement are also analysed.

## 1 INLEIDING

Privaateiendomsreg vorm een van die hoekstene van enige kapitalistiese Westerse gemeenskap.<sup>1</sup> Weens negentiende eeuse Pandektistiese invloede en oorbeklemtoning van eienskappe soos individualiteit en absoluutheid, het die denkrigting posgevat dat eiendomsreg in beginsel onbeperk is.<sup>2</sup> Onbeperkte eiendomsreg was egter nooit moontlik nie.<sup>3</sup> Die burereg, ontwikkeling van ekonomiese en sosiale behoeftes en die regsosiologiese rol van eiendomsreg (naamlik dat eiendomsbevoegdhede ook in belang van die res van die gemeenskap uitgeoefen moet word) het 'n groot rol in die omskrywing van die latere en ook huidige eiendomsbegrip gespeel.<sup>4</sup>

- 
- 1 Harker "The depersonalisation of the concept of ownership in contemporary society brought about by the use of title as a security device" (Intreerede Universiteit Rhodes 1987) 1; Pienaar "Ontwikkelings in die Suid-Afrikaanse eiendomsbegrip in perspektief" 1986 *TSAR* 297; Van der Merwe *The law of things* (1987) par 103; Van der Walt "The effect of environmental conservation measures on the concept of landownership" 1987 *SALJ* 469.
  - 2 Visser "The 'absoluteness' of ownership: the SA common law in perspective" 1985 *Acta Juridica* 42. Hy lê veral ook klem op die feit dat eiendomsreg ironies genoeg reeds tydens die tydperk van die Pandektiste nie onbeperk was nie. Sien ook Pienaar 1986 *TSAR* 307.
  - 3 Van der Walt 1987 *SALJ* 477-479; Visser 1985 *Acta Juridica* 46.
  - 4 Cowen "New patterns of landownership: the transformation of the concept of ownership" (Voordrag Universiteit van die Witwatersrand 1984) 7-15 67-72; Pienaar 1986 *TSAR* 295-308; Rabie "The impact of environmental conservation on land ownership" 1985 *Acta Juridica* 289-313; Van der Walt 1987 *SALJ* 474; Visser 1985 *Acta Juridica* 39-52.

## 2 BEPERKINGS OP EIENDOMSREG IN DIE ALGEMEEN

Van alle saaklike regte verleen eiendomsreg in beginsel aan die reghebbende (die eenaar) die volledigste en omvangrykste beheer oor sy eiendom, wat in bepaalde gevalle en in besondere omstandighede aan beperkings onderworpe gestel kan word.<sup>5</sup>

'n Verskeidenheid beperkings op eiendomsreg word tans aangetref.<sup>6</sup> Een van die hoofkategorieë beperkings is beperkende voorwaardes<sup>7</sup> wat verder onderverdeel word in beperkende voorwaardes in wye en in eng sin. Onder beperkende voorwaardes in wye sin word na dié van erfregtelike, kontraktuele of statutêre oorsprong verwys. 'n Voorbeeld van beperkende voorwaardes van erfregtelike oorsprong is die *fideicommissum* waardeur die *fiduciarius* se eiendomsreg deur die reg van die *fideicommissarius* beperk word.<sup>8</sup> Beperkende voorwaardes van kontraktuele oorsprong kom dikwels in koopkontrakte van grond voor; dit word daarna teen die betrokke titelaktes geregistreer. Om die omvang en uitwerking van statutêre beperkende voorwaardes vas te stel, moet telkens na die bepaalde statuut gekyk word. Dit magtig in die algemeen enige voorwaarde wat nodig is om die doel van die betrokke wet te bereik;<sup>9</sup> gevolglik is die mate van inbreukmaking op inhoudsbevoegdhede vanuit hierdie kader omvangryk.

Volledigheidshalwe moet daar ook in hierdie verband kortliks na beperkte saaklike regte verwys word, aangesien hulle ook 'n beperking op eiendomsreg plaas. Wanneer die eenaar van grond 'n reg daarop aan 'n ander persoon verleen, kom daar by registrasie 'n beperkte saaklike reg (*ius in re aliena*) ten gunste van hierdie persoon tot stand en vind 'n oordrag van sommige of vermindering van die eenaar se eiendomsbevoegdhede plaas.<sup>10</sup> In ander gevalle (byvoorbeeld retensieregte en stilswyende hipoteke) ontstaan beperkte saaklike regte deur regswerking. 'n *Ius in re aliena* sluit ook 'n mate van aanspraak op, of beheer oor die eiendom van 'n ander in.<sup>11</sup> Die volgende vier kategorieë beperkte saaklike regte word onderskei, hoewel daar nie 'n *numerus clausus* bestaan nie:<sup>12</sup> serwitute; saaklike sekerheidsregte, naamlik pand, verband, retensieregte en hipoteke; minerale regte; en ander beperkte saaklike regte (soos huurpag).

5 *Gien v Gien* 1979 2 SA 1113 (T) 1120; *Regal v African Superslate* 1963 1 SA 102 (A) 106–107.

6 Delpont en Olivier *Sakereg vonnisbundel* (1985) 141–198; Rabie 1985 *Acta Juridica* 290–304; Silberberg en Schoeman *Law of property* (1983) 162–199.

7 Ander hoofkategorieë behels oa bureregtelike en publiekregtelike beperkings asook die verskeidenheid beperkte saaklike regte.

8 Sien in die algemeen Cronje “Die aard van die *fideicommissarius* se reg” 1981 *THRHR* 85–88; Van der Merwe *Spes fideicommissi of ius in personam*” 1965 *THRHR* 138–141.

9 Delpont *Die Suid-Afrikaanse eiendomsreg en die praktyk* (1987) 8–13 157–168.

10 Van der Merwe 458 is van mening dat dit regswetenskaplik suiwerder is om van 'n opskorting van eiendomsbevoegdhede (ipv afstanddoening van bepaalde regte) te praat. Andersins word die “*subtraction from the dominium*”-toets in sommige gevalle deur die houe nagevolg (sien oa *Ex parte Geldenhuys* 1926 OPD 155; *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions v Registrar of Deeds* 1953 1 SA 600 (K); vgl ook Delpont en Olivier 534–542).

11 Delpont en Olivier 6.

12 Olivier, Pienaar en Van der Walt *Statutêre sakereg* (1988) “Serwitute” 1; Van der Merwe par 45.



Beperkende voorwaardes<sup>13</sup> in *eng* sin word in die algemeen as 'n tipiese Suid-Afrikaanse verskynsel beskou wat nou saamhang met die oprigting van nuwe dorpsgebiede.<sup>14</sup> Hierdie voorwaardes word in die titelaktes van erwe binne 'n bepaalde dorpsgebied deur die oorspronklike dorpseienaar of -ontwikkelaar opgelê. Aangesien dit die genots- en gebruiksbevoegdhede van die grondeienaar raak, word sy *dominium* hierdeur ingekort.<sup>15</sup> Registrasie van beperkende voorwaardes vestig wederkerige verpligtinge ten gunste en ten laste van alle erwe wat deel van die bepaalde dorpskema uitmaak, hoewel die titelaktes nie altyd duidelik laat blyk wie die spesifieke reghebbendes is nie.

Wat die regsraad betref, word daar in die algemeen tussen saaklike en persoonlike beperkende voorwaardes onderskei:<sup>16</sup>

(a) Saaklike beperkende voorwaardes word ten gunste van al die eenaars van grondstukke (in hul hoedanigheid van grondstukeenaars) wat deel van die betrokke dorpskema uitmaak, opgelê en kan deur enige van die erfeienaars afgedwing word.<sup>17</sup>

(b) Persoonlike beperkende voorwaardes word ten gunste van die dorpsontwikkelaar/(-eienaar) in sy persoonlike hoedanigheid opgelê en kan in die reël slegs deur hom afgedwing word.<sup>18</sup>

In die bespreking wat volg, word die regsraad van beperkende voorwaardes in *eng* sin, die regsfiguur wat dit ten grondslag lê, die rol van die dorpsbeplanning-skema, die uitleg van die beperkende voorwaardes en die vraagstuk van *locus standi* ondersoek.

### 3 DIE REGSAARD VAN BEPERKENDE VOORWAARDES IN ENG SIN

#### 3 1 Omskrywing

Oor die presiese regsraad van beperkende voorwaardes bestaan daar nog nie duidelikheid nie. In die algemeen word beperkende voorwaardes<sup>19</sup> as serwitêre

13 Na aanleiding van *Elliston v Reacher* 1908 2 Ch D 374 word die begrippe *restrictive condition* en *covenant* as sinonieme vir beperkende voorwaarde gebruik. Van Wyk *Restrictive conditions as urban land-use planning instruments* (LLD-proefskrif Unisa 1990) 49 onderskei tussen *non-statutory* – wat gewoonlik in die titelaktes geregistreer word – en *statutory restrictions* – wat nie noodwendig in die titelaktes geregistreer word nie (bv dorpsstigtingvoorwaardes). *Restrictive covenants* maak deel van die eerste kategorie uit; die begrip *covenant* is 'n aanduiding dat 'n ooreenkoms die grondslag vir die betrokke voorwaarde vorm (*idem* 64). Vir doeleindes van hierdie bespreking word die begrip “voorwaarde in *eng* sin” gebruik.

14 Sien in die algemeen Joubert “Beperkende voorwaardes in die titelaktes van grond” 1960 *THRHR* 174–189; Olivier, Pienaar en Van der Walt “Serwitute” 7, “Fisiese beplanning” 10; Van der Merwe *Sakereg* (1989) 501.

15 *Alexander v Johns* 1912 AD 431 444; *Ex Parte Gold* 1956 2 SA 642 (T); Carey Miller *Acquisition and protection of ownership* (1986) 209–210; Delpont en Olivier 653; Silberberg en Schoeman 408.

16 De Beer en Rorke *Newall's law and practice of deeds registration* (1964) 144; Delpont en Olivier 654; Hall en Kellaway *Servitudes* (1976) 107; Silberberg en Schoeman 408; Van der Merwe 503–504.

17 In die algemeen word na hierdie beperkende voorwaardes as saaklike serwitute verwys, hoewel hulle in *wese* oor addisionele eienskappe beskik.

18 Silberberg en Schoeman 408; *Hollins v Registrar of Deeds* 1904 TS 603; *Lorentz v Melle* 1987 3 SA 1044 (T).

19 Die bespreking geskied aan die hand van beperkende voorwaardes in *eng* sin. Hieronder word verstaan daardie beperkende voorwaardes wat aangetref word in die titelaktes van



belastings beskou.<sup>20</sup> Die hoedanigheid van die persoon wat deur die beperkings bevoordeel word, sal bepaal of die beperkende voorwaarde as 'n saaklike of persoonlike serwituut beskou word.<sup>21</sup>

Beperkende voorwaardes is daardie voorwaardes wat opgelê word deur die aanvanklike dorpsieenaar of -ontwikkelaar en teen die titelaktes (van erwe geleë binne dieselfde dorpsgebied) geregistreer word om sodoende 'n beperking op die genot en gebruik van die erwe te plaas.<sup>22</sup> Swart dorpe, plaasgrond en ander grondstukke (byvoorbeeld in selfregerende gebiede) word vir doeleindes van hierdie bespreking uitgesluit, asook ander beperkende voorwaardes op individuele dorpsere wat nie met beplanning en regulering in die algemeen verband hou nie, byvoorbeeld erfregtelike en testamentêre beperkings.

### 3 2 Saaklike en persoonlike beperkende voorwaardes

Die Suid-Afrikaanse reg<sup>23</sup> gaan uit van die standpunt dat die onderskeid tussen saaklike en persoonlike serwitute verband hou met die onderskeid tussen saaklike en persoonlike beperkende voorwaardes.<sup>24</sup>

Soos gesê is, word algemeen aanvaar dat 'n persoonlike beperkende voorwaarde daargestel word wanneer die beperking ten gunste van die dorpsieenaar of -ontwikkelaar opgelê word.<sup>25</sup> Word die beperking ten gunste van ander erfeienaars (in hul hoedanigheid van grondstukeienaars) opgelê, word aanvaar

*vervolg van vorige bladsy*

- erwe in die algemeen geleë in dorpsgebiede wat met die stigting, ontwikkeling en regulering van dorpsgebiede verband hou en waardeur die genot en gebruik van die grond beperk word (sien Delport en Olivier 654; Joubert 1960 *THRHR* 184 – 185; Olivier, Pienaar en van der Walt "Fisiese beplanning" 10; Silberberg en Schoeman 408; Van der Merwe 502; vgl ook *Ex Parte Johannesburg Diocesan Trustees* 1936 TPD 21 24; *Ex Parte Jerrard* 1934 WLD 87; *Malan v Ardconnel Investments* 1988 2 SA 12 (A) 390).
- 20 Sien in die besonder die kritiek wat Van Wyk 99 – 105 opper teen die beginsel dat beperkende voorwaardes serwitêre belastings is. In effek strek beperkende voorwaardes baie wyer as serwitute aangesien eg nie aan die formele vereistes van lg moet voldoen nie – so word daar oa afstand gedoen van die *vicinitas*- en die twee erwe-vereiste. Omdat beperkende voorwaardes en serwitute soortgelyke kenmerke vertoon, is hulle sonder meer in regspraak aan mekaar gelygestel. Daar word egter aan die hand gedoen dat hoewel beperkende voorwaardes analoog is aan serwitute, hulle nie noodwendig in wese identies is nie.
- 21 Sien in die algemeen *Administrator Transvaal v Lotz* 1960 2 SA 135 (T); *Cohen v Verwoerdburg Town Council* 1983 1 SA 334 (A); *Ex Parte Mackensie* 1960 1 SA 793 (W); *Oertel v Direkteur Plaaslike Bestuur* 1983 1 SA 354 (A); *Peri-Urban Areas Health Board v Estate Breet* 1958 3 SA 783 (T).
- 22 Delport en Olivier 653; Hall en Kellaway 107; Joubert 1960 *THRHR* 174; Maasdorp en Hall *Law of property* (1976) 155; Silberberg en Schoeman 408; Van der Merwe 501.
- 23 Delport en Olivier 653 – 654; Hall en Kellaway 107 – 109; Joubert 1960 *THRHR* 174; Olivier, Pienaar en Van der Walt "Fisiese beplanning" 10, "Serwitute" 3 – 4; Silberberg en Schoeman 408; Van der Merwe 458 – 459 503 – 504.
- 24 Van Wyk 97 maak beswaar teen die gelykstelling van beperkende voorwaardes aan onderskeidelik saaklike en persoonlike serwitute: na 1940 is daar meer klem geplaas op die verskynsel dat oorspronklike verkopers beperkende voorwaardes tot hul eie persoonlike voordeel oplê. Hierdie verskynsel is oor die boeg van persoonlike serwitute gegooi. Van Wyk huldig die mening dat beklemtoning van die *onderskeid* (tussen persoonlike en saaklike beperkende voorwaardes) daartoe bygedra het dat die werklike regsraad daarvan nooit ondersoek is nie, maar in die serwituutraamwerk ingedwing is en sedertdien nog net so toegepas word.
- 25 Hall en Kellaway 108; Joubert 1960 *THRHR* 174 188 – 189; Van der Merwe 504.

dat dit 'n saaklike beperkende voorwaarde daarstel:<sup>26</sup> "In essence it is therefore always either a praedial or personal servitude."<sup>27</sup>

Slegs diegene ten gunste van wie (in persoonlike hoedanigheid of in die hoedanigheid van eienaar van die heersende erf) die beperking opgelê is, is bevoeg om toe te sien dat die beperking nagekom en in stand gehou word.<sup>28</sup> By persoonlike beperkende voorwaardes beskik die oorspronklike dorpsontwikkelaar of -eienaar gevolglik oor die nodige *locus standi*.<sup>29</sup> In die geval van saaklike beperkende voorwaardes verskil die posisie in dié opsig dat registrasie van die betrokke beperking wederkerige serwitute vestig ten gunste *en* ten laste van alle erwe wat deel van die bepaalde dorpskema uitmaak.<sup>30</sup> Erwe wat deur so 'n beperking geraak word, is dus gelykertyd dienende en heersende erwe.<sup>31</sup> Die onderskeie grondeienaars in hul hoedanigheid van erfeienaars van die grondstukke ten gunste waarvan die beperking wederkerig opgelê is, het by saaklike beperkende voorwaardes die kompetensie om nakoming van die beperking af te dwing.

Vanweë die besondere registrasiewyse van beperkende voorwaardes in die geval van dorpsgebiede, is dit soms moeilik om te bepaal of dit 'n saaklike of 'n persoonlike beperkende voorwaarde is.<sup>32</sup> Registrasie van die beperking vind in die akte van die dienende erf plaas *sonder* om te vermeld welke persoon (in persoonlike hoedanigheid of in sy hoedanigheid van grondstukeienaar) reghebbende is.<sup>33</sup> Die rede vir hierdie besondere registrasiewyse van beperkende voorwaardes hou verband met die feit dat beperkende voorwaardes as 'n besondere soort serwituut beskou word.<sup>34</sup> In die Suid-Afrikaanse reg is dit voldoende vir registrasiedoeleindes om 'n serwituut teen die titelakte van die dienende grond

26 Sien in die algemeen Joubert 1960 *THRHR* 181 – 187; Silberberg en Schoeman 408 – 410; Van der Merwe 503. Hierby moet in gedagte gehou word dat opvolging in titel van toepassing is aangesien die (saaklike) beperkende voorwaarde teen die titelaktes van al die betrokke erwe geregistreer word. In effek word die *grond* as sodanig belas en bly die beperking van krag al verwissel die grondstuk van eienaars.

27 Silberberg en Schoeman 408.

28 Sien in die algemeen Hall en Kellaway 107 – 109; Joubert 1960 *THRHR* 184; *Alexander v Johns* 1912 AD 431; *Cannon v Picadilly Mansions* 1934 WLD 191; *Dadoo v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530 541; *Ex Parte Cliffsides Flat* 1941 CPD 449.

29 *Ex Parte Ewenwel* 1937 WLD 1; *Ex Parte Jerrard* 1934 WLD 87 96; *Ex Parte Messaris and Anastasiou* 1946 CPD 233; *Ex Parte Parow Municipality* 1942 CPD 316; *Ex Parte Steinberg* 1940 CPD 1; *Norbeck v Rand Township Registrar* 1984 1 SA 1037 (W) 1043.

30 Hall en Kellaway 107; Joubert 1960 *THRHR* 183; *Malan v Ardconnel Investments* 1988 2 SA 12 (A).

31 Delpont en Olivier 659 – 660; Hall en Kellaway 107 – 108; Joubert 1960 *THRHR* 183; Silberberg en Schoeman 410; Van der Merwe 501; sien ook *Alexander v Johns* 1912 AD 431 443; *Dadoo v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530 532; *Hattingh v Robertson* (1904) 21 SC 273 276.

32 Delpont en Olivier 654; Heyl *Grondregistrasie in Suid-Afrika* (1977) 57; Jones *Conveyancing in South Africa* (1985) 247; Joubert 1960 *THRHR* 176; Van der Merwe 502; vgl verder par 6 2 tav die uitleg van beperkende voorwaardes.

33 Delpont en Olivier 654; Heyl 57 – 59; Joubert 1960 *THRHR* 176; Van der Merwe 358; vgl ook *Consistory of Steytlerville v Bosman* (1893) 10 SC 67 69; *Ex Parte Jerrard* 1934 WLD 87 95; *Ex Parte Will Hare* 1958 4 SA 416 (K) 418. Die verbandhoudende probleem mbt die bepaling van die reghebbende(s) se identiteit word hieronder (par 7 2) bespreek.

34 Sien in die algemeen Laurens *Inleiding tot die studie van aktebesorging* (1984) 47 – 49.

te registreer sonder dat die serwituut in die titelakte van die heersende erf vermeld hoef te word.<sup>35</sup> Hierdie prosedure is net so op die registrasie van beperkende voorwaardes oorgedra.<sup>36</sup>

#### 4 STIPULATIO ALTERI AS ONDERLIGGENDE REGSFIGUUR BY SAAKLIKE BEPERKENDE VOORWAARDES

##### 4 1 Algemeen

In 1912 neem regter Bristowe die voortou en wend die *stipulatio alteri* (beding ten behoeve van 'n derde) as grondslag vir die besondere kontraktuele verhouding aan.<sup>37</sup> Sedertdien word in regspraak in die algemeen die standpunt ingeneem dat 'n beperkende voorwaarde deur 'n *stipulatio alteri* fundeer word.<sup>38</sup> Deur sodanige konstruksie word aanvaar dat die oorspronklike eienaar deur registrasie van beperkende voorwaardes teen die titelaktes, by die verkoop en oordrag van die grond 'n serwituut ten gunste van alle huidige en toekomstige erfeienaars kan vestig.<sup>39</sup>

##### 4 2 *Stipulatio alteri* ingevolge die kontraktereg

Ingevolge die kontraktereg het die *stipulatio alteri* die volgende inhoud:

(a) *Die bedoeling om 'n derde te bevoordeel.* Hierdie bedoeling moet aanwesig wees en duidelik uit die beding tussen die twee kontraktante blyk.<sup>40</sup>

(b) Die bevoordeelde moet die *bevoordeling aanvaar* en dienooreenkomstig kennis gee van die aanvaarding.<sup>41</sup>

(c) As die bevoordeling met 'n las of beswaring gepaard gaan en die voordeel word aanvaar, word die begunstigde geag ook die *las of beswaring te aanvaar* het.<sup>42</sup>

35 *Malan v Ardconnel Investments* 1988 2 SA 12 (A) 37H–38A; *Van Vuuren v Registrar of Deeds* 1897 TS 289 295.

36 Joubert 1960 *THRHR* 176; Silberberg en Schoeman 410. Tav die registrasie van serwitude sien in die algemeen Hall en Kellaway 24–34; Heyl 57–59; Jones 247; Maasdorp en Hall 154–156; *Workman v Hughes* 1948 3 SA 502 (A).

37 *Alexander v Johns* 1912 WLD 91 100.

38 Delpont en Olivier 654; Hall en Kellaway 107; Joubert 1960 *THRHR* 180–181; Silberberg en Schoeman 411; Van der Merwe 504.

39 Delpont en Olivier 654; Hall en Kellaway 107–109; Heyl 57–59; Jones 247–248; Joubert 1960 *THRHR* 176–177; Van der Merwe 502–503.

40 McKerron "The juristic nature of contracts for the benefit of third parties" 1929 *SALJ* 388; vgl ook *Crookes v Watson* 1956 1 SA 277 (A); *Jankelow v Binder, Gering and Co* 1927 TPD 364; *Salisbury Bottling Co v Lomagundi Distributors* 1965 3 SA 503 (SR) 510C–F.

41 Malan "Gedagtes oor die beding ten behoeve van 'n derde" 1976 *De Jure* 86; McKerron 1929 *SALJ* 394; *Avondson Trust v Wouda* 1975 2 SA 444 (T); Joubert v Enslin 1910 AD 6 29; *McCulloch v Fernwood Estate* 1920 AD 204.

42 McKerron 1929 *SALJ* 390 394; sien ook *Crispette and Candy Co v Michaelis* 1947 4 SA 521 (A); *Driftwood Properties v McLean* 1971 3 SA 591 (A) 597D–E; *McCulloch v Fernwood Estate* 1920 AD 204; *McKenzie v Farmers' Co-operative Meat Industries* 1922 AD 16 22; *Reid v Jeffreys Bay Property Holdings* 1976 3 SA 134 (K); *R v Nel* 1921 AD 339 334.



### 4 3 *Stipulatio alteri* by die vestiging van beperkende voorwaardes

Die ontwikkeling van die beding ten behoewe van 'n derde as regsfiguur by beperkende voorwaardes word hieronder aan die hand van regspraak geïllustreer. Die volgende elemente van die *stipulatio alteri* kan kortliks onderskei word:<sup>43</sup>

- (a) 'n Kontraktant (in hierdie geval die oorspronklike erfeienaar wat ook as gemeenskaplike verkoper optree) . . .
- (b) beding 'n voordeel met die aanvanklike koper<sup>44</sup> (Die oomblik wanneer 'n voordeel dus ten gunste van byvoorbeeld X beding word, word 'n las van toepassing op 'n ander toekomstige koper ook beding. Net so word 'n las van toepassing op X beding wanneer daar met 'n ander koper (byvoorbeeld Y) 'n voordeel beding word. Daar is gevolglik vir elke erfeienaar 'n las ten opsigte van die ander erfeienaars se voordeel.) . . .
- (c) ten gunste van alle huidige en toekomstige erfeienaars<sup>45</sup> . . .
- (d) mits die bedoeling daarvoor blyk.<sup>46</sup>

### 4 4 Regspraak

In *Alexander v Johns*<sup>47</sup> het die betrokke beperkende voorwaarde die okkupasie van persone wat onder meer aan die Indiër-groep behoort, verbied. *In casu* is die stuk grond aan 'n blanke (L) verhuur wat dit op sy beurt aan 'n Indiër (M) onderverhuur het. Die hof gaan hier van die standpunt uit dat elke oorspronklike huurder (hier L)<sup>48</sup> met die grondeienaar ooreengekom het om enersyds die beperking wat hom opgelê is, te *duld* en andersyds die *voordeel te aanvaar* wat voortspruit uit die soortgelyke beperkings wat opgelê is op ander huurders toe hulle die huurkontrak onderteken het:<sup>49</sup>

“Each contract with the common landlord was made for the benefit of third parties, and each involved an acceptance of similar benefits from time to time from those parties.”

In die uitspraak wat daarop gevolg het, naamlik *Dadoo v Krugersdorp Municipal Council*,<sup>50</sup> word uitdruklik bevind dat dit moontlik is vir een persoon om 'n voordeel ten gunste van 'n ander te beding.<sup>51</sup> Hiertydens is egter 'n verdere vereiste bygevoeg, naamlik dat die bevoordeelde inderdaad die voordeel moet

43 Sien in die algemeen Delport en Olivier 654 – 600; Hall en Kellaway 107 – 109; Joubert 1960 *THRHR* 180 – 181; Silberberg en Schoeman 408 – 411; Van der Merwe 502 – 503.

44 Regspraak het gewoonlik van die standpunt uitgegaan dat dit uit die bestaan al dan nie van 'n bouskema afgelei kan word (*Alexander v Johns* 1912 AD 431 443; *Cannon v Picadilly Mansions* 1934 WLD 187 191; *Castelijn v Sim* 1929 NLR 235; *Nestadt v Hope* 1928 WLD 31; *Norbeck v Rand Townships Registrar* 1948 1 SA 1037 (W) 1043; *Norwood Township Syndicate v Dawson* 1910 TPD 235; *Venter v Duff* 1946 OPD 294 302).

45 Die oorspronklike kopers beskik dus oor die bevoegdheid om die betrokke beperkende voorwaardes sowel *inter se* as teenoor toekomstige kopers af te dwing (sien ook Van Wyk 87).

46 Dit kan uit die omringende omstandighede afgelei word (vgl *Ex Parte Messiaris and Anastasiou* 1946 TPD 233 240; *Ex Parte Parow Municipality* 1942 TPD 316 324).

47 1912 AD 431.

48 Beperkende voorwaardes is ook teen huurders of onderhuurders afdwingbaar (Van Wyk 209; vgl ook *Creaser v Smit* 1948 4 SA 302 (T); *Dunbar v Rossmaur Mansions* 1946 WLD 235; *Goldberg v Beder* 1938 WLD 198; *Malan v Ardconnel Investments* 1988 2 SA 12 (A) 361).

49 443 – 444.

50 1920 AD 530.

51 532.



aanvaar het. Aanvaarding kan stilswyend<sup>52</sup> of uitdruklik<sup>53</sup> geskied.<sup>54</sup> Dit kan ongetwyfeld problematies wees om te bepaal of die voordeel inderdaad aanvaar is. Word daar egter op *Alexander v Johns* gesteun, kan aanvaar word dat die voordeel aangeneem is die oomblik wanneer die kontraktante die koopkontrak onderteken het.

Wat die inhoud van hierdie tipe kontrakte betref, word in *Eiffel Mansions v Cohen*<sup>55</sup> bevind dat die beding ten behoeve van 'n derde soms uitdruklik in die koopkontrak bewoord kan word en soms (waar dit nie uitdruklik omskryf is nie) uit die bedoeling van die woorde afgelei moet word.<sup>56</sup> Die bestaan van 'n kontrak waardeur 'n ander begunstig word, is egter noodsaaklik.<sup>57</sup> Hierdie aspek is ook in *Ex Parte Will Hare*<sup>58</sup> benadruk. Soos in die *Eiffel*-uitspraak,<sup>59</sup> word beslis dat die bedoeling van die partye uit die omringende omstandighede afgelei kan word in gevalle waar die kontrak nie die beding woordeliks uitstip nie. Die vraag of daar inderdaad so 'n kontrak gesluit is waardeur 'n ander bevoordeel word, is 'n feitevraag wat telkens op grond van die tersaaklike feite voor die hof beantwoord word.<sup>60</sup>

Die beginsels soos in bogenoemde uitsprake uiteengesit word, word ook in *Swiss Hotels v Pederson*<sup>61</sup> nagevolg. Sowel die regskonstruksie, naamlik die *stipulatio alteri*, as die bewys en uitleg daarvan word bevestig:<sup>62</sup>

“The right of lot holders, in certain instances, to enforce *inter se* restrictive conditions contained in their respective deeds of title is founded upon the concept of a contract, or stipulation, for the benefit of a third party.”

#### 4 5 Gevolgtrekking

Met verwysing na bogenoemde regspraak kan die volgende afleiding met betrekking tot die beding ten behoeve van 'n derde gemaak word:

- (a) Die beding ten behoeve van 'n derde (*stipulatio alteri*) is 'n erkende regsfiguur in die Suid-Afrikaanse reg by die vestiging en afdwinging van saaklike beperkende voorwaardes.
- (b) Daar moet 'n kontrak bestaan waarin die voordeel beding word.
- (c) Die voordeel wat beding word, kan uitdruklik in die kontrak bewoord of deur noodwendige implikasie uit die bewoording afgelei word.

52 *Eiffel Mansions v Cohen* 1945 WLD 200 205.

53 *Ibid.*

54 In die geval van bouskemas word met 'n fiksie gewerk aangesien aanvaarding van die voordeel tydens kontraksluiting veronderstel word (sien *Ex Parte Messiaris and Anastasiou* 1946 CPD 233 239).

55 1945 WLD 200.

56 Dit kan uit die koopakte (*Eiffel Mansions v Cohen* 1945 WLD 200 205; *Venter v Duff* 1946 OPD 294 301) of die oordragakte (*Ex Parte Enfield Nursing Home* 1945 NPD 152 157; *Ex Parte Messiaris and Anastasiou* 1946 CPD 233 240; *Venter v Duff* 1946 OPD 294 301) of enige ander relevante getuienis, bv taalgebruik, (*Ex Parte Steinberg* 1940 CPD 1 5; *Ex Parte Will Hare* 1958 4 SA 416 (K) 418E–F) afgelei word.

57 *Eiffel Mansions v Cohen* 1945 WLD 200 205; *Ex Parte Steinberg* 1940 CPD 1 4; *Norbeck v Rand Townships Registrar* 1948 1 SA 1037 (W) 1046; *Venter v Duff* 1946 OPD 294 301.

58 1958 4 SA 416 (K).

59 1945 WLD 200.

60 *Eiffel Mansions v Cohen* 1945 WLD 200 205; *Ex Parte Steinberg* 1940 CPD 1 4; *Norbeck v Rand Townships Registrar* 1948 1 SA 1037 (W) 1046; *Venter v Duff* 1946 OPD 294 301.

61 1966 1 SA 197 (K).

62 207F.

- (d) In gevalle waar dit onduidelik is of daar 'n voordeel beding is, kan dit uit die omringende omstandighede afgelei word.
- (e) Die bestaan van 'n kontrak al dan nie is 'n feitevraag en word bepaal deur die besondere feite en bewyse voor die hof.
- (f) Die regspraak vereis dat die voordeel deur die begunstigdes aanvaar moet word.
- (g) Omdat dit soms moeilik is om aan te toon of 'n koper (wat ook toekomstige kopers insluit) inderdaad die voordeel aanvaar het, gaan die regspraak van die standpunt uit dat ondertekening van die kontrak deur die oorspronklike koper voldoende aanduiding is dat die voordeel wel aanvaar is.

## 5 ROL VAN DIE DORPSBEPLANNINGSKEMA

### 5 1 Inleiding

Aangesien dorpsbeplanning en dorpsbeplanningskemas so nou verbonde is aan die oplegging van beperkende voorwaardes op grond, word die rol van die dorpsbeplanningskema hier kortliks vermeld. Slegs die verband tussen beperkende voorwaardes (eng) en dorpsbeplanningskemas word hier aangeraak en dorpsbeplanning as sodanig word nie volledig bespreek nie.<sup>63</sup>

Die algemene doel van 'n dorpsbeplanningskema is om voorsiening te maak vir die beplanning van en ordelike beheer oor die ruimtelike benutting van grond binne die grense van 'n bepaalde dorp.<sup>64</sup> Die onderskeie provinsiale ordonnansies beoog in die algemeen die gekoördineerde en harmonieuse ontwikkeling van 'n betrokke gebied ten einde die gesondheid, veiligheid, goeie orde, aantreklikheid, geroef en algemene welsyn van die inwoners daarvan te bevorder en te verseker.<sup>65</sup>

### 5 2 Prosedure by opstel en inwerkingtreding

Die verskillende provinsiale ordonnansies reël onderskeidelik die betrokke prosedures by die opstel en inwerkingtreding van dorpsbeplanningskemas in die provinsies.

'n Dorpsbeplanningskema word opgestel ten opsigte van alle of slegs sekere grond geleë binne die bepaalde munisipale gebied. Tydens die voorbereidingsfase is daar enkele aspekte waaraan die plaaslike bestuur deeglik aandag moet

63 Behalwe waar andersins uitdruklik vermeld word, vind hierdie bespreking in die lig van die Ordonnansie op Dorpsbeplanning en Dorpe 15 van 1986 (T) met enkele verwysings na die vorige Ordonnansie 25 van 1965 (T) plaas. Die ordonnansies wat dorpsstigting in die ander provinsies reël, is die Ordonnansie op Grondgebruikbeplanning 15 van 1986 (K); die Ordonnansie op Dorpe 9 van 1969 (O) en die Dorpsbeplanningsordonnansie 27 van 1949.

64 Lewis "The modern concept of ownership of land" 1985 *Acta Juridica* 249; Olivier, Pienaar en Van der Walt "Fisiese beplanning" 15; Silberberg en Schoeman 408 – 409.

65 Meyer "Townships and town planning" 1987 *LAWSA* par 398; Olivier, Pienaar en Van der Walt "Fisiese beplanning" 16; Van der Merwe LJ "Die ontwikkeling en stigting van nuwe dorpe" 1983 *De Jure* 285. In *McCulloch v Munster Health Committee* 1979 4 SA 723 (D) 726B – E word beslis dat 'n dorpsbeplanningskema in die algemene belang van die bepaalde gemeenskap waarop die skema van toepassing is, opgestel word. Sien egter Lewis 1985 *Acta Juridica* 249 tav kritiek teen die gebruik van 'n dorpsbeplanningskema as grondslag vir stedelike beplanning.

skenk, onder andere grondbewaring, die voorkoming van en beheer oor afvalprodukte en water- en kragvoorsiening. Nakoming van statutêr voorgeskrewe prosedures tydens die opstel en inwerkingstelling van 'n dorpsbeplanningskema is verpligtend.

In die algemeen maak die onderskeie provinsiale ordonnansies voorsiening daarvoor dat die skema reeds 'n bepaalde mate van gelding kan verkry selfs voordat dit deur die administrateur goedgekeur en amptelik as sodanig geproklameer word.<sup>66</sup>

'n Geproklameerde dorpsbeplanningskema het regsrag ("force of law"<sup>67</sup>) en ingevolge sodanige skema kan in sekere gevalle regte ontnem word wat voorheen bestaan het en in ander gevalle nuwe regte geskep word.<sup>68</sup> Sodra die dorpsbeplanningskema geproklameer is, is sowel die plaaslike bestuur as alle inwoners van die gebied daaraan gebonde.<sup>69</sup> Die effek van dié afdwingbaarheid is dat *geen* handeling op of in verband met grond in daardie gebied in stryd met die dorpsbeplanningskema uitgevoer of toegelaat mag word nie.<sup>70</sup> Enige optrede in stryd met die bepalings van 'n dorpsbeplanningskema (bou, oprig, toelaat dat daar gebou of opgerig word of enige ander optrede of gebruik in stryd daarmee) stel die plaaslike bestuur in staat om te eniger tyd die oortreder skriftelik in kennis te stel om (i) sy optrede te staak (op eie onkoste); (ii) in ooreenstemming met die skema te handel; en (iii) binne 'n vasgestelde tydperk aan dié voorskrifte te voldoen.<sup>71</sup> 'n Persoon wat versuim om aan die vereistes te voldoen, is aan 'n misdryf skuldig.<sup>72</sup>

In die skema word daar gewoonlik voorsiening gemaak vir toestemmingsgebruike vir 'n bepaalde grondstuk.<sup>73</sup> Die administrateur of plaaslike bestuur het die bevoegdheid om op aansoek bepaalde gebruike van die grond te magtig wat nie as sodanig in die skema vermeld word nie.<sup>74</sup> Die plaaslike bestuur beskik ook oor die diskresie om sekere bepalings van die skema te verslap of om persone of instansies (onderworpe aan bepaalde voorwaardes) daarvan vry te stel (gewoonlik word die voorwaardes baie deeglik in die skema uiteengesit). As grond of geboue onderworpe aan 'n toestemmingsgebruik op 'n bepaalde manier aangewend wil word, moet skriftelik aansoek gedoen word om toestemming. Kennisgewing van aansoek om 'n toestemmingsgebruik moet gegee word.

66 In *Rudolph v Klerksdorp Town Council* 1954 2 SA 451 (T) 454E–F word beslis dat 'n plaaslike bestuur optrede of gebruik (van grond) wat in stryd is met bepalings van 'n skema wat voorgelê word maar nog nie goedgekeur is nie, mag verbied. Daar rus 'n regsplig op die plaaslike bestuur om toe te sien dat daar nie in stryd met die skema opgetree word nie (Meyer 1987 *LAWSA* par 390 402).

67 Meyer 1987 *LAWSA* par 407.

68 *Cape Town Municipality v Belletuin* 1979 2 SA 861 (A) 881; *Klerksdorp Town Council v Flamwood Estates* 1959 3 SA 715 (T).

69 Olivier, Pienaar en Van der Walt "Fisiese beplanning" 52; Van der Spuy "The prohibition against sale of erven in unapproved townships" 1977 *SALJ* 205; Van Rhijn "Die verbod op die verkoop van ongeproklameerde erwe" 1980 *MB* 32.

70 'n Hof kan ook genader word vir die afdwinging en instandhouding van die skema (*BEFC v Cape Town Municipality* 1983 2 SA 387 (K) 400 401; sien ook Meyer 1987 *LAWSA* par 390).

71 Meyer 1987 *LAWSA* par 389 390.

72 Olivier, Pienaar en Van der Walt "Fisiese beplanning" 52; *Transvaalse Raad vir die Ontwikkeling van Buitestedelike Gebiede v Venter* 1985 3 SA 979 (T).

73 Meyer 1987 *LAWSA* par 455; Olivier, Pienaar en Van der Walt "Fisiese beplanning" 69.

74 *Ibid.*



Indien enige besware teen die verlening van 'n toestemmingsgebruik geopper word, moet die aansoek deur 'n volledige lys van besware vergesel word. Verlening van 'n toestemmingsgebruik kom nie neer op 'n wysiging van die dorpskema nie, maar is 'n verlenging of aanvulling daarvan waarvoor in die skema voorsiening gemaak word.<sup>75</sup>

### 5.3 Formulering van beperkende voorwaardes in stryd met 'n beplanningskema

'n Dorpsbeplanningskema, nadat dit goedgekeur en geproklameer is (en in 'n sekere mate selfs daarvóór), is op sowel alle inwoners van die gebied as die plaaslike bestuur van toepassing. Enige handeling in stryd met dié bepalings stel 'n misdryf daar. 'n Vraag wat egter gestel kan word, is wat die regsposisie is indien 'n beperkende voorwaarde wat in die titelakte geregistreer is en 'n bepaling van die dorpsbeplanningskema in stryd met mekaar is. 'n Persoon wat uit hoofde van sy geregistreerde titelvoorwaarde handel, is dus (onbewustelik) besig om die dorpsbeplanningskema te oortree. Uit die regspraak blyk die volgende:

In *Shell v Alexene Investments*<sup>76</sup> word verklaar:

“A subsequent town planning scheme does *not* override conditions of title imposed on an erf. Where there is a conflict the conditions of title prevail.”<sup>77</sup>

Insgelyks lui die uitspraak in *Malan v Ardconnel Investments*:<sup>78</sup>

“A town planning scheme does *not* overrule registered restrictive conditions in title deeds. Consent in terms of a town planning scheme does *not per se* authorise the user of an erf contrary to its registered restrictive conditions.”<sup>79</sup>

Hierdie twee hofsake maak dit duidelik dat in die geval van 'n botsing geregistreerde beperkende voorwaardes in titelaktes voorrang bo bepalings in 'n dorpsbeplanningskema geniet.<sup>80</sup> Die beperkende voorwaarde geregistreer in die titelakte moet dus nagevolg word hoewel dit effektief van die beplanningskema verskil.

Die blote feit dat die plaaslike bestuur toestemming verleen (die *Malan*-saak) om in stryd met die beperkende voorwaarde op te tree, is nie voldoende om die optrede regmatig te maak nie. Hierdie uitspraak beklemtoon dat daar statutêre voorgeskrewe prosedures bestaan vir die opheffing en verwydering van beperkende voorwaardes en dat daardie kanale gebruik moet word.<sup>81</sup> Toestemming deur die plaaslike bestuur kan dus *nie* onregmatige optrede (in stryd met die beperkende voorwaardes) regmatig maak nie.

75 *De Vroeg v Stadsraad van Randburg* 1970 2 SA 132 (W) 141A; Olivier, Pienaar en Van der Walt “Fisiese beplanning” 69.

76 1980 1 SA 683 (W).

77 698; eie kursivering.

78 1988 2 SA 12 (A).

79 40E; eie kursivering.

80 Slegs geregistreerde beperkende voorwaardes is hier van toepassing. Sou dit dus gebeur dat sekere bedinge dmv 'n *stipulatio alteri* plaasgevind het, maar die voorwaardes daarin beliggaam nog nie geregistreer is nie, is slegs vorderingsregte geskep. Dit wil dus voorkom of beperkende voorwaardes in hierdie omstandighede nie noodwendig voorrang bo 'n dorpsbeplanningskema sal geniet nie vanweë die afwesigheid van vooraf registrasie.

81 Opheffing en verwydering van beperkings word in 'n opvolgende artikel in besonderhede bespreek.



Hierteenoor moet die beslissing in *Stadsraad van Vanderbijlpark v Uys*<sup>82</sup> oorweeg word. Appèlregter Kumleben sê naamlik:

“Bygevolg bevind ek dat die gebruik van die erf deur respondent uitsluitlik as spreekkamers vir sy mediese praktyk deur die bepalings van die (dorpsbeplanning)skema belet word. *In die lig van bogenoemde is dit onnodig om te besluit of sodanige gebruik ook teen die stigtingsvoorwaardes of teen die voorwaardes van die titelakte indruis.*”<sup>83</sup>

In hierdie uitspraak is na 'n baie volledige en indringende ondersoek van die dorpsbeplanningskema tot die slotsom gekom dat die gewraakte optrede in stryd met die bepalings van die skema is. Die beperkende voorwaardes is geensins in die uitspraak oorweeg nie. Hieruit kan die volgende afleidings gemaak word: (i) Die dorpsbeplanningskema is as enigste maatstaf vir optrede van die respondent gebruik; (ii) na die bevinding dat die optrede van die respondent in stryd met bepalings van die skema was, is die geregistreerde titelvoorwaardes nie ook ondersoek nie; en (iii) omdat dié voorwaardes *geensins* oorweeg is nie, kan nie bepaal word wat die beslissing sou wees as daar 'n moontlike botsing tussen die bepalings van die skema enersyds en die beperkende voorwaardes andersyds was nie.

Hierdie uitspraak kan die indruk skep dat die dorpsbeplanningskema voorrang bo die geregistreerde beperkende voorwaardes geniet het. Omdat die inhoud van sodanige beperkende voorwaardes nie vermeld is nie, kan nie vasgestel word of daar 'n botsing ter sprake is nie en kan dié uitspraak gevolglik nie as gesag gebruik word vir gevalle waar daar botsings tussen bepalings van 'n dorpsbeplanningskema en geregistreerde titelvoorwaardes bestaan nie. Daar moet dus gewaak word teen die aanwending van hierdie beslissing as gesag vir die standpunt dat die bepalings van dorpsbeplanningskemas *in alle omstandighede* voorrang bo geregistreerde beperkende voorwaardes sal geniet.

## 6 UITLEG VAN BEPERKENDE VOORWAARDES

Aangesien beperkende voorwaardes as serwitêre beperkings beskou word,<sup>84</sup> word kortliks na die reëls van toepassing op die uitleg van serwitute gekyk alvorens die uitleg van beperkende voorwaardes in die besonder bespreek word.

### 6 1 Algemene reëls by die uitleg van serwitute

Die volgende algemene reëls<sup>85</sup> word by die uitleg van serwitute toegepas:

- (a) Daar word weerlegbaar vermoed dat eiendomsreg onbeswaard is.<sup>86</sup>
- (b) Diegene wat die bestaan van 'n beperking of beswaring beweer, moet dit op 'n oorwig van waarskynlikheid bewys.<sup>87</sup>

82 1989 3 SA 528 (A) 536E.

83 Eie kursivering.

84 Sien die kritiek van Van Wyk 97 – 105 soos hierbo bespreek.

85 Sien in hierdie verband in die algemeen *Van Rensburg v Taute* 1975 1 SA 279 (A).

86 Delpont en Olivier 543 – 545; Hall en Kellaway 5 – 6; Maasdorp en Hall 146; Olivier, Pienaar en Van der Walt “Serwitute” 4; Van der Merwe 464. Hier moet egter in gedagte gehou word dat bogenoemde beginsels in die algemeen geld. Waar 'n serwitute bv teen 'n titelakte geregistreer is, word die vermoede uiteraard weerlê aangesien registrasie aan die publiseringsvereiste voldoen. Dit doen egter nie afbreuk aan die feit dat eiendomsreg *in beginsel* vermoedelik onbeswaard is nie.

87 Hall en Kellaway 5 – 6 41; Olivier, Pienaar en Van der Walt “Serwitute” 4; Van der Merwe 464. Tav die bewyslas sien *Northview Properties v Lurie* 1951 3 SA 688 (A) 696; *Van Heerden v Pretorius* 1914 AD 69.

(c) As daar onduidelikheid is of die beperking 'n saaklike of persoonlike serwituut daarstel, moet daar volgens die *in favorem libertatis*-vermoede die mins beswarende uitleg gevolg word<sup>88</sup> (dit wil sê dat dit 'n persoonlike serwituut is).

In gevalle waar daar onduidelikheid of twyfel oor die bestaan en/of die aard van 'n serwituut is, moet die mins beswarende uitleg dus gevolg word.

## 6 2 Reëls van toepassing by die uitleg van beperkende voorwaardes

Juis as gevolg daarvan dat registrasie plaasvind sonder om te meld *wie* die reghebbende is en dat die bepaling nie teen die titelakte van die heersende erf geregistreer word nie, is dit soms 'n probleem om tussen saaklike en persoonlike beperkende voorwaardes te onderskei. Dit is reeds gevestigde reg dat die reëls by serwituute ook op beperkende voorwaardes van toepassing is.<sup>89</sup> Gevolglik kan geargumenteer word dat die *in favorem*-vermoede ook by beperkende voorwaardes ter sprake kom.<sup>90</sup> Myns insiens kan die benadering in *Malan v Ardconnel Investments*<sup>91</sup> ten opsigte van hierdie aspek nagevolg word. In hierdie uitspraak het die hof die "tot voordeel strek"- of "ten gunste van"-maatstaf as vertrekpunt gebruik ten einde te bepaal of hier saaklike of persoonlike beperkende voorwaardes van toepassing is. Daar is beslis dat alle omringende omstandighede in ag geneem kan en moet word om die aard van die voordeel te bepaal.<sup>92</sup> Sodoende kan ook vasgestel word ten gunste van wie die beperking daargestel is.

Daar word aan die hand gedoen dat die volgende werkmethode by die uitleg van beperkende voorwaardes gevolg word:

(a) Daar moet vasgestel word of daar in die betrokke geval 'n beperkende voorwaarde is. Hiervoor kan die algemene reëls van toepassing by die uitleg van serwituute aangewend word.

(b) As vasgestel is of daar inderdaad 'n beperkende voorwaarde is, moet die *aard* daarvan bepaal word, naamlik of dit 'n saaklike of persoonlike beperkende

88 Delpont en Olivier 543 – 545; Hall en Kellaway 5 – 6 41; Joubert 1960 *THRHR* 189; Maasdorp en Hall 148 150; Olivier, Pienaar en Van der Walt "Serwituute" 4; Silberberg en Schoeman 406; Van der Merwe 464; vgl *Ex parte Parow Municipality* 1942 CPD 316 324; *Ex Parte Will Hare* 1958 4 SA 416 (K) 419; *Jonordon Investment v De Aar Drankwinkel* 1969 2 SA 117 (K) 125 – 126; *Van Heerden v Pretorius* 1914 AD 69 78; *Willoughby's Consolidated Co v Copthall Stores* 1918 AD 1 16.

89 Joubert 1960 *THRHR* 189; Silberberg en Schoeman 409 – 410.

90 Van Wyk 111. Joubert 1960 *THRHR* 189 is van mening dat (in die geval van twyfel) die *in favorem libertatis*-vermoede ter sprake kom by sowel die *ontstaan* as die *omvang* van beperkende voorwaardes. Hall en Kellaway 108 huldig die mening dat in geval van twyfel oor die *aard* van 'n beperkende voorwaarde, die bepaling streng uitgelê moet word: "Had it been intended to create a real servitude the condition should have been so clearly drawn as to leave no room for doubt . . . for where a condition in an agreement leaves room for doubt it has to be construed against the person who drew the deed or in whose favour the stipulation was made." Lg skrywers is dus van mening dat 'n saaklike beperkende voorwaarde baie duidelik geformuleer moet word sodat daar geen twyfel daaroor kan bestaan nie (vgl ook *Ex Parte Parow Municipality* 1942 CPD 316 324; *Hotel De Aar v Jonordon Investment* 1972 2 SA 400 (A)).

91 1988 2 SA 12 (A) 38C – E 39F – H.

92 *Idem* 38C – E; sien ook *Berger v Bloemfontein Town Council* 1935 OPD 115 120 – 122; *Town Council of Brakpan v Cohen* 1938 WLD 146.

voorwaarde is. In hierdie geval kan die “tot voordeel strek”- of “ten gunste van”- toets soos neergelê in die *Malan*-saak nagevolg word.

(c) Nadat bepaal is of die beperkende voorwaarde saaklik of persoonlik van aard is, moet die *inhoud* daarvan vasgestel word. Daar word aan die hand gedoen dat die gewone uitleg- en interpretasiereëls hiervoor aangewend word.<sup>93</sup>

## 7 LOCUS STANDI IN JUDICIO

Onder *locus standi in judicio* word verstaan die kompetensie om beperkende voorwaardes in titelaktes af te dwing en in stand te hou. Wanneer ’n erfeienaar in stryd met ’n beperkende voorwaarde optree of handel, kan diegene ten gunste van wie die beperking opgelê is, aansoek doen om ’n interdik ten einde die nie-nakoming van die beperking te beëindig en die beperking af te dwing.<sup>94</sup> Persone en instansies wat gewoonlik oor hierdie bevoegdheid beskik, is die onderskeie erfeienaars,<sup>95</sup> waaronder ook verenigings<sup>96</sup> en plaaslike besture<sup>97</sup> in hul hoedanigheid van erfstukeienaars en opvolgers in titel. Die vereistes vir *locus standi* in die huidige verband sien volgens die regspraak soos volg daaruit:

### 7 1 *Elliston v Reacher*<sup>98</sup>

Vroeër is die uitspraak in die *Elliston*-saak deurgaans as gesag gebruik vir die vereistes van *locus standi* om ’n beperkende voorwaarde af te dwing. In die *Malan*-uitspraak beklemtoon die hof die feit dat die *Elliston*-beslissing op billikheid gegrond was vanweë die besondere omstandighede wat in daardie stadium in die Engelse reg geheers het.<sup>99</sup>

93 Tav uitleg van beperkende voorwaardes gee Van Wyk 108 – 111 die volgende beginsels weer: (i) woorde moet in die reël beperkend uitgelê word (*Transvaal Consolidated Land and Exploration v Black* 1929 AD 454 465); (ii) die normale betekenis moet aan woorde gegee word (*Castelijn v Sim* 1929 NLR 253); (iii) woorde moet in konteks gelees word (*Cliffside Flats v Bantry Rocks* 1944 AD 1); en (iv) omringende omstandighede en relevante feite kan tydens uitleg aangewend word (*Berger v Bloemfontein Town Council* 1935 OPD 115 120 – 122).

94 Sien in dié verband in die algemeen Hall en Kellaway 107 109 – 113; Joubert 1960 *THRHR* 185 – 186; vgl ook *Alexander v Johns* 1912 AD 431; *Blanckenberg v Forbes* 1955 3 SA 170 (K); *Braham v Wood* 1956 1 SA 651 (D); *Cannon v Picadilly Mansions* 1934 WLD 137; *Dunbar v Rossmaur Mansions* 1946 WLD 235; *Epstein v Arenstein* 1942 WLD 52; *Hall v McKie* 1953 4 SA 350 (N); *Malan v Ardconnel Investments* 1988 2 SA 12 (A).

95 *Alexander v Johns* 1912 AD 431; *Blanckenberg v Forbes* 1955 3 SA 170 (K); *Braham v Wood* 1956 1 SA 651 (D); *Cannon v Picadilly Mansions* 1934 WLD 137; *Dunbar v Rossmaur Mansions* 1946 WLD 235; *Epstein v Arenstein* 1942 WLD 52; *Hall v McKie* 1953 4 SA 350 (N); *Malan v Ardconnel Investments* 1988 2 SA 12 (A); *Phylides v Cyril Anderson Investments* 1964 4 SA 15 (O).

96 *Sedgefield Ratepayers' and Voters' Association v Government of the Republic of South Africa* 1989 2 SA 685 (K).

97 *City of Cape Town v Satz* 1939 CPD 195; *Roodepoort-Maraiburg Town Council v Eastern Properties* 1933 AD 87 89 101; *Town Council of Brakpan v Cohen* 1938 WLD 146.

98 1908 2 Ch D 374. Sien verder oa *Alexander v Johns* 1912 AD 431; *Blanckenberg v Forbes* 1955 3 SA 170 (K); *Braham v Wood* 1956 1 SA 651 (D); *Cannon v Picadilly Mansions* 1934 WLD 137; *MacGillivray v WR Investments* 1959 3 SA 17 (W) 18; *Rossmaur Mansions v Briley Court* 1945 AD 217 288.

99 Sien in die algemeen Van der Westhuizen “*Locus standi in judicio* – *Malan v Ardconnel Investments* 1988 2 SA 12 (A)” 1990 *THRHR* 130 – 136.



Die vier basiese riglyne vir *locus standi* soos beliggaam in die *Elliston*-saak is die volgende:

- (a) Alle erwe in die betrokke ontwikkelingskema moet afkomstig wees van 'n *gemeenskaplike verkoper* (gewoonlik die dorpsontwikkelaar of -eienaar).
- (b) Alle erwe moet ooreenkomstig die ontwikkelingskema aan *dieselfde beperking* onderworpe wees.
- (c) Die beperkings wat opgelê is, moet nie net *beoog* om tot voordeel van onderskeie erfeienaars te wees nie, maar moet *in werklikheid* tot hul voordeel strek.<sup>100</sup> Bykans enige sodanige beperking kan teoreties beoog om tot voordeel van bepaalde persone te strek. Die toets is egter nie of die voorwaarde in teorie 'n voordeel inhou nie, maar of dit in die praktyk inderdaad voordelig is.
- (d) Alle erwe moet gekoop word met die *veronderstelling* dat die verkoop van erwe onderworpe aan dieselfde beperkings tot voordeel van al die erwe in die dorpskema sal strek.<sup>101</sup>

Tot en met die *Malan*-uitspraak was dit gevestigde reg om die vier maatstawwe van die *Elliston*-uitspraak te oorweeg.<sup>102</sup> Hierdie maatstawwe het ter sprake gekom ener syds by die beantwoording van die vraag of 'n betrokke persoon wat 'n voorwaarde wil afdwing oor die nodige *locus standi* beskik en andersyds by die bepaling of 'n voorwaarde slegs die huidige grondeienaars of ook die opvolgers in titel bind.<sup>103</sup>

Silberberg en Schoeman<sup>104</sup> is van mening dat die eerste drie maatstawwe bloot riglyne is en dat houe steeds 'n eie besluit mag neem; die vierde maatstaf (dat oplegging van die beperkende voorwaarde tot voordeel van die bepaalde gemeenskap in die geheel moet strek) word egter as noodsaaklik beskou. Van der Merwe<sup>105</sup> huldig die standpunt dat al vier *Elliston*-maatstawwe net nuttige hulpmiddels en nie absolute vereistes is nie. Daarenteen beskou Delport en Olivier<sup>106</sup> die vier maatstawwe as vereistes waaraan voldoen moet word om *locus standi* te verkry. In hul bespreking van die *Elliston*-gewysde word daar egter ook na die *Swiss Hotels*-uitspraak<sup>107</sup> verwys waarin bevind is dat slegs die vierde vereiste noodsaaklik is en dat die eerste drie bloot nuttige hulpmiddele is.<sup>108</sup> Hall en Kellaway<sup>109</sup> beskou egter ook die vier maatstawwe van *Elliston* as 'n *sine qua non* vir die vestiging van *locus standi*.

100 *Eiffel Mansions v Cohen* 1945 WLD 200 208; *Harvey v Kelvin Grove* 1940 CPD 363 370; *Phylides v Cyril Anderson Investments* 1964 4 SA 15 (O) 18.

101 Die vier vereistes is breedvoerig uiteengesit in *Norbeck v Rand Townships Registrar* 1948 1 SA 1037 (W) 1043–1045; Jones 247–248.

102 *Norbeck v Rand Townships Registrar* 1948 1 SA 1037 (W) 1043–1045; *Wyndham v Rubinstein* 1935 CPD 364. In *Swiss Hotels v Pederson* 1966 1 SA 197 (K) 202 is beslis dat ten minste die eerste drie vereistes bloot nuttige hulpmiddels is; die vierde vereiste kan egter as riglyn gestel word.

103 Delport en Olivier 655–659; Hall en Kellaway 107–108; Joubert 1960 *THRHR* 182–185; Silberberg en Schoeman 411–413; Van der Merwe 503–504.

104 411–413.

105 503.

106 655.

107 1966 1 SA 197 (K) 202.

108 659.

109 108. Hierdie skrywers is van mening dat bogenoemde vier vereistes ter sprake kom wanneer die betrokke beperkende voorwaardes “dieselfde” is: “The rights created entitle any owner of a lot to prevent any lot-holder whose property is subject to the *same* conditions from violating any of the restrictions imposed” (109).



7.2. *Malan v Ardconnel Investments*<sup>110</sup>

Die hof bevind dat daar nie aan die vereistes van die *Elliston*-beslissing voldoen hoef te word nie aangesien die motivering daarvoor uit praktiese registrasietekortkominge in die Engelse reg gespruit het wat tans voldoende deur die Suid-Afrikaanse reg ondervang word.<sup>111</sup> Die grondslag vir die *Elliston*-uitspraak het dus verval.<sup>112</sup> Verder bevind die hof dat beperkende voorwaardes wat in titelaktes van grondstukke opgeneem word as saaklike serwitute beskou word deur registrasie indien die beperking tot voordeel van die erwe in die algemeen strek. Dit wil dus voorkom of die hof inderdaad die vierde maatstaf van die *Elliston*-beslissing (naamlik die "tot voordeel strek"-vereiste) oorweeg maar dat dit in hierdie geval moontlik slegs as nuttige riglyn aangewend word. Om te bepaal of hierdie beperkings inderdaad voordelig is, neem die hof alle omringende omstandighede in ag met besondere verwysing na die karakter van die omgewing. Ten opsigte hiervan kom die hof<sup>113</sup> tot die slotsom dat die verskillende soorte erwe (handels-, besigheids- en industriële erwe) 'n bepaalde funksie het wat tot die karakter van die omgewing bydra en wat geensins afbreuk doen aan die wederkerige verpligtinge wat daaruit voortspruit nie:

"From the circumstance that the township of Spartan is a mixed township in the sense that it comprised predominantly industrial erven with a few business erven it does not follow that each erf did not become a servient tenement in respect of all the other erven as dominant tenements while each erf is in turn a dominant tenement in respect of all the other erven."

Die beperkings wat opgelê word op die onderskeie erwe (wat deel van een dorpskema uitmaak) hoef dus nie *identies* te wees om die nodige *locus standi* te vestig nie. Wat egter van belang is, is die vraag of die beperking ook vir die applikant (die party wat die beperking wil afdwing) voordeel inhou.

Die normale remedies by die aantasting van serwitute is ook by beperkende voorwaardes van toepassing:<sup>114</sup> (i) Die interdik<sup>115</sup> (om te verhoed dat benadeling voortgesit word of dat 'n dreigende benadeling plaasvind<sup>116</sup>); (ii) skade-

110 1988 2 SA 12 (A), veral 36–39.

111 Vanweë die besondere registrasiewyse wat in die destydse Engelse reg gevolg is, was dit nie moontlik om die beperking waaraan die grondstuk gekoppel was, ook op opvolgers in titel van toepassing te maak en gelykertyd die afdwing van beperkings te verseker nie. Daar is gepoog om die probleem op te los deur vier algemene vereistes vir die afdwing van beperkings deur ander erfeienaars (welke grondstukke aan dieselfde voorwaardes onderworpe was) daar te stel. Hierdie maatstawwe is (soos hierbo uiteengesit is) deur latere Suid-Afrikaanse hofuitsprake toegepas. In die Suid-Afrikaanse reg maak die registrasiewyse voorsiening daarvoor dat opvolgers in titel aan dieselfde beperking onderworpe sal wees aangesien die beperking teen die titelakte geregistreer word en telkens by die verwisseling van eienaars weer in die akte vervat word.

112 Van der Westhuizen 1990 *THRHR* 130–136.

113 39H.

114 *Alexander v Johns* 1912 AD 431; *Dadoo v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530; *Malan v Ardconnel Investments* 1988 2 SA 12 (A).

115 Sien Van Wyk 210–215.

116 In *Malan v Ardconnel Investments* 1988 2 SA 12 (A) lê Joubert AR klem daarop dat 'n mens hier met 'n gevestigde, duidelike reg te make het waarop inbreuk gemaak word (41B). Dit is egter nie nodig om skade of nadeel in die besonder aan te toon wanneer aansoek gedoen word om verbiedende interdike tevens inbreukmaking op serwitute nie (41C). Sien ook *Alexander v Johns* 1912 AD 431; *CD of Bernam v Falcon Investments* 1973 3 SA 838 (W) 848A; *Consistory v Steytlerville v Bosman* (1893) 10 SC 67; *Setlogelo v Setlogelo* 1914 AD 221; *Wyndham v Rubinstein* 135 CPD 364 370.

vergoeding by onregmatige aantasting;<sup>117</sup> en (iii) 'n verklarende bevel tesame met of sonder 'n verbiedende interdik.<sup>118</sup>

## 8 SAMEVATTING

(1) Beperkende voorwaardes in eng sin is daardie voorwaardes wat opgelê word deur die aanvanklike dorpseniener of -ontwikkelaar en teen die titelaktes (van erwe geleë binne dieselfde dorpsgebied) geregistreer word om sodoende 'n beperking op die genot en gebruik van die erwe te plaas.

(2) Saaklike en persoonlike beperkende voorwaardes is verskyningsvorme van onderskeidelik saaklike en persoonlike serwitute.

(3) Daar word algemeen aanvaar dat 'n persoonlike beperkende voorwaarde daargestel word wanneer die beperking ten gunste van die dorpseniener of -ontwikkelaar opgelê word.

(4) In die geval van saaklike beperkende voorwaardes verskil die posisie in dié opsig dat registrasie van die beperking wederkerige serwitute vestig ten gunste en ten laste van alle erwe wat deel van die bepaalde dorpskema uitmaak.

(5) Tot en met die uitspraak in *Malan v Ardconnel Investments*<sup>119</sup> was dit gevestigde reg om die vier basiese vereistes van die Engelse uitspraak *Elliston v Reacher*<sup>120</sup> as riglyne vir die *locus standi*-vraag te beskou. Volgens die *Malan*-saak is die "ten gunste van"-vereiste deurslaggewend.

(6) Wat die uitleg van beperkende voorwaardes betref, word aan die hand gedoen dat daar eers vasgestel moet word of 'n beperkende voorwaarde in die betrokke geval aanwesig is. Indien sekerheid daarvoor verkry is, moet die aard daarvan bepaal word, naamlik of dit saaklik of persoonlik is. Laastens moet die inhoud van die betrokke beperkende voorwaarde ook vasgestel word.

(7) Die beding ten behoeve van 'n derde word as die oprigtingskonstruksie vir saaklike beperkende voorwaardes beskou. Hierdie kontraktuele verhouding hou na registrasie vir die kontrakspartye besondere verpligtinge in.

(8) Die algemene doel met 'n dorpsbeplanningskema is om voorsiening te maak vir die beplanning van en ordelike beheer oor die ruimtelike benutting van grond binne die grense van 'n bepaalde dorp.

(9) Geregistreerde beperkende voorwaardes in titelaktes geniet voorrang bo bepalings van 'n dorpskema.

(10) Toestemming (waaronder ook 'n toestemmingsgebruik) deur die plaaslike bestuur om in stryd met geregistreerde titelvoorwaardes te handel, maak nie sodanige optrede regmatig nie maar bestaande beperkings moet eers by wyse van die voorgeskrewe prosedure verwyder word.

(11) Wanneer 'n erfeienaar in stryd met 'n saaklike beperkende voorwaarde optree of handel, kan diegene ten gunste van wie die beperking opgelê is, aansoek doen om 'n interdik ten einde die nie-nakoming van die beperking te beëindig en die beperking af te dwing; in bepaalde gevalle kan 'n verklarende bevel ook aangevra en skadevergoeding geëis word.

117 *Dunbar v Rossmaur* 1946 WLD 235 251; *Prinsloo v Luipaardsvlei Estates* 1933 WLD 6 25; *Siegfried v Tidswell* 1952 4 SA 319 (K) 320E.

118 Van der Merwe 504 543; vgl ook Delpont en Olivier 637.

119 1988 2 SA 12 (A).

120 1908 2 Ch D 374.

# AANTEKENINGE

## BEVOEGDHEID VAN DIE NYWERHEIDSHOF OM INTERDIKTE TE VERLEEN

### 1 Inleiding

Skaars drie jaar na die omvangryke veranderings gedurende 1988 aan die Wet op Arbeidsverhoudinge 28 van 1956 (die wet), is die wet opnuut deur die Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge 9 van 1991 gewysig. Hierdie wysiging het gevolg op 'n ooreenkoms tussen *SACCOLA* (*South African Employers Consultative Committee on Labour Affairs*) aan die een kant, en *COSATU* (*Congress of South African Trade Unions*) en *NACTU* (*National Council of Trade Unions*) aan die ander kant ten aansien van voorgestelde wysigings aan die bestaande wet (sien *SK 12491* vol 299 1990-05-23). Hierdie ooreenkoms is aan die Minister van Mannekrag voorgelê en alhoewel die voorstelle daarin nie ten volle aanvaar is nie, het dit tot die implementering van die 1991-wet aanleiding gegee.

'n Nuwe bevoegdheid, naamlik om "'n interdik of enige ander bevel" teen onwettige stakings en uitsluitings uit te reik, is aan die nywerheidshof verleen (a 4 1991-wet). Die verlening van hierdie bevoegdheid kan die gedagte laat posvat dat die hof se bevoegdhede en gevolglik ook sy invloed op die gebied van arbeidsverhoudinge uitgebrei is. In die relatief kort, elfjarige bestaan daarvan het die hof se funksies en bevoegdhede reeds verskeie veranderings ondergaan. Dit is gevolglik doenlik om hierdie veranderings te ondersoek ten einde te bepaal wat die gevolg en effek van die 1991-wet is. Die hof se bevoegdhede ingevolge artikels 17(11)(a) en 17(11)(aA), asook die definisie van 'n onbillike arbeidspraktyk, kan as basiese maatstawwe dien om te bepaal of die hof se bevoegdhede ingeperk of uitgebrei is.

### 2 Die nywerheidshof as geregshof

Die Wiehahn-kommissie was van mening dat die destydse nywerheidshof (ook bekend as die "industrial tribunal") wat as administratiewe tribunaal beskou is, se bevoegdhede uitgebrei behoort te word sodat arbeidsgeskille van 'n geregtelike aard asook geskille van 'n nie-geregtelike aard daardeur aangehoor kon word. Daar is voorgestel dat 'n nuwe hof ingestel word met die bevoegdheid om dieselfde bevel uit te reik as dié wat gewoonweg deur die geregshowe gemaak word, maar dat 'n uitsondering ten opsigte van die beregting van strafregtelike aangeleenthede gemaak moes word; hierdie bevoegdheid sou by implikasie eers in 'n latere stadium na deeglike oorweging aan die hof toevertrou word (sien *Die volledige Wiehahn-verslag* (1982) par 4.28 102).

Met die instelling van die nuwe hof op 1 Oktober 1979 (op aanbeveling van die Wiehahn-kommissie; sien a 8 van die Wysigingswet op Nywerheidsversoening



94 van 1979), is in artikel 17(11)(a) van die Wet op Nywerheidsversoening 28 van 1956 (later a 17(11)(a) van die Wet op Arbeidsverhoudinge 28 van 1956) soos volg bepaal:

“(11) Die werksaamhede van die nywerheidshof is – (a) om alle werksaamhede, uitgesonderd die beregting van beweerde misdrywe, te verrig wat ’n geregshof in ’n geskil of aangeleentheid wat voortspruit uit die toepassing van die bepalings van die wette wat deur die Departement van Arbeid uitgevoer word, verrig. . .”

Dit blyk dat die bedoeling met artikel 17(11)(a) was om in ooreenstemming met die voorstelle van die Wiehahn-kommissie, uitgebreide bevoegdhede aan die hof te verleen. Die verwagting was dat die hof die geregshowe se plek in arbeidsaangeleenthede sou inneem deur bevele te maak wat vantevore deur laasgenoemde uitgereik is. Die vraag was egter hoe die hof sy eie bevoegdhede ingevolge hierdie geregshoffunksie sou interpreteer.

In *Moses Nkadimeng v Raleigh Cycles (SA) Ltd* 1981 2 ILJ 34 (NH) het werknemers aansoek gedoen om ’n interdik ten einde hul werkgewer te verhinder om ’n beweerde onbillike arbeidspraktyk op hulle toe te pas. Die respondent het *in limine* beswaar gemaak teen die hof se bevoegdheid om ingevolge sy geregshoffunksie ’n interdik uit te reik. Die hof bevind dat daar uiters versigtig te werk gegaan moet word om homself nie bevoegdhede aan te matig wat in stryd met die bedoeling van die wetgewer is nie. Daar word *in casu* ’n duidelike onderskeid gemaak tussen die hof se geregshoffunksie ingevolge artikel 17(11)(a) en sy bevoegdheid om ingevolge artikel 46(9) onbillike arbeidspraktyk-geskille aan te hoor. (Die bevoegdheid om ingevolge a 43(4) ’n *status quo*-bevel te maak, het in hierdie stadium in die Minister van Arbeid gesetel en is eers later aan die hof toevertrou.) Daar word voorts beklemtoon dat aangesien die landdrosen hooggeregshowe nie die bevoegdheid het om ’n onbillike arbeidspraktyk-geskil aan te hoor nie, die nywerheidshof nie in die uitoefening van sy geregshoffunksie ’n interdik mag verleen om ’n onbillike arbeidspraktyk te verbied nie.

In *Grafton Furniture Manufacturers v Industrial Council for the Furniture Manufacturing Industry* 1982 2 ILJ 294 (NH) het die hof weer die geleentheid gekry om oor die omvang van sy geregshoffunksie te beslis. Die applikant het aansoek gedoen om ’n verklarende bevel dat die handhawing van ’n sekere geslote geleedere-bepaling ’n onbillike arbeidspraktyk is. Daar word weer eens beslis dat die hof in die uitoefening van sy geregshoffunksie nie die bevoegdheid het om ’n beslissing aangaande ’n onbillike arbeidspraktyk-geskil te maak nie. Die rede is dat die hof nie met oorspronklike jurisdiksie bekleed is nie en gevolglik net bevele wat uitdruklik deur die magtigende wet verleen word, mag uitreik. Aangesien die wet nie uitdruklik vir die verlening van verklarende bevele voorsiening maak nie val hierdie aansoek buite die bestek van die hof se bevoegdhede.

Hierdie uitsprake was myns insiens nie in lyn met die bedoeling van óf die Wiehahn-kommissie óf die wetgewer nie. Daar is immers voorsiening gemaak vir ’n hof wat “alle werksaamhede” van die geregshowe sou kon verrig (in die toepassing van die wette van die Departement van Mannekrag, behoudens strafregtelike aangeleenthede) en geen spesifieke funksies van geregshowe wat verrig kon word, is uitgesonder nie. Die vraag oor die bevoegdhede van die hof is egter nie na die *Moses Nkadimeng*- en *Grafton Furniture Manufacturers*-saak beantwoord en afgehandel nie, en is in die bekende reeks *Jaguar Shoes*-sake verder gevoer.



In *National Union of Textile Workers v Jaguar Shoes (Pty) Ltd* 1985 6 ILJ 92 (NH) het die respondent in stryd met artikel 8(1) van die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 3 van 1983 van sy werknemers verwag om oortyd te werk. Twee van die werknemers wat die versoek geweier het, is ontslaan en die res is met 'n uitsluiting gedreig. Die applikant het aansoek gedoen om 'n tydelike interdik om 'n verbod op die werk van onwettige oortyd te plaas en om die uitsluiting van die werknemers te voorkom. Die applikant het in hierdie stadium reeds ingevolge artikel 43(4) op grond van 'n onbillike arbeidspraktyk vir 'n *status quo*-bevel aansoek gedoen, maar die aansoek was nog hangende. In *casu* word bevind dat aangesien sowel die hooggeregshof as die landdroshof jurisdiksie het om interdikte te verleen, die nywerheidshof ook in die uitoefening van sy geregshoffunksie sodanige bevoegdheid het. Met verwysing na *Eriksen Motors (Welkom) Ltd v Pretoria Motors, Warrenton* 1973 3 SA 685 (A) word dieselfde vereistes wat deur die geregshowe by die verlening van interdikte gestel word, ook aangewend (100A-B):

"In general the requisites are –

- (a) a right which, 'though *prima facie* established, is open to some doubt';
- (b) a well grounded apprehension of irreparable injury;
- (c) the absence of ordinary remedy.

In exercising its discretion the Court weighs, *inter alia*, the prejudice to the applicant, if the interdict is withheld, against the prejudice to the respondent if it is granted. This is sometimes called the balance of convenience."

In *National Union of Textile Workers v Jaguar Shoes (Pty) Ltd* 1985 6 ILJ 389 (NH) is die kortstondige hoop dat die hof oortuig geraak het dat dit ingevolge sy geregshoffunksie interdikte mag uitreik, weer verydel (Davies "Legal certainty and the Industrial Court" 1985 ILJ 271). Na die verlening van 'n verbiedende interdik (sien *National Union of Textile Workers v Jaguar Shoes (Pty) Ltd supra*) is 'n artikel 43(4) *status quo*-bevel aan die applikant toegestaan (*National Union of Textile Workers v Jaguar Shoes (Pty) Ltd* 1986 7 ILJ 96). 'n Geskil ten aansien van die betekenis en gevolg van hierdie bevel het ontstaan en daar is ingevolge artikel 17(11)(a) om 'n verklarende bevel aansoek gedoen om die betekenis van eersgenoemde bevel vas te stel. Die applikant het ook om 'n interdik aansoek gedoen om die respondent te verbied om in stryd met die artikel 43(4) *status quo*-bevel op te tree. Aangesien die nie-nakoming van sodanige bevel 'n misdryf daarstel (ingevolge a 53(1)), is die hof egter van mening dat die diskwalifikasie in artikel 17(11)(a), "uitgesonderd die beregting van beweerde misdrywe", die hof onbevoeg maak om so 'n verklarende bevel of interdik toe te staan. Uit hierdie uitspraak blyk dit weer dat die hof baie versigtig is om 'n wye interpretasie aan artikel 17(11)(a) te heg.

Teen hierdie beslissing is ingevolge artikel 17(21A) na die provinsiale afdeling van die hooggeregshof geappelleer. In *National Union of Textile Workers v Jaguar Shoes (Pty) Ltd* 1986 7 ILJ 678 (N) word tot die gevolgtrekking gekom dat die beperking op die hof se geregshoffunksie net die ontneming van die strafregtelike jurisdiksie beteken, en dat dit nie die hof verhoed om ondersoek in te stel na en gevolgtrekkings te maak oor 'n verbrekking van die reg wat ook op 'n strafregtelike oortreding neerkom nie. Ten opsigte van die hof se jurisdiksie by die uitoefening van sy geregshoffunksie word bevind:

"It follows that the industrial court, clothed as it is with a jurisdiction equivalent, for present purposes, to the Supreme Court, was empowered under s 17(11)(a) to grant the declaratory order sought by the appellants" (683G).

Hierdie standpunt van die hooggeregshof, naamlik dat die nywerheidshof in die uitoefening van sy geregshoffunksie dieselfde jurisdiksie as die hooggeregs-hof het, word deur die nywerheidshof self in *Ndawonde v Kwazulu Cash and Carry (Pty) Ltd* 1988 9 ILJ 103 (NH) herhaal:

“I am of the view that s 17(11)(a) in conferring court of law functions on the industrial court, by necessary implication conferred upon it the power to make any order which the Supreme Court can make on the facts, provided only that the dispute or matter falls within the prescribed category” (107B).

Alhoewel daar in bogenoemde twee sake beslis is dat die nywerheidshof dieselfde bevele as die hooggeregshof mag maak, is daar egter nie so ver gegaan as om te beslis dat dit oor dieselfde status as die hooggeregshof beskik nie. Die appèl-hof het immers reeds in *South African Technical Officials' Association v President of the Industrial Court* 1985 1 SA 397 (A) beslis dat die nywerheidshof nie oor dieselfde status as die hooggeregshof beskik nie en dat dit nie 'n geregs-hof is nie.

Na die hof se aanvanklike huiwering om interdikte en verklarende bevele uit te reik, het die aantal interdikte wat na die *Jaguar Shoes*-sake uitgereik is, aansienlik toegeneem. Die hof het deurentyd 'n duidelike onderskeid gemaak tussen sy geregshoffunksie en die bevoegdheid om aan die hand van billikheid 'n beslissing te maak (ingevolge a 43(4) en 46(9)). In *Barlows Manufacturing v Metal and Allied Workers Union* 1988 9 ILJ 995 (NH) word bevind dat dit moontlik is dat 'n aansoek om regshulp ingevolge die hof se geregshoffunksie op grond van geldende regsbeginsels kan misluk, alhoewel daar op grond van dieselfde feite met billikheid as kriterium, bevind kan word dat 'n onbillike arbeidspraktyk bestaan (sien ook tov hierdie onderskeid *Marievale Consolidated Mines v The President of the Industrial Court* 1986 7 ILJ 152 (T)).

Die hof het vervolgens in 'n reeks sake interdikte verleen om stakings in stryd met artikel 65 van die wet te verbied (sien *General Motors SA (Pty) Ltd v National Automobile and Allied Workers Union of SA* 1987 8 ILJ 273 (NH); *Nasionale Suiwelkoöperasie Bpk v Food and Allied Workers Union* 1987 8 ILJ 634 (NH); *Barlows Manufacturing Co v Metal and Allied Workers Union supra*). Werkgewers het naamlik gepoog om arbeidsoptredes van werknemers as onwettige stakings te kategoriseer om sodoende ingevolge die hof se geregshoffunksie spoedige regshulp te verkry. (In *Amalgamated Beverages Industries Ltd v Food and Allied Workers Union* 1988 9 ILJ 252 (NH) het die applikant aangevoer dat die weiering om nie-kontraktuele oortyd te werk 'n onwettige staking is en het die aansoek om 'n interdik ingevolge die hof se geregshoffunksie geslaag.) Buiten bogenoemde interdikte is daar ook ingevolge die hof se geregshoffunksie verklarende bevele gemaak (*Paruk v New India Assurance Co of SA Ltd* 1988 9 ILJ 1135 (NH); *National Union of Textile Workers v Jaguar Shoes* 1986 7 ILJ 678 (N)); daar is ook 'n saak gerapporteer waarin 'n bevel vir spesifieke nakoming verleen is (*National Union of Textile Workers v Nouwens Carpets (Pty) Ltd* 1988 9 ILJ 478 (NH)).

### 3 Die Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge 83 van 1988

Op 1 September 1988 is die wet deur die kontroversiële Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge 83 van 1988 gewysig en is daar onder andere aan die hof die bevoegdheid gegee om dringende tussentydse regshulp te verleen. Hierdie nuwe

bevoegdheid het die geregshoffunksie van die hof vervang, en die nuwe artikel 17(11)(a) van die wet is gewysig om soos volg te lui:

“(11) Die werksaamhede van die nywerheidshof is –

(a) om dringende tussentydse regshulp te verleen totdat ’n bevel deur die nywerheidshof ingevolge artikel 43(4) gemaak word. . .”

In hierdie stadium is daar heeltemal afgesien van die vroeëre aanbeveling van die Wiehahn-kommissie, naamlik vir die skepping van ’n hof wat dieselfde funksies as die geregshowe ten opsigte van arbeidsaangeleenthede mag verrig. Die 1988-wet het alle vorige twyfel oor hoe wyd die geregshoffunksie geïnterpreteer behoort te word, uit die weg geruim. Dit is in ieder geval duidelik dat die hof nie meer, soos in die *Ndawonde*-saak beslis is, al die funksies van die hooggeregshof mag uitoefen nie.

Die verlening van dringende tussentydse regshulp is analoog aan die verlening van interdikte ingevolge die ou geregshoffunksie van die hof en in die meeste sake is dieselfde kriterium toegepas as wat die hooggeregshof by die verlening van interdikte aanwend. (Sien veral Le Roux en Landman “Urgent interim relief in the industrial court: a review of section 17(11)(a) orders” 1989 *SA Merc LJ* 208 en *Twala v Box Craft (Pty) Ltd* 1990 11 *ILJ* 831 (NH).) Enkele verskille tussen die verlening van ’n interdik ingevolge die ou geregshoffunksie en die nuwe funksie verdien verdere aandag.

Die eerste en sekerlik vernaamste verskil is dat die hof in die verlening van dringende tussentydse regshulp nie meer tussen sy geregshof- en ander funksies onderskei nie. Net soos in die geval van die verlening van interdikte ingevolge die geregshoffunksie, word bepaal of daar op ’n reg inbreuk gemaak word, maar die verskil by die verlening van die dringende tussentydse regshulp lê daarin dat inbreukmaking op die applikant se reg plaasvind deurdat die respondent vir ’n onbillike arbeidspraktyk verantwoordelik is. Dieselfde billikheidsbeginsels wat by artikels 43(4) en 46(9) geld, is hier van toepassing. Dringende tussentydse regshulp word nie soos in die geval van die ou geregshoffunksie geweier op grond daarvan dat dit ’n onbillike arbeidspraktyk-geskil is nie. Alhoewel daar nie in artikel 17(11)(a) na “onbillike arbeidspraktyk” verwys word nie, vind hierdie regshulp net aanwending hangende die verlening van ’n artikel 43(4) *status quo*-bevel, en laasgenoemde het slegs betrekking op onbillike arbeidspraktyke (*Twala v Box Craft (Pty) Ltd supra*; *JD Group Ltd v Commercial Catering and Allied Workers Union of SA* 1990 11 *ILJ* 192 (NH); *Cape Gate (Pty) Ltd v Namane* 1990 11 *ILJ* 766 (NH)). Aangesien die definisie van onbillike arbeidspraktyk deur die 1988-wet uitgebrei is om stakings en uitsluitings, ’n aantal gekodifiseerde spesifieke gevalle en die alomvattende definisie wat voor die 1988-wet gegeld het, in te sluit, is die hof se billikheidsjurisdiksie (en ook die bevoegdhede ingevolge a 17(11)(a)) aansienlik uitgebrei. Die hof beskik dus oor die bevoegdheid om oor die billikheid al dan nie van stakings en uitsluitings te beslis, ongeag of dit wettig of onwettig is (sien veral *BTR Dunlop Ltd v National Union of Metal Workers of SA* 1989 10 *ILJ* 181 (NH); *Sithole v Federated Timbers Ltd* 1989 10 *ILJ* 518 (NH); *Langeberg Foods Ltd (Boksburg) v Food and Allied Workers Union* 1988 10 *ILJ* 1093 (NH)).

Die tweede verskil is dat daar by die verlening van dringende tussentydse regshulp alleen ’n bevel verleen word indien ’n groot mate van dringendheid bewys word. In *Textile Workers Union (Transvaal) v Alice Manufacturing (Pty) Ltd T/A General Sewing and Embroidery Co* 1989 10 *ILJ* 299 (NH) het die hof



beslis dat dringendheid sekerlik die belangrikste oorweging is om te bepaal of so 'n bevel verleen behoort te word al dan nie (sien ook *Sithole v Federated Timbers Ltd supra*; *Hotel and Restaurant Workers Union v Karos Hotels (Pty) Ltd* 1990 11 ILJ 182 (NH)). Dringendheid en die voorsienbaarheid van onherstelbare skade staan in noue verband met mekaar, maar eersgenoemde is nie 'n onafhanklike vereiste wat *per se* in die uitoefening van die geregshoffunksie by die verlening van interdikte vereis word nie. Daar kan egter bygevoeg word dat alhoewel dringendheid die belangrikste vereiste vir die verlening van die bevel is, die voorsienbaarheid van onherstelbare skade vir die hof aanduidend van dringendheid kan wees (*Ray's Forage and Fabrication (Pty) Ltd v National Union of Metal Workers of SA* 1989 10 ILJ 762 (NH); *Textile Workers Union (Transvaal) v Alice Manufacturing (Pty) Ltd T/A General Sewing and Embroidery Co supra*; *JD Group Ltd v Commercial Catering and Allied Workers Union of SA supra*).

Die derde verskil is dat die verlening van tussentydse dringende regshulp hangende 'n artikel 43(4) *status quo*-bevel plaasvind; dit kan dus nie as 'n onafhanklike, finale bevel gelewer word nie. 'n Hangende artikel 43(4) aansoek word nie as 'n absolute vereiste gestel alvorens dringende tussentydse regshulp verleen word nie, maar so 'n gebrek sal net in uitsonderingsgevalle van uiterste dringendheid verskoon word en dan word die bevel gelewer onderworpe aan die voorwaarde dat die aansoek wel gebring sal word (Cameron, Cheadle en Thompson *The new Labour Relations Act* (1989) 191). 'n Artikel 43(4) *status quo*-bevel is net soos 'n artikel 17(11)(a)-bevel 'n *interim* bevel (hangende a 46(9)). Dit blyk dat die hoofdoel vir die implementering van die dringende tussentydse regshulp was om gevalle te dek wat so dringend is dat die aangeleentheid nie kan wag om ingevolge die ietwat omslagtige artikel 43(4)- of artikel 46(9)-prosedure aangehoor te word nie.

Daar is egter gewaarsku teen die geredelike aanwending van hierdie bevoegdheid, naamlik om deur middel van die verlening van dringende tussentydse regshulp met stakings in te meng, aangesien dit tot nadeel van die hele proses van kollektiewe bedinging as wapen teen vakbonde aangewend kan word (O'Regan "Interdicts restraining strike action – implications of the Labour Relations Amendment Act 83 of 1988" 1988 ILJ 959).

#### 4 Die Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge 9 van 1991

Artikel 4 van die 1991-wet bepaal dat artikel 17(11)(aA) direk na artikel 17(11)(a) van die Wet ingevoeg word. Artikel 17(11)(aA) lui soos volg:

"Om 'n interdik of enige ander bevel uit te reik in die geval van enige optrede wat ingevolge artikel 65 verbied word."

Die vraag kan gestel word waarom dit nodig is om so 'n bevoegdheid aan die hof te verleen. Die hof kan immers reeds ingevolge sy bevoegdheid om dringende tussentydse regshulp te verleen in gepaste gevalle onwettige stakings en uitsluitings verbied (sien die bespreking *supra*).

Die antwoord lê daarin dat die hof in die verlening van dringende tussentydse regshulp nie meer oor dieselfde bevoegdhede beskik as waaroor hy vantevore beskik het nie. Daar moet in gedagte gehou word dat daar slegs in gevalle van 'n beweerde onbillike arbeidspraktyk om dringende tussentydse regshulp aansoek gedoen mag word, en dat die definisie van onbillike arbeidspraktyk aansienlik gewysig is (a 1 1991-wet). Die definisie is gewysig om ooreen te stem



met die definisie van onbillike arbeidspraktyk wat voor die inwerkingtreding van die 1988-wet gegeld het; hiervolgens word stakings en uitsluitings uitdruklik by die definisie van onbillike arbeidspraktyk uitgesluit. Die gevolg is dat daar by enige arbeidsoptrede wat voldoen aan die definisie van staking of uitsluiting, hetsy dit wettig of onwettig is, nie om dringende tussentydse regshulp, 'n artikel 43(4) *status quo*-bevel of 'n artikel 46(9) vasstelling aansoek gedoen mag word nie. Die wetgewer wou egter nie so ver gaan as om die hof se bevoegd-hede ten opsigte van stakings en uitsluitings geheel en al uit te sluit nie. Gevolglik is artikel 17(11)(aA) geïmplementeer ingevolge waarvan 'n onwettige staking en uitsluiting verbied mag word.

Artikel 17D plaas sekere beperkinge op die verlening van hierdie interdikte en bevele om te verhoed dat 'n applikant om so 'n bevel aansoek doen sonder dat die respondent die geleentheid kry om vir die opponering daarvan voor te berei. Hierdie beperkinge is in die vorm van tydsduur en in artikel 17D word vir twee gevalle voorsiening gemaak. Die eerste beperking lui dat geen interdik of enige ander bevel wat 'n staking of 'n uitsluiting verbied, toegestaan mag word nie tensy daar 48 uur kennis van die voorneme om so 'n aansoek te bring aan die respondent gelewer is. Daar word egter verder bepaal dat 'n korter tyd as 48 uur toegelaat sal word indien daar op die voorgeskrewe wyse kennis gegee is van die voorneme om die aansoek te bring, die respondent 'n redelike tyd gegee is om aangehoor te word en indien goeie gronde vir die laat aansoek aangevoer kan word (a 17D(1)(a) – (c)). Dit bly egter 'n ope vraag wat die hof sal beskou as 'n redelike tyd om aangehoor te word, en dit is na alle waarskynlikheid 'n vraag wat tot heelwat litigasie aanleiding sal gee.

Die tweede beperking behels dat in 'n geval waar daar tien dae of langer voor die aanvang van 'n voorgenome staking of uitsluiting aan die ander party daarvan kennis gegee is, die applikant minstens vyf dae kennis aan die respondent moet lewer van die voorneme om aansoek om 'n interdik of ander bevel te doen.

Dit is van belang om daarop te let dat artikel 17D nie alleen die nywerheids-hof nie, maar ook die landdros- en hooggeregshof inperk ten opsigte van die bevoegdheid om in die geval van stakings en uitsluitings interdikte te verleen. Terwyl die nywerheidshof egter net ten opsigte van onwettige stakings interdikte mag verleen (ingevolge a 17(11)(aA)), geld dieselfde beperking nie ten aansien van die hooggeregshof nie.

## 5 Slotopmerkings

Dit is onseker hoe die hof sy nuwe bevoegdhede ingevolge artikel 17(11)(aA) sal interpreteer en daar is tot op hede geen gerapporteerde saak wat as riglyn by die voorbereiding van sodanige aansoek kan dien nie. Daar kan alleen geпоog word om voorspellings te waag.

Daar word voorsien dat dit van groot belang sal word om vas te stel of arbeidsoptredes binne die definisie van staking en uitsluiting val, ten einde te bepaal of 'n applikant ingevolge artikel 17(11)(a) om dringende tussentydse regshulp aansoek mag doen al dan nie. So sal 'n weiering om kontraktueel ooreengekome oortyd te werk, buite die bestek van die hof se bevoegdheid val om dringende tussentydse regshulp te verleen, maar die weiering om nie-kontraktuele oortyd te werk, daarbinne. (In *SA Breweries Ltd v Food and Allied Workers Union* 1989 10 *ILJ* 844 (A) het die appèlhof beslis dat die weiering om nie-kontraktueel ooreengekome oortyd te werk, nie 'n staking is nie.)

Daar word verder voorsien dat dieselfde kriterium wat die hooggeregshof by die verlening van interdikte toepas, ook by artikel 17(11)(a) aangewend sal word. Die vraag of daar 'n onbillike arbeidspraktyk ter sprake is, sal nie soos by die hof se verlening van dringende tussentydse regshulp in ag geneem word nie. Die term onbillike arbeidspraktyk kom nie in artikel 17(11)(aA) voor nie en hierdie aansoek vind ook onafhanklik van enige artikel 43(4) *status quo*-aansoek plaas.

Die hof sal waarskynlik nie soos in die geval van die verlening van dringende tussentydse regshulp soveel klem op die vereiste van dringendheid plaas nie. In die geval van artikel 17(11)(aA) moet die applikant ten minste 48 uur kennis van die voorneme om die aansoek te bring aan die respondent gee en daar word ook voorsiening gemaak dat daar selfs in gevalle waar daar tien dae of meer kennis van die staking of uitsluiting gegee is, om hierdie regshulp aansoek gedoen mag word.

Dit blyk voorts dat die wetgewer 'n oorsig begaan het deurdat daar in die geval waar 'n artikel 17(11)(aA)-interdik ter sprake is, nie vir die verlening van 'n kostebevel voorsiening gemaak is nie. Artikel 17(12)(a) maak daarvoor voorsiening dat in gevalle waar die hof sy diskresie gebruik om dringende tussentydse regshulp te verleen (a 17(11)(a)) of waar 'n vasstelling aangaande 'n onbillike arbeidspraktyk gemaak word (a 46(9)), 'n kostebevel na gelang van "die vereistes van die reg en billikheid" verleen mag word (sien veral *Macsteel (Pty) Ltd v National Union of Metalworkers of South Africa* 1989 10 ILJ 285 (NH)). Ook in die geval waar die hof sy diskresie in die verlening van 'n artikel 43(4) *status quo*-bevel aanwend, mag die hof ingevolge artikel 43(4)(c) op grond van "onredelikheid of beuselagtigheid" 'n kostebevel maak (*Furnbea Ltd v Commercial Catering and Allied Workers Union of South Africa* 1989 10 ILJ 690 (NH)). Dit is vreemd dat in die geval van artikel 17(11)(aA), wat 'n finale bevel is, daar nie vir die verlening van kostebevele voorsiening gemaak is nie.

Ten slotte kan opgemerk word dat die hof se bevoegdhede deur die 1991-wet ingeperk word. Waar die hof vantevore die bevoegheid gehad het om dringende tussentydse regshulp in gevalle van stakings en uitsluitings te verleen, hetsy dit wettig of onwettig was, het dit nou net die bevoegdhede om 'n interdik te verleen in geval van 'n staking of uitsluiting in stryd met artikel 65 van die wet.

BPS VAN ECK  
*Universiteit van Pretoria*

## ARTIKEL 12(1) VAN DIE WET OP KINDERSORG EN DIE POSISIE VAN DIE MAATSKAPLIKE WERKER

### 1 Inleiding

Artikel 12(1) van die Wet op Kindersorg 74 van 1983 handel oor die verwydering van 'n kind na 'n plek van veiligheid hangende 'n ondersoek deur die kindershof. Uit die bewoording van die artikel blyk duidelik dat dit hier oor 'n noodsituasie gaan waar dit tot die nadeel van die kind se veiligheid en welsyn

sal strek om eers 'n hofbevel of lasbrief te kry alvorens die kind verwyder word. Artikel 12(1) bepaal dat in die geval waar 'n maatskaplike werker, polisiebeampte of ander gemagtigde beampte *rede het om te glo dat die kind een is soos in artikel 14(4) bedoel word* en dat die vertraging wat meegebring sal word deur eers 'n lasbrief uit hoofde van artikel 11(2) te verkry tot nadeel van die kind se veiligheid *en welsyn sal wees*, die beampte die kind sonder 'n lasbrief mag verwyder. Daar word vir doeleindes hiervan volstaan by die aspek van die voorskrif dat die beampte rede moet hê om te glo dat die kind een is soos in artikel 14(4) bedoel word. Om doelmatigheidsredes word die bespreking ook slegs aan die posisie van die maatskaplike werker geknoop.

## 2 “Rede om te glo” en die posisie van die maatskaplike werker

Die voorskrif dat die maatskaplike werker rede moet hê om te glo dat die kind een is soos in artikel 14(4) bedoel word, het nie net ingrypende gevolge vir die posisie van die maatskaplike werker nie maar blyk ook 'n bepaling te wees wat nie werklik die beste belang van die kind voorop stel nie. Hierdie gevolgtrekking word gemaak na aanleiding van 'n reeks beslissings wat, ofskoon dit hoofsaaklik oor veiligheidswetgewing handel, spesifiek die frase “rede om te glo” onder die loep neem. Die uitleg van hierdie frase word finaal in *Minister of Law and Order v Hurley* 1986 3 SA 569 (A) bevestig. In hierdie saak moes die appèlhof hom uitspreek oor artikel 29(1) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 wat bepaal dat sekere offisiere soos omskryf in die Polisie Wet 7 van 1958 'n persoon mag laat arresteer as hy rede het om te glo dat so 'n persoon sekere misdrywe gepleeg het of sekere inligting van die polisie weerhou.

Die hof gaan van die vertrekpunt uit dat “rede om te glo” beteken dat daar gronde of feite bestaan wat tot 'n bepaalde geloof/oortuiging by die beampte aanleiding gee. Dit word soos volg in *London Estates (Pty) Ltd v Nair* 1957 3 SA 591 (D) verduidelik: “Reason to believe in my opinion is constituted by facts giving rise to such belief.”

Vanuit hierdie vertrekpunt bepaal die hof vervolgens of die betrokke beampte se geloof/oortuiging op gronde berus soos in artikel 29(1) voorgeskryf word, met ander woorde of die feite/omstandighede van so aard is dat dit redelik vir die beampte is om op sterkte daarvan tot 'n oortuiging/geloof soos deur die statutêre bepaling voorgeskryf word, te geraak. In die beantwoording van hierdie vraag wys die hof daarop dat daar ingrypende gevolge vir die gearresteerde uit artikel 29(1) spruit en dat juis hierdie feit hom daartoe noop om tot die gevolgtrekking te kom dat dit onteenseglik die wetgewer se bedoeling was dat die beampte se oortuiging op “reasonable grounds” moet berus:

“When regard is had to the serious consequences which an arrest and the subsequent detention under s 29(1) have for the individual concerned, it is, I think, inconceivable that the Legislature could have intended that a belief based on grounds which cannot pass the test of reasonableness would be sufficient to provide justification for such arrest and detention” (578C – D).

Die hof brei op hierdie siening uit en verduidelik dat as dit die wetgewer se bedoeling was dat die toets of daar inderdaad redelike gronde vir die oortuiging van die betrokke beampte bestaan, aan die uitsluitlike oordeel van die betrokke beampte oorgelaat moet word, hy dit duidelik en ondubbelsinnig so moes uiteengesit het. In hierdie geval bevind die hof dat die frase “rede om te glo” nie sodanige bedoeling by die wetgewer aandui nie. Hierdie bevinding



bring die hof by 'n verdere gevolgtrekking dat die betrokke frase die noodwendige implikasie het dat "the Court should be entitled to inquire whether the belief was reasonably held" (579E – F). Die hof wys daarop dat daar volop gesag daarvoor bestaan dat in die geval waar 'n vredesbeampte of privaat persoon 'n persoon sonder lasbrief arresteer terwyl hy redelikerwys die persoon verdink of redelike gronde vir die verdenking van sodanige persoon het dat hy 'n misdryf gepleeg het, so 'n arrestasie objektief regverdigbaar is. Die hof haal soos volg uit *Duncan v Minister of Law and Order* 1986 2 SA 805 (A) 814D aan:

"The question whether a peace officer 'reasonably suspects' a person of having committed an offence within the ambit of s 40(1)(b) of the Act is objectively justiciable. And it seems clear that the test is not whether a policeman believes that he has reason to suspect, but whether, on an objective approach, he in fact has reasonable grounds for his suspicion."

Ofskoon die aangehaalde beslissings dit oor die toepassing van veiligheidswetgewing het, is daar geen aanduiding in die Wet op Kindersorg dat die frase "rede om te glo" nie gelykluidend uitgelê moet word nie. Daar kan gevolglik tot die slotsom geraak word dat:

(a) daar feite aanwesig moet wees wat van so aard is dat dit by die maatskaplike werker aanleiding tot 'n oortuiging/geloof gee dat die kind een is soos in artikel 14(4) bedoel word;

(b) die feite vermeld in (a) "reasonable" moet wees, wat beteken dat dit redelikerwys 'n oortuiging/geloof by die beampte moet wek dat die kind een is soos in artikel 14(4) bedoel word; en

(c) die diskresie in finale instansie by die hof berus om te bepaal of die geloof/oortuiging van die betrokke beampte "reasonably held" is.

Die houdbaarheid van bogemelde gevolgtrekking moet beoordeel word teen die agtergrond van die feitelike omstandighede waarbinne die maatskaplike werker funksioneer. Daarmee saam moet ook vasgestel word in welke mate die toedrag van sake die beste belang van die kind dien. Dit is juis die belang van die kind wat van deurslaggewende betekenis is (Spiro *Law of parent and child* (1985) 351).

### 3 Gevolge van artikel 12(1) vir die maatskaplike werker

Dit blyk dat bogemelde uiteensetting ingrypende implikasies het vir die maatskaplike werker wat 'n kind sonder 'n lasbrief uit die ouers se sorg wil verwyder. In die eerste plek dwing die resultaat die maatskaplike werker tot 'n ander rol as die een waarvoor hy tipies opgelei is en wat hy tradisioneel gespeel het. By aangeleenthede van hierdie aard is die betrokkenheid van die werker hoofsaaklik daarop gerig om terapieë, ondersteunend en beskermend by die gesin in te skakel. Die vereiste dat die verwydering binne die raamwerk van artikel 14(4) tuisgebring moet word, het egter tot gevolg dat die maatskaplike werker die betrokke ouer ten aansien van wie se optrede vasgestel moet word of dit binne die voorskrifte van artikel 14(4) val, moet "stigmatiseer". Artikel 14(4) lui dat in die ondersoek in die kindersorg die hof moet bepaal of die kind geen ouer of voog het nie, of andersins of die kind 'n ouer of voog het wat vanweë bepaalde voorgeskrewe omstandighede nie in staat of geskik is om bewaring van die kind te hê nie. Hierdie omstandighede hang saam met ouerlike onbevoegdheid om toesig oor die kind te hê en sluit tipiese aspekte soos versuim om die kind te onderhou, die aanranding of mishandeling van die kind, verwaarlosing van die



kind en ander gevalle in. Dit is dus duidelik dat die gevolge van die feit dat die maatskaplike werker rede moet hê om te glo dat die kind een is soos in artikel 14(4) bedoel word alvorens die kind verwyder mag word, inhou dat die maatskaplike werker 'n adversatiewe werkswyse in stede van die ondersteunende en terapeutiese werkswyse waarvoor hy opgelei is, moet volg. (Zaal "Child removal procedures under the Child Care Act: some new dangers to contend with" 1988 *SALJ* 224–238; vgl ook Olmesdahl *Discretion, social reality and the best interests of the child* (1987).)

Zaal wys daarop dat ondervinding in Engeland geleer het dat waar maatskaplike werkers op gelyksoortige wyse tot 'n veranderde rol verplig was, hulle dit erbaar het as een wat tot sowel antagonisering van betrokke gesinne en persone as 'n negatiewe gesindheid teenoor die regsproses en gesinsbetrokkenheid by hulle aanleiding gegee het. Daar kan gevolglik met oortuiging geargumenteer word dat die saamlees van artikels 12(1) en 14(4) wat tot gevolg het dat die maatskaplike werker die ouer eweneens in 'n negatiewe lig moet stel ten einde die verwydering binne die statutêre voorskrifte se trefwydte te bring, soortgelyke reaksie by maatskaplike werkers ontlok.

Bogemelde probleem wat vir die maatskaplike werker teweeggebring word, kry verdere dimensie as in gedagte gehou word dat artikel 12(1) in noodgevalle aanwending vind aangesien die vertraging om eers 'n lasbrief te bekom nadelig vir die veiligheid en welsyn van die kind sal wees. Die maatskaplike werker bevind hom gevolglik in 'n situasie waar hy 'n "prompt decision concerning immediate removal of a child apparently in imminent danger of further harm" (Zaal 233) moet maak. Zaal som die onbenydenswaardige posisie van die maatskaplike werker wat in hierdie omstandighede moet bepaal of daar voldoende gronde bestaan om aan die statutêre voorskrifte te voldoen, soos volg op:

"Even lawyers who are far better trained in an adversarial work style, would no doubt often be unwilling to make such an aggressive snap decision in limine."

Uit hoofde van artikel 12(2) moet die maatskaplike werker wat die kind verwyder het, so spoedig doenlik na die verwydering die ouer/voog van die kind van die verwydering in kennis stel, die assistent van die kinderhof van die redes vir die verwydering verwittig en die kind voor die kinderhof van die distrik waarin die plek geleë is vanwaar die kind verwyder is, bring of laat bring. Uit die bewoording van artikel 12(2) blyk dit voldoende te wees dat daar nie meer van die beampte geverg word as om die ouer van die feit van die verwydering in kennis te stel nie. Die artikel skep gevolglik die moontlikheid dat die betrokke ouer/voog die verwydering "child-helpful rather than parent-condemnatory" kan beleef (Zaal 234). Dit spreek vanself dat die verwyderingsproses hierdeur vergemaklik word aangesien die kind met minimale konfrontasie uit die ouer/voog se bewaring verwyder kan word. Eers tydens die verrigtinge voor die kinderhof hoef die gronde van die verwydering soos dit in artikel 14(4) bedoel word, aan die ouer/voog bekend gemaak te word.

Regulasie 9(2) van die Kinderhofregulasies het egter tot gevolg dat bogemelde maatreëls wat tot die vergemakliking van die verwydering kan lei, skipbreuk ly. Uit die saamlees van regulasies 9(2)(a) tot (d) blyk dit dat die maatskaplike werker wat die kind verwyder het, sy redes op skrif moet stel en dit aan die ouers/voog van die kind asook die assistent van die kinderhof moet verskaf. Hierdie redes dien later uit hoofde van subregulasie (d) voor die hof. Dit is dus duidelik dat die gronde waarom die maatskaplike werker glo dat aan die vereiste

van artikel 14(4) voldoen word, daarin vervat moet wees. Hierdeur word die moontlikheid van konfrontasie tydens die verwydering aansienlik vergroot aangesien die ouer/voog met die gronde en feite wat binne die voorskrifte van artikel 14(4) val (en wat uiteraard 'n bepaalde stigma aan die ouer/voog se optrede en persoon heg) gekonfronteer kan word. Met reg waarsku Zaal dat

“[t]he regulation sees to it that the parent who has suffered a worker initiated removal, is to be armed for a defamation action should he wish to seek one”.

Teen die agtergrond daarvan dat enersyds die omstandighede rondom die ouerlike gedrag en optrede geheim gehou en sover doenlik van die maatskaplike werker se ondersoek weerhou word, en andersyds dat die kind dikwels vanweë jong ouderdom of dreigemente van die betrokke ouer/voog nie self tot die hulp van die maatskaplike werker kan kom deur byvoorbeeld self 'n verklaring af te lê nie, word die sinvolheid van hierdie regulasies bevestig. Daarbenewens kan die vereiste van redelikheid ten aansien van die maatskaplike werker se oortuiging dat daar in die omstandighede aan die vereistes van artikel 14 voldoen word, sodanige netelige situasie vir die maatskaplike werker skep dat daar ten koste van die beste belang van die kind besluit kan word om nie die kind uit die bewaring van die ouer/voog te verwyder nie. (Die redelikheidsvereiste het kennelik ten doel om oordeelsfoute wat onder die vorige statutêre bedeling begaan is, uit te skakel. Kinders is byvoorbeeld uit hoofde van die bepaling van die Kinderwet 33 van 1960 uit ouerlike sorg verwyder in gevalle waar ouers huweliksprobleme gehad het, die vader baie gedrink, gevloek, en nie kerk toe gegaan het nie, en waar reeds geskeide ouers nie oor beheer en toesig ooreen kon kom nie. Hierdie verwyderings is almal in hersiening tersyde gestel (vgl oa *Weber v Harvey* 1952 3 SA 711 (T); *Malan v Commissioner of Child Welfare, Witbank* 1973 4 SA 508 (T)). Gegewe dat die gemiddelde dienstydperk van maatskaplike werkers slegs 18 maande is (vgl Olmesdahl 7) is dit duidelik dat die posisie soos dit onder die vorige bedeling bestaan het, eweneens nie voortgesit kon word nie.)

Die hof se kompetensie om te toets of die maatskaplike werker sy geloof/oortuiging “reasonably held”, kan egter ook tot 'n terughoudendheid by die maatskaplike werker aanleiding gee aangesien sodanige werker kan voel dat

“[i]t is anomalous and unfair (from their perspectives) that courts and commissioners have a contrasting power [uit hoofde van artikel 11(1) en (2)] to initiate removal proceedings under a less provocative child-interests criterion” (Zaal 233).

Die streng mate van bewys wat geveer word, het verskillende newegevolge wat tot die kind se nadeel kan strek. Eerstens spreek dit vanself dat indien die artikel 12(1)-verwydering nie deur die kinderhof bevestig word nie, die ouer wie se gedrag die verwydering ten grondslag lê, kan voel dat hy vals beskuldig is en dan onnodig aggressief jeens die kind kan optree. Tweedens en eweneens ooglopend kan die maatskaplike werker geloofwaardigheid by die familie inboet selfs al word die verwydering bekragtig. Dit kan die latere heropbouprogram van die familie ingrypend benadeel en daartoe lei dat die kind nie weer by sy ouers geplaas kan word nie (selfs al is dit in sy belang) aangesien die ouers nie die maatskaplike werker vertrou nie. Derdens maak die bewyslas die maatskaplike werker onseker van sy kans op sukses en kan dit gebeur dat 'n kind nie geredelik ingevolge artikel 12(1) verwyder sal word nie. In dié verband toon Zaal aan dat dit duidelik kan wees dat 'n kind gereeld en ernstig aangerand word maar die onvermoë om met die nodige graad van bewys aan te toon dat

dit inderdaad die ouers is wat daarvoor verantwoordelik is, kan tot gevolg hê dat die kind steeds in die ouer se sorg gelaat word. Daar moet steeds in gedagte gehou word dat "mere bona fides in the form of a genuine desire to rescue a child in what was thought to be a pending disaster situation" nie voldoende is om te slaag om die artikel 12-verwydering in die kinderhof te bevestig nie.

Die familie is 'n eiesoortige entiteit. Dit behoeft dat remedies wat van regsweë ingestel word en op die herstel van die versteurde familiebetrekkinge gerig is, eweneens 'n tipiese eiesoortigheid behoort te vertoon. Terwyl dit enersyds duidelik is dat die redelikheidskriterium daarop gerig is om onbehoorlike inbreukmaking op die uitoefening van ouerlike gesag hok te slaan, is dit net so duidelik dat die doel van die voorskrifte, naamlik die beskerming van die beste belang van die kind, daardeur frustreer kan word.

Daar word aan die hand gedoen dat redelikheid as toetssteen om te verhoed dat die maatskaplike werker op onbehoorlike wyse op die ouerlike gesag inbreuk maak, nie noodwendig tot billike resultate ten aansien van die gemolesteerde kind lei nie. Daar word gevolglik betoog dat omvattende opleiding aan die maatskaplike werker ten einde indringend met die voorskrifte van artikel 14(4) vertrouwd te raak enersyds, en andersyds deur die vereiste te stel dat 'n verwydering ingevolge artikel 12(1) net mag plaasvind in die geval waar die maatskaplike werker oortuig is dat die kind een is soos in artikel 14(4) bedoel word, 'n werkbare oplossing behoort te bied. 'n Bepaling dat sodanige kind binne 'n tydperk van 48 uur voor 'n kinderhof gebring moet word ten einde vas te stel of hy een is soos in artikel 14(4) bedoel word, behoort die situasie waar die maatskaplike werker op onvoldoende gronde die verwydering bewerkstellig het, en dusdoende op onbehoorlike wyse op die ouerlike gesag inbreuk gemaak het, aan die lig te bring.

Indien die voorgestelde weg gevolg word, kan die onnodige spanning en wantroue wat by die maatskaplike werk-professie jeens die regsprosesse kan ontstaan, voorkom word en kan behoorlike samewerking tussen die beroepe in die verband verseker word. So 'n benadering sal die beste belang van die kind dien aangesien sy belang juis verg dat daar op die breeds doenlike vlak samewerking tussen die onderskeie beroepe moet wees.

JA ROBINSON

*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

## **GENETIC ENGINEERING -- DOES IT MERELY FACILITATE THE PROCESS OF EVOLUTION?**

### **1 A case for limited genetic manipulation**

Mankind has evolved and presumably still is evolving to adapt to the environment. The process of evolution on the one hand, is a very slow process whereas man is faced by climatic realities and hostile environments on the other hand, which he must come to terms with more rapidly than the process of evolution will permit.



Vast areas of the earth's surface have an inhospitable climate which is virtually inhabitable to man in his present genetic structure (Goudie *The human impact* (1981) 45–50). I refer here to the desert regions of the earth – both ice and sand deserts. These deserts have extreme climates – below freezing on the one hand and extremely hot and dry on the other. Still other areas have an unhealthy climate in which diseases such as malaria are prevalent.

These environmental realities impact on mankind in the following ways:

Because such large areas of the surface are uninhabitable owing to hostile conditions, it leads to overpopulation in more favourable areas (Simmons *The ecology of natural resources* (1981) 56–321).

It is unlikely that all man's intelligence and technological wizardry will ever enable him to control or manipulate the climate of his environment to suit his needs. Scientists are, however, on the threshold of mastering the genetic structure of man, which will enable them to adapt the genetic structure of certain groups of people in such a way as to enable their physiological structure to adapt to the extremes of heat and lack of water for one group and extremes of cold for another group in such a way that they can live comfortably in their conditions without excessive material or technological assistance (see Wheale & McNally *Genetic engineering catastrophe or Utopia* (1988) 25; Singer & Wells *The reproduction revolution* (1984) 172; McKie *The genetic jigsaw* (1988) 1).

The benefits to mankind of such a development will be incalculable, especially if it is accompanied by research by plant geneticists resulting in new strains of food plants which can adapt to hot and cold deserts.

These practical applications of genetic advances will enable mankind to wipe out the perennial famines in the Sahel region (*Africa South of the Sahara* (1988) 80) and to open up the vastness of Siberia and the Arctic regions, for example, to colonisation and settlement thus relieving the pressure on the planet's limited resources.

In order to implement the noble vision set out above, the countries whose populations are to require genetic manipulation to "speed up" their evolutionary adaptation to harsh environments, will have to pass laws authorising the manipulation of the germ cells in a generation of babies. Furthermore, the developed world where this type of research will have to be perfected, will also have to legislate to permit such research.

Genetic engineers who intend manipulating human gene cells have to distinguish between *somatic* cells, which are all those cells of the human body which are not involved in reproduction, and *germ* cells, namely those cells which are, or are destined to become, sperm or ova (Wheale & McNally 212–217; McKie 128–131).

Any alterations made to a person's somatic cells will die with that individual; in other words, they cannot be passed on to one's children. Any form of gene therapy applied to these cells is analogous to other forms of medical therapy designed to aid a particular patient. Manipulation of germ cells, however, means that any changes induced may be passed on indefinitely through each successive line of descendants (Murray *Ethical issues in genetic engineering* (1985) 52; *Social research* 471–484).

The manipulation of the genes of the population of a climatically extreme region in order to render them more adaptable or to produce a skin structure



which is impervious to the increased ultraviolet radiation, or a cardio-vascular system which can operate efficiently on lowered oxygen ratio in the atmosphere, would necessitate a manipulation of the germ cells.

## 2 Existing examples of genetic manipulation

Genetic manipulation is not a new development, but is a process by which human beings have been attempting to control their environment for more than a thousand years. The domestication of wild plants and animals aimed at producing more and better food is an example of benign genetic manipulation; so too, is the improvement of egg and milk yields from domestic animals by way of a selective breeding process. The domestication of dogs followed by selective breeding programmes has also enabled us to manipulate the behaviour and characteristics of dogs genetically; for example, hunting dogs, herding dogs and watchdogs are purposefully bred to exhibit specific behavioural traits (Motulsky *Impact of genetic manipulation on society and medicine* (1983) 219; *Science* 135 – 136).

There is only one recorded example of *homo sapiens* practising genetic manipulation by way of government intervention and that was the attempt by the Nazi government in Germany to institute breeding centres for selected Aryan men and women. This experiment had no moral foundation, was politically motivated, based on pseudo-scientific standards of race ideology and retrogressive notions about individual rights and dignity. In fact, any attempt by governments to control breeding for eugenic and or political motives must be condemned as a serious breach of civil liberties and democratic ideals (Reilly *Genetics, law & social policy* (1977) 121 – 132; Holtzman *Proceed with caution* (1989) 224).

An example of private initiative in the field of human breeding was the proposal by a California millionaire who arranged to use sperm from Nobel Prize winners in the sciences for artificial insemination of self-selected volunteer women. Statistically the offspring of such a procedure should be of above average intelligence. A voluntary private undertaking of this nature, on a small scale, would cause few social problems and would have no significant effects on the human gene pool (Nelson “The human problem of genetic engineering” in Milunsky & Annas (eds) *Genetics and the law III* (1984) 81 (hereinafter *Genetics and the law*)).

## 3 Indirect manipulation of human genes

The advances in medical science and strict public health regimes have preserved the deleterious genes that would otherwise have been eliminated, thus indirectly affecting the human gene pool. For example, the successful treatment of certain genetic diseases such as diabetes, haemophilia, immune deficiency and certain types of congenital heart disorders, permits the bearers of these defective genes to have children. The prolonged preservation on a large scale of these genes will have a “dysgenic” effect in that it will contaminate the human gene pool with harmful genes which will necessitate major expenditure by future societies on the treatment of the genetically infirm (Motulsky 136).

Because of their unique brains, human beings have a “cultural inheritance” which, in conjunction with the rapid dissemination of ideas, has facilitated our adaptation to a variety of environments. The human brain enabled our ancestors

to devise clothing, first from animal skins and later from fibres. This was socially and practically a desirable development, but biologically it was deleterious because it resulted in our losing the genes for hairiness that had previously protected us against the elements (Holtzman 229).

#### 4 Genetic progress presents new moral challenges

The dramatic progress made by geneticists and other biological scientists in the last five to ten years has had all the hallmarks of a new Genesis. Geneticists have, amongst other things, synthesised a living functioning gene from shelf chemicals in a laboratory. Through improved cloning techniques, scientists have been able to produce exact copies of lower life-forms. Experiments with leopard frogs have resulted in the production of genetic replicas of the frogs, down to the very shape and location of the spots on their backs (Wheale & McNally 214).

Of even greater significance is the project to map the human genome and the advances in recombination or so called "gene splicing". These developments herald the large-scale treatment of diseases, ecological control and the technological production of a wide range of goods from pharmaceuticals to peanuts (Botstein "Mapping the human genome" in *Genetics and the law* 97).

To sum up: we will shortly be in a position to control not only our own destinies but also those of our offspring and our environment in ways which are more direct and trait-specific than could previously have been imagined (Robertson "Genetic alteration of embryos" in *Genetics and the law* 115).

Progress on such a gigantic scale is never without a price or without side-effects. In this case these advances in genetic engineering – particularly those which involve manipulating the human genome – pose tremendous ethical and moral problems, because they go to the very heart of who we are and how we think about ourselves and because they offer technological options which never existed before. However, it is not the fact of the options which is problematical, but rather their nature. The fact that man is on the threshold of the purposeful design and production of life independent of any organic evolution from what already exists, presents us with moral problems that are not merely new in history but also new in kind. Genetic engineering as it applies to the manipulation of man presents an unprecedented technological leap from merely designing the environment to "designing the designer" (Nelson 81; Robertson 118 – 120).

The prospect of the above accomplishments threatens to subvert traditional philosophical concepts and to undermine the standard ethical touchstones of "human nature", "humanity" and "rationality". One could argue that, together with their creation, these values would become synthetic products rather than universally shared values (Hillier *Reproduction rights and population planning* (1981) 353 – 359).

The so called "Frankenstein factor" and the Nazi eugenics programme has negatively influenced the tone of the genetic debate. The spectre of new life-forms somehow threatens our sense of identity, our sense of uniqueness and our sense of primacy among the creatures of the earth. This belief is based on a nonrational element compelling our respect for extant genomes on the one hand while maintaining our rational affirmation of them on the other. It does, however, frequently occur that these premonitions become exaggerated beyond what the facts can support; when this happens, they tend to generate peremptory

condemnations (McKie 145; Wheale & McNally 257; Gaylin "The Frankenstein factor" 1977 *New England Journal of Medicine* 665 – 667).

I shall now examine the arguments against the use of genetic engineering for the purpose of manipulating man's genetic structure. I submit that the distinguishing feature of these arguments is that they are reductionist in nature because they substitute the invocation of formulae for careful analysis and in the process avoid the kind of balanced scrutiny which is necessary to analyse this complex set of problems.

## 5 Arguments against genetic manipulation

### 5.1 General

The problem with the arguments against manipulation is not that they are devoid of truth; on the contrary, their attraction is precisely the fact that they contain an element of truth, and that this partial insight is mistakenly thought to comprise the whole truth.

In assessing these arguments one must first examine their ethical integrity and then evaluate the degree of recognition to be afforded to the element of truth contained in them. If this element does not outweigh the counter-argument and its ethical integrity the arguments should be discarded (Frost "Regulating genetic technology – values in conflict" in *Genetics and the law* 15; Capron "Unsplicing the Gordian Knot – legal and ethical issues in the 'new genetics'" in *Genetics and the law* 23; Nelson 81).

### 5.2 Playing God

In Judeo-Christian tradition, "playing God" is analogous to an attempt to gain salvation without the help of the Divine Being. Such actions are rightly condemned for their pride and arrogance.

This argument does not condemn the mere use of man's power and creativity in the field of genetics but rather the arrogation of that skill and power to man's own resources rather than to God and His continuing creation. The true nature of the argument of those who object to genetic engineering because it amounts to playing God is thus not that it is an act which offends morality, but rather that it is an act which offends faith. Its verbal counterpart would be blasphemy. Genetic medicine applied to individuals with a therapeutic purpose and not motivated by a desire to usurp God's place would be compatible with Judeo-Christian morality.

The phrase "playing God" is also used to remind us that we should use the utmost caution when we are tempted to tamper with the elemental organic forces of the universe and the uncharted route we are entering when we embark on genetic manipulation which may shape our physical being and our social structure.

If these are the concerns which underpin the idea of "playing God" then the concept has a degree of validity because it cautions against excesses.

However, if "playing God" means that man is to be summarily denied the option of certain choices then this is not an appropriate response because it is man's destiny to make choices, whether we choose to embark on genetic



manipulation or not. Ultimately man should not be denied a choice merely because he would be "playing God" if he made a particular choice. The answer is that when he chooses he must do so intelligently (Holtzman 228; Singer & Wells 202).

### 5.3 *Interfering with nature*

Man's history is a saga of his interaction with nature and his ceaseless efforts to shape nature and the environment to his ends. However, when this term is used in the genetic context, it assumes a different connotation and is often used as an indictment of the activity.

For example, we have devised and used antibiotics to save and lengthen the lives of millions afflicted with natural diseases such as yellow fever, typhoid and diabetes as well as embarking on the draining of swamps which provided the breeding grounds for malaria-bearing mosquitoes (Murray 485).

I submit that the touchstone is not whether we interfere or not but whether our incursions enhance or diminish the lot of humanity. Man's scientific skill and his intellectual ability to make choices enable him to make genetic choices which are either in harmony with nature or not. In exercising such a choice one should never underestimate the difficulty of deciding what is and what is not in harmony with nature relative to genetic manipulation. The issue is immediately complicated by having to decide whose definition of what is "natural" to accept. It has further been provided that the widely accepted belief that there is a fixed human genome, is faulty in the light of the fact that the genetic basis of what is distinctively human continually changes through the interplay of random mutation and natural selection.

Our choices should then be based on a human conception of what is natural, and not on a naturalistic definition of what is human. It is in the latter sense that the charge of "interfering with nature" is of dubious authority (Nolan & Swenson "New tools, new dilemmas: genetic frontiers" 1988 *Hastings Center Report* 40-45).

The element of truth in the argument lies in its implicit invocation of the basic rule of medical ethics, namely *primum non nocere* and it implies that there should be an honest critical examination of the motives for any genetic modification.

It is equally true that scientists do not always have noble motives, a fact to which eugenics programmes testify. This critical evaluation should encompass not only the impact of the manipulation on the physical characteristics of a person, but also its impact on the social and cultural environment (Krimsky "The corporate capture of academic science and its social cost" in *Genetics and the law* 45).

### 5.4 *The slippery slope argument*

The protagonists of the "slippery slope" argument imply that it rests on two principles, namely one of momentum and one of logic.

The principle of momentum states that once you perform X you will be unable to restrain yourself from doing Y, even though X does not necessarily imply Y. The principle of logic states that Y will inevitably follow from X, since doing X contains the principle of permission for doing Y. It is the latter that is more ethically relevant and which raises the issue of where to stop once you start



down the path of genetic engineering. Does the scientist stop after the elimination of diseases such as cancer and diabetes or does he continue until he has "perfected" the human species? (Boone "Bad axioms in genetic engineering" 1988 *Hastings Center Report* 9 11).

The problem with this line of reasoning is that it mistakenly assumes that the mere fact that you start the process of genetic engineering on a modest scale or with limited objectives means that the momentum will carry it on to any conceivable application. In other words, if permission is granted for *some* types of intervention it will open the way for *all* kinds of intervention.

Admittedly, genetic manipulation to enhance the ability to withstand extremes of temperature hovers between being a therapeutic and a eugenic measure and I submit that the cut-off point for genetic manipulation should be the boundary between therapeutic and eugenic measures. There is strong moral justification for therapeutic treatment and very little moral justification for eugenic measures (*ibid*).

On the other hand, the enhancement of certain people's ability to withstand extremes of temperature and thereby improving their quality of life is hardly a step towards the "perfection" of the human species as is the enhancement of IQ levels or the breeding of a race of six-foot blonde Vikings.

This form of genetic manipulation also has a strong moral justification, namely that it raises the quality of life of millions who might otherwise starve to death or perish in the harsh environment.

### 5.5 *The ethical neutrality of science*

In its most literal sense, it is true to say that science is ethically neutral. It would be more accurate, however, to distinguish the *findings* of science from the *activity* of science. The former are ethically neutral, the latter is not. While one cannot attach any responsibility to the activity of science *per se*, the application of the products of that activity are frequently not value-neutral. An especially heavy moral burden rests on those who utilise scientific information to the detriment of mankind. In practice it is all but impossible to isolate any scientist from moral decisions regarding his work (Wheale & McNally 204 – 207).

It is very difficult for a scientist to predict how other scientists will use the knowledge he has discovered, but this difficulty does not relieve him of the responsibility of attempting to predict at least the worst case scenarios.

It would therefore be true to say that it cannot be claimed that scientific activity is ethically neutral. What is true, however, is that most knowledge may be used for both good and evil purposes and that a scientist should not shoulder the sole responsibility for harmful applications of his research by his peers or by an unscrupulous government. On the other hand, scientists cannot be resolved of all responsibility. This means that in the final analysis there must be a sharing of responsibility by all parties involved (Smith *The new biology – law, ethics and biotechnology* (1989) 15 – 21; Wheale & McNally 204).

## 6 The legislature and genetic engineering

The South African legislature recently amended the Human Tissue Act (65 of 1983, as amended by Act 51 of 1989, which came into operation on 1990-05-02) by introducing the following amendment:

"Notwithstanding anything to the contrary contained in this Act or any other law, no provision of this Act shall be so construed as to permit genetic manipulation outside the human body of gametes-reproductive germ cells and zygotes" (s 39(A)).

This is a typically conservative approach to procreation procedures by the South African legislature, the effect of which is effectively to prohibit both somatic and germ cell therapy and to deny the genetically handicapped the advantages of these forms of therapy.

In Australia, the state of Victoria's Law Reform Commission tabled report number 26 of this body entitled "Report on Genetic Manipulation" in parliament on 13 September 1989 (see also Starke "Genetic manipulation - Report of Victoria Law Reform Commission June 1989" 1989 *ALJ* 803). This report and its recommendations adopted a much more enlightened and conciliatory approach towards genetic manipulation. The commission's findings were opposed to a regime of strict regulatory control of genetic manipulation. Its provisional conclusions were that genetic engineering should not be prevented or limited in a general manner, and that current monitoring and guide-lines were probably sufficient to ensure the safety of experiments, but that some legislative and regulatory changes might be required for some purposes in state legislation, primary and subordinate, especially the protection in certain circumstances of the environment.

In its general conclusions the commission recommended as follows:

"The Commission does not believe that genetic manipulation is wrong on either religious or ethical grounds. In its view genetic manipulation is not intrinsically objectionable or so different from other laboratory procedures as to require special regulation. The manufacture of biological substances by genetically altered bacteria, for example, is not materially different from the use of other types of bacterial cultures which have been widely utilised in Australia and in other countries for generations in the production of many types of food and drink. Similarly, the use of genetic manipulation to improve agricultural animals and plants is basically a more controlled and refined means of the long established practice of planned breeding" (3).

The commission reported that it had discovered very limited community concern about the inherent morality of gene therapy/manipulation and that such activity should not be banned but should continue to be regulated by the guide-lines laid down by the National Health and Medical Research Council which are in turn monitored by institutional ethics committees co-ordinated by the NHMRC.

Under the guide-lines, germ cell gene therapy (resulting in inherited genetic changes) is ethically unacceptable, but somatic gene therapy is acceptable.

In the United States of America, the President's Commission recommended that under certain circumstances germ cell therapy was justifiable. The commission reasoned that it would be a greater wrong to allow people to die from Huntington's or similar genetically based diseases than to effect germ cell line therapy to correct the disorder, even or especially because the corrected gene would be passed on to the patients' offspring (President's Commission for the study of ethical problems in medicine and biomedical and behavioural research "Splicing life: the social and ethical issues of genetic engineering with human beings" *Washington DC US Government Printing Office* 1982).

## 7 Conclusion

The natural criterion for permissible and impermissible gene therapy appears to be whether the treatment is therapeutic as opposed to eugenic. The concern then becomes whether this demarcation should be absolute or not. This is a

very real concern given our recent history with other medical tools, especially drugs.

To turn our backs on the potential offered by germ cell therapy would be short-sighted, given the magnitude of the problems facing millions of inhabitants of this planet. I do not believe that we should give up our efforts to treat genetic afflictions or to improve the quality of life of millions of people because the device we use lies on the boundary of moral and ethical acceptability.

I submit that the sensible approach is to proceed cautiously with the development of genetic engineering, remaining constantly vigilant to the ever-present potential for the abuse of this technology (Murray 489).

ML LUPTON

*University of Natal, Pietermaritzburg*

## DIE TERSYDESTELLING VAN SUMMIERE VONNIS – ENKELE OPMERKINGS

### 1 Inleiding

Dit is 'n algemeen aanvaarde feit dat summiere vonnis 'n finale vonnis is. Die aangeleentheid word na die toestaan van die bevel *res judicata* en die hof is dan *functus officio*. Die hof wat die uitspraak gelewer het, word nou verhoed om sy uitspraak te verander tensy daar 'n andersluidende statutêre bepaling is.

Hierdie andersluidende bepalings by die tersydestelling van summiere vonnis gee onvermydelik aanleiding tot litigasie (*Joel's Bargain Store v Shorkend Bros (Pty) Ltd* 1959 4 SA 263 (OK); *Louis Joss Motors (Pty) Ltd v Riholm* 1971 3 SA 452 (T); *Tlholoe v Maury (Edms) Bpk h/a Franelle Gordyn Boutique* 1988 3 SA 922 (O); *Sundra Hardeware v Mactro Plumbing* 1989 1 SA 474 (T); sien verder Van den Berg "Rescission of a summary judgment" 1980 *De Rebus* 102; Pretorius *Burgerlike prosesreg in die landdroshowe* (1986); Jones en Buckle *The civil practice of the magistrates' courts of South Africa* 1 (1988); 2 (1990)) en dikwels word hierdie aangeleentheid geriefshalwe vermy. My opmerkings aangaande hierdie andersluidende bepalings sal om doelmatigheidsredes tussen die hooggeregshof en die landdroshof onderskei. Die rede hiervoor word in die *Tlholoe*-beslissing *supra* 925B – C verskaf:

"Vanweë die wye betekenis wat aan die begrip geheg word in die Reëls . . . is die bevoegdheid van landdroshowe om verstekvonnisse ter syde te stel veel meer omvattend as dié van die Hooggeregshof. Om dieselfde rede is die begrip 'summier vonnis' onverenigbaar met die begrip 'vonnis by verstek' soos bedoel in die Hooggeregshofreëls maar nie soos omskryf in die Landdroshowerëls nie."

Versuim om tussen hierdie twee liggame te onderskei, gee tot onnodige litigasie aanleiding (*Sundra Hardeware*-saak *supra* 427D – J); vandaar die noodsaaklikheid om die posisie in die hooggeregshof en die landdroshof afsonderlik te bespreek.

### 2 Hooggeregshof

Die toestaan van summiere vonnis kragtens reël 32 van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959 is 'n finale vonnis (*Arend v Astra Furnishers (Pty) Ltd*



1974 1 SA 298 (K); *Louis Joss Motors*-saak *supra* 454H; Van Winsen ea *The civil practice of the superior courts in South Africa* (1979) 309; Harms *Civil procedure in the supreme court* (1990) 314). Ongeag of die verweerder regsverteenvoordiging gehad het of afwesig was tydens die toestaan van die vonnis of toe sy regsverteenvoordiger namens hom opgetree het, kan summiere vonnis ingevolge reël 32 nie verander word na verstekvonniss soos in reël 31 bedoel nie. Derhalwe is dit noodsaaklik om duidelik tussen dié twee reëls te onderskei ten einde onnodige regsrae te vermy (*Louis Joss Motors*- en *Sundra Hardeware*-saak *supra*).

Verstekvonniss ingevolge reël 31 word toegestaan wanneer 'n verweerder in verstek is met sy kennisgewing van voorneme om te verdedig of sy pleit. (Sien ook r 39(1) van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959 oor verstek tydens die verhoor en *Katritsis v De Macedo* 1966 1 SA 613 (A).) Reël 31(2)(b) maak in genoemde gevalle daarvoor voorsiening dat daar aansoek gedoen mag word vir die tersydestelling van 'n verstekvonniss mits daar voldoen is aan die vereistes soos gestel in hierdie subreël.

Reël 32 maak egter glad nie voorsiening vir die tersydestelling van 'n summiere vonnis nie. Die aan- of afwesigheid van die verweerder of sy regsverteenvoordiger tydens die aansoek is irrelevant en die verweerder mag hom nie op reël 31(2)(b) beroep vir die tersydestelling van die summiere vonnis nie. Die rede daarvoor is dat dié subreël 'n voortsetting van reël 31(2)(a) is en niks met summiere vonnis te doen het nie (*Louis Joss Motors*-saak *supra* 454F – H; *Sundra Hardeware*-saak *supra* 476G – I). Dit is belangrik om in gedagte te hou dat dieselfde beginsel op 'n voorlopige vonnis van toepassing is (*Hardroad (Pty) Ltd v Oribi Motors (Pty) Ltd* 1977 2 SA 576 (W)).

Summiere vonnis is egter in sekere uitsonderingsgevalle soos uiteengesit in reël 42(1) vir wysiging of herroeping vatbaar. Die hof kan ingevolge hierdie reël uit eie beweging of op aansoek van 'n party sodanige vonnis wysig of herroep indien daar aan die voorgeskrewe vereistes voldoen is.

### 3 Landdroshof

#### 3 1 Inleiding

Die posisie met betrekking tot die tersydestelling van summiere vonnis in die landdroshof verskil van dié in die hooggeregshof. Die rede hiervoor is dat die landdroshof se bevoegdheid om verstekvonnisse tersyde te stel veel omvattender is as dié van die hooggeregshof. Die reëls se verandering oor die jare (vgl r 36(1) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1917 en die huidige artikel 36(a) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944) en die houe se interpretasie van die reëls moes onvermydelik aanleiding gee tot onduidelikheid rakende die tersydestelling van summiere vonnis in die landdroshof. 'n Voorbeeld hiervan is die opmerking in die *Joel's Bargain Store*-saak *supra* 265A dat

“summary judgment becomes a final judgment unless reversed on appeal . . . It shuts the mouth of the defendant finally”

teenoor die bewering in die *Tlholoe*-saak *supra* 924F dat

“'n summiere vonnis gevel in die afwesigheid van die verweerder en sy regsverteenvoordiger . . . wel ter syde gestel kan word”.



### 3 2 *Wetgewing in die landdroshof*

Artikel 36 van die Wet op Landdroshowe onder die opskrif "Watter vonnisse vernietig kan word" bepaal:

"Die hof kan, op aansoek van enige persoon wat daardeur geraak word of . . . suo motu –

(a) 'n vonnis wat deur hom gevel is in die afwesigheid van die persoon teen wie daardie vonnis gevel is, vernietig of wysig."

Reël 49(1), (2) en (10) lui:

"(1) 'n Party in 'n aksie of verrigtinge waarin 'n vonnis by verstek gegee is, kan by die hof aansoek doen om sodanige vonnis te vernietig of te wysig . . .

(2) Sodanige aansoek geskied by wyse van beëdigde verklaring waarin die redes vir die applikant se afwesigheid of versuim om 'n kennisgewing van voorneme om te verdedig of 'n verweerskrif af te lewer en . . .

(10) Hierdie reël is mutatis mutandis ten opsigte van alle verrigtinge vir die vernietiging of wysiging van enige vonnis van die hof in die uitoefening van sy regsbevoegdheid kragtens artikel 36 van die Wet van toepassing."

Reël 2(1)(b) omskryf "vonnis by verstek" as

"'n vonnis wat in die afwesigheid van die party teen wie dit verleen is aangeteken of gegee is"

en verwys na "eiser", "verweerder", "applikant", "respondent" en "party" ook as "die prokureur of advokaat wat namens sodanige party verskyn . . .".

### 3 3 *Evaluering van die wetgewing*

Die volgende drie afleidings kan onder meer uit artikel 36(a) gemaak word:

(a) Die begrip "vonnis" moet wyd vertolk word omdat dit nie nader omskryf word as byvoorbeeld "verstekvonnis" of "summiere vonnis" nie.

(b) Summiere vonnis word dus nie uitdruklik of by implikasie by hierdie subartikel in- of uitgesluit nie.

(c) Die enigste vereiste waaraan "vonnis" moet voldoen, is dat dit "in die afwesigheid van die persoon" gevel moet gewees het.

Die definisie van verstekvonnis soos vervat in reël 2(1)(b) verleen ook steun daaraan dat "vonnis" soos omskryf in artikel 36(a) 'n wye betekenis het. Reël 2(1)(b) verwys wel na 'n "vonnis", maar "vonnis" word weer eens nie duidelik afgebaken nie en is myns insiens 'n verwysing na vonnis in die breë sin van die woord omdat daar wel ander vonnisse is wat in die afwesigheid van 'n belanghebbende gevel mag word, byvoorbeeld 'n summiere vonnis (*Sundra Hardware-saak supra 477J – 478A*).

Die standpunt vind verdere steun indien reël 49 in sy geheel ontleed word: Reël 49(1) – (9) handel met die vernietiging van verstekvonnis in die eng sin van die woord soos omskryf in reël 49(2). Die eerste aanduiding dat die wetgewer verstekvonnis baie wyer sien as wat algemeen aanvaar is, word in reël 49(1) aange-tref. Die wetgewer verwys hier na "aksies" en "verrigtinge" waarin verstekvonnis toegestaan mag word. Dit is duidelik 'n baie wyer interpretasie aangesien "verrigtinge" na enige prosedure in die landdroshof verwys. Die siening dat daar 'n wye interpretasie aan "vonnis" in artikel 36(a) en die definisie van verstekvonnis in reël 2(1)(b) verleen moet word, word weer eens onderstreep in reël 49(10) waarin bepaal word dat reël 49(1) – (9) van toepassing is op alle ver-rigtinge vir die vernietiging of wysiging van "enige vonnis".

Daar kan dus met veiligheid aangeneem word dat summiere vonnis onder artikel 36(a) tuisgebring kan word en daarom kragtens reël 49 vernietig of tersyde gestel mag word (*Tlholoe-saak supra* 924F – G; *Sundra Hardeware-saak supra* 478D – E). Dit is egter belangrik dat die vonnis in die afwesigheid van die belanghebbende gevel moet word en dat die belanghebbende hierna moet voldoen aan die vereistes soos in reël 49 neergelê. Soos blyk uit die voorafgaande, is daar tans genoegsame steun vir die standpunt dat summiere vonnis tersyde gestel mag word. Dit is 'n logiese ontwikkeling en dit is jammer dat dit met soveel “pyn” gepaard gegaan het.

### 3 4 Standpunte in verband met “in die afwesigheid van die verweerder”

Die bepaling van die betekenis van “in die afwesigheid van die verweerder” kan verskeie probleme oplewer. Aangesien hierdie bespreking uitsluitlik oor summiere vonnis handel, is dit moontlik dat die menings gehuldig deur skrywers soos Jones en Buckle (1 137; 2 358) asook Pretorius (783) wel steek hou ten opsigte van ander gevalle wat buite die bestek van hierdie bespreking val. Hierdie skrywers stel dit duidelik dat summiere vonnis gevel in die afwesigheid van die belanghebbende maar in die teenwoordigheid van sy regsvertegenwoordiger, wel tersyde gestel mag word. Die jongste regspraak waarop die skrywers steun, bied myns insiens egter nie genoegsame gesag vir hulle standpunt nie aangesien die betrokke uitsprake telkens gekwalifiseer word: in die *Sundra Hardeware-saak supra* 478E voer die regter byvoorbeeld aan dat die summiere vonnis tersyde gestel mag word “in the absence of a party such as the defendant in this case” (my kursivering).

Weer eens is dit belangrik om die relevante artikels te ontleed ten einde 'n behoorlike standpunt te kan formuleer:

(a) Die definisie van “eiser” en “verweerder” in reël 2(1)(b) sluit ook 'n “party”, “prokureur” of “advokaat” in wat namens 'n party verskyn. Die woord “persoon” word nie omskryf of gebruik in bogenoemde definisie nie.

(b) Die huidige artikel 36(a) verskil van sy voorganger, artikel 36(1) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1917. Die woord “party” in die eertydse wetgewing is vervang deur die woord “persoon” in die huidige wetgewing (*Van Graan v Smith's Mills (Pty) Ltd* 1962 3 SA 170 (T) 172A – B).

Jones en Buckle (1 137) voer aan dat omdat “party” gedefinieer word, terwyl “persoon” in die huidige artikel 36(a) vervat is maar nie in die wet of reëls gedefinieer word nie, dit ook nie noodwendig prokureur of advokaat insluit nie. Die skrywers (*idem* 136) betoog verder dat ander vonnisse, waaronder summiere vonnisse, waar die verweerder afwesig en sy prokureur of advokaat aanwesig is, wel tersyde gestel mag word.

Pretorius (781) neem dieselfde standpunt in waar hy die geval bespreek waar 'n vonnis gevel is in die afwesigheid van 'n persoon teen wie dit verleen is. Hy klassifiseer summiere vonnis ook onder hierdie gevalle (783) en betoog ten slotte dat die woord “persoon” net na 'n gedingsparty kan verwys en nie, soos die begrip “party”, 'n prokureur of advokaat insluit nie (781). Daarom kan 'n vonnis wat in die afwesigheid van 'n persoon maar in die aanwesigheid van sy regsvertegenwoordiger gevel is, volgens hom wel ingevolge reël 36(a) vernietig of gewysig word.

Vermelde standpunte van Jones en Buckle (1 136–137) en Pretorius (781–783) verplig 'n mens om die regspraak waarop gesteun word, na te vors ten einde die geldigheid daarvan te beoordeel.

### 3 5 Regspraak

(a) *Du Plessis v Goldblatt's Wholesale (Pty) Ltd* 1953 4 SA 112 (O) voer die aangeleentheid nie ver nie omdat summiere vonnis volgens die feite nie hier ter sprake is nie en daar nie tussen “party” en “persoon” onderskei word nie. Verder word daar ook nie na artikel 36(a) verwys nie.

(b) Die *Van Graan*-beslissing waarop *Jones en Buckle* (1 137) steun, kan soos volg saamgevat word: Die regsargument is belangrik aangesien die *Du Plessis*-saak (*supra*) nie nagevolg word nie. Die rede hiervoor is dat daar in die *Van Graan*-beslissing (172A–B) wel 'n onderskeid tussen “party” en “persoon” gemaak word. Die gevolgtrekking is dieselfde as hierbo: daar word verwys na vonnis in die breë sin van die woord wat in die belanghebbende se afwesigheid gevel is. Daarom sou daar wel om tersydestelling van vonnis aansoek gedoen kon word. In die onderhawige geval is vonnis gevel in die afwesigheid van die belanghebbende maar in die aanwesigheid van die prokureur. Dit was egter 'n verdedigde saak waar die belanghebbende nie by die verhoor opgedaag het nie. Summiere vonnis kan derhalwe nie hier ingelees word nie.

(c) *Duncan t/a San Sales v Herbor Investments (Pty) Ltd* 1974 2 SA 214 (T) handel wel oor summiere vonnis wat in die afwesigheid van die belanghebbende gegee is. Die beslissing voer die aangeleentheid egter nie veel verder nie omdat die uitspraak oor tydsverlenging kragtens reël 60(1) handel; alhoewel die beslissing oor die tersydestelling van summiere vonnis gaan, die verweerder nie van die aansoek om summiere vonnis bewus was nie en summiere vonnis in sy afwesigheid toegestaan is; en omdat volgens die feite (216A) daar aanvanklik nie 'n prokureur betrokke was nie.

(d) *Cabral v Bank van die Oranje-Vrystaat Bpk* 1986 4 SA 768 (T) gaan glad nie oor summiere vonnis nie en kan kortliks soos volg saamgevat word: die vonnis wat hier toegestaan is, is in die afwesigheid van die prokureur en verweerder gevel; die uitspraak steun op Jones en Buckle se standpunt met verwysing na die *Van Graan*-beslissing; die regter (773A) voer aan dat 'n vonnis ingevolge reël 60(3) wel “in 'n gepaste geval ingevolge die bepalings van art 36(a), saamgelees met Reël 49(10), deur 'n landdros tersyde gestel kan word” (my kursivering); volgens die feite (773A–C) is vonnis hier toegestaan in die afwesigheid van die belanghebbende en sy prokureur – die prokureur het sewe dae voor vonnis onttrek. Die regter verklaar daarop:

“In die lig van voorgaande is ek van mening dat die landdros foutiewelik beslis het dat die vonnis wat ingevolge Reël 60(3) teen die verweerder verleen is, nie regtens ingevolge die bepalings van Reël 49, gelees met art 36 van die Wet, ter syde gestel kan word nie.”

Die standpunt van Jones en Buckle waarna in dié beslissing verwys word, kan nie met die feite versoen word nie: die feit dat die regter (773A) sy standpunt kwalifiseer met “in gepaste gevalle” en dan op grond van die betrokke feite sy bevinding maak, bied myns insiens nie genoegsame steun vir Jones en Buckle en Pretorius se wye standpunt nie; die uitspraak het ten slotte ook nie betrekking op summiere vonnis nie.



(e) Die *Tlholoe*-saak (*supra*) handel oor summiere vonnis en kan soos volg saamgevat word: die verweerders het nie 'n opponerende beëdigde verklaring afgelewer nie en 'n regsverteenvoerder was nie teenwoordig toe die vonnis gevel is nie; die regter (924) verwys na artikel 36(a) (Afrikaanse en Engelse teks), reël 49, en die woordomskrywing van "vonnis by verstek" ingevolge reël 2(1)(b) en bevind dat dit verbasend is dat daar steeds twyfel bestaan dat 'n summiere vonnis gevel in die afwesigheid van die verweerder of sy regsverteenvoerder 'n verstekvonniss is en nie tersyde gestel mag word nie; die regter verwys egter glad nie na die verskil tussen "party" en "persoon" nie; gevolglik kan daar weer eens nie volkome steun gevind word vir die wye standpunt van Jones en Buckle en Pretorius nie.

(f) Die *Sundra Hardware*-saak (*supra*) is die jongste beslissing oor die aanleentheid en summiere vonnis het weer eens aandag geniet: die verweerder het nie kragtens reël 14(3) opgetree nie en was ook nie verteenwoordig of aanwesig toe summiere vonnis teen hom gevel is nie; die regter kom, sonder enige verwysing na bogenoemde regspraak en die standpunte van Jones en Buckle asook Pretorius, tot die gevolgtrekking dat summiere vonnis wel tersyde gestel mag word (daar word wel verwys na die verouderde standpunt van Jones en Buckle dat summiere vonnis nie tersyde gestel mag word nie); die regter (478E) kwalifiseer weer sy standpunt rakende die tersydestelling van summiere vonnis:

"I am therefore satisfied that the power of rescission provided by S 36(a) . . . read with Rule 49 . . . is applicable to summary judgments granted in the absence of a party such as the defendant in this case (my kursivering)."

### 3 6 Gevolgtrekking

Uit die voorafgaande is dit duidelik dat 'n mens hier met twee teenoorstaande standpunte te doen het. Die probleem lê klaarblyklik nie by die tersydestelling van summiere vonnis waar die vonnis in die afwesigheid van die belanghebbende en sy regsverteenvoerder gevel is nie. Die standpunt wat in hierdie verband deur skrywers (Jones en Buckle, Pretorius, Van den Bergh) en die regspraak (*Tlholoe*- en *Sundra Hardware*-saak *supra*) gesteun word, is logies en korrek.

Die probleem ontstaan egter wanneer die summiere vonnis in die afwesigheid van die belanghebbende maar in die aanwesigheid van sy regsverteenvoerder gevel is. Die geval kom dikwels in die praktyk voor waar die kliënt nie teenwoordig is wanneer sy saak geargumenteer word nie en vonnis teen hom toegestaan word. Jones en Buckle asook Pretorius se standpunt dat 'n mens in hierdie geval te doen het met 'n summiere vonnis wat in die afwesigheid van 'n belanghebbende gevel en daarom tersyde gestel mag word, is myns insiens om die volgende redes nie korrek nie:

(a) Die onderskeid wat die skrywers tussen "party" en "persoon" maak op grond waarvan hulle so 'n wye interpretasie aan hulle standpunt gee, is 'n gespeel met woorde. Summiere vonnis kragtens reël 14 word by wyse van 'n aansoek gedoen. Reël 55(8) vereis dat 'n "persoon" wat deur 'n aansoek geraak word en wesenlik die belanghebbende is, as respondent aangehaal word. "Persoon" en "respondent" word nou aan mekaar gelykgestel. "Respondent" omvat op sy beurt weer die advokaat of prokureur soos blyk uit artikel 2(1)(b). Derhalwe gaan die skrywers se standpunt nie op nie.

(b) Reël 14(3) verleen drie moontlikhede aan die respondente om summierse vonnis te bestry:

(i) die respondente mag 'n geregtelike inbetaling doen of sekerheid stel tot bevrediging van die eiser en berus in die vonnis; (ii) wanneer dit 'n geldelike vordering is, mag die respondente sekerheid stel dat hy aan 'n vonnis wat teen hom in die aksie gegee kan word, sal voldoen; en (iii) die respondente kan die hof in 'n beëdigde verklaring oortuig dat hy 'n *bona-fide* verweer het.

Dit is vir my ondenkbaar dat 'n respondente vir tersydestelling van vonnis mag aansoek doen by die eerste en derde moontlikhede indien hy afwesig was toe die saak gargumenteer en vonnis gevel is, terwyl sy regsverteenvoerder wel aanwesig was en namens hom opgetree het. In die lig van reël 49(7) moet 'n persoon wat om tersydestelling van vonnis aansoek doen, gegronde redes ("good cause") aanvoer vir sy aansoek. Dit is na my mening net nie haalbaar om in vermelde gevalle gegronde redes te vind in die lig van die volgende aanhaling in *Silbur v Ozen Wholesalers (Pty) Ltd* 1954 2 SA 345 (A) 352G nie:

"It seems clear that by introducing the words 'and if good cause be shown' the regulating authority was imposing upon the applicant for rescission the burden of actually proving, as opposed to merely alleging, good cause for rescission, such good cause including but not being limited to the existence of a substantial defence."

Sodanige tersydestellings sal die doel van summierse vonnis vrydel en 'n moedswillige respondente aanmoedig om misbruik van die hofprosedure te maak.

#### 4 Slotsom

Die aanwending van die reëls met betrekking tot die tersydestelling van summierse vonnis in die hooggeregshof en landdroshof verskil van mekaar. Die rede hiervoor is dat die begrip summierse vonnis onverenigbaar is met die begrip vonnis by verstek soos bedoel in die hooggeregshofreëls, maar nie met die begrip soos omskryf in die landdroshofreëls nie (*Tlholoe*-saak *supra* 925B - C).

Summierse vonnis in die hooggeregshof is 'n ware finale vonnis en mag nie tersyde gestel word nie. Summierse vonnis sal net herroep of gewysig mag word indien die besondere feitstel onder reël 42 van die Wet op die Hooggeregshof tuisgebring kan word (*Arend*-saak *supra*).

Summierse vonnis in die landdroshof kan tersyde gestel word indien sowel die respondente as sy regsverteenvoerder afwesig is wanneer die vonnis gevel word (Jones en Buckle; Pretorius; *Tlholoe*-saak *supra*; *Sundra Hardware*-saak *supra*).

Wanneer summierse vonnis in die afwesigheid van die respondente maar in die aanwesigheid van sy regsverteenvoerder gevel word, is daar twee standpunte: Summierse vonnis mag tersyde gestel word (Jones en Buckle; Pretorius), en omgekeerd (*Tlholoe*- en *Sundra Hardware*-saak *supra*). Laasgenoemde standpunt is na my mening die aanvaarbaarste.

JAN HORN  
Universiteit van Pretoria

## TEACHING A FOREIGN LANGUAGE: THE LANGUAGE OF THE LAW

### Insights from recent developments in second language teaching

#### 1 Introduction

In an introduction to a symposium on *Law, language and communication*, Lewis ("Introduction" 1972 *Case Western Reserve LR* 307) comments that

"much of a law student's confusion, bewilderment and frustration arises because he is not being taught law only – he is being taught a foreign language as well".

In the past twenty years there has been increasing interest in the design of language courses for specific fields of study, or "Language for Specific Purposes" (LSP) as it is commonly known. Pioneering work was done in the field of natural science and later commerce because the language used in these fields could be demarcated fairly easily and there was not much variation across national boundaries. The language of the law has lagged behind because legal systems differ from one country to the next and "legal language" itself seems a diffuse system which uses terms from, amongst other things, ordinary language for specialised meanings.

The upsurge of interest in the language of the law in the late eighties may be ascribed to forces outside the law. In language teaching in general, greater interest in the use of language in real life settings has led to a focus on teaching for communication. In South Africa, where English is used by speakers of various languages as a *lingua franca*, the teaching of language, and particularly English, for specific purposes has been seen as the best way to train students economically for their future professions. Finally impetus has come from sociological sources (internationally and nationally) which recognise the language of the law as a potential tool of oppression and exploitation, even more so when the language(s) through which the law functions, is not the mother tongue of the majority of the population. The Plain English movement in Britain and the United States tries to simplify the language of legal contracts because even mother-tongue speakers find it very difficult to understand this "foreign" language of the law which controls virtually every aspect of their existence.

It would seem that training in the language of the law, specifically for prospective second-language practitioners of the law, is imperative. Training for "specific purposes" is generally considered to be an economical undertaking because language and language behaviour are taught within a well-defined context, engendering more motivation as learners see that their language needs are being taken into account. The purpose of this note is to examine the contribution that recent developments in second-language teaching theory could make towards designing language courses specifically for law undergraduates.

The urgency of such an investigation becomes apparent when one considers the apathy or resistance to compulsory language courses in undergraduate law courses (see discussion of questionnaire in par 3 below), the increasing need for and concern with academic support programmes (see Bronstein and Hersch "Teaching law as a second language in a second language" 1991 *SALJ* 159 – 166)



and the concern of university lecturers that their students can neither read nor write, irrespective of whether this reading or writing is done in the mother tongue or the second language (see Church "Teaching law: the language imperative" 1986 *Progressio* 114).

## 2 Recent developments in modern language teaching: three suggestions

### 2.1 *Language for Specific Purposes: what does it entail?*

The term "Language for Specific Purposes" or "English for Specific Purposes" (ESP) indicates an approach to language learning which focuses on a particular learner's very specific foreign or second-language needs. The most recent developments in LSP focus on the *skills and strategies* that learners need to develop to learn a language. In other words, there are strategies and skills which underlie the learning of a language within a specific context, and the development of these skills is not dependent on the surface forms of the language. This means that the language teacher is not restricted to law texts only – a point that will be worked out in more detail in paragraph 4. However, by using the texts (spoken or written) of the "law world", teachers of languages should be able to help undergraduate law students develop the linguistic strategies they will need to be both efficient *students* of the law and, it is hoped, later efficient *professional users* of "legal" language.

At this point, an important distinction must be made between "Language for Specific Purposes" and "Language for Academic Purposes". Compulsory language courses at university level or language courses in academic support programmes are seldom directed at a specific target group for a specific purpose. But even if the designers of these language courses were to conduct a needs analysis among their prospective students, they would be faced with the dilemma of deciding whether to teach language for short-term academic or eventual professional purposes.

In the case of the undergraduate law student, the link between the teaching of a language for specific vocational or professional purposes and for academic purposes, can be established fairly easily. In general, law students are expected to read the same type of things that lawyers read: cases, contracts, textbooks and so on. The writing and speaking skills present more difficulties, but one could argue that the same type of skill is needed to write a research paper (academic) and an opinion (professional), and taking part in a mock trial or a seminar (academic) and arguing in court (professional). Therefore a specific focus on law study skills would to some extent simultaneously train the law student for his profession. This point will be worked out in greater detail in paragraph 4.

### 2.2 *Moving from a product-oriented to a process-oriented approach to language teaching*

The focus in language teaching in general has moved from syllabuses which specify the *product* of a language course (what students must be able to do at the end of the course) to the *process* of language learning (which processes should be put into motion for learning to take place). Two types of syllabus have evolved from this approach.

### 2 2 1 Task-based syllabuses

A task-based syllabus typically contains a list of, first, *communication* tasks which

“derive from an analysis of the actual tasks which a person may undertake when communicating through the target language and, indeed, communicating through any language” (Breen “Contemporary paradigms in syllabus design” 1987 *Language Teaching* (Abstracting journal) 162).

Secondly, *learning* tasks are listed

“on the basis of *metacommunicative* criteria rather than criteria derived from the eventual competence required during conversation” (*idem* 162)

and are concerned with the way in which knowledge systems work in communication and how the learning and development of these systems can be attained.

The design of a task-based syllabus would, therefore, imply the setting of double-barrelled teaching objectives in an LSP course. First, a communicative objective would be, for example, to *state the differences* between the facts of two fairly similar cases. The second part of the objective would relate to the learning task implied by “state the differences”, which is to *compare* two things.

The development of task-based syllabuses and the setting of these double-barrelled objectives is also in line with recent developments in LSP design. Hutchinson and Waters (*English for specific purposes* (1987) 54) distinguish target needs (language performance needed in the target situation; in this case, practising as a lawyer) and learning needs (how target performance is reached; in this case, how the language of the law is learned).

### 2 2 2 Process syllabuses

A second type of syllabus, which extends the concept of a task-based syllabus but with built-in flexibility, is the process syllabus:

“The designer of the Process syllabus provides two things: (i) a plan relating to the major decisions which teacher and learners need to make during classroom language learning, and (ii) a bank of classroom activities which are themselves made up of sets of tasks” (Breen 1987 *Language Teaching* 166).

This type of syllabus is seen as revolutionary for two reasons. In the first place it does not select, focus on or sequence the content of the (language) course in any way, and in the second place it is meant to be reinterpreted by each particular teacher in collaboration with a specific class. By not prescribing course content, the syllabus forces the teacher to discover the needs of her class before she starts teaching. The syllabus provides a framework within which teacher and learners *together* construct their own programme of work “in an on-going and adaptive way” (*ibid*).

Although this may sound idealistic or perhaps plainly unrealistic, it in fact describes what most teachers do when they follow a prescriptive syllabus: they incorporate those problems that their pupils experience but which are not covered in the syllabus, or they discard prescribed syllabus content which is too easy to merit teaching time. It need not mean that a language course will change every year or that the learners prescribe course content in a rigid way. An experienced teacher will probably know learners’ problems better than they do themselves, but the motivating potential of explicitly taking the learners’ wants into account (by means of questionnaires, informal consultations, needs analyses and so on) should not be underestimated.

The flexibility inherent in the process syllabus gives both teacher and learner space to move. Moreover, it provides the opportunity for a language teacher to consult teachers of law for advice and cooperation in creating a bank of activities for a specific purposes course.

The reasons why this type of syllabus is particularly appropriate in the case of a specific purposes course for law undergraduates are many:

- Students at university level know fairly early on in their academic career where they have problems. These problems can be “placed on the agenda” of the language course.
- Many law students study with bursaries which compel them to work in a legal environment during holidays. They have a fair idea of the (professional) areas where they need to improve their command of the language.
- A more flexible approach to student problems is built into the syllabus. Language teachers in South African universities cannot accept that they have intermediate to advanced level second language users in front of them. As a result of the varying standard of language teaching at secondary school level, they have to take cognizance of the fact that both linguistic and study proficiency may be at a very low level, and that this may vary from year to year.
- Taking account of the needs of a specific class may be a motivating force when students see that they have a say in their own learning processes and that their needs are being met.
- The syllabus takes into account the possibility that student needs may change as more problems are uncovered in the course of their study.

The rationale behind the task-based and process syllabuses is that certain conceptual and communication skills can be transferred from the mother tongue to the second or foreign language and that the course designer should, therefore, be able to engage first-language skills in his teaching of the second language.

For any university teacher the problem with this rationale is immediately apparent, particularly in professional fields such as engineering, law, chemistry, and so on. Even in the supposedly “easier” fields such as the study of history or sociology, it is clear that students very seldom master important communication and learning skills in their first language. Lecturers complain that students cannot define, make a summary, write a letter or report, and so on, even in their first language. Jordan (“English for academic purposes” 1989 *Language Teaching* (Abstracting journal) 151) bemoans the fact that courses in English for Academic Purposes are conducted for foreign students at British universities, but are not made available for British students themselves.

It would seem that the compulsory language courses or academic support programmes for undergraduate law students, both first and second-language speakers, are of vital importance. A very small number of school-leavers develop adequate study skills in their mother tongue (those who were fortunate enough to be taught in their mother tongue) and therefore the designers of language courses cannot accept that their students will be able to transfer mother tongue skills to the second language. Deficient teaching at secondary school level through the medium of a second language only compounds the problem.

### 2.3 Team-teaching

It has been stated previously that a specific purposes course demands an interdisciplinary approach. The language and law teachers have to cooperate to design



language courses which will serve the needs of law students, a point emphasised by Church (1986 *Progressio* 114), Bronstein and Hersch (1991 *SALJ* 163) and Jordan (1989 *Language Teaching* 158). Cooperation can work both ways, in that the language teacher is provided with information and texts, and the law teacher with techniques which may improve comprehension of material (written or spoken) given to students. This point is elaborated in paragraph 4.

### 3 Attitudes towards language courses

In a questionnaire distributed among a group of candidate attorneys doing a course at the Legal Training Centre of the Association of Law Societies in Pretoria, facts, attitudes and opinions about the language courses they had done or were doing, were determined.

It was found that English language courses in general consisted mainly of a literature component (30 respondents indicated that it took up between 30% and 80% of the course), with grammar a close second, but taking up a much smaller section of the course (between 5% and 50%). In the Afrikaans courses the main part of the course was devoted to grammar, which took up between 20% and 60% of the course content. Literature came second, taking up between 20% and 50% of course time. In both languages essay and letter writing and language laboratory work accounted for 5% to 30% of course time.

Respondents were asked to comment on these courses by writing their own remarks or by choosing from various alternatives, of which the most popular were:

- (a) These courses (the language courses) were more or less at matric level – chosen by 43%.
- (b) Parts of the course were useful and others a waste of time – chosen by 38%.
- (c) The language classes were very big and the lecturers could not really give individual attention – chosen by 32%.
- (d) I wasn't really interested because they had nothing to do with my law studies – chosen by 30%.

This basically negative reaction to the courses was echoed when students were asked whether the courses had helped them with their law studies. As far as the Afrikaans courses were concerned, 71% said that they had not, and with regard to the English courses, 79% denied any beneficial influence.

When asked in which area of language use they needed the most help while studying, respondents indicated that their speaking and writing skills in the second language required most attention and reading and listening the least. This is in direct contrast with the findings of overseas researchers, as will be indicated in paragraph 4. More research will have to be done to determine the validity of this response. It is, however, noteworthy that most respondents felt they needed help in mastering the speaking skill, and that 32% bemoaned the fact that the language classes were too large for individual attention. Fluency in speaking demands individual attention, which seems impossible in the current situation (see also Church 1986 *Progressio* 114).

To the question whether language courses prepared them in any way for their profession, the answer was once again, overwhelmingly, negative.

In the last question, respondents were asked to indicate in which professional areas they thought they might need their second languages, and then use a scale

to indicate frequency of use ("mostly", "quite a lot", "a few times" and "never"). The areas indicated were: (1) Doing a lot of fast reading; (2) Writing opinions; (3) Drafting of documents; (4) Filling in forms; (5) Interviewing and consulting with people; and (6) Speaking in court. The three areas which drew the most responses in the "mostly" category were fast reading, drawing up documents and interviewing and consulting. This response probably comes as no surprise to law teachers, but the consequences for a language course is significant. These three professional areas include all four skills of which only reading, and not fast reading, is taught in an ordinary language course. The way in which this can be rectified will be discussed next.

#### **4 What would an English course for Academic/Occupational Legal Purposes (EA/OLP) look like?**

Hutchinson and Waters (72-73) propose a model for an LSP course which mirrors the idea behind the process syllabus mentioned in paragraph 2.2. According to them, the LSP course must be *learning-centred*, incorporating not only the language of a specific profession and the processes or skills needed to perform in that profession, but also the way in which the underlying competence is acquired. In order to do this, the language teacher has to determine what his students *already* know, what they *need* to know and what they *want* to know, and then decide *how* he is going to initiate the processes that will lead to their acquisition of target language behaviour.

How much students already know and what they want to know must be established at the beginning of the course. The rest of this article will attempt to indicate what students might need to know. Some aspects of the "how" question are touched upon, but can only be clarified gradually as attempts are made to actually teach a language course for law students.

Much research has been done on the academic needs of students in general. Four main areas have been distinguished (Jordan 1989 *Language Teaching* 151): taking notes in lectures, writing in an appropriate academic style, reading textbooks and taking an active part in seminars or discussions.

The results of experiments (conducted here and overseas) to ascertain the language needs of students differ as regards the relative importance of each language skill, but research seems to indicate that listening to lectures and reading textbooks generally take turns as the highest on the list of student needs (*idem* 152-153). It is interesting that these are the two skills that are normally taken for granted. Very few university courses help students to read specialised texts. None, to the knowledge of this author, provides listening practice.

##### *4.1 Developing listening skills*

In a report on the strategies second-language students use when taking notes, Adamson ("ESL students' use of academic skills in content courses" 1990 *English for Specific Purposes* 85) concludes that, if students are not taught appropriate academic skills *explicitly*, they develop ineffective strategies, such as relying solely on the textbook and on rote learning. More important, though, he states that first and second-language students need to be taught different note-taking skills. Second-language students must learn skills such as bilingual note-taking, using a bilingual dictionary and a tape recorder. They should also

be encouraged to discuss lectures in their mother tongues, without the intimidating presence of first-language speakers.

Jordan (1989 *Language Teaching* 154) suggests that students be taught to take notes by having them listen to shorter, perhaps specially constructed, texts. The language teacher could point out how speakers normally structure their thoughts, how symbols can be used to indicate relationships between ideas and how to distinguish topics or main ideas from illustrations or supporting evidence.

These are skills which cannot really be taught in the various law courses, since subject lecturers are usually pressed for time. However, listening skills must also be taught by using authentic lectures. The language teacher would have to be able to record lectures given in a law course, and study the notes made by students during that specific lecture in order to teach effective strategies. Language laboratory work for listening practice can prove invaluable in this case. Law lecturers could even record all their lectures and make them available in a language laboratory for those students who struggle to understand the first time. If law lecturers could be persuaded regularly to provide a scheme of work according to which a lecture progresses, if only for first-year students, this would also aid the students' note-taking skills.

By learning effective listening skills, students are at the same time automatically prepared for their profession, where they have to listen to arguments put forward by a judge or magistrate and the opponents in the case. Prospective lawyers also have to be trained to listen to a client's account of the way in which his legal problem came about (that is picking out the relevant detail from the client's account of his problem). Role-play activities could be constructed either in a classroom situation, or, to solve another listening problem, in the language laboratory, where a telephone conversation could be simulated. It is doubtful, however, whether the language teacher would be able to construct exercises like these without input from law teachers.

#### *4.2 Reading textbooks and cases*

Students have to be prepared for the fact that textbooks used at university level have a different function from that which they were used to at secondary level. This is true of law studies in particular. Even when the lecturer basically repeats what is said in the textbook, and follows the organisation of the textbook, students will have to refer to cases or other sources as well. These then have to be integrated with the textbook material. The difficulty with merely reading the textbook or a case is compounded when the lecturer uses only parts of it, or refers to it for background or additional material while he structures the course according to his own insight into his field.

Some guidance, specifically as regards skimming and scanning techniques, can be given in a language course, using the students' textbooks, but the function of the textbook in a specific field has to be explained by the law lecturer himself. The problem for language teachers when they use a textbook, is that they soon realise that they have to understand the whole subject and terminology to make sense of it for the students. It might therefore be more profitable to use shorter pieces of discourse that are similar in nature to that of legal textbooks. In the same way that students have to listen for those cohesive devices which structure a lecture, they have to be taught to look for those words which indicate the steps in a printed argument.



Bhatia ("Language of the law" 1987 *Language Teaching* (Abstracting journal) 230) also mentions the peculiar use of footnotes in academic legal writing, where

"they appear to be statistically significant, functionally different and rhetorically much more important than footnotes in any other area of research writing".

Once again language and law teachers would have to work together to help students to recognise the functional value of footnotes.

The reading of cases is perhaps easier to solve. Bhatia (*ibid*) indicates that cases "consistently display a typical discourse organization which is unique to this genre". Although he describes cases in the Anglo Saxon tradition (in Singapore), it would seem that South African reports follow more or less the same pattern. The language teacher would be able to help with the perception of this structure.

#### 4.3 *Speaking the language of the law*

Law teachers complain increasingly of the size of undergraduate classes and even in advanced law courses, where discussion is usually encouraged, groups tend to be too large for class discussions. Participation in discussions may therefore never be a problem, since students rarely get the opportunity for activities of this nature. Two problems surface here: can students be prepared properly for a profession in which they have to rely on their ability to speak fluently for probably more than 50% of their professional time, if they never discuss or argue legal issues in their academic courses? This is a problem for both first and second-language speakers. The second problem is that the size of a class would intimidate the second-language speaker to the extent that he might not feel free even to ask a question.

The size of classes and how much students talk in them is a problem for the law teachers. The second problem could be solved by the language teacher, who could help law students by making her teaching more functional, in the sense that students could be taught (across the spectrum of formality) how to interrupt, differ from another student or from the teacher, express criticism, an opinion, doubt, and so on. Jordan (1989 *Language Teaching* 155) lists the following functions for the basic category of asking questions: asking for repetition, clarification and further information. These may seem, and are indeed, simple matters to teach, yet their implications are very important. Students who are shy to teach questions would clam up even more if there is the added fear of making a mistake in the second language.

Jordan (*idem* 155) and Bhatia (1987 *Language Teaching* 230) mention various activities such as problem-solving, role play and mock trials. Whereas it is doubtful whether a language teacher will be able to structure a mock trial on her own, she could, by attending such activities, help to prepare students by teaching, for example, questioning and interviewing techniques, as well as the more fixed, formulaic expressions used in a court of law.

Language laboratory work, where students could be paired and asked to do role-play exercises (client to lawyer, lawyers to one another, and so on) could successfully simulate a telephone conversation, probably the way in which lawyers spend a substantial amount of their time. First-language students could be taught "telephone manners" and second-language students could get used to listening and speaking to a disembodied voice – the most difficult type of

communication for second-language speakers in general, since there are no extra-lingual clues to aid comprehension.

#### 4.4 *Writing the language of the law*

Most of the material written on the relationship between language and law concentrates on the writing skill, perhaps because the contact between law teachers and their students occurs mainly through the written word, and perhaps because it is so important that the written word should be precise and clear to qualify as a legal document.

Botein ("Rewriting first-year legal writing programs" 1979 *Journal of Legal Education* 185) suggests that a writing course teach a variety of skills: basic English composition skills, the formalistic aspects of writing legal documents (citation, footnotes), the manipulation of research materials, familiarisation with basic legal documents and finally, "to analyze and handle a problem either as a counsellor or an advocate". The first three aspects could be dealt with in a language course and the last two, perhaps, in coordination with law teachers. Botein (*idem* 187) in fact proposes the use of "professional writing teachers" for such a course. The evaluation of student writing in their law course can also be done on two levels: the language teacher marking draft assignments for language use, clarity of expression and organisation of thought, and the law teacher the final draft for content (the two tasks do, of course, overlap to some extent).

There are objections to teaching students professional, legal writing skills at university level, and a very convincing argument is put forward by Gale ("Legal writing: the impossible takes a little longer" 1980 *Albany LR* 32) when she states:

"Students who become advocates before they can objectively and painstakingly describe legal theory and ascertain the possible relationships between facts and law may never fully comprehend the differences between analysis and strategy."

Students may be taught the basic principles of structuring and arguing as exemplified by the legal essays and articles they are required to read. In the South African situation, where students do an undergraduate language course for only one year, the double evaluation of assignments, especially longer ones done in later years, could prolong the language teaching component in an informal way and improve writing skills on an ongoing basis.

## 5 Conclusion

Whatever form the "compulsory" language course for law students will take in future, whether as a course for specific purposes or as part of an academic support programme, the general view of these courses as a necessary nuisance, and something to which the most junior and inexperienced language lecturers are to be assigned, must change. Too much of a student's academic (and subsequent professional) success is dependent upon the development of adequate and effective language skills for both law and language teachers to ignore the needs of students (not to mention the demands of the times) any longer.

C VAN DER WALT\*  
Vista University

---

\* The following response on this note has been received from Professor Joan Church, University of South Africa (editor): "In an interesting article printed elsewhere in this journal

## HANDELSMERKE EN PARALLELE INVOERE

### Inleiding

Parallele invoere vind plaas wanneer goedere wat reeds in 'n land beskikbaar is (hetsy dit daar vervaardig word of vanaf die buiteland ingevoer word deur 'n alleenverspreider of selfs meer as een verspreider), ook deur 'n ander verspreider versprei word. Gewoonlik sal daar 'n handelsmerk of handelsmerke ten opsigte van die goedere geregistreer wees, óf in die naam van die binnelandse vervaardiger of binnelandse verspreider indien die goed in die buiteland vervaardig word, óf in die naam van die buitelandse vervaardiger of laasgenoemde se gelisensieerde.

In *Frank & Hirsch (Pty) Ltd v Roopanand Brothers* 1987 3 SA 165 (D) 173H beskryf regter Page die verskynsel soos volg:

“This case is concerned with the phenomenon often described as ‘parallel importation’ which has given rise to vexed questions in trade mark law. The problem which it most commonly poses in relation to trade mark infringement comes into being in the following way. The registered proprietor of a trade mark within the jurisdiction manufactures and sells goods under that mark outside the jurisdiction. The goods are imported into the jurisdiction and sold there by the proprietor himself or by one or more distributors appointed by the proprietor for that purpose. A third party then lawfully acquires outside the jurisdiction goods manufactured and sold by the proprietor under the mark (referred to as ‘the genuine goods’) and independently imports them into and sells them within the jurisdiction. The problem is whether the trade mark proprietor can, under these circumstances, prevent the third party from using the mark in relation to those goods because it constitutes an infringement of his registered rights in the mark” (vgl ook Page en Webster *The South African law of trade marks, unlawful competition, company names and trading styles* (1986) 272).

Dit kan om verskeie redes vir die parallelle invoerder moontlik wees om die goedere teen 'n laer prys aan te bied as die plaaslike vervaardiger of verspreider. Die volgende voorbeelde is nie 'n *numerus clausus* nie: skommelings in die

*continued from previous page*

Ms C van der Walt of Vista University shares some very useful insights regarding recent developments in language teaching and their relevance for law teachers. No doubt many lecturers will agree with her statement that very often law students can neither read nor write. This is the case particularly among first-year students and students for whom the language used as the medium of instruction is a foreign language. In this regard the suggestions which the author makes and the strategies she promotes with a view to developing language skills are noteworthy. However, one wonders whether it is necessary to offer programmes for developing a legal ‘Language for Specific Purposes (LSP)’ as she suggests. Should the emphasis not be on developing general language and communication skills, particularly the cardinal activities of reading, writing, listening and speaking, rather than teaching students the ‘language of the law’? Naturally a programme that is aimed at developing the language proficiency of law students will make use of materials which relate to the needs of the aspiring lawyer. However, the basic point of departure should be development of general language skills. The focus should be on what may be termed related developmental skills such as comprehension, reading flexibility (skimming, scanning, speed-reading and study-reading), analysis and evaluation.

Perhaps the topic of the ‘language of the law’ is an issue which readers of this journal might debate.’



wisselkoers; die parallelle invoerder lewer geen naverkoopdiens nie en hou gevolglik geen werkswinkel in stand of onderdele in voorraad nie; die parallelle invoerder is nie tot dieselfde hoogte blootgestel aan eise op grond van waarborg as die plaaslike vervaardiger of verspreider nie; die parallelle invoerder doen geen of weinig reklame vir die produk nie terwyl die plaaslike vervaardiger of verspreider om kontraktuele of besigheidsredes daartoe verplig is om duur reklameveldtogte te loods.

Die regshulp waarop die plaaslike verspreider wat veronreg voel moontlik geregtig is, word in hierdie artikel onder drie hoofde bespreek: Die Wet op Handelsmerke 62 van 1963, soos gewysig; die Handelswaremerke-wet 17 van 1941, soos gewysig; en die gemenerereg.

Parallelle invoere moet onderskei word van die verskynsel wat bekend staan as "piracy" wat plaasvind wanneer vervalste oftewel nagebootste goedere versprei word onder die voorwendsel dat dit die ware Jakob is.

### Die Wet op Handelsmerke 62 van 1963

Artikel 2 van die Wet op Handelsmerke bevat die volgende definisies van 'n "merk" en "handelsmerk":

"merk" ook 'n devies, brandmerk, opskrif, etiket, kaartjie, naam, naamtekening, woord, letter, syfer of 'n samestelling daarvan of 'n houer vir goedere."

"handelsmerk", behalwe 'n waarmedingsmerk, 'n merk wat gebruik word of ten opsigte waarvan dit die voorneme is om dit te gebruik in verband met goedere of dienste ter —

(a) aanduiding van 'n verband in die loop van die handel tussen die goedere of dienste en die een of ander persoon wat die reg het, óf as eienaar óf as 'n geregistreerde gebruiker, om die merk te gebruik, hetsy met of sonder 'n aanduiding van die identiteit van daardie persoon; en

(b) onderskeiding van die goedere of dienste in verband waarmee die merk gebruik word of dit die voorneme is om dit te gebruik, van dieselfde soort goedere of dienste wat in die loop van die handel met 'n ander persoon in verband gebring word."

Daar moet onthou word dat die merk nie sinoniem is met die voorwerp waarop dit gebruik word nie (Page en Webster 19 en gesag aldaar aangehaal).

Die funksie van 'n handelsmerk is primêr om die oorsprong van die goedere waarmee dit verbind word, aan te dui. Die begrip "oorsprong" het vandag 'n baie wye betekenis en daar word gesê dat 'n handelsmerk ook kwaliteit aandui. Daar kan aanvaar word dat 'n handelsmerk aandui dat die goedere van 'n enkele bron afkomstig is selfs al is die identiteit van die handelsmerkhouer nie bekend nie. McCarthy (*Trademarks and unfair competition I* (1973)) 91 sê die volgende:

"When the courts speak of the public's identifying the source of origin, they do not mean thereby that the purchasing public can identify the maker by his specific name or the place of manufacture by precise location. What they mean by such expression is that the purchaser of the goods bearing a given label believes that what they buy emanated from the source, whatever its name or place, from which goods bearing that label have always been derived" (Page en Webster 19 ev bespreek die funksie van handelsmerke uitvoerig).

Daar is ook al aan die hand gedoen dat 'n handelsmerk 'n beheermeganisme daarstel wat die geregistreerde eienaar in staat stel om die beweging van die gemerkte goedere te beheer. Hierdie argument is in die Britse beslissing *Cham-pagne Heidsieck et Cie Monopolo Societe Anonyme v Buxton* (1930) 1 Ch 330 338 – 339 soos volg deur regter Clauson verwerp:

"I do not so read the section. Nor am I aware that, until the present case, any such construction of the section or of corresponding sections in subsequent Acts has been

adopted by any tribunal; or indeed that, until very recent times, any such construction has been propounded to any tribunal. It would be astonishing, if in an Act to establish a register of trade marks, such a remarkable extension of the rights of owners of trade marks were intended to be enacted by the use of such terms as appear in the section. The section appears to me to mean that the proprietor of a registered trade mark is to have the right exclusively to use such trade mark in the sense of preventing others from selling wares which are not his marked with the trade mark. I do not believe that the Legislature intended to say, or can fairly be held to have said, that the registration of a trade mark had the wide consequences suggested by the plaintiffs."

Hierdie beslissing is met goedkeuring deur appèlreger Grosskopf in *Protective Mining and Industrial Equipment Systems (Pty) Ltd (formerly Hampo Systems (Pty) Ltd) v Audiolens (Cape) (Pty) Ltd* 1987 2 SA 961 (A) 980I–981B aangehaal.

In die lig van die feit dat 'n handelsmerk oorsprong aandui, doen Rutherford ("Trade mark infringement by parallel importation" 1979 MB 103) tereg aan die hand dat die Suid-Afrikaanse eienaar van 'n handelsmerk (handelsmerkreghouer) wat 'n alleenverspreidingsooreenkoms met 'n onafhanklike buitelandse entiteit aangegaan het, of die goedere kragtens 'n lisensie-ooreenkoms in Suid-Afrika vervaardig, geregtig sal wees op beskerming indien 'n parallelle invoerder dieselfde goedere oorsese sou aankoop en na Suid-Afrika uitvoer aangesien die publiek mislei sal word aangaande die oorsprong van die goedere. Die handelsmerk dui naamlik die plaaslike verspreider of vervaardiger as die bron van die goedere aan terwyl die parallelle invoerder se goedere van 'n ander bron afkomstig is. Daar is dus geen verband tussen die twee entiteite nie.

Indien daar 'n verband (byvoorbeeld 'n houermaatskappy-filiaal verhouding) tussen die plaaslike verspreider of vervaardiger (as eienaar of geregistreerde gebruiker van die handelsmerk) en die oorsese entiteit is, doen Rutherford (*idem* 102; hy verwys na Beier "Territoriality of trade mark law and international trade" 1 IIC 48) aan die hand dat die plaaslike entiteit slegs op beskerming geregtig sal wees indien die publiek die handelsmerk met die plaaslike entiteit identifiseer losstaande van die oorsese entiteit. Indien die publiek nie die handelsmerk met die plaaslike entiteit nie maar met die oorsese entiteit identifiseer, sal die plaaslike entiteit nie op beskerming geregtig wees nie.

Hy verkies hierdie benadering bo die enger benadering wat gevolg kan word deur bloot na die register te verwys en dan die aparte regs persoonlikheid van die twee verwante maatskappye in ag te neem. Die plaaslike filiaal van 'n multinasionale maatskappy wat die eienaar van die Suid-Afrikaanse handelsmerk is, sal natuurlik anders redeneer. Die filiaal sal sterk steun op die beginsel van aparte regs persoonlikheid en interessante maatskappyeregsvrae sal dan ontstaan (sien Benade *et al Korporatiewe reg* (1987) 3 ev; sien ook *Revlon Inc v Cripps and Lee Ltd* [1980] FSR 85 (ChD)).

In die Britse beslissing *Dunlop Rubber Co Ltd v AA Booth & Co Ltd* (1926) 43 RPC 139 was identiese handelsmerke onderskeidelik in Groot Brittanje en Frankryk geregistreer in die naam van verwante maatskappye wat in die twee lande besigheid gedoen het. Die hof sê (144–145):

"It follows from that that a French Dunlop tyre having upon it the Trade Marks which are identical with the English Trade Marks cannot be imported for sale into this country without infringing the English Trade Marks."

Die hof wys daarop dat indien Britse Dunlop bande in Frankryk gekoop is en na Engeland uitgevoer word, dit nie 'n skending daar sal stel nie.

In die Amerikaanse beslissing *A Bourjois & Co v Katzel* 274 F 856 (SDNY 1920) was die alleenverspreider van Franse gesigspoeier die regsverkrygende ("assignee") van die handelsmerke van die Franse vervaardiger van die produk. Die hof het beskerming aan die alleenverspreider verleen en die volkome oordrag van die handelsmerke asook die alleenverspreider se losstaande merk in Amerika is deur die hof in ag geneem. Hierdie beslissing is in appèl na die Second Circuit Court of Appeals omvergewerp maar uiteindelik deur die Supreme Court in ere herstel. Die Supreme Court het uitdruklik die moontlikheid van misleiding van die publiek aangaande die oorsprong van die goedere in ag geneem. Daar moet op gewys word dat die alleenverspreider in hierdie saak kon bewys dat hy onafhanklike werfkrag opgebou het.

Indien die parallel-ingevoerde goedere afkomstig is van die buitelandse vervaardiger en geregistreerde eienaar van die handelsmerk, doen Rutherford (1979 *MB* 100 – 102) aan die hand dat die publiek nie mislei kan word aangaande die oorsprong van die goedere nie en dat die plaaslike verspreider, hetsy 'n alleenverspreider kragtens ooreenkoms, 'n filiaal of verwante maatskappy van die buitelandse vervaardiger, 'n buitelandse maatskappy wat in Suid-Afrika sake doen of 'n binnelandse maatskappy wat die goedere oorsee vervaardig, geen aksie gegrond op die Wet op Handelsmerke teen die parallelle invoerder sal hê nie. So 'n plaaslike entiteit se moontlike aksie gegrond op onregmatige mededinging het in die *Frank & Hirsch*-saak *supra* 188 – 189 ter sprake gekom en sal hieronder bespreek word.

Dit blyk dan ook uit die gewysdes dat die plaaslike entiteit geen aksie teen die parallelle invoerder sal hê nie indien laasgenoemde die goedere vry van kontraktuele beperkings in die buiteland verkry het en na Suid-Afrika uitvoer sonder om die goedere te verander.

Gestel A, die vervaardiger van kameratoerusting in Japan en die eienaar van handelsmerke geregistreer in Suid-Afrika, gaan 'n ooreenkoms met 'n plaaslike firma, B, aan waarkragtens B die alleenreg het om hierdie kameratoerusting in Suid-Afrika te bemark. B moet ook toesien dat 'n doeltreffende naverkoopdiens in Suid-Afrika gelewer word, dat A se waarborg aan die kameratoerusting verbonde in Suid-Afrika nagekom word en verder dat 'n bepaalde markaandeel in Suid-Afrika gehandhaaf word. Kragtens 'n aparte ooreenkoms verkoop A soortgelyke kameratoerusting sonder voorbehoud aan C wat dit óf self na Suid-Afrika invoer óf aan D verkoop wat die invoer behartig. B word gekonfronteer met kameratoerusting wat deur C of D aan die publiek te koop aangebied word teen 'n laer prys as wat B bereid is om die toerusting van die hand te sit. Die vraag ontstaan wat die regte van B in hierdie geval is.

Soortgelyke feitestelle het voor die hof gedien in die *Frank & Hirsch*-saak *supra* en *Hampo Systems (Pty) Ltd v Audiolens (Cape) (Pty) Ltd* 1985 4 SA 257 (K). (Hierdie saak het voor die appèlhof gedien as *Protective Mining and Industrial Equipment Systems (Pty) Ltd (formerly Hampo Systems (Pty) Ltd) v Audiolens (Cape) (Pty) Ltd* 1987 2 SA 961 (A).)

Die handelsmerk as 'n merk van oorsprong is in die lig van die genoemde feitestelle deur die howe oorweeg. In die *Hampo Systems*-saak *supra* 261E sê regter Schock dat

"s 44 does not cover within its ambit genuine goods, as a trade mark is essentially a badge of origin and should be treated as such save insofar as the position be altered by express statutory provision. As it is not disputed that the cameras in issue are in



fact genuine Pentax cameras it follows, in my view, that there is no infringement in terms of s 44" (a 44 van die wet word *infra* bespreek).

Op sy beurt sê appèlregter Grosskopf die volgende in die *Protective Mining*-saak *supra* 991E – F:

"To sum up: although the expression 'use as a trade mark' is, in its ordinary meaning, wide enough to cover the sale of genuine goods marked with the trade mark of the proprietor, this expression had a well-established meaning in the common law and in earlier legislation in the context of infringement, viz to connote only use in respect of goods other than what have been called genuine goods."

Toestemming deur die eienaar van 'n handelsmerk is en was nog altyd 'n verweer teen 'n eis gegrond op inbreukmaking. Hierdie aspek word vervolgens in die konteks van parallelle invoere bespreek.

Inbreuk op die regte van die eienaar van 'n handelsmerk kom ter sprake in artikel 44 van die Wet op Handelsmerke. Artikel 44(1) lui soos volg:

"44. **Inbreuk** – (1) Behoudens die bepalings van subartikels (2) en (3) van hierdie artikel en van artikels 45 en 46, word die regte deur registrasie van 'n handelsmerk verkry, geskend deur –

(a) ongemagtigde gebruik as 'n handelsmerk in verband met goedere of dienste ten opsigte waarvan die handelsmerk geregistreer is, van 'n merk wat so naby met so 'n handelsmerk ooreenkom dat dit waarskynlik sal mislei of verwarring sal veroorsaak; of

(b) ongemagtigde gebruik, anders as 'n handelsmerk, in die loop van die handel, van 'n merk wat so naby daarmee ooreenkom dat dit waarskynlik sal mislei of verwarring sal veroorsaak, indien daardie gebruik betrekking het op of in verband staan met goedere of dienste waarvoor die handelsmerk geregistreer is en waarskynlik skade of nadeel aan die eienaar van die handelsmerk sal veroorsaak."

Dit is duidelik dat in die onderhawige geval gebruik van die handelsmerk as 'n handelsmerk ter sprake is. Artikel 44(1)(b) in sy huidige vorm is dus nie van toepassing nie. Ten einde in 'n aksie ingevolge artikel 44(1)(a) te slaag, moet die eiser bewys dat die gebruik van die handelsmerk ongemagtig is; dat die handelsmerk of 'n merk gebruik is wat so naby met die handelsmerk ooreenkom dat dit waarskynlik sal mislei of verwarring sal veroorsaak; dat die merk gebruik is in verband met goedere of dienste ten opsigte waarvan die handelsmerk geregistreer is; en dat die merk as 'n handelsmerk gebruik is.

Soos hierbo aangetoon is, het appèlregter Grosskopf in die *Protective Mining*-saak *supra* met goedkeuring verwys na die beslissing in die Britse *Champagne Heidsieck*-saak *supra* en beslis dat die registrasie van 'n handelsmerk nie die eienaar van die handelsmerk ewigdurende beheer oor die goedere gee nie. Die regter vervolg (986B):

"I should emphasize that consent was always a good defence to an action, ie it was a good defence to show that that act which was alleged to constitute infringement was done with the consent of the trade mark proprietor. This was not stated in the various statutes, but followed from the general principle of law expressed in the maxim *volenti non fit iniuria*."

Gebruik wat *prima facie* op inbreukmaking sal neerkom, word nie as inbreukmaking beskou as die eienaar van die handelsmerk sy toestemming tot sodanige gebruik verleen het nie.

Indien die eienaar of geregistreerde gebruiker die goedere sonder kontraktuele voorbehoud of beperkinge aan 'n derde verkoop wat die goedere dan op sy beurt van die hand sit, verleen hy stilswyende toestemming tot die gebruik van die handelsmerk in die handel. Hy kan hierdie toestemming ook nie eensydig

terugtrek nie. In die *Hampo Systems*-saak *supra* het die eenaar van die handelsmerk voorgegee om hierdie reg op die gebruik van die handelsmerk eensydig terug te trek. Regter Schock laat hom soos volg uit (261G; sien ook Page en Webster 273):

“I can conceive of no basis upon which Asahi can unilaterally withdraw this right after the goods have been sold to a third party to whom the authorised entity is entitled to sell.”

In die *Frank & Hirsch*-saak *supra* 185C – G (sien ook *Frank & Hirsch (Pty) Ltd v A Roopanand Brothers (Pty) Ltd* 1991 3 SA 240 (D), bespreek deur Visser 1991 THRHR 813 ev) sê regter Page die volgende:

“In my view, the submission that the proprietor of a trade mark, by selling goods under that mark without restriction and in contemplation of their being resold, thereby unconditionally consents to their being resold in that form under the mark, is correct. An application of the recognised tests for implied terms in contracts bears this out. Not only would the parties have responded ‘of course’ if asked if that was their common intention; it is also necessary for the business efficacy of the transaction. Moreover, no reasonable trader would purchase for resale under a particular mark if the seller were to retain the right arbitrarily and unilaterally to force the use of that mark on those goods at any time thereafter. The consent to be implied in such a transaction is, therefore, of necessity, irrevocable. Furthermore, in a case where the parties contemplate successive resales of the goods, such consent must needs extend to all subsequent resales.

I do not think that it is necessary to resort to the figure of estoppel to bring about this result. The consent flows directly from the implications of the conduct of the registered proprietor and is available to remote parties even when (as in the present case) they are not being sued by the registered proprietor.

I also find it unnecessary in this judgment to deal with that part of the quotation which relates to the possible ways in which the registered proprietor might prevent the implication arising. This is a matter of considerable complexity, particularly in relation to remote parties with whom the proprietor has no contractual *nexus*. In the present case, it is common cause that the proprietor took no steps whatsoever to negate the implication at the time that he parted with the goods, so the question does not arise. All that the proprietor has sought to do is to retract the consent *ex post facto*. If I am correct in concluding that it is irrevocable, it would not be competent for him to do so.”

Die regter verwerp dus ook die argument dat stilswyende toestemming wat aldus verleen word, later teruggetrek kan word. Regter Page verwys voorts met goedkeuring na die volgende *dictum* uit *Condy & Mitchell v Taylor & Co* (1887) 56 LT 891:

“A manufacturer who sells to a dealer in bulk an article, generally sold and used in small quantities, without any restriction upon its disposal, must be taken to authorise the dealer to sell the article in small quantities as being the manufacturer of the vendor.”

In die *Protective Mining*-saak *supra* 992C het appèlregter Grosskopf egter beslis dat stilswyende toestemming nie ter sprake is nie as gevolg van die feit dat gebruik op die ware goedere nie deur artikel 44(1)(a) gedek word nie.

In *Television Radio Centre (Pty) Ltd v Sony Kabushika Kaisha t/a Sony Corporation* 1987 2 SA 994 (A) is aangevoer dat die uitdrukking “gebruik as ’n handelsmerk” in artikel 44(1)(a) slegs slaan op die gebruik van die handelsmerk deur die eenaar gedurende produksie van die goedere en voorbereiding daarvan vir bemarking. Nadat die goedere bemark is, is gebruik as ’n handelsmerk nie ter sprake nie. Appèlregter Grosskopf verwys na die bespreking van die

geskiedenis van die definisie van 'n handelsmerk in die *Protective Mining-saak supra* 979 ev en sê (1011E – G):

“As a matter of language, sale by a retailer of trade-marked goods falls within the natural and ordinary meaning of the words ‘use as a trade mark’ read with the definition of ‘trade mark’ in s 2 of the Act, since the seller is using the trade mark for the purpose of indicating a connection in the course of trade between the goods and the proprietor of the mark, and of distinguishing the goods from those connected with any other person. Conversely ss (1)(b) cannot apply because the retailer’s use is not for any purpose other than indicating a connection between the goods and the proprietor; and of distinguishing them from the goods of another person. It is therefore in my view ss (1)(a) which is applicable, and not ss (1)(b). This does not, however, necessarily mean that the sale of trade-marked goods amounts to an infringement of the trade mark, as was shown in the *Protective Mining* case *supra*.”

Ten einde sodanige herverkoop te verhoed, moet die eienaar van die handelsmerk dus 'n verbod plaas op die herverkoop van die goedere of 'n verbod op die herverkoop daarvan in bepaalde gebiede.

In *Shalom Investments (Pty) Ltd v Dan River Mills Incorporated* 1971 1 SA 689 (A) het die hof die feit in ag geneem dat die verkoper deur plaaslike wetgewing, naamlik die *antitrust* wetgewing van die VSA, verhoed is om so 'n beperking in te stel. Die verweerder in hierdie saak was ook bewus van die beleid van die eienaar van die handelsmerk om materiaal wat vir die maak van klere bestem is, slegs aan sekere goedgekeurde verskaffers beskikbaar te stel. Die eiser (respondent) het dan ook deur sy agent in Suid-Afrika by talle geleenthede geweier om hierdie materiaal aan die appelland (verweerder) te verkoop. Appèlregter Ogilvie Thompson laat hom soos volg uit (706D – G):

“Respondent’s marks, being registered here, confer upon respondent the exclusive right – subject to the provisions of the Act – to use those marks within the Republic. In addition, respondent has, as explained earlier in this judgment, at all material times maintained a policy of controlling the sale of its materials within the Republic. Against that background, implied authority to use respondent’s mark in the Republic is not, in my opinion, readily to be inferred from the mere fact that, because of the laws prevailing in the United States, sales of Dan River products in that country are not subject to any contractual stipulation against re-sale. Without more, such last-mentioned domestic sales should not, in my view, be regarded as impliedly conferring a licence to use the ‘Dan River’ mark contrary to the registrations of that mark within the Republic. Nor could appellants ever have laboured under any misapprehension in the matter. They were not only at all material times aware both of the registration of respondent’s marks and of its sales policy within the Republic, but, acting in concert, they deliberately devised a scheme to circumvent respondent’s sustained refusal to supply them with Dan River materials. In all the circumstances, the appellants’ views of respondent’s mark was, in my opinion, ‘unauthorised use’ within the meaning of those words in sec. 44(1)(b) of the Act.”

Daar dien op gelet te word dat hierdie beslissing gevel is op 'n tydstip toe artikel 44(1)(b), anders as nou, voorsiening gemaak het vir ongemaagtigde gebruik as 'n handelsmerk. Daar is dan ook in die *Hampo Systems*-(261D), *Protective Mining*-(991D) en *Frank & Hirsch*-saak *supra* (178H) beslis dat hierdie beslissing in die lig van die wysiging in 1971 van artikel 44(1)(b) nie gesaghebbend is nie aangesien beweerde inbreukmaking deur parallelle invoere slegs aan artikel 44(1)(a) gemeet word.

Voorts het appèlregter Ogilvie Thompson sy beslissing in hierdie saak soos volg gekwalifiseer (706C):

“Before proceeding, it is perhaps as well to record that what I say below should not be understood as in any way suggesting that a person who legitimately purchases or imports an article bearing the trade mark of the manufacturer of that article necessarily



lacks authority to resell or deal with it: I expressly refrain from expressing any view whatsoever in relation to that broad question, and emphasise that, in what I next say, I confine myself to the facts of the present case."

Die vraag ontstaan of die eienaar van 'n handelsmerk wat 'n alleenverspreidings-ooreenkoms ten opsigte van sekere goedere met 'n verspreider of 'n verwante maatskappy in Suid-Afrika aangaan, en dan soortgelyke goedere aan derde partye verkoop sonder om 'n verbod te plaas op die verspreiding daarvan in Suid-Afrika deur die derde party of laasgenoemde se opvolgers in titel, hom aan kontrakbreuk skuldig maak. In die *Frank & Hirsch*-saak *supra* het die buitelandse vervaardiger byvoorbeeld voortgegaan om goedere sonder voorbehoud of beperking aan derde partye te verkoop selfs nadat voorgegee is om die stilswyende toestemming van die parallelle invoerder om die goedere in Suid-Afrika te versprei, terug te trek. Hierdie vraag moet in beginsel bevestigend beantwoord word maar die plaaslike entiteit sal nouliks begerig wees om sy regte af te dwing teen die oorsese vervaardiger aangesien hy heel waarskynlik handelsbande wil behou. Die plaaslike entiteit wat 'n verwante maatskappy van die oorsese vervaardiger is, sal in 'n nog moeiliker posisie wees. In die meeste gevalle sal die plaaslike entiteit ook verplig wees om sy regte in 'n buitelandse hof af te dwing en sal hy met die probleme wat daarmee gepaard gaan, opgeskeep sit. Dit is egter nie die bedoeling om aspekte van die kontraktereg, die internasionale privaatreë en die jurisdiksie van howe in hierdie artikel aan te raak nie.

Die vervaardiger sal dit moeilik vind om sodanige kontraktuele beperkings op te lê. Dit is veral die geval waar die vervaardiger goedere vervaardig vir verspreiding wêreldwyd. In die *Frank & Hirsch*-saak *supra* 185F verwys regter Page na die probleem as

"a matter of considerable complexity, particularly in relation to remote parties with whom the proprietor has no contractual *nexus*".

Vervolgens word die posisie bespreek waar veranderinge aan die parallel-ingevoerde goedere aangebring word, of hierdie goedere nie van dieselfde gehalte is as die goedere wat deur die plaaslike entiteit versprei word nie. In die *Champagne Heidsieck*-saak *supra* het die parallelle invoerder sjampanje wat vir die Franse mark bestem is, na Brittanje uitgevoer. Hierdie sjampanje het verskil van die sjampanje van dieselfde vervaardiger wat in Brittanje versprei is deur 'n alleenverspreider en die woord "Brut" is op die etiket van die sjampanje bedoel vir verspreiding in Frankryk aangebring. Die vervaardiger het dan ook alleenverspreidingsooreenkomste met afsonderlike verspreiders in verskillende lande aangegaan en hulle kontraktueel verbied om die sjampanje elders te bemark. Daar is egter beslis dat die publiek nie mislei is aangaande die oorsprong van die goedere nie en dat die vervaardiger nie op regshulp geregtig is nie.

In die *Television Radio Centre*-saak *supra* het die parallelle invoerder videomasjiene wat vir die Britse mark bestem is, na Suid-Afrika ingevoer. As gevolg van tegniese verskille tussen die PAL-stelsels in Suid-Afrika en Brittanje moes die parallelle invoerder wysigings aan hierdie videomasjiene aanbring om dit geskik vir gebruik in Suid-Afrika te maak. Die vervaardiger het videomasjiene wat geskik is vir elke afsonderlike uitsaaistelsel in Japan vervaardig en die toerusting wat vir 'n bepaalde mark bestem is met 'n agtervoegsel in die reeksnommers op die videomasjiene aangedui. Van tyd tot tyd is videomasjiene wat vir 'n ander bemark bedoel is, na Suid-Afrika uitgevoer maar die vervaardiger het onder streng toesig toegesien dat die nodige aanpassings gemaak word.

Die vervaardiger as eienaar van die handelsmerk het 'n interdik in die hof *a quo* verkry waarin spesifiek verwys is na die feit dat hierdie videomasjiene nie vir Suid-Afrika bestem is nie. Die relevante gedeelte van die interdik lui soos volg (1010G appèlhofverslag):

“The respondent, its servants and agents, are interdicted from infringing the rights of the first applicant in its registered trade marks Nos 61/0167 ‘Sony’ and 80/3855 ‘Sony’ by using either of them in relation to video cassette recorders which are not designed and supplied by the first applicant for use in the Republic of South Africa and which are adapted for use in the Republic of South Africa by a party other than the first applicant or its duly authorised agents . . .”

Hierdie beslissing is in appèl bekragtig. Appèlregter Grosskopf verwys na die beslissing in die *Protective Mining*-saak *supra* en sê die volgende (1012B – D):

“The basis of the decision in the *Protective Mining* case was that no infringement of a trade mark is committed by a trader who sells genuine goods properly marked with the trade mark by or with the consent of the trade mark owner. This is consonant with the origin of trade mark infringement as a species of passing off. What the trade mark proprietor is entitled to prevent is that the goods of another person are represented as his. If another person alters the goods, they are, to the extent to which they have been altered, no longer the goods to which the trade mark was affixed by the proprietor. It then, it seems to me, becomes a matter of degree whether there has been a change in the goods sufficiently appreciable to render them no longer the ‘genuine goods’ i.e. the goods which the trade mark proprietor had marked. In determining this issue, one would have regard *inter alia* to the nature of the goods and the nature, purpose and extent of the alteration. This issue is essentially a practical one, and each case must be decided on its own facts in the light of ordinary business practice and the reasonable expectations of purchasers.”

Hierdie beslissing moet onderskryf word aangesien die goedere waarop die handelsmerk aangebring is, inderdaad nie meer die goedere is wat deur of namens die eienaar van die handelsmerk vervaardig is nie. Daar is gevolglik 'n waarskynlikheid van benadeling (sien Page en Webster 259 ev).

Die verspreiding van veranderde goedere beweeg gevaarlik naby aan die verskynsel van “piracy”, oftewel die verspreiding van roofgoedere. Indien die goedere tot so 'n hoogte gemodifiseer is dat dit nie meer verband hou met die goedere ten opsigte waarvan die handelsmerk geregistreer is nie, word aan die hand gedoen dat daar van 'n verskyningsvorm van “piracy” gepraat kan word.

Dit is vanselfsprekend dat die delik bekend as aanklamping (“passing off”) in nou verband staan met die beskerming wat deur 'n handelsmerk verleen word. In die *Television Radio Centre*-saak *supra* 1012C verwys appèlregter Grosskopf na “the origin of trade mark infringement as a species of passing off”. Hierdie delik word later bespreek.

Ten slotte kan daarop gewys word dat die gebruik van 'n identiese merk inbreukmaking daar kan stel ten spyte van die feit dat artikel 44(1)(b) slegs verwys na “'n merk wat so naby met so 'n handelsmerk ooreenkom”. (Sien in hierdie verband *Miele et Cie GmbH & Co v Euro Electrical (Pty) Ltd* 1988 2 SA 583 (A) asook die *Protective Mining*-saak *supra* 987C – D.)

### Die Handelswaremerke-wet 17 van 1941

In die *Frank & Hirsch*-saak *supra* het die eiser hom ook op artikel 6(b) van die Handelswaremerke-wet beroep. Ingevolge hierdie artikel is iemand wat valslik 'n handelsmerk op ware aanbring, aan 'n misdryf skuldig. Ingevolge artikel 2(4) word iemand geag 'n handelsmerk valslik op ware aan te bring indien hy 'n handelsmerk of 'n merk wat soveel daarop lyk dat dit waarskynlik misleidend

sou wees, sonder toestemming van die geregistreerde eienaar van daardie handelsmerk op die ware aanbring. (Sien Page en Webster 507 ev vir 'n bespreking van hierdie wet.)

Die *locus standi* van die eiser is betwis en die hof beslis dat die eiser wel *locus standi* het aangesien die eiser en verweerder met mekaar meeding en die eiser as gevolg van die beweerde onregmatige optrede van die verweerder skade ly.

In die lig van die hof se beslissing dat die merk met die toestemming van die geregistreerde eienaar gebruik is, bevind die hof dat die Handelswaremerke-wet nie oortree is nie.

### Die gemenereg

Ingevolge die voorbehoudsbepaling in artikel 43 van die Wet op Handelsmerke, maak die bepalings van die wet nie inbreuk op die reg om 'n geding in te stel op grond van die gemenereg weens die voorstelling van goedere of dienste as dié van 'n ander persoon nie.

Die delik bekend as aanklamping ("passing off") word soos volg beskryf in *Capital Estate and General Agencies (Pty) Ltd v Holiday Inns Inc* 1977 2 SA 916 (A) 929:

"The wrong known as passing off consists in a representation by one person that his business (or merchandise, as the case may be) is that of another, or that it is associated with that of another, and, in order to determine whether a representation amounts to a passing off, one enquires whether there is a reasonable likelihood that members of the public may be confused into believing that the business of the one is, or is connected with, that of another" (sien ook Van Heerden en Neethling *Onregmatige mededinging* (1983) 96; Neethling "Die reg aangaande onregmatige mededinging sedert 1983" 1991 *THRHR* 226).

Daar moet egter onthou word dat die Suid-Afrikaanse reg nie, soos die Engelse reg, afsonderlike *torts* ken nie maar op algemene beginsels gebaseer is. Page en Webster (396; sien ook Neethling 1991 *THRHR* 207 – 209) stel dit soos volg:

"The delict of unlawful competition in our law is one of the many manifestations of the general liability, derived from the provisions of the *lex Aquilia*, to compensate another for patrimonial damage occasioned to him by one's wrongful act and attributable to one's fault. Its emergence as a recognised form of Aquilian liability is the result of a long series of judicial decisions . . ."

Die vraag of die parallelle invoerder hom aan 'n delik skuldig gemaak het, moet gevolglik aan die hand van die algemene beginsels van die deliktereg beantwoord word (soos in bv Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) bespreek word).

In die *Frank & Hirsch*-saak *supra* 188H – J laat regter Page hom soos volg uit oor die eiser se eis gebaseer op aanklamping:

"[T]he plaintiff must show, firstly, that the mark has become distinctive of it, in the sense that it is regarded by a substantial number of members of the public or the trade as indicative of the fact that the goods in relation to which it is used are connected in the course of trade with the plaintiff. Secondly, plaintiff must show that the defendant's use of the mark is calculated to deceive such members of the public or the trade into believing that the goods are connected in the course of trade with the plaintiff."

Die regter wys daarop dat 'n verspreider wat wil bewys dat hy sodanige onafhanklike reputasie in 'n handelsmerk geregistreer in die naam van 'n derde verkry het, 'n moeilike taak het. Die verspreider voer bloot die goedere in met die oog op verspreiding in Suid-Afrika en voeg niks by tot die merk waaronder die goedere vervaardig is nie. Hy verkry dus nie 'n reputasie in verband met



die merk nie aangesien die merk 'n reputasie geniet wat aandui dat die goedere van 'n besondere vervaardiger afkomstig is en nie dat die goedere deur die verspreider ingevoer en versprei word nie.

Dit is egter moontlik dat die verspreider die goedere op so 'n wyse bemark dat die handelsmerk 'n reputasie verkry wat aandui dat die goedere vanaf die verspreider afkomstig is. Daar word aan die hand gedoen dat die alleenverspreider hom die ontwikkeling van 'n eie, onafhanklike reputasie en dus werfkrag ("goodwill") ten doel moet stel. Dit kan onder meer gedoen word deur in reklameveldtogte vir die goedere ook die aandag op die identiteit van die alleenverspreider te vestig. Die feit dat die alleenverspreider in die *Frank & Hirsch*-saak *supra* nie veel klem op hierdie aspek gelê het nie, is deur die hof in ag geneem. Regter Page sê dan ook die volgende (167H - I):

"Although most of the advertisements do mention that the product is distributed by the plaintiff, this is featured so insignificantly that it would not, in my view, have much impact on any reader or viewer other than one specifically concerned with identifying the distributor of the product."

In *Rusmarc (SA) (Pty) Ltd v Hemdon Enterprises (Pty) Ltd* 1975 4 SA 626 (W) was die applikant die alleenverspreider in Suid-Afrika van sigarethouers wat in die buiteland vervaardig is. Die respondent verkry identiese houers wat deur die vervaardiger onder 'n ander naam versprei word, en bemark dit in Suid-Afrika. Die naam van die produkte verskil dus ("Win" teenoor "Friend") maar die verpakking ("get-up") is dieselfde.

Die applikant se aansoek om 'n interdik word van die hand gewys. Die hof beslis dat die applikant niks tot die "get-up" bygedra het nie en dat die oorsese vervaardiger die enigste party is wat moontlik op regshulp geregtig is. Die feit dat die applikant nie onafhanklike werfkrag verkry het nie, is dus deur die hof in ag geneem.

In *Salusa (Pty) Ltd v Eagle International Traders* 1979 4 SA 697 (K) is die alleenverspreider met meer sukses begroet. Die hof beslis dat die alleenverspreider 'n reputasie verkry het en 'n vraag na die goedere aangewakker het. Die parallelle invoerder het hierdie situasie uitgebuit deur die parallel-ingevoerde goedere onder dieselfde naam en in soortgelyke verpakking te versprei sonder om enigsin 'n reputasie te verkry of 'n vraag na die goedere te skep.

Die verweer dat die naam en verpakking onderskeidend is ten opsigte van die oorsese vervaardiger en nie die plaaslike verspreider nie, word verwerp. Die hof wys daarop dat verskeie onafhanklike ondernemings dieselfde naam en verpakking ten opsigte van goedere kan gebruik en elkeen 'n individuele reputasie kan verkry.

Op die feite voor die hof beslis regter-president Van Zijl dat die goedere met die plaaslike verspreider in elke land vereenselwig word. 'n Interdik word gevolglik teen die parallelle invoerder toegestaan. Die hof wys egter daarop dat die parallelle invoerder wel toegelaat sal word om die goedere in te voer en te bemark, mits hy nie die verpakking verander om dié van die alleenverspreider na te boots nie. Regter Van Zijl sê die volgende (705F - G):

"[T]he conclusion must be drawn that the name and pack in which the holders are marketed have become identified with the concern to whom DG has undertaken to sell the holders exclusively. To make it pertinent to the plaintiff the name and the pack identify the holders as plaintiff's goods and it is unlawful for defendant to use them to sell in South Africa unnamed holders whether manufactured by DG or any other concern. Defendant cannot however be restrained from purchasing the unnamed and

unpacked holders from DG or any similar unnamed unpacked holders from any other concern for sale in South Africa, but he must use another name and pack for them so as to distinguish the holders it sells from those sold by the plaintiff.

For the purpose of defining the restraint to be imposed upon defendant it is however necessary to decide whether defendant would be entitled to import cigarette holders that had already been named 'MD4 stop smoking method' and been made up in the pack which plaintiff is presently using. If these holders have been bought from a trader who has acquired a right to sell the holders under the name and in the pack in question, defendant has the right to sell them in South Africa without renaming and repacking them. It may however not alter the pack to make it more like the pack used by plaintiff, eg making the German pack which uses English and German into a packing using English and Afrikaans."

Die regter sê dan verder dat die parallelle invoerder nie verbied kan word om dieselfde goedere wettig vanaf 'n buitelandse handelaar te koop en plaaslik te bemark nie. So 'n verbod sou neerkom op onwettige inmenging in die aktiwiteit van die buitelandse handelaar. Die regte van die buitelandse handelaar word dus in ag geneem. Regter Van Zyl laat hom ook soos volg uit (705F – G):

"A foreign trader is entitled to compete with plaintiff for custom, even the custom of defendant, and if defendant prefers to buy from the foreign trader for resale in South Africa it is entitled to do so. A resale would not be a passing-off of the holders as plaintiff's goods. Defendant would be selling them as the foreign trader's goods and defendant would not be unlawfully exploiting plaintiff's efforts in creating the market for the holders under the same name and in the pack in question. What is more, defendant is entitled to compete with plaintiff with goods he can lawfully purchase, and purchasing holders named and got up in this fashion by the foreign trader are goods with which the defendant can lawfully compete with plaintiff."

Op hierdie basis onderskei die regter dan die beslissing in die *Rusmarc*-saak *supra*. Hy wys daarop dat die goedere onder bespreking in laasgenoemde saak deur twee verskillende handelaars ingevoer en onder die naam – en in die verpakking – waarin dit ingevoer is, van die hand gesit is. Regter Van Zyl (705H) vereenselwig hom met die beslissing in die *Rusmarc*-saak *supra*.

Ten einde met 'n aksie gegrond op die *lex Aquilia* te slaag, moet die alleenverspreider onder andere bewys dat die optrede van die parallelle invoerder onregmatig is. Die probleme daarmee geplaasde is myns insiens grondliggend aan die beslissing in die *Rusmarc*-saak en regter-president Van Zyl se *caveat* in die *Salusa*-saak *supra*.

Page en Webster (398 ev) bespreek die toetse waaraan onregmatigheid in die Suid-Afrikaanse howe gemeet word, breedvoerig. Opsommend kan gesê word dat die beweerde delikspleger se optrede gemeet word aan die objektiewe toets van openbare beleid (die *boni mores*) (*Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Gwano (Pty) Ltd* 1981 2 SA 713 (T); sien ook Van Heerden en Neethling 67 – 71; Neethling 1991 *THRHR* 218 – 219).

Dit blyk dan ook dat die howe in die *Frank & Hirsch*-, *Rusmarc*- en *Salusa*-saak *supra* nie bereid was om die optrede van 'n parallelle invoerder wat goedere in mededinging met 'n sogenaamde alleenverspreider versprei as optrede in stryd met openbare beleid te tipeer nie. Indien die parallelle invoerder egter verder gaan en die indruk skep dat sy goedere die goedere van die alleenverspreider is (dit wil sê aanklamping daarstel), sal die howe dit wel as optrede in stryd met die openbare beleid beskou en sal die parallelle invoerder se optrede onregmatig wees.

Ter afsluiting word aan die hand gedoen dat die alleenverspreider in 'n aksie gegrond op onregmatige mededinging (aanklamping) sal slaag slegs indien hy

die volgende kan aantoon: (a) dat hy 'n onafhanklike werfkrag en reputasie ("goodwill") ten opsigte van die goedere verwerf het; en (b) dat die parallelle invoerder die indruk skep dat die goedere van die alleenverspreider afkomstig is (vgl ook Neethling 1991 *THRHR* 227). (Terloops kan vermeld word dat die appèlhof in *Taylor and Horne (Pty) Ltd v Dentall (Pty) Ltd* 1991 1 SA 412 (A) daarop wys dat die *lex Aquilia* nie beskikbaar is om 'n monopolie vir die alleenverspreider af te dwing of te verkry nie. Die uitbuiting deur 'n mededinger van 'n mark wat deur die alleenverspreider opgebou is, stel in die afwesigheid van aanklamping daarom ook nie onregmatige mededinging daar nie (vgl Neethling 1991 *THRHR* 227 vn 213).)

J MOORCROFT

*Regsadviseur, Noord-Transvaalse Kamer van Nywerhede*

#### 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



# VONNISSE

## VIGS, BONI MORES EN VERTROULIKHEID

McGeary v Kruger en Joubert 1991-10-16 saaknr 25317/90 (W)

Hierdie beslissing regverdig om drie redes bespreking. *Eerstens* is dit een van die min Suid-Afrikaanse sake tot op hede waar die eisoorzaak met VIGS verband hou. 'n Ander geval het wel in April 1991 voor die Transvaalse Provinsiale afdeling van die Hooggeregshof gedien (saaknr 14725/89). Dáár is beweer dat die Suid-Afrikaanse Bloedoortappingsdiens nalatig was deurdat bloed wat aan die slagoffer van 'n motorongeluk toegedien is, nie vir HIV getoets was en dat daar ook geen waarskuwing te dien effekte op die houer met bloed was nie. 'n Skikkingsooreenkoms tussen die bloedoortappingsdiens en die eiseres, 'n 57-jarige Pretoriase sakevrou, is bereik ingevolge waarvan skadevergoeding van R450 000 plus regskoste aan haar betaal sou word. Hierdie ooreenkoms, en 'n verbod op die bekendmaking van haar identiteit, is 'n bevel van die hooggeregshof gemaak. (In die VSA en Duitsland het VIGS al tot omvattende gedingvoering aanleiding gegee: sien Van Wyk *Aspekte van die Regsproblematiek rakende VIGS* (LLD-proefskrif UNISA 1991) 198 ev.) *Tweedens* kan die *McGeary*-saak as die *locus classicus* beskou word vir die uitdruklike erkenning deur ons howe dat die bekendmaking van private feite, strydig met die regsplig (voortspruitend uit die geneesheer-pasiëntverhouding) om inligting vertroulik te hou, in beginsel neerkom op 'n onregmatige skending van privaatheid. *Derdens* beslis die hof dat 'n behandelende geneesheer geregtig is om, in weerwil van sy plig tot vertroulikheid, ander mediese praktisyns in bepaalde omstandighede oor sy pasiënt se HIV-infeksie in te lig.

Die feite van die saak is kortliks die volgende. Die eiser (*McGeary*) voer aan dat verweerder (*Kruger*) sy plig tot geheimhouding voortspruitend uit die geneesheer-pasiëntverhouding tussen hulle verbreek het deur die eiser se HIV-infeksie aan derdes bekend te maak, ten gevolge waarvan die eiser se persoonlikheidsregte en meer spesifiek sy reg op privaatheid, geskend is. Vergoeding ten bedrae van R50 000 is aanvanklik geëis, maar die bedrag is later met die hof se instemming tot R250 000 verhoog. (Die eiser hou *Kruger* ook middellik aanspreeklik vir die bekendmaking van die vertroulike inligting deur sy personeel. Die hof bevind egter dat die eiser nie daarin kon slaag om te bewys dat *Kruger* se ontvangsdame sy HIV-status aan derdes bekendgemaak het nie en dat *Kruger* dus nie middellik vir haar optrede aanspreeklik gehou kan word nie. Die tweede verweerder (*Joubert*) by wie se patologiese laboratorium die gewraakte bloedtoets gedoen is, is oorspronklik ook gedagvaar, maar die eiser

het spoedig tydens die verhoor laat blyk dat die saak slegs teen die eerste verweerder gevoer sou word.)

Die verweerder het die eiser sedert 1983 by verskeie geleenthede geneeskundig behandel en toe HIV-toetse in Maart 1990 tydens McGeary se aansoek om versekering by Old Mutual en Liberty Life vereis word,<sup>1</sup> verwys hy die eiser na tweede verweerder se laboratorium. Die uitslag van die bloedtoetse, naamlik dat McGeary met die virus geïnfecteerd is, word op ongeveer 5 April 1990 deur die laboratorium aan die verweerder gegee. Volgens getuienis voor die hof het die geneesheer sy pasiënt op ongeveer 10 April oor laasgenoemde se HIV-status ingelig. Op 11 April maak verweerder ook die eiser se HIV-status aan Vos, 'n tandarts, en Van Heerden, 'n algemene praktisyn op dieselfde dorp, bekend terwyl hulle saam gholf speel. (Die advokate vir die eiser het groot gewag gemaak van die feit dat die mededeling op die gholfbaan plaasgevind het. Daar moet egter met Levy WnR saamgestem word dat hierdie omstandigheid nie noodwendig meebring dat die gesprek tussen hulle minder professioneel of vertroulik was as wat dit in ander omstandighede sou wees nie.) Die geding word gevoer op grond van hierdie bekendmaking aan die twee mediese praktisyns wat albei die pasiënt by geleentheid behandel het.

Die eerste verweerder se getuienis dat hy daarop aangedring het dat beide praktisyns die inligting vertroulik moes hou, word deur die hof aanvaar. (Hierdie aandrang lyk vreemd in die lig daarvan dat hulle as lede van onderskeidelik die geneeskundige en tandheelkundige professie, bewus van sodanige verpligting moes gewees het.) Van Heerden, wat klaarblyklik gretig was om te ontken dat hy onder die verpligting gestaan het om die inligting vertroulik te hanteer, het ontken dat hy enige professionele verhouding met die pasiënt gehad het (ten spyte daarvan dat hy hom by geleentheid in die verlede behandel het) of dat kennis van die pasiënt se HIV-status enige noemenswaardige verskil sou gemaak het aan die voorsorgmaatreëls wat hy by die behandeling van sy pasiënte tref. Hy het getuig dat hy by ontvangs van die nuus ontsteld was vanweë sy vrou se sakeverbintenis met die eiser en laasgenoemde se intieme vriend en dat hy gemeen het dat hy om hierdie rede ingelig is. Van Heerden het ook gemeen dat die risiko van HIV-oordrag op sy vrou nie uitgesluit kon word nie en dat sy gevolglik ook ingelig moes word. Gewag is gemaak van die feit dat sy swanger was toe die mededeling gemaak is.<sup>2</sup>

1 Die Vereniging van Lewensversekeraars van Suid-Afrika ("Life Offices' Association") het 'n ooreenkoms wat bindend vir al sy lede is, in Oktober 1988 aanvaar. Hierdie ooreenkoms het op 1988-11-01 in werking getree. Ingevolge hierdie ooreenkoms word nuwe lewensdekking van R200 000 en meer en ongesiktheiddekking van R2 000 per maand en meer nie toegestaan nie tensy die aansoeker binne drie maande voor sy aansoek 'n HIV-toets met 'n negatiewe uitslag ondergaan of 'n klousule onderteken dat indien die sterfte of ongesiktheid regstreeks of onregstreeks deur VIGS of HIV-infeksie veroorsaak is, dekking uitgesluit sal wees. Hierdie ooreenkoms stel minimum voorwaardes daar en dit staan individuele maatskappye vry om op strengere keuring te besluit.

2 Asienlike onkunde oor VIGS bestaan klaarblyklik ook onder geneeshere. Volgens huidige mediese kennis word HIV (die virus wat VIGS veroorsaak) nie deur normale sosiale kontak oorgedra nie. Die virus word oorgedra tydens homo- en heteroseksuele kontak, van moeder na kind (voor, tydens en moontlik selfs na geboorte) en deur blootstelling aan geïnfecteerde liggaamsvloeistowwe. Bloed, semen en vaginale afskeidings word verbind met HIV-oordrag, terwyl groot volumes speeksel en selfs moedersmelk moontlik ook oordrag kan bewerkstellig. Alle gesondheidswerkers moet gevolglik voorsorg tref om direkte kontak met liggaamsvloeistowwe te voorkom.

Tydens die verhoor het die eiser VIGS-demensie ontwikkel en was hy so siek dat hy nie onder kruisverhoor geneem kon word of verder in die getuiebank kon verskyn nie. 'n Kurator *ad litem* is aangestel om die saak namens hom te voer. Voordat die verhoor afgehandel is, is die eiser oorlede en gee die eksekuteurs in sy boedel toestemming dat die aksie voortgesit kon word. Die feit dat die eiser gesterf het voordat sy getuienis getoets kon word en die argument afgehandel is, het ongetwyfeld die saak bemoeilik. Waarnemende regter Levy beslis dat McGeary se ongetoetste getuienis aanvaar moet word in die mate wat dit onaanvegbaar is, deur die verweerder aanvaar word of deur ander getuienis gestaaf word.

Die verweerder voer aan dat indien bewys kon word dat hy teenstrydig opgetree het met sy regsplig om die toetsuitslae vertroulik te behandel, hy nogtans nie onregmatig gehandel het nie aangesien hy die regsplig gehad het om bepaalde persone oor die eiser se HIV-status in te lig. So nie, dat die bekendmaking van die toetsuitslae die waarheid en in die openbare belang was, of dat die algemene standaard van redelikheid (*boni mores*) en die openbare belang en beleid die bekendmaking regverdig as 'n regmatige mededeling. Die hof het veral aan die laaste verweer aandag gegee.

Die aksie wat ter sprake is, is die *actio iniuriarum*. Regter Levy wys daarop dat 'n geneesheer geen reg het om vertroulike inligting te gee aan diegene wat geen belang by die inligting het nie maar dat hy verplig is om sulke inligting vertroulik en in trust te hou, "to be used by him in accordance with the reasonable requirements of plaintiff and of his profession and of society" (27). Die uitgangspunt is dat die bekendmaking van vertroulike inligting *prima facie* onregmatig is. Die hof bevind ook dat die bekendmaking van vertroulike inligting *in casu prima facie* op *animus iniuriandi* (wat onregmatigheidsbewussyn in beginsel insluit: sien *Dantex Investment Holdings (Pty) Ltd v Brenner* 1989 1 SA 390 (A) 396F-G) dui wat as 'n vereiste vir 'n suksesvolle eis voortspruitend uit 'n *iniuria* beskou word.

Om te beslis of die verweerder in die betrokke geval werklik die nodige *animus iniuriandi* (en die vereiste gepaardgaande onregmatigheidsbewussyn) gehad het, ondersoek die hof of die skending van die eiser se persoonlikheidsregte (*dignitas*) inderdaad onregmatig was en of die eiser se regte in die bepaalde omstandighede beskermingswaardig was. Die hof beroep hom op die *boni mores* by die bepaling van die grense van die reg op privaatheid en bygevolg van die regmatigheid al dan nie van die geneesheer se optrede (sien ook Neethling *Persoonlikheidsreg* (1991) 226; Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 346). Die hof stel eerstens ondersoek in na die mate waarin 'n hoër regsgoed die verbreking van die swygpilig regverdig. Die hof wys op botsende belange wat ter sprake is, naamlik die eiser se reg op privaatheid, die reg van ander geneeshere om tersaaklike inligting te ontvang en die breë openbare belang in die inligting. Die hof wys daarop dat 'n opweeg van belange moet plaasvind en dat aan die een wat as die belangrikste geag word en wat die meeste behoefte aan beskerming het, gevolg gegee moet word. By die bepaling van die gewig wat aan elke kompeterende belang gegee moet word, moet die oordeel van die redelike man aangewend word, en nie die oortuiging van 'n persoon wat meer begaan is oor die regte van een van die partye as dié van die ander nie. Die regter kom tot die gevolgtrekking dat

"in the light of the major threat posed by AIDS to society internationally. . . its victims. . . may have their right to privacy affected in the interests of society. It is considered that the latter interests outweigh the individual's right to privacy" (36).



Die *boni mores*-kriterium word meestal hoogstens aangewend as 'n aanvullende kriterium by die bepaling van wederregtelikheid omdat die gemeenskapsopvatting al met verloop van tyd uitdrukking gevind het in talle gemeenregtelike en statutêre norme en regverdigingsgronde (sien Neethling ea 40 ev). Alhoewel regter Levy nêrens spesifiek na noodtoestand as regverdigingsgrond verwys nie, ontstaan die vraag onmiddellik of dit hier gaan oor die geykte regverdigingsgrond noodtoestand, en of VIGS dalk 'n totaal nuwe situasie na vore gebring het waarby die *boni mores*-maatstaf van nuuts af aan en direk aangewend moet word om die dader se oënskynlik onregmatige gedrag te beoordeel. Neethling ea (67) stel dit so:

“Regverdigingsgronde is. . . geykte voorbeelde van omstandighede wat daarop dui dat 'n handeling wat met die eerste oogopslag onregmatig skyn te gewees het, in wese van meet af aan regmatig was. Aangesien regverdigingsgronde soos. . . noodtoestand bloot die regsopvatting van die gemeenskap vergestalt, vorm die bestaande regverdigingsgronde nie 'n *numerus clausus* nie en kan daar steeds 'op die ganse gebied van die reg' na geskikte regverdigingsgronde gesoek word. In die toekoms kan die afweeg van regsobjekte se belange teenoor mekaar aan die hand van die redelikheidskriterium bes moontlik nuwe situasies na vore bring wat die dader se oënskynlik onregmatige gedrag verskoon.”

Indien dit in die onderhawige geval gaan oor die bestaan al dan nie van die regverdigingsgrond noodtoestand, word die *boni mores*-kriterium gebruik bloot as verfyningmiddel om tussen reg en onreg te onderskei. Deur middel van die aanwending van die *boni mores*- of algemene redelikheidsmaatstaf word gevra of daar in die betrokke geval inderdaad aan die vereistes vir noodtoestand voldoen is, naamlik of die verweerder deur oormag in so 'n posisie geplaas is dat hy die geregverdigde belange van andere slegs kon beveilig deur 'n redelike aantasting van die regsgoed van die eiser (Neethling ea 78).

Of 'n beroep op noodtoestand werklik geregverdig is, word op grond van die betrokke omstandighede, na 'n afweging van die onderskeie belange,<sup>3</sup> en met inagneming van die huidige stand van wetenskaplike kennis, beslis.

Toepaslike riglyne om die aanwesigheid van noodtoestand te bepaal, is die volgende: Het noodtoestand, objektief beskou, werklik bestaan? Snyman (*Strafreg* (1986) 127) wys daarop dat ons howe by die bepaling hiervan soms as praktiese hulpmiddel met die redelike man-toets werk en dit bloot beskou as die verpersoonliking van die gemeenskapsopvatting, die *mores* van die gemeenskap. Was die nood aanwesig of was dit onmiddellik dreigend? Neethling ea (81) wys uitdruklik daarop dat die nood nie eers in die toekoms te wagte moes wees nie. Was die gewraakte optrede die “laaste uitweg” om die nood vry te spring?

Indien derdes se reg op lewe en gesondheid daadwerklik deur bekendmaking (as 'n laaste uitweg) beskerm word, sal die beskerming van hierdie waardes swaarder weeg as die pasiënt se reg op privaatheid en vereis die openbare

3 Oor die algemeen mag die belang wat opgeoffer word, nie groter wees as die belang wat gered word nie en mag nie meer skade veroorsaak word as wat nodig is nie. Die siening van sommige kommentators dat aangesien die gevolge van bekendmaking van HIV-status so ernstig kan wees, die behoefte aan geheimhouding swaarder moet weeg as selfs die potensiële dood van 'n derde party wat VIGS kan opdoen agv 'n versuim om in te lig, gaan nie op nie. (Vgl die toespraak van Guido Calabresi, dekaan van die Yale Law School op hul “AIDS Conference”, soos aangehaal in Belitsky/Solomon “Doctors and patients: responsibilities in a confidential relationship” in Dalton en Burriss (reds) *AIDS and the Law* (1987) 201 207 vn 52.)

belang<sup>4</sup> dat bepaalde regte van die individu opgeoffer word.<sup>5</sup> Dat dit redelik sou wees in die oë van die gemeenskap vir 'n geneesheer om sy professionele plig tot geheimhouding te verbreek ten einde 'n derde party se lewe en gesondheid te red, word verder onderskryf deur professionele riglyne wat so 'n etiese verpligting op geneeshere lê. Regter Levy behandel in besonderhede die etiese riglyne wat deur die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheekkundige Raad (SAGTR) en die Suid-Afrikaanse Kollege van Geneeskunde in dié verband neergelê is.<sup>6</sup>

Die etiese riglyne van die SAGTR vir die behandeling van pasiënte met HIV-infeksie lui soos volg (gepubliseer op 19 Mei 1989 onder die titel "Ethical Considerations in the Management of Patients with H.I.V. Infection": sien 1989 (3) *SAPB* 21 ev; Benatar "Confidentiality in medicine" 1990 *SAMT* 1 meen dat die riglyne bloot advies uitmaak en dat dit geen bindende gedragskode is nie):

"The health care professions are fully aware of the general rules governing confidentiality.

Council is confident that if doctors fully discuss with patients the need for other health care professionals to know of their condition in order to offer them optimal treatment and also to take precautions when dealing with them, the reasonable person of sound mind, will not withhold his consent regarding divulgence to other health care workers.

If, having considered the matter carefully in the light of such counselling, the patient still refuses to have other health care workers informed, the patient should be told that the doctor is duty bound to divulge this information to *the other health care workers*

- 
- 4 Indien 'n persoon, wat pas as seropositief geïdentifiseer is, kort tevore bloed geskenk het (maw in die "venstertydperk" toe teenliggaampies teen die virus nog nie in sy bloed aanwesig was nie), sou dit in die openbare belang wees om die bloedbank in te lig, selfs al het die betrokke nie toestemming daartoe verleen nie. Sien by Strauss "Legal issues concerning Aids: an outline" 1988 (1) *SAPB* 13 wat regverdiging vir ongemagtigde bekendmaking van vertroulike inligting in sekere omstandighede in die "overriding social interest" sien. In die Amerikaanse beslissing *Tarasoff v Regents of University of California et al* 551 P 2d 334 347 (1976) is die volgende stelling gemaak: "The protective privilege ends where the public peril begins."
- 5 Indien die reg op privaatheid geskend word, kan dit natuurlik talle nadelige gevolge vir die geïnfekteerde individu inhou. Hy kan ernstige sosiale verwerping ondervind, asook probleme om geneeskundige dienste te bekom en selfs om sy werk te behou. (Werknemers wat deur die Wet op Arbeidsverhoudinge 28 van 1956 beskerm word, sal stellig egter nie ontslaan kan word bloot omdat hulle HIV-positief is nie. Sien Van Wyk "Enkele opmerkings oor VIGS in die werkplek" 1988 *De Jure* 326.)
- 6 Veral die riglyne van die SAGTR is 'n gesaghebbende aanduiding van wat as redelike optrede deur die mediese beroep beskou sal word en bring groter duidelikheid as wat voor 1989 bestaan het. (Sien Van Wyk "VIGS en die reg: 'n verkenning" 1988 *THRHR* 324 oor die onseker posisie in 1988. Vir 'n gewysigde opinie nav die riglyne, sien Van Wyk 424 ev.) In *Pretorius v Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheekkundige Raad* 1980 2 SA 354 (T) word gemeld dat die SAGTR deur wetgewing in 1928 ingestel is en voortbestaan ingevolge die bepalings van a 2 van die Wet op Geneeshere, Tandartse en Aanvullende Gesondheidsberoep 56 van 1974. Die SAGTR is die "finale arbiter . . . van wat vir 'n mediese praktisyn onbetaamlik is. Sy lede as lede van die mediese beroep het die nodige aanvoeling van wat as onbetaamlik gereken kan word" (358H-359A). In *Veriava v President, SA Medical and Dental Council* 1985 2 SA 293 (T) 307B 310J maak Boshoff RP die volgende stellings: "The council is thus truly a statutory *custos morum* of the medical profession, the guardian of the prestige, status and dignity of the profession and the public interest in so far as members of the public are affected by the conduct of members of the profession to whom they had stood in a professional relationship" en "the Legislature constituted a body consisting preponderantly of medical practitioners to supervise and control the ethical and professional standards of the medical profession".

*concerned with the patient.* All persons receiving such information must of course consider themselves under the same general obligation of confidentiality as the doctor principally responsible for the patient's care.

If it were found that an act or omission on the part of a medical practitioner or dentist had lead (*sic*) to the unnecessary exposure to H.I.V. infection of another health care worker, the Council would see this in a very serious light and would consider disciplinary action against the practitioner concerned" (my beklemtoning).

Die SAGTR-riglyne stel dit duidelik dat 'n geneesheer eers met die geïnfecteerde pasiënt moet konsulteer en hom moet wys op die noodsaaklikheid daarvan dat ander behandelende gesondheidswerkers die inligting moet ontvang. Slegs indien die pasiënt weier om die geneesheer toe te laat om dit namens hom te doen, kan die geneesheer sonder sy toestemming die inligting oordra aan gesondheidswerkers wat met sy behandeling gemoeid is. Die riglyne kom daarop neer dat mense wat daadwerklike gevaar van infeksie loop, as 'n heel laaste uitweg sonder die pasiënt se toestemming ingelig mag word. Die riglyne maak ook daarvoor voorsiening dat geneeshere die pasiënt se eggenoot of seksmaats mag inlig waar die "ernstige en identifiseerbare risiko bestaan" dat so 'n persoon, indien nie ingelig nie, blootgestel sal word aan infeksie. In wese beteken dit dat voldoen moet word aan die vereistes vir die bestaan van noodtoestand wat hierbo genoem is. (Indien aanvaar word, soos wat trouens in die beleidstuk van die SA Kollege van Geneeskunde gedoen word, dat roetine-voorsorgmaatreëls nie in alle gevalle getref (kan) word nie, is die gevolgtrekking dat bekendmaking van HIV-status tot gevolg sal hê dat voorsorg wel getref sal word by die behandeling van geïnfecteerde pasiënte. Bekendmaking van HIV-status sal in sulke gevalle die enigste redelike uitweg wees om die nood vry te spring.)

Die Suid-Afrikaanse Kollege van Geneeskunde het ook 'n beleidsverklaring ten opsigte van die behandeling van HIV-positiewe pasiënte gemaak ("Management of HIV-positive patients" 1991 SAMT 688). Hierdie liggaam se beleidsverklaring word ook deur regter Levy behandel. Die kollege stel 'n paar beginsels as uitgangspunt, waarvan die volgende ter sake is:

"Health care workers are at risk of acquiring HIV from infected patients through inoculation of infected blood or other body fluids.

In the management of the HIV-positive patient the health care worker has a responsibility towards the individual, other health care workers, other parties that might be in danger of contracting the disease from the patient, the community, himself and his family.

Universal precautionary measures should be adhered to in all health care encounters to minimise exposure of health care workers. The cost of taking special preventive measures in the management of all patients (as if HIV positive) is prohibitive and is unaffordable for our health care system.

Health care workers should know if a patient is HIV positive to ensure that appropriate treatment is given to the particular patient and also to ensure that appropriate preventive measures are taken to prevent transmission of the virus.

Patients who are HIV positive should not be refused urgent or essential medical treatment by any health care worker.

HIV-positive individuals have the responsibility to inform their health care workers. A patient is liable to prosecution if he or she fails to do so."

Onder die aspek van vertroulikheid word die volgende riglyne neergelê:

"The highest possible level of confidentiality regarding HIV positivity is supported. However, hospital requirements for local reporting and the transmission of clinical data to medical colleagues and health care workers will require the disclosure of such confidential information. In the *normal process of patient care* it will be necessary for the medical practitioner to disclose such confidential information to health care



personnel in the best interest of patient care and to prevent further possible transmission of the virus.

The principle of professional secrecy still applies in respect of the patient. The decision whether to divulge the information to other parties involved should be done in consultation with the patient. If patients' consent cannot be obtained, health care workers should use their discretion whether or not to divulge the information to other parties involved. Such a decision must be made with the greatest care, after explanation to the patient and with acceptance of full responsibility at all times.

No patient should be labelled HIV positive on a single test. Any positive test must be verified" (my kursivering).

Oor pasiëntesorg word die volgende aanbeveling gemaak:

"Any health care worker who refers an HIV-positive patient *for treatment* to any colleague should convey that information. Withholding such information may result in disciplinary action against the practitioner concerned" (my kursivering).

Een van die beginsels waarop die Kollege van Geneeskunde se beleid gegrond word, verwys na die verantwoordelikheid van die gesondheidswerker teenoor die individu, ander gesondheidswerkers, ander partye wat die gevaar loop om deur die pasiënt geïnfekteer te word, die gemeenskap, homself en sy gesin. Dit lyk dus of ander gesondheidswerkers en "ander partye wat gevaar loop om deur die pasiënt geïnfekteer te word" as twee aparte kategorieë beskou word. Dit is ook die interpretasie wat regter Levy hieraan gee. Onder die bespreking van vertroulikheid word daarop gewys dat die besluit om inligting aan "ander betrokke partye" te gee, gedoen moet word "in konsultasie" met die pasiënt. Indien sy toestemming nie verkry kan word nie, moet gesondheidswerkers hul diskresie gebruik oor die mededeling van die inligting aan die "ander partye". Wat gesondheidswerkers betref, stel die beleid dit duidelik dat mediese praktisyns hierdie inligting moet deurgee aan gesondheidswerkers "in the normal process of patient care".

Selfs al word aanvaar dat konsultasie met die pasiënt slegs hoof plaas te vind indien ander partye as gesondheidswerkers ingelig gaan word, word vereis dat die gesondheidswerkers wat die inligting ontvang, met die pasiënt se behandeling gemoeid moet wees. Alhoewel hierdie beleidstuk dit nie duidelik stel nie, sou dit in ooreenstemming met die individu se reg op privaatheid wees om eers die pasiënt self die geleentheid te gee om sy verantwoordelikheid teenoor sy geneesheer na te kom en laasgenoemde in te lig, alvorens die inligting namens hom oorgedra word. (Die beleidstuk stel dit wel as beginsel dat die pasiënt self die verantwoordelikheid dra om behandelende gesondheidswerkers in te lig.)

In die lig van hierdie onduidelikhede en ook van die feit dat die riglyne van die SAGTR stellig groter gesag dra as dié van die Kollege van Geneeskunde (sien vn 6 *supra*) moet die gevolgtrekking wees dat 'n geneesheer eers met die betrokke pasiënt moet konsulteer en hom moet wys op die noodsaaklikheid daarvan dat ander behandelende gesondheidswerkers die inligting moet ontvang. Slegs indien die pasiënt weier om die inligting self oor te dra of die geneesheer toe te laat om dit namens hom te doen, kan die geneesheer sonder sy toestemming die inligting oordra.

Of in die onderhawige geval aan die vereistes van noodtoestand soos gekonkretiseer in die riglyne van die geneeskundige professie voldoen is, staan nie heeltemal vas nie. Getuienis is wel gelewer dat ander partye as die behandelende geneesheer die pasiënt gewys het op die noodsaaklikheid dat sy tandarts en ander behandelende gesondheidswerkers oor sy HIV-status ingelig moes word, maar die hof aanvaar eenvoudig dat die pasiënt waarskynlik nie uit sy

eie sy tandarts en ander behandelende geneeshere oor sy infeksie sou ingelig het nie (50; soos hierbo vermeld is, het die feit dat die eiser oorlede is voordat hy onder kruisverhoor geneem kon word, die saak bemoelijk). Die hof lei hierdie gevolgtrekking onder meer af uit die getuienis dat die pasiënt onwillig was om na Vos (wat hy ook op sosiale vlak geken het) terug te keer vir behandeling omdat hy gevrees het dat bekendmaking van sy infeksie hom verder sou stigmatiseer, en omdat hy verkies het om sy tandheekkundige behandeling te ontvang van 'n tandarts wat gereeld VIGS-pasiënte behandel. Geen getuienis is gelewer dat Kruger probeer het om die pasiënt se toestemming te verkry vir die bekendmaking van sy infeksie aan ander behandelende geneeshere nie. Daar is wel getuig dat die eiser onwillig was om deur 'n nuwe geneesheer behandel te word aan wie hy sy status bekend sou moes maak.

Die mededeling deur Kruger het met aansienlike haas geskied, naamlik die eerste dag nadat die pasiënt self die inligting ontvang het. Die pasiënt het nouliks die geleentheid gehad om self die inligting oor te dra of om sy toestemming vir bekendmaking te gee. Bekendmaking was dus nie die "laaste uitweg" om moontlike infeksie van ander behandelende gesondheidswerkers af te weer nie. Die gevaar was ook nie onmiddellik dreigend nie omdat die persone wat ingelig is, nie werklik met die behandeling van die pasiënt gemoeid was nie. Trouens, 'n taamlik vae verband het bestaan tussen die pasiënt en Van Heerden (wat uitdruklik enige professionele verhouding tussen hulle ontken het).

Die hof bevind nietemin dat die verweerder se optrede nie onregmatig was nie, gemeet aan die algemene redelikeidsmaatstaf (*boni mores*). Daar word beslis dat die verweerder nie onregmatig opgetree het toe hy die tandarts, wat die eiser by 'n vorige geleentheid behandel het en hom in die toekoms waarskynlik weer sou behandel, ingelig het nie. Die hof meen trouens dat die verweerder 'n "plig" gehad het om dit te doen.<sup>7</sup> Regter Levy bevind ook dat alhoewel verweerder onbewus was daarvan dat Van Heerden die eiser by 'n vorige geleentheid behandel het, Van Heerden een van 'n klein groepie geneeshere was wat by geleentheid vir mekaar moes instaan, en dat die moontlikheid dus nie uitgesluit kon word dat hy in die toekoms die pasiënt sou moes behandel nie. Die mededeling aan hom was gevolglik ook regmatig. Aangesien die verweerder nie onregmatig opgetree het nie, was die vereiste *animus iniuriandi* ook nie aanwesig nie, en word die eiser se aansoek om vergoeding van die hand gewys.

---

<sup>7</sup> Waarskynlik word hier verwys na 'n etiese verpligting in die lig van die etiese riglyne wat aangehaal word. Die bestaan al dan nie van 'n regsplig verdien 'n afsonderlike bespreking. Indien 'n regsplig om positief op te tree ten einde skade van ander af te weer wel bestaan, sal 'n verzuim om in te lig in beginsel aanleiding kan gee tot 'n eis om skadevergoeding teen die geneesheer. Alhoewel 'n algemene regsplig om in te lig waarskynlik tans nie in Suid-Afrika bestaan nie (Strauss 1988 (1) *SAPB* 14), sal die regsdoortuigings van die gemeenskap in sekere omstandighede moontlik 'n regsplig erken om potensiële, identifiseerbare slagoffers wat gereedlik bereikbaar is, in te lig. Neethling ea 34 lei die geneesheer se regsplig om in te lig af uit sy wete of kennis dat 'n bepaalde persoon of persone benadeel kan (gaan) word. Indien HIV-infeksie 'n aanmeldbare toestand gemaak word, sou die onsekerheid rondom die bestaan van 'n regsplig om blootgestelde derdes (insluitende seksmaats) in te lig, tot 'n groot hoogte uit die weg geruim word. Gesondheidsowerhede is waarskynlik beter toegerus om die identiteit van derdes te bekom en hulle op te volg en in te lig (sien Van Wyk 416 ev).

Dit wil dus voorkom of VIGS 'n totaal nuwe situasie laat ontstaan het waar die geëgte beginsels van noodtoestand nie geld nie en waar die *boni mores*-maatstaf direk vir die bepaling van onregmatigheid aangewend moet word. In sy uitspraak stel waarnemende regter Levy dit uitdruklik (48):

“The very nature of the disease, its incurable and fatal consequences and the absence of any known method of inoculation, rendering it the most dangerous disease, possibly that mankind has had to face, seem to demand a more generous approach [vgl Van Wyk 1988 *THRHR* 324] to the need for health care workers to be kept fully informed and to subordinate the interests of the patient to that need.”<sup>8</sup>

Die hof beslis dat mediese kollegas by die eerste beste geleentheid oor HIV-infeksie onder pasiënte ingelig mag word, mits die moontlikheid bestaan dat hulle in die toekoms by die behandeling van die betrokke pasiënt gemoed sal wees.

Dit sal interessant wees om te sien wat die appèlhof, as die finale vertolker van die gemeenskap se regsdoelwagings, gaan beslis.<sup>9</sup> Hierdie beslissing gaan van groot belang wees omdat VIGS in die toekoms ongetwyfeld tot talle soortgelyke gevalle aanleiding kan gee. Die appèlhof behoort uitsluitel te gee oor wat as geregtig optrede deur geneeshere beskou sal word. Die kwessie van geneeshere se regsplig in hierdie verband verdien ook groter duidelikheid.

CW VAN WYK  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## HERLEWING VAN DIE ALGEMENE VERRYKINGSAKSIE

Blesbok Eiendomsagentskap v Cantamessa 1991 2 SA 712 (T)

In *Nortje v Pool* 1966 3 SA 96 (A) 133F – H 138A – H het die appèlafdeling die bestaan van 'n algemene verrykingsaksie in die Romeins-Hollandse reg en gevolglik ook in die Suid-Afrikaanse reg ontken maar terselfdertyd nie die

8 Vgl dr Manda Holmshaw (hoof van die VIGS-Eenheid, Departement van Nasionale Gesondheid en Bevolkingsontwikkeling) se referaat “Can Africa afford European and American prescriptions on confidentiality and care of HIV and AIDS?” by die *Legal and Ethical Workshop* (RGN Pretoria 1991-11-25). Sy meen dat Afrika, met sy hoë voorkoms van VIGS, dalk nie meer liberale waardes soos vertroulikheid tov HIV-infeksie kan bekostig nie. Sy meen dat indien die “grootste geheim” wat iemand kan hê, die feit is dat hy met HIV geïnfekteerd is, dit net kan bydra tot groter stigmatisering van die siekte.

9 Verlof tot appèl is *in casu* toegestaan. Sien Van Oosten “Hangende appèlle, vonnisbesprekings en minagting van die hof” 1990 *THRHR* 234 oor die kwessie of 'n bespreking van beslissings waarin daar appèlle hangende is, op onbehoorlike beïnvloeding en op minagting van die hof neerkom. Van Oosten kom (236) tot die gevolgtrekking dat “mits besprekings. . . aan die vereistes van billike kommentaar as verweer voldoen en die perke daarvan nie oorskry nie, hulle regmatig is en bygevolg beswaarlik onbehoorlike beïnvloeding kan uitmaak”.



moontlikheid vir en behoefte aan die ontwikkeling van so 'n aksie in die Suid-Afrikaanse reg uitgesluit nie. Appèlregter Botha het in die meerderheidsuitspraak die kwessie soos volg gestel (193H – 140A):

“Dat ons reg trapsgewys tot die erkenning van 'n algemene verrykingsaksie kan ontwikkel is bes moontlik, maar daardie punt is, myns insiens, nog nie bereik nie. Voor dat die omvang van so 'n algemene verrykingsaksie duidelik omlin en die vereistes daarvan duidelik omskryf is, iets wat klaarblyklik nog ontbreek, sou dit 'n blote diskresionêre regsmiddel wees wat slegs onsekerheid skep.”

Die debat oor die algemene verrykingsaksie is onlangs opnuut deur regter Van Zyl aan die orde gestel in *Blesbok Eiendomsagentskap v Cantamessa*. Hy sê (719D – E):

“Ek is eerbiedig van mening dat die tyd inderdaad aangebreek het om aan 'n algemene verrykingsaksie erkenning te gee. Nie slegs is daar 'n mate van kunsmatigheid verbonde aan die vaskleef aan sogenaamde ‘erkende verrykingsaksies’ wat vir ‘bepaalde omstandighede’ daargestel is nie, maar die voortdurende uitbreiding van die verrykingsaksies om *ad hoc* vir nuwe gevalle voorsiening te maak, laat duidelik blyk dat daar behoefte aan 'n algemene verrykingsaksie is. Trouens, die blote feit dat daar sulke uitbreiding plaasgevind het, is aanduidend van die bestaan van 'n algemene verrykingsaksie gegrond op die algemene beginsel teen ongeregverdigde verrykings.”

'n Ontleding van die meerderheidsuitspraak in *Nortje v Pool* toon aan dat die ontkenning van die algemene verrykingsaksie hoofsaaklik op drie bene staan:

- (a) Daar is nie voldoende gemeenregtelike gesag wat die bestaan van so 'n algemene verrykingsaksie bevestig nie.
- (b) So 'n aksie het ook nie in die Suid-Afrikaanse reg ontstaan nie.
- (c) Daar bestaan nie duidelike vereistes vir so 'n aksie nie, wat dit bloot 'n onsekere en onomlynde billikheidsremedie maak. Die erkenning van die aksie sal gevolglik regsonsekerheid veroorsaak omdat daar nie duidelike maatstawwe is waarvolgens die ontstaan van aanspreeklikheid getoets kan word nie.

Die *eerste grond* vir ontkenning kan nie meer gehandhaaf word nie omdat daar tans baie duideliker gemeenregtelike gesag beskikbaar is wat die bestaan van 'n algemene verrykingsaksie in ons gemenerereg bevestig (De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* (1987) 110 – 119; Scholtens “The general enrichment action that was” 1966 *SALJ* 396 – 401; *Blesbok Eiendomsagente v Cantamessa* 719E – G). Sekere gemeenregtelike gesag en navorsing was trouens reeds voor die beslissing in die *Nortje*-saak beskikbaar maar is nie deur die hof gebruik nie (De Vos 119). Die appèlafdeling sou dus die *Nortje*-beslissing ongedaan kon maak as 'n verkeerde beslissing omdat belangrike gemeenregtelike gesag oor die hoof gesien is of omdat die tyd om so 'n aksie te erken nou ryp is. Die argument dat die *Nortje*-saak met verloop van tyd in 'n reeks beslissings nagevolg is en dat dit gevolglik nie omvergewerp moet word nie, behoort nie 'n ernstige struikelblok te wees nie. Eerstens is dit te betwyfel of die handels- en regsverkeer sodanig op die reël staatmaak dat enigeen deur 'n wysiging daarvan benadeel sal word. Tweedens het die hof self die moontlike erkenning van 'n algemene verrykingsaksie in die toekoms nie uitgesluit nie.

Die *tweede beswaar* verskil van De Vos se deeglike ontleding en interpretasie van 'n hele aantal Suid-Afrikaanse sake waaruit hy die gevolgtrekking maak dat daar wel 'n algemene verrykingsaksie erken is. Uit appèlregter Rumpff (soos hy toe was) se uitspraak (117B – 118C) blyk dit dat daar ook meningsverskil onder die lede van die regbank oor hierdie punt was. Hoe dit ook al sy, die meerderheidsuitspraak het die verdere bestaan van die aksie, indien dit wel

bestaan het, duidelik tot niet gemaak. Nogtans het die hof die deur vir die ontwikkeling van so 'n aksie oopgelaat.

Myns insiens is die belangrikste struikelblokke vir die erkenning van 'n algemene verrykingsaksie in die *derde beswaar* van die hof in die *Nortje*-saak geleë. Met die eerste oogopslag lyk die standpunt dat daar geen duidelike maatstawwe is nie en dat die aksie onomlyn is omdat daar nog nie 'n aksie bestaan nie heel logies, maar dit is 'n oorvereenvoudiging van die feite.

Die vrees vir 'n vorm van aanspreeklikheid sonder behoorlike maatstawwe is in *Muller v Grobbelaar* 1946 OPD 272 soos volg verwoord (277):

“Secondly, the rule against enrichment is not one of general application – if it were, all commerce would be stultified. It applies only in very special circumstances.”

In sy minderheidsuitspraak in die *Nortje*-saak wys appèlregter Rumpff egter daarop dat die algemene verrykingsaksie nie bloot 'n vormlose billikheidsremedie is nie, maar dat dit steun op die onderliggende beginsels wat uit al die bekende aksies blyk asook op die dinamiese ontwikkeling van die beginsels deur die howe.

Tweedens het die uitspraak in die *Nortje*-saak die baanbrekerswerk van De Vos om vorm en gestalte aan die algemene verrykingsaksie te gee, wesenlik misken. Reeds in sy proefskrif (en die eerste uitgawe van sy boek) het De Vos duidelike maatstawwe en reëls vir die aksie geformuleer, naamlik dat:

- (a) die eiser verarm moet wees;
- (b) die verweerder verryk moet wees;
- (c) daar 'n kousale verband tussen die verryking en die verarming moet wees (ten koste van);
- (d) die verryking ongegrond moet wees;
- (e) die geval nie onder een van die klassieke aksies tuisgebring kan word nie; en
- (f) daar nie 'n regsreël bestaan wat die eis ontsê nie.

Ten minste die eerste vier vereistes is reëls wat duidelik in die gemenerereg en die regspraak gefundeer is. Die standpunt dat die aksie vormloos en bloot diskresionêr sou wees, is dus kennelik onwaar. Al vier die eerste vereistes word tans as algemene vereistes vir enige verrykingsaanspreeklikheid onder die klassieke aksies aanvaar (Lotz “Enrichment” 9 *LAWSA* 46–48). Alhoewel daar onsekerheid en ook meningsverskil oor sommige van die vereistes bestaan – byvoorbeeld die verskillende benaderings van die “ten koste van”-vereiste – is dit nie 'n verskynsel wat tot hierdie deel van die reg beperk is nie. Dit is ook nie voldoende rede om die erkenning van 'n algemene verrykingsaksie langer uit te stel nie. De Vos se bespreking van die algemene vereistes (328–366) toon baie duidelik aan dat hierdie beginsels reeds goed ontwikkel en verfy is in sowel die gemenerereg as die regspraak binne die kader van die “erkende verrykingsaksies”. Die argument dat die inhoud van die aksie onseker en onomlyn sou wees, hou dus ook nie steek nie.

Die behoefte aan die erkenning van 'n algemene verrykingsaksie is vandag groter as ooit. Dit blyk nie alleen uit die “kunsmatigheid verbonde aan die vas-kleef aan die sogenaamde ‘erkende verrykingsaksies’” (soos regter Van Zyl dit stel) nie, maar ook uit die anomaliese gevolge wat daaruit voortvloei. Laasgenoemde standpunt kan geïllustreer word met verwysing na twee onlangse gewysdes, naamlik *Rane Finance (Pty) Ltd v Queenstown Municipality* 1988 4 SA 193 (OK) en *Visser v Rousseau* 1990 1 SA 139 (A).

In die *Rane*-saak is 'n betaling te goeder trou maar grof nalatig aan 'n voormalige skuldeiser gemaak nadat die skuldeiser die skuld aan 'n derde gesedeer en kennis aan die skuldenaar gegee het. Die verrykingseis gegrond op die *condictio indebiti* is van die hand gewys omdat die dwaling van die eiser nie redelik volgens die oordeel van die hof was nie (199B – H).

Hierdie resultaat staan in skerp kontras met die *Visser*-saak wat voortgespruit het uit die berugte kubuskultuur van 1984. Die likwidateurs van Kubus Kwekerye (Edms) Bpk het verrykingseise ingestel teen twee kubuskwekers aan wie taamlike groot somme geld uitbetaal is. Die grondslag van die eis was die *condictio ob turpem causam* aangesien die ooreenkomste tussen die maatskappy en die kwekers 'n onwettige lotery ingevolge die Wet op Dobbelaar 51 van 1965 was. Vanweë die verslapping van die *par delictum*-reël het die appèlafdeling sy weg oopgesien om in hierdie geval die eise van 'n persoon wat willens en wetens aan 'n onwettige kontrak deelgeneem het, toe te staan om

“die openbare beleid te bevorder, om onregverdige (*sic*) verryking van die maatskappy ten koste van die verloorders te vermy, en om billikheid tussen die partye te bewerkstellig” (154D).

Hierdie soort anomaliese resultate wat die gevolg is van die afsonderlike historiese ontwikkeling van die verskillende verrykingsaksies behoort nie langer geduld te word nie. Die billikheidsgrondslag van die verrykingsreg behoort in alle gevalle sterker na vore te tree soos dit inderdaad by die *condictio ob turpem causam* gebeur het. Dit kan slegs gebeur indien daar wegbeweg word van die “erkende aksies” na 'n algemene verrykingsaksie.

Die belangrikste vraagstuk wat by die erkenning van 'n algemene verrykingsaksie aangespreek moet word, is of die algemene aksie aanvullend tot die bestaande aksies moet wees en of dit die bestaande aksies geheel en al moet vervang. De Vos se vyfde vereiste ((e) hierbo) vir die algemene verrykingsaksie, naamlik dat dit ondergeskik naas die ander aksies moet geld, spruit voort uit die veronderstelling dat dit die gemeenregtelike posisie die beste weerspieël (De Vos 358 – 359). Die erkenning van so 'n bykomende aksie sal ook die mins ingrypende benadering wees omdat die reg met betrekking tot die “erkende aksies” weinig daardeur geraak sal word. Die belangrikste redes waarom hierdie benadering egter nie gewens is nie, is die volgende (*idem* 371 – 372; *Blesbok Eiendomsagent-skappe v Cantamessa* 719H – 720A):

- (a) Dit lei tot 'n onnodige vermenigvuldiging van aksies met te veel kasuïstiek.
- (b) Die verskillende aksies staan op verskillende stadiums van ontwikkeling terwyl die algemene verrykingsaksie waarskynlik 'n goed ontwikkelde verrykingsaksie sal wees.
- (c) Dit lei tot anomaliese en onbillike resultate, soos hierbo geïllustreer is.

De Vos is nietemin 'n voorstander van 'n radikaler oplossing, naamlik dat die algemene aksie die bestaande aksies met verloop van tyd behoort te verdring en te vervang (*idem* 372; Van der Walt 1966 *THRHR* 377). Hy gee egter geen aanduiding hoe hierdie stapsgewyse ontwikkeling plaas behoort te vind nie. Gemeet aan die tempo waarteen die howe tot dusver die verrykingsreg vernuwe en gemoderniseer het, kan dit baie lank neem voordat die algemene aksie die “klassieke aksies” verdring. Sonder die leiding en stimulus van die appèlafdeling sal so 'n ontwikkeling kwalik deur die provinsiale afdelings deurgevoer word; en dit kan nog 'n kwarteeu of meer duur.



Regter Van Zyl is daarteenoor duidelik van mening dat die algemene aksie van meet af aan die "klassieke verrykingsaksies" behoort te vervang (719J – 720A). Die effek van so 'n stap sou wees dat die verskillende vereistes wat by elkeen van die "klassieke aksies" gestel word, summier afgeskaf word en dat daar slegs aan die algemene vereistes voldoen hoef te word. Daar behoort, met die uitsondering van gevalle wat tans onder die *condictio ob turpem causam* tuishoort, geen beswaar teen so 'n nivellering te bestaan nie – dit is 'n vraag of die rede vir die besondere reëls van die *condictio ob turpem causam* nie die voortbestaan daarvan regverdig nie. Op hierdie beleidsbeslissing hoef daar nie in hierdie bespreking ingegaan te word nie, maar dit illustreer die soort kwessies wat aangespreek sal moet word goed.

Die keuse lê uiteindelik tussen:

- (a) 'n ontwikkeling wat regsekerheid bevorder maar wat min daartoe bydra om die bestaande probleme van die verrykingsreg te help oplos omdat dit te beperkend is. Daar bestaan ook geen waarborg dat dit sal lei tot verdere judisiële ontwikkeling en die uiteindelijke verdringing van die "klassieke aksies" nie; en
- (b) 'n benadering wat 'n mate van regsonsekerheid sal veroorsaak maar wat die howe die geleentheid sal gee en selfs sal dwing om – binne die raamwerk van die reeds bestaande algemene vereistes vir verrykingsaanspreeklikheid, asook die openbare belang en billikheid – die verrykingsreg te verlos van die historiese kunsmatigheide en verder te ontwikkel tot 'n moderne en konsekwente vorm van aanspreeklikheid.

GTS EISELEN

*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

### THE INCIDENCE OF THE PARENTAL DUTY OF SUPPORT

**Burns v National Employers General Insurance Co Ltd 1988 3 SA 355  
(C); Zimelka v Zimelka 1990 4 SA 303 (W)**

There is general agreement on the principle that each parent owes a duty of support to the children *in accordance with the means of each parent*. This seemingly straightforward and simple statement is, however, loaded with ambiguity. The magistrates' courts have long taken the view that "in accordance with his, or her, means" means "in proportion to the total income of each parent". For example, if the father earns R75 000 per year and the mother R25 000 per year then the mother must contribute 25% of the costs of supporting the children. In what follows I shall call this approach B. In the *Zimelka* case the court, on an appeal from the magistrates' court, ruled on similar facts that this was a wrong approach. It was found on the facts that the father's income on its own was sufficient to support the children. The mother therefore had no duty whatsoever to make a contribution to the support of the children (305 – 306). The message here is that "means" means "surplus income". I shall describe this reasoning henceforth as approach A. The absence of a mother's duty of support

at a particular point does not mean that she never has had or never will have a duty to render support. The incidence of the duty of support fluctuates with time depending on the relative financial circumstances of the parents (*idem* 306B – C).

The *Zimelka* decision is to be welcomed. There is an intrinsic injustice in approach B which permits a father to live a life of luxury while still demanding a monetary contribution from an ex-wife who needs her entire earnings merely to provide for her own modest needs. There is little doubt that approach B reflects the realities of how the support of children is funded in many broken homes. However, it does little to enhance the quality of justice if the law merely reinforces an unjust reality.

The earlier decision on this subject in *Lamb v Sack* 1974 2 SA 670 (T) is tainted with ambiguity. The mother of the child was said to be “without means” (674A), that is, without a salary income, but the court record fails to explain how she was to support herself and her second child. The liability of the father to contribute to the support of the child was determined by reference to the net income of his own living expenses (673 – 674). The liability of the unemployed mother was determined on the basis of her total notional income *if she were to find a job*. No adjustment was made for what the mother required for her own support, as was done for the father. Even-handed justice between the parents is clearly absent and one can only presume that unrecorded subliminal factors, such as suspected mendacity, were taken into account by the court. *Mentz v Simpson* 1990 4 SA 455 (A) similarly provides no clear pattern.

It may be that one of the parents cannot be traced or brought to court and that the absent parent has more than adequate means to support the child without a contribution by the available parent. In such circumstances it would clearly be contrary to public policy to deny a child the right to claim support from the available parent. The available parent would then have a right to recover from the absent parent the value of support provided, subject to the rules of prescription. If the available parent were to die, the child would undoubtedly be granted a right of action for damages for loss of support. If the absent parent were to die, there would probably be a right of action only for the value of the chance that support may have been directly provided (see the discussion below of claims for contingent support). The fact that the available parent has a right of action to recover from the absent parent would probably be held to be irrelevant to the calculation of the child’s claim.

The *Zimelka* ruling has important consequences for the assessment of damages. In order to succeed in an action for damages for loss of support, the claimant dependant must prove not only that support was being provided but also that this was being done in terms of a duty of support (*Van Vuuren v Sam* 1972 2 SA 633 (A) 635D – E). A mother who does not work and has no income has no duty to contribute to the support of her children. The *Zimelka* ruling makes it clear that even if the mother does work she will have a duty to contribute to the support of the children only if her income is sufficiently large compared to that of the father of the children.

The *Zimelka* case was concerned with a family divided. In the nature of things a family united as a single unit does not go to the maintenance court. The incidence of the duty of support can therefore be ascertained only by reference to a notional family divided (see, eg, *Lebona v President Versekeringsmpy Bpk* 1991 3 SA 395 (W) 402 – 403).

It is usual to assess damages for loss of support by allocating two parts of family income to each parent and one part to each child. As each child becomes self-supporting, the share of that child is re-allocated among the remaining family members. Although this method of calculation is not a rule of law, it enjoys the status of a legal formalism which is of considerable persuasive power in court and a great facilitator of settlements out of court (*Wright v British Railways Board* [1983] 2 AC 773 (HL) 785C; *Cookson v Knowles* [1978] 2 All ER 604 (HL) 606–607; *Lim Poh Choo v C&IAHA* [1979] 2 All ER 910 (HL) 915a–c). The income of a working wife, net after tax, will be added to that of her husband to determine the total family income available for apportionment between the dependants. In terms of the *Zimelka* ruling, the wife has no obligation to contribute to the support of the children until her income exceeds a certain level relative to that of her husband. The two-parts-one-part formalism suggests that this level is the wife's two-parts share of the total combined income. To the extent that a wife's net income exceeds her two-parts share, she is obliged to contribute to the support of the children in equal shares. For some families the wife's earnings exceed not only her own requirements but also those of the children. In such circumstances the wife, in terms of the formalism, is obliged to contribute to the support of her husband who himself then by reason of his low income has no duty to contribute to the support of the children or his wife.

Davel *Skadevergoeding aan afhanklikes* (1987) 70 suggests that if the husband earns sufficient to support himself, his wife and the children, then the earnings of the wife may be ignored when assessing her dependency on her husband. This state of affairs is only likely to arise under circumstances of unusually high income. It implies that the wife has no duty to support the children and that no claim may be brought in the event of her death. As a general rule, "family income" for loss of support calculations will include savings not immediately applied to the support of the family (*Marine & Trade Insurance Co Ltd v Mariamah* 1978 3 SA 480 (A) 488–489). It follows that for practical purposes the income of a wife will almost invariably be brought into account for assessing damages for loss of support.

Prior to the handing down of the *Zimelka* ruling, its principle had already been applied to a loss of support claim in the *Burns* case (363–364). In this judgment the preferred approach was described as "the customary basis, as Mr Koch suggested", this being a reference to approach A, the *Zimelka* approach as described in the previous paragraph. Approach B ("that of Mr Beets") was rejected by the court. This latter approach, commonly used by actuaries, takes the view that the net income of a working spouse should be allocated as though the other spouse is notionally unemployed. The gain or loss by the surviving spouse is then determined by reference to a notional gain after the death by way of the deceased's spouse's share of the survivor's income. The children's shares are not adjusted for the gain after the death (*Groenewald v Snyders* 1966 3 SA 237 (A) 248A–D; *Milburne-Pyle and Van der Linde* 1974 TASSA 292 333–334; *Constantia Versekeringsmpy Bpk v Victor* 1986 1 SA 601 (A)). It deserves mention that the application of approach A ignores not only the redistribution of the widow's income after her husband's death (following *Groenewald v Snyders*) but also any change to her earnings which would not have occurred had there been no death. This latter consideration follows from the rulings in *Peri-Urban Areas Health Board v Munarin* 1965 3 SA 367



(A) 376 and *Milns v Protea Assurance Co Ltd* 1978 3 SA 1006 (C) 1012 – 1013 as regards a gain and *Evins v Shield Insurance Co Ltd* 1980 2 SA 814 (A) which stated that a loss of income must be claimed by way of a separate action. Otherwise stated, the application of approach A has regard solely to what would have happened had the death not occurred when it did. No adjustment is made for alternative sources of support or earnings which arise after the death. This principle requires, *inter alia*, that a widow's changed tax status from married woman's SITE tax to the married-breadwinner table should be ignored for the purposes of the dependency calculation (but brought into account for a loss of earnings calculation). Somewhat by way of exception, deductions are made for inheritances (*Santam Insurance Ltd v Meredith* 1990 4 SA 265 (Tk)), the accelerated benefit, and remarriage (the *Victor* case *supra* 615 – 616). Following *Indrani v African Guarantee and Indemnity Co Ltd* 1968 4 SA 606 (D) 609G 610A – D, it is usual to deduct welfare grants for the period to date of trial or settlement. This practice is, however, open to question in the light of *Groenewald v Snyders*. These deductions for benefits accruing after the death reflect vestiges of the old approach to loss of support based on a comparison of the before and after situation (*Union Government v Warneke* 1911 AD 657 665). This older approach has, over the last 30 years, been so whittled away by the judgments listed above that today it is appropriate to view such deductions as remain as exceptions to a general principle that events after the death be ignored save to the extent that such events shed light upon what would have happened had the death not occurred.

The practical effect of approach A is that the working wife supports herself and thereby relieves her husband of the burden of her support. This means that he is able to devote more of his income to the support of the children, which has the consequence that the claims of the children for damages are increased compared to what they could have claimed had the mother not worked. It is this point that the court had in mind in the *Burns* case (363 – 364) when it observed that approach B was “prejudicial to the interests of the minor child”. However, the dark side of approach A is that if a wife earns only just enough to cover her two-parts share, then the children will have little or no claim for loss of support if she dies. The finding of a nil loss may be avoided in a number of ways:

(a) *Further children* The birth of further notional children may have placed such a burden on the husband's income that the deceased, had she lived, would have incurred a duty of support. The allowance to be made for further children would usually be based upon demographic statistics (roughly two per white woman, three per coloured woman, and five per black woman). Evidence from the widower could be persuasive. In the *Burns* case (362E – F) allowance was made for two further children (see too Davel 111 fn 753).

(b) *Services in the home* The deceased may have rendered valuable services in the home for which a claim may be brought. Traditionally this claim has lain with the husband (*Union Government v Warneke supra* 669; *Erdmann v Santam Insurance Co Ltd* 1985 3 SA 402 (C)), but there is much to be said for allowing a claim to the children for a proportion of the value of the services rendered by their mother (*McGregor on damages* 14ed 896 – 897). This latter approach would cover instances where the father's own claim has prescribed. When the father claims he must offset what he has saved by reason of his no longer supporting his wife (*Union Government v Warneke supra* 669). This

deduction will be very small, if not nil, if the wife was working. However, working wives will often employ domestic help. It follows that evidence will need to be submitted as to the extent and value of the services provided.

(c) *Chance of husband's notional unemployment or death* Had the husband become unemployed the wife would have had a duty to support the entire family from her income alone. If the husband had notionally died the children would have had only their mother's income as a source of support. Compensation will be awarded for the loss of a chance (*Blyth v Van den Heever* 1980 1 SA 191 (A) 225–226). There is authority to the contrary as regards loss of support claims (*Van Vuuren v Sam* 1972 2 SA 633 (A) 635D–E; *General Accident Insurance Co SA Ltd v Summers, etc* 1987 3 SA 577 (A) 612D). In general, however, there seems no reason why compensation should not be awarded for a purely prospective and contingent loss of support *provided* this loss is a *certa spes* (Voet *Ad Pandectas* 45 1 9), that is has a small but substantial chance of occurrence (Davel 92). For the unemployment of the husband, a court might award 5% to 20% and more, depending on the perception of contingencies, of the value of support calculated on the basis that only the wife was working and with two parts allocated to the husband and two parts to the deceased wife. For the notional death of the husband, the court might allow 95% to 80% or less, depending on the perception of contingencies, of the difference between support subject to the contingency of the wife's mortality alone and support subject to the contingency of the joint lives of husband and wife. In this latter instance the wife's income would be apportioned as though the husband were dead with two parts for the wife only and one part to each child. The assessment of the damages for a deceased wife may thus require three dependency calculations:

- Husband and wife both alive and both working;
- Husband and wife both alive but only wife working; and
- Husband notionally dead and the wife working.

It should be borne in mind that if an actuary were to do these calculations he would not use the expectations of life but would work with the life table chances of survival to each relevant year (Newdigate and Honey *MVA Handbook* (1985) 167; *Carstens v Southern Insurance Assn Ltd* 1985 3 SA 1010 (C) 1024G–H), this being the more accurate and generally reliable method of calculation.

One finds it said that compensation for loss of support should be based on the deceased's earning capacity (*Lebona case supra* 402–403). By "earning capacity" should be understood the *likely* earnings of the deceased (*Carstens case supra* 1020G) which is much the same thing as expected earnings ("verwagte verdienste": *Southern Insurance v Bailey* 1984 1 SA 98 (A) 111E–F). The reference in the *Lebona* judgment to notional earnings in the absence of illegality is to be welcomed as a sensible amelioration of the generally harsh approach to illegal earnings that has hitherto been adopted by the Appellate Division (see, eg, *Dhlamini v Protea Assurance Co Ltd* 1974 4 SA 906 (A); *Santam Insurance Ltd v Ferguson* 1985 4 SA 843 (A)), provided the "earning capacity" approach is subjected to the criterion of "likely earnings". A similar "earning capacity" approach is appropriate under circumstances where the deceased was an unemployed student at the time of the death with substantial earnings prospects in years to come, or was a fulltime housewife who intended to return to the labour market once the children were older. The fact that no support was being provided at the time of the death will not, one hopes, deter

a court from awarding compensation for the prospect of support had the death not occurred when it did, based on the value of the chance of future support. Conversely, if the husband has died, the widow's claim should be abated for these considerations, and the children's claims increased.

A working wife may have a duty to support her illegitimate child or her aged mother. The husband has no duty to support his wife's mother (*Ford v Allen* 1925 TPD 5), and, in the absence of community of property, no duty to support the child (*S v MacDonald* 1963 2 SA 431 (C) 433C; *Spiro Law of parent and child* 3ed 368 fn 74; s 17(5) of the Matrimonial Property Act 88 of 1984). How then is the wife's dependency to be calculated for loss of support arising from the death of the husband? The approach adopted in the *Lebona* case *supra* 399 – 400 was to apply the widow's income first to the support of her personal dependants with only the balance of her income being applied to her own support. To the extent that this balance fell short of her two-part share, her husband had a duty to provide her with support (the *Lebona* case is not explicit on this point). Otherwise stated, the compensation awarded to the widow was the difference between her own earnings and what she needed in total for herself and those dependents of her who do not have claims for loss of support *eo nomine*. This is an application of the general principle that the claim of a father (or mother) should have regard not merely to the personal needs of the claimant but also to what additional amount the claimant needs to support his or her dependants (*Oosthuizen v Stanley* 1938 AD 322 331). To what extent this principle can be applied under circumstances where the widow has little or no income, is not entirely clear, since in the absence of income there is, strictly speaking, no duty of support.

Actuaries who promote approach B, cite as authority *Ismail v General Accident Insurance Co of SA Ltd* 1989 2 SA 468 (D) and *Senior v NEG* 1989 2 SA 136 (W). Howroyd (1958 *SALJ* 75 – 76), who is an actuary, cites *Arendse v Maher* 1936 TPD 162 in support of approach B but seems to be unaware of approach A. *Arendse v Maher* merely repeats the familiar ambiguity that each parent must contribute according to his or her "means".

The *Ismail* case was concerned with whether a child has a right of action for damages for loss of support *while his father lives*, it being accepted by both sides that the deceased mother did have a duty of support. The income of the father is stated in the judgment to be nil (unemployed); that is to say, that the full burden for supporting the child rested on the deceased mother. The complex issues raised by this judgment are discussed at length by Dendy 1990 *SALJ* 155.

In the *Senior* case the parties were in agreement that the deceased mother had a duty of support. The father's income was not disclosed. The issue to be decided by the court was whether the child's claim should be reduced for the value of the support which the child was receiving from the father *after the death of the mother*. Approach A is concerned with the incidence of the duty of support *had the death not occurred*. The only *dictum* of consequence in the *Senior* case (141F) stated that the incidence of the duty of support by a parent depends on the circumstances. If any conclusion is to be drawn from the *Senior* case, it would be in favour of approach A rather than approach B.

In *Yorkshire Insurance Co v Porobic* 1957 1 C&B 90 (A) the mother had been killed. The loss suffered by the children was assessed as the mother's



earnings less the cost of her support. This is approach A. However, the court was not called upon to choose between approach A and approach B. There are other judgments which favour approach A by implication: *Ncubu v NEG* 1988 2 SA 190 (N) held that a mother of limited income has no duty to contribute to the medical costs of her injured child, while the *Lebona* case *supra* 399–400 and *Milns v Protea Assurance Co Ltd* 1978 3 SA 1006 (C) 1012C discussed the incidence of the duty of support between husband and wife *had the death not occurred*. The judgments make no mention of any “gain” by the widow after the death as is required by the actuarial application of approach B.

RJ KOCH  
Actuary, Cape Town

**ONREGMATIGE MEDEDINGING:  
PRESTASIEAANKLAMPING EN DIE ROL VAN MOTIEF**

**Bress Designs (Pty) Ltd v GY Lounge Suite Manufacturers (Pty) Ltd  
1991 2 SA 455 (W)**

In hierdie saak was die applikant en die eerste respondent ontwerpers, vervaardigers en verskaffers van meubels. Die tweede respondent was ’n meubelhandelaar wat die eerste respondent se meubels bemark het. Die pronkstuk van die applikant se meubelreeks was die Fendi-sitkamerstel wat ’n onderskeidende, ongewone M-vorm gehad het. Dié vorm is met groot moeite, arbeid en vernuf gekopieer deur middel van ’n foto van ’n rusbank wat in die VSA vervaardig is maar nog nie in Suid-Afrika beskikbaar was nie. Daar was ’n geskiedenis van vyandigheid tussen die applikant en die eerste respondent. Gedurende ’n bitsige konfrontasie tussen die besturende direkteure van die twee partye het die eerste respondent se direkteur gedreig “to retaliate in every way” teen die applikant. Kort hierna het die eerste respondent dan ook die Pisa-sitkamerstel, wat ’n feitlik identiese weergawe van die Fendi-stel was, teen ’n veel goedkoper prys op die mark geplaas. Die gevolg was dat die applikant na bewering ’n groot afname in die verkope van die Fendi-stel gehad het.

Die applikant vra ’n tydelike interdik op grond van skending van outeursreg, aanklamping en onregmatige mededinging aan ten einde die respondente te verbied om met die vervaardiging en bemarking van die Pisa-stel voort te gaan. Vir huidige doeleindes is net laasgenoemde skuldoorsaak van belang. (Terloops kan gemeld word dat die eise gebaseer op skending van outeursreg en aanklamping deur die hof van die hand gewys is.) Die applikant (472H–1) beweer dat die eerste respondent onregmatig met hom meeding

“by copying its product and competing with it from a position that the first respondent would not otherwise have been able to achieve if it had spent the necessary time, skill, effort and money (as was done by the applicant) in order to produce its own lounge suite”.

Ten aanvang bevind regter Van Dijkhorst (472I–473B) dat die Pisa-stel inderdaad ’n (feitlik) identiese kopie (“slavish copy”) van die Fendi-stel is; die oogmerk van die eerste respondent was trouens om teen ’n veel laer prys as die

Fendi-stel, 'n produk te bemerk wat "substantially identical to the applicant's flagship product" was en hom sodoende te benadeel. Hy vervolg (473E – H):

"The law which is applicable was set out by the Appellate Division in *Schultz v Butt* 1986 (3) SA 667 (A) at 678 – 9. As a general rule every person is entitled freely to carry on his trade or business in competition with his rivals. The competition must, however, remain within lawful bounds. If it is carried on unlawfully in the sense that it involves a wrongful interference with another's rights as a trader, that constitutes an *injuria* for which the Aquilian action lies if it has directly resulted in loss. 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 recognised illegality or may consist of unfairness and dishonesty. The latter are to be determined with due regard to the *boni mores* and the general sense of justice of the community. Questions of public policy, like the importance of a free market and of competition in our economic system, may be relevant in a particular case. In short, the delict of unfair competition occurs where the competition is *contra bonos mores*."

Met verwysing na *Schultz v Butt supra* – waar die appèlhof beslis het dat die slaafse navolging van 'n mededinger se boot deur middel van die maak van 'n gietvorm direk van sy romp, tesame met die feit dat die dader toe die ontwerp van die romp in sy naam as model laat registreer het, onregmatige mededinging daarstel – kom regter Van Dijkhorst (474E – I) tot die volgende slotsom:

"In the instant case the copying was as effective as in *Schultz v Butt*, but the method differed. There was no mould involved. A Fendi was stripped down. This involved the removal of the upholstery from the steel frame. The frame was not exactly duplicated as the measurements differ slightly.

I have a problem with the wrongfulness of this action *per se*. Not all imitation is unlawful. On the contrary, imitation may be said to be the essence of life . . . The Legislature has granted protection in the fields of patents, designs, copyright, trade marks and plant breeders' rights. *A contrario*, beyond that statutory protection the field is open to imitators. The applicant took no steps to register its design. It cannot complain if it is copied. If one is entitled to copy that which is in the public domain, which is the law, what difference does it make what your method is? Whether you measure with the eye or with a tape-measure. Whether you record your findings in your retentive memory or in a notebook or through the lens of your camera. Whether you look only at the exterior or also look at the interior, removing upholstery to do so. I cannot see that the fact that the Fendi was dissembled, *per se* creates the unlawfulness.

. . . In the circumstances one balks at a finding (on these facts alone) that the first respondent acted *contra bonos mores*."

Hierdie gevolgtrekking beteken egter nie dat die eerste respondent se optrede regmatig is nie. 'n Belangrike aspek wat volgens die regter (474 – 475) nie misgekyk moet word nie, is die motief van die dader wat hier op "sheer malice" – en nie op die bevordering van sy eie belange nie – neerkom. Hy sê (475A – B):

"This distinguishes this case from the normal one where, propelled by the capitalistic profit motive, the supermarket undercuts the corner store, causing its inevitable demise. *Lamentable as such demise may be, this action is not wrongful*. Price wars are part of competitive trading. And in all wars some fall by the wayside. This is tolerated for the greater public good."

En laat hierop volg (475H – 476A):

"In my view a clear line should be drawn between acts of interference with the interests of another when the object is the advancement of a person's own interest and such acts whose sole or dominant purpose is the infliction of harm for its own sake. Whereas in law the advancement of one's own economic interests is, generally speaking, a legitimate motive for action, there can be no doubt that the community would condemn as *contra bonos mores* the malicious destruction or jeopardising of a sound business through the marketing of identical furniture at cut-throat prices for reasons of personal

vindictiveness. I have no doubt that not only by the community in general but also in the field of the ethics and morality of the furniture manufacturers such conduct is not acceptable, though copying each other's products may be the order of the day."

Gevolgtlik besluit die regter dat die gewraakte optrede *prima facie* onregmatige mededinging daarstel en staan die tydelike interdik teen sowel die eerste as tweede respondent toe.

Twee aspekte van die uitspraak verdien nadere oorweging. Die eerste is of, en indien wel, in watter omstandighede *prestasiaaanklamping* (oftewel die navolging van 'n mededinger se prestasie of produk) onregmatige mededinging daarstel; en die tweede is die *rol van motief* by die bepaling van die onregmatigheid van 'n mededingingshandeling.

**(a) Prestasiaaanklamping** Daar word algemeen aanvaar dat in die afwesigheid van statutêre beskerming (soos in die geval van outeursreg, patente, modelle, planttelersregte en handelsmerke), en uitgesonderd die gemeenregtelike beskerming van onderskeidings- en reklametekens, 'n ondernemer se gepubliseerde bedryfsidees waarop sy prestasie of produk gegrond is, vryelik en selfs slaafs deur mededingers nagevolg mag word (sien in die algemeen Van Heerden en Neethling *Die reg aangaande onregmatige mededinging* (1983) 132 141 – 143; Neethling "Die reg aangaande onregmatige mededinging sedert 1983" 1991 *THRHR* 562 – 563, veral die regspraak aangehaal in vn 563). In *Taylor and Horne (Pty) Ltd v Dentall (Pty) Ltd* 1991 1 SA 412 (A) 422 verduidelik appèlregter Van Heerden hierdie standpunt soos volg:

"[I]t 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" (my kursivering).

Nou is dit van wesenlike belang om in gedagte te hou dat dit hier gaan om die kopieëring van die idee waarop die prestasie van die mededinger berus en nie navolging van die prestasie self nie. Die idee van die mededinger word weliswaar gebruik, maar steeds word 'n eie prestasie op grond daarvan geskep. Die idee van die mededinger dien sodoende net as die *voorbeeld* waarvolgens die eie prestasie dan selfstandig daargestel word (sien Van Heerden en Neethling 143).

Hierteenoor is die posisie gans anders waar nie net die idee nie maar ook die prestasie van die mededinger tot basis van die eie prestasie gemaak word. Sodanige *prestasiaaanklamping* (sien hieroor *idem* 143 ev; Neethling 1991 *THRHR* 563 – 566) of dan wel die "piracy", parasitering of slaafse navolging van 'n mededinger se prestasie behoort in beginsel weer onregmatig te wees. Dit behoeft naamlik weinig betoog dat prestasiaaanklamping in stryd is met die wese van die mededingingsprinsiep as onregmatigheidskriterium waarvolgens juis die meriete van die *eie prestasie* die deurslag in die mededingingstryd moet gee. (Sien oor die mededingingsprinsiep Van Heerden en Neethling 72 ev; Neethling 1991 *THRHR* 220; Van Heerden "Die mededingingsprinsiep en die *boni mores* as onregmatigheidsnorme by onregmatige mededinging" 1990 *THRHR* 154 ev. Hierdie prinsiep is onlangs vir die eerste keer uitdruklik in die regspraak



erken en toegepas. In *Van der Westhuizen v Scholtz* 1991-09-18 saaknr 4210/91 (0) 14 (ongerapporteur) verklaar Hattingh R nl:

“Welke maatstaf of prinsiep moet in ag geneem word by die afweging van die belange van die mededingende ondernemers? Van Heerden en Neethling: Onregmatige Mededinging, op p 74 verskaf na my mening die korrekte maatstaf waar hulle verklaar:

‘Die wesentlike mededingingsprinsiep is dus dat die mededinger wat die beste en/of billikste prestasie lewer, die oorwinning moet behaal; die een wat die swakste prestasie bied, die neerlaag moet ly.’”

Die prestasieaanklamper stel tog geen *egte, eie* prestasie daar nie maar teer bloot op sy mededinger se prestasie. Gevolglik maai hy waar hy nie gesaai het nie. In die *Taylor and Horne*-saak *supra* 421 stel appèlregter Van Heerden – met verwysing na *Schultz v Butt supra* en die Amerikaanse *locus classicus* op die gebied van prestasieaanklamping, *International News Service v Associated Press* (1918) 248 US 215 – die algemene beginsel soos volg:

“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).

(Vgl ook die *Taylor and Horne*-saak 423 waar prestasieaanklamping beskryf word as “*any form of adoption of his [die mededinger se] product or performance*”.)

Prestasieaanklamping kan bestaan in die *onmiddellike of direkte oornam*e (soos in die *Schultz*-saak *supra*), of in die (*feitlik*) *identiese navolging* (soos in die saak onder bespreking) van die mededinger se prestasie (Van Heerden en Neethling 143 – 145; Neethling 1991 *THRHR* 565 – 566). Dit kom egter voor of die howe, soos *in casu*, ongeneë is om die identiese navolging-gevalle as onregmatig te brandmerk (sien Neethling 1991 *THRHR* 565 se bespreking van die *Schultz*-saak *supra*; Dean “Reproduction of three dimensional utilitarian objects – copyright infringement and unlawful competition” 1990 *Stell LR* 63).

Hierdie standpunt kan nie goedgepraat word nie. Daar is wesenlik geen verskil tussen die direkte oornam en identiese navolging van ’n mededinger se prestasie nie (prakties gesproke is dit trouens soms moeilik om te besluit of ’n mens met die een dan wel die ander te make het: sien Neethling 1985 *THRHR* 236). In albei gevalle maak die dader sy mededinger se prestasie tot grondslag van sy eie prestasie – optrede wat klaarblyklik in stryd met die mededingingsprinsiep is. Daarom behoort ook die identiese of feitlik identiese kopieëring in beginsel as onregmatig aangesien te word. Dean (1990 *Stell LR* 65) redeneer insgelyks soos volg:

“Developing and perfecting utilitarian three-dimensional objects which do not qualify for patent or design protection often involves the utilisation 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.”

So gesien, behoort regter Van Dijkhorst die slaafse navolging van die Fendistel – wat deur die uitmekaarhaal daarvan moontlik gemaak is – as *contra bonos mores* en bygevolg as onregmatige mededinging te beoordeel het. Sy

argument (474H) dat daar geen verskil is tussen hierdie kopieëring en die nabootsing van die foto van die Amerikaanse ontwerp waarop die Fendi-stel gebaseer is, gaan nie op nie. In laasgenoemde geval het 'n mens naamlik net met die navolging van 'n idee (soos weerspieël in die foto) te make op grond waarvan 'n eie prestasie (met gepaardgaande koste, vernuf en moeite) dan selfstandig daargestel word; in eersgenoemde geval daarenteen word nie net die idee nie, maar ook die vreemde prestasie tot basis van die eie produk gemaak (met minimum moeite en koste en bygevolg waarskynlik ook goedkoper: vgl Dean 1990 *Stell LR 65*, aangehaal *supra*; vgl ook die *Bress-saak 472I*, aangehaal *supra*).

Hier moet in gedagte gehou word dat die wesenlike sin van vrye mededinging geleë is in die prikkel wat dit aan die individuele mededinger verskaf om sy eie belang deur sy eie inisiatief te bevorder. Hierdie prikkel kan egter net volle krag verkry indien die mededinger sover moontlik in staat gestel word om self die vrugte van sy inisiatief te pluk; dié vrugte behoort hom dus nie ontnem te word nie deur 'n mededinger wat bloot deur sy aanklampingshandeling – en dus deur die ontduiking van die inisiatief, koste en moeite wat die ontwikkeling en daargestelling van die prestasie geverg het – in staat gestel word om die voorsprong in die mededingingstryd te behaal. Daarom hou die mededingingsprinsiep steeds in dat die meriete van die eie prestasie – met die klem op die eie – die deurslag moet gee. Al is dit dan ook so dat die idee van 'n mededinger nagevolg en tot grondslag van 'n eie prestasie gemaak mag word, kan regtens slegs 'n prestasie wat *in alle ander opsigte selfstandig daargestel* is – en dit was beslis nie die geval met die Pisa-stel nie – as 'n eie prestasie aangemerkt word (sien Van Heerden en Neethling 147 – 148).

**(b) Rol van motief** Regter Van Dijkhorst (sien ook 475G) is tereg van mening dat die dader se motief 'n rol kan speel of 'n relevante faktor is by die vraag na die redelikheid en bygevolg regmatigheid al dan nie van 'n mededingingshandeling (sien ook Neethling 1991 *THRHR 222 – 223*; vgl verder *Hawker v Life Offices Association of South Africa* 1987 3 SA 777 (K) 781; *Deneys Reitz v SA Commercial, Catering and Allied Workers Union* 1991 2 SA 685 (W) 693 696): die sogenaamde leerstuk van misbruik van reg. In hierdie verband is redelikheid steeds 'n relatiewe begrip – dit veronderstel 'n afweging van die nut wat die uitoefening van sy reg vir die dader meebring teenoor die nadeel wat die getroffene as gevolg daarvan ly. Die al of nie onredelikheid hang dus af van die al of nie te groot oneweredigheid tussen die twee. Nou is dit so dat die dader se gesindheid by hierdie afweging 'n belangrike rol kan speel. 'n Kwaadwillige gesindheid kan naamlik 'n sterk aanduiding wees van die onredelikheid van 'n handeling. Alhoewel 'n redelike gebruikmaking van jou goed nie onregmatig kan wees bloot vanweë jou bedoeling om 'n ander te benadeel nie, is dit in baie gevalle uiters moeilik om sonder meer vas te stel in hoeverre die dader 'n redelike eie belang bevorder. Hier kan die dader se eie, subjektiewe insig in die redelikheid al dan nie van sy handeling 'n belangrike hulpmiddel wees: voel hy self nie sy handeling as 'n redelike bevordering van sy belange aan nie (en dit is noodwendig so wanneer dit sy *uitsluitlike bedoeling* is om 'n ander te benadeel (*animus nocendi*)), kan hy beswaarlik kla as sy handeling as onredelik bestempel word. Om hierdie rede is optrede met die uitsluitlike motief om 'n ander te benadeel in die reël onregmatig (sien in die algemeen Van Heerden en Neethling 82 – 83; Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 106 108 – 109).

Op die gebied van onregmatige mededinging sal dit veelal uiters moeilik wees om te bepaal of bedoelde oneweredigheid bestaan. Staan dit egter vas dat

byvoorbeeld 'n prysverlaging deur die dader geen of weinig nut vir hom kan meebring nie – en in hierdie verband kan sy gesindheid 'n belangrike vingerwysing wees – terwyl sy mededinger(s) erg geknou word, moet sy optrede as onregmatig gekwalifiseer word. Soos blyk uit die aanhaling hierbo, is regter Van Dijkhorst ook van mening dat “acts whose sole or dominant purpose is the infliction of harm for its own sake”, en nie om die dader se belange te bevorder nie, onredelik of *contra bonos mores* is. Hierdie opvatting word insgelyks deur die Amerikaanse beslissing in *Tuttle v Buck* (1907) 107 Minn 145 onderskryf: hier is bevind dat prysondergrawing met die uitsluitlike bedoeling om 'n mededinger te vernietig en sonder dat dit vir die dader enige voordele inhou, onregmatig is (sien hieroor Van Heerden en Neethling 83 – 84).

Dit is nietemin belangrik om weer eens te beklemtoon dat byvoorbeeld 'n prysondergrawing met die uitsluitlike doel om 'n mededinger te vernietig, nie net om hierdie rede noodwendig onregmatig is nie (soos ten onregte soms in die Duitse reg beweer word: sien *idem* 84). In laaste instansie kom dit, soos gestel is, op die voordeel van die dader en die nadeel van die getroffene aan (vgl *ibid*; Neethling, Potgieter en Visser 109 – 110).

(c) **Slotson** Eerstens: niteenstaande regter Van Dijkhorst se onomwonde afwysing dat die identiese navolging van 'n mededinger se prestasie op sigself onregmatig is, word die deur vir die erkenning van hierdie verskyningsvorm van onregmatige mededinging steeds by implikasie deur *obiter dicta* van appèlregter Van Heerden in die *Taylor and Horne*-saak *supra* oopgelaat. Die uitdruklike erkenning van die mededingingsprinsiep as onregmatigheidsnorm in die *Van der Westhuizen*-saak *supra* kan die howe se taak in hierdie opsig vergemaklik. Tweedens: die rol wat 'n kwaadwillige motief – wat nie met *opset* verwar moet word nie (sien Neethling en Potgieter “Die rol van opset by onregmatige mededinging” 1991 *SALJ* 36 – 37) – by die onregmatigheidsvraag in die mededingingstryd kan speel, word tereg beklemtoon.

J NEETHLING

*Universiteit van Suid-Afrika*

**ARTIKEL 4(1) VAN DIE WET OP EGSKEIDING 70 van 1979  
EN DIE DISKRESIE VAN DIE HOF**

**Levy v Levy 1991 3 SA 614 (A)**

**1 Inleiding**

In hierdie saak dui die appèlafdeling finaal die rigting aan wat gevolg moet word met die oënskynlike diskresie wat deur artikel 4(1) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 aan die hof gebied word. Die artikel lui soos volg:

“'n Hof *kan* 'n egskeidingsbevel op grond van die onherstelbare verbrokkeling van 'n huwelik verleen indien hy oortuig is dat die huweliksverhouding tussen die partye by die huwelik so 'n toestand van verbrokkeling bereik het dat daar geen redelike vooruitsig op die herstel van 'n normale huweliksverhouding tussen hulle bestaan nie” (my kursivering).



In hierdie saak het dit, benewens prosesregtelike aspekte rakende die wysiging van pleitstukke, veral gehandel oor die vraag of die woord "kan" in die artikel aan die hof 'n diskresie verleen om 'n egskeidingsbevel in bepaalde omstandighede te weier, niteenstaande die feit dat aan die voorskrifte van artikel 4(1) voldoen is.

*In casu* het die eiseres se saak daarop berus dat sy van die verweerder wil skei slegs as die egskeiding gepaard sou gaan met 'n "get". 'n "Get" word as 'n ontslaghandeling deur 'n gade beskryf waardeur hy aan sy gade as medekontraktant tot die huwelik, ontslag van haar huweliksverpligtinge verleen – "a Jewish ecclesiastical bill of divorce". Indien die man sou weier om die "get" aan sy vrou toe te staan, word die partye ondanks 'n egskeidingsbevel steeds ooreenkomstig Joodse reg geag getroud te wees. Dit sou volgens Joodse reg tot gevolg hê dat sy nie weer in die huwelik mag tree nie aangesien so 'n verhouding owerspelig sou wees.

Hoe belangrik dit vir haar is om 'n "get" te bekom, blyk uit die feit dat sy bereid is om haar eis te laat vaar en instem om die aksie as onbestrede te laat afhandel en verder aanbied om die verweerder se koste op prokureur-en-kliëntskaal te betaal mits hy aan haar 'n "get" voor die verlening van 'n egskeidingsbevel sou toestaan. Uit haar pleitstukke blyk egter dat hy weier om 'n "get" aan haar toe te staan en dat hy reeds twee maal vantevore getroud was en by altwee geleenthede geweier het om aan sy eggenote 'n "get" toe te staan tensy daar 'n substansiële geldsom aan hom betaal is. Die hof maak gevolglik die opmerking dat hierdie beweringe van die eiseres die hof *a quo* tot die gevolgtrekking gelei het dat

"[t]here is reason to believe that the respondent's conduct may be reprehensible, and that he is in fact blackmailing the applicant" (621E).

Ofskoon die eiseres toegee dat die huwelik onherstelbaar verbrokkel het, pleit sy dat dit nie volgens die voorskrifte van artikel 4(1) as verbrokkel beskou kan word nie omdat die verweerder se weerhouding van die "get" haar aan hom gebonde hou tot sy dood en haar gevolglik daarvan weerhou om met 'n ander man in die huwelik te tree. Die hof verwerp hierdie argument as onlogies en gee dan in besonder aandag aan die vraag of 'n hof in hierdie omstandighede 'n diskresie het om 'n egskeidingsbevel te weier ten spyte daarvan dat aan die vereistes van artikel 4(1) voldoen is (622D-F).

## 2 Beslissing

Die hof wys daarop dat hierdie vraag reeds in *Schwartz v Schwartz* 1984 4 SA 467 (A) beslis is. Alhoewel die uitspraak oor hierdie aspek slegs *obiter* was, bevind appèlregter Kumleben in die *Levy*-beslissing dat die redes wat aangedui word waarom 'n hof nie 'n diskresie het nie, die argument volledig omvat; hy haal gevolglik die *Schwartz*-beslissing op hierdie punt feitlik volledig en klaarblyklik met goedkeuring aan.

Die hof gaan van die vertrekpunt uit dat dit uit die bewoording van artikel 3(a) gelees met artikel 4 duidelik is dat skuld geen vereiste meer vir egskeiding in ons reg is nie. Die artikels maak dit duidelik dat 'n hof 'n egskeidingsbevel mag verleen as hy oortuig is dat die huwelik so 'n toestand van verbrokkeling bereik het dat daar geen redelike vooruitsig op die herstel van 'n normale huweliksverhouding bestaan nie. Dit is wel so dat artikel 4(2) sekere gronde spesifiseer as bewys daarvan dat die huwelik onherstelbaar verbrokkel het, maar

die subartikel maak dit ook duidelik dat hierdie gronde nie 'n *numerus clausus* is nie en dat dit nie ander gronde uitsluit wat op die onherstelbare verbrokkeling van die huwelik dui nie.

As volgende vertrekpunt dui die hof ook aan dat die wetgewer sterk klem op die moontlikheid van versoening tussen die partye lê, deurdat artikel 4(3) bepaal dat indien dit vir 'n hof blyk dat daar 'n redelike moontlikheid bestaan dat die partye byvoorbeeld deur beraad versoen kan raak, die hof die verrigtinge mag uitstel sodat die partye 'n poging tot versoening kan aanwend.

Die hof kom tot die gevolgtrekking dat die woord "kan" in artikel 4(1) nie noodwendig beteken dat die wetgewer bedoel het om aan die hof 'n diskresie te verleen nie:

"It is true that s 4(1) is couched in permissive terms. It provides that a court 'may grant a decree of divorce'. . . . It does not necessarily follow, however, that the Legislature intended to confer a discretion on the court. Section 4(1) is clearly an empowering section: it confers legislatively a power which the court did not previously enjoy. A statutory enactment conferring a power in permissive language may nevertheless have to be construed as making it the duty of the person or authority in whom the power is reposed to exercise that power when the conditions prescribed as justifying its exercise have been satisfied. Whether an enactment should be so construed depends on, inter alia, the language in which it is couched, the context in which it appears, the general scope and object of the legislation, the nature of the thing empowered to be done and the person or persons for whose benefit the power is to be exercised. . . . As was pointed out . . . this does not involve reading the word 'may' as 'must' " (474C - D).

Uit die bewoording van artikel 4(1) is dit duidelik dat 'n hof homself tevrede moet stel oor die genoemde feite en omstandighede alvorens hy 'n egskeidingsbevel mag toestaan. As 'n hof egter oortuig is van sodanige feite en omstandighede, kan die hof geen gronde sien waarop hy kan steun vir die weiering van 'n egskeidingsbevel nie. Die hof wys ook daarop dat as dit werklik die wetgewer se bedoeling sou wees om aan die hof "a residual power" te gee om te weier om 'n egskeidingsbevel te verleen, hy sodanige bedoeling en gronde duidelik uiteen sou sit.

Met verwysing na die voorskrifte van artikel 4(3) word die hof se beslissing aan die redelike moontlikheid van versoening tussen die partye gekoppel. Die hof stel die vraag of daar van onherstelbare verbrokkeling sprake kan wees as daar so 'n redelike moontlikheid bestaan. Omgekeerd, as daar bevind word dat die huwelik onherstelbaar verbrokkel het, kan so 'n redelike moontlikheid bestaan? Op sterkte van die wedersydse uitsluiting van "onherstelbare verbrokkeling" en "redelike moontlikheid op versoening" kom die hof tot die gevolgtrekking dat artikel 4(3) nie noodwendig aanduidend is van 'n "residual discretion" wat deur artikel 4(1) in die hof gevestig word nie.

Ook artikel 6(1) wat daarvoor voorsiening maak dat 'n egskeidingsbevel nie verleen sal word alvorens die hof oortuig is dat bevredigende voorsiening vir die welsyn van die kinders gebore uit die huwelik gemaak is nie, voer die aangeleentheid volgens die hof nie verder nie. Ten einde homself so te oortuig, kan die hof bepaalde ondersoeke gelas. Artikel 6(1) is dus in imperatiewe terminologie geklee en vereis dat die hof tevrede gestel moet word oor die welsyn van sodanige kinders alvorens hy 'n egskeidingsbevel sal verleen. Die kompetensie van die hof om 'n egskeidingsbevel op grond van onherstelbare huweliksverbrokkeling te verleen, word gevolglik onderworpe gestel aan die aspekte wat deur artikel 6(1) aangeraak word. Dit is daarom vir die hof duidelik dat artikel 6(1) nie aan hom 'n diskresie verleen nie.

Dit is duidelik dat die *Levy*-gewysde nie werklik 'n nuwe bydrae tot die debat oor die uitleg van artikel 4(1) maak nie. Hoewel dit regsekerheid teweeggebring het, bly bestaande probleemvrae steeds onbeantwoord.

### 3 Bespreking

Die *Levy*-beslissing kan aangemerkt word as 'n logiese voltooiing van die uitleg van artikel 4(1) wat reeds in *Swart v Swart* 1980 4 SA 364 (O) sy beslag gekry het. In dié saak het die hof beslis dat verbrokkeling sowel 'n objektiewe as 'n subjektiewe element bevat. Die hof verduidelik dat die rede vir die besluit van een van die gades om vir 'n egskeiding te dagvaar, opgeweeg moet word teen die redelike vooruitsig op die herstel van 'n normale huweliksverhouding. Aan die hand van subjektiewe faktore moet daar gevolglik bepaal word of daar verbrokkeling aanwesig is. Die objektiewe faktor, redelikheid, word dan gebruik om te bepaal of die verbrokkeling onherstelbaar is.

Met hierdie uitleg van artikel 4(1) is daar sekerlik geen fout te vind nie. Dit blyk egter dat bestaande probleemvrae, veral oor die verhouding tussen artikels 4 en 5, steeds onbeantwoord gelaat word. Dit is natuurlik so dat 'n hof gebonde is aan die argumente wat in die pleitstukke vervat is. *In casu* was dit dus nie vir die hof nodig om hom oor hierdie aspek uit te spreek nie. "Onherstelbare verbrokkeling", die verhouding tussen artikels 4 en 5 en die vraag of die hof 'n diskresie het om 'n egskeidingsbevel te weier, hang egter ten nouste saam en daar kan gekonkludeer word dat die ontkenning van 'n diskresie soos in die *Levy*-saak uiteengesit, versoening van die voorskrifte van onderskeidelik artikels 4 en 5 verder kompliseer.

In 'n reeks beslissings oor die versoening van artikels 4 en 5 kan daar twee standpunte waargeneem word. Die eerste argument is dat artikel 4(1) (enigsins vereenvoudig) geen skuldvereiste van enige aard stel nie – al wat vereis word, is die objektiewe feit van onherstelbare verbrokkeling, wat ook al die rede daarvoor mag wes. Die hof moet bloot oortuig wees 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 (kyk *Dickinson v Dickinson* 1981 SA 856 (W); *Krige v Smit* 1981 4 SA 409 (K); *Smit v Smit* 1982 4 SA 34 (O); *Ott v Raubenheimer* 1985 2 SA 851 (O)). In die *Smit*-saak *supra* is die hof van oordeel dat hy wel 'n diskresie het, maar net soos in die *Schwartz*-beslissing knoop hy dit aan die voorskrifte van artikels 4(3) en 6(1). Hy vind dit nie nodig om te beslis of sy diskresie wyer as dit strek nie (42A).

Na die *Levy*-beslissing is dit nou duidelik dat as die feit van onherstelbare verbrokkeling bewys is, ongeag die rede daarvoor, die hof 'n egskeidingsbevel moet verleen.

In die beslissing *Smit v Smit* 1982 1 SA 606 (O) neem die hof egter 'n ander standpunt in. Die hof stem nie saam dat artikel 4(1) so uitgelê moet word dat enige verbrokkeling, ongeag die rede daarvoor, ontbinding van die huwelik regverdig as die verbrokkeling onherstelbaar is nie (611B – C). (Vir doeleindes hiervan word verwysings na die sogenaamde onmoontlikmaking en onmoontlikwording van die huwelik daargelaat.) Die hof kom tot die gevolgtrekking dat indien dit die bedoeling van die wetgewer was dat 'n huwelik ontbind behoort te kan word waar fisiese of geestesongesteldheid die rede vir die verbrokkeling is, artikel 4(1) so bewoerd sou gewees het dat dit duidelik sal



aantoon dat sulke gevalle ook daardeur gedek word. Die feit dat dit nie gedoen is nie, en ook die feit dat artikel 9(1) waar dit oor die verbeuring van vermoëns-regtelike voordele gaan, nie voorskrifte met betrekking tot huweliksverbrokkeling veroorsaak deur fisiese of geestesongesteldheid bevat wat ooreenstem met die voorskrifte van artikel 9(2) nie, laat die hof tot die gevolgtrekking kom dat die wetgewer nie bedoel het om by artikel 4 ook so 'n verbrokkeling as egskedingsgrond in te sluit nie. Volgens hierdie beslissing het die hof dus wel 'n diskresie om in gevalle van fisiese of geestesongesteldheid te weier om 'n egskedingsbevel toe te staan.

Ofskoon hierdie beslissing in appèl ter syde gestel is, het die hof in appèl (soos hierbo aangetoon is) dit nie nodig gevind om hom oor so 'n diskresie uit te spreek nie.

#### 4 Slot

Die *Levy*-beslissing maak dit nou finaal duidelik dat artikel 4(1) nie 'n "residual discretion" aan die hof verleen nie. Daar word nie geargumenteer dat hierdie beslissing 'n verkeerde uitleg aan "kan" in artikel 4(1) heg nie. Dit blyk egter dat hierdie (weliswaar) korrekte uitleg van die voorskrifte van artikel 4(1) opnuut die onversoenbaarheid van artikels 4 en 5 beklemtoon en dat die ontkenning van 'n diskresie by die hof steeds onsekerheid ten aansien van die korrekte aksiegrond tot gevolg het waar die verweerder bewusteloos of kranksinig is, maar nie aan die voorskrifte van artikel 5 voldoen nie.

JA ROBINSON

*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

## NATURE OF A TRADE-IN AGREEMENT

**Bloemfontein Market Garage (Edms) Bpk v Pieterse 1991 2 SA 208 (O)**

### 1 Introduction

The question of the effect of a defect or misrepresentation contained in the thing which is traded in, appears to be a recurring theme in the law reports. The fact that trade-in agreements are used regularly in practice, together with the fact that the seller who accepts a trade-in as part payment of the purchase price, has no recourse to the aedilician remedies, has led to a somewhat anomalous situation.

In the case under discussion the appellant sold the respondent a certain Mercedes Benz motor vehicle for an amount of R11 000. Originally, the appellant had indicated to the respondent that he was prepared to sell the car to her for a cash price of R11 000. The respondent subsequently made it clear that she had no desire to pay the price in cash but wished to trade in a Chev Rekord GL. The respondent led the appellant to believe that the Chev was a 1981 model

while in fact it was a 1980 model. From the evidence of the appellant it is clear that he (the appellant) at all times viewed the transaction as a trade-in agreement (210B – G).

The appellant contended that according to the Auto Dealer's Digest the trade-in value of a 1981 Chev is R5 100, while that of a 1980 model is R4 310. The amount of R790 constituted both the difference between the two and the amount of the damages suffered by him (210H). In the court *a quo* the appellant claimed this amount as a reduction of the purchase price which he had paid the respondent for the 1980 Chev (210A). The magistrate found that the appellant had not proved the reduction and dismissed the claim with costs (210C).

Regardless of the fact that it was clear from the evidence of both the appellant and the respondent that the sale of the Mercedes Benz and the trade-in of the Chev was one transaction and that there was no question of a cash sale for the Mercedes Benz or that the appellant would have bought the Chev had the respondent not purchased the Mercedes, two invoices were submitted to court according to which the purchase prices of the Mercedes and the Chev were indicated as R11 000 and R2 200 respectively (210J – 211B).

Furthermore, it must be mentioned that the respondent at no time represented either intentionally or negligently that the Chev was a 1981 model instead of a 1980 model. In fact, it appears that the respondent was unaware of what the model of the car was (211D). However, in view of the court *a quo*'s finding, it must be accepted that a mistaken representation was innocently made by the respondent and that counsel for the appellant relied upon the *actio quanti minoris* (211D).

In order successfully to rely on a price reduction in terms of the *actio quanti minoris*, it was necessary to show that the contract concluded with the respondent in regard to the Chev was either a contract of sale or one of exchange, since the aedilician remedies are available only in respect of such contracts (211D – E). *D 21 19 5* clearly states that the *aediles* provided an action to the purchaser and his universal successors. By "purchaser" is understood someone who buys for a money price. However, in the case of an exchange or a barter, each party is regarded as both seller and purchaser and consequently each can proceed under the edict.

## 2 Traditional constructions regarding the nature of a trade-in transaction

In the case under discussion, as well as in a previous similar case (*Mountbatten Investments (Pty) Ltd v Mahomed* 1989 1 SA 172 (D)) a degree of confusion appeared to be present as a result of the alternative use of the terms "trade-in transaction" and "trade-in agreement".

The following distinctions ought to be made. First, the question of the nature of the contract or contracts which the parties concluded requires attention. This may be described as the trade-in transaction. It is possible to identify a trade-in transaction as a reciprocal contract of sale with mutual set-off, a contract of exchange, or a contract of sale. If the answer to the first question is that the parties have in actual fact concluded one contract, there remains the question of the nature of the trade-in agreement within this contract. In this regard a facultative obligation and a *datio in solutum* are proposed.

In the case under discussion Wright AJ investigated the various constructions which have been applied in the analysis of the first question, namely the nature of a trade-in transaction.

### 2.1 *Reciprocal contracts of sale with mutual set-off*

In *Massyn's Motors v Van Rooyen* 1965 3 SA 717 (O), the construction of reciprocal contracts of sale with mutual set-off was proposed. In this case it was argued that where a contract of sale was concluded and it was agreed that the price would consist not only in money but in something else as well, there are in fact two contracts of sale. One pertains to the sale of the primary thing and the other to that which is delivered as part payment of the primary sale. The latter is set off against the former. Wright AJ pointed out (211F) that Smuts AJ disposed of this argument as follows (720G):

“Met die betoog dat die inruiling van 'n saak waarop 'n waarde geplaas word, niks anders as 'n koopkontrak van 'n ingeruilde saak is nie, kan ek nie saamstem nie.

Waar by die 'inruiling' van 'n saak daar niks meer gebeur nie as dat die verkoper sy bereidwilligheid te kenne gee om as deel van die koopprys 'n saak te aanvaar wat deur die koper aangebied word as gedeeltelike betaling van die koopprys en die partye daarna 'n waarde op die saak plaas vir die doeleindes van die huurkoopkontrak kom daar geen koopkontrak tot stand met betrekking tot die saak wat aldus 'ingeruil' word nie. Daar is geen bedoeling dat die 'ingeruilde' saak moet dien as die *merx* van 'n afsonderlike koopkontrak nie; die 'ingeruilde' saak word deur die koper aanvaar as gedeeltelike betaling van die prys wat hy vra vir die saak wat hy verkoop en die koopprys van die onderwerp van die huurkoopkontrak is die totaal van die waarde wat op die ingeruilde saak geplaas is en die verdere geldelike bedrag wat ook betaal moet word deur die koper.”

In support of Smuts AJ's rejection of this construction, Wright AJ cited (211J – 212A) Flemming (*Krediettransaksies* 204) who is of the opinion that a buyer who trades-in a motor car as part payment of the amount which he owes on the new car is not a seller of the thing traded in. Consequently, the aedilician actions available against sellers are not available against such a purchaser. From this it follows, therefore, that the buyer is not responsible for latent defects in the thing traded in. Flemming's solution to a seller's predicament in such a situation is as follows:

“Die verkoper sou by gebrekkige inruilgoed kan aanvoer dat dit nie 'n effektiewe *in solutum datio* is nie, die inruilgoedere verwerp en betaling vorder van die bedrag wat deur die inruiling gedelg moes word.”

However, it should be noted that in this case as well as in the *Mountbatten* case *supra* it was obvious that the motor dealers in question were themselves under the impression that they had bought the traded-in vehicle.

### 2.2 *Contract of exchange*

The view that a contract containing a trade-in agreement is one of exchange and not sale was supported in two cases (*R v Van Heerden* 1935 EDL 292 and *Vizirgianakis v Karp* 1965 2 SA 145 (W)). However, in *Mountbatten Investments (Pty) Ltd v Mahomed supra* 1771I – J Bristowe J found that neither case provided the authority for such a decision and laid down the following general guide-lines to be applied to cases in which the price consists in money and a *res* and confusion arises as to whether the contract is one of sale or barter:

(a) If no part of the price sounds in money, the contract is one of barter and not sale.



(b) If part of the price is in money and part is in kind, the parties' intention determines whether the contract is one of sale or barter.

(c) If the parties disagree about their intention or if there is reason not to accept their explanation of the kind of contract they intended to enter into, the relative values of the money and kind should be taken into consideration in an attempt to resolve the problem.

(d) Only if there is no certainty should the presumption described by Voet and Huber (see *infra*) be resorted to.

According to Voet 18 1 22, where payment is made partly in money and partly by the giving of something else, the transaction could be either one of sale or one of exchange. Should it prove difficult to ascertain the parties' intention, recourse has to be had to the dominating factor, namely money or "something else". Where the money predominates the contract is one of sale and *vice versa*. Voet clearly emphasises the parties' intention and only in those cases where the intention is not decisive is reference made to the value test. Huber (*Praelectiones iuris romani et hodierni* 3 4 3) provides a further solution to the problem in which the amount of the price and the thing are more or less equivalent. In such a case the transaction is still held to be a sale, since sale is more common than barter and the presumption is always applied in favour of what is more common. This test does not rule out the parties' intention, but provides an answer to those cases where the intention is uncertain.

In the case under discussion, Wright AJ found that according to the evidence there was no doubt that both the appellant and the respondent accepted that the Chev motor car was to be traded in on the Mercedes Benz (212H) and that the possibility of a contract of exchange could therefore be excluded (212I).

### 2 3 Contract of sale

The authoritative case referred to in support of the argument that contracts containing trade-in agreements qualify as contracts of sale is *Wastie v Security Motors (Pty) Ltd* 1972 2 SA 129 (C). In this case the question whether the contract at issue was one of sale or exchange was raised. The court stressed that the nature of the agreement is determined by the true intention of the parties. After reference to Voet 18 1 22 (*supra*) and an analysis of the evidence, Van Zijl J decided (131F) as follows:

"We have therefore to do with a contract of sale in the terms contended for by the defendant, viz. plaintiff sold the Valiant to defendant for R1 250 payable: R400 in cash and the balance of R850 by giving plaintiff ownership of the Peugeot at an agreed valuation of R850. The Peugeot is therefore portion of the *pretium*."

A similar conclusion had already been reached in *Antonie v The Price Controller* 1946 TPD 190 and in *Bouwer v Adelford Motors (Pty) Ltd* 1970 4 SA 286 (E).

In *Mountbatten Investments (Pty) Ltd v Mahomed supra* Bristowe J confirmed the construction of a contract of sale. According to him, where a trade-in is involved, the price of a vehicle bought is normally fixed and the trade-in is offered as part payment (179D). Applying this principle to the facts the judge analysed the steps involved in that particular trade-in as follows (179F):

"In all the circumstances therefore it seems to me 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*" (my emphasis).

Bristowe J went so far as to extend this opinion to a general rule by stating:

"I have stressed. . . that delivery of the goods traded in is not pursuant to the sale of those goods nor is it barter of them."

Although Wright J referred to the *Mountbatten* decision he nevertheless found that the only question to be answered was whether

"daar een koopkontrak tot stand gekom het waarby die inruiling van die Chev motorvoertuig slegs 'n wyse van betaling van 'n gedeelte van die prys was, en of daar inderdaad twee koopkontrakte tot stand gekom het, een met betrekking tot die Mercedes Benz motorvoertuig en 'n ander een met betrekking tot die Chev motorvoertuig" (212I – J).

From the evidence it is clear that there was never any indication that two contracts of sale were involved (213A). There was no question of the appellant's buying the Chev motor car unencumbered by the transaction in regard to the Mercedes Benz (213A – B). However, from the pleadings it appears that the appellant relied on a separate contract of sale in regard to the Chev, which contract was admitted by the respondent in her pleadings (213B). In view of the fact that the outcome of the appeal would not be affected, Wright AJ decided to depart from the premise that

"daar inderdaad 'n koopkontrak aangegaan is met betrekking tot die Chev motorvoertuig en dat appellant hom wel op die *actio quanti minoris* kan beroep" (213C – D).

According to the facts of the case, the court was dealing with an innocent misrepresentation which traditionally does not merit an action for damages (213H), but does merit an action for the reduction of the purchase price either because of a latent defect or a *dictum et promissum* (214A – B). The amount of relief available in such an instance is the difference between the purchase price and the actual value of the thing sold (214C – D). If these principles are applied to the facts of the case under discussion, it would appear that the price paid for the Chev was described as R2 200 while the value of the 1980 Chev was described as R4 300. The appellant had therefore paid less than the market value (215C – D).

Wright J finally came to the conclusion that the court *a quo* had been correct in finding that the appellant had not been successful in proving the price reduction to which he might have been entitled (216D – E).

### 3 The nature of a trade-in agreement

As in the *Mountbatten* case *supra*, the question of the exact nature of a trade-in agreement was sidestepped. However, an investigation is necessary and it is hoped that an acceptable juridical solution will evolve in order to prevent technicalities, such as the fact that two invoices were issued, from determining whether or not a seller has a remedy against a buyer and which remedy is available.

#### 3 1 Facultative obligation

In his discussion of the *Mountbatten* case *supra*, Reinecke (1989 *TSAR* 445) proposes a facultative obligation as a satisfactory explanation for the nature of a trade-in agreement. In terms of a facultative obligation, a specific performance is owed; however, a debtor is entitled to substitute another specified performance

(De Wet and Van Wyk *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* (1978) 129; Wessels *Law of contract in South Africa* par 1484; Farlam and Hathaway *Contract – Cases, materials and commentary* 3ed 413). Should there be a defect in the facultative performance, the general principles of the law of contract apply; therefore, if the contracting parties should give a buyer a choice, the transaction remains a contract of sale in the same way as if the parties were later to agree that the seller may deliver a thing instead of paying the purchase price (see Reinecke 1989 *TSAR* 446). Furthermore, Reinecke (*ibid*) is of the opinion that most of the trade-in contracts concluded in the motor industry are genuine contracts of sale, since delivery of the trade-in car happens to be optional. A seller is entitled to claim only the purchase price, while a buyer is free either to pay the full price or to deliver a motor car as a trade-in together with the outstanding balance (*ibid*). In terms of this construction, the general principles of the law of contract are applicable should the buyer deliver a facultative performance which proves to be defective (*idem* 447). The same would apply where the buyer makes a misrepresentation in regard to the facultative performance (*ibid*).

Reinecke (*idem* 474) finds support for this construction in *Van der Merwe v Viljoen* 1953 1 SA 61 (A). The facts in this case were briefly the following: The appellant and the defendant concluded a contract of sale for a piece of land; the contract of sale provided, amongst other things, that the purchaser had to pay the purchase price (£6 000) within three months of his taking possession; in the event of his not being able to make the necessary financial arrangements within three months after the execution of the agreement, the seller would be obliged to receive certain securities as part of the purchase price (64B – C). In other words, should the condition be fulfilled, the seller would be obliged to accept a surrogate as part payment of the purchase price. In this way the buyer could meet his obligation (64E). The surrogate comprised a cash amount of £3 000 and certificates to the value of £3 000 (64G). Transfer was passed to the purchaser on payment of £3 000, and certificates as agreed to were delivered. The institution on which the certificates were drawn, was placed under judicial management and the seller applied for a declaratory order on the question whether he would nevertheless be entitled to the original value accorded to the certificates. The court *a quo* held that the purchaser would be breaching his obligation if the certificates realised less than the outstanding balance of the purchase price (63E – F). On appeal, it was held that in terms of the agreement the seller had to accept the securities as part of the purchase price and accordingly the risk of their depreciation fell upon him (65A – B).

According to Reinecke's (1989 *TSAR* 446) analysis of the above case, the buyer could elect either to pay the full purchase price or to pay half the purchase price in cash and to make up the outstanding amount by delivering certificates. This analysis would provide support for his construction of a facultative obligation. However, on the facts, the purchaser did not have a choice regarding his performance, since the buyer was obliged to deliver a different performance if he could not manage to arrange his financial affairs timeously and the seller was obliged to accept these certificates as part payment of the purchase price. The right to render a different performance was conditional and it is therefore doubtful whether it can be classified as a facultative obligation. A facultative obligation relates to a specific performance, where the debtor has a choice whether to substitute another specified performance for the performance



originally agreed upon (Farlam and Hathaway 413). At no stage, in this instance, did the debtor have a choice to render either the one performance or the other. The buyer was obliged to render the substituted performance only upon fulfilment of the condition.

Another question arising from this suggested solution is whether a seller would be willing to allow a buyer the privilege of being able to decide independently whether to pay the purchase price or to deliver a motor car as a trade-in together with the outstanding balance. It is particularly doubtful that this privilege would be extended, in view of the vicissitudes of the motor trade. The possibility does exist that a car dealer would rather retain the luxury car traded in, and be entitled to a reduced purchase price where the car is defective, than to rejection of the defective facultative performance and a claim for the full purchase price, and there seems to be no valid reason to deny him this option. In view of this, and in view of the fact that there is no conclusive support in positive law, the proposed construction identifying a trade-in as a facultative obligation does not provide an all-encompassing standard solution. Consequently, there appears to be scope for an alternative construction.

### 3.2 Datio in solutum

It is usual in trade-in agreements for the parties to agree to the sale of a thing, the price of which is fixed. The creditor subsequently agrees to accept something else as part of the performance which is due (cf *Mountbatten Investments (Pty) Ltd v Mahomed supra*). This was also the position in regard to the negotiations which took place in *Bloemfontein Market Garage (Edms) Bpk v Pieterse* (210E – G). According to the evidence given by the appellant it appears that the appellant sold the respondent a certain Mercedes Benz for R11 000. The respondent paid the appellant a visit at a later stage and indicated that she no longer wished to pay the full purchase price in cash but wanted to deliver the Chev Rekord GL as a trade-in on the Mercedes Benz. It is clear from all the appellant's evidence that at all times thereafter he viewed delivery of the Chev Rekord GL as a trade-in and that there were negotiations regarding the trade-in value of the Chev and the amount payable by the respondent. Furthermore, it was agreed between the parties that the appellant would accept the used motor car as part payment for the Mercedes Benz (210I).

It is submitted that a trade-in as set out above is a *datio in solutum debiti* (cf Hawthorne "The nature of trade-in agreements" 1990 *THRHR* 116). However, the question remains whether the aedilician remedy of *actio quanti minoris* can be extended to protect a seller where a buyer makes a *dictum et promissum* regarding the thing which he gives in part payment of the price. The answer to this question depends on an analysis of the *datio in solutum debiti*. From a comparative study, it appears that there is support for the view that a *datio in solutum* is analogous to a sale and that the principles applicable to sale are applicable to a *datio in solutum*.

In Germany, article 364 of the *Bürgerliches Gesetzbuch* provides that an obligation is extinguished if a creditor accepts a performance other than that agreed upon. Moreover, the *BGB* (a 365) provides that if something else is given in lieu of performance, the debtor shall warrant in the same manner as a seller against a defect of title or a defect of quality.

In the Netherlands, the Dutch Civil Code makes no specific provision for *datio in solutum* (Asser *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht* 4 1 99), and according to the *BW* (a 1425) no creditor can be forced to accept performance of something other than that which is agreed upon. However, the *BW* (a 1886) provides that if a creditor agrees to accept something other than that which the parties have agreed to, the original obligation is extinguished. Consequently, a change in the object of the performance can be brought about only by consensus between the parties. This consensus effects a novation (*BW* a 1449 s(1)). It appears that the majority of Dutch authors support the view that a *datio in solutum* is to be regarded as a novation (see Asser 385 and the authorities cited there). Suijling (*Inleiding tot het burgerlijk recht* 29) states that where something other than that which was agreed upon is rendered, the debtor must guarantee against eviction and latent defects in the thing rendered, in the same manner in which a seller is liable for eviction and latent defects.

As far as the South African law pertaining to *datio in solutum* is concerned, Joubert ("*Datio in solutum*" 1977 *De Jure* 36) is of the opinion that where a *datio in solutum* extinguishes the old debt, a new obligation is created and novation has therefore taken place:

"Die primêre verpligting is om te lewer maar daaraan word voldoen sodra dit in die lewe geroep is. Die belangrike sekondêre verpligting is om te waarborg dat die *datio in solutum* effektief sal wees. Hierdie waarborg is erken na analogie van die koopkontrak en as die analogie verder gevoer word sou daar moontlik 'n aksie na aanleiding van verborge gebreke ook verleen kon word."

The analogy appears justified, since the institutional authors accepted that the original claim is satisfied only if the substituted performance is effective; if it is not, the creditor may claim payment of the original debt (*D* 46 3 46 *pr*; Vinnius *Institutionum commentarius ad I* 3 29(30) *pr* n 8; Voet 46 3 10). Thus if a debtor owing money decides to render a movable thing instead and the creditor is evicted, the creditor is entitled to claim payment of the original debt. The debtor sues on the loss of the *datio* (Joubert *General principles of the law of contract* 278 fn 49). Consequently, eviction of a substituted performance gives rise to a similar action as would a sale. There seems to be no reason why the effectiveness of the performance should only extend to the eviction and not to defectiveness.

#### 4 Conclusion

The foundation for the application of the aedilician actions to trade-ins is provided by the analogy between a *datio in solutum* and a contract of sale. On this basis there seems to be no reason not to apply the aedilician actions as extended in *Wastie v Security Motors supra* and *Phame (Pty) Ltd v Paizes* 1973 3 SA 397 (A) to protect a seller where a buyer has delivered a thing as part payment of the purchase price and the traded-in thing proves to be defective. Flemming (*Krediettransaksies* 204) is therefore to be supported in his analysis of the nature of a trade-in agreement. However, his assumption that a seller would automatically decide to reject the defective thing traded in and settle for the value ascribed to it, is contentious. In certain circumstances it would be to the seller's advantage to accept the trade-in, but to claim a reduction of the price

at which it had been valued. Recognising the nature of a trade-in to be that of a *datio in solutum debiti* makes a reduction of the ascribed price possible.

L HAWTHORNE  
*University of South Africa*

**DIE TYDSDUUR VAN 'N ONDERHOUDSBEVEL  
 INGEVOLGE ARTIKEL 7(2) VAN DIE WET OP EGSKEIDING  
 70 VAN 1979**

**Hodges v Coubrough 1991 3 SA 58 (D)**

In hierdie saak het die hof die geleentheid gekry om te bepaal of 'n onderhoudsbevel vir 'n tydperk langer as die lewe van die onderhoudspligtige gegee mag word ingevolge die bepalings van artikel 7(2) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 (hierna die wet). Nóg die howe nóg die skrywers het klaarheid oor hierdie aangeleentheid. Hahlo (*The South African law of husband and wife* (1975) 350) illustreer hierdie onsekerheid waar hy verklaar:

“Where it is the death of the wife which dissolves the marriage, a maintenance order in her favour necessarily comes to an end. Whether the same holds true where the marriage is dissolved by the husband's death, the wife surviving, cannot be regarded as settled . . .”

*In casu* was die tersaaklike feite soos volg: Die applikant en ene Hodges is in 1964 buite gemeenskap van goed met mekaar getroud. Gedurende die bestaan van die huwelik het nie een van die gades gewerk nie. Hodges het die partye egter voldoende onderhou met inkomste wat hy uit 'n familietrust en sekere beleggings verkry het. Daar is geen kinders uit die huwelik gebore nie.

Gedurende 1981 is die huwelik deur egskeiding ontbind. In die egskeidingsaksie was die applikant die eiser en Hodges die verweerder. Die applikant het beweer dat sy onderhoud benodig en dat die verweerder wel in staat is om haar te onderhou. Die betrokke bedede vir onderhoud het bloot gelui (60H – 60J): “Maintenance in the sum of R150 per month.”

Hodges het aanvanklik die aksie bestry maar versuim om by die verhoor op te daag. By die egskeiding was daar dus geen ooreenkoms tussen die partye betreffende die betaling van onderhoud nie en die egskeidingsbevel is met koste en 'n bevel dat Hodges onderhoud van R150 per maand aan die applikant moet betaal, by verstek toegestaan ooreenkomstig die bepalings van artikel 7(2) van die wet. Nóg die applikant se besonderhede van vordering, nóg die hofbevel het enige aanduiding in verband met die tydsduur van die onderhoudsbevel bevat.

Nie een van die eertydse gades is na die egskeiding weer getroud nie. Hodges is in 1987 oorlede en die applikant het, nadat haar beswaar teen die boedelrekening deur die Meester van die Hooggeregshof van die hand gewys is, aansoek gedoen om 'n verklarende bevel dat die onderhoudsverpligting nie by Hodges se dood tot 'n einde gekom het nie, maar na sy bestorwe boedel oorgedra is tot en met hár dood of hertrouwe. Die eksekuteur van die boedel het die aansoek teengestaan.



Regter Didcott ontleed ten aanvang die bepaling van artikel 7(2) van die wet. Die relevante gedeelte van die subartikel lui soos volg:

“By ontstentenis van ’n bevel gegee kragtens subartikel (1) . . . kan die hof . . . ’n bevel gee wat die hof billik ag met betrekking tot die betaling van onderhoud deur die een party aan die ander vir enige tydperk tot die dood of hertroue van die party ten gunste van wie die bevel gegee is, na gelang die een of ander eerste plaasvind.”

Namens die applikant is geargumenteer dat die enigste beperkings op die tydsduur van die onderhoudsbevel ingevolge artikel 7(2) dié is wat spesifiek in die subartikel vermeld word, naamlik die dood of die hertroue van die party wat onderhou moet word. Aangesien geen ander beperking vermeld word nie, word afgelei dat ’n onderhoudsbevel gegee mag word wat selfs na die dood van die onderhoudspligtige afgedwing kan word. Hierdie argument berus op ’n letterlike uitleg van die wet en is in ooreenstemming met een van die basiese reëls van wetsuitleg, naamlik dat die uitlegger nie buite die woorde van die wet mag gaan nie. Alhoewel ons howe nie geneig is om ligtelik van die letterlike uitleg van wette af te stap nie, is regter Didcott *in casu* nie bereid om hierdie argument te aanvaar nie.

Regter Didcott beklemtoon dat die betrokke wetsbepaling nie in isolasie geïnterpreteer moet word nie, maar dat dit in die korrekte gemeenregtelike perspektief geplaas moet word. Ingevolge die gemenerereg was die wedersydse onderhoudsplig tussen man en vrou aan hulle huweliksverhouding verbonde. Daar het dus geen onderhoudsplig na die ontbinding van die huwelik, hetsy deur die dood of egskedding van gades, bly voortbestaan nie. Onderhoud na ’n egskedding kon slegs ingevolge ’n ooreenkoms tussen die partye geëis word. Die wetgewer het egter die gemeenregtelike posisie in die geval van egskedding gewysig deur eers artikel 10(1) van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 en daarna artikel 7 van die Wet op Egskedding op die wetboek te plaas. By die ontbinding van ’n huwelik deur egskedding bestaan daar dus ’n uitsondering op die gemeenregtelike reël, maar by die ontbinding van ’n huwelik deur die dood het die gemeenregtelike reël onveranderd bly geld tot en met die inwerkingtreding van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990 op 1 Julie 1990. Toe artikel 7 op die wetboek geplaas is, was daar dus nog nie sprake daarvan dat ’n langslewende gade na die eerssterwende se dood ’n onderhoudseis teen die bestorwe boedel kon hê nie. Dit lyk dus onwaarskynlik dat die wetgewer ’n geskeide persoon in ’n beter posisie as ’n langslewende gade wou plaas. Indien die wetgewer so ’n buitengewone resultaat met artikel 7(2) beoog het, sou hy dit uitdruklik moes aandui in ooreenstemming met die vermoedens wat by wetsuitleg geld (sien Steyn *Die uitleg van wette* (1981) 97 – 100).

Regter Didcott wys vervolgens daarop dat artikel 7(2) van die wet in elk geval nie alle omstandighede waarin ’n onderhoudsbevel verval, uitdruklik uitspel nie. Slegs die gevalle wat betrekking het op die onderhoudsgeregtigde word genoem. In die lig van die buitengewone aard van die onderhoudsverpligting en onder andere die probleme wat ondervind sal word met die bereddering van die boedel indien dit ook nog voorsiening moet maak vir die betaling van onderhoud aan ’n eertydse langslewende gade, het die wetgewer dit klaarblyklik onnodig geag om uitdruklik uit te spel dat die verpligting by die dood van die onderhoudspligtige verval.

Namens die applikant is daar veral ook gesteun op sekere ouer sake soos *Colly v Colly's Estate* 1946 WLD 83, *Owens v Stoffberg* 1946 CPD 226 en *Hughes v The Master* 1960 4 SA 936 (K). In hierdie sake is die woorde “until her death

or remarriage'' in die betrokke ooreenkomste om onderhoud na egskeiding te betaal, so uitgelê dat die onderhoudsverpligting bly bestaan totdat die onderhoudsgeregtigde te sterwe kom of weer in die huwelik tree, ongeag die onderhoudspligtige se vroeëre dood. Daar is gevolglik geargumenteer dat artikel 7(2) van die wet ook op hierdie wyse uitgelê moet word. Die applikant se advokaat het verder gesteun op *Copelowitz v Copelowitz* 1969 4 SA 64 (K), waarin regter Van Zyl beslis het dat aangesien die wetgewer in artikel 10(1)(a) van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 (artikel 7(2) van die Wet op Egskeiding se voorganger) dieselfde woorde gebruik het as in beide die *Collyen Owens*-saak (*supra*), hy dieselfde resultaat met die betrokke woorde wou bewerkstellig, naamlik om die onderhoudspligtige gade se bestorwe boedel te bind. Daar word dus aanvaar dat die wetgewer geag kan word sy stempel van goedkeuring op die interpretasie van 'n reeks ooreenkomste te geplaas het indien die bewoording van die ooreenkomste in latere wetgewing weerspieël word.

Dit lyk of Barnard, Cronjé en Olivier (*Die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg* (1990) 233 – 234) die argumente wat namens die applikant aangevoer is, steun. Hulle wys op die kritiek wat daar al teen die *Copelowitz*-saak *supra* geopper is in die sin dat die saak die uitwerking het dat 'n geskeide langsewende vrou 'n onderhoudseis teen haar gewese man se bestorwe boedel het, maar dat 'n langsewende gade nie 'n eis teen haar man se bestorwe boedel het nie. Hulle meen egter dat hierdie kritiek nie meer geldig is nie aangesien die posisie van die langsewende gade nou verander is deur die Wet op Onderhoud van Langsewende Gades 27 van 1990.

Desnietemin weier Regter Didcott om die applikant se argumente te aanvaar. Hy wys eerstens daarop dat daar wesenlike verskille bestaan tussen die uitleg van 'n kontrak wat in bogemelde ouer sake ter sprake gekom het, en die uitleg van 'n stuk wetgewing wat *in casu* die aandag van die hof verg. Die bedoeling van die wetgewer en dié van 'n privaat individu gaan noodwendig verskil. Regter Didcott stel dit treffend (66F – G):

“The intention which has to be ascertained in the one case is that of Parliament, legislating in general terms and with general effect. In the other it is the intention of private individuals minding their own business and dealing solely with that. They have no occasion to deal with the common law. They have no reason to worry about issues of policy. Nor do they care a fig if the party who is maintained under their arrangements turns out to be better off than somebody else's widow.”

Dit dien derhalwe geen doel om die bewoording van die wet met dié van die ooreenkomste wat in bogemelde ouer sake bespreek is, te vergelyk nie.

Wat die *Copelowitz*-saak *supra* betref, wys die hof ten slotte daarop dat die uitlegreël wat in die betrokke saak nagevolg is slegs aangewend mag word indien die bewoording van 'n vroeëre wet wat op 'n bepaalde wyse deur die hof uitgelê is in 'n latere wet oor dieselfde onderwerp en met dieselfde doelstellings herhaal word. Die regter kon geen gesag vind vir die beskouing dat die bewoording van 'n vroeëre kontrak, anders as van 'n vroeëre wet, voldoende was vir die werking van hierdie uitlegreël nie. Hy beslis dus dat die *Copelowitz*-saak nie gevolg kan word nie.

Lee en Honoré (*Family, things and succession* (1983) par 127 vn 2) kritiseer ook die *Copelowitz*-saak. Hulle wys daarop dat hierdie saak heeltemal onversoenbaar is met die vroeëre beslissing in *Glazer v Glazer* 1963 4 SA 694 (A), waar die appèlhof beslis het dat 'n weduwee geen eis vir onderhoud teen haar oorlede man se boedel het nie. Ander Suid-Afrikaanse skrywers (sien Hahlo

453; De Waal en Van Heerden 1987 *TSAR* 255 – 256) wys ook daarop dat die *Copelowitz*-saak die absurde gevolg het dat 'n geskeide eggenoot in 'n baie beter posisie geplaas word as 'n langsliewende eggenoot. Hulle is ook van mening dat hierdie saak nie nagevolg behoort te word nie.

Regter Didcott kom derhalwe in sy beslissing tot die gevolgtrekking dat artikel 7(2) van die wet nie die bevoegdheid aan 'n hof verleen om 'n onderhoudsbevel uit te reik vir 'n tydperk langer as die lewe van die onderhoudspligtige nie. Met hierdie beslissing het die regter goed gebruik gemaak van die geleentheid om die onsekerheid wat daar in die Suid-Afrikaanse reg oor hierdie aangeleentheid bestaan het, uit die weg te ruim en die posisie van die geskeide gade na die dood van sy of haar eertydse gade op 'n suiwer regsgrondslag te plaas.

Nou, na die inwerkingtreding van die Wet op Onderhoud van Langsliewende Gades 27 van 1990, kan die vraag egter gevra word of dit billik is dat 'n langsliewende eggenoot in 'n baie beter posisie as 'n geskeide eggenoot geplaas word. Myns insiens sou dit byvoorbeeld baie onregverdig teenoor die 65-jarige mevrou X wees indien sy nie 'n eis vir onderhoud teen die bestorwe boedel van haar gewese man (wat haar gedurende die bestaan van hul huwelik onderhou het, asook die drie jaar nadat hy van haar geskei is en met die 68-jarige mevrou Y getroud is) mag instel nie, terwyl mevrou Y, wat hy ook sedert húl huweliksluiting onderhou het, wel 'n eis teen die bestorwe boedel het. Dit voel niks minder as reg nie dat mevrou X wel 'n eis vir onderhoud teen haar gewese man se boedel behoort te hê indien mevrou Y 'n eis teen die boedel het. Aan die ander kant kan dit die beredderingsproses aansienlik bemoeilik indien daar nie net onderhoudseise teen die boedel deur die kinders en die langsliewende gade ingestel mag word nie, maar ook nog 'n onderhoudseis deur 'n eertydse langsliewende gade. Behoort die langsliewende gade se eis vir onderhoud en die geskeide persoon se eis dieselfde rangorde – ook wat ander vorderings betref – teen die boedel van die oorledene te beklee? Is die skoonbreuk-beginsel nie juis een van die doelstellings van die nuwe egskedingswetgewing nie? Talle vrae duik hieroor op en daar sal deeglike navorsing gedoen moet word alvorens 'n mens 'n weloorwoë mening kan uitspreek oor die wenslikheid al dan nie van 'n onderhoudseis van 'n geskeide persoon teen die bestorwe boedel van sy of haar eertydse eggenoot.

Daar word tentatief aan die hand gedoen dat waar 'n onderhoudsbevel ten gunste van 'n eertydse langsliewende gade in die lig van die omstandighede van 'n spesifieke geval wel gepas is, die bykomende las op die eksekuteur van die bestorwe boedel nie in die weg van billikheid behoort te staan nie. Die probleme wat moontlik in verband met die berekening van die eertydse langsliewende gade se onderhoudseis kan opduik, is probleme wat die eksekuteur ook met die berekening van die langsliewende gade en die kinders se onderhoudseise ervaar. In die praktyk bestaan daar dan ook allerlei werksywes om hierdie probleme te oorbrug. In die lig van die kritiek op die *Copelowitz*-saak *supra*, behoort die langsliewende gade en die eertydse langsliewende gade se onderhoudseise myns insiens dieselfde rangorde teen die boedel van die oorledene te beklee. Waar hul eise met mekaar meeding, moet die eise, indien nodig, eweredig verminder word. Ten spyte van die skoonbreuk-beginsel is dit ook die howe se houding ten aansien van 'n geskeide man wat weer in die huwelik tree dat

“a man must not feather his second nest at the expense of his first, more particularly as the second wife takes him well knowing that he has obligations towards his first family” (Hahlo 366).



Dieselfde beginsel behoort ook na die man se dood te geld.

Hoe dit ook al sy, indien die wetgewer sou besluit dat dit wel nodig is om aan die geskeide eggenoot in hierdie geval 'n eis vir onderhoud toe te ken, sal hy in die lig van die beslissing *in casu* artikel 7(2) van die wet uitdruklik te dien effekte moet wysig.

M DE JONG  
Universiteit van Suid-Afrika

### DIE VOLKEREGTELIKE DIMENSIE VAN STAATLIKE REGSNORMVORMING OF WETSUITLEG

**Regina v Secretary of State for Home Department, Ex parte Brind  
(1991) 2 WLR 588 (HL); S v Ebrahim 1991 2 SA 553 (A)**

#### 1 Inleiding

In hierdie twee sake het onderskeidelik die Engelse *House of Lords* en die Suid-Afrikaanse appèlhof te doen gekry met die vraag of reëls van die volkereg by regsnormvorming (in tradisionele terminologie: by die uitleg van 'n wet) in aanmerking geneem moet word (sien Labuschagne "Regsnormvorming: riglyne vir 'n nuwe benadering tot die tradisionele reëls van wetsuitleg" 1989 *SA Publikereg* 202).

Die bronne van die volkereg is by geleentheid aangedui as verdrae, konvensies, gewoontereg, natuurreg en algemene grondbeginsels, soos dat 'n kontrak slegs konsensueel tot stand kan kom (sien Maunz *et al Grundgesetz* (1990) *ad* a 25 par 15-16). Die rol wat interstaatlike verdrae by regsnormvorming speel, is by 'n vorige geleentheid afsonderlik bespreek en word gevolglik van die onderhawige bespreking uitgesluit (Labuschagne "Interstaatlike verdrae en wetsuitleg" 1981 *THRHR* 292).

#### 2 Die status van die volkereg in die staatlike reg

Volkereg, in besonder ook gewoonteregtelike volkereg, vorm deel van die Suid-Afrikaanse staatlike of munisipale reg. Dit hoef nie bewys te word nie en die howe kan geregtelik daarvan kennis neem (sien by *De Howorth v The SS "India"* 1921 CPD 451 457; *Ex Parte Sulman* 1942 CPD 407 409; *R v Lionda* 1944 AD 348 352; *S v Penrose* 1966 1 SA 5 (W) 8-9; *Lendalease Finance Co (Pty) Ltd v Corporation de Mercadeo Agricola* 1975 4 SA 397 (K) 404; *Kaffraria Property Co (Pty) Ltd v Government of the Republic of Zambia* 1980 2 SA 709 (OK) 714; Bridge "The relationship between international law and the law of South Africa" 1971 *ICLQ* 746; Sanders "The applicability of customary international law in South African law - the Appeal Court has spoken" 1978 *CILSA* 206; Schaffer "The inter-relationship between public international law and the law of South Africa: an overview" 1983 *ICLQ* 296; Dugard "The place of public

international law in South African law" in Visser (red) *Essays in honour of Ellison Kahn* (1989) 113-119).

In *S v Ebrahim* is die beskuldigde uit 'n naburige staat deur "werktuie" van die staat ontvoer en aan die polisie oorhandig. Hy is vervolgens van hoogverraad aangekla en skuldig bevind. In appèl ondersoek appèlregter Steyn die gemeenregtelike reëls in dié verband en konkludeer soos volg (582):

"Verskeie fundamentele regsbeginsels is teenwoordig in daardie reëls, te wete, dié ter behoud en bevordering van menseregte, goeie inter-staatlike betrekkinge en gesonde regspleging. Die individu moet beskerm word teen onwettige aanhouding en teen ontvoering, die grense van regsbevoegdheid moet die oorskry word nie, staatkundige soewereiniteit moet eerbiedig word, die regsproses moet billik wees teenoor diegene wat daardeur geraak word en die misbruik daarvan moet vermy word om sodoende die waardigheid en integriteit van die regspleging te beskerm en te bevorder. Die Staat word ook daardeur getref. Wanneer die Staat self 'n gedingsparty is, soos byvoorbeeld in strafsake, moet dit as 't ware 'met skoon hande' hof toe kom. Wanneer die Staat dan self betrokke is by 'n ontvoering oor die landsgrense heen soos in die onderhawige geval, is sy hande nie skoon nie."

Die hof beslis in effek dat die Strafproseswet 51 van 1977 in die lig van genoemde fundamentele (volkeregtelike) waardes geïnterpreteer moet word en stel gevolglik die skuldigebevinding en vonnis tersyde.

Hoe dit ook al sy, aangesien die leerstuk van parlementêre of wetgewersowereniteit nog in Suid-Afrika - soos in Brittanje - geld, kan by wyse van wetgewing met genoemde waardes weggedoen word. Hierdie leerstuk is, soos by 'n vorige geleentheid aangetoon is, gefundeer op verouderde sosio-emosionele strukture en is hedendaags 'n anachronisme (Labuschagne "Die opkoms van die teleologiese benadering tot die uitleg van wette in Suid-Afrika" 1990 *SALJ* 569). Artikel 25 van die Duitse Grondwet (*Grundgesetz*) bepaal daarteenoor uitdruklik dat die algemene reëls van die volkereg deel van die staatlike reg van Duitsland vorm. Dit geniet voorkeur bo wetgewing en genereer direk regte en verpligtinge vir die inwoners van Duitsland. Artikels 65-66 van die Nederlandse Grondwet bevat bepalings met 'n soortgelyke strekking (Van der Pot en Donner *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (1977) 441-442).

### 3 Die uitleg van dubbelsinnige woorde in wetgewing

Daar bestaan 'n vermoede in ons reg dat wetgewing nie op so 'n wyse geïnterpreteer moet word dat die volkereg daardeur geskend sal word nie (Cockram *The interpretation of statutes* (1987) 131; Du Plessis *The interpretation of statutes* (1986) 81). Dit beteken dat indien 'n woord of frase vir meer as een betekenis vatbaar is en een daarvan met die volkereg strydig is, gevolg gegee moet word aan die betekenis wat nie in stryd daarmee is nie (*Salomon v Commissioners of Customs and Excise* (1966) 3 All ER 871 (CA) 874; *Gerland v British Rail Engineering Ltd* (1982) 2 All ER 402 (CJEC en HL); *Regina v Secretary of State for Home Department, Ex parte Brind* 591-592; Dugard "International human-rights norms in domestic courts: can South Africa learn from Britain and the United States?" in Kahn (red) *Fiat iustitia. Essays in memory of Oliver Deneys Schreiner* (1983) 240). In die lig van artikel 25 GG spreek dit vanself dat wetgewing in Duitsland so uitgelê moet word dat dit met die volkereg sinchroniseer (Maunz *et al* par 25 *ad a* 25; Leibholz, Rinck en Herselberger *Grundgesetz* (1989) par 3 *ad a* 25).

#### 4 Konklusie

In die Kanadese saak *Reference re Public Service Employee Relations Act* (1987) 1 SCR 313 349 word verklaar dat die Kanadese akte van menseregte

“should generally be presumed to provide protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents which Canada has ratified”.

(Sien ook McDonald *Legal rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1989) 50; Beaudoin en Ratushny *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1989) 61-62.) Die Kanadese skrywers Cohen en Bayefsky argumenteer dat die Kanadese akte van menseregte (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) 'n multikulturele oorsprong het en dat dit in die lig daarvan uitgelê moet word, met ander woorde dit moet in die lig van die breëre internasionale regs-kultuur van menseregte uitgelê word (“The Canadian Charter of Rights and Freedoms and public international law” 1983 *Canadian Bar R* 309-313). Aangesien menseregte in wese ten doel het om veral individueel-menslike waardigheid en vryheid te beskerm en die volkereg as 't ware daarvoor “toesig hou”, kan met Cohen en Bayefsky se benadering saamgestem word. Dit is in effek ook die posisie in Duitsland en Nederland, soos hierbo bespreek is. In stede van ons in dié verband, soos Dugard (in Kahn (red) 243) aan die hand doen, op die Engelse regstelsel te verlaat, behoort ons myns insiens eerder die Duitse en Nederlandse model, wat 'n hoër vlak van geregtigheid verteenwoordig, na te volg. Afrikaans bied ons juis toegang tot die (in vele opsigte) meer ontwikkelde regstelsels van die Europese vasteland. Ons moet dit tot ons voordeel aanwend.

JMT LABUSCHAGNE  
*Universiteit van Pretoria*

#### 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



# BOEKE

## **HAHLO'S SOUTH AFRICAN COMPANY LAW THROUGH THE CASES**

by JT PRETORIUS (general editor), PA DELPORT, M HAVENGA  
and M VERMAAS

*Fifth edition; Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1991; liv and 765 pp*

Price R195,60 (hard cover) R159,44 (soft cover)

A long, long time ago, when I joined Professor Loss's class on corporation law at Harvard, he told me that he knew Professor Hahlo well and I said: "Yes, he has written a case book on company law." Not, I know, a particularly sharp reply, but I had case books on my mind. Cary's *Cases and materials on corporation law* ran to some two thousand pages and, when added to the other "cases and materials" that we had to bring to lectures, I was trying to devise some method of moving them around without spending every other day in traction. Nevertheless my reply invoked an immediate response from Professor Loss. "That," he said, "is a very fine work, but of course it is not really a case book – it doesn't have enough meat on it." At the time I thought he meant that if a book could be lifted without the aid of some mechanical device, it was not worthy of the name "case book". But later I did, I think, come to understand what he meant.

The case book began at Harvard with Professor Langdell. He believed that the case comes first – from it principles and doctrines are developed. Therefore the study of law begins with the case, the primary source. But only a relatively few cases are useful for this purpose. So he and others at Harvard compiled case books for their students. The idea was that the student would study the entire case – or at least as much of it as could be put into the book. It was for the student to sort out the relevant facts, to discover the inherent principle, and to tie it up with the principles applied in the other cases in the book. That constituted a revolution in law teaching. The lecturer's task was not to expound principles. On the contrary, it was the student's task to find them. The lecturer, using the Socratic method, was to test and develop the student's legal reasoning. This meant, of course, that the less pruning of the cases, the better the case book.

With us, however, this method does not seem to work. One reason is, perhaps, that it constitutes a view of the law diametrically opposed to all that the civil-law tradition holds dear. Certainly another reason is that only Professor Boberg could actually get his students to read the cases or – at least as far as I am concerned – to read anything at all. In the world of commercial law, there is another reason, which has perhaps something to do with lecturers' salaries. The ideal, shared by both author and publisher, is to produce a book that will be bought by the "commerce students". How many of these students there are, is a source of much speculation – but it is known that their numbers are vast. The generally accepted view is that they will not buy a book that is more than 2,5 centimetres thick, costs more than R60, and can be easily understood by, say, a moderately intelligent rhinoceros. If the book is also bought by law students, well and good. If practitioners buy it, so much the better. But the book must "meet the needs" of the prudent commerce student.

That, however, is only the “generally accepted view”. It is not shared by the staff of the Law School of the University of the Witwatersrand. They have, one might think, a rather unworldly view of the commerce student – and a faith in the law student which few of our students at Cape Town would wish us to share. This lack of realism at Wits has had a wholly predictable result. Books of outstanding scholarship have been written. The first of these was *Hahlo’s South African company law through the cases*, first published in March 1958 and now in its fifth edition. From the beginning this work was indeed an outstanding work of scholarship, and it became more and more impressive with each edition. It has now gone to Unisa where this tradition has been maintained by Professor JT Pretorius (the general editor, formerly at Wits), Professor PA Delport, Michele Havenga and Maria Vermaas.

In his preface to the fourth edition of the work, Hahlo wrote that he had retained his “old, threefold division into Text, Cases and Notes, which seems to meet the needs of both law and accountancy students, as well as of practitioners”. The book therefore tries to cater for everyone by setting out the law on three levels – the Text, the Cases, and the Notes. The first level, the Text, is a very brief statement of the law on the particular topic with some references to textbooks and articles, and with references to the relevant cases to be found on the second. The second level, the Cases, does just what an American case book ought not to do. Most cases are preceded by a concise statement of the facts at issue and only the relevant parts of the judgment are given. But this is not always true. Sometimes very little has been extracted from the judgment. At other times there is no statement of the facts and only a few lines from the judgment are given, so that we have a “quote” rather than a “case”. See, for example, *In re Newspaper Proprietary Syndicate Ltd* [1900] 2 Ch 349, where all that is given of Cozens Hardy J’s judgment are the words: “A managing director is only an ordinary director entrusted with some special powers . . .” On the third level, the Notes, there are a number of propositions for which authority is given – frequently a number of cases. They also often contain fairly lengthy quotations from the cases. And they usually end with a list of articles on the subject, both South African and foreign.

The book is therefore neither an American case book nor (at least not exactly) a general commentary. Perhaps one should accept it for what it is – a Wits case book. Perhaps because a Wits case book is not (at least not exactly) a general commentary, Pretorius has cut down the section on juristic persons and the history of company law, reducing it from twenty-six pages to three. But what *is* a Wits case book? Pretorius must have pondered this question, for he has added the words “A source book” to its title; and with this purpose in mind he has expanded the references in the Notes. Apart from a greater number of articles, there are extensive references to academic theses and dissertations. Perhaps also with the “source book” rationale in mind, all the cases have been given page references – a most useful improvement. But the book always was, and remains, far more than a source book; it is a multi-purpose book. Primarily a tool for teaching company law at different levels of complexity, it is also a book – to be used in conjunction with the standard commentaries – for the practitioner and the academic.

In his preface to the fifth edition, Pretorius says that

“[w]hile retaining the spirit of the previous editions, we decided to place greater emphasis on the developments in the South African case law”.

All the important recent South African cases have been included. This, of course, means that the section on compromises and schemes of arrangement has been greatly expanded. Here we see the two tragedies of our recent company law: the amount of time and ingenuity that has been devoted to the quest for the assessed loss; and the late Coetzee DJP’s ultimate capitulation in his valiant struggle to prevent section 311 from being used to squeeze out minority shareholders.

The declared emphasis on South African cases is understandable. But it may be dangerous. This is not only because company law ought to be as universal as possible – and for our practitioners *Hahlo* is an important source of foreign materials. It is

also because there is, in truth, really no such thing as "South African company law". One need go no further than the index of cases in *Hahlo* to demonstrate this truth. This is not merely a matter of history. Apart from schemes of arrangement and winding-up, very few company-law cases come before our courts. There are no doubt a number of reasons for this, but the most important is the size of our economy. Consequently, at least where a fundamental principle is involved, our cases are for the most part merely derivative in the sense that leading English cases are simply accepted as containing the principle to be applied.

Fortunately, the declared intention to emphasise things South African has not resulted in many of the "old cases" being left out of *Hahlo* — although for reasons I cannot explain I mourn the loss of the old case of *R v Bregner* (1814) 3 M & S 57 (rigging the market), and I think that *Jones v Ahmanson & Co* 460 P 2d 464 (1969) (SC Cal) concerns such an interesting principle (fiduciary duties of controlling shareholders when selling their control) that, although that principle is not part of our law — and whatever the effect of our new Code on take-overs — the case perhaps ought not to have been relegated to two references in the Notes. More important, most of the important recent English cases have been included. Indeed the section most greatly expanded and improved, that on Auditors, relies heavily on them. There are, however, certain recent English cases which could have been included in the Cases. I have here in mind such cases as: *Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v BSC* [1985] 3 All ER 52 CA (objective test for *ultra vires*, cutting down the effect of our s 36 and raising problems in regard to directors' purposes); *Smith v Croft* [1988] Ch 114, [1987] 3 All ER 909 (the problem of the *prima facie* test for standing in derivative actions, which must have some bearing on our s 266, where there is a similar test — although not for standing); *Cumbrian Newspaper Group Ltd v Cumberland and Westmoreland Herald Newspaper and Printing Co Ltd* [1987] Ch 1 (effect of a variation clause in the articles — still relevant for us — and the meaning of rights attached to shares); and *Breckland Group Holdings Ltd v London and Suffolk Properties Ltd* [1989] BCLC 100 (power of members — or rather the lack of it — to control directors and to institute action on behalf of the company). And, in view of the uncertainty our courts have experienced in regard to *de facto* directors, *Re Lo-Line Electric Motors Ltd* [1988] BCLC 698 ought to have been referred to in the Notes.

On the whole, Australian courts have handled the fundamental principles of company law with more assurance than our courts have. They believe themselves to be just as capable of developing these principles as the English courts; and they do not hesitate to make use of the vast storehouse of American authority and literature. They therefore provide a useful model for our courts. A number of their recent decisions ought, I think, to have found a place in the Cases. For example, *Advance Bank of Australia Ltd v FAI Insurance Ltd* (1987) 12 ACLR 118 (what information the directors can send to the shareholders at the company's expense); *Corporate Affairs Commission (SA) v Australian Central Credit Union* (1985) 157 CLR 201 (surely a leading authority on what constitutes an "offer to the public" and deserving to be in the Cases rather than merely referred to in the Notes); *Registrar General v Northside Developments Pty Ltd* (1988) 14 ACLR 543, and on appeal (1990) 64 ALJR 427 (estoppel and *Turquand*). So, too, the decisions dealing with take-overs are of great interest to us; for example, *Residues Treatment & Trading Co Ltd v Southern Resources Ltd* (1988) 14 ACLR 569 (shareholders have a personal right not to have the voting power of their shares diminished by improper actions on the part of directors) and *Darvall v North Sydney Brick & Tile Co Ltd* (1989) 15 ACLR 230 (directors' duties, the proper purpose doctrine). No doubt Pretorius was reluctant to devote even more space to directors' duties in regard to take-overs because, now, General Principle 7 of our take-over Code prohibits the use of defensive tactics by a targets board without the approval of the relevant shareholders. But General Principle 7 comes to us from the City Code, and was first formulated in the 1960s — when it could be said, with much more certainty than now, that defensive tactics are an unmitigated evil. Certainly, in America, Canada and Australia, and even in England, there has been judicial recognition of this fact. The fact that our Code on take-overs is to be applied



by the Securities Regulation Panel means that there is the possibility of a black hole appearing in our law here.

And of course our company law already has one black hole – the close corporation. Although very many more close corporations are being registered than companies, there is not a single case on close corporations in the fifth edition of *Hahlo*. The reason for this is obvious. Apart from a few cases dealing with jurisdiction on winding-up which are now only of historical interest, there are no cases on close corporations. The magistrates' courts were given jurisdiction over close corporations in order to reduce costs. But legal uncertainty also has its costs.

Of course, every reviewer of every case book ever written has pointed to cases that he thinks could have been included. The fifth edition of *Hahlo* is some 100 pages longer than the fourth. It is about as big as it can sensibly be. The selection of cases and other material is excellent, and with the additional notes and references, this *Hahlo's* case book is better than ever.

MS BLACKMAN  
University of Cape Town

## THE LAW OF CESSION

deur SUSAN SCOTT

*Tweede uitgawe; Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1990; 275 en xxvi bl*

Prys R85,80

Die eerste uitgawe van Susan Scott se *The law of cession* het in 1980 verskyn. As 'n verwerking van haar doktorsale proefskrif (1977), het die werk 'n besliste akademiese aanslag tot die materie gebring. Die grondige wyse waarop die sessieleer behandel is, gerugsteun deur uitputtende verwysings na die Suid-Afrikaanse regspraak en -literatuur, oorsese wetboeke, regspraak en literatuur, het al goue daartoe gelei dat die werk aanklank in sowel die regspraak as in praktyks- en akademiese kringe gevind het. Die verskyning van die tweede uitgawe is te verwelkom juis omdat, die positiewe bydrae van die eerste uitgawe tot die probleme oor sessie ten spyte, verskeie aspekte van die reg op hierdie gebied nog steeds in 'n toestand van ontwikkeling is.

Volgens die voorwoord (v) is die hoofmerk van die skryfster met die tweede uitgawe "to update the case law". Hierdie doelstelling word, sover vasgestel kon word, terdeë verwesenlik; die nuwe uitgawe sal derhalwe ongetwyfeld van waarde wees vir die student, akademikus en praktisyn wat dit nodig mag vind om snelle toegang tot die jongste ontwikkelinge te verkry. Dit is egter belangrik om daarop te let dat die werk nie maar net bestaan uit die teks van die vorige uitgawe, versuiker met 'n oppervlakkige bywerking van die jongste hofbeslissings en akademiese bydraes nie. Deurgaans is daar blyke van verdere en evaluerende besinning oor probleemassepekte van sessie in die lig van resente ontwikkelinge. Dit is nie moontlik om binne die bestek van hierdie bespreking die aandag te vestig op al die waardevolle insigte wat in hierdie proses na vore kom nie, en daar word derhalwe met enkele voorbeelde volstaan.

Belangwekkend is veral die besprekings van die sogenaamde dokumentreël (39–44) en van die vraag na die rol van kennisgewing van die sessie aan die skuldenaar (92–127). Die relevansie van die *causa* van 'n sessie word uitvoeriger as voorheen behandel (sien 63–64 79–85) en die verskynsel van die sessie *in anticipando* word verhelder, veral sover dit die probleme van onbepaaldheid en die moontlike ongeoorlooftheid van globale sessies

van toekomstige regte aangaan (170 – 181). Die afgeskepte kwessie van die geoorlooftheid van sessie-ooreenkomste in die algemeen geniet ook meer aandag (71 – 79; vgl ook 176 – 179). Dit is egter jammer dat die skryfster in hierdie verband nie die beslissing in *Sasfin v Beukes* 1989 1 SA 1 (A) aan 'n grondiger analitiese evaluasie onderwerp het nie. Ander belangwekkende beslissings word wel in meer diepte bespreek: die kritiek op die hantering van die probleem van die gesimuleerde sessie in *Skjelbreds Rederi A/S v Hartless (Pty) Ltd* 1981 4 SA 710 (A) (sien 85 – 91) is myns insiens goed begrond; dieselfde geld ook die skryfster se afwysende opmerkings aangaande die sogenaamde “ontbindingsooreenkoms” waarmee die hof in *Johnson v Incorporated General Insurances Ltd* 1983 1 SA 318 (A) vorendag gekom het as 'n metode om 'n sessie ongedaan te maak (54 – 57). Of die skryfster laasgenoemde uitspraak as geheel korrek lees, is egter nie so duidelik nie: die stelling (56; vgl ook 206 vn 238) dat die hof die saak beslis het op die grondslag dat daar inderdaad 'n *pactum de non cedendo* in die betrokke ver-sekeringspolis was, rym nie met die uitlating van appèlregter Joubert dat vir doeleindes van die beslissing die aangeleentheid benader moes word op die basis dat die betrokke kontrak geen sessieverbod bevat het nie (330F – G).

Die kwessie van die sessie in *securitatem debiti* en die regspraak se skynbare onvermoë om sekerheid op hierdie gebied te bewerkstellig, word in besonderhede behandel (231 – 252). Ten spyte daarvan dat Scott in hierdie werk, en ook elders, 'n wesenlike bydrae gemaak het tot die behoorlike begroning van die vorderingspand, skep die jongste uitlatings van die appèlhof in *Incedon (Welkom) (Pty) Ltd v Qwa Qwa DC Ltd* 1990 4 SA 798 (A) nie die vertroue dat die aangeleentheid spoedig bevredigend beredder sal word nie. Om, ten spyte van die kritiek teen *Marais v Ruskin* 1985 4 SA 659 (A) (Scott 147 234 238 vn 33), die algehele sekerheidsessie onder die vlag van verpanding te laat vaar sonder om vorige gesag tot die teendeel te verwerp insluitende beslissings soos *National Bank of South Africa Ltd v Cohen's Trustee* 1911 AD 235 en *Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy Bpk* 1985 2 SA 729 (A), is nie goed genoeg nie. Die huidige toedrag van sake is nie net teoreties onverkwiklik nie, maar kan geredelik ook daartoe lei dat die verwagtinge van partye en die praktyk met 'n gepoogde verpanding verrydel word deurdat die appèlhof, ingestel op die handhawing van 'n gewaande dogmatiese suiwerheid, 'n geheel ander betekenis aan die begrip gee (vgl Scott 234).

Uit die voorafgaande moet nie afgelei word dat *The law of cession* in sy huidige gewaad in alle opsigte vry van kritiek staan nie. Vanuit byvoorbeeld 'n formele of sistematiese oogpunt blyk dit dat die sistematiek wat gevolg word in die behandeling van die materiaal steeds dié van die vorige uitgawe is. Na die oordeel van hierdie leser is die gekose werkswyse nie in all opsigte geslaagd nie. So word in hoofstuk 8 onder die titel “Effect of cession” en in hoofstuk 11 onder die hoof “Consequences of cession” aangeleent-hede behandel wat in noue verband met mekaar staan. Waarom hierdie besprekings geskei moet word deur hoofstukke wat handel oor die onderskeid tussen sessie en ander regs-erskynsels (hoofstuk 9) en die oordraagbaarheid van vorderingsrege (hoofstuk 10) is nie volkome duidelik nie. Die interne struktuur en inhoud van hoofstuk 10 is ook nie bevredigend nie. Die reël dat die posisie van die skuldenaar nie deur sessie beswaar mag word nie, pas na my oordeel nie goed hier in nie. Gebruikers van die vorige uitgawe is teen hierdie tyd egter seker al gewoon aan die skryfster se sistematiek, en die omvat-tende indeks vergemaklik weliswaar die vind van materiaal vir diegene wat hulp nodig mag hê.

Inhoudelik is daar ook aspekte van die skryfster se standpunte wat meningsverskil en kritiek sal ontlok. Die siening dat lewering van die dokument as formaliteit vir sessie gestel behoort te word (40 – 41), is nie oortuigend nie. Die negering van die moontlikheid dat behoud van die dokument deur die sedent moontlik in gepaste omstandighede tot 'n estoppel teen die sessionaris kan lei, word elders (1987 *De Jure* 25; vgl Oelofse 1990 *THRHR* 69) op 'n te kategoriese wyse afgemaak. Die enigins onverklaarbare traagheid van die skryfster om enige werking aan die leerstuk van estoppel in die konteks van sessie toe te ken, blyk ook uit die verwerping van Nienaber se argument dat die

beskerming van die skuldenaar wat te goeie trou aan die sedent betaal op estoppel neerkom (120). Die skryfster se eie standpunt aangaande die relevansie van kennisgewing berus op die sogenaamde "dual nature" wat aan die verskynsel "sessie" toegeskryf word (95 – 102 120 – 123). Terwyl dit inderdaad so is dat sessie tegelyk 'n vervanging van skuldeiser en 'n vermoënsregtelike verskuiwing behels, is die siening dat laasgenoemde verskuiwing sonder meer voltooi word terwyl die verbintenisregtelike vervanging eers intree wanneer kennis aan die skuldenaar gegee word, steeds moeilik om te verteer (vgl Joubert *Die regsbetrekkings by kredietfaktorering* 438 ev; Harker "Book review: The law of cession" 1981 *SALJ* 285).

Hierdie aspekte, hoewel van fundamentele belang, behels aangeleenthede waaroor die reg onseker is en waaroor daar na my mening ruimte vir meningsverskil bestaan. Inderdaad is uiteenlopende standpunte – al is dit op 'n hoë vlak van teoretiese abstraksie – juis te verwelkom in soverre alternatiewe konseptuele weë vir die bevredigende hantering van praktiese probleme sodoende vir regterlike oorweging aan die lig kom.

Alles inaggenome, maak *The law of cession* op hoë vlak 'n stimulerende en positiewe bydrae tot die uitbou van 'n lewenskragtige en interessante regsfiguur. Die verandering in die formaat van die boek, tesame met die besliste poging om die skryfstyl – wat in die vorige uitgawe by tye geforseerd en enigszins pedanties was – te vereenvoudig, dra beslis tot die toeganklikheid van die materie by. Die tweede uitgawe van *The law of cession* is 'n selfstandige werk in eie reg en nie bloot maar net 'n aangepaste akademiese proefskrif nie; dit kan dus sterk aanbeveel word.

GF LUBBE

*Universiteit van Stellenbosch*

## THE LAW OF OBLIGATIONS ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION

deur REINHARD ZIMMERMANN

*Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1990; lxiv en 1241 bl*

Prys R260,00 + BTW

Ek gaan my verstout om te sê dat daar nog nie 'n beter regsboek in hierdie land gepubliseer is as *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition* nie. Soos Chapman s'n is dit ook 'n boek om by die eerste deurblaai daarvan die gewaarwording by 'n mens te wek wat Cortez (of dan eintlik Balboa) op daardie piek in Darien moet ervaar het. En by nadere kennismaking groei 'n mens se verwondering (en bewondering) slegs. Die studie, navorsing en kennis waarvan die boek getuig, is verstommend en die wyse waarop en gemak waarmee die kennis hanteer word, benydenswaardig.

In sy voorwoord (xi) verklaar professor Zimmermann dat hy die soort boek probeer skryf het wat hy graag vir sy studente beskikbaar sou wou gehad het of, anders gestel, die soort boek wat hy self sou geniet het om te lees toe hy 'n student was. Zimmermann het hier waarskynlik sy Romeinse reg-studente in gedagte, maar ek wens dat ek sy boek as verpligte leesstof vir al my voorgraadse verbintenisregstudente kon voorskryf. Die boek is soveel meer as 'n verhandeling oor 'n gedeelte van die Romeinse reg. Dit sal oneindig verrykend wees vir enige student van die kontrakte-, delikte- of verrykingsreg om kennis te maak met Zimmermann se verduideliking van hoe, waar en waarom bepaalde reëls en begrippe van die verbintenisreg in die Romeinse reg ontstaan het, sy beskrywing van die evolusie van sodanige reëls en begrippe tot die vorm waarin hulle in die huidige Suid-Afrikaanse of Duitse reg voorkom en sy vergelyking van die betrokke reëls en begrippe met ooreenstemmende en analoë begrippe en reëls van die Engelse verbintenisreg.



Ongelukkig sal die reeds vol voorgaande leergange aan my universiteit (en ek vermoed ook aan ander Suid-Afrikaanse universiteite) nie toelaat dat 'n boek van die omvang van *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition* as addisionele (verpligte) studiemateriaal voorgeskryf word nie.

Maar die waarde van Zimmermann se werk gaan uiteindelik slegs in betreklik geringe mate afhanklik wees van die nut wat voorgaande studente daarvan kan hê. Verreweg die grootste waarde van die boek gaan geleë wees in die verdiepte en nuwe insigte wat dit ongetwyfeld tot gevolg gaan hê by almal – nagraadse studente, dosente, praktisyns, regters, wie ook al – wat op meer gevorderde vlak met die verbintenisreg doenig is. Ek is daarvan oortuig dat “Zimmermann” in Suid-Afrika die standaard naslaanwerk oor die Romeinsregtelike verbintenisreg gaan wees en buite Suid-Afrika minstens een van die standaard naslaanwerke. (In Suid-Afrika kan dit tot 'n aansienlike hoogte ook dien as naslaanwerk oor die Suid-Afrikaanse verbintenisreg self – navorsing oor die meeste verbintenisregtelike probleme gaan voortaan by “Zimmermann” begin.)

Ek gaan nie probeer om hier 'n opsomming van professor Zimmermann se boek te gee nie. Ek kan net meld dat na 'n inleidende gedeelte waarin die aard van verbintensisse, die ontstaan en historiese ontwikkeling van die begrip verbintenis en die implikasies van die begrip bespreek word, die boek gewy is aan die drie vernaamste bronne van verbintensisse, te wete kontrak, delik (insluitend risiko-aanspreeklikheid) en ongeregverdigde verryking. Miskien moet ek ook net meld dat soos 'n mens sou verwag, die omvangryke registers van dieselfde hoë gehalte as die res van die boek is.

Die drukwerk en tegniese afwerking van die boek laat in alle opsigte reg geskied aan die inhoud daarvan.

Ek gaan nie verskoning aanbied vir wat sommige persone as oordrewe aanprysing van 'n boek kan beskou nie. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition* is 'n boek wat die adjektief “magistraal” verdien: 'n boek om ander outeurs beskeie te hou.

JG LOTZ

*Universiteit van Suid-Afrika*

## THE SECTIONAL TITLE HANDBOOK

deur G PADDOCK

*Tweede uitgawe; Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1990; 194 bl*

Prys R38,00 + BTW (sagteband)

Die vervanging van die Wet op Deeltitels 66 van 1971 deur die Wet op Deeltitels 95 van 1986 (die sogenaamde “tweede geslag Wet op Deeltitels” – hierna “die wet”) het die tweede uitgawe van hierdie werk genoodsaak.

Sowel die eerste as die tweede uitgawe van die werk behels die daarstel van 'n praktiese riglyn oor die werking van deeltitels vir persone soos voornemende kopers en eienaars van deeltiteleenhede, en die trustees van 'n deeltitelskema. Laasgenoemde is natuurlik veral gemoed met die toepassing van die wet. Hoewel die werk dus nie vir regsgeleerdes geskryf is nie, het die eerste uitgawe homself wel as 'n belangrike basiese kenbron van die reg insake deeltitels bewys.

Die tweede uitgawe behandel die wet duidelik en verstaanbaar. Belangrike verskille tussen die 1971- en die 1986-wet word in die besonder uitgelig. In hierdie verband kan die behandeling van die uitbreiding van 'n bestaande skema, die sogenaamde fase

ontwikkeling en uitsluitlike gebruiksareas wat onderskeidelik in hoofstukke 5 en 6 behandel word, as voorbeelde dien.

Sekere aspekte van eiendomstyddeling en behuisingsbelange vir afgetrede persone word ook behandel. Die klem val op 'n basiese begripsverklaring en sekere verbruikersbeskerminingsaspekte. Hoofstuk 4 word aan die omskepping van 'n aandeelblok kragtens die Wet op Beheer van Aandeelblokke 59 van 1980 gewy.

In die geheel gesien voldoen die boek aan die doelstellings soos deur die outeur in sy voorwoord gestel. Daar word egter voorgestel dat 'n lys van die artikels van die wet met onderwerpe bygevoeg word. Laasgenoemde sal die kruisverwysings tussen die wet en die bespreking in die boek self vergemaklik.

A BORAINÉ

*Universiteit van Pretoria*

## VERDICTS OF THE MEDICAL COUNCIL

by T VERSCHOOR

*Digma Pretoria 1990; 124 pp*

Price R48,00 + VAT (soft cover)

This book is a translation of the Afrikaans work, *Uitsprake van die mediese raad*, published in 1986. It has been updated by the author to include more recent verdicts and a number of new rules.

The South African Medical and Dental Council possesses the authority to investigate and rule on the conduct of medical practitioners. It is therefore of the utmost importance for medical practitioners and legal practitioners who are consulted on medico-legal issues to be aware of the professional and ethical implications of their acts and advice.

The book is divided into two parts. In part one, verdicts on published rules of conduct are discussed. The wording of each rule is supplied, followed by a number of practical verdicts on that rule. In the selection of cases, the author has concentrated on examples providing a new perspective on an existing rule or verdicts which fall outside the published rules. Rules discussed in part one are the following:

Rule 1 (advertising); rule 2 (business advertisements); rule 3 (name-plates); rule 4 (visits by a physician or dentist to a place other than that at which he resides or practises); rule 5 (letterheads and account forms); rule 6 (prescription forms); rule 7 (canvassing and touting for patients); rule 8 (fees, commission and partnerships); rule 9 (covering); rule 10 (clubs, societies, etc); rule 11 (association with charitable institutions); rule 12 (tendering); rule 13 (consultants and specialists); rule 14 (supercession); rule 14 bis (improperly impeding a patient); rule 15 (professional reputation of colleagues and other registered persons); rule 16 (professional secrecy); rule 17 (certificates); rule 18 (impressions); rule 19 (professional appointments, other than appointments made under the Public Service Act); rule 20 (secret remedies, etc); rule 21 (consulting rooms); rule 22 (practice name); rule 23 (practice of radiology); rule 24 (council's statutory duties); rule 25 (performance of professional acts by medical practitioners and dentists); rule 26 (exploitation); rule 27 (dentists employing unregistered persons to perform certain specified acts); rule 28 (medicines); rule 29 (prescription or supply of specific medicines); and rule 30 (payment of account of dental technician).

The second part of the book consists of verdicts on unpublished rules of conduct and covers a wide variety of topics – some which are of current interest, for example, guidelines in the treatment of HIV-infected patients. Specific verdicts are discussed under each topic and these vary in detail, but provide a clear picture of what is generally expected of medical practitioners under certain circumstances. Topics selected include:

Failure of medical practitioner to supply information on request; refusal to treat; fees; anaesthetists; employing of paramedical staff; sterilisation; names of partnerships; conviction in a criminal court; competing with supplementary health service professions; practising without registration; representing as specialist; prescribing of medicine without examination; accounts; non-compliance with conditions laid down by the council; harmful or dangerous treatment; inept or unsatisfactory treatment; rendering service under influence of liquor; autopsies; performing of dentistry by medical practitioner; unnecessary treatment; exceeding of limited registration; supervision of laboratories; statements of casualties; homeopathy; practicing in bodies having legal personality; and HIV-infected patients.

Finally, the work contains regulations regarding the conducting of investigations in terms of section 41 of the Medical, Dental and Supplementary Health Services Act 56 of 1974. This is followed by examples of a form of summons (annexure A) and a form of summons to appear before the South African Medical and Dental Council (annexure B).

The book contains a complete index facilitating easy access to any particular topic or rule. It will undoubtedly be of great value in providing more certainty and easy access in the complex field of medical ethics. It should be of particular benefit to medical practitioners, legal practitioners or anyone involved or interested in medical ethics.

R PRETORIUS  
*University of South Africa*

#### **BUTTERWORTHS-PRYS**

*Dit doen die redaksie genoë om aan te kondig dat die Butterworths-prys vir die beste eersteling-bydrae van 1991 toegeken is aan:*

Dr B de Villiers  
Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing



## *Willem Adolf Joubert: 1918/10/27–1992/04/13*

### *in memoriam*

Op 13 April 1992 het Willem Joubert stil heengegaan in sy woning te Pretoria, waar hy liefdevol versorg is deur sy eggenote tydens sy laaste en langdurige ongesteldheid wat hy met voorbeeldige berusting en kloekmoedigheid verduur het.

Willem Adolf Joubert, 'n regstreekse afstammeling van Pierre Joubert, die Franse Hugenoot wat in 1688 na die Kaap gekom het, is gebore te Stellenbosch waar hy grootgeword en skoolgegaan het. Na afloop van sy skoolloopbaan studeer hy aan die Universiteit van Stellenbosch waar hy die grade BA (*cum laude*), MA in Klassieke Tale (ook *cum laude*), LLB en uiteindelik LLD (in 1950) behaal het. Sy gepubliseerde doktorsale proefskrif, *Grondslae van die persoonlikheidsreg*, wat hy onder leiding van professor WMR (Mortie) Malherbe voltooi het, het 'n standaardwerk oor dié onderwerp in Suid-Afrika geword.

WA Joubert het sy loopbaan begin as lektor aan die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys in 1945. In 1952 het hy 'n aanstelling as hoogleraar in regte aan die Universiteit van die Oranje-Vrystaat aanvaar waar hy ook benoem is tot dekaan van die Fakulteit Regsgeleerdheid. In 1959 het hy 'n aanbod van 'n leerstoel in Privaatreg aan die Universiteit van Suid-Afrika aanvaar, en was in dié hoedanigheid werksaam vanaf 1960 tot met sy aftrede in 1979. Gedurende die tydperk 1960 tot 1969 het hy waardevolle diens aan die universiteit as dekaan van die Fakulteit Regsgeleerdheid gelewer.

Professor Joubert se loopbaan as regsdosent was hoogstaande. Onder sy bekwame leiding het die Unisa-Regsfakulteit een van die toonaangewende in Suid-Afrika geword wat ook bekendheid ver buite die landsgrense verwerf het. 'n Hele aantal nagraadse studente het onder sy arbeidsame leiding hul grade verwerf. Een van sy belangrikste take was die uitbouing van die Unisa-regsbiblioteek tot een



van die grootste en volledigste op die vasteland van Afrika. Hy het ook die inisiatief geneem met die totstandbrenging by Unisa van die VerLoren van Themaat Sentrum vir Volkereg en die Instituut vir Buitelandse Reg en Regsvergelyking.

WA Joubert het 'n wesenlike bydrae gelewer tot die redigering en totstandbrenging van regstydskrifte. In 1960 het hy die redakteur-skap van die *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* oorgeneem van professor Daniel Pont. Tot 1979 was hy redakteur van die *Tydskrif* wat onder sy leiding nuwe hoogtes bereik het. In 1968 het hy die *Comparative and International Law Journal* tot stand gebring en die eerste redakteur daarvan geword, 'n amp wat hy tot 1972 beklee het. Hy was ook mede-oprigter van drie ander tydskrifte, naamlik *Codicillus*, die *SA Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie* en *Moderne Besigheidsreg*. Willem Joubert was ook verantwoordelik vir een van die mees omvangryke en ambisieuse regspublikasieprojekte wat ooit in Suid-Afrika aangepak is, naamlik die ensiklopediese reeks *The Law of South Africa*. Hierdie reeks is deur die uitgewersfirma Butterworths van stapel gestuur op sy inisiatief. Die eerste band het in 1976 verskyn en by sy dood was daar reeds 28 bande gepubliseer. Hy was hoofredakteur van die reeks tot 1983 en was daarna vir nog 'n tyd in 'n ere-hoedanigheid by die projek betrokke. Deur hierdie gesaghebbende werk is sy naam verewig in die geskiedenis van die twintigste-eeuse Suid-Afrikaanse reg.

In sy publikasies, sy studiegidse, sy werk as redakteur van regstydskrifte en sy studieleiding aan nagraadse studente, het professor Joubert voorts 'n belangrike bydrae tot die bevordering en ontwikkeling van Afrikaans as regstaal gelewer.

Hy het talle eerbewyse ontvang – onder meer ere-doktorsgrade van die Universiteit van die Oranje-Vrystaat en die Universiteit van Suid-Afrika – en verskeie uitnodigings vir oorsese besoeke. In 1988 het Butterworths 'n *Huldigingsbundel vir WA Joubert* gepubliseer, wat by geleentheid van sy sewentigste verjaarsdag deur die uitgewer en dankbare oudstudente en kollegas aan hom oorhandig is.

Langs hierdie weg bring die redaksie van die *Tydskrif* hulde aan Willem Joubert, nie net as onvermoeide voormalige redakteur van die *Tydskrif* nie, maar ook as 'n groot seun van Suid-Afrika en 'n juris wat sy stempel onuitwisbaar op die regswetenskap te lande afgedruk het. Ons betuig ons opregte meegevoel met sy weduwee, mevrou Hulda Joubert, en sy kinders en kleinkinders, met hul groot verlies.

SA STRAUSS

*FLH Rumpff: 1912/06/05 – 1992/04/04*

*in memoriam*

Die *Tydskrif* het met diepe leedwese verneem van die heengaan van Sy Edele oud-hoofregter FLH Rumpff op 4 April 1992, ongeveer twee maande voordat hy sy tagtigste lewensjaar sou voltooi het.

Aangesien daar reeds by geleentheid vollediger oor sy vrugbare loopbaan verslag gedoen is (sien 1974 *De Jure* 3; 1991 *THRHR* 171-172), word hier met 'n beknoppte lewenskets volstaan. Hy is in 1912 te Standerton gebore, matrikuleer te Pretoria en behaal die grade BA (1933) en LLB (1935) aan die Universiteit van Pretoria. Hy begin in 1938 as advokaat praktiseer tot met sy aanstelling as regter van die Transvaalse Provinsiale Afdeling in 1952. In 1959 word hy regter-president van die Transvaal, in 1961 tot appèlregter benoem en in 1972 bereik hy die hoogste sport in 'n regsloopbaan: sy aanstelling as Hoofregter van die Republiek van Suid-Afrika, 'n amp wat hy tot 1982 met groot onderskeiding beklee het. Hy was gedurende sy lewe onder andere ook regsdosent, voorsitter van vele belangrike kommissies en ander liggame, en het as regter verskeie belangwekkende en toonaangewende uitsprake geskryf. Hierbenewens is drie eredoktorsgrade aan hom toegeken: die Universiteit van Pretoria (1978), die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys (1980) en die Randse Afrikaanse Universiteit (1986).

Die *Tydskrif* eer die nagedagtenis van oud-hoofregter Rumpff, nie net vanweë sy jarelange verbintenis met die *Tydskrif* nie (hy het vir 'n termyn van ses-en-twintig jaar (1964-1990) in die Bestuur van die Vereniging Hugo de Groot gedien – die laaste sestien jaar as voorsitter – en was sedert 1991 ook 'n erelid van die redaksiekomitee), maar ook omdat ons land 'n groot Suid-Afrikaner en een van ons knapste voormalige regters verloor het.

Die *Tydskrif* spreek sy innige meegevoel met mevrou Rumpff, sy ander naasbestaandes en vriende uit.

JOHANN NEETHLING



# Personal rights and limited real rights: an historical overview and analysis of contemporary problems related to the registrability of rights\*

AJ van der Walt

*BLur Honns (BA) LLM LLD*

*Professor of Private Law, University of South Africa*

## OPSOMMING

**Persoonlike regte en beperkte saaklike regte: 'n historiese oorsig van en ondersoek na huidige probleme in verband met die registreerbaarheid van regte**

In *Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds* 1990 4 SA 614 (K) is beslis dat 'n ooreenkoms ingevolge waarvan 'n grondeienaar aan iemand anders 'n som geld moet oorbetal, die basis van 'n registreerbare beperkte saaklike reg kan vorm. Hierdie beslissing het reeds in besprekings daarvan heelwat kritiek uitgelok, en bring etlike probleme wat voorheen met die registreerbaarheid van regte ondervind is, weer na vore. In hierdie artikel word die onderskeid tussen saaklike en persoonlike regte kortliks histories ondersoek; daar word bevind dat die "subtraction from the dominium"-toets wat tans in die howe toegepas word op De Groot se onderskeid tussen eiendomsreg en beperkte saaklike regte berus. Die verskillende teorieë aangaande die onderskeid tussen saaklike en persoonlike regte en die kritiek op hierdie teorieë word geanaliseer; die slotsom is dat die kritiek nie altyd gegronnd is nie en dat die onderskeid wel aan die hand van bestaande kriteria en maatstawwe sinvol gemaak kan word. Die aard van 'n ooreenkoms om 'n geldsom oor te betaal, word in die lig hiervan bespreek; daar word aan die hand gedoen dat so 'n ooreenkoms, veral in die lig van bepaalde sosio-ekonomiese en regspolitiese oorwegings, wel die basis van 'n beperkte saaklike reg behoort te kan vorm indien die betaling van die geldsom nou genoeg aan die gebruik en ekonomiese eksploitasie van die grond self verbind is.

## 1 INTRODUCTION: *PEARLY BEACH TRUST v REGISTRAR OF DEEDS*<sup>1</sup>

In a recently reported case the question was asked whether a certain condition in an agreement of sale of immovable property was registrable in terms of the Deeds Registries Act 47 of 1937, once again focusing attention upon the nature of real rights and the registrability of rights and conditions created in contracts for the sale of immovable property. The applicant in this case approached the Cape Supreme Court for an appropriate order because the Registrar of Deeds refused to register the deed containing the condition.

---

\* Part of the research for this article was made possible by the financial assistance of the Alexander von Humboldt-Stiftung (Bonn) and the Human Sciences Research Council (Pretoria).

1 1990 4 SA 614 (C).

The condition in question<sup>2</sup> provided that a third party was entitled to receive from the transferee and/or its successors in title one third of the net consideration received:

- (a) from the grantee of any option or rights to prospect for minerals on the property;
- (b) in consequence of the expropriation of the property;
- (c) upon the disposal of the property to any authority vested with the power of expropriation by law.

The registrar's refusal to register this condition was based upon his interpretation of section 63(1) of the Deeds Registries Act which provides<sup>3</sup> that

“[n]o deed, or condition in a deed, purporting to create or embodying any personal right, and no condition which does not *restrict the exercise of any right of ownership* in respect of immovable property, shall be capable of registration”.<sup>4</sup>

The court<sup>5</sup> noted that the criterion for registrability as envisaged in this section had been introduced into section 63 on the strength of case law in which the so-called subtraction from the *dominium* test was formulated.<sup>6</sup>

It was common cause in the case that the condition in question was not a personal right, in so far as it bound not only the owner of the land but also his successors in title.<sup>7</sup> The registrar nevertheless argued that the condition did not “restrict any right of ownership in the land”, and that it created nothing more than an obligation to pay over a share in the proceeds of a grant, sale or expropriation, without limiting the right of successive owners *per se*, because there was no obligation to grant any of the relevant rights to the land. In short, the owner and his successors were not obliged to grant prospecting rights or to sell the land to an expropriating authority, and prior to expropriation there was no obligation upon the owner or his successors to share the compensation with a third party, so that the obligation to pay over part of the proceeds of such a grant, sale or expropriation, should it have taken place, was not a diminution of the ownership as such. It seems, therefore, that the registrar's objection was based upon the assumption that an obligation to share the proceeds of a grant, sale or expropriation could amount to a subtraction from the *dominium* only if it actually obliged the owner and his successors in title to effect such a grant, sale or expropriation, thereby diminishing the owner's right of disposal.

In its decision the court (per King J) analysed and discussed the case law pertaining to the subtraction from the *dominium* test,<sup>8</sup> and arrived at the conclusion that the

“test of registrability has been whether the correlative obligation is binding upon the successors in title of the person upon whom the obligation rests”.<sup>9</sup>

2 See the *Pearly Beach* case 615B–D.

3 Thereby qualifying s 3(1)(r) of the act, which provides that the registrar must register “any real right, not specifically referred to in this sub-section . . .”

4 My italics.

5 615G–H.

6 Especially *Ex parte Geldenhuys* 1926 OPD 155 163; but cf *Schwedhelm v Hauman* 1947 1 SA 127 (E) 136 as well as *Ex parte Pierce* 1950 3 SA 628 (O) 636A, where it was termed the “diminution of ownership”. See further par 3 2 below for a discussion of the relevant case law.

7 615D–E.

8 615G–618D.

9 618C–D.

Since the obligation in question was clearly intended to bind not only the transferee but also his successors in title, it was decided that the condition was registrable.<sup>10</sup> This obligation was described by the court as “a charge . . . which qualifies the right of an owner to enjoyment of the *jus disponendi*”.<sup>11</sup>

## 2 THE CLASSIFICATION OF RIGHTS: A BRIEF HISTORICAL OVERVIEW

### 2.1 Introduction: Roman law

Neither the theory of (subjective) rights with its distinction between real rights, creditor's rights, personality rights and immaterial property rights<sup>12</sup> nor the more elementary distinction between real and personal rights is of Roman origin.<sup>13</sup> Feenstra<sup>14</sup> calls the authoritative essay of Pugliese<sup>15</sup> an acceptable compromise between the Pandectist approach<sup>16</sup> and an overly critical approach.<sup>17</sup> According to Pugliese, the concept of real rights and the distinction between real and personal rights was worked out by the Postglossators and by French, Dutch and German Romanists during the sixteenth, seventeenth and eighteenth centuries; but the theoretical concepts with which it was built were already present in an undeveloped form in the work of some of the Glossators. In their turn the Glossators gleaned these concepts from Roman sources, which does not mean that the concepts of real<sup>18</sup> and personal rights were used by the Romans. Even though the Romans did know and use the concepts *actiones in*

10 618E.

11 *Ibid.*

12 The history of the theory of subjective rights is set out by Villey “Les origines de la notion du droit subjectif” *Archives de Philosophie du Droit* new series 2 (1953–1954) 103–187; Villey “La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scholastique” in *La seconda scholastica nella formazione del diritto privato moderno, incontro di studio Firenze, 16–19 Ottobre 1972, Atti, a cura de P Grossi (Per la storia del pensiero giuridico moderno I)* (1973) 53–71. Cf Schrage *Actio en subjectief recht: over Romeinse en middeleeuwse wortels van een modern begrip (Openbare les Vrije Universiteit Amsterdam 31 Maart 1977)* (1977) 1–72.

13 See the following with regard to the history of this distinction: Villey “Le *ius in re* du droit romain classique au droit moderne, suivi des fragments pour un dictionnaire du langage des Glossateurs” in *Conférences faites à l’Institut de droit romain en 1947 (Publications de l’Institut de droit romain de l’Université de Paris, 6)* (1950) 187–225; Feenstra *Ius in re: het begrip zakelijk recht in historisch perspectief (Thorbecke-colleges 4, Rijksuniversiteit Gent 10 Maart 1978)* (1979) 1–27; Feenstra “Real rights and their classification in the 17th century: the role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann” 1982 *The Juridical R* 106–120; Feenstra “*Dominium* and *ius in re aliena*: the origins of a civil law distinction” in Birks (ed) *New perspectives in the Roman law of property: essays for Barry Nicholas* (1989) 111–122. Some of the modern literature concerned with this distinction is cited by Feenstra *Ius in re* (1979) 4–6.

14 *Idem* 6–8.

15 “Diritti reali” in *Enciclopedia del diritto* XIV (1964) 755–776.

16 According to which Roman law is regarded as the direct source of modern legal institutions and theories.

17 Which would deny any connection between Roman and modern legal institutions.

18 The concept *ius in re* does occur in a number of texts such as *D* 9 4 30 and *D* 39 2 19 *pr*, but in an untechnical sense, without creating a category that is distinguished in any technical sense from other categories: see Feenstra *Ius in re* 6 fn 33. Cf Van Warmelo “Real rights” 1959 *Acta Juridica* 84–98, esp 84.



*rem* and *actiones in personam*, Pugliese does not subscribe to the oversimplified assumption, which is still widely accepted in South Africa,<sup>19</sup> that these concepts are a kind of procedural shadow of the later and more fundamental distinction between real and personal rights. It is, in fact, not at all clear that the situation that underlies an *actio in rem* is an exact or complete procedural copy of what is now known as a real right.<sup>20</sup> It is, therefore, at least an oversimplification to see the Roman distinction between *actio in rem* and *actio in personam* as a prefiguration of the modern distinction between *ius in re* and *ius in personam*, even though Roman law may be regarded as the indirect source of the building materials from which this distinction was later created.

## 2.2 Medieval and early modern developments

According to Feenstra<sup>21</sup> the concept *ius in re* was also not used by the Glossators in any technical sense. The Glossators' definition of and approach to *dominium* made it unnecessary for them to grant *dominium* a special position among the *iura in re*, and consequently they never arrived at a clear distinction between an *actio in rem* (based upon *dominium*) and an *actio in personam* (based upon *obligatio*).

It is now widely accepted that the technical terms *ius in rem* and *ius ad rem* and the distinction between them are based upon the Postglossators' distinction between *iura realia* and *iura personalia* and their correlation to the *actiones in rem* and the *actiones in personam* respectively.<sup>22</sup> The Postglossators also developed a much clearer vision of what a real right entails,<sup>23</sup> and explicitly classified *dominium*<sup>24</sup> as one of the *iura realia*, but they still did not regard *dominium* as a special category compared to the other real rights. The Postglossators<sup>25</sup> developed the concept *ius ad rem* as a direct opposite to *ius in re*,<sup>26</sup> thereby preparing the ground for the emergence of the theoretical distinction between real and personal rights during the sixteenth century.

19 See Scholtens "Bartolus and his doctrine of subjective rights" 1958 *Acta Juridica* 163–169; Van Warmelo 1959 *Acta Juridica* 85; Van der Vyver "The doctrine of private-law rights" in Strauss (ed) *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (1988) 203–204; Van der Merwe *Sake-reg* (1989) 58–59.

20 See Feenstra *Ius in re* 7. The reason for oversimplified assumptions such as this is of Pandectist origin: people tend to forget or ignore the fact that Roman law was fundamentally different from modern law, both in its practical working and its theoretical explanation. Cf Van den Bergh *Eigendom: grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip* (1988) 39–43.

21 *Ius in re* 8–12. However, cf Meijers "Het zogenaamde jus ad rem" 1950 *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* (1st series) vol 5 (1950) (= *Mélanges Fernand de Visscher* vol IV) 186, where Accursius is credited with the first technical use of the term *ius ad rem*.

22 See Feenstra *Ius in re* 13–17 and sources cited there.

23 Cf in this regard Van Warmelo 1959 *Acta Juridica* 84–98 86 ff.

24 In the narrow sense, relating to ownership of corporeals only. *Dominium* was also used in a wider sense, which refers to both corporeals and incorporeals (see Feenstra *Ius in re* 13 and examples cited there). Baldus on C 2 3 28 provided the first more or less complete list of *iura realia*: *ius dominii directi*, *ius dominii utilis*, *ius quasi dominii*, *ius hereditatis*, *iura servitutum realium et personalium* and *hypotheca*.

25 And, more specifically, the French Canonist school, in the collection of glosses known as *Animal est substantia* (1206–1210): see Feenstra *Ius in re* 15 and the sources cited there in fn 71 and 72.

26 Cf Feenstra *Ius in re* 15–16 and sources cited there with regard to the relative contributions of the Canonists, the feudists, the legists and the school of Orléans in developing this concept.

During the sixteenth century Johannes Apel (1485 – 1536) introduced a significant development in the form of a drastic departure from the accepted classification of rights as developed by Gaius.<sup>27</sup> Apel made the distinction between *ius in re* and *ius ad rem* the main division of private law.<sup>28</sup> However, he did not work this division out very consistently, and in fact *dominium* and *obligatio* rather than the wider concepts of *ius in re* and *ius ad rem* are the two main pillars of his work.<sup>29</sup> Since his system of rights did not include or allow for a direct contrast between *dominium* and other real rights, Apel did not provide the theoretical basis for the eventual theoretical classification of real rights.<sup>30</sup> However, his basic distinction between real and personal rights was of great importance for further developments, and consequently both this distinction and a division of the real rights in some form or other<sup>31</sup> became commonplace during the sixteenth century.

The now well-known fundamental classification of real rights into ownership on the one hand and the so-called limited real rights on the other was introduced by Hugo Donellus (1527 – 1591).<sup>32</sup> According to Donellus an owner's *dominium* could be diminished<sup>33</sup> by the transfer of certain rights that were taken away from the owner, and these rights he called *iura in rebus alienis*. In this way the fundamental distinction between personal and real rights on the one hand and between ownership and limited real rights on the other became the basis for the modern theory of limited real rights. This theory was further expanded by a number of Roman-Dutch and German authors between the sixteenth and nineteenth centuries.<sup>34</sup>

### 2 3 Hugo Grotius (1583 – 1645) and Roman-Dutch law

In his influential *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*<sup>35</sup> Grotius divided patrimonial rights into *beheering* and *inschuld*,<sup>36</sup> a division that

27 Gaius distinguished between *personae*, *res* and *actiones*: see *Gai Inst* 1 8.

28 In his *Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam accommodata* (ed 1535 Nuremberg); see Feenstra *Ius in re* 17 – 19; Feenstra 1982 *The Juridical R* 106 – 107; Feenstra “*Dominium and ius in re aliena*” (1989) 114 – 115.

29 See Feenstra *Ius in re* 19.

30 *Ibid.*

31 The divisions of real rights into four, five or six categories varied from one author to the next; cf examples mentioned by Meijers “Art. 584 B.W. en de zakelijke rechten” 1907 *Rechtsgeleerd Magazijn* 271 – 299 (= Meijers *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen* II (1955) 8 – 26); Feenstra *Ius in re* 16 – 22; Feenstra 1982 *The Juridical R* 106 – 120; Feenstra “*Dominium and ius in re aliena*” 113 – 115.

32 In his *Commentariorum iuris civilis libri viginti octo* lib 9 cap 13 par 1 (ed Norimbergae 1822 346). Originally Feenstra (*Ius in re* 20 – 27; “Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlicher und spätscholastischer Quellen” in *Festschrift für Franz Wieacker* (1978) 234) gave the credit for this innovation to Hugo Grotius, but in a subsequent publication he revised his opinion and credited Donellus: see Feenstra “*Dominium and ius in re*” 115 ff.

33 He used the term *imminutio*: see *Commentarii* lib 9 cap 10 par 1 (ed 1822 312).

34 See Feenstra (*Ius in re* 20 – 24; 1982 *The Juridical R* 106 – 120; “*Dominium and ius in re aliena*” 113 – 116) for a discussion of the importance of other authors such as Heinrich Hahn (1605 – 1668) and Gerhard Feltmann (1637 – 1696).

35 Written between 1619 and 1621. The edition referred to is that by Dovring, Fischer and Meijers, Leiden 1952.

36 The later and narrower distinction between *dominium* and *creditum* in *De jure belli ac pacis* 1 1 5 (written 1625; references here are to the edition of Kanter-Van Hettinga Tromp, Lugdunum Batavorum 1939) is of less importance; see Feenstra “Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius” (1978) 227.

corresponds to that between real and personal (or creditor's) rights. *Beheering*<sup>37</sup> is defined as a patrimonial right<sup>38</sup> that exists between a human being and a thing without any reference to any other human being,<sup>39</sup> thereby stressing the direct nature of the real relationship.<sup>40</sup> By way of contrast, *inschuld*<sup>41</sup> is defined as a patrimonial right that one person has against another, to claim from him the enjoyment of a thing or a performance.<sup>42</sup> *Beheering* is divided into *bezitrecht*<sup>43</sup> and *eigendom*,<sup>44</sup> and *eigendom* is divided into *volle eigendom*<sup>45</sup> and *gebreckelicke eigendom*.<sup>46</sup> In a later section *gebreckelicke eigendom* is once again divided, this time with reference to the value of each right. Grotius's explanation of this division forms the basis of the modern South African distinction between ownership and the limited real rights.

When a landowner grants a right of way over his land to someone else, both of them may be said to have *gebreckelicke eigendom* according to the original definition,<sup>47</sup> but in order to distinguish between them clearly, Grotius calls the more valuable right (that of the landowner) *gebreckelicke eigendom*, while the

37 Translated as *ius in rem* in the margin at *Inleidinge* 2 2 58 (1952 48), and as *ius reale* in the margin at *Inleidinge* 1 1 8 (1952 1).

38 Grotius used the term *toebehooren*; see *Inleidinge* 2 2 58 (1952 48).

39 *Inleidinge* 2 2 58 (1952 48): "Beheering is 't recht van toebehooren bestaende tusschen den mensch ende de zaecke zonder noodigh opzicht op een ander mensch."

40 It may well be argued that Grotius's term for and definition of *beheeringe* should be translated by the wider term "real relationship" (Afrikaans *saaklike verhouding*) rather than the narrower "real right" (Afrikaans *saaklike reg*): see Olivier, Pienaar and Van der Walt *Law of property students' handbook* (1989) 4-9.

41 Which is translated as *ius in personam sive creditum* in the margin at *Inleidinge* 2 1 58 (1952 48), and as *ius personale* in the margin at *Inleidinge* 1 1 8 (1952 1).

42 *Inleidinge* 3 1 1 (1952 194): "Inschuld is 't recht van toebehooren dat den eene mensch heeft op den andere, om van hem eenige zake ofte daed te genieten."

43 Which is defined in *Inleidinge* 2 2 1 (1952 48) as the right that follows from actual possession: "Bezit-recht is dat uit het bezit volgt." In *Inleidinge* 2 2 2 (1952 48) possession is defined as actual physical control with the intention to hold for oneself and not for another: "Bezit is de dadelicke behouding van een zaeck met wille om die te behouden voor ons ende niet voor een ander."

44 Translated as *ius domini vel quasi* in the margin at *Inleidinge* 2 1 60 (1952 48). In *Inleidinge* 2 3 1 (1952 50) *eigendom* is defined with reference to the owner's *ius vindicandi*: "Eigendom is het toebehooren van een zaeck waer door iemand, schoon het bezit niet hebbende, 't zelve vermag rechtelick te bekomen." Cf *Inleidinge* 2 3 4 (1952 53): "Daerom zeggen wy, dat den eigendom bestaat in dat recht om weder te bekomen het verloren bezit."

45 Translated as *dominium plenum* in the margin at *Inleidinge* 2 3 9 (1952 54), and defined in *Inleidinge* 2 3 10 (1952 54) as the right to do with the thing as the owner pleases: "Volle is den eigendom waer door iemand met de zake alles mag doen nae sijn geliefte ende 't sijnen bate dat by de wetten onverboden is."

46 Translated as *quasi dominium & dominium minus plenum* in the margin at *Inleidinge* 2 3 9 (1952 54) and defined in *Inleidinge* 2 3 11 (1952 54) as ownership that lacks something as compared with *volle eigendom*: "Gebreckelicke waer aen iet, om zulcs alles te moghen doen, ontbreect."

47 Traditionally definitions of *dominium* included not only *dominium plenum* but also *dominium minus plenum*, and more specifically *dominium utile*; see Bartolus on *D* 41 2 17 1 n 4 and *D* 21 2 39 1 n 3. Cf in this regard Van der Walt "Bartolus se definisie van *dominium* en die interpretasies daarvan sedert die tiende eeu" 1986 *THRHR* 305-321; Van der Walt and Kleyn "Duplex dominium: the history and significance of the concept of divided ownership" in Visser (ed) *Essays on the history of law* (1989) 213-260; Feenstra "Historische aspecten van de private eigendom als rechtsinstituut" 1976 *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 248-275; Feenstra "Eigentumsbegrip bei Hugo Grotius" 209-234.



less valuable right (the right of way) is called a *gerechtigheid*.<sup>48</sup> In this passage Grotius broke away from medieval tradition by relegating a number of real rights to the status of less valuable (now called limited) real rights, and by contrasting them with ownership, which is described as the more valuable right.

Grotius distinguished real rights from personal rights by stressing the direct or immediate character of real rights, which are exercised without reference to any other person. A real right is, therefore, not a legal relationship that exists between two or more people with reference to a thing, but rather a relationship that exists between a person and a thing without reference to other people. It follows that limited real rights must be distinguished from personal rights that involve a thing: the first exists without reference to other people, while the second exists with reference to another person. This approach is directly related to the remedies for the enforcement of the two rights respectively: a real remedy is instituted against any person who is in breach of the right, because the remedy is aimed at the thing and not the person. A personal remedy, on the other hand, is aimed at and can be instituted only against a specific person, who is bound to the claimant by way of his duty of performance in terms of the creditor's right.

Although a number of Roman-Dutch authors were sensitive about the fact that the *Corpus iuris civilis* proffers no direct authority for the distinction between *ius in re* and *ius ad rem*,<sup>49</sup> and although their opinions about the number of real rights still varied,<sup>50</sup> the majority of Roman-Dutch authors accepted Grotius's distinctions between *beheering* and *inschuld*<sup>51</sup> and between *eigendom* and *gerechtigheid*.<sup>52</sup>

48 *Inleidinge* 2 33 1: "[O]m 't welke wel te verstaen staet te letten, dat waer ghebreckelicken eighendom is, ghemeenlick 't gunt den eenen ontbreeckt is by iemand anders, die overzulcks mede heeft een ghebreckelicken eighendom, als by voorbeeld die over een land heeft de toe-behoorte van een voetpad heeft geen vollen eigendom, want hy 't land niet en mag verkoopen, nochte de vruchten daer van trekken, 't welck tot vollen eigendom behoort, ende den ander die het voetpad ghedooghen moet heeft mede geen vollen eigendom, alzooy hy den ander niet en mag beletten op sijn land te komen, welke macht een deel is van den eigendom: maer om onderscheidelick te spreekken noemtmen eighendom 't recht van den ghene die 't meerendeel heeft van den eigendom, als van die 't land mag verkoopen ende verhuiren: ende 't minste deel noemtmen een gerechtigheid, als het recht van 't voetpad. Doch om te vinden het meerder ende minder deel zietmen dickmael meer op die waarde als op die baet."

49 At one stage Huber was engaged in a controversy with Gerhard Feltmann about this distinction. Huber's well-known treatise *De jure in re et ad rem quod dicitur tractatus* was published as part of this debate. See Feenstra 1982 *The Juridical R* 107 for further detail. Despite his arguments about its classical origin, Huber still accepted the fact that the distinction between *beheering* and *inschuld* reflected the law of his time; see fn 51 below.

50 Esp with regard to the inclusion of possession, see Meijers 1907 *Rechtsgeleerd Magazijn* 271–299; Feenstra 1982 *The Juridical R* 118–119 for further detail.

51 See Vinnius *In IV libros Institutionum imperialium commentarius* (ed Amstelaedami 1659) on *Inst* 2 1 11 1; Huber *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt soo elders als in Frieslandt gebrukelyk* (ed Amsterdam 1742) 2 2 1, 3 1 1; Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands regt* (ed Amsteldam 1678) 2 2 1, 4 1 1; J Voet *Commentarius ad Pandectas* (ed Hagae Comitum 1707) 5 2 2, 6 1 1; Van der Keessel *Praelectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii introductionem ad iurisprudentiam Hollandicam* (1963 eds Van Warmelo *et al*) on *Inleidinge* 2 1 58–2 1 59 (vol II 34). Huber and Van Leeuwen use the term *verbintenissen* as an alternative for Grotius's *inschuld*.

52 See Vinnius on *Inst* 2 1 11 1; Huber *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt* 2 2 11–2 2 17, 2 38 3; Van Leeuwen *Rooms-Hollands regt* 2 2 1; Voet 6 1 1; Noodt on *D* 1 8 in *Opera omnia* (ed Lugduni Batavorum 1724 39); Van der Keessel on *Inleidinge* 2 3 1 and 2 33 1 (vol II 38, vol III 136).

This tendency culminated in the *Regtsgeleerd, practicaal en koopmans handboek*<sup>53</sup> of Johannes van der Linden (1756–1835), who simply accepts the distinction between a *ius in re* and a *ius ad rem*<sup>54</sup> and that between *volkomen* and *onvolkomen eigendom*.<sup>55</sup> Van der Linden also enumerates the characteristic owner's entitlements: the right to the fruits, the right of use, the right to change the form or appearance of the thing, the right to destroy the thing, the right to prevent others from using the thing, and the right to transfer or burden the thing with any right.<sup>56</sup>

## 2.4 German Pandectism

The approach of seventeenth- and eighteenth-century German authors writing about the *usus modernus pandectarum*<sup>57</sup> is comparable to that of the Roman-Dutch authors of the same period. Georg Adam Struve (1619–1692), Samuel Stryk (1640–1710) and Wolfgang Adam Lauterbach (1618–1678) accepted and used the distinction between *ius in re* and *ius ad rem*, and described *dominium* as the most perfect and complete of the real rights.<sup>58</sup> These authors do not use the term *ius in re aliena* in any technically defined sense, but the distinction between ownership and what would later be known as the limited real rights is already present in their statement that ownership is the most complete real right.<sup>59</sup>

This was developed further by the Pandectists of the nineteenth century, who are responsible for what may be seen as the most authoritative theoretical definition of a real right and of the contrast between ownership and the limited real rights. This development was only possible once the concept of divided ownership, which was widely accepted in German jurisprudence during the sixteenth and seventeenth centuries, had been abandoned as a result of an influential essay by Thibaut.<sup>60</sup> Thereafter it was widely accepted that real rights should be divided into ownership on the one hand and *iura in re aliena* on the other,

53 Ed Amsterdam 1806.

54 *Koopmans handboek* 1 6 1. The sources referred to by Van der Linden are Grotius and Pothier.

55 *Idem* 1 7 1.

56 Modern authors still argue about these entitlements; cf Honoré "Ownership" in Guest (ed) *Oxford essays in jurisprudence* (first series) (1961) 107–147; Lewis "The modern concept of ownership of land" 1985 *Acta Juridica* 241–266.

57 Also *nova practica* and *mores hodierni*. These authors, like their contemporaries during the seventeenth and eighteenth centuries in the Netherlands and France, gave the impetus to the development of the various national legal systems by recognising both Roman law or the European common law and its distinctive development in a specific national or geographical area (see Wesenberg-Wesener *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte* (1985) 115; Wieacker *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967) 207).

58 See Klemm *Eigentum und Eigentumsbeschränkungen in der Doktrin des usus modernus pandectarum* (1984) (= *Basler Studien zur Rechtswissenschaft Reihe A: Privatrecht* Band 10) 50 and examples cited there in fn 22–25. These authors already used the German term *das dingliche Recht* as a translation for *ius in re*: see Klemm *Eigentum* 50 fn 22.

59 See Klemm *Eigentum* fn 27 and examples cited there.

60 "Ueber *dominium directum* und *utile*" in *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* (1801) vol 2 71–110, (1817) vol 2 67–99. Before Thibaut's thesis was accepted, a number of real rights were regarded as categories of *dominium*, which made the emergence of a clear distinction between ownership and other real rights impossible (see Van der Walt and Kleyn "Duplex *dominium*" 213–260 and sources cited there and in fn 47 above).

the latter being limited real rights granted to a non-owner by the owner, but providing the non-owner with a real as opposed to a mere personal right.<sup>61</sup> Ownership, on the other hand, was seen as the most complete and absolute real right.<sup>62</sup> Brinz<sup>63</sup> explained the contrast between limited real rights and personal rights relating to a thing by stating that personal rights do not amount to limitations of ownership: they might bind the owner, but not the ownership itself. Windscheid<sup>64</sup> explained that the will of the holder of a real right is authoritative (as against other persons)<sup>65</sup> for a thing,<sup>66</sup> whereas the will of the holder of a personal right is authoritative (as against other persons) for a certain performance by a specific person.<sup>67</sup>

## 2 5 Summary

(a) Grotius's distinction between personal rights and limited real rights is dominated by the fact that the limited real rights were initially described as a (limited) form of ownership: *gebreckelicke eigendom*. Grotius explained that clarity of expression requires the reservation of the term "incomplete ownership" for the right of an owner who has diminished his ownership by transferring certain parts of it to another, while referring to the rights so separated from the ownership as "rights". This explanation is the conceptual source of the subtraction from the *dominium* test that was later developed in South African case law.

(b) This explanation is expanded by Grotius's characterisation of a limited real right as a direct or immediate relationship between the holder of a limited real right and the thing, which implies that such a right is exercised without reference to another person. It also means, as Grotius indicated, that the real rights are enforced by remedies aimed directly at the thing itself, whereas personal remedies are aimed at the performance of a specific person.

(c) The common-law distinction, as formulated by Grotius and followed by the other authors, was developed by the Pandectists. Brinz stated that personal rights might involve a thing indirectly, and they might bind the owner of the thing in the process, but they can never bind the thing itself. Therefore it is said that personal rights do not constitute limitations of ownership itself, but only of the owner in his personal capacity.

61 See Thibaut "Ueber *dominium directum* und *utile*" 91; Thibaut *System des Pandekten-Rechts* (1823) vol 2 part 1 sec 2 intr (6); Puchta *Pandekten* (1845) par 144–145 (204–205); Brinz *Lehrbuch der Pandekten* (1857) vol 1 book 3 part 1 sec 1 1 1 (184–185); Dernburg *Pandekten* (1884) vol 1 par 192 (435); Vangerow *Lehrbuch der Pandekten* (1851) vol 1 part 1 book 3 ch 1 par 295 (620); Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1887) vol 1 book 3 par 167 (561–562); Gierke *Deutsches Privatrecht* (1905) vol 2 ch 3 par 120 (347–348); Schlossmann "Ueber den Begriff des Eigentums" 1903 *Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 289–390 348–356.

62 See Puchta *Pandekten* (1848) 207; Windscheid *Lehrbuch* vol 1 book 3 par 167–168 (755–760).

63 *Pandekten* vol 1 book 3 part 1 sec 1 1 1 (184–185).

64 *Lehrbuch* vol 1 book 2 par 38–39 (140–146).

65 This qualification is necessary because of Windscheid's opinion (par 38, 140) that all rights exist between person and person, and not between person and thing.

66 Par 38, 140: "Dingliche Rechte sind diejenigen Rechte, kraft deren der Wille des Berechtigten massgebend ist für eine Sache."

67 Par 39, 144: "Persönliche Rechte sind diejenigen, kraft deren der Will des Berechtigten nicht massgeblich ist für das Verhalten der Menschen in Betreff einer Sache, sondern für ein irgendetwelches Verhalten einer einzelnen Person (oder einer Mehrheit einzelner Personen)."



### 3 SOUTH AFRICAN LAW

#### 3 1 Introduction: defining the problem

In South African law the distinction between real and personal rights has acquired something of a mystical nature, and is often presented as a problem without a solution. However, much of the confusion about this distinction can be dispelled or avoided if the problem is seen in context, and if some of the less problematical aspects are identified. It is suggested that the following aspects of the rights problem need not be considered in this regard:

(a) It is sometimes said that some of the theories concerned with the distinction between real and personal rights are inadequate because they do not distinguish between real rights, immaterial property rights and personality rights. However, it seems as if the actual problem is limited to instances of apparent similarity between rights that could be either real or personal, while personality rights and immaterial property rights can hardly cause the same kind of confusion.<sup>68</sup>

(b) The main problem with the distinction between real and personal rights is caused by apparent similarities between real rights and personal rights that involve things. This kind of confusion usually occurs with personal rights that resemble limited real rights, but confusion with ownership itself seems unlikely. It is suggested, therefore, that the problem should be argued and evaluated with specific reference to the distinction between limited real rights and personal rights that resemble those limited real rights.

(c) Judging from case law and literature, the problem seems to be more or less restricted to real rights involving land, while the distinction seems much less troublesome with regard to movables.

(d) With regard to limited real rights in land, the problem is often caused by the creation of rights and obligations that do not fit into the established categories of well-known limited real rights such as rights of way or mortgages. Since it is possible in principle to create any number of new categories of real rights, the question is usually whether a right created by contract is real or personal.

(e) In this context the investigation usually entails three main questions, namely whether the right was intended to be real; whether the contract actually constitutes a right that is essentially real; and whether public policy allows for such a real right to be created.

In the rest of this article it is indicated that these three questions constitute a recurring theme, which might be regarded as the core of the problem. It is also suggested that this theme should be judged with specific reference to the essential distinction between contractual obligations that create limited real rights in land when properly constituted, and contractual obligations which create essentially personal rights that merely resemble such limited real rights.

---

68 The main reason for this is the fact that these rights are seldom involved with things, while personal rights involving things might resemble real rights. Objects of patent rights and aspects or products of the human body might be considered to be things, but even then confusion with real rights seems unlikely.

### 3.2 The subtraction from the *dominium* test

It was said above that section 63(1) of the Deeds Registries Act reflects the legislature's acceptance of the principle of registrability as it was developed in case law with regard to the so-called "subtraction from the *dominium*" test. This test was developed and applied in a number of cases dealing with the question whether certain conditions and rights created in a deed of sale or a will are registrable.<sup>69</sup> The test boils down to the question whether a certain right or obligation amounts to a diminution of the ownership of land. If it does, the right in question is a real right, but if it merely affects the owner in his personal capacity without diminishing the ownership as such the right is personal.

Perhaps the most important of the early cases dealing with the subtraction from the *dominium* test is *Ex parte Geldenhuys*.<sup>70</sup> This decision was concerned with provisions contained in a will, and is the source of a number of extremely important observations concerning the distinction between real and personal rights and the registrability of real rights. In an oft-cited passage De Villiers JP stated this distinction as follows:<sup>71</sup>

"[W]hen it is said that 'personal rights' cannot be registered against the title to the land, the reference is not to rights created in favour of a 'person', for such rights may be real rights against the land.<sup>72</sup> The reference is to rights which are merely binding on the present owner of the land, and which thus do not bind the land, and do not bind the successors in title of the present owner. These are the 'personal rights' which are not registrable. . . . One has to look not so much to the right, but to the correlative obligation. If that obligation is a burden upon the land, a subtraction from the *dominium*, the corresponding right is real and registrable; if it is not such an obligation, but merely an obligation binding on some person or other, the corresponding right is a personal right, or right *in personam*, and it cannot as a rule be registered."<sup>73</sup>

69 The decisions reached in a number of cases (*Registrar of Deeds (Transvaal) v The Ferreira Deep Ltd* 1930 AD 169; *Ex parte Pierce* 1950 3 SA 628 (O); *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd v Registrar of Deeds* 1953 1 SA 600 (O)) were concerned with the registration of rights that are closely related to mineral rights, and it has been accepted for a long time that the registration of such rights has (at least in the Transvaal) been sanctioned by usage and practice, regardless of the question whether they are real or personal in nature: see *Registrar of Deeds (Transvaal) v The Ferreira Deep Ltd supra* 180–181. In *Lorentz v Melle* 1978 3 SA 1044 (T) 1055D it was stated explicitly that these cases cannot be regarded as general authority for the registrability of conditions imposing monetary obligations. This also applies to other personal rights that are registered on the basis of long usage and practice: see *Opperman v Uitvoerende Komitee van die Verteenwoordigende Owerheid van die Blankes* 1991 1 SA 372 (SWA) 378D–379C. Conditions of this nature are, therefore, ignored for present purposes.

70 1926 OPD 155; Badenhorst and Coetser 1991 *De Jure* 380–382.

71 163–164.

72 This argument is concerned with the fact, stated on the previous pages, that a so-called personal servitude is still a servitude, and as such a (limited) real right. The "personal" character of a personal servitude refers to the fact that the right accrues to a specific person and not to another piece of land and should, therefore, not be confused with a personal right, which refers not to the holder of the right but to the person against whom it can be enforced. This rather obvious point is still sometimes overlooked; see Van der Walt "Saaklike regte en persoonlike serwitute" 1987 *THRHR* 343–352.

73 In the same case the court decided that a specific personal right was registrable by way of exception, because it was so intimately connected with another real right that the two should not be separated but registered together (165–166). The registration of certain personal rights is based upon usage and practice; the most recent example is *Opperman v Uitvoerende Komitee van die Verteenwoordigende Owerheid van die Blankes* 1991 1 SA 372 (SWA).

On this basis a condition that limits co-owner's rights to approach the court for a division of the property was regarded as real and registrable because it subtracted from the owners' normal right to enforce such a division.<sup>74</sup> However, with regard to another condition in the will, it was stated<sup>75</sup> that an obligation to pay money cannot easily be held to constitute a real right, unless it takes the form of a properly constituted hypothec.

Sonnekus<sup>76</sup> regards the subtraction from the *dominium* test with suspicion, and is of the opinion that it suffers from a fundamental logical error. This error consists in the assumption, based upon the fact that all limited real rights bring about limitations of ownership, that any limitation of ownership is an indication of the existence of a (limited) real right. Of course, as Sonnekus quite correctly indicates, ownership can also be limited by any number of restrictions<sup>77</sup> that are not real rights. In the light of this logical error, Sonnekus suggests that the mere limitation of ownership as such cannot be sufficient proof of the existence of a real right, and that the nature of the object of the right and the origin of the right must be taken into account before deciding whether a right is real or not.<sup>78</sup> However, while Sonnekus's argument relating to the logical error of assuming that all limitations of ownership amount to real rights is clearly correct, it is suggested that the subtraction from the *dominium* test should not be abandoned merely because of the danger of this error.

The subtraction from the *dominium* test is clearly based upon the fundamental notion that a limited real right is, essentially, a part of ownership itself that has been separated from the ownership and transferred to another. In this sense the subtraction from the *dominium* test refers and corresponds to Grotius's distinction between and definition of *gebreckelicke eigendom* (ownership limited by the existence of limited real rights) and *gerechtigeden* (limited real rights). It should, therefore, be applied with reference to Grotius's distinction between real and personal rights.<sup>79</sup> This perspective, in terms of which a real right is defined as a right to a thing without reference to any other person, corresponds to what Sonnekus<sup>80</sup> regards as one of the essential criteria for determining the actual nature of the right, and indicates that a sensible application of the test is possible.<sup>81</sup> Such an application would demand recognition of the fact that not all limitations of ownership are caused by real rights, and that the test for a real right is whether the right in question diminishes the ownership or burdens the land itself (as opposed to merely burdening the owner in his personal capacity), so that it can be regarded as a part of the ownership that has been transferred to another.<sup>82</sup>

74 165. The limitation in question affected the co-owners' *ius disponendi* because it restricted their right of division, which is part of the right of disposal.

75 165.

76 Sonnekus "Saaklike regte of vorderingsregte? – Tradisionele toetse en 'n *petitio principii*" 1991 *TSAR* 177–180; cf Badenhorst and Coetser 1991 *De Jure* 375–389.

77 Such as competences derived from the law.

78 Sonnekus 1991 *TSAR* 179–180.

79 Namely that a real right is a right that a person has to a thing, without reference to any other person, while a personal right is a right that one person has against another for the performance of some action; see par 2 3 above.

80 1991 *TSAR* 179.

81 Further aspects of this point of view are dealt with below.

82 The principle of elasticity implies that limited real rights are seen, not as components or elements of ownership that have been transferred to another, but as merely temporary limitations of ownership so that ownership "grows back" to its initial form as soon as



### 3 3 Early academic literature

Early South African academic writing was based very strongly upon the authority of Roman-Dutch authors such as Grotius, Van Leeuwen and Van der Linden.<sup>83</sup> Accordingly, the Roman-Dutch distinctions between real and personal rights and between ownership and other real rights were accepted by the early South African authors. A real right is usually described, as it was by Grotius, as a right that provides direct power over a thing, without reference to other persons; while a personal right is characterised by the fact that the right is exercised against a specific person, who is obliged to *dare, facere* or *non facere*.<sup>84</sup> As is perhaps to be expected, these early authors did not add much to the Roman-Dutch law, and difficult or complex problems arising from these distinctions were not addressed at all.

This situation remained more or less unchanged with the publication of what may perhaps be regarded as the second wave of textbooks, which did not add to or change the basic approach to the distinctions between real and personal rights and between ownership and other real rights.<sup>85</sup> However, academic writing during this period was not confined to textbooks, and the distinction between real and personal rights became the object of a number of journal articles and case notes in which the early court decisions were discussed. Most of these articles and notes were originally concerned either with the registrability of conditions in a contract for the sale of immovable property, or with the effect of the so-called doctrine of knowledge upon unregistered rights in the case of the property being sold.<sup>86</sup> In one of the earliest publications concerned with this problem, Wille<sup>87</sup> provided a brief yet clear and comprehensive survey of the

*continued from previous page*

the limitations fall away. The above formulation should not be seen as an argument against the principle of elasticity, but rather as a formulation of convenience which harks back to Grotius, whose definition preceded the Pandectists' statement of the principle of elasticity.

- 83 In the Zuid-Afrikaansche Republiek, Van der Linden's *Koopmans handboek* was formally accepted as a statute book in so far as it was not in conflict with the Republic's Constitution, other acts or Volksraadsbesluiten. In cases where Van der Linden's treatment of a subject was not clear enough, Van Leeuwen's *Rooms-Hollands regt* and Grotius's *Inleidinge* were regarded as law (see Josson *Schets van het recht van de Zuid-Afrikaansche Republiek* (1897) 5 10 – 11).
- 84 See Josson *Schets* 204 403; Maasdorp *The institutes of Cape law, book II: The law of things* (1903) 11 – 12; Morice *English and Roman-Dutch law* (1903) 38; Nathan *The common law of South Africa* vol I (1904) 420 – 421; Roos and Reitz *Principles of Roman-Dutch law* (1909) 32 – 33; Bell *South African legal dictionary* (1910) 187 – 188 sv *dominium*; Lee *An introduction to Roman-Dutch law* (1915) 111.
- 85 See Wille *Principles of South African law* (1937) 117; Lee and Honoré *The South African law of property, family relations and succession* (1954) 4 – 5.
- 86 This aspect is not dealt with in detail here. See McKerron "Purchaser with notice" 1935 *South African Law Times* (Sep) 178 – 182; Mulligan "Double sales and frustrated options" 1948 *SALJ* 564 – 577; Scholtens "Double sales" 1953 *SALJ* 22 – 34; Mulligan "Double sales: a rejoinder" 1953 *SALJ* 299 – 307; Scholtens "*Difficiles nugae* – once again double sales" 1954 *SALJ* 71 – 86; Mulligan "Double, double toil and trouble" 1954 *SALJ* 169. Later literature includes NJ van der Merwe "Die aard en grondslag van die sogenaamde kennisleer in die Suid-Afrikaanse privaatrecht" 1962 *THRHR* 155 – 175; "Nemo plus iuris . . ." 1964 *THRHR* 300 – 306; Burchell "Successive sales" 1974 *SALJ* 40 – 46; Muller "Die kennisleer: waarom die dubbele standaard?" 1979 *De Jure* 284 – 289; and see Delport and Olivier *Sakereg vonnisbundel* (1985) 604 – 606.
- 87 Wille "Real rights in land" 1932 *South African Law Times* (Jan) 8 – 9, (Feb) 36 – 37.

conditions that may create real rights in land.<sup>88</sup> In the second part of his analysis<sup>89</sup> he discussed the decision in *Hollins v Registrar of Deeds*,<sup>90</sup> where it was decided that a right to obtain a share of a *mynpacht*, should the land be proclaimed under the Transvaal Gold Law 8 of 1885, was dependent on a contingency that might never materialise, and that it was therefore a personal right not capable of registration. Wille concluded<sup>91</sup> that a personal right to immovable property subject to a casual condition precedent is binding on all persons who have notice of that right, and that it is binding on all persons if it is registered – it then is a real right in land. He argued that both statute and common law recognised as a real right a right to participate in the fruits of land, whether natural or civil fruits, because a right to share in such fruits is not contingent in itself, but merely in the benefit to be reaped.<sup>92</sup>

This approach was echoed at a later stage by Van Warmelo,<sup>93</sup> who analysed both the historical development of the concept of real rights and South African case law, to come to the conclusion<sup>94</sup> that there is no *numerus clausus* of real rights in South African law and that there are certain new real rights which were not known to common law. Van Warmelo mentioned that not all new real rights need be servitudes, and that a new right merely has to comply with the requirements of a real right – the fact that it does not satisfy the requirements of a servitude does not mean that it cannot be a real right at all.<sup>95</sup> He considered the requirements of a real right to be the following:<sup>96</sup>

- (a) There must be a holder of the right.
- (b) As a rule, the right will have corporeal property as its object.
- (c) The right must be properly constituted (usually registered in the case of immovables) to be a real right.
- (d) The most important consideration is that the parties should have had the intention, explicit or otherwise, to constitute a real right, that is, a right that would be enforceable against the whole world.<sup>97</sup>

88 See 1931 *South African Law Times* (Jan) 9, where conditions were classed as precedent or suspensive and subsequent or resolutive, the distinction being that a right subject to a suspensive condition does not vest until the condition is fulfilled, whereas a right subject to a resolutive condition vests at once, but is extinguished when the condition is fulfilled. Both suspensive and resolutive conditions may, again, be either potestative (in the power of the creditor), precarious (in the power of the debtor) or casual (depending on a future event that may or may not happen). In terms of this distinction, the condition in *Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds supra* would be a casual suspensive condition.

89 1932 *South African Law Times* (Feb) 36–37.

90 1904 TS 605.

91 37.

92 Wille (*ibid*) argued that such a contingency in the benefit is recognised widely with regard to rents, claims and licence moneys.

93 Van Warmelo 1959 *Acta Juridica* 84–98; see also Van Warmelo “Die reg betreffende servitude in Suid-Afrika” 1960 *Acta Juridica* 106–115.

94 1959 *Acta Juridica* 91 ff, esp 97–98.

95 The fact that a duty is placed on the owner of the land to perform some positive act may be an indication that it is not a servitude, because servitudes are usually limited by the rule against positive duties: *servitus in faciendo consistere nequit* (see Van Warmelo 1959 *Acta Juridica* 97).

96 *Idem* 96–97.

97 Van Warmelo (*idem* 97) called this aspect “the crux of the matter”, and stated that the intention “should be the deciding factor for the Registrar of Deeds or a Court of Law”.

Van Warmelo's conclusion was that, if the registration and constitution of a wide range of real rights is accepted, "the concept of servitude is, for all practical purposes, jettisoned",<sup>98</sup> and added that the real question is whether it was a good thing to allow the registration of a vast number of real rights

"to such an extent and so burden property with real rights to the same extent . . . to turn back to a period of feudalism wherein property was burdened by all forms of real and personal rights . . ."<sup>99</sup>

He mentioned that De Wet<sup>100</sup> was doubtful about the creation of such a wide range of real rights,<sup>101</sup> but added that he would not prevent modern development merely for the sake of dogma:<sup>102</sup>

"Society is not there for the law, but law is there for society. If society requires all sorts of real and personal encumbrances on property and even if it wishes to turn back to feudalism, it should at any rate not be stopped merely for the sake of form and dogma in the law. So in conclusion, I would say that, to my mind, there is no reason why we should not, in modern law, consider real rights as all such rights which have effect against the whole world and which may be enforced by the holder without recourse to an intermediate person. For a right to have this effect, it must be properly constituted; and that means, in effect, that it has, as a rule, to be registered."

It is interesting to note that most of the problems regarding the registration of obligations to pay a sum of money were touched upon in these early publications. More recently, the authors of textbooks and articles tend to approach the question of real rights from a slightly different angle, and the distinction between real and personal rights is discussed with reference to the relative merit of the so-called classical and personalist theories on the one hand, and with reference to the theory of subjective rights on the other.

### 3 4 The classical theory

The so-called "classical theory" is supposed<sup>103</sup> to derive more or less directly from Roman law, and emphasises the difference between the objects of real and personal rights respectively. Real rights have a thing as their object and are described as a relationship between a subject and a thing, while personal rights have a performance as their object and are described as a relationship between a subject and another person. The fact that a real right<sup>104</sup> is seen as a direct relationship between the subject and the thing in question implies that the right provides the subject with direct entitlements of control and disposal over the thing, without reference to another person. By way of contrast,

98 *Idem* 97.

99 *Ibid.*

100 In a review of Hall and Kellaway *Servitudes* 1943 *THRHR* 187.

101 A sentiment shared by modern authors: see De Waal "Die vereistes vir die vestiging van grondsewittute: 'n herformulering" 1990 *Stell LR* 172-175.

102 1959 *Acta Juridica* 97. It is interesting to note that more recent publications such as Van der Merwe *Sakerereg* 82-83 still place much emphasis on the fact that a proliferation of real rights might be detrimental to ownership and commercial enterprise (cf De Waal 1990 *Stell LR* 172-175).

103 Since the distinction between real and personal rights does not derive from Roman law (see par 2 above), it is hardly clear how the theory can do so. It is probably of Pandectist origin.

104 Such as the right of an owner to his (movable or immovable) property.



personal rights involving a thing<sup>105</sup> do not provide the subject with a direct entitlement of control or disposal, but merely with a personal claim against another person, who is compelled (usually contractually) to grant, deliver or allow such control. Such a right is described as a personal claim for a certain performance by the other person. This theory is based on the distinction between real and personal rights as it was described by Grotius, who explained the distinction in much the same terms.<sup>106</sup>

This theory has been criticised because of the fact that it characterises a real right as a relationship between a subject and a thing, while some theorists aver that all legal relationships exist between people and not between a person and a thing. It is said, in the same spirit, that real rights do not only comprise a relationship between the subject and the thing, but also between the subject and other persons.<sup>107</sup>

The statement that legal relationships exist between persons and not between a person and a thing<sup>108</sup> does not really affect the element of truth contained in the classical theory. If stated somewhat differently, the classical theory merely explains the fact that a real right<sup>109</sup> always implies a direct bond between a person and a thing, *when it is compared* to a personal right,<sup>110</sup> which can imply no more than an indirect bond between a person and a thing (if it involves a thing at all). That was also what Grotius intended when he described a real right as a right to a thing, *without reference to any other person*.<sup>111</sup> This principle can be upheld even when all rights are seen as rights between people, as is indicated by the statement that real rights comprise not only a relationship between the subject and the thing, but also a relationship between the subject and other people. However, this relationship between the subject and other people implies that the holder of the right can expect other people not to interfere with his right, whereas the contents of the real right itself provide the subject with direct entitlements of use and disposal over the thing as such. On closer examination, therefore, a reformulation of the classical theory in terms of the theory of "subjective" rights emphasises the difference between the subject-thing relationship and the subject-subject relationship, thereby avoiding the criticism.

The value of the classical theory is that it contains a central moment of truth, namely that real rights are characterised by a direct or immediate bond between the subject and the thing, without any reference to any other person. As is indicated above, this is also the essence of the common-law distinction between real and personal rights. This does not detract from the fact that real rights, like

105 Such as the claim for delivery that the buyer of a thing has against the seller. In the case of immovables this claim takes the form of a claim for registration. Both delivery and registration are performances, which are the direct objects of the creditor's rights involved. The *merx* in both cases is a thing, but it is nothing more than the indirect or mediate object of the right in question.

106 See par 2 3 above. This definition of a real right was accepted in the recent decision in *Erlax Properties (Pty) Ltd v Registrar of Deeds* 1992 1 SA 879 (A) 884I–J.

107 See in this regard Silberberg and Schoeman *The law of property* (1983) 42; Van der Merwe *Sakereg* 62; Olivier, Pienaar and Van der Walt *Law of property* 28; Lewis 1987 *SALJ* 609.

108 See the similar sentiments of Windscheid in par 2 4 above.

109 Such as ownership of a car.

110 Such as a so-called *ius in personam ad rem acquirendam*; a (usually contractual) right to claim transfer of ownership from someone: the right created by a contract to sell and buy a motor car.

111 See par 2 3 above.

all other "subjective" rights, also comprise a second relationship between the subject and other people, but since this subject-subject relationship is concerned with the protection of the right against interference from outside (as opposed to the direct enforcement of the right) it does not distinguish a real right from other rights – they are all protected against interference from outside. The distinction between the rights, and specifically between real and personal rights, is to be found on the level of the subject-object relationship, and this is demonstrated by the classical theory by indicating the difference between the objects of the various rights.

### 3.5 The personalist theory

The so-called "personalist theory" is based upon the different ways in which real rights and personal rights are enforced: a real right is said to have absolute validity or effect as it is valid against the whole world and enforceable against any person,<sup>112</sup> while a personal right is said to have only relative effect, because it is valid and enforceable only against a specific person or persons.<sup>113</sup>

The personalist theory is sometimes criticised<sup>114</sup> on the basis that not all real rights are absolute, on the one hand because of the fact that the *rei vindicatio* is sometimes not available, for example when it is excluded by estoppel; and on the other because certain real rights are said to be only relatively enforceable.<sup>115</sup>

The fact that real remedies such as the *rei vindicatio* are excluded in certain circumstances does not really detract from the fact that the real right as such is, in principle, valid and enforceable absolutely or against anybody. The so-called absolute enforceability of real rights does not imply that the right in question can be enforced against every person in the whole world at once, but rather that the right would be upheld and enforced against any person regardless of his personal identity or capacity. Even more important, this theory was obviously designed to explain the difference between limited real rights on the one hand and personal rights which resemble limited real rights on the other. In this sense the so-called absolute validity or enforceability of (limited) real rights must be understood, primarily, in the light of the enforcement of that right against the (land) owner: the so-called absolute validity or enforceability of (limited) real rights actually means simply that such a right, as opposed to a mere personal right with an apparently similar content, can be enforced against

112 The term "third parties" would be out of place here, and the term "third party" is not appropriate with regard to real rights, since the term presupposes the existence of two "main" parties, as is the case with personal rights. According to both the classical and the personalist theories, real rights exist between a subject and a thing, and is enforceable against everybody else. In the context of real rights it is preferable to refer to the subject-subject relationship, and not to the subject-third parties relationship – a term which is peculiar to creditor's rights.

113 Namely, the other party to the relevant obligation, whether it arose from contract, delict or another source such as enrichment.

114 See in this regard Silberberg and Schoeman *Law of property* 41; Van der Merwe *Sake-reg* 61; Olivier, Pienaar and Van der Walt *Law of property* 27–28; Lewis 1987 *SALJ* 609; Sonnekus 1991 *TSAR* 175–177.

115 Arguments based upon the supposed relativity of certain real rights are dealt with below.

any owner of the land, in his capacity as owner of that land and regardless of his personal identity. This once again refers back to Grotius's definition of a real right as a separate element of ownership, and specifically to the notion that the right exists and is valid without reference to any other person.

Sonnekus<sup>116</sup> accepts that this view of the personalist theory contains an element of truth in that it emphasises that personal rights can be enforced only against the person who is under an obligation to perform, but argues that it does not really distinguish a real right from a personal right, since both real and personal rights give the holder nothing but a right to his specific object, whether it is a specific thing or a specific performance. Against that argument it must be stated, however, that the personalist theory does illustrate at least one aspect of the difference between the two rights in the sense that the object of a personal right (a performance) involves a specific person who must perform, while the object of a real right does not involve any person. It is suggested, once again with reference to Grotius, that the so-called absolute validity or enforceability of real rights is supposed to illustrate that, when compared to personal rights, the object of real rights does not involve or is not aimed at any specific person, and in that sense it is valid against or can be enforced against any person. In the context of the enforcement of limited real rights to land, that simply means that any landowner (successor in title) is bound by the existence of a real right, whereas similar personal rights will bind only the owner who was either a party to the contract that created it or who is presumed to be bound by it in terms of the doctrine of knowledge.

The statement that the personalist theory fails to distinguish between real and personal rights because personal rights<sup>117</sup> are also absolute,<sup>118</sup> being protected against interference by the world at large, misses the point.<sup>119</sup> Every "subjective" right (including both real and personal rights) has two aspects: a relationship between the subject and the object of the right (called the subject-object relationship), and a relationship between the subject of the right and all other parties (called the subject-subject relationship). The subject-object relationship implies that the subject has a direct right to the object, while the subject-subject relationship implies that the subject has a right to expect others not to interfere with his right.<sup>120</sup> The protection of personal (or any other) rights against

116 1991 *TSAR* 175.

117 Such as labour or service contracts.

118 In this connection the thesis of Van der Merwe *Die beskerming van vorderingsregte teen aantasting deur derdes* (1959) is usually cited as authority. Cf Van der Vyver "Private-law rights" 237, where this argument is described as "a truism".

119 See in this regard Van der Walt "Relatiewe saaklike regte?" 1986 *TSAR* 174.

120 See Van der Vyver "Private-law rights" 223–230, esp 223: "It should be noted that the expression 'valid against the whole world' or 'enforceable against third persons' has acquired two distinct meanings. On the one hand it concerns the question: who is required to respect or endure my right? On the other hand the phrase under consideration addresses the question: will my right be upheld against successors in title or any other person that might acquire an interest, in competition with my own, in the legal object concerned? In the context of the distinction between real rights and personal rights, these questions – to the best of my knowledge – have never been clearly separated." See also *idem* 227. But cf Joubert "Die realiteit van die subjektiewe reg en die betekenis van 'n realitiese begrip daarvan vir die privaatreë" 1958 *THRHR* 12–15 and esp "'n Realitiese benadering van die subjektiewe reg" 1958 *THRHR* 113; Van der Walt 1986 *TSAR* 173–179.



interference is concerned with the subject-subject relationship, and has no bearing on the fact that the subject-object relationship of a personal right is directed towards a performance by one or more specific persons, whereas the same relationship in the case of a real right is directed towards the thing itself, and therefore said to be valid or enforceable – on that specific level – against the whole world.<sup>121</sup> The expression “protected against interference from third parties” (on the subject-subject level) clearly means something entirely different from “enforceable” or “valid against everybody” on the subject-object level.

Seen from another angle, Van der Vyver’s<sup>122</sup> argument implies that the absolute protection of real rights against anyone who interferes with the right does not distinguish it from personal rights, since personal rights are also protected absolutely against outside interference. Stated in these terms, this argument is correct.<sup>123</sup> The absolute protection of rights against interference does not offer a workable distinction between real and personal rights, as all rights are clearly protected equally in this regard, and in so far as the personalist theory is based upon this argument, it must be rejected. However, even then the element of truth in this theory is overlooked. The fact that all rights are *protected* equally against interference (on the subject-subject level) does not change the fact that all rights are not *enforced* equally on the subject-object level. In short: the personalist theory cannot use the “absolute” protection of a real right against unlawful interference<sup>124</sup> to distinguish it from a personal right, since they are protected against interference in exactly the same way. On the other hand, critics of the theory cannot use the “absolute” protection of personal rights against interference to argue that personal rights are enforced in the same way as real rights, because the enforcement of real rights on the subject-object level differs from that of personal rights.<sup>125</sup> If the meaning of the personalist theory is restricted in this way, most of the criticism against it should fall away.

The merit of the personalist theory is that it can explain a certain aspect of the difference between the two categories of rights,<sup>126</sup> namely that real rights and personal rights differ as far as their validity or enforcement on the level of the subject-object relationship is concerned. Once again this point becomes clearer when reformulated in terms of the theory of subjective rights, which demonstrates that the difference is limited to the subject-object relationship of the two rights, while no difference is manifested in the protection accorded

121 This distinction was already made by Dabin, as is demonstrated by Van der Vyver himself: “Private-law rights” 227.

122 See *idem* 237; cf Sonnekus 1991 *TSAR* 176.

123 When Van der Vyver’s use of this argument (*idem* 237–238) is compared with his own statement about the different meanings of the phrase “valid against the whole world” (*idem* 223 227), it seems strange that he did not notice the obvious contradiction.

124 Eg, when a neighbour closes a gate and thereby prevents a servitude holder from using his right of way.

125 As is illustrated by the enforcement of a registered servitude on the one hand and of an unregistered servitude agreement on the other against successors in title of the owner of the servient land.

126 Cf Joubert 1958 *THRHR* 113–115, who uses elements from both. The same can be said with regard to the common-law authors and the Pandectists – see par 2 3 2 4 above. This sentiment seems to be shared by Van der Merwe *Sakereg* 83, even though he echoes the usual criticisms against both theories.

against interference on the subject-subject level. Even when evaluating the difference between the enforcement of the two categories of rights on the subject-object level, the distinction should not be overemphasised. Even on this level, the illustrative value of the personalist theory is restricted to the difference between the enforcement, against landowners and their successors in title, of limited real rights and personal rights respectively.

### 3 6 Relative real rights

Van der Vyver<sup>127</sup> calls the reconciliation of the common-law distinction between real and personal rights and the Dabinian distinction between real rights, immaterial property rights, personality rights and creditor's rights a "grand (but futile) compromise". According to Van der Vyver, the compromise consists in the fact that common-law real rights are assumed to be identical to Dabin's real rights, while common-law personal rights are assumed to be identical to Dabin's creditor's rights.<sup>128</sup> In his criticism of this compromise Van der Vyver relies on the argument that some real rights are relative. This is based on the false assumption that an interim right of use provides the grantee of a servitude agreement, before registration of the servitude, with a (relative) real right.<sup>129</sup> This argument is fallacious both in logic and in law, as it is accepted law that such a grantee acquires nothing but a creditor's right against the grantor, whether it enables him to claim registration only or registration coupled with interim use.<sup>130</sup> The existence of exceptions<sup>131</sup> and the working of the doctrine of knowledge in the case of consecutive sales<sup>132</sup> should not cloud the basically clear general principles that exist in this regard. The problem is that Van der Vyver follows a certain interpretation of the theory of "subjective" rights, according to which all lawful uses of property are automatically assumed to derive from real rights.<sup>133</sup> The fact is, however, that it is possible to acquire any number of rights to the use of property simply on the basis of contract, without having them registered. These rights are granted, exercised and protected on the basis of contract, and are nothing but personal rights.

Lewis<sup>134</sup> also argues that certain real rights are relative. She states that real rights are not always absolute, and indicates by way of example that a praedial

127 "Private-law rights" 236–241.

128 Van der Vyver considers it a weakness of this "compromise" that the absolute or relative enforceability of other categories of "subjective" rights is not discussed. However, immaterial property rights and personality rights are new categories that have only been distinguished from the others fairly recently, even though the rights themselves (in the case of personality rights at least) have been protected for much longer. The question whether these rights can and should be classified as absolute or as relative rights is not discussed here – the whole question of absolute validity or enforcement of real rights originated in attempts to distinguish between real and contractual rights.

129 See Van der Vyver "Private-law rights" 238–241.

130 See Van Warmelo 1960 *Acta Juridica* 112; Van der Walt 1986 *TSAR* 173–179; Van der Merwe *Sakereg* 525 and authorities cited there. Van der Vyver "Private-law rights" 238 seems to accept that the grantee automatically acquires the right of interim use, but it is suggested that the existence of such a right (and therefore its nature) would depend upon the contract.

131 Such as the acquisition of a servitude through acquisitive prescription.

132 See Van der Merwe *Sakereg* 526–528.

133 See further par 3 7 below.

134 1987 *SALJ* 609.

servitude “is absolute in an artificial sense alone”, seeing that “strictly speaking, it is enforceable only against the owner of the servient tenement”.<sup>135</sup> Once again this argument misses the point. Of course it is true that the praedial servitude (and in fact any servitude) is enforceable against the owner of the servient tenement only – but the point is that it is enforceable against the owner of that tenement, *irrespective of who he might be*, that is, against *anybody who happens to be the owner of that tenement, in his capacity as owner*. That is what is meant by the phrase “valid against the whole world”, and it surely distinguishes the servitude quite clearly from a creditor’s right, such as the right of the grantee of an (as yet unregistered) servitude agreement, who can enforce his right only *against the grantor in his personal capacity*, and not against anybody who happens to be the owner of the “servient” tenement-to-be.<sup>136</sup>

On closer scrutiny it seems, therefore, that arguments based on the supposed existence of so-called “relative” real rights are essentially unacceptable.

### 3.7 The theory of subjective rights

Proponents of the theory of subjective rights may ask whether this theory does not provide the ultimate answer to the question under consideration, namely, how real rights can be distinguished from personal or, in the less ambivalent terminology of this theory,<sup>137</sup> creditor’s rights. An early publication by Joubert<sup>138</sup> created the positive impression that this theory might provide a useful approach for overcoming existing theoretical difficulties, but its usefulness in providing an acceptable and mature theoretical explanation of the law of property has yet to be proved beyond reasonable doubt.<sup>139</sup> At least two problems can be identified in this regard.

First of all, it remains to be seen whether South African property law will retain the concept of incorporeals or not. This concept, which was well-established in Roman-Dutch law and is still widely used in practice, presents a problem to the theory of subjective rights, which is fairly strongly directed at a corporeal definition of a thing as the object of a real right.<sup>140</sup> In the same context, it is essential for purposes of the theory of subjective rights that the object of certain “new patterns of landownership”<sup>141</sup> be distinguished and

135 *Ibid.*

136 The fact that purchasers of that tenement with knowledge of the agreement are held to it does not change the principle: they are held to the contract because of their knowledge and to preclude fraud, and not because the “real” effect or validity of the right has been extended.

137 See Van der Vyver “Private-law rights” 224–236, esp 232.

138 1958 *THRHR* 12–15 98–115 esp 113–115.

139 Cf Van der Walt “The doctrine of subjective rights: a critical reappraisal from the fringes of property law” 1990 *THRHR* 316–329.

140 See Van der Vyver “Private-law rights” 233–234, and cf Silberberg and Schoeman *Law of property* 11–13 25–26; Van der Merwe *Sakereg* 20–22 24–25.

141 With reference to the influential paper of Cowen *New patterns in landownership: the transformation of the concept of landownership as plena in re potestas* (1984) University of the Witwatersrand Law Students’ Council.



described accurately and precisely if confusion is to be avoided. Examples are the objects of time-sharing rights (both on sectional title basis and otherwise),<sup>142</sup> the right to use air space<sup>143</sup> and special rights to land in terms of apartheid legislation that used to apply to certain race groups only.<sup>144</sup>

The second problem is concerned with the question whether the theory of subjective rights means that all rights that relate in any way to a thing are inevitably and automatically real rights. Van der Vyver<sup>145</sup> seems to think that it does, and that it is only its practical implications that prevent this "jurisprudential clarification of trite self-evidencies" from finding application in practice.<sup>146</sup> He argues that any lawful act (possession, use or the like) relating to an object belonging to someone else must imply an entitlement to possess or use that object, that any entitlement with regard to a corporeal thing must constitute the contents of a right, and that a right with regard to a thing is inevitably a real right. This approach would, according to Van der Vyver, rid legal science of the troublesome distinction between the right of a servitude holder and that of the grantee of an as yet unregistered servitude agreement, but of course it will also exacerbate the theoretical and practical problems arising from the fact that these two rights are in fact different, both in content and in enforcement.

It is suggested, however, that this approach does not necessarily follow from the theory of subjective rights as such, and that it is possible within the existing boundaries of that theory to distinguish between a real right (which has a thing as its immediate or direct object) and a creditor's right (which may be indirectly concerned with acquiring a thing or a real right to a thing). In the case of the creditor's right, the immediate or direct object of the right is not the thing itself but the performance of another person, even if the creditor's right in question is concerned with the delivery of a thing or with the transfer of a real right to a thing. In those cases the direct object of the creditor's right is and remains the performance by the grantor, and not the thing itself.

The theory of subjective rights is useful because it provides a very clear illustration of the important difference between the two aspects of all rights, namely the subject-object relationship and the subject-subject relationship. This distinction is useful in avoiding some of the pitfalls concerned with the relative or absolute enforcement of personal and real rights on the one hand and the absolute protection of both types of right against interference from outside on

142 See in particular in this regard Butler "Time-shares conferring ownership" 1985 *Acta Juridica* 315 – 332; Pienaar "Eiendomstyddeling: die aard van die reghebbende se reg" 1986 *TRW* 1 – 14. The remarks of Van der Vyver "Private-law rights" 235 fn 189 are clearly erroneous: "time-sharing arrangements" can definitely not be "likened to a servitude", since in general they are nothing more than contractual use-agreements; when it is coupled with sectional title, the object can definitely not be "the holiday one is paying for", since the right involved in those cases is co-ownership of a sectional title unit, which is corporeal immovable property (coupled with a use-agreement between the co-owners); and time-sharing rights without ownership are definitely nothing more than personal rights of use arising from a use-agreement.

143 See in this regard Cowen "From sectional title to air space" 1985 *Acta Juridica* 333 – 347; Pienaar "Legal aspects of private airspace development" 1987 *CILSA* 94 – 107; Pienaar "Drie-dimensionele registrasie van onroerende goed – 'n lugkasteel?" 1989 *De Jure* 257 – 274.

144 Such as 99-year leasehold in terms of the Black Communities Development Act 4 of 1984.

145 "Private-law rights" 244.

146 *Ibid.*

the other. As was indicated above, this distinction serves to make the classical and personalist theories less ambiguous and more understandable. The value of this distinction is demonstrated in the following section with reference to the difference between real and personal remedies.

### 3 8 The prototype approach

A number of authors<sup>147</sup> have chosen to demonstrate<sup>148</sup> the nature of a real right, when it is compared to a personal or creditor's right, by providing a number of constant or prototype characteristics of real rights. These are the following:

- (a) The (immediate or direct) object of a real right is a thing, while the (immediate or direct) object of a creditor's right is a performance (which might involve delivery of a thing).
- (b) A real right provides the entitlements of direct control, use and disposal over a thing; while a creditor's right provides nothing but a claim to a performance (which may involve delivery of a thing).
- (c) A real right is absolute in principle, and provides a real remedy for vindication or protection against anybody; while creditor's rights (even when they involve the delivery of a thing) can in principle be enforced against the grantor only.
- (d) Real rights have a limited and well-defined number of possible origins characterised by their requirements (such as delivery or occupation); while creditor's rights arise from obligations such as contract or delict.
- (e) Real rights and their enforcement and protection always involve the application of certain characteristic principles and rules such as the *prior in tempore* rule, the requirements of publicity, and others.

It cannot be claimed that these prototype characteristics are sufficient to provide a foolproof *a priori* distinction between real and personal rights, but they can help to clarify the distinction between the two categories. The usefulness of the prototype approach, especially when applied with due regard to the equally useful aspects of the classical theory, the personalist theory and the theory of subjective rights, is illustrated by a consideration of some of the remedies that are relevant to the protection of ownership.

The *rei vindicatio* is a true real remedy which protects the immediate relationship between the owner and the thing on the level of the subject-object relationship by providing the owner with an immediate claim for recovery of the thing itself, that claim being valid and enforceable against anybody.<sup>149</sup> At the same time this subject-object relationship is protected against interference by other legal subjects on the level of the subject-subject relationship. Examples of remedies that operate on this level are delictual claims based upon the *lex Aquilia*<sup>150</sup> and mixed claims such as the *actio ad exhibendum*, which provide

147 See in particular Van der Merwe *Sakereg* 63–64; cf Olivier, Pienaar and Van der Walt *Law of property* 28–29.

148 As opposed to defining it. Sonnekus 1991 *TSAR* 175 indicates that this *ex post facto* approach does not supply a satisfactory *a priori* test for the distinction between as yet unregistered rights.

149 By way of contrast, the normal contractual remedy provides a claimant with a typically personal claim for a performance by a specific person.

150 See the discussion in par 4 2 below. Of course the delict in itself creates a new obligation and a correlative creditor's right which is the basis of the delictual claim.

the owner with a real claim for recovery of the thing and, failing that, with a delictual claim for damages.<sup>151</sup>

### 3 9 The registrability of rights

Several authors<sup>152</sup> have argued that the distinction between real and personal rights, or at least the terms “real right” and “personal right”, should be replaced by something less ambiguous. Van der Vyver<sup>153</sup> ventures to suggest that the distinction “has finally become obsolete in South African law”, while other authors<sup>154</sup> would replace the terms “real right” and “personal right” with “registrable right” and “non-registrable right”.

Van der Vyver has pointed out, quite correctly, that it is difficult, if not impossible,

“to derive from the current practice of deeds registration a common denominator that would logically link all registrable rights and distinguish them from non-registrable rights”.<sup>155</sup>

The question is whether, given these circumstances, it would make sense to transform the registrability of a right into the final denominator for distinguishing between what are still known as real and personal rights. Moreover, the question of registrability would apply only to immovable property, which would probably imply that the “old” terminology would still be used with regard to movables. It seems logical to allow the principles of property law to prescribe to deeds registration practice (apart from certain exceptions prescribed by legislation or Deeds Office practice) as to whether certain rights should be registered or not, rather than the other way round.

It is a truism that the erroneous registration of what is essentially a personal right does not transform that right into a real right.<sup>156</sup> There are, however, cases that require qualifications of this general rule. The first exception was referred to in *Registrar of Deeds (Transvaal) v The Ferreira Deep Ltd*,<sup>157</sup> with reference to the category of rights known as *iura in personam ad rem acquirendam*.<sup>158</sup> These rights are described as personal rights relating to immovable property, which are converted into real rights upon registration.<sup>159</sup> The correct

151 In the case of personal rights, the delictual claim for damages caused by interference with a contractual obligation operates on the same level.

152 Lewis 1987 SALJ 599 – 615; Boraine *Probleme rakende die registreerbaarheid van regte* (LLM research report Wits 1987) 132 – 133; Van der Vyver “Private-law rights” 245.

153 “Private-law rights” 245.

154 See fn 152 above.

155 “Private-law rights” 244.

156 See *Fine Wool Products of South Africa Ltd v Director of Valuations* 1950 4 SA 490 (E) 499B-F; *Lorentz v Melle* 1978 3 SA 1044 (T) 1049G – 1050D 1055E – G.

157 1930 AD 169 180.

158 Van der Merwe *Sakereg* 86 explains that the phrase has two different meanings: (a) personal rights aimed at the acquisition of real rights through delivery or registration, the content of which is therefore a claim for delivery or registration; and (b) certain personal rights, such as pre-emptive and reversionary rights, which are aimed at the eventual possibility of acquiring a real right, the content of which does not consist in a claim to delivery or registration as such. References here are mainly to the first meaning of the term.

159 This description is similar to the definition in s 102 of the Deeds Registries Act: “‘real right’ includes any right which becomes a real right upon registration”.



theoretical explanation of the nature of these rights and of the effect of registration upon it has been the source of problems for a long time.

The ghost of the *ius in personam ad rem acquirendam* should not be allowed to cloud the distinction between real and personal rights. It is facile, and also useless, to persist with the argument that only real rights may be registered, while rights to immovable property only become real once they are registered. The concept of a *ius in personam ad rem acquirendam* was created especially to deal with this apparent contradiction, and seen in this light it does serve the useful purpose of pointing out that certain personal rights are created with the explicit purpose of creating real rights through registration. Moreover, it is clearly not the personal right ("the contract") which is magically transformed into a real right upon registration: the purpose of the personal right (and the claim arising from it) is to obtain the co-operation of the parties involved in registering (and thereby creating) a certain real right (with the content as agreed upon in the contract).

A second exception is concerned with the sale of property that has already been sold to a third party (double or consecutive sales) and the sale of property that is the object of an as yet unregistered *ius in personam ad rem acquirendam*, particularly in cases where the buyer is aware of the former sale or of the existence of the personal right.<sup>160</sup> In this case the application of the doctrine of knowledge should not be allowed to obstruct the fundamental fact that unregistered rights for the transfer or creation of real rights cannot constitute anything more than personal or creditors' rights, and that registration is usually required in order to constitute real rights in land.<sup>161</sup>

### 3 10 Analysis

From the discussion above, it seems that the basic distinction between real and personal rights, as it was described by Grotius and the Pandectists, has been retained in one form or another in most of the modern theories and solutions, even if some aspects have been subjected to criticism. The central element of the common-law distinction, namely the fact that a real right is characterised by a direct and immediate bond between the legal subject and the thing, which is not in any way dependent upon the existence or co-operation of another person, is still present in the classical theory, and can be expanded and clarified by elements of the personalist theory, the prototype approach and the theory of subjective rights. With the assistance of these additions and expansions, the original distinction is still useful and it can still offer solutions to the practical problem of distinguishing between real and personal rights.

One of the most difficult problems relating to the distinction between real and personal rights is to determine whether contractual conditions imposing a monetary obligation can constitute, and should be registered as, real rights. In the following section of the article it is suggested that the general principles applicable to this distinction as they are discussed above, combined with a number of existing principles with regard to monetary obligations, can provide a satisfactory solution to this problem as well.

<sup>160</sup> See the discussion in par 3 6 above.

<sup>161</sup> See also *ibid.*

## 4 CONDITIONS IMPOSING A MONETARY OBLIGATION

### 4.1 The intention to create a real right

The question whether a condition imposing a monetary obligation, when imposed so as to bind not only the contracting parties but also the successors in title of the landowner, can constitute a real right and be registered against the title, has been referred to in a number of cases dealing with the distinction between real and personal rights and the registrability of contractual provisions purporting to create limited real rights. In *Executors, Estate Napier v Trustee, Estate Weir*<sup>162</sup> “a mere obligation to pay money”<sup>163</sup> was held not to amount to a servitude in the circumstances of the case. The court found that the special condition in question lacked the essential features of a servitude, and that it did not amount to a diminution or subtraction from the landowner’s ownership.<sup>164</sup> On this basis it was decided that no more than an ordinary personal obligation to pay money was created by the special condition.<sup>165</sup> The general question whether an obligation to pay money could constitute a real right was left open in *Nel v Commissioner for Inland Revenue*.<sup>166</sup> It was, however, considered and decided in *Lorentz v Melle*.<sup>167</sup>

In this case the court was confronted with a condition relating to the payment of money arising from the proclamation of a township on the burdened land and the sale of erven in such a township. The court accepted that the parties intended the relevant clause to be operative after their deaths,<sup>168</sup> and that the obligation in question did amount to a subtraction from the *dominium*,<sup>169</sup> but nevertheless decided that the obligation to pay money burdened not the land, but the owner, so that no real rights were created,<sup>170</sup> even though the restriction in question was in fact registered against the title deeds. It was decided, therefore, that a specific obligation could be personal despite the intention of the parties, and that it would then remain a personal right even when it was registered.

162 1927 SR 33.

163 As the relevant contractual condition was described at 43.

164 44: “The proprietor suffers no diminution or subtraction from any of the rights which in the aggregate make up his right of ownership (*dominium*), viz., the rights of enjoyment, possession, alteration and alienation. He has not to suffer anything, or abstain from doing anything which, ordinarily, as owner he would not suffer or would not have to forbear from doing.” The court’s view of the owner’s entitlements is perhaps somewhat restricted, as no mention of the entitlements of disposal and exploitation is made, but this does not affect the decision in any material way.

165 45.

166 1960 1 SA 227 (A) 232H–233A.

167 1978 3 SA 1044 (T) esp 1048D ff.

168 1057A.

169 1052A–B: “[T]he mere fact that the profits clause amounts to a subtraction from the *dominium* (as I think it does) does not make it, even on registration, a real servitude”; and 1052E–F: “His rights are curtailed but not in relation to the enjoyment of the land in the physical sense.”

170 1051H–1052F, esp 1052D: “The right (and obligation) under consideration, so it appears to me, is essentially a personal one sounding in money and cannot be equated to the servitudes referred to”; and 1052E–F: “[It] is indicative of no real right having been established and this for the reason that the conditional obligation to pay attaches of necessity not to the land (which is not burdened) but merely to the owner thereof. His rights are curtailed but not in relation to the enjoyment of the land in the physical sense.”

In *Willoughby's Consolidated Co Ltd v Copthall Stores Ltd*<sup>171</sup> it was stated that a servitude, like any other real right, may be acquired by agreement, and that the question whether any contractual right amounts to a servitude depends upon the intention of the parties to the contract, as inferred from the terms of the contract construed in the light of the circumstances.<sup>172</sup> The same approach to the intention of the parties was followed in a number of other cases.<sup>173</sup> In the *Lorentz* case<sup>174</sup> the court stated that the intention of the parties, as inferred from the contract, was not the sole criterion in deciding whether the right was real or not, and that the intention of the parties would be irrelevant if the right created by them was in fact incapable of constituting a servitude. This statement is in accordance with the general principle that servitudes (and other real rights) cannot be established merely by the intention of the parties to a contract, and that the objective requirements for the establishment of such a right must be met.<sup>175</sup>

In this light, the statement that the intention of parties is not the sole criterion for deciding whether a real right has been created or not seems acceptable, provided that it is not used as an excuse for simply ignoring the intention of the parties. The clearly stated intention of the parties should be disregarded only if it is clear that what they intended was impossible or unacceptable according to existing legal principles and practice. It would, for example, be impossible to create a servitude that did not satisfy the general requirements for the establishment of a servitude of that kind, or to create a real right that purports to be complete and valid against third parties before or without registration. In the *Lorentz* case the court's reason for considering the obligation in question as personal despite the parties' intention, seems to be that it was an obligation that sounded in money. The question is whether that consideration justifies the court in disregarding the intention of the parties. That would depend upon the nature of such an obligation.

#### 4.2 The nature of a monetary obligation

Sonnekus<sup>176</sup> argues that the obligation to pay an amount of money to someone cannot constitute a real right because it is essentially a personal right. He suggests two criteria for determining the nature of the obligation:

(a) The nature of the object. If the object is the thing itself, without reference to another person, the right can be real if properly constituted. If the object is a performance by another person, the right is personal, even if the performance involves delivery of a thing.

171 1918 AD 1.

172 16.

173 See *Executors, Estate Napier v Trustee, Estate Weir* 1927 SR 33 45; *Hotel De Aar v Jonorden Investments (Edms) Bpk* 1972 2 SA 400 (A) 406B; *Edelor (Pty) Ltd v Champagne Castle Hotel (Pty) Ltd* 1972 3 SA 684 (N) 689G.

174 *Lorentz v Melle* 1978 3 SA 1044 (T) 1050H.

175 See *Willoughby's Consolidated Co Ltd v Copthall Stores Ltd* 1918 AD 1 17, where it is made clear that a praedial servitude can be established only in respect of a specific property owned by the grantor, and not in respect of any property he might own at any later stage. See further the discussion in par 4.2 below.

176 1991 TSAR 179–180.



(b) The sources of the obligation. Real rights are created either by original methods or by derivative methods, which in the case of land involves registration of the right. Personal rights originate in contract, delict or another obligation.

On the basis of these criteria Sonnekus argues that any right to the payment of a sum of money can be regarded only as a personal right, involving as it does the claim to a performance (payment of money) by another person and not direct entitlements of use towards the thing itself, without reference to another person. Similarly, the relevant obligation was supposed to have been created by the contract, and registration was, according to Sonnekus, merely aimed at enforcing the right against successors in title of the landowner.

In the light of the discussion above it must be conceded that Sonnekus's argument is fairly convincing, but the question is whether it is conclusive. Does the fact that the right in question involves the payment of money automatically imply that it can only be a personal right, or is it possible that it can still be a real right despite the fact that the sum of money cannot be "harvested" physically,<sup>177</sup> but has to be received from the landowner? A strict application of the requirement that a real right must be exercised without reference to any other person seems to eliminate rights and obligations that involve the payment of sums of money. The question is whether a somewhat more relaxed interpretation is possible and necessary in order to accommodate the need for the enforcement of certain rights against successors in title. This raises questions of legal policy, and places the problem in the context of the limitation of new real rights.

#### 4.3 Limiting the creation of new real rights

As is stated above, a strict interpretation of the definition of a real right as a right that creates a direct and immediate bond between the subject and the thing seems to imply that real rights must involve some kind of direct physical relationship in terms of which the subject enjoys or exercises his right. In view of the definition as formulated by Grotius, this direct relationship must be exercised without reference to any other person.

At the same time it may be argued that rights in land have changed and still are changing, especially in the sense that the uses and ways of exploiting land are becoming increasingly varied. One effect of this development is that the use and exploitation of land and of rights in land need not always require or consist in an actual physical relationship with the land. The question is whether this state of affairs should and can be reflected by an extended or relaxed interpretation of the definition of a real right. This question is especially relevant to the creation of new categories of real rights, particularly with regard to the payment of money.

In the *Lorentz* case the court accepted that an obligation to pay money could not constitute a real right, possibly for reasons of legal policy. In the same vein a number of authors<sup>178</sup> have expressed the opinion that the institution of ownership should not be destroyed or unnecessarily "eroded" through the

---

177 The absence of a direct physical act on the part of the holder of the right also seemed to bother the court in *Lorentz v Melle* 1978 3 SA 1044 (T) 1052E-F.

178 Such as Van der Merwe *Sakereg* 82-83; De Waal 1990 *Stell LR* 172-175.

creation of an unlimited number of servitudes and other real rights. Others<sup>179</sup> have stated that legal dogma or the integrity of the institution of private ownership should not obstruct the development of new and more varied real rights that are needed by social and economic progress.

If a real right is characterised by the immediate or direct relationship between the subject and the land, as was argued above, then it seems logical to limit the creation of limited real rights to cases which allow for the existence of such a direct relationship. If monetary obligations could be demonstrated to create a direct relationship between the grantee and the land itself and not only between the grantee and the landowner in his personal capacity, there should be no reason to fear that the creation of new real rights can destroy or erode the institution of ownership. This argument is based largely upon the approach of Grotius as accepted in the classical theory, and it would require no more than a minor relaxation of the requirement that the direct bond between the subject and the thing must exclude all reference to other persons. Such an approach is supported by the theory of subjective rights and by existing case law.

In the context of the theory of subjective rights<sup>180</sup> it has been argued<sup>181</sup> that not every aspect of what might generally be referred to as a landowner's "right of ownership" is actually an entitlement that can be the object of a limited real right. Van der Vyver<sup>182</sup> has demonstrated that a landowner's right to lateral and surface support is not an independent entitlement that forms part of the owner's immediate and direct claim to the object of his right, and that it is in fact an aspect of the subject-subject relationship existing between the owner and other persons.<sup>183</sup> For this reason, the right to lateral and surface support

179 Such as Van Warmelo 1959 *Acta Juridica* 97–98; Lewis 1987 *SALJ* 614. Lewis's statement that "[t]he time has surely come to recognize that the 'concept of ownership' has already largely disintegrated: that the incidents of ownership are greatly attenuated and that because of the scarcity of land we cannot afford to entertain the notion that a man is supreme controller of his property" must be approached with some reservations. It is true that the idea of an absolute and unlimited ownership is not accepted as widely as it used to be, and that there are more and more voices being raised in support of recognition of a limited and inherently socially responsible perception of ownership, but the assumption that this is the result of an increasing limitation of ownership and of an erosion or disintegration of what is perceived as the original unlimited concept of ownership is false. It has been demonstrated fairly convincingly that the unlimited or absolute concept of ownership is of a recent origin, and that it is the awareness rather than the number or intensity of limitations that has increased over the years. See in this regard Van Maanen *Eigendomsschijnbewegingen: juridische, historische en politiek-filosofische opmerkingen over eigendom in huidig en komend recht* (1987) 8 11–13 and ch 5 and 7; Van den Bergh "Schijnbewegingen: hercodificatie en eigendomsdefinitie in historisch perspectief" 1987 *Recht en Kritiek* 327–341; Van der Walt and Kleyn "Duplex dominium" 213–260; Van der Walt "De onrechtmatige bezetting van leegstaande woningen en het eigendomsbegrip: een vergelijkende analyse van het conflict tussen de privaateigendom van onroerend goed en dakloosheid" 1991 *Recht en Kritiek* 329–359.

180 With regard to the decision in *EVKOM v Fourie* 1988 2 SA 627 (T), where it was decided that a landowner's right to lateral support cannot be expropriated, since it was not one of his owner's entitlements, but an inalienable and indivisible part of his ownership as such.

181 See Van der Walt "Onteiening van die reg op laterale en onderstut" 1987 *THRHR* 462–474; Van der Vyver "Expropriation, rights, entitlements and surface support of land" 1988 *SALJ* 1–16.

182 1988 *SALJ* 11.

183 Van der Walt 1987 *THRHR* 469–474 has argued, in similar vein, that it is an inherent aspect of the specific relationship that exists either between neighbouring landowners or between a landowner and the holder of the mining rights to that land.

is not a right that can exist or be expropriated independently. Similarly, most monetary obligations placed upon a landowner do not relate in some way to one of the owner's entitlements. A monetary obligation that obliges the landowner to pay a certain percentage of his income as part-time television announcer to somebody clearly has no bearing on the land itself, as the grantor's ownership of the land is obviously incidental to the nature and content of the obligation: it can only be a creditor's right, and is not registrable.

On the other hand, it also seems possible to argue that certain monetary obligations do create a direct relationship between the grantee and the land itself, even though they involve no physical bond between the subject and the land. An obligation to pay a certain percentage of the landowner's crops or of the proceeds of its development is connected with the land itself, and could therefore be the source of a real right. In short, monetary obligations can be the source of real rights once it is clear that the money that must be paid, comes from the land itself or its produce and fruits. This approach finds some support in case law. In the *Napier* case<sup>184</sup> the court observed that the annual payment which was the object of that decision did not necessarily have to *come out of the fruits of the property*, if any. This remark was echoed in *Ex parte Pierce*<sup>185</sup> and could provide a useful criterion for distinguishing between obligations to pay money that can bind the land and similar obligations that cannot.

This approach seems to mesh nicely with the two tests involved in the application of the requirements of the Deeds Registries Act. According to Van der Merwe<sup>186</sup> these requirements involve two separate but related tests:

(a) Whether the parties intended to create a right that would be real in the sense that, once properly constituted, it would bind the owner of the servient land and all his successors in their capacity as owners of the land.

(b) Whether the right as such constituted a subtraction from the *dominium* or a diminution of the ownership itself. It is suggested that those rights that bear a direct relation to the land itself can constitute such a diminution, and that an obligation to pay money to someone can likewise be a real burden that affects the land itself (as opposed to the owner in his personal capacity) if the money involved comes from the fruits or produce of the land itself. Such an inherent limitation should make it acceptable to argue that some contractual monetary obligations can constitute real rights, usually but not necessarily in the form of a servitude. It is therefore an oversimplification simply to assume<sup>187</sup> that all obligations to pay money create nothing but personal rights.

It is, however, necessary to approach the question from a wider perspective than was done in the *Lorentz* case, where the court simply assumed that the obligation could constitute only one kind of real right, namely a servitude, with the result that the possibility that another kind of limited real right could have

184 *Executors, Estate Napier v Trustee, Estate Weir* 1927 SR 33 44.

185 1950 3 SA 628 (O) 635E: "I hold the view that an obligation to pay money imposed on the owner of land *qua* owner out of the proceeds of the land may well be regarded as a diminution of the ownership and as creating real rights." This case was, as was mentioned above, concerned with obligations closely related to mineral rights, and may therefore be considered as an exception.

186 *Sakereg* 72.

187 As was done in *Lorentz v Melle* 1978 3 SA 1044 (T). Cf Lewis "Real rights in land: a new look at an old subject" 1987 *SALJ* 613; Van der Merwe *Sakereg* 79–80.



been created, was never considered. Obligations to pay money that do not refer to the proceeds of the land at all may also constitute real rights, but then probably in the form of a properly constituted hypothec, with its concomitant requirements and characteristics. Furthermore, even in the absence of a servitude and a hypothec, it may be argued that certain monetary obligations create rights that have all the characteristics of a real right, but not those of either a servitude or a hypothec, in which case it would have to be considered as a separate category of real rights.

In the *Napier* case<sup>188</sup> the court did consider the possibility that the obligation in question might constitute a real right which was not a servitude, an approach that seems wise in view of the fact that there is no *numerus clausus* of real rights in South African law,<sup>189</sup> so that the fact that an obligation is not a servitude cannot be regarded as proof that it is not a real right at all. The argument that monetary obligations cannot constitute real rights is possibly related to the argument that all conditions and rights of this kind must be fitted into the scheme of servitudes. Seeing that servitudes do not normally entail a duty to perform some positive act,<sup>190</sup> it is then argued that the payment of money, being a positive act, cannot constitute a valid servitude. However, in the light of the considerations above, it may be argued that the decision in the *Lorentz* case was stated too absolutely and generally.

This approach does relax the strict interpretation of the definition of a real right, in the sense that there is no obvious physical bond between the subject and the land. It is suggested, however, that such a relaxation is justified by the fact that the use and exploitation of land are becoming more abstract, so that such use and exploitation can take place without direct physical contact. In this sense it may be argued that a more extensive interpretation of the definition of a real right is necessary, provided that suitable and acceptable limitations exist. Since such a limitation does exist in the form of the test based on the direct produce of the land itself, it seems acceptable to accept this extensive interpretation of the definition, and to regard rights to payment of money as real rights provided that the right was intended to bind successors in title, that it concerns money directly related to the produce or fruits of the land itself, and that it is properly constituted.

## 5 CONCLUSIONS

### 5.1 General

In conclusion, it seems to serve no purpose to abandon the distinction between real and personal rights. Lewis<sup>191</sup> quite correctly states that it is "after all, one

188 *Executors, Estate Napier v Trustee, Estate Weir* 1927 SR 33 42.

189 See Van der Merwe *Sakereg* 11 65–68; cf s 3(1)(r) of the Deeds Registries Act 47 of 1937, which obviously allows for the registration of new categories. A number of new categories have been recognised recently. Van der Merwe (*idem* 65–68) refers to sectional title and 99-year leasehold; see further Badenhorst "Towards a theory on mineral rights" 1990 *TSAR* 239–253 465–476 with regard to mineral rights; Van Wyk *Restrictive conditions as urban land-use planning instruments* (LLD thesis Unisa 1990) 464–470 with regard to restrictive conditions. Badenhorst and Van Wyk indicate that neither mineral rights nor restrictive conditions should be regarded as servitudes.

190 *Servitus in faciendo consistere nequit*.

191 1987 *SALJ* 614–615.

of the foundations of our common law". The mere fact that the distinction is not always easy to make, does not necessarily prove Van der Vyver's<sup>192</sup> statement that it has become obsolete, especially if regard is had to the fact that the distinction has evolved over a long period of time<sup>193</sup> and that much of the confusion that exists, is caused by the fact that the principles involved are not always understood properly by those who use it.

As Lewis<sup>194</sup> puts it, when a right is clearly recognised as real, the distinction is a useful one. Moreover, abolishing the terminology will not eliminate the remaining problem cases.

It does seem useful, however, to avoid the unnecessarily confusing terms "absolute" and "relative right", and to trade the old "personal right" in for the more recent and less ambiguous Dabinian "creditor's right". This could serve to eliminate confusion with "personality right", and also gives a clearer indication of the origin (and nature) of the right involved.

Furthermore, it would help not to blow up the difficulties connected with this distinction out of proportion. The distinction only really presents a problem in connection with immovable property, and more specifically with regard to certain conditions that arise from contract that have some bearing upon land, and may resemble or purport to create limited real rights. When distinguishing between the conditions that constitute real rights and those that contain nothing but creditors' rights, it is useful to have regard to existing legal principles and to socio-legal policy considerations. It is also useful to distinguish between issues that are affected by the distinction between real and personal rights and issues that are not, and to limit the debate to aspects that are clearly relevant.

With regard to the historical development of existing legal principles, it must be said, having regard to the fact that this distinction was only partially developed until the nineteenth century, that common-law authors used the distinction in a fairly intelligible and sensible manner. Much can be learned from the way in which they distinguished between the direct subject-thing relationship that characterises a real right and the subject-performance relationship that characterises a personal right, even when it is indirectly involved with a thing, and in this regard their approach is still useful today. The classical and personalist theories about this distinction and the courts' subtraction from the *dominium* test become more understandable in the light of the common-law approach, and should be applied accordingly. Subsequently devised theories such as the theory of subjective rights and the prototype approach can serve to simplify the problem and to provide possible solutions. The necessary terminological and theoretical material for a sensible and understandable application of this distinction does exist.

Van der Merwe's explanation of the two elements contained in the requirements of the Deeds Registries Act should be kept in mind when discussing the distinction between real rights and creditors' rights:

- (a) Real rights burden the land itself directly.
- (b) Real rights diminish the ownership of the land.

---

192 "Private-law rights" 245.

193 See par 2 1–2 4 above.

194 1987 *SALJ* 615.

## 5 2 A direct burden upon the land itself

The fact that real rights are characterised by a direct bearing on the land itself is expressed by the classical theory. However, basically the same idea is expressed by the personalist theory, according to which a real right is valid or enforceable against the whole world. In the context of the limited real rights (*iura in re aliena*) this statement means that a real right is valid and enforceable against any owner of the burdened land. By saying that the right binds all the owner's successors in title, or that it burdens not the owner but the land itself, expression is given to the idea that the right is not a relationship between the grantee and the grantor, but an immediate and direct relationship between the grantee and the land itself, obliging anybody who happens to be its owner to suffer the burden upon his ownership flowing from the existence of the right. Obviously such a real right in land can only be created once it has been properly constituted by registration, but before registration takes place, there are a number of considerations that can give an indication whether such a right or condition can be registered or not.

The intention of the parties to the contract (usually but not always a deed of sale of land) must provide an important indication of the nature of the right – it is, after all, the parties who have contracted to create a certain right, and their intention as to the nature and content of that right must be kept in mind. Obviously their intention cannot be the sole criterion, since there are certain legal principles that cannot be amended or disregarded simply because that is what the parties intended.

However, if what the parties intended is legally possible, their intention should, in principle, not be disregarded.

As far as monetary obligations (in the form of an obligation placed upon a landowner to pay a certain amount of money to someone) are concerned, the intention of the parties with regard to the nature of the obligation must be ascertained in order to establish whether the obligation (and the concomitant right) should bind the specific landowner in his personal capacity (in which case the right can only be a creditor's right, the payer's ownership of the land in question being incidental and not essential to the obligation) or in his capacity as owner of that land (in which case the right might well be a real one, placing a burden upon the land and all its owners, irrespective of their personal identities). If the intention was to bind not only the specific landowner but also his successors in title, the parties probably wanted to create a real right.

If it is clear that the parties intended to create a right that would burden the land itself (or any owner of the burdened land) the only remaining question is whether the obligation in question can and should be registered and acknowledged as a real right, bearing in mind the fact that real rights usually entail a direct relationship between the subject and the land without reference to other legal subjects.

## 5 3 Subtraction from the *dominium*

The second question is whether the right in question can be a real right according to objective standards. That means that the right as such must be capable of existing and of being registered as a real right, in the sense that it constitutes a direct relationship between the subject and the land itself. In certain cases



this question may involve existing legal rules concerned with the acceptability of certain obligations,<sup>195</sup> and in other cases, especially when monetary obligations are involved, the question would have to be whether the obligation burdens the land itself directly or only burdens the present owner in his personal capacity. Finally, certain obligations may be unacceptable in view of policy considerations.

With regard to policy considerations, it is useful to keep Van Warmelo's words<sup>196</sup> in mind: society is not there for the law, but the law is there for society. If new developments in commerce and society require the creation of new and more varied real rights, then the law (and lawyers) must promote the creation and functioning of those rights as far as possible. The recognition of monetary obligations does require a certain relaxation of the principle that a real right constitutes a direct bond between subject and thing, without reference to others, but it is suggested that such a relaxation is both necessary and workable.

It is necessary because the ways in which land is used and exploited, have changed and still are changing, especially with regard to the cash produce or fruits of land. There clearly is a need for such uses to be recognised as real rights. Such a relaxation is also workable because there is a way in which the recognition of monetary obligations as real rights can be limited to rights that bind the land itself and not merely the individual landowner.

The test is whether the obligation can be regarded as a burden upon the land itself, in the sense that it limits the ownership of the land directly, and not only the present owner in his personal capacity. In practical terms that would mean that monetary obligations can constitute real rights only if they relate to the produce or fruits of the land itself.

#### 5.4 Evaluation

Seen in this context, the decision of King J in *Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds*<sup>197</sup> seems acceptable.<sup>198</sup> The court indicated that the parties clearly intended to create a real right that would burden the land itself, and its finding that the obligation was a limitation upon the owner's *ius disponendi*<sup>199</sup> indicates that the court considered the question whether monetary obligations could be registered as real rights, and that it limited such registration to obligations that bind the land itself. It may well be argued that the money payment in question was supposed to come from the land itself and its produce. Under those circumstances it seems reasonable to decide that the obligation in question satisfied the requirements of section 63(1) of the Deeds Registries Act.

---

195 It would be impossible to create real rights that do not or cannot satisfy statutory requirements.

196 As quoted in par 3.3 above.

197 1990 4 SA 614 (C) 618E.

198 Sonnekus 1991 *TSAR* 172 considers it an example of the group of cases that do not contribute to the solution of the problem, and is of the opinion that the case is flawed by logical errors. See Badenhorst and Coetser 1991 *De Jure* 388–389.

199 One might want to argue whether the obligation in question limited the owner's *ius disponendi*, as the court saw it, or his *ius utendi*. In fact it probably diminished both, since it limited the owner in enjoying the full produce of the land, and it also limited him in disposing of that produce or of the land itself freely.

# Elektroniese dataverwisseling (EDV) en die bewysreg

GTS Eiselen

*Blur LLD*

*Medeprofessor in die Privaatreg, Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

## SUMMARY

### Electronic data interchange (EDI) and the law of evidence

The electronic age is making an increasing impact on society and this is particularly true of the business world. Electronic Data Interchange is a new and innovative way of business communication. The special character of EDI is described and distinguished from other forms of business communication. The legal implications of EDI are as yet fairly uncertain. In this article the emphasis falls on the rules governing computer evidence. The relevant common law and statutory rules are critically examined. It is concluded that the Computer Evidence Act 57 of 1983 is not suitable for the proper handling of evidence in this regard. Further study which will probably lead to legislation is needed in this area.

## 1 INLEIDING

Die verbysterende vaart waarmee die tegnologie veral op elektroniese gebied besig is om elke lewensterrein te infiltrreer, bring die reg voor nuwe en opwindende uitdagings te staan. In die handelswêreld speel die elektroniese tegnologie 'n al hoe belangriker rol om ondernemings winsgewend en mededingend te hou.<sup>1</sup> Tradisionele metodes van dokumentasie, berging en liassering van dokumente, verwerking van data, boekhouding, fondsoordrag en kommunikasie is besig om vinnig veld teen die elektronika te verloor.<sup>2</sup> Hierdie veranderings geskied dikwels sonder oorweging van die regsimplikasies daarvan of dikwels ten spyte van die regsimplikasies. Hierdie bydrae handel nie oor die hele terrein van die elektronika en die reg nie maar is toegespits op 'n nuwe vorm van besigheidskommunikasie, naamlik elektroniese dataverwisseling (EDV).<sup>3</sup>

Elektroniese dataverwisseling het te make met 'n besondere vorm van standaard kommunikasie tussen handelsvennote. Inligting wat rekenaarmatig geskep

1 Crane "The economics of global EDI" in *EDI Asia '90* (voordrag gelewer tydens die 2nd Asia Pacific Conference on Electronic Data Interchange 1990-09-27 in Hong Kong) 40-41 (hierna *EDI Asia '90*); Hadziewich "EDI in US customs" (voordrag tydens die 2nd Customs Cooperation Council (CCC) Seminar on Electronic Data Interchange 1990-10-15 tot 16 in Brussel) (hierna *2nd CCC Seminar*); Savage en Walden "International trade law and UNCID" in Walden (red) *EDI and the law* (1989) 65; Thomsen en Wheble *Voorlegging aan die UNECE* (Verenigde Volke se Ekonomiese Kommissie vir Europa) gedateer 1985-05-5) verwysingsno HBT/BW/0985; Eckard "Die bewysreg in die elektroniese eeu: die outokassier" 1985 *De Jure* 384.

2 Thomsen en Wheble *Trading with EDI: the legal issues* (1989) 7-8.

3 Dit is my Afrikaanse weergawe van die Engelse begrip "electronic data interchange" (EDI) wat reeds in die internasionale handel sterk wortelgeskiet het. Hoewel 'n mens sekere besware teen die begrip kan opper, is dit 'n uitgemaakte saak dat hierdie term reeds dermate inslag gevind het dat dit onwenslik sou wees om 'n ander term te probeer vestig.

is, word deur middel van 'n netwerk deur die versender aan die ontvanger gestuur. Die ontvanger se rekenaar kan hierdie inligting onmiddellik gebruik en ook omvorm, nog inligting byvoeg en sekere optredes sonder enige menslike tussenkoms inisieer. Dit beteken dat hierdie inligting sowel vir interne as eksterne kommunikasie (kommunikasie met derdes) aangewend kan word sonder dat dit ooringesleutel of geïnterpreteer hoef te word. Veral in situasies soos 'n uitvoertransaksie waarby daar maklik tien of meer partye wat met dieselfde oorspronklike inligting moet werk, betrokke kan raak, kan elektroniese dataverwisseling baie tyd, moeite, koste en foute uitkakel.<sup>4</sup>

Die meeste ontwikkelings in die besigheidswêreld lewer ook nuwe regsprobleme op en dit is veral waar van die dreigende elektroniese dataverwisselingsrevolusie. Elektroniese dataverwisseling is 'n splinternuwe manier van kommunikasie tussen handelsvennote waardeur baie van die nadele van die tradisionele kommunikasie-middels soos pos, teleks, telefoon en faksimilee uitgekakel word. Dit is vinniger, veiliger, effektiewer en les bes goedkoper as die tradisionele metodes. Aan die teenkant bestaan daar 'n groter mate van regsonsekerheid oor die regsimplikasies van hierdie vorm van kommunikasie.<sup>5</sup>

Die bestaande reg maak dikwels nie spesifiek voorsiening vir sodanige nuwe ontwikkelings nie.<sup>6</sup> Gevolglik word bestaande reëls gebruik in situasies waarvoor hulle nie werklik geskik is nie. Reëls oor dokumentêre getuienis wat byvoorbeeld gedurende die sewentiende en agtiende eeue ontwikkel is, kan eenvoudig nie na behore tred hou met "elektroniese dokumente" en getuienis nie.<sup>7</sup> Ander dele van die reg, soos die kontraktereg, is daarteenoor merkwaardig aanpasbaar en behoef weinig of geen verandering nie.

Die meeste besigheidslui is gewoon aan papiertransaksies en ervaar 'n gevoel van onsekerheid oor die oorskakeling na elektroniese dataverwisseling. Dit spruit uit regsonsekerheid en 'n dieper gesetelde gevoel dat 'n mens besig is om beheer oor jou sake te verloor.<sup>8</sup> Kwelvrae is byvoorbeeld die volgende:<sup>9</sup> Kan bestaande vormvereistes soos skrif en ondertekening nagekom word? Is sulke data regtens aanvaarbaar? Kan dit in 'n hof bewys word en hoe moet dit gedoen word? Wie dra die risiko indien sake skeef loop? Hoe betroubaar en veilig is die stelsel? Is 'n mens aan bedrog blootgestel? Watter slaggate het ek nog nie eers aan gedink nie?

In die loop van hierdie bydrae wil ek nie aan al hierdie probleme aandag gee nie maar my veral op een terrein, naamlik die bewysreg, toespits. Die bewysreg

4 Troye "Legal issues for EDI: legal update" voordrag tydens die *2nd CCC Seminar*; Crane *Asia EDI '90* 41 - 42.

5 Sharp "Traps and pitfalls in the EDI environment: the legal issues" voordrag tydens *EDI Asia '90* 3; Larsen, McGill en Weber "Legal aspects of trade data interchange: some legal aspects of electronic interchange of trade data (US)" voorlegging aan die UNECE gedateer 1984-08-08 verwysingsno TRADE/WP.4.R298R1. Die UNECE het 'n werkgroep wat hom spesifiek bemoei met die bevordering van internasionale handelsprosedures (Working Party 4 on The Facilitation of International Trade Procedures). Hierdie werkgroep is nou betrokke by die bevordering van EDV in die internasionale handel. Dokumentasie van hierdie werkgroep dra die volgende verwysing: TRADE/WP.4/\*\*\*. Hierdie wyse van verwysing sal voortaan gebruik word.

6 Sharp *EDI Asia '90* 3.

7 Daarvan is die Wet op Rekenargetuienis 57 van 1983 'n sprekende voorbeeld; sien ook Eckard 1985 *De Jure* 386.

8 Andrews "The legal challenges posed by the new technologies" 1983 *Jurimetrics Journal* 43.

9 Sharp *EDI Asia '90* 6.



word bespreek omdat dit die een sy van die probleem is wat sentraal in elke gesprek oor elektroniese dataverwisseling staan.

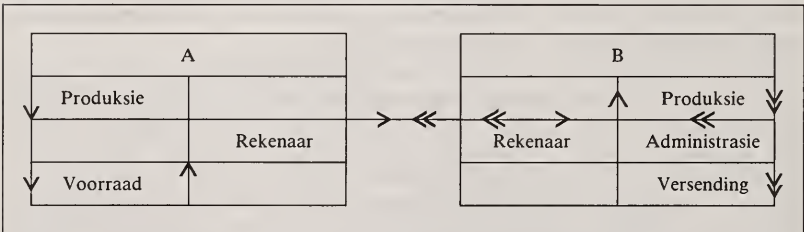
## 2 WAT IS ELEKTRONIESE DATAVERWISSELING?

### 2 1 Inleiding

Aangesien elektroniese dataverwisseling so 'n nuwe verskynsel is, is dit noodsaaklik om aan die hand van 'n paar praktiese voorbeelde kortliks te verduidelik wat dit presies is. Dit is verder noodsaaklik dat elektroniese dataverwisseling onderskei word van ander vorme van elektroniese kommunikasie by wyse van teleks, faksimilee en elektroniese pos.<sup>10</sup>

Elektroniese dataverwisseling kan 'n baie eenvoudige vorm van kommunikasie tussen twee handelsvennote wees, byvoorbeeld:<sup>11</sup> A is 'n motorvervaardiger en B 'n verskaffer van uitlaatstelsels. A se rekenaar is geprogrammeer om 'n bestelling van 100 eenhede aan B deur te stuur sodra A se voorraad onder 'n sekere vlak daal. Wanneer A se rekenaar wat regstreeks aan B s'n gekoppel is 'n bestelling deurstuur, word dit deur B se rekenaar ontvang en verwerk. 'n Bestelling word na die produksie-afdeling gestuur wat begin produseer; 'n rekening word opgestel en na die administrasie deurgestuur; en 'n faktuur word opgestel en na versending deurgestuur.

Figuur 1



Hierdie voorbeeld kan ook ingewikkelder word indien daar meerdere partye by 'n transaksie betrokke raak. Op die tydstip wat elektroniese dataverwisseling groter inslag in die handelswêreld begin vind, kom daar gewoonlik 'n baie belangrike derde party by, naamlik die netwerkverskaffer (NEVER).<sup>12</sup> Die netwerkverskaffer bewerkstellig óf deur sy eie telekommunikasienetwerk óf deur die gewone poskantoor-netwerk 'n skakel tussen verskillende elektroniese dataverwisselingsdeelnemers.

Een van die grootste struikelblokke in die rekenaarwêreld is die verskeidenheid apparatuur en programmatuur wat beskikbaar is maar wat vanweë gebreke standaardisasie nie met mekaar versoenbaar is nie. Die netwerkverskaffer speel 'n belangrike oorbruggingsrol om hierdie struikelblok te oorkom. Die netwerkverskaffer kan data wat op een stelsel geskep is, ontvang en verwerk sodat dit op 'n ander stelsel wat nie met die eerste stelsel versoenbaar is nie, oorgedra kan word. Die netwerkverskaffer is dus nie net 'n skakel tussen die partye nie,

10 Sien par 2 2 hieronder.

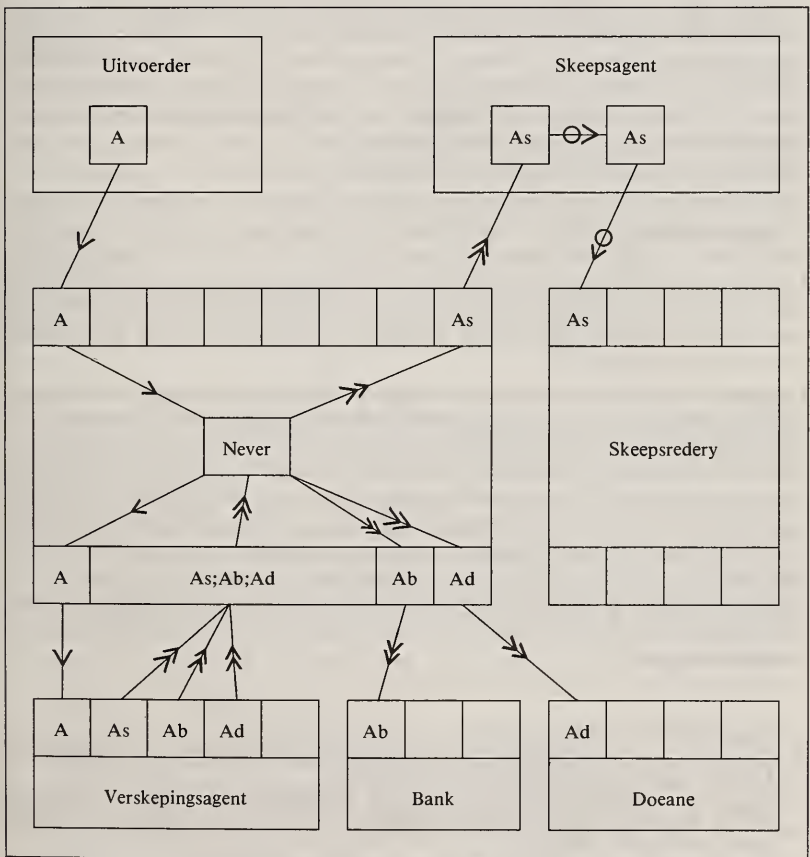
11 Sien ook Draper 1989 *Trade Facilitation Journal* 160.

12 Dit staan in Engels algemeen as die VANS (Value Added Network Service) bekend.

maar verskaf ook 'n "vertalingsdiens" sodat partye met mekaar kan kommunikeer. Die netwerkverskaffersdiens geskied normaalweg op 'n "stoor en versend"-basis.<sup>13</sup> Dit beteken dat die versender sy data na die netwerkverskaffer stuur; die netwerkverskaffer ontvang die data en verwerk en stoor dit in die ontvanger se poshokkie; die ontvanger onttrek sodanige data dan van tyd tot tyd.

Die volgende voorbeeld kan dit verduidelik.<sup>14</sup> Die uitvoerder van velskoene ontvang 'n bestelling van die invoerder wat in Taiwan gesetel is. Die uitvoerder moet 10 000 paar velskoene voor of op 30 Junie 1990 per skip na Taiwan versend. Die uitvoerder gee opdrag aan sy verskepingensagent wat reëlings moet tref met die Departement Doeane en Aksyns, die Skeepsredery en die bank. Die netwerkverskaffer vorm die knooppunt waardeur al hierdie kommunikasie moet plaasvind.

Figuur 2



13 Die Engelse begrip is "store and forward".

14 Sien ook Thomsen en Wheble *Trading with EDI* hfst 6 vir 'n breedvoerige bespreking.

## 2.2 Definisie van elektroniese dataverwisseling

Die begrip *elektroniese dataverwisseling* het reeds in die handelwêreld 'n beperkte tegniese betekenis verkry wat sommige ander vorme van elektroniese kommunikasie uitsluit. Dit word gewoonlik gedefinieer as

“die elektroniese verwisseling van masjien verwerkbare, gestruktureerde data, wat volgens ooreengekome standaarde geformateer is en wat met behulp van telekommunikasie skakelapparaat<sup>15</sup> regstreeks tussen verskillende rekenaarstelsels op verskillende rekenaars oorgedra word”.<sup>16</sup>

Elektroniese dataverwisseling het dus die volgende eienskappe:

(a) Dit bestaan uit *masjien verwerkbare* data. Dit is met ander woorde inligting wat op 'n rekenaar geskep word en wat rekenaarmatig verwerk en verander kan word, nie alleen deur die oorspronklike outeur nie maar ook deur enige ontvanger van die data. Die definisie sluit gevolglik nie faksimilee-oordragte in nie.

(b) Die data is *gestruktureerd*. Die inligting moet volgens 'n vooraf-ooreengekome struktuur en standaard opgestel word. Dit bring mee dat die inligting outomaties deur die ontvanger se rekenaar en programmatuur verwerk en omvorm kan word tot 'n dokument wat verder aan die behoeftes van die ontvanger voldoen. Hieruit is dit duidelik dat elektroniese dataverwisseling nie faksimilee-oordrag, gewone elektroniese pos of ander vorme van vry-geformateerde teks of beelde kan insluit nie.<sup>17</sup>

(c) Elektroniese dataverwisseling is nie absoluut afhanklik van die soort rekenaar of programmatuur wat die verskillende partye gebruik nie. Die *versoenbaarheid* tussen verskillende soorte rekenaars was tot dusver nog 'n groot struikelblok in die ontwikkeling van elektroniese dataverwisseling tussen handelsvennote vanweë die onversoenbaarheid van baie rekenaarstelsels. Hierdie probleem kan egter vandag grotendeels oorbrug word deur tussenkoms van 'n derde party, die netwerkverskaffer.<sup>18</sup>

Die netwerkverskaffer voorsien nie alleen die fisiese verbinding tussen die verskillende partye nie, maar verskaf ook 'n diens deur die inligting wat deur die versender gestuur word, te ontvang, te verwerk in 'n vorm wat versoenbaar is met die stelsel van die ontvanger en dit dan te stoor totdat die ontvanger dit (elektronies) afhaal. Die netwerkverskaffer speel ook 'n belangrike rol in die verskaffing van sekuriteit aan deelnemende partye. Aangesien alle kommunikasie deur die netwerkverskaffer geskied, kan partye nie tot mekaar se rekenaarstelsels toegang verkry nie.<sup>19</sup> Verder kan die netwerkverskaffer kontroleer wie 'n betrokke boodskap gestuur het en dat die regte ontvanger dit afhaal. Hoewel verkeerde aflewering nie onmoontlik is nie, is dit baie onwaarskynliker as met tradisionele pos.<sup>20</sup>

15 “Interfaces”.

16 Crane *EDI Asia '90* 41; Klopper “EDI: The South African scene” (voordrag tydens die *EDI '89* konferensie April 1989 te Johannesburg).

17 Roos “The modern alternatives” in Thomsen en Wheble (reds) *Trading with EDI* 42 44–45; Sundblad “Communication – Aspects – Networks” in Thomsen en Wheble (reds) *Trading with EDI* 65.

18 Roos *Trading with EDI* 45 53; Sundblad *Trading with EDI* 65.

19 Dit beteken egter nie dat die ontvanger se rekenaar nie met rekenaarvirusse besmet kan word nie.

20 Sundblad *Trading with EDI* 66–68.



### 2 3 Voor- en nadele van elektroniese dataverwisseling

Die vernaamste voordele van elektroniese dataverwisseling bo ander vorme van kommunikasie is die volgende:<sup>21</sup>

(a) Data word slegs eenmalig in die stelsel ingevoer. Aangesien die data gestruktureerd is, kan dit outomaties verwerk en gebruik word om nuwe dokumente te skep terwyl dit van die een deelnemer na die volgende versend word. So kan baie transkripsiefoute uitgeskakel word.<sup>22</sup>

(b) Aangesien die inligting gestruktureerd is, sal dit verwerp word indien dit onvolledig of in 'n verkeerde formaat aangebied word.<sup>23</sup> Baie tyd en geld kan so gespaar word omdat foute makliker en vinniger uitgestryk kan word.<sup>24</sup>

(c) Die data kan outomaties verwerk word en dit maak die stelsel vinniger en meer effektief. Dit skep nuwe moontlikhede om meer effektief handel te dryf soos met die JIT-konsep ("Just in Time").<sup>25</sup>

(d) Dit is waarskynlik veiliger en betroubaarder as tradisionele vorme van kommunikasie.<sup>26</sup>

(e) Daar kan op papier, liassing, berging en personeel bespaar word. Hierdie voordeel wat die ooglopendste is, is waarskynlik die onbelangrikste.<sup>27</sup>

Die belangrikste nadele van elektroniese dataverwisseling is geleë in die onkunde oor rekenaars en die onsekerhede wat met enige verandering gepaard gaan:<sup>28</sup>

(a) Dit is vir die individuele besigheidsman moeilik om die impak van die oorskakeling te beoordeel, alhoewel die voordele hulself reeds duidelik in die praktyk bewys het.

(b) Regsonsekerheid is sekerlik een van die grootste struikelblokke wat die groot-skaalse aanvaarding van elektroniese dataverwisseling verhinder.

21 Sharp *EDI Asia '90* 3; Crane *EDI Asia '90* 41–42; Thomsen en Wheble Voorlegging aan die UNECE verwysingsno HBT/BW/0985 September 1985; "Legal aspects of automatic trade data interchange" – voorlegging van die Deense, Finse, Noorse en Sweedse afvaardigings aan werkgroep 4 van die UNECE verwysingsno TRADE/WP.4/R.185R1 gedateer 1982-10-21.

22 Walden *EDI and the law* 3.

23 Walden *EDI and the law* 3; Sundblad *Trading with EDI* 66. Daar word beraam dat by ongeveer die helfte van alle uitvoertransaksies, dokumente deur banke verwerp word as gevolg van onvolledige of foutiewe inligting of dokumente. Hadziewich *2nd CCC Seminar* 21 wys op die ervaring van die Amerikaanse doeanedepartement waar een uit ses van alle tradisionele transaksies terugverwys word, terwyl slegs een uit 46 EDV-transaksies verwerp word.

24 Crane *EDI Asia '90* 42; Hadziewich *2nd CCC Seminar* 20–21 gee indrukwekkende statistieke oor die toename in produktiwiteit wat met behulp van EDV in die Amerikaanse departement van doeanes verkry is.

25 JIT het te doen met 'n metode van verskaffing van goedere waar die vervaardiger of verkoper probeer om die tyd wat onderdele of voorraad gestoor word, tot die minimum te beperk deur minder voorraad meer gereeld te laat aflewer net voordat sy voorraad heeltemal opraak. Met EDV word dit moontlik om die raktyd in sekere bedrywe van weke en dae tot ure en selfs minute te verminder. Op hierdie wyse kan 'n onderneming dramatiese besparings bewerkstellig (Hadziewich *2nd CCC Seminar* 11; Crane *EDI Asia '90* 42; Walden *EDI and the law* 3).

26 Hadziewich *2nd CCC Seminar* 7; Sundblad *Trading with EDI* 67.

27 Hadziewich *2nd CCC Seminar* 4.

28 Sharp *EDI Asia '90* 3; Walden *EDI and the law* 1–3; Thomsen en Wheble *Trading with EDI* 9.

(c) 'n Groot kapitaal-uitleg is aanvanklik noodsaaklik, alhoewel die kostefaktor ook reeds minder belangrik begin word.<sup>29</sup>

## 2 4 Die groei in elektroniese dataverwisseling

Elektroniese dataverwisseling het tot dusver in Suid-Afrika nog maar stadig gegroei, met een belangrike uitsondering, naamlik op die terrein van die bankwese. Die bankwese bied 'n goeie voorbeeld van die revolutionêre impak wat elektroniese dataverwisseling op 'n handelsektor kan hê. Na 'n aanvanklike versigtigheid het die bankwese gou geen ander keuse gehad as om grootskaals na die elektroniese bankwese oor te slaan nie;<sup>30</sup> geen bank kan vandag meer daarsonder funksioneer of meeding nie. Dit is nie baie gewaagd om te voorspel dat dieselfde in ander sektore van die handel sal plaasvind nie.

Dwarsoor die wêreld begin elektroniese dataverwisseling 'n al hoe belangriker rol in plaaslike en internasionale handel speel.<sup>31</sup> Die United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) werk reeds etlike jare daaraan om internasionaal aanvaarbare standaarde vir EDV daar te stel.<sup>32</sup> Hulle standaard Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport (EDIFACT) is pas deur die gesaghebbende International Standards Organisation (ISO) aanvaar, terwyl die Customs Cooperation Council (CCC) ook reeds sy steun daaraan toegesê het.<sup>33</sup> Die meeste nuwe standaarde gebruik EDIFACT of rig hulleself daarvolgens.<sup>34</sup> Daar bestaan egter ook sommige ouer standaarde wat nie met EDIFACT versoenbaar is nie, soos die Britse TRADACOM-stelsel. Daar is ook 'n hele aantal organisasies wat hulle beywer vir die aanvaarding van elektroniese dataverwisseling, byvoorbeeld SIT-PROSA<sup>35</sup> in Suid-Afrika,<sup>36</sup> DEUPRO in Duitsland, ODETTE wat hom op die motorvervaardigingsbedryf in Europa toespits en DISH wat in die skeepsbedryf doenig is.<sup>37</sup>

## 3 KOMMUNIKASIE EN DOKUMENTE IN DIE REG

### 3 1 Kommunikasie

Juridies relevante kommunikasie kan plaasvind op enige manier of wyse waardeur een persoon sy gedagtes of idees aan 'n ander kan oordra. Derhalwe

29 Crane *EDI Asia '90* 41–42.

30 Die aanvaarding en groei van die SWIFT-stelsel (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication) is 'n goeie voorbeeld hiervan. Sien ook TRADE/WP.4/R.298R1 par 7.

31 Draper 1989 *Trade Facilitation Journal* 160.

32 Walden *EDI and the law* 4; TRADE/WP.4/R.185R1 par 10–12; Hadziewich *2nd CCC Seminar* 15.

33 TRADE/WP.4/R.185R1 par 10.

34 Hadziewich *2nd CCC Seminar* 15; Thomsen en Wheble *Trading with EDI* 14–15; Roos *Trading with EDI* 53 ev; Walden *EDI and the law* 4.

35 Organisation for the Simplification of International Trade Procedures in South Africa.

36 Klopper *EDI '89*.

37 Sien Roos *Trading with EDI* 56 vir verdere voorbeelde; Kriström "Practical implementation of EDI – the ODETTE experience" in Thomsen en Wheble (reds) *Trading with EDI* 207 ev.

kan mondelinge kommunikasie, gedrag, skrif, telegramme, telefaksimilees, elektroniese pos en elektroniese dataverwissing kwalifiseer as kommunikasie. Kommunikasie kan ook 'n verskeidenheid oogmerke en gevolge hê, byvoorbeeld die totstandkoming van 'n kontrak; deliktuele aanspreeklikheid by opsetlike of nalatige wanvoorstelling; gemik op ouditering kan dit tot belastingaanspreeklikheid lei.<sup>38</sup>

Nie alle kommunikasie is juridies relevant nie. Dit kan wees omdat die kommunikasie geen verandering in die regsworklikheid meebring nie of omdat daar nie aan sekere voorgeskrewe formaliteite voldoen is nie. Indien 'n kontrak op skrif en onderteken moet wees om geldig te wees, is 'n mondelinge of ongetekende skriftelike ooreenkoms regtens irrelevant.<sup>39</sup>

Elektroniese dataverwissing is heelwat meer regseker as sommige ander tipes kommunikasie, soos mondelinge, telefoniese en selfs telegrafiese mededelings. Daarenteen bied dit (nog) nie dieselfde mate van regsekerheid as tradisionele papierdokumente nie omdat die fisiese eienskappe wat met papier in verband gebring word, ontbreek. 'n Stuk papier, veral met skrif daarop, is uniek; dit kan moeilik verander word sonder dat dit opsigtelik is; dit kan fisies hanteer en gesoek word.<sup>40</sup>

'n Dokument word gewoonlik deur 'n handtekening wat 'n erkende en aanvaarde bewyswaarde het, gewaarmerk. Dit bind die spesifieke dokument aan 'n spesifieke persoon omdat dit uniek is.<sup>41</sup> Tot dusver het geen elektroniese vorm van waarmerking nog dieselfde status as 'n handtekening verwerf nie, alhoewel daar tegnies baie moontlikhede bestaan om 'n metode van waarmerking te ontwerp wat ewe veilig en selfs veiliger is.<sup>42</sup>

### 3 2 Juridiese funksies van dokumente

Tradisioneel bestaan dokumente uit papier en kan dit enige soort inligting bevat. Dokumente vervul normaalweg een of meer van die volgende drie kernfunksies:<sup>43</sup>

(a) *Inligtingsfunksie* Die dokument dra inligting oor soos die bedinge van 'n kontrak; die bepalings van 'n wet; 'n amptelike stempel; of die uiteensetting van 'n regsgeding. Inligting kan op baie maniere oorgedra word, maar 'n dokument word gewoonlik as 'n veilige en betroubare bron van inligting beskou omdat dit objektief en sonder om op die geheue van die betrokke partye te steun, beskou en geïnterpreteer kan word.<sup>44</sup>

(b) *Bewysregtelike funksie* Die fisiese eienskappe van papier maak dit 'n besonder betroubare bron van getuienis. Dit is baie makliker om 'n geskrewe

38 Bergsten en Goode "Legal questions and problems to overcome" in Thomsen en Wheble (reds) *Trading with EDI* 131 – 132.

39 *Du Plessis v Nel* 1952 1 SA 513 (A); *Neethling v Klopper* 1967 4 SA 459 (A) 464; Kerr *The principles of the law of contract* (1989) 119.

40 Bergsten en Goode *Trading with EDI* 127; Bradgate "Legal issues of EDI" in Walden *EDI and the law* 9; TRADE/WP.4/R.185R1 par 49; Walden *EDI and the law* 3.

41 Troye *2nd CCC Seminar* 8; TRADE/WP.4/R.298R – par 22 26 ev mbt die posisie in die VSA; Bradgate *EDI and the law* 9.

42 TRADE/WP.4/R.185R1 par 51; Bradgate *EDI and the law* 34 – 36.

43 TRADE/WP.4/R.185R1 par 45 – 48; Morrin "The effect of EDI on administrative procedures" in Thomsen en Wheble (reds) *Trading with EDI* 82.

44 Bergsten en Goode *Trading with EDI* 127; Bradgate *EDI and the law* 10.



kontrak as 'n mondelinge kontrak te bewys. Die dokument kan verder 'n teken van egtheid soos 'n handtekening of amptelike stempel bevat. Verder is daar heelwat regsreëls, soos die reël teen ekstrinsieke getuïenis, wat 'n besondere belangrikheid aan dokumente toeken.<sup>45</sup>

(c) *Simboliese funksie* Sommige dokumente is so nou gekoppel aan die regte wat hulle beskryf, dat die reg die dokument as die fisiese simbool van daardie reg erken. Die houer van 'n tjek word byvoorbeeld beskou as die "eienaar" van die reg op betaling; of die houer van 'n oorspronklike vragbrief word erken as die eienaar van die goedere.<sup>46</sup>

Baie regsreëls wat op dokumente betrekking het, is gebaseer op die fisiese eienskappe van papier.<sup>47</sup> Die kernverskil tussen papierdokumente en elektroniese boodskappe is daarin geleë dat, alhoewel 'n elektroniese boodskap in 'n tegniese sin 'n fisiese bestaan voer, dit (a) gewoonlik nie uniek is soos 'n papierdokument nie – dit kan maklik gereproduseer word sonder dat die verskil tussen die oorspronklike en die kopie vasgestel kan word;<sup>48</sup> (b) maklik verander kan word sonder enige ooglopende teken van die verandering;<sup>49</sup> en (c) nie onafhanklik van die apparatuur en programmatuur wat nodig is om dit te berg en op te roep, bestaan nie. Gevolglik kan dit nie regstreeks deur die mens geïnterpreteer word nie.

Die oorsakeling van papiertransaksies na elektroniese dataverwisselingstransaksies is daarop gemik om die papier uit te skakel sonder om die funksies wat hierbo genoem word, prys te gee.<sup>50</sup> Die gebruiker van elektroniese dataverwisseling moet hom ten opsigte van elke dokument afvra welke van hierdie funksies hy wil behou en hoe dit tegnies en regtens gedoen kan word. Dit is duidelik dat elektroniese dataverwisseling wat die inligtingsfunksie betref geen noemenswaardige probleme oplewer nie, terwyl veral die bewysregtelike funksie die hoofbron van kommer is.<sup>51</sup>

Dit is te betwyfel of die simboliese funksie van papier in die elektroniese medium behoue kan bly; daarmee word egter nie te kenne gegee dat 'n oplossing wat dieselfde uiteindelige handels- en regsfunksie kan bewerkstellig nie gevind kan word nie.<sup>52</sup> Dit hang saam met die konsepsuele benadering wat ten opsigte van elektroniese dataverwisseling gevolg word.<sup>53</sup> Die konvensionele benadering ("substantial approach") probeer om met elektroniese dataverwisseling die funksies van papier so getrou moontlik na te boots.<sup>54</sup> Dit is 'n beperkende benadering wat die bruikbaarheid en effektiwiteit van elektroniese dataverwisseling aan bande lê. Die vertrekpunt van die *funksionele* benadering daarenteen is om

45 Bergsten en Goode *Trading with EDI* 135 ev; Bradgate *EDI and the law* 10; TRADE/WP.4/R.185R1 par 49.

46 TRADE/WP.4/R.185R1 par 47; TRADE/WP.4/R.298R1 par 2; Ramberg "Title to goods during transport" in Thomsen en Wheble (reds) *Trading with EDI* 185 – 186; Bradgate *EDI and the law* 38 ev.

47 TRADE/WP.4/R.185R1 par 50 105.

48 TRADE/WP.4/R.185R1 par 50 54; Bradgate *EDI and the law* 9.

49 TRADE/WP.4/R.185R1 par 50; Walden *EDI and the law* 1.

50 TRADE/WP.4/R.185R1 par 64.

51 TRADE/WP.4/R.185R1 par 118 128; Sharp *EDI Asia '90* 13; Bradgate *EDI and the law* 10 ev.

52 TRADE/WP.4/R.185R1 par 128; Bergsten en Goode *Trading with EDI* 131 – 133.

53 TRADE/WP.4/R.185R1 par 130 ev; TRADE/WP.4/R.298R1 par 9.

54 TRADE/WP.4/R.298R1 par 9 10.

papier sover moontlik uit te skakel op maniere wat die beste versoenbaar is met die elektroniese medium sonder om die uiteindelijke handels- en regsgevolge in te boet.<sup>55</sup> Elektroniese fondsoordrag in die bankwêreld vervul dieselfde uiteindelijke funksie as die tradisionele tjek maar op 'n totaal nuwe manier. Dokumente wat 'n simboliese rol vervul, sal op 'n soortgelyke innoverende wyse vervang moet word.<sup>56</sup>

## 4 ELEKTRONIESE DATAVERWISSELING EN DIE BEWYSREG

### 4 1 Inleiding

Die bewysreg is vol slaggate waarmee rekening gehou moet word by die oorskakeling na elektroniese dataverwissing.<sup>57</sup> Dit is nie alleen die posisie in die Suid-Afrikaanse reg nie, want die probleem doen hom voor in die meeste ander regstelsels, sowel Anglo-Amerikaans as Romeins-Germaans.<sup>58</sup> Ten spyte daarvan dat Suid-Afrika 'n wet het wat daarop gemik is om die hantering van rekenaargetuïenis te reël, bestaan daar 'n groot mate van onsekerheid oor die regsposisie. Benewens die Wet op Rekenaargetuïenis 57 van 1983 is daar twee ander wette wat moontlik van toepassing kan wees, asook sekere gemeenregtelike reëls.<sup>59</sup> Daar bestaan tans geen sekerheid oor die onderlinge verhouding tussen hierdie verskillende reëls nie.

### 4 2 Die ontstaan van die Wet op Rekenaargetuïenis 57 van 1983

#### 4 2 1 Hoorsêgetuïenis en artikel 34 van die Wet op Bewysleer in *Siviele Sake 25 van 1965*

Daar bestaan min twyfel oor die hoorsêkarakter van die meeste rekenaardokumente.<sup>60</sup> Die dokumente word gewoonlik deur 'n verskeidenheid persone in 'n bedryf opgestel, ingelees, verwerk en gestoor met die gevolg dat dit uiteindelik baie moeilik is om selfs na 'n kort tydsverloop vas te stel wie vir die inligting in 'n spesifieke dokument verantwoordelik was. Hierdie situasie verskil min van die posisie by papierdokumente waar registers en boeke in die gewone loop van besigheid gehou word. Dit was gevolglik nie onredelik om te aanvaar dat artikel 34 van die Wet op Bewysleer in *Siviele Sake 25 van 1965* ook op hierdie soort getuïenis van toepassing sou wees nie.<sup>61</sup> Artikel 34 lui soos volg:

“34. Toelaatbaarheid van dokumentêre bewys met betrekking tot feite in geskil. –

(1) By 'n siviele saak waar regstreekse mondelinge getuïenis van 'n feit toelaatbaar sou wees, is enige verklaring wat deur 'n persoon in 'n dokument gedoen

55 TRADE/WP.4/R.298R1 par 14. Hierin word verwys na die CARDIS-stelsel (Cargo Data Interchange System) wat in die VSA ontwikkel is.

56 Daar is reeds in 'n groot mate weggedoen met verhandelbare vragbriewe in gevalle waar dit nie werklik noodsaaklik is nie, maar daar is tog heelwat bedrywe waar dit nie uitgeskakel kan word nie.

57 Schmidt *Bewysreg* (1989) 346.

58 Sharp *EDI Asia '90* 13; Troye *2nd CCC Seminar* 8 – 9; Bradgate *EDI and the law* 11; Tapper *Computer law* (1983) 149 ev.

59 Sien par 4 2 en 4 5 hieronder.

60 Schmidt *Bewysreg* 346; Ebdon “Computer evidence in court” 1985 *SALJ* 688; Skeen “Evidence and computers” 1984 *SALJ* 675 ev; sien ook Bradgate *EDI and the law* 12 ev en Tapper *Computer law* 151 oor die posisie in die Engelse reg.

61 Vir 'n algemene bespreking van die artikel sien Hoffmann en Zeffertt *The South African law of evidence* (1981).

is en wat tot staving van daardie feit strek, by oorlegging van die oorspronklike dokument as bewys van daardie feit toelaatbaar, mits –

(a) die persoon wat die verklaring gedoen het, . . .

(ii) waar die betrokke dokument 'n aantekening is of deel van 'n aantekening uitmaak wat 'n lopende aantekening heet te wees, die verklaring (. . .) gedoen het by die uitvoering van 'n plig om inligting op te teken wat aan hom verstrekt is deur iemand wat persoonlik kennis van daardie aangeleenthede gedra het of redelikerwys veronderstel kon geword het persoonlik daarvan kennis te dra; . . .

(2) Die persoon wat by die saak voorsit, kan indien hy met inagneming van al die omstandighede van die geval oortuig is dat daar andersins buitensporige verdragings of onkoste veroorsaak sou word, 'n verklaring soos in subartikel (1) as bewys by daardie saak toelaat –

(a) ondanks die feit dat die persoon wat die verklaring gedoen het beskikbaar is maar nie as getuie geroep word nie;

(b) al word die oorspronklike dokument nie oorgelê nie indien in plaas daarvan 'n juis bewese afskrif van die oorspronklike dokument of deel daarvan wat ter sake is, oorgelê word."

In *Narlis v South African Bank of Athens*<sup>62</sup> maak die hof korte metten met die argument dat artikel 34 gebruik kan word om rekenaarrekorde in 'n hofgeding toegelaat te kry.<sup>63</sup> Die hof sê eenvoudig: "Well, a computer, perhaps fortunately, is not a person."<sup>64</sup> Dié spitsvondige benadering was waarskynlik nie die beste argument wat die hof kon aanvoer om die argument te verwerp nie aangesien daar heelwat sterker argumente bestaan waarom artikel 34 problematies is. Dit sou byvoorbeeld veel suiwerder gewees het om te vra of die rekenaarrekoord 'n "dokument" is en, indien wel, waar die oorspronklike stuk is.

Hierdie beslissing het groot besorgdheid onder rekenaargebruikers, veral bankiers, veroorsaak. Die Vereniging van Verrekeningsbanke van Suid-Afrika het die Suid-Afrikaanse Regskommissie genader en versoek om die probleem te ondersoek.<sup>65</sup> Die wetgewing wat uiteindelik aangeneem is, is grotendeels gebaseer op 'n ondersoek wat regter Didcott namens die banke onderneem het.<sup>66</sup>

### 4 3 Artikel 221 van die Strafproseswet 51 van 1977

Hierdie artikel maak voorsiening vir die toelaatbaarheid van hoorsê-getuienis in dieselfde soort omstandighede as dié waarop artikel 34 van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965 gemik is, naamlik dokumente wat in die gewone loop van besigheid opgestel is. Anders as artikel 34 verwys artikel 221 nie na die verklaring "van 'n persoon" nie, maar bloot na die verklaring wat in 'n dokument vervat is. Artikel 221(1) moet saamgelees word met 221(5) waarin "dokument" omskryf word as "ook 'n toestel deur middel waarvan inligting aangeteken of bewaar word".<sup>67</sup>

62 1976 2 SA 573 (A).

63 Hoffmann en Zeffertt *Evidence* 135; Schmidt *Bewysreg* 347.

64 577H. Vir kommentaar hieroor sien Eckard 1985 *De Jure* 387; Ebdon 1985 *SALJ* 691; Steele "Computer-produced print-out – reliable as evidence?" 1983 *SALJ* 506.

65 Ebdon 1985 *SALJ* 691.

66 Eckard 1985 *De Jure* 388; Steele 1983 *SALJ* 506; Skeen 1984 *SALJ* 682–683; South African Law Commission *Project 6. Review of the law of evidence: Report on the admissibility in civil proceedings of evidence generated by computers* (1982).

67 Hoffmann en Zeffertt *Evidence* 140–141; Schmidt *Bewysreg* 347; Skeen 1984 *SALJ* 678.



Die vraag of rekenaargetuënis ingevolge hierdie bepaling toelaatbaar is, het in *S v Harper*<sup>68</sup> onder die loep gekom. Uit die ontleding van die wetsbepaling kom die hof tot 'n baie beter verantwoorde gevolgtrekking as die spitsvondige gevolgtrekking van die appèlafdeling in die *Narlis*-saak. Eerstens bevind die hof dat die rekenaar self buite die uitgebreide betekenis van die begrip "dokument" in artikel 221(5) val, aangesien dit nie net inligting aanteken of bewaar nie maar dit ook telkens verwerk.<sup>69</sup> Verder vra die hof hoe so 'n dokument oorgelê sou kon word aangesien die gedeelte van die rekenaar waarop die inligting aangeteken is, nie vatbaar is vir menslike interpretasie nie. Volgens die hof is artikel 221(5) duidelik gemik op mikrofilm en soortgelyke prosesse.<sup>70</sup>

Die hof ontleed egter ook die posisie van die rekenaardrukstuk ingevolge die bepaling van hierdie wet. Die hof bevind dat artikel 221 juis daarop gemik is om hierdie soort situasie te reël: 'n drukstuk val duidelik binne die gewone omskrywing van 'n dokument.<sup>71</sup> Teen die agtergrond van die doel van die wetgewing – naamlik 'n verslapping van die hoorsêreël ten opsigte van getuënis waarvan die bewyswaarde gewoonlik redelik hoog behoort te wees aangesien dit daargestel is in die loop van 'n proses waartydens daar min rede vir die verslapping daarvan bestaan het – bevind die hof dat rekenaardrukstukke wel ingevolge hierdie artikel toelaatbaar is.<sup>72</sup> Die hof wys verder daarop dat artikel 221(3) sekere riglyne neerlê met betrekking tot die bewyswaarde wat aan sodanige getuënis geheg moet word.<sup>73</sup>

Hierdie benadering van die hof bied 'n moontlike oplossing vir die toekomstige hantering van rekenaargetuënis. Die voordele hiervan is dat dit soepel is sonder dat die hof uit die oog hoef te verloor dat sodanige getuënis in sommige omstandighede in ernstige twyfel getrek kan word.<sup>74</sup> Dit is in elk geval 'n baie meer realistiese benadering as dié van die appèlafdeling in die *Narlis*-saak.

#### 4 4 Die Wet op Rekenaargetuënis 57 van 1983<sup>75</sup>

Die kern van die wet is te vinde in artikels 2 en 3 daarvan. Artikel 3 bepaal:

"Toelaatbaarheid van rekenaardrukstukke. – (1) By 'n siviele saak is 'n gewaarmerkte rekenaardrukstuk by oorlegging daarvan toelaatbaar as bewys van enige feit daarin vervat waarvan regstreekse mondelings getuënis toelaatbaar sou wees."

Die eerste belangrike punt is dat die wet net van toepassing is op die toelaatbaarheid van rekenaardrukstukke in *siviele* gedinge. Dit raak dus nie die posisie in strafsake waar artikel 221 van die Strafproseswet steeds van toepassing is nie.<sup>76</sup>

68 1981 1 SA 88 (D).

69 95E.

70 95D – H. Dit lyk of Hoffmann en Zeffertt *Evidence* 142 die saak op grond van hierdie stelling foutief interpreteer, want hulle haal die saak as gesag daarvoor aan dat *rekenaardrukstukke* nie ingevolge a 221 toelaatbaar is nie. Sien egter die hof se konklusie 97G – H; Schmidt *Bewysreg* 347.

71 96D.

72 97G – H. Sien ook Schmidt *Bewysreg* 347.

73 97G.

74 Skeen 1984 *SALJ* 683 is van oordeel dat hierdie benadering steeds te eng is.

75 Vir 'n volledige bespreking van die wet sien Ebdon 1985 *SALJ* 687 – 696; Schmidt *Bewysreg* 348; Hoffmann en Zeffertt *Evidence* 142 ev; Skeen 1984 *SALJ* 683 ev.

76 Schmidt *Bewysreg* 348; Skeen 1984 *SALJ* 688; sien egter ook die opmerkings in par 4 5 hieronder mbt die nuwe uitsonderings op die hoorsêreël.

Artikel 2 bevat bepalinge oor die wyse waarop 'n rekenaardrukstuk gewaarmerk moet word. Dit is egter teen artikel 2 dat die meeste besware na aanvaarding van die wet geopper is. Die vereistes wat vir waarmerking neergelê word, is van so 'n aard dat baie moeilik daaraan voldoen kan word.<sup>77</sup>

Die persoon wat die waarmerking doen, moet 'n beëdigde verklaring aflê dat die dokument 'n rekenaardrukstuk is soos in die wet omskryf; bevestig dat die inligting 'n ware weergawe is van die inligting wat deur die rekenaar voortgebring is; in algemene terme die aard, omvang en bronne van data en instruksies, en die doel en die uitwerking van die verwerking van die data beskryf; en sertifiseer dat die rekenaar volledig voorsien is van data wat geskik en voldoende is vir die doel waarvoor die rekenaar aangewend word, dat die rekenaar in sy werking onaangetas was deur enige wanfunksionering, bemoeiing, verstoring of onderbreking wat 'n invloed op daardie inligting of die betroubaarheid daarvan kon gehad het, en dat daar geen rede bestaan om die juistheid of betroubaarheid van enige inligting wat daarin vervat is, te betwyfel of te wantrou nie. Dit is voldoende indien die waarmerking na die beste wete van die verklaarder gedoen word.<sup>78</sup>

Artikel 2(3) bepaal verder dat die persoon wat die verklaring doen, iemand moet wees wat bevoeg is om dit te kan doen vanweë sy kennis en ondervinding van rekenaars en die bepaalde stelsel, en op grond van sy ondersoek van alle aantekeninge en feite wat ter sake en bekombaar is aangaande die bedryf van die rekenaar.

Dit is hieruit baie duidelik dat dit vir die meeste ondernemings baie moeilik sal wees om enige binne sy organisasie te vind wat hierdie soort getuienis sal kan aflê.<sup>79</sup> Dit is daarom ook nie verbasend dat hierdie wet nog nie die onderwerp van enige gerapporteerde beslissing was nie.<sup>80</sup> Die banke wat aanvanklik gesorg het vir die invoer van hierdie wet, het die probleem op 'n heel ander wyse opgelos. Die meeste bankkontrakte bevat tans 'n klousule wat bepaal dat 'n sertifikaat wat deur die bankbestuurder uitgereik word en wat die stand van 'n kliënt se rekening aandui, *afdoende bewys* van daardie feit sal wees. Die geldigheid van sodanige klousules is reeds in ons regspraak bevestig.<sup>81</sup>

In die elektroniese dataverwisselingsomgewing waar 'n mens nie net met een bedryf se rekenaar te doen het nie, maar met twee en dikwels drie partye s'n, sal dit soveel te meer problematies wees om aan die vereistes van die Wet op Rekenargetuienis 57 van 1983 te voldoen. Die wet is egter nie voorskriftelik van aard nie, wat ruimte laat vir twee ander moontlikhede om die toelaatbaarheid van rekenargetuienis te bewerkstellig.

#### 4 5 Die kontraktuele opsie

Eerstens, indien die partye in 'n kontraktuele verhouding teenoor mekaar staan, kan hulle onderling ooreenkom oor die wyse waarop rekenargetuienis in enige

77 Schmidt *Bewysreg* 348; Skeen 1984 *SALJ* 685; Ebdon 1985 *SALJ* 690.

78 Schmidt *Bewysreg* 348; Ebdon 1985 *SALJ* 685 – 687; Hoffmann en Zeffertt *Evidence* 145.

79 Sien Ebdon 1985 *SALJ* 689 – 690 vir 'n volledige kritiese bespreking van die wet; Steele 1983 *SALJ* 508 – 509.

80 Die outeur het wel verneem dat die wet soms deur praktisyns gebruik word, maar dat dit sover moontlik vermy word agv die moeilike bewyslas.

81 *Standard Bank of SA Ltd v Neugarten* 1987 3 SA 695 (W); *Donnelly v Barclays National Bank* 1990 1 SA 375 (W).

moontlike toekomstige geding gebruik mag word. Die kontrak kan byvoorbeeld bepaal dat 'n drukstuk wat deur die een of die ander party voorgelê word *prima facie*<sup>82</sup> bewys sal wees van die waarheid van die inhoud daarvan.

Aangesien rekenaarekords maklik deur enigeen van die partye verander kan word, kan dit 'n party moontlik blootstel aan die bedrog van die ander party indien hy sou toestem tot so 'n klousule. Die probleem kan uitgeskakel word indien 'n onpartydige derde party, soos die netwerkverskaffer, die inligting kon stoor. Hierdie oplossing blyk ook nie realisties te wees nie vanweë die relatiewe hoë koste wat daaraan verbonde sou wees. Die geweldige volume inligting wat die netwerkverskaffer sou moes hanteer, sou dit logisties baie moeilik maak om al daardie inligting te stoor. Buitendien moet elkeen van die partye daardie inligting in elk geval ook nog vir hulle eie rekords berg.

'n Moontlikheid wat al hoe meer belofte inhou, is die sogenaamde "Write Once Read Many times" (WORM) -stelsels, waardeur inligting op 'n optiese skyf gestoor word. Aangesien inligting wat eers eenmaal daarop vasgelê is, nie weer verander kan word nie, verminder dit die probleem van bedrog aansienlik. Hierdie opsie begin tans bekostigbaar word vir middelslag- en groter ondernemings. Die betroubaarheidsvlak van inligting wat op hierdie wyse vasgelê word, is relatief hoog sodat 'n mens met gerief kan afsien van die baie streng vereistes wat in die Wet op Rekenaargetuienis 57 van 1983 neergelê word.

#### 4 6 Die Wysigingswet op die Bewysreg 45 van 1988

Hierdie wet het belangrike vernuwing op die terrein van die bewysreg gebring. Die wetgewer het die perke van die hoorsêreël, wat een van die struikelblokke by die toelaatbaarheid van rekenaargetuienis daarstel, duidelik gestel asook sekere uitsonderings daarop geformuleer.<sup>83</sup> In beginsel is hoorsêgetuienis steeds ontoelaatbaar, behalwe as die partye tot die toelating daarvan toestem of as die hof ingevolge die diskresie van artikel 3(c) besluit om dit toe te laat.<sup>84</sup>

Artikel 3(c) bepaal dat die hof met inagneming van die verrigtinge, die aard van die getuienis, die doel waarvoor dit aangebied word, die getuieniswaarde daarvan, die rede waarom die verklaarder nie getuig nie, enige benadeling wat die toelating vir een van die partye kan inhou en enige ander faktor wat die hof relevant ag, die getuienis mag toelaat indien hy van oordeel is dat dit in belang van geregtigheid moet geskied. Artikel 3(c) het tot dusver nog net in enkele gerapporteerde beslissings ter sprake gekom.<sup>85</sup> In *Hlongwane v Rector, St Francis College*<sup>86</sup> ontleed die hof die verskillende faktore wat in ag geneem moet word by die uitoefening van sy diskresie om hoorsêgetuienis toe te laat. Die hof beslis uiteindelik na oorweging van al die faktore om tog die hoorsêgetuienis toe te laat. Dit is te verwelkom dat die gekunstelde uitsluit van relevante en betroubare getuienis deur die starre hoorsêreël nou tot 'n einde gekom het.

82 In die lig van die beslissings in die vorige vn sou 'n mens selfs kon bepaal dat dit *afdoende* bewys sal wees, maar mi gaan dit te ver.

83 De Vos "Regterlike diskresie om hoorsê getuienis toe te laat" 1989 *TSAR* 714; Hoffmann en Zeffertt *Evidence* 126 ev.

84 De Vos 1989 *TSAR* 714.

85 *Hlongwane v Rector, St Francis College* 1989 3 SA 318 (D); *Mdani v Allianz Insurance Ltd* 1991 1 SA 184 (A).

86 *Ibid.*



Aangesien die Wet op Rekenaargetuienis 57 van 1983 voorskrywend en nie dwingend van aard is nie, sou 'n mens kon argumenteer dat rekenaargetuienis onder die uitsondering op die hoorsêreël toegelaat sal kan word, selfs al kan daar nie aan die vereistes van die Wet op Rekenaargetuienis voldoen word nie. Die kritiek op laasgenoemde wet inaggenome, sou dit 'n gesonde ontwikkeling wees. Die kernvraag behoort immers nie te wees of die persoon wat die getuienis aflê voldoende gekwalifiseer is om dit te doen nie, maar eerder of die getuienis betroubaar is. Artikel 3(c) skep groter soepelheid as die meer formalistiese bepalinge van die Wet op Rekenaargetuienis en bied 'n gesonde grondslag vir die toelating van rekenaargetuienis.

#### 4 7 Elektroniese handtekening?

'n Aspek wat baie nou met die toelaatbaarheid van rekenaargetuienis saamhang, is die betroubaarheid van sodanige getuienis.<sup>87</sup> Daar is veral twee aspekte wat aandag verdien, naamlik (a) getuienis oor die outeur van die betrokke inligting en (b) die inhoud van sodanige inligting.<sup>88</sup> Tegnies bestaan daar heelparty moontlikhede om hierdie soort getuienis betroubaarder en veiliger te maak maar hierdie metodes is nie altyd koste-effektief nie.<sup>89</sup> Die vraag wat 'n mens moet vra is: wat is die minimum vereiste waaraan voldoen behoort te word om regsekerheid daar te stel?

Die eenvoudigste vorm van waarmerking is bloot om toe te sien dat 'n boodskap sy oorsprong gehad het by die persoon wat daarin as outeur aangedui word.<sup>90</sup> In die meeste gevalle sal dié toets voldoende wees maar as dit om bedrog of 'n ander strafregtelike aangeleentheid handel, sou dit waarskynlik nie toepassing kan vind nie; gevolglik sal 'n mens moet terugval op die metodes wat hierbo bespreek is.<sup>91</sup> So 'n toets stel net vas welke rekenaar 'n boodskap oorgedra het maar bevestig geensins die identiteit van die outeur nie – dit kan enigeen wees wat toegang tot daardie rekenaar het.

'n Effens ingewikkelder metode maak gebruik van geheime kodes of toegangskodes wat die toegang tot 'n rekenaar of sekere programme beperk.<sup>92</sup> Dit is egter nie 'n baie veilige metode nie. Die gebruik van sogenaamde SLIM-kaarte ("SMART cards") saam met 'n geheime kode is 'n veel veiliger metode omdat slegs die houër van die kaart wat ook die kode ken, toegang tot die rekenaar of beperkte programme kan verkry.<sup>93</sup> Hierdie vorm van waarmerking is ten

87 Sharp *EDI Asia '90* 14; Sherrick "Auditing and control of EDI" *EDI Asia '90* 35; TRADE/WP.4/R.185R1 par 104.

88 Troye *2nd CCC Seminar* 8.

89 Sharp *EDI Asia '90* 14; Kimberley "Security: defence v risk" *EDI Asia '90* 27; TRADE/WP.4/R.185R1 par 106; Bradgate *EDI and the law* 30 ev; Ramberg *Trading with EDI* 198.

90 Troye *2nd CCC Seminar* 9; TRADE/WP.4/R.185R1 par 112; TRADE/WP.4/R.652 par 1.5; Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission (UNCID) kl 7 (soos aangehaal in Walden *EDI and the law* 212). UNCID is 'n voorgestelde stel reëls wat deur die International Chamber of Commerce (ICC) daargestel is as 'n basis vir elektroniese dataverwisselingskontrakte.

91 Sien par 4 2 tot 4 5 hierbo.

92 TRADE/WP.4/R.185R1 par 105 ev; Bradgate *EDI and the law* 34; Sundblad *Trading with EDI* 67.

93 Kimberley *EDI Asia '90* 27; Sherrick *EDI Asia '90* 35; sien Meiring "ATM's and EFTPOS: Some legal considerations" 1987 *MB* 117 oor SLIM-kaarte in die algemeen.

minste net so betroubaar soos 'n konvensionele handtekening. Myns insiens behoort sodanige identifikasie voldoende te wees om selfs strafregtelike aanspreeklikheid te help bewys. Die veiligste metode behels waarskynlik 'n kombinasie van hierdie metodes en enkripsie van al die inligting.<sup>94</sup> Dit is egter 'n feit dat geeneen van hierdie metodes tans enige erkenning in ons reg geniet nie. Sodanige ontwikkeling sal slegs deur wetgewing teweeggebring kan word.

#### 4 8 Samevatting

Die groei van elektroniese kommunikasie gaan in die toekoms 'n al hoe groter uitdaging aan ons regstelsel stel. Pogings soos die Wet op Rekenaargetuienis, hoe verdienstelik dit ook al as eerste poging mag wees, is nie opgewasse om hierdie probleem aan te spreek nie. Een van twee oplossings sal moontlik gevolg kan word:

(a) Die wetgewer sal voortdurend op hoogte moet bly van die jongste ontwikkelings op tegnologiese gebied en die bepalings van die betrokke wetgewing daarby aanpas.

(b) Die wetgewer moet 'n groter diskresie aan die howe gee om die getuienis toe te laat (as daardie diskresie nie reeds bestaan nie) en dit aan die howe oorlaat om geskikte riglyne te ontwikkel wat met die ontwikkelings op hierdie terrein tred kan hou. Uiteindelik behoort getuienis te staan of val ooreenkomstig die vereistes van relevansie en betroubaarheid.

Die Suid-Afrikaanse reg is nie die enigste regstelsel wat met hierdie probleem worstel nie. Voordat daar enige nuwe voorstelle gemaak kan word om dit uit die weg te ruim, sal 'n deeglike regsvergelende studie onderneem moet word. Ander regstelsels het ook reeds oplossings bedink en probeer toepas – kennis behoort daarvan geneem te word. Die belangrikheid van hierdie kwessies en die noodsaaklikheid om oplossings te vind, gaan in die volgende paar jaar eerder groei as afneem.

---

94 Bradgate *EDI and the law* 35–36; Sundblad *Trading with EDI* 66.

#### 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

# Prospekteer- en mynboukontrakte ingevolge die Mineraalwet 50 van 1991

PJ Badenhorst

*BLC LLM LLM*

*Professor in die Privaatreg, Universiteit van die Noorde*

CN van Heerden

*B Comm MBA LLM*

*Johannesburg Balie*

## SUMMARY

### **Contracts relating to prospecting and mining for minerals in terms of the Minerals Act 50 of 1991**

The Minerals Act 50 of 1991 was promulgated on 1 January 1992. This article examines the various contracts which parties intending to prospect or mine for minerals would, in terms of the act, be required to conclude. The act has simplified the types of contract to be entered into and has limited the scope of persons with whom such contracts may be concluded. This article also briefly examines the position before the introduction of the act.

The entitlements to exploit minerals which previously vested in the state or the owners of alienated state land, were revested in terms of section 5(1) of the Minerals Act. Rights to prospect, mine for and dispose of precious stones, precious metals and natural oil were revested in the registered holder of the common-law mineral rights. Subject to transitional measures, the entitlements to prospect for base minerals, precious metals and precious stones, as previously held by holders of alienated state land, were revested in the state as holder of the common-law mineral rights.

It is submitted that with the exception of the possible registration of nominations contracts for the purposes of certain specific transitional rights, the entitlements to prospect or mine for all types of minerals are to be transferred by registration in the Deeds Offices of a prospecting contract or a mineral lease respectively. The transfer of mineral, prospecting and mining rights is now accomplished in a more uniform and logical manner than was the case before the introduction of the Minerals Act.

## 1 INLEIDING

Die mynboubedryf, sekerlik die belangrikste sektor van die Suid-Afrikaanse ekonomie, word grotendeels deur wetgewing beheers. Sedert die ontdekking van minerale in Suid-Afrika het voortdurende ontwikkeling veral op die wetgewings-terrein plaasgevind. Die legio mynwetgewing wat voor en na Uniewording deur verskillende wetgewers afgekondig is,<sup>1</sup> is veral in die sestigerjare gekonsolideer.

---

<sup>1</sup> Sien in die algemeen Dale *An historical and comparative study of the concepts and acquisition of mineral rights* (LLD-proefskrif Unisa 1979) 175 – 237; Kaplan *The development of various aspects of the gold and mining laws in South Africa from 1891 until 1967* (PhD-proefskrif Wits 1985).



Die juridiese sy van prospektering en mynbouwerksaamhede is deur sogenaamde mynwetgewing<sup>2</sup> gereël. Die veiligheid van werkers en die publiek tydens prospekter- en mynbouwerksaamhede is deur mynbouveiligheidswetgewing verseker.<sup>3</sup>

Die verkryging van mineraalregte tydens die oordrag van eiendomsreg, die afskeiding van mineraalregte van die eiendomsreg van grond of die oordrag van mineraalregte as sodanig, asook die oordrag van besondere ontginningsbevoeghede voortspruitend uit mineraalregte<sup>4</sup> word gerugsteun deur die gemenerereg en registrasiewetgewing.<sup>5</sup> Voorskrifte vir die regsgeldigheid van die verskillende soorte kontrakte, wat die oordrag van die somtotaal of van besondere ontginningsbevoegdhede voorafgaan, word gevind in die formaliteitswetgewing.<sup>6</sup> Die registrasiewetgewing bevat vormvoorskrifte vir doeleindes van registrasie in die akteskantoor en die mynbriewekantoor. Die belange van die *fiscus* word in algemene belastingswetgewing verteenwoordig.<sup>7</sup> Die juris wat hom op die terrein van die mineraalregte begewe, moes sy weg binne die voorgaande asook ander wette, regspraak en gemeenregtelike sakeregbeginsels vind.

Ondanks die totstandkoming van verskillende en selfs botsende mineraalregstelsels in die onafhanklike nasionale state, het Suid-Afrika, vir sover dit mynwetgewing en mynbouveiligheidswetgewing aanbetref, 'n verdere dramatiese konsolidasiepoging betree. Gedurende Desember 1988 het die destydse Departement van Minerale- en Energiesake 'n voorgestelde Mineralewetsontwerp, 1988<sup>8</sup> vir kennisname en kommentaar gepubliseer. Ondanks besware deur die mynboubedryf, in besonder die Kamer van Mynwese,<sup>9</sup> vakbonde en academici,<sup>10</sup> is die wetsontwerp in beginsel deur die kabinet goedgekeur.<sup>11</sup> 'n Wetsontwerp<sup>12</sup> is gedurende die 1990-parlementêre sitting ingedien. Na die aanhoor van vertoë uit verskeie sektore deur die gesamentlike parlementêre komitee oor omgewings-, mineraal- en energiesake is die Mineralewet 50 van 1991

2 Die Wet op Edelgesteentes 73 van 1964; die Wet op Mynregte 20 van 1967; die Wet op Atoomkrag 90 van 1967, soos vervang deur die Wet op Kernenergie 92 van 1982; die Aanvullende Wet op die Mineralewette 10 van 1975; die Wet op die Beheer van Tieroog 77 van 1977.

3 Die Wet op Myne en Bedrywe 27 van 1956.

4 Sien verder Badenhorst "Mineraalregte en eiendomsreg – skeiding en samesmelting" 1989 *De Jure* 390; Badenhorst en Van Heerden "Betekenis van die woord mineraal" 1989 *TSAR* 459; Badenhorst "Towards a theory on mineral rights" 1990 *TSAR* 239 474 – 475; Badenhorst en Van Heerden "Weer eens die betekenis van die woord mineraal" 1991 *TSAR* 185.

5 Die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 (hierna die Akteswet); die Wet op die Registrasie van Myntitels 16 van 1967.

6 Die Wet op die Vervreemding van Grond 68 van 1981; die Algemene Regswysigingswet 50 van 1956.

7 Die Wet op Hereregte 40 van 1949; die Inkomstebelastingwet 58 van 1962; die Wet op Seëlregte 77 van 1968.

8 SK 856 van 1988.

9 Sien "Memorandum to the Director-General: on the Proposed Minerals Bill, 1989" (1989) (hierna "Memorandum to the Director-General") en "Memorandum to the Minister of Economic Affairs and Technology on the Proposed Minerals Bill, 1989" (1989) van die Kamer van Mynwese.

10 Badenhorst "Benoemingsooreenkomste ingevolge die Wet op Mynregte" 1990 *TSAR* 539 – 541; "The re-vesting of state-held entitlements to exploit minerals in South Africa: privatisation or deregulation?" 1991 *TSAR* 113; Badenhorst en Van Heerden 1991 *TSAR* 191 – 192.

11 Persverklaring deur die Buro vir Inligting tbv die Minister van Minerale- en Openbare-ondernemings op 1989-11-20.

12 Die Mineralewetsontwerp 1990 (W28 – 90 (SK)).

gedurende 1991 gepromulgeer vir inwerkingtreding op 'n datum wat deur die Staatspresident by proklamasie in die *Staatskoerant* bepaal sou word. Die Mineralewet het op 1 Januarie 1992 in werking getree.<sup>13</sup>

Gesien teen die bepaalde historiese ontwikkeling van myn- en mynbouveiligheidswetgewing in Suider-Afrika, bevat die Mineralewet, synde onder andere<sup>14</sup> 'n myn- en mynbouveiligheidswet, sowel bekende as radikale nuwe beginsels. Behoudens enkele nie tans tersaaklike uitsonderings,<sup>15</sup> is (onder andere) voormelde myn- en mynbouveiligheidswetgewing herroep<sup>16</sup> terwyl die uitwerking op formaliteits- en registrasiewetgewing nie uitgespel is nie. Laasgenoemde versuim laat veral op die terrein van kontraksluiting vroeë ontstaan omtrent die aard van die kontrakte wat binne die raamwerk van die Mineralewet en ander onherroepe wetgewing gesluit mag word.

In hierdie artikel word derhalwe gefokus op die uitwerking van die Mineralewet op die sluiting van nuwe "prospekteer- en mynboukontrakte". Ten aanvang word daarop gewys dat daar 'n verandering van reghebbendes van ontginningsregte plaasgevind het terwyl groter eenvormigheid in die tipe kontrakte wat aangaan kan word, bereik is. Die uitwerking van die Mineralewet se oorgangsmaatreëls<sup>17</sup> op bestaande kontrakte regverdig afsonderlike behandeling; dit val buite die omvang van hierdie bespreking en word slegs kortliks na verwys in die mate wat dit by hierdie artikel aansluit. Ter kontrastering sal die stand van die reg voor die Mineralewet kortliks vergelyk word met die reg na die inwerkingtreding daarvan.

## 2 STAND VAN DIE REG VOOR INWERKINGTREDING VAN DIE MINERAALWET

Eerstens word die houers van regte aangetoon, waarna die oordrag van ontginningsbevoegdheede aan ander persone deur middel van die sluiting en registrasie<sup>18</sup> van kontrakte geskets word.

### 2.1 Houers van regte

As vertrekpunt by kontraksluiting in die breë sin van die woord het die volgende houers ingevolge die voormalige mynwetgewing bestaan:

(a) Die *staat* het die bevoegdheede gehad om vir aardolie te prospekteer en om aardolie, edelmetale en edelgesteentes te myn en daarvoor te beskik.<sup>19</sup> Die regte

13 Proklamasie 123 van SK 13682 van 1991-12-20.

14 Vir 'n bespreking van die omgewingsbewaringmaatreëls vervat in die Mineralewet, sien Rabie "Legislation for the rehabilitation of mining surfaces" 1991 *THRHR* 774.

15 Hfst XVI en die omskrywing van "edelmetale" en "onbewerkte edelmetale" in a 1 van die Wet op Mynregte word behou. Slegs a 47 van die Wet op Kernenergie word herroep. Enkele woordskrywings in die Wet op Myne en Bedrywe word ook behou.

16 A 68 van die Mineralewet.

17 Sien hfst VII.

18 By registrasie word die betrokke ontginningsbevoegdheede omvat deur saaklike regte. Die ontginningsbevoegdheede wat uitgeoefen word uit hoofde van kontrakte wat nie geregistreer word nie, of voor die plaasvind van registrasie, word omvat deur vorderingsregte en/of hoogstens saaklike regte met relatiewe werking. 'n Keuse omtrent die korrekte omvattende reg word vir die huidige oopgelaat.

19 A 2(1)(a) van die Wet op Mynregte; a 2 van die Wet op Edelgesteentes.

wat voormelde bevoegdheids omvat het, sal voortaan vir besprekingsdoeleindes as "statutêre mineraalregte" aangemerkt word.

(b) Die *houers van mineraalregte* (synde óf geregistreerde eienaars van die grond,<sup>20</sup> óf geregistreerde houers van mineraalregte indien afskeiding van mineraalregte van die eiendomsreg van die grond plaasgevind het) het daarenteen die bevoegdheids gehad om vir onedele minerale, edelmetale en edelgesteentes te prospekter en om onedele minerale te myn en daarvoor te beskik.<sup>21</sup> Die mineraalregte wat voormelde bevoegdheids omvat het, sal voortaan as "gemeenregtelike mineraalregte" aangemerkt word.

Die staat se sogenaamde statutêre mineraalregte het bestaan ten aansien van alle kategorieë grond wat ingevolge voormalige mynwetgewing aangetref is. Die tersaaklike kategorieë grond het gewissel van "private grond", naamlik grond ten opsigte waarvan nóg die mineraalregte nóg die eiendomsreg in die staat setel,<sup>22</sup> tot "staatsgrond", te wete grond ten opsigte waarvan die mineraalregte en die eiendomsreg in die staat setel.<sup>23</sup> Tussen hierdie twee uiterstes was "vervreemde staatsgrond", naamlik grond ten opsigte waarvan die mineraalregte maar nie die eiendomsreg nie, aan die staat behoort het.<sup>24</sup> Die staat en privaatpersone was ook soms houers van die reg op edelmetale en onedele minerale in onverdeelde aandele.

Benewens statutêre mineraalregte het die staat dus ook oor gemeenregtelike mineraalregte beskik.

(c) Die *eienaars van vervreemde staatsgrond* was (benewens eienaars van die grond) ook die houers van sogenaamde statutêre prospekterregte, naamlik die regte om vir onedele minerale, edelmetale<sup>25</sup> of edelgesteentes<sup>26</sup> te prospekter;<sup>27</sup> asook van sogenaamde statutêre vorderingsregte<sup>28</sup> wat teenoor die staat afdwingbaar was, te wete 'n vorderingsreg om 'n mynhuur (ten opsigte van onedele minerale of edelmetale) ingevolge artikel 25(1)(c) van die Wet op Mynregte te verkry<sup>29</sup> en 'n vorderingsreg om oordrag te neem van 'n eenaarsertifikaat waarop daardie eenaar ten gevolge van die ontdekking van edelgesteentes in die loop van prospektering geregtig word.<sup>30</sup> Hierdie vorderingsregte was egter nie sonder meer afdwingbaar nie aangesien die staat steeds oor 'n diskresie beskik het om voorgaande kontrakte by nakoming van die tersaaklike statutêre voorskrifte te sluit.

20 Voor afskeiding van mineraalregte is daar streng gesproke slegs van eiendomsbevoegdheids sprake, en nie regte nie. Sien verder Badenhorst 1990 *TSAR* 465 474.

21 A 2(1)(b) van die Wet op Mynregte; a 2 en 6 van die Wet op Edelgesteentes; Lowe, Dale ea *Elliot The South African notary* (1987) 216; Franklin en Kaplan *The mining and mineral laws of South Africa* (1982) 79 469.

22 A 1(xxxii) van die Wet op Mynregte; a 1(xxx) van die Wet op Edelgesteentes.

23 A 1(xlv) van die Wet op Mynregte; a 1(xl) van die Wet op Edelgesteentes.

24 A 1(li) van die Wet op Mynregte; a 1(xliv) van die Wet op Edelgesteentes.

25 Mits 'n prospekterlisensie van die mynkommissaris bekom is.

26 Die uitoefening van die bevoegdheids om te prospekter, is onderworpe aan die verkryging van 'n prospekterpermit van die mynkommissaris.

27 A 12(1) van die Wet op Mynregte; a 5(1) van die Wet op Edelgesteentes.

28 Dat subjektiewe regte hier ter sprake is, blyk uit die uitdruklike verwysing na die woord "reg" in a 19(1) van die Wet op Mynregte en a 8 van die Wet op Edelgesteentes. Die regte word as statutêr aangemerkt omdat dit deur die wetgewer geskep is. Aangesien die objek van hierdie regte prestasie deur die staat is, word dit as vorderingsregte getipeer.

29 A 19(1) van die Wet op Mynregte.

30 A 8 van die Wet op Edelgesteentes. Soortgelyke vorderingsregte word geskep in a 13A en 20 van die Wet op Edelgesteentes.



Vanuit 'n sakeregtelike oogpunt kan sonder om te oorvereenvoudig gestel word dat 'n regsobjek anders as die staat dus oor gemeenregtelike mineraalregte en/of statutêre prospekterregte beskik het, terwyl die staat oor sowel gemeenregtelike as statutêre mineraalregte beskik het.

## 2 2 Oordrag van ontginningsbevoegdhe

Die ontginningsbevoegdhe voortspruitend uit voormelde saaklike regte kon deur die onderskeie houers van die regte oorgedra word deur die sluiting en registrasie<sup>31</sup> van 'n verskeidenheid kontrakte in hetsy die akteskantoor, hetsy die mynbriewekantoor, ingevolge die voorskrifte en bepalinge van die tersaaklike registrasiewetgewing. By sodanige registrasie word die reg wat die bevoegdhe omvat as 'n saaklike reg gevestig.

In dié verband kan onderskei word tussen kontrakte wat gemik was op die oordrag van die somtotaal van ontginningsbevoegdhe waaroor 'n houer van 'n gemeenregtelike mineraalreg beskik het en die oordrag van besondere ontginningsbevoegdhe waaroor die houers van gemeenregtelike mineraalregte, statutêre mineraalregte en statutêre prospekterregte beskik het.

### 2 2 1 Oordrag van die somtotaal van ontginningsbevoegdhe

Die oordrag van die somtotaal van die ontginningsbevoegdhe waaroor 'n houer van gemeenregtelike mineraalregte beskik het, het geskied deur die sluiting van 'n notariële sessie en registrasie daarvan in die akteskantoor.<sup>32</sup>

### 2 2 2 Oordrag van besondere ontginningsbevoegdhe

Die oordrag van besondere eksplorasiebevoegdhe waaroor 'n houer van gemeenregtelike mineraalregte, statutêre mineraalregte of statutêre prospekterregte beskik het, het geskied deur die sluiting of toekenning van verskillende kontrakte en registrasie in hetsy die akteskantoor, hetsy die mynbriewekantoor.

Alvorens tot die onderhawige soort kontraksluiting oorgegaan kon word, is vier basiese reëls vooropgestel: Eerstens moes sekerheid verkry word of die betrokke stof of stowwe wat die onderwerp van die kontrak uitmaak, inderdaad die besondere soort mineraal, soos gedefinieer in die Wet op Mynregte of die Wet op Edelgesteentes en die tersaaklike registrasiewet, verteenwoordig. Tweedens moes die besondere aktiwiteit wat die toekomstige kontraksparty ten opsigte van die grond beoog, naamlik prospektering of mynbouwerkzaamhede, duidelik vasgestel word. Derdens moes bepaal word wie die houer van die tersaaklike mineraalreg was. Vierdens moes die houer(s) van (i) die reg om vir die onderwerpsmineraal te prospekter en (ii) die reg om die onderwerpsmineraal te myn en daaroor te beskik, vasgestel word.<sup>33</sup>

Sonder om volledig hierop in te gaan, kan sommige van die belangrikste van hierdie kontrakte na toepassing van die vier basiese beginsels kortliks vermeld word:

(a) Die houer van gemeenregtelike mineraalregte kon die bevoegdheid om vir onedele minerale, edelmetale of edelgesteentes (op private grond) te prospek-

31 Sien vn 18 hierbo.

32 A 3(1)(m) en 16 van die Akteswet.

33 Sien Badenhorst en Van Heerden "Four golden rules for contracts relating to prospecting and mining for precious stones", gepubliseer te word in 1992 (1) *De Jure*; vgl in die algemeen Love, Dale ea 212-217.

teer, oordra deur die sluiting en registrasie in die akteskantoor van 'n *prospekteerkontrak*.<sup>34</sup> Hierdie houër kon die bevoegdheid om onedele minerale (op private grond) te myn, oordra deur die sluiting en registrasie in die akteskantoor van 'n *mineralehuurkontrak*.<sup>35</sup>

Terwyl 'n prospekteerkontrak wat 'n opsie bevat het om mineraalregte of die eiendomsreg van die grond te koop,<sup>36</sup> vir regsgeldigheid in 'n vervreemdingsakte<sup>37</sup> vervat moes wees, moes dit daarbenewens vir registrasiedoeleindes ook notarieel verly word.<sup>38</sup> 'n Mineralehuurkontrak moes vir sowel registrasie<sup>39</sup> en geldigheidsdoeleindes<sup>40</sup> notarieel verly wees. Derhalwe moes 'n prospekteerkontrak wat 'n opsie bevat het om 'n mineralehuurkontrak te sluit<sup>41</sup> notarieel verly wees om hoegenaamd geldig te wees.<sup>42</sup>

(b) Die staat as houër van statutêre mineraalregte kon die bevoegdheid om vir aardolie (op alle hierbovermelde kategorieë grond) te prospekteer, oordra deur die toekenning van 'n *prospekteerhuur* en registrasie daarvan in die mynbriewekantoor.<sup>43</sup> Die bevoegdheid om aardolie en edelmetale te myn, is oorgedra deur die toekenning en registrasie van 'n *mynhuur* in die mynbriewekantoor.<sup>44</sup> Die bevoegdheid om edelgesteentes te myn, kon onder andere oorgedra word deur die toekenning en registrasie in die mynbriewekantoor van verskillende soorte *mynhure* ten opsigte van edelgesteentes,<sup>45</sup> *ontdekker*-<sup>46</sup> en *eienaarsertifikate*<sup>47</sup> ten opsigte van edelgesteentes in 'n myn,<sup>48</sup> en *prospekteer- en delfooreenkomste*.<sup>49</sup> 'n Vergunning om edelgesteentes te delf, kon in bepaalde omstandighede aan 'n prospekteerder verleen word.<sup>50</sup>

Alhoewel voormelde kontrakte nie vir regsgeldigheid notarieel verly moes word<sup>51</sup> of selfs nie aan die formaliteitsvoorskrifte van die Wet op die Vervreemding van Grond moes voldoen nie,<sup>52</sup> was notariële verlyding nodig vir registrasiedoeleindes.<sup>53</sup>

34 A 3(1)(q) en 84 van die Akteswet; sien verder a 7(1) van die Wet op Mynregte en a 6(1) van die Wet op Edelgesteentes.

35 A 3(1)(m) van die Akteswet; sien verder a 77–79 van die Akteswet.

36 Sien die definisie van 'n "prospekteerkontrak" in a 102 van die Akteswet.

37 A 2 van die Wet op die Vervreemding van Grond; Franklin en Kaplan 288–289; Lowe, Dale ea 220; vgl *Kotze v Newmond* 1977 3 SA 368 (NK) 372B–E.

38 Vgl a 3(1)(q) van die Akteswet.

39 Vgl a 3(1)(m) van die Akteswet.

40 A 3(1) van die Algemene Regswysigingswet 50 van 1956; *Fuls v Leslie Chrome (Pty) Ltd* 1962 4 SA 784 (W) 787A–B; *Nortje v Pool* 1966 3 SA 96 (A) 111A 126–127; *Bellville-Inry (Edms) Bpk v Continental China (Pty) Ltd* 1976 3 SA 583 (K) 585H–588G; *Roets v Secundior Sand BK* 1989 1 SA 902 (T) 904G–H; Badenhorst en Van Heerden 1989 TSAR 456–457.

41 Sien die definisie van 'n "prospekteerkontrak" in a 102 van die Akteswet.

42 A 3(1) van die Algemene Regswysigingswet 50 van 1956; die *Fuls*-saak hierbo 787B–C; Franklin en Kaplan 289; Lowe, Dale ea 220.

43 A 14 van die Wet op Mynregte; a 46(1) van die Wet op die Registrasie van Myntitels.

44 A 25(1) van die Wet op Mynregte; sien verder a 35(1) 35(2) 36 37 en 41(1)(b) van die Wet op Mynregte; a 5(1)(e) en 46(1) van die Wet op die Registrasie van Myntitels.

45 A 21(1) 51(1) en 72(1) van die Wet op Edelgesteentes.

46 Sien verder a 13(1) van die Wet op Edelgesteentes.

47 Sien verder a 17(1) van die Wet op Edelgesteentes.

48 A 56(1) van die Wet op Registrasie van Myntitels; sien verder Franklin en Kaplan 483.

49 A 20 van die Wet op Edelgesteentes.

50 A 13A van die Wet op Edelgesteentes.

51 A 3(2) van die Algemene Regswysigingswet 50 van 1956.

52 Sien die uitsluiting van regte of belange registreerbaar in die mynbriewekantoor in die definisie van "grond" in a 1 van die Wet op die Vervreemding van Grond.

53 A 49(1) van die Wet op Registrasie van Myntitels.

(c) Die staat as houer van gemeenregtelike mineraalregte kon die bevoegdheid om na onedele minerale, edelmetale<sup>54</sup> of edelgesteentes (op staatsgrond) te prospekteer, oordra deur die toekening en registrasie van 'n *prospekteerhuur* in die mynbriewekantoor.<sup>55</sup> Waar eiendomsreg van grond of die reg op edelmetale of onedele minerale in onverdeelde aandeel deur die staat en 'n ander regsobjek gehou word, kon die bevoegdheid om te prospekteer verleen word deur die toekening en registrasie van 'n *prospekteerhuur*.<sup>56</sup> Alhoewel die staat, as houer van gemeenregtelike mineraalregte, die bevoegdheid om onedele minerale te myn, kon oordra deur middel van die sluiting en registrasie van 'n *mine-ralehuurkontrak* in die akteskantoor,<sup>57</sup> het die oordrag in die praktyk eerder ingevolge 'n toekening en registrasie van 'n *mynhuur* in die mynbriewekantoor plaasgevind.<sup>58</sup>

Alhoewel notariële verlyding van die onderskeie toekenningskontrakte<sup>59</sup> of selfs nakoming van die formaliteitsvoorskrifte vervat in die Wet op die Verreemding van Grond<sup>60</sup> onnodig vir regsgeldigheid was, was sodanige verlyding nodig vir die tersaaklike registrasie.<sup>61</sup>

Die houer van statutêre prospekteerregte kon die bevoegdheid om (op verreemde staatsgrond) vir onedele minerale, edelmetale en edelgesteentes te prospekteer, tesame met die vorderingsreg om onderskeidelik 'n *mynhuur* ten opsigte van onedele minerale of edelmetale te verkry<sup>62</sup> of 'n *eenaarsertifikaat* ten opsigte van edelgesteentes te bekom,<sup>63</sup> oordra deur die sluiting en registrasie van 'n *benoemingsooreenkoms* in die mynbriewekantoor.<sup>64</sup> Notariële verlyding van benoemingsooreenkomste was ook slegs vir registrasiedoeleindes nodig.

### 3 STAND VAN DIE REG NA INWERKINGTREDING VAN DIE MINERAALWET

Onder hierdie hoof word eerstens bepaal wie die houers van mineraalregte is, waarna die oordrag van hul ontginningsbevoegdhede aan ander persone geskets word.

#### 3 1 Houers van mineraalregte

Vir sover dit die identiteit van reghebbendes aanbetref, kan kortliks daarop gewys word dat by inwerkingtreding van die Mineralewet, 'n hervestiging van ontginningsbevoegdhede wat vantevore in die houers van statutêre mineraalregte en

54 Tov verreemde staatsgrond wat nie vir prospektering oop is nie.

55 A 13 van die Wet op Mynregte en a 4 van die Wet op Edelgesteentes.

56 A 16(1) van die Wet op Mynregte; a 46(1) van die Wet op die Registrasie van Myntitels.

57 Franklin en Kaplan 605 610.

58 A 25(1)(c) en (d) van die Wet op Mynregte; a 5(1)(e) 2(3) en 46(1) van die Wet op die Registrasie van Myntitels.

59 A 3(2) van die Algemene Regswysigingswet 50 van 1956; *Wiseman v de Pinna* 1986 1 SA 38 (A) 54D - 55F.

60 Sien vn 52 hierbo.

61 Sien a 49(1) van die Wet op die Registrasie van Myntitels.

62 A 19(1) van die Wet op Mynregte.

63 A 8 van die Wet op Edelgesteentes. 'n Vorderingsreg om 'n vergunning ingevolge a 13A van die Wet op Edelgesteentes te verkry en 'n vorderingsreg om 'n prospekteer- en delooreenkoms ingevolge a 20 van die Wet op Edelgesteentes te sluit, kon ook verleen word.

64 A 5(1)(d) van die Wet op die Registrasie van Myntitels.



statutêre prospekterregte gesetel het, plaasgevind het.<sup>65</sup> Die bevoegdhe om uit hoofde van statutêre mineraalregte te prospekter vir aardolie en te myn vir en te beskik oor aardolie, edelmetale en edelgesteentes, is hervestig in die houers van gemeenregtelike mineraalregte.<sup>66</sup> Die bevoegdhe uit hoofde van die statutêre prospekterregte vir onedele minerale, edelmetale en edelgesteentes is *prima facie* hervestig in die staat, synde houer van gemeenregtelike mineraalregte.<sup>67</sup> Die tempering van laasgenoemde hervestiging deur die oorgangsmaatreëls word hieronder kortliks bespreek.<sup>68</sup> Geen verwisseling van ontginningsbevoegdhe het ten aansien van gemeenregtelike mineraalregte plaasgevind nie.

Gepaardgaande met die hervestiging is daar gevolglik by implikasie ook sprake van die beëindiging van die statutêre mineraal- en prospekterregte. Onderworpe aan enkele uitsonderings soos vervat in die oorgangsbepalings in die Mineralewet,<sup>69</sup> is die somtotaal van die ontginningsbevoegdhe tans in die houers van gemeenregtelike mineraalregte gesetel, welke houers natuurlik óf die staat óf regsobjekte anders as die staat kan wees.

Die vraag ontstaan nou hoe die oordrag van ontginningsbevoegdhe aan ander persone moet plaasvind.

### 3 2 Oordrag van ontginningsbevoegdhe

In hierdie verband kan weer eens onderskei word tussen die oordrag van die somtotaal van ontginningsbevoegdhe en die oordrag van besondere ontginningsbevoegdhe deur die sluiting en registrasie<sup>70</sup> van tersaaklike kontrakte.

#### 3 2 1 Oordrag van die somtotaal van ontginningsbevoegdhe

Daar word aan die hand gedoen dat die oordrag van die somtotaal van ontginningsbevoegdhe, wat by hervestiging in die houer van gemeenregtelike mineraalregte setel, eenvoudig soos in die verlede deur middel van registrasie van sessie van mineraalregte moet plaasvind.<sup>71</sup>

#### 3 2 2 Oordrag van sommige ontginningsbevoegdhe

Alvorens 'n mening omtrent die uitwerking van die Mineralewet op hierdie kontrakte gewaag kan word, dien allereers gelet te word op die herroeping en behoud van wette deur die Mineralewet.

Eerstens word mynwetgewing herroep wat voorsiening gemaak het vir statutêre kontrakte waardeur besondere ontginningsbevoegdhe wat kragtens statutêre mineraal- en prospekterregte en gemeenregtelike mineraalregte gehou is, oorgedra kon word. Die Wet op Edelgesteentes word in sy geheel herroep.<sup>72</sup>

65 A 5(1) van die Mineralewet.

66 Sien Badenhorst 1991 *TSAR* 124.

67 *Idem* 124 vn 94.

68 Sien teks by vn 89–92 hieronder. Sien voorts Badenhorst 1990 *TSAR* 539–541 asook die finale formulering van a 42 in die Mineralewet.

69 Sien verder hfst VII van die Mineralewet.

70 Sien vn 18 hierbo.

71 Sien par 2 2 1 hierbo.

72 A 68(1) van die Mineralewet.

Behoudens enkele uitsonderings,<sup>73</sup> wat egter nie vir oordragdoeleindes ter sake is nie, word die Wet op Mynregte herroep.<sup>74</sup> Om saam te vat: onderworpe aan enkele uitsonderings<sup>75</sup> het die statutêre kontrakte, naamlik die kontrakte ingevolge waarvan sommige ontginningsbevoegdhede deur die houters van statutêre mineraal- en prospekterregte en gemeenregtelike mineraalregte oorgedra kon word, by inwerkingtreding van die Mineralewet verdwyn.

Tweedens is formaliteitswetgewing in die onderhawige konteks behou. Die formaliteitsvoorskrifte ingevolge die Wet op die Vervreemding van Grond, soos van toepassing op prospekterkontrakte wat 'n opsie bevat om mineraalregte of die eiendomsreg van grond te koop, en die formaliteitsvoorskrifte in die Algemene Regswysigingswet 50 van 1956 soos van toepassing op mineralehuurkontrakte en prospekterkontrakte wat 'n opsie bevat om 'n mineralehuurkontrak te sluit, bly behoue. As gevolg van die verdwyning van die statutêre kontrakte het daarmee ook die relevansie van artikel 3(2) van die Algemene Regswysigingswet vervaag.<sup>76</sup>

Derdens bly registrasiewetgewing so te sê onveranderd voortbestaan. Die tersaaklike bepalings in die Akteswet insake die registrasie van sessie van mineraalregte, prospekterkontrakte en mineralehuurkontrakte geld onveranderd. In die geval van die prospekterkontrak is die statutêre omskrywing in artikel 102 van die Akteswet steeds bepalend vir die *essentialia* van die kontrak vir registrasiedoeleindes. Behoudens veranderings ingevolge die Wysigingswet op die Registrasie van Myntitels 14 van 1991, wat vir huidige doeleindes nie ter sake is nie, bly die Wet op die Registrasie van Myntitels omtrent onveranderd voortbestaan.

Vanweë die hervestiging van ontginningsbevoegdhede wat die Mineralewet teweeggebring het, het die basiese reëls wat in hierdie konteks aan die hand gedoen is,<sup>77</sup> ook soos volg verander: Eerstens moet vasgestel word wie die houer van die betrokke mineraalreg is.<sup>78</sup> Tweedens moet in die breë uitgemaak word of die betrokke stof of stowwe wat die onderwerp van die kontrak gaan uitmaak, inderdaad 'n mineraal is soos gedefinieer in die Mineralewet<sup>79</sup> en vir doeleindes van die Akteswet.<sup>80</sup> Hiermee word bedoel dat die grense van die statutêre betekenis van die begrip "mineraal" moet vasstaan. Derdens moet in die besonder uitgemaak word watter soort mineraal of groep minerale die betrokke stof verteenwoordig. Hiermee word bedoel dat die grense van die kontraktuele betekenis van die begrip "mineraal" moet vasstaan. Vierdens moet die besondere aktiwiteit wat die toekomstige kontrakspartye ten opsigte van

73 Die omskrywing van "edelmetale" en "onbewerkte edelmetale" in artikel 1 asook hfst XVI van die Wet op Mynregte wat die handel in onbewerkte edelmetale reguleer, word behou.

74 A 68(1) van die Mineralewet.

75 'n Benoemingsooreenkoms tav oorgangsregte kan nog gesluit word. Sien verder teks by vn 89-92 hieronder.

76 Sien vn 75 hierbo.

77 Sien par 2 2 2 hierbo.

78 Omdat die opsplitsing van bevoegdhede tov mineraalregte tussen die staat en ander subjekte nie meer voorkom nie, is die identifisering van die houer van die reg om na die onderwerpsmineraal te prospekter of die reg om daarvoor te myn, nie meer moontlik of nodig nie.

79 A 1(xviii); sien in die algemeen Badenhorst en Van Heerden 1991 *TSAR* 191-192 se kritiek teen hierdie definisie in die Mineralewet.

80 Sien *Finbro Furnishers (Pty) Ltd v Registrar of Deeds, Bloemfontein* 1985 4 SA 773 (A).

die grond beoog, naamlik prospektering of mynbouwerksaamhede, duidelik vasgestel word. Hiermee word bedoel dat die grense van bevoegdheidsuitoefening ten aansien van grond bepaal moet word.

Met hierdie basiese reëls as vertrekpunt word die volgende kontrakte aan die hand gedoen:

(a) In die lig van die algemene uitwerking van die Mineraalwet lyk dit of die oordrag van besondere ontginningsbevoegdheede, wat reeds voor inwerkingtreding van die Mineraalwet in private houers van gemeenregtelike mineraalregte gesetel het,<sup>81</sup> steeds deur onderskeidelik sluiting en registrasie van prospekterkontrakte en mineralehuurkontrakte moet geskied.<sup>82</sup> Die formaliteitsvoorskrifte vir doeleindes van geldigheid en registrasie bly ook onveranderd. Met ander woorde, in hierdie gevalle bly die *status quo ante* voortbestaan.

(b) Dit is onduidelik welke soort kontrakte gesluit en geregistreer moet word vir doeleindes van die oordrag van ontginningsbevoegdheede wat voor inwerkingtreding van die Mineraalwet in die staat as houer van statutêre mineraalregte gesetel het.<sup>83</sup> Die redes hiervoor is: Eerstens het prospekterhure (vir doeleindes van aardolie), mynhure, ontdekker- en eienaarsertifikate, vergunnings om edelgesteentes te delf asook prospekter- en delfooreenkomste<sup>84</sup> saam met die herroeping van die Wet op Edelgesteentes en die Wet op Mynregte verdwyn. Tweedens maak die Mineraalwet, benewens verwysings na “skriftelike toestemming” in artikels 6(1)(b) en 9(1)(b), nie uitdruklik voorsiening vir die voorgesette sluiting van genoemde kontrakte of ’n plaasvervangende tipe kontrak nie.<sup>85</sup> Dit wil dus *prima facie* voorkom of voormelde oordragte ook moet geskied ingevolge die sluiting en registrasie van prospekter- en mineralehuurkontrakte deur die nuwe houers van hierdie ontginningsbevoegdheede. Die formaliteitsvoorskrifte vir regsgeldigheid en registrasie is op hierdie kontrakte van toepassing. Ter motivering van hierdie standpunt kan eweneens die positiefregtelike erkenning van hierdie kontrakte asook die voortbestaan daarvan in die Akteswet en die behoud van formaliteitsvoorskrifte aangevoer word.

(c) Dit is insgelyks onduidelik welke soort kontrakte gesluit en geregistreer moet word vir doeleindes van die oordrag van ontginningsbevoegdheede wat voor inwerkingtreding van die Mineraalwet in die staat as houer van gemeenregtelike mineraalregte gesetel het.<sup>86</sup> Die redes hiervoor is analoog aan dié gestel in die voorgaande paragraaf: Eerstens het die prospekterhuur vir doeleindes van edelgesteentes, die prospekterhuur vir doeleindes van onedele minerale en edelmetale, asook die prospekterhuur vir doeleindes van edelmetale en onedele minerale waar die reg daartoe in onverdeelde aandeel gehou word<sup>87</sup> saam met

81 NI die bevoegdheede om vir onedele minerale, edelmetale en edelgesteentes te prospekter asook die bevoegdheid om onedele minerale te myn.

82 Sien teks by vn 34 – 42 hierbo.

83 NI die bevoegdheid om vir aardolie te prospekter en die bevoegdheid om aardolie, edelmetale en edelgesteentes te myn.

84 Sien teks by vn 43 – 53 hierbo.

85 Lg rede word ook hieronder verder bespreek en moet nie verwar word met die voortbestaan, kragtens die oorgangsmatreëls ingevolge die Mineraalwet, van prospekter- en mynregte uit hoofde van kontrakte wat reeds by die inwerkingtreding van die Mineraalwet bestaan het nie.

86 NI die bevoegdheid om vir onedele minerale, edelmetale of edelgesteentes te prospekter en die bevoegdheid om onedele minerale te myn.

87 Sien teks by vn 54 – 61 hierbo.



die herroeping van die Wet op Edelgesteentes en die Wet op Mynregte verdwyn. Tweedens maak die Mineraalwet, benewens verwysings na "skriftelike toestemming" in artikel 6(1)(b), nie uitdruklik voorsiening vir voortgesette sluiting van genoemde kontrakte of 'n plaasvervangende tipe kontrak nie.<sup>88</sup> Dit wil dus *prima facie* voorkom of voormelde oordragte ook deur middel van die registrasie van prospekterkontrakte deur die staat moet geskied. Ter motivering hiervoor kan by analogie aangevoer word, eerstens dat die prospekterkontrak erkenning in die regspraak geniet. Tweedens bly die erkenning daarvan in die Akteswet asook die formaliteitsvoorskrifte vir geldigheid en registrasie ingevolge die Wet op die Vervreemding van Grond en die Akteswet steeds voortbestaan. Die staat as houer van gemeenregtelike mineraalregte sal om dieselfde redes die bevoegdheid om onedele minerale te myn, oordra deur middel van die registrasie van 'n mineralehuurkontrak en nie meer 'n mynhuur nie.

Soos hierna aangetoon word, sal 'n voornemende prospekter- of mynmaatskappy ten einde 'n behoorlik afdwingbare reg te bekom ten opsigte van minerale wat aan die staat behoort, nie slegs skriftelike magtiging van die staat moet verkry vir gemelde prospekter- en mynwerkzaamhede nie. Sodanige aansoeker sal ook, indien hy 'n registreerbare prospekterreg wil bekom, 'n prospekterkontrak in notariële vorm met die staat moet aangaan en dit moet registreer teen die titelakte in die toepaslike akteskantoor. Indien die aansoeker by die staat die reg wil verkry om te myn, sal hy insgelyks eerstens 'n notariële mineralehuurkontrak met die staat moet aangaan ten einde 'n geldige reg te verkry; tweedens sal sodanige mineralehuur teen die titelakte geregistreer moet word ten einde dit afdwingbaar teenoor derdes te maak.

Ons is dus van mening dat 'n blote skriftelike magtiging van die staat ten einde die nodige prospekter- of ontginningsmagtiging te verkry, moontlik 'n geldige vergunning om te prospekter daar kan stel alhoewel dit nie in die akteskantoor registreerbaar sal wees nie, aangesien dit nie notarieel verly is en dus nie voldoen aan die toepaslike definisies van die Akteswet nie; sodanige skriftelike magtiging om te myn sal egter hoegenaamd geen afdwingbare kontrak oftewel mineralehuurkontrak tussen die partye daarstel nie.

(d) Ingevolge die oorgangsmatreëls vervat in die Mineraalwet word die houer van 'n statutêre prospekterreg<sup>89</sup> vir ten minste vyf jaar vir doeleindes van die uitreiking van 'n prospekterpermit geag die houer van die tersaaklike mineraalregte te wees.<sup>90</sup> Die wet verleen aan die houer van die statutêre prospekterreg vir 'n tydperk van ten minste vyf jaar statutêre "voorkeepsregte" ten aansien van die mineraalregte of die magtiging om te myn. Daarbenewens word ook voorsiening gemaak vir 'n skadevergoedingseis vir bewese verlies of skade by vervreemding van die mineraalregte deur die staat of die verlening van die magtiging om te myn aan 'n derde na afloop van die genoemde tydperk.<sup>91</sup> Die houer van die vroeëre statutêre prospekterreg is voorts bevoeg om by wyse van 'n notariële kontrak voormelde "oorgangsregte" aan 'n ander oor te dra, welke

88 Lg rede word hieronder verder bespreek en moet nie verwar word met die voortbestaan, kragtens die oorgangsmatreëls ingevolge die Mineraalwet, van prospekterregte uit hoofde van kontrakte wat reeds by inwerkingtreding van die Mineraalwet bestaan het nie.

89 Nl die eenaar of benoemde ingevolge 'n benoemingsooreenkoms.

90 A 43(1) van die Mineraalwet.

91 A 43(2) van die Mineraalwet.

kontrak geag word 'n benoemingsooreenkoms te wees wat in die mynbriewekantoor registreerbaar is.<sup>92</sup>

Die probleem met voorgaande standpunt dat die kontraksvorm van die prospekter- en/of mineralehuurkontrak deurgaans gebruik moet word, is dat benewens die behoud van die Akteswet se bepalings omtrent (i) die registrasie van prospekter- en mineralehuurkontrakte en (ii) die *essentialia* van 'n prospekterkontrak vir registrasiedoeleindes (met ander woorde die verbintenisskeppende en saaklike ooreenkoms) en die voorskrifte soos vervat in onherroep formaliteitswetgewing, die Mineraalwet in hierdie konteks geen verwysing na prospekter- of mineralehuurkontrakte bevat nie, maar bloot 'n verwysing na 'n soort "kontrak", naamlik 'n "skriftelike toestemming". Die uitoefening van die bevoegdheid om na minerale te prospekter, daarvoor te myn en daaroor te beskik, kan geskied deur die houer van 'n mineraalreg of "enige persoon wat die toestemming van sodanige houer ooreenkomstig artikel 6(1)(b) of 9(1)(b) verkry het".<sup>93</sup> Ingevolge eersgenoemde artikel kan die houer van die betrokke mineraalreg aan iemand anders skriftelike toestemming verleen om vir sy eie rekening te prospekter. Ingevolge laasgenoemde artikel kan die houer van die betrokke mineraalreg aan iemand anders skriftelike toestemming gee om vir sy eie rekening te myn en oor die mineraal te beskik.

Die ongedefinieerde begrip "skriftelike toestemming" lewer probleme op, soos uit die volgende vrae blyk:

Eerstens, is "skriftelike toestemming" ooreenkomstig artikel 6(1)(b) of 9(1)(b) van die Mineraalwet enger as of gelykstaande aan 'n vervreemdingsakte soos omskryf in die Wet op die Vervreemding van Grond? Indien sodanige skriftelike toestemming enger is,<sup>94</sup> kan die skriftelike toestemming nie as verbintenisskeppende ooreenkoms wat die oordrag van 'n besondere ontginningsbevoegdheid voorafgaan, of 'n saaklike ooreenkoms dien nie. Indien die skriftelike toestemming veronderstel is om gelykstaande aan 'n vervreemdingsakte te wees, is dit betreuenswaardig dat die begrip nie as sodanig gedefinieer is nie. Dit sal 'n besonder wye vertolking aan die kant van die howe verg om sodanige gelykstelling te kan bewerkstellig.

Tweedens, is "skriftelike toestemming" ooreenkomstig artikel 6(1)(b) van die Mineraalwet enger as of gelykstaande aan 'n prospekterkontrak soos omskryf in artikel 102 van die Akteswet? Indien sodanige skriftelike toestemming enger is,<sup>95</sup> kan die toestemming nie as verbintenisskeppende ooreenkoms wat die oordrag van die bevoegdheid om te prospekter voorafgaan, of 'n registreerbare saaklike ooreenkoms met die oordrag van die bevoegdheid om te prospekter tot inhoud, dien nie. Indien die skriftelike toestemming ingevolge artikel 6(1)(b) van die Mineraalwet veronderstel is om gelykstaande aan 'n registreerbare prospekterkontrak te wees, is dit betreuenswaardig dat die begrip nie as sodanig gedefinieer is nie.

Derdens, is "skriftelike toestemming" ooreenkomstig artikel 9(1)(b) van die Mineraalwet enger as of gelykstaande aan 'n geldige mineralehuurkontrak wat

92 A 43(3) van die Mineraalwet.

93 A 5(1) van die Mineraalwet.

94 Bv indien dit onnodig sou wees dat een of beide van die partye tot die skriftelike toestemming sodanige "kontrak" hoef te onderteken.

95 Bv indien dit onnodig sou wees om die opsie ter verkryging van 'n saaklike reg in te sluit.

registreerbaar is ingevolge die Akteswet? Indien sodanige skriftelike toestemming enger is,<sup>96</sup> kan die toestemming nie as 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms wat die oordrag van die bevoegdheid om te myn voorafgaan, of 'n geldige saaklike ooreenkoms met die oordrag van die bevoegdheid om te myn tot inhoud, dien nie.<sup>97</sup>

Indien die skriftelike toestemming veronderstel is om gelykstaande aan 'n mineralehuurkontrak te wees, is dit betreurenswaardig dat die begrip nie as sodanig omskryf is nie.

Indien die wetgewer wel voorgaande gelykstellings beoog het, wat sterk betwyfel word, kon die gelykstellings deur die volgende wysigings aangebring gewees het: (i) artikel 5(1) van die Mineralewet behoort te verwys na toestemming soos vervat in 'n vervreemdingsakte, waarop laasgenoemde begrip omskryf kan word soos gedefinieer in artikel 1 van die Wet op die Vervreemding van Grond; (ii) artikel 6(1)(b) van die Mineralewet behoort te verwys na toestemming soos vervat in 'n prospekterkontrak, waarop laasgenoemde begrip omskryf kan word soos gedefinieer in artikel 102 van die Akteswet; (iii) artikel 9(1)(b) van die Mineralewet behoort te verwys na toestemming soos vervat in 'n mineralehuurkontrak, waarop gepoog kan word om laasgenoemde begrip wat nie tans statutêr omskryf word nie, te definieer.

Indien hierdie weg van gelykstelling eerder gevolg is, sou dit die voordeel ingehou het dat voorgaande aktes of dokumente eerder voorgelê kan word as die bykomstige "skriftelike toestemming", welke toestemming dan oorbodig blyk te wees. Daar word toegegee dat indien die betrokke aktes in die registrasieproses is, voorlegging onprakties en tydrowend kan wees. (Aan die ander kant kan die probleem eenvoudig ondervang word deur die voorlegging van notarieel gesertifiseerde afskrifte van die tersaaklike aktes.) Gedagtig aan die beleidsoorweging om deregulering te bevorder, blyk insae deur die staat in suiwer private kontrakte ook onwenslik te wees. Indien die houer van mineraalregte 'n (onderhandse of notarieel verlyde) prospekterkontrak of 'n notariële mineralehuurkontrak aangaan, word in elke geval veronderstel dat die houer skriftelik tot prospektering of mynbouwerkzaamhede toestem.

Daar word egter aan die hand gedoen dat die logiese beantwoording van voorgaande vrae eerder gesoek kan word in 'n poging om 'n duidelike onderskeid te maak tussen (i) die verkryging van besondere ontginningsbevoegdhede deur iemand anders as die houer van die betrokke mineraalreg en (ii) die verlening van owerheidsmagtiging aan iemand anders as die houer van mineraalregte om die bevoegdheid om te prospekter of te myn onderskeidelik uit te oefen. Met ander woorde, indien 'n ontginningsbevoegdheid eenmaal verkry is, beteken dit nie noodwendig dat die bevoegdheid *ipso facto* uitgeoefen kan word nie. Dat die verlening van owerheidsmagtiging om ontginningsbevoegdhede uit te oefen, los staan van die oordrag van ontginningsbevoegdhede, blyk ook daaruit dat die houer van mineraalregte wat ontginningsbevoegdhede self wil uitoefen ook genoemde owerheidsmagtiging moet bekom. In geval (i) word aan die hand gedoen dat oordragte steeds moet geskied deur middel van die registrasie van 'n geldige prospekter- of mineralehuurkontrak onderskeidelik. In geval (ii) moet die skriftelike toestemming van die houer van die betrokke mineraalreg verkry

96 Bv indien notariële verlyding onnodig sou wees vir geldigheidsdoeleindes.

97 Sien "Memorandum to the Director-General" 29 – 30.



word alvorens die Streekdirekteur: Mineraal- en Energiesake aan 'n reghebbende ingevolge 'n prospekter- of mineralehuurkontrak die groen lig kan verleen om die bevoegdheid om te prospekter of te myn, onderskeidelik, te kan uitoefen.

Voorgaande afleiding word gemaak op sterkte van die behoud van die formaliteits- en registrasievoorskrifte vir prospekter- en mineralehuurkontrakte. Indien die wetgewer vir doeleindes van die oordrag van besondere ontginningsbevoegdhede slegs op 'n skriftelike toestemming wou staatmaak, sou die tersaaklike wetgewing wat nie herroep is nie tog uitdruklik vir die onderhawige doeleindes herroep gewees het. Indien die bestaan en bewys van prospekter- of mynregte slegs gekoppel sou word aan 'n blote skriftelike toestemming is regsekerheid en effektiwiteit van die aktesregistrasiestelsel daarmee heen. Dit kon nie die bedoeling van die wetgewer gewees het nie! Inaggenome die vermoede dat die wetgewer die bestaande reg ken, sou die wetgewer, indien die skriftelike toestemming bedoel was om gelykstaande te wees aan prospekter- of mineralehuurkontrakte, tog gepoog het om die toestemming te versoen met of te koppel aan die tersaaklike bepalinge van die Wet op die Vervreemding van Grond, die Algemene Regswysingswet 50 van 1956 en die Akteswet, soos reeds deur ons aangetoon is.

#### 4 SLOTSOM

In die lig van voorgaande bespreking word aan die hand gedoen dat behoudens die oorgangsmatreëls omtrent benoemingsooreenkomste,<sup>98</sup> vanaf 1 Januarie 1992 iemand anders as die houer van mineraalregte die bevoegdheid kan verkry om vir 'n mineraal of soort minerale te prospekter of te myn deur registrasie in die akteskantoor van onderskeidelik 'n prospekter- of 'n mineralehuurkontrak. Die bepalinge vervat in die formaliteitswetgewing en Akteswet bly op sodanige kontrakte van toepassing. Die begrip "mineraal" of soort "minerale" soos deur die kontrakspartye omskryf, sal egter ook binne die statutêre trefwydte van die definisie daarvan in die Mineraalwet en die betekenis daarvan vir doeleindes van die Akteswet tuisgebring moet kan word.

Die uitoefening van die reg om te prospekter deur die houer van mineraalregte of die reghebbende ingevolge 'n prospekterkontrak is egter afhanklik van die uitreiking van 'n prospekterpermit deur die streekdirekteur.<sup>99</sup> Die uitoefening van die reg om te myn deur die houer van mineraalregte of die reghebbende ingevolge 'n mineralehuurkontrak is insgelyks afhanklik van die uitreiking van 'n ontginningsmagtiging.<sup>100</sup> Alvorens 'n reghebbende ingevolge 'n prospekter- of mineralehuurkontrak voorgaande onderskeie owerheidsmagtigings mag verkry, word onderskeidelik die skriftelike toestemming om vir sy eie rekening óf te prospekter óf te myn en oor die minerale te beskik, van die houer van mineraalregte geverg.<sup>101</sup>

Ons volstaan daarmee dat hierdie eindpunt van ontwikkeling, naamlik dat daar basies slegs twee kontrakte vir doeleindes van prospektering of mynbou is, as logies aangemerkt kan word. Slegs hierdie twee aktiwiteite word in elk geval

98 Sien teks by vn 89–92 hierbo.

99 A 6(1) van die Mineraalwet.

100 A 9(1) van die Mineraalwet.

101 A 6(1)(b) en 9(1)(b) van die Mineraalwet onderskeidelik.

deur buitestandders in die konteks van ontginning van minerale beoog. Die prospekteerkontrak, wat by registrasie nie alleen die reg om te prospekteer nie maar ook verdere *iura in personam ad rem acquirendam* skep,<sup>102</sup> naamlik die reg om mineraalregte of eiendomsreg van die grond te koop of 'n minerale-huurkontrak te sluit, is geskik vir die uitoefening van die eerste aktiwiteit ten aansien van alle minerale. Daarenteen is die mineralehuurkontrak, wat by registrasie hoofsaaklik die reg om te myn skep,<sup>103</sup> geskik vir die uitoefening van die tweede aktiwiteit ten aansien van alle minerale. Die wetgewer se poging om die verskillende soorte "prospekteer- en mynkontrakte" te konsolideer, is dus te verwelkom.

Na verstryking van die oorgangstydperke vir die sluiting en registrasie van benoemingsooreenkomste ten aansien van oorgangsregte,<sup>104</sup> sal verdere konsolidasie ten opsigte van die registrasie van saaklike regte plaasvind in sover alle registrasie in die akteskantoor sal plaasvind. Daarmee sal ook die historiese en anomaliese dualisme van 'n akteskantoor en 'n mynbriewekantoor hopelik mettertyd beëindig wees.<sup>105</sup>

Mineraalregte en die regte ter omvatting van die ontginningsbevoegdhede wat deur registrasie daaruit afgesplits kan word, naamlik prospekteer- en mynregte, is saaklike regte (of ten minste registreerbare regte) wat op 'n eenvormige en logiese wyse hanteer behoort te word. Daar is geen rede waarom die verlening van prospekteer- of mynregte deur 'n legio kontrakte ondervang of in verskillende registrasiekantore geregistreer moet word nie.

102 Sien die definisie van 'n "prospekteerkontrak" in a 102 van die Akteswet.

103 Die reg om te prospekteer kan ook verkry word.

104 Sien teks by vn 89-92 hierbo.

105 Slegs kontrakte wat voor inwerkingtreding van die Mineralewet gesluit is en ingevolge die oorgangmaatreëls van krag bly, sal nog vir 'n geruime tyd in die mynbriewekantoor ter insae wees.

#### **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

# Beskerming van bewegingsvryheid: opmerkinge oor die menseregtelike onderbou van deliktuele aanspreeklikheid

JMT Labuschagne  
MA DPhil LLD

Professor in die Inheemse Reg, Universiteit van Pretoria

## SUMMARY

### Protection of freedom of movement: remarks on the human-rights foundation of delictual liability

In this article the rules pertaining to the delicts of *false imprisonment* and *malicious imprisonment* are described and analysed. The established view that false imprisonment can be committed without fault, and especially without consciousness of unlawfulness, is criticised. It is pointed out that a distinction should be drawn between false imprisonment perpetrated by a state official and false imprisonment perpetrated by a private person. More stringent rules should apply to the first-mentioned. It is generally concluded that delictual protection of freedom of movement against conduct by state officials has a firm human-rights foundation. It is further concluded that the protection of freedom of movement essentially boils down to a protection of human autonomy.

## 1 INLEIDING

Die menslike bewegingsvermoë het 'n biologies-anatomiese basis. Dit blyk uit die feit dat die mens van een plek na 'n ander kan loop. Die bewegingsvermoë van die mens hou in sy diepste wese verband met sy basiese oorlewingsdrang: om te oorleef, moet die mens voedsel en water bekom en dit is natuurmatig slegs moontlik as hy van een plek na 'n ander kan beweeg. Dit is dan ook te verstaan waarom die reg op bewegingsvryheid in alle aktes van menseregte opgeneem is. Dit is inderdaad een van die menseregte wat as 'n natuurreg (of 'n biologiese oorlewingsreg) in die ware sin van die woord beskou kan word. Bewegingsvryheid geniet sowel strafregtelike as deliktuele beskerming. Eersgenoemde is by 'n vorige geleentheid<sup>1</sup> relatief omvattend behandel. In hierdie artikel word die deliktuele beskerming van menslike bewegingsvryheid onder die loep geneem. Die positiewe reg word aanvanklik beskryf en geanaliseer. Daar word in gepaste omstandighede ook na die posisie in ander regstelsels verwys. Daarna word die rol wat die mensereg op bewegingsvryheid by deliktuele aanspreeklikheid in dié verband speel, van nader betrag.

---

1 Van Oosten en Labuschagne "Plagiariese en raptoriese misdade" 1978 *De Jure* 32 251.



## 2 DIE BESKERMING VAN BEWEGINGSVRYHEID IN DELIKTUELE PERSPEKTIEF

In Suid-Afrika word onderskei tussen onregmatige bewegingsvryheidsontneming of arrestasie ("false imprisonment" of "wrongful arrest") en kwaadwillige bewegingsvryheidsontneming of arrestasie ("malicious imprisonment" of "malicious arrest").<sup>2</sup> Die wese van dié onderskeid word in *Newman v Prinsloo*<sup>3</sup> soos volg verduidelik:

"Stated shortly, the distinction is that in wrongful arrest, or false imprisonment, as it is sometimes called, the act of restraining the plaintiff's freedom is that of the defendant or his agent for whose actions he is vicariously liable, whereas in malicious arrest the interposition of a judicial act, between the act of the defendant and the apprehension of the plaintiff, makes the restraint on the plaintiff's freedom no longer the act of the defendant but the act of the law. The importance of the distinction is that, in the case of wrongful arrest, neither malice nor absence of justification need be alleged or proved by the plaintiff, whereas in the case of malicious arrest it is an essential ingredient of the plaintiff's cause of action, which must be alleged and proved by him, that the defendant procured or instigated the arrest by invoking the machinery of the law maliciously."

Hierdie delikte word vervolgens afsonderlik bespreek en onderskeidelik as indirekte of gemanipuleerde en direkte vryheidsberowing aangedui, hoewel bogenoemde alternatiewe benaminge ook gebruik word.

### 2 1 Indirekte of gemanipuleerde vryheidsberowing

In 'n onlangse saak *Ochse v King William's Town Municipality*<sup>4</sup> word die volgende vereistes vir 'n suksesvolle eis vir indirekte vryheidsberowing gestel: (i) die verweerder moet die vryheidsberowing (vervolging) aangestig het; (ii) hy moet dit sonder redelike gronde gedoen het; (iii) hy moet dit gedoen het met 'n onbehoorlike motief (kwaadwilligheid); en (iv) die vervolging moet in die eiser se guns beslis gewees het. Laasgenoemde vereiste is nietemin slegs nodig indien 'n vervolging op die vryheidsberowing gevolg het.<sup>5</sup>

#### 2 1 1 Afwesigheid van redelike oorsaak

In *Moreno v Milner*<sup>6</sup> stel regter-president Barry die vereiste kategorie:

"Even express malice, where probable cause exists would not expose a defendant to an action."

Redelike oorsaak het volgens ons howe sowel 'n objektiewe as subjektiewe kant.<sup>7</sup> In die woorde van appèlregter Muller:<sup>8</sup>

"Reasonable and probable cause means an honest belief founded on reasonable grounds that the institution of proceedings is justified. The concept involves both a subjective and an objective element."

Selfs al twyfel die verweerder oor die vraag of sy siening korrek is, beteken dit nie dat hy nie 'n *bona fide* geloof het nie.<sup>9</sup> Veronderstel 'n prokureur weet uit

2 *Ntisa v Coetzee* 1914 EDL 504 506; Neethling *Persoonlikheidsreg* (1991) 110 (vervolgens aangehaal as Neethling); Fleming *The law of torts* (1987) 29.

3 1973 1 SA 125 (W) 127–128.

4 1990 2 SA 855 (OK) 857.

5 *Sien Prinsloo v Newman* 1975 1 SA 481 (A) 491–492; Neethling 118–122.

6 (1889) 1 EDC 145 146.

7 *Beckenstrater v Rottcher and Theunissen* 1955 1 SA 129 (A) 135; *Ochse v King William's Town Municipality supra* 857.

8 *Prinsloo v Newman supra* 495; vgl ook *Worthington v Williams* (1903) 24 NLR 76 83.

9 *Prinsloo v Newman supra* 499.

hoofde van sy gespesialiseerde kennis dat die eiser nie 'n misdaad gepleeg het nie, maar 'n redelike man sou dink dat 'n misdaad wel gepleeg is. Is die prokureur deliktueel aanspreeklik as hy die eiser van die pleeg van genoemde misdaad beskuldig en die eiser sy vryheid van beweging as gevolg daarvan ontnem word? Die antwoord op dié vraag moet myns insiens positief wees.<sup>10</sup> Die objektiewe vereiste wat ons howe stel, is gevolglik in sekere gevalle nie ter sake nie. Appèlregter Muller<sup>11</sup> wys verder daarop dat die redelike oorsaak-toets, sowel ten aansien van die subjektiewe as objektiewe element,

“is not limited to the factual situation, but extends also to the other aspect, namely, whether the facts (known and suspected) constitute an offence in law”.

Hiervolgens moet die verweerder nie slegs *bona fide* op redelike gronde glo dat die eiser se optrede struktuurstrafregtelik 'n misdaad daarstel nie maar ook funksiestrafregtelik.<sup>12</sup> Van die verweerder word verwag om met redelike sorgsaamheid op te tree en hom van die ware feite van die saak te vergewis voordat hy die eiser beskuldig.<sup>13</sup> Selfs al weier die prokureur-generaal om te vervolg, beteken dit nie noodwendig dat 'n redelike oorsaak afwesig is nie.<sup>14</sup> Die misdaad kan byvoorbeeld intussen terugwerkend geskrap gewees het. Wat egter duidelik blyk, is dat die “suiwer” objektiewe redelikheidstoets vir die bestaan van bogenoemde onregmatigheidselement wat soms in die deliktereg gepropageer word, nie ongekwalifiseerd in hierdie verband bruikbaar is nie.

Daar kan ten slotte gevra word wat die bestaansrede vir die afwesigheid van 'n redelike oorsaak vereiste is. Appèlregter Schreiner beantwoord die vraag soos volg:<sup>15</sup>

“For it is of importance to the community that persons who have reasonable and probable cause for prosecution should not be deterred from setting the criminal law in motion against those whom they believe to have committed offences, even if in so doing they are actuated by indirect or improper motives.”

Die vereiste het gevolglik die bevordering van misdaadbepreffing en -bekamping tot gevolg.

## 2 1 2 Kwaadwilligheid

In *Jesson v Jonas*<sup>16</sup> voer hoofregter De Villiers hierdie vereiste terug tot die *Corpus juris*<sup>17</sup> en Voet.<sup>18</sup> In aansluiting by die Engelse saak *Mitchell v Jenkins*<sup>19</sup> verklaar regter Smith ten aansien van die begrip kwaadwilligheid in die onderhawige verband soos volg:<sup>20</sup>

“That the term malice in this form of action is not to be considered in the sense of spite or hatred against an individual, but of *malus animus* as denoting that the party is actuated by improper and sinister motives.”

10 Vgl ook Neethling 115 vn 46 180.

11 489–499.

12 Sien tav dié begrippe Labuschagne “Misdadaelementologie” 1977 *De Jure* 312–313; “Die strafregnorm” 1982 *THRHR* 312.

13 *Pyett v Francis* (1907) 28 NLR 194 197–199; *Moetsi v September* (1896) 13 SC 337.

14 *Nourse v The Farmers' Co-operative Company Ltd* 1905 EDC 291 316.

15 *Beckenstrater v Rottcher and Theunissen supra* 135.

16 (1893) SC 200 201; vgl *Van der Vyver v Deary* (1896) 13 SC 435–444.

17 D 47 10 13 3 (*vexandi causa*).

18 47 19 7 (*dolo malo*).

19 5 B and A 588.

20 *Spiegel v Miller* (1881) 1 SC 272 273.

In *Carne v Howe*<sup>21</sup> word verklaar dat “any wantonness or indirect motive goes far to prove malice”. Volgens appèlregter Schreiner<sup>22</sup> moet bewys word dat die verweerder met ’n “indirect and improper motive” gehandel het. Die volgende beginsels kan in hierdie verband vermeld word:

(a) *’n Bykomende onbehoorlike motief stel nie kwaadwilligheid daar nie.* In dié verband verklaar appèlregter Van den Heever:<sup>23</sup>

“The mere fact . . . that they had an additional and ulterior motive does not seem to me to stamp their conduct as malicious in the legal sense. If, for example, I lay information against an unpleasant neighbour every time I have reasonable and probable cause for thinking that he is guilty of indecent exposure, I do not consider that I would be liable if I admit that my ultimate object was to get rid of him as a neighbour since I consider him to be the type of man who might assault my children.”

(b) *Kwaadwilligheid is juridies afhanklik van afwesigheid van ’n redelike oorsaak.* Indien bewys ontbreek dat die verweerder sonder ’n redelike oorsaak opgetree het, verval die vraag of hy kwaadwillig opgetree het of nie; dit maak dan nie saak met watter motief hy opgetree het nie.<sup>24</sup>

(c) *Kwaadwilligheid kan uit omstandighede afgelei word.* Uit *Spiegel v Miller*<sup>25</sup> blyk dat die bestaan van kwaadwilligheid uit “wilful negligence” afgelei kan word. In ’n latere saak<sup>26</sup> word daarop gewys dat ’n persoon se optrede so grof nalatig en blatant roekeloos kan wees dat kwaadwilligheid daaruit kan blyk. Hierdie benaderingswyse is wesenlik ’n *contradictio in terminis*: nalatigheid kan nooit opset, en gevolglik ook “kwaadwillige” opset, daarstel nie.

In *Shaskolsky v Haupt*<sup>27</sup> verklaar hoofregter De Villiers:

“In my opinion, there is a total absence of malice; there is not a suggestion of malice, and there is not such an utter want of reasonable and probable cause as to lead to the necessary inference of malice.”

Hieruit blyk dat die vereiste van kwaadwilligheid afgelei kan word uit ’n ander vereiste van die onderhawige delik, naamlik die afwesigheid van ’n redelike oorsaak. So ’n benadering het myns insiens in laaste instansie die effek dat met die vereiste van kwaadwilligheid weggedoen kan word. Uit *Nourse v The Farmers’ Co-operative Company Ltd*<sup>28</sup> blyk dat die blote feit dat dit meer gewens sou wees as die verweerder die eiser in privaat vir ’n verduideliking van sy optrede sou vra, nie die afleiding regverdig dat die verweerder kwaadwillig opgetree het nie. Die optrede van die verweerder na afloop van die handeling wat die eiser se bewegingsvryheid geskend het, kan as bewys van die afwesigheid van kwaadwilligheid dien, soos wanneer die verweerder onmiddellik toe hy agtergekom het dat die eiser onskuldig is, ’n brief geskryf het waarin hy versoek dat hy vrygelaat moet word.<sup>29</sup>

21 (1898) 15 SC 232 236.

22 *Beckenstrater v Rottcher and Theunissen supra* 134.

23 *Idem* 140.

24 *Van der Merwe v Strydom* 1967 3 SA 460 (A) 467; *Ochse v King Williams’s Town Municipality supra* 857.

25 272–273 met beroep op die Engelse saak *Schleigel v Fairbairn* 1 B and F 388.

26 *Cole’s Estate v Oliver* 1938 CPD 464 470.

27 (1906) 23 SC 230 233.

28 315.

29 *Mhlako v Jackson* (1910) 27 SC 146 148.



(d) *Animus iniuriandi en die relevansie van motief.* Appèlregter Wessels<sup>30</sup> maak die volgende opmerking ten aansien van die *actio iniuriarum*:

“Where relief is claimed by this *action* the plaintiff must allege and prove that the defendant intended to injure (either *dolus directus* or *indirectus*). Save to the extent that it might afford evidence of the defendant’s true intention or might possibly be taken into account in fixing the *quantum* of damages, the motive of the defendant is not of any legal relevance.”

Na hierdie standpunt is met goedkeuring in ander sake verwys.<sup>31</sup> Dit is interessant om daarop te let dat dit juis die motief is waarmee die verweerder optree wat die vereiste *animus iniuriandi* vir die onderhawige delik daarstel.<sup>32</sup> Waarom die relevansie van motief by *dolus* deurgaans ontken word, is nie vir my duidelik nie. Die motief waarmee byvoorbeeld ’n lokvink optree, is die enigste faktor wat hom van aanspreeklikheid onthef.<sup>33</sup>

### 2 1 3 Aanstigtings- of kousaliteitsproblematiek

Ons howe stel die vereiste dat daar ’n *nexus* moet bestaan tussen die verweerder se optrede en die arrestasie (of ander vorm van vryheidsontneming) van die eiser.<sup>34</sup> Dié *nexus* moet myns insiens ten aansien van ’n spesifieke persoon (die verweerder) bestaan. As ek byvoorbeeld ’n gefingeerde misdaad aanmeld sonder om ’n spesifieke persoon uitdruklik of by implikasie te inkrimineer en die polisie arresteer ’n “verdagte”, is ek nie aanspreeklik teenoor laasgenoemde nie.<sup>35</sup> ’n Interessante vraag is of daar ook ’n *nexus* ten aansien van die misdaad moet bestaan. Veronderstel ek beskuldig A kwaadwillig daarvan dat hy winkeldiefstal gepleeg het. Die polisie ondersoek die saak en arresteer A vir aanranding wat hy in die winkel gepleeg het. Is ek deliktueel teenoor A aanspreeklik? Ek sou dié vraag ontkenkend beantwoord aangesien daar ook ’n direkte verband tussen A se arrestasie en dit waarvan ek hom beskuldig het, behoort te bestaan.

### 2 1 4 Ontstaan van die aksiegrond

In die geval van indirekte vryheidsontneming wat deur vervolging opgevolg word, ontstaan die aksiegrond as die prokureur-generaal weier om te vervolg of as die uitspraak in die strafgeding ten gunste van die eiser gegee word. As die verweerder appelleer, ontstaan die aksiegrond eers as die appèl gehandhaaf is.<sup>36</sup>

### 2 1 5 Bewyslas

Die eiser moet op ’n oorwig van waarskynlikheid die bestaan van die delikselemente bewys.<sup>37</sup>

30 *Moaki v Reckitt and Colman (Africa) Ltd* 1968 3 SA 98 (A) 104.

31 *Thompson v Minister of Police* 1971 1 SA 371 (O) 374; *Prinsloo v Newman supra* 492; *Ochse v King William’s Town Municipality supra* 857.

32 Pauw “Kwaadwillige vervolging (‘malicious prosecution’) en die *actio iniuriarum*” 1978 *THRHR* 395.

33 Labuschagne “Die lokvink en lokvinkbetrapte in die strafregspiegling” 1976 *De Jure* 36–37; vgl. nietemin Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 120–121.

34 *Manjiya v Brigg* 1915 EDC 406 410; sien ook Neethling 174–175; “Kwaadwillige vervolging as *iniuria* (‘malicious prosecution’)” 1978 *THRHR* 161.

35 Vgl. Kodilinyf “False imprisonment through ministerial officers: the commonwealth experience” 1979 *International and Comparative LQ* 766.

36 *Thompson v Minister of Police supra* 373; Neethling 1978 *THRHR* 173.

37 *Louis Stone v Weiner* (1892) 6 EDC 259; *Worthington v Williams supra* 90; *Pyett v Francis supra* 197; *Beckenstrater v Rottcher and Theunissen supra* 134.

### 3 DIREKTE VRYHEIDSONTNEMING

#### 3 1 Problematiek rondom die begrip “ontneming van bewegingsvryheid”

##### 3 1 1 Omskrywing

Volgens Amerasinghe<sup>38</sup> bestaan direkte ontneming van bewegingsvryheid (“false imprisonment”) in “the infliction of unlawful bodily restraint”. Volgens Williams<sup>39</sup> word “a total restraint of liberty” vereis. In die Duitse reg ontstaan deliktuele aanspreeklikheid volgens Fikentscher<sup>40</sup> wanneer voldoen word aan die vereistes gestel vir vryheidsberowing volgens artikel 239 *StGB* of die vrye keuse om van een plek na ’n ander te beweeg andersins beperk word. In die Amerikaanse saak *Coleman v Mitnick*<sup>41</sup> omskryf regter Hunter “false imprisonment”<sup>42</sup> as “an unlawful restraint of one’s freedom of locomotion or action without his consent”. Hierdie omskrywing kan as uitgangspunt gebruik word maar dit moet in die lig van die bespreking wat volg beoordeel word.

##### 3 1 2 Bestaan daar ’n gebiedsbegrensing?

In die Australiese saak *Burton v Davies*<sup>43</sup> is beslis dat dit op onregmatige vryheidsberowing neerkom om teen so ’n spoed met ’n motor te ry dat ’n passasier verhoed word om af te klim. Dit is klaarblyklik ook onregmatige ontneming van bewegingsvryheid indien iemand ’n sekere ruimte verbied word waar hy ’n reg het om te wees, selfs al is die res van die wêreld tot sy beskikking.<sup>44</sup>

Volgens Smith en Hogan<sup>45</sup> stel dit nie “false imprisonment” daar indien iemand (onregmatig) verbied word om Brittanje te verlaat nie. Uit die Amerikaanse saak *Allen v Fromme*<sup>46</sup> blyk egter dat die beperking tot ’n sekere stad onregmatige vryheidsontneming daar kan stel. Prosser<sup>47</sup> wys daarop dat sake waar iemand beperk is tot ’n spesifieke staat of tot die VSA as geheel, soos om verkeerdelik ’n paspoort te weier, nog nie voorgekom het nie en voeg by:

“One may speculate that, although, this may be a tort, it is not false imprisonment, since the line must obviously be drawn somewhere short of confinement to the hemisphere.”

Ek gaan nie met die opmerking akkoord nie. ’n Ruimtereisiger wat onregmatig verhoed word om die aarde te verlaat, behoort ’n eis vir onregmatige vryheidsontneming te kan instel.

##### 3 1 3 Aanspreeklikheid weens ’n late

Deliktuele aanspreeklikheid vir vryheidsontneming kan ook deur ’n late gepleeg word, in die besonder in daardie gevalle waar daar ’n plig bestaan om die

38 “The protection of *corpus* in Roman-Dutch law” 1967 *SALJ* 331.

39 *Textbook of criminal law* (1978) 179.

40 *Schuldrecht* (1985) 725.

41 (1964) 16 ALR 3d 527 (Indiana AC) 530.

42 In *Ramakulukusha v Commander, Venda National Force* 1989 2 SA 813 (VSC) 836–837 word onderskei tussen “wrongful arrest” en “unlawful detention”. Beide is mi egter verskyningsvorme van die breë konsep “ontneming van bewegingsvryheid”.

43 (1953) QSR 26; Fleming 26.

44 Sien *Purshotam Dagee v Durban Corporation* (1908) 29 NLR 319 waar ’n persoon ’n tremkar verbied is en *Stern v Podbrey* 1947 1 SA 350 (K) 361 waarin daarop gewys word dat dit ’n *iniuria* is om iemand te verbied om ’n openbare pad te gebruik.

45 *Criminal law* (1988) 407.

46 (1910) 141 App Div 362, 126 NYS 520; Prosser *Handbook on the law of torts* (1971) 42.

47 42 vn 38.

persoon wie se vryheid van beweging ontnem is, vry te laat en dit dan nagelaat word. In dié geval kan op die volgende verskyningsvorme gewys word:

(a) *Verlenging van tydperk van gevangenskap* Die kontinuering van die gevangenhouding van 'n gevangene nadat sy tydperk van gevangenskap verstryk het, kan tot deliktuele aanspreeklikheid lei. In dié verband bestaan daar Suid-Afrikaanse,<sup>48</sup> Engelse<sup>49</sup> en Nederlandse<sup>50</sup> gesag.

(b) *Onredelike verlenging van arrestasie* Kragtens artikel 50(1) van die Strafproseswet 51 van 1977 word iemand wat met of sonder 'n lasbrief in hegtenis geneem is, so gou moontlik na 'n polisiekantoor (of 'n ander plek wat in die lasbrief genoem word) geneem en word hy aangehou vir 'n tydperk van hoogstens 48 uur tensy 'n hof verdere aanhouding gelas.<sup>51</sup> Die vraag is wat die begrip "so gou moontlik" beteken. Dié begrip beteken volgens Hiemstra<sup>52</sup> "so gou as wat die omstandighede toelaat". In *Damon v Greatermans Store*<sup>53</sup> is die verdagte winkeldief na 'n kantoor in die winkelgebou vir ondervraging geneem en eers daarna na die polisiekantoor. Regter-president Boshoff merk soos volg op:<sup>54</sup>

"It will not be practicable for the person in charge of security to decide whether a charge should be made unless subordinate or other employees are entitled to take an arrested person back to the premises before he is handed over to the police. What is of considerable importance is that it is in the interests of an arrested person himself that he should not be charged without being given an opportunity of offering any explanation or making any representation to a responsible officer. It is to his own advantage that this opportunity should be given in the privacy of an office with the minimum possible number of persons present. If all these steps are therefore taken with reasonable expedition and an arrested person is only thereafter brought to a police station, it cannot be contended that he was not brought to a police station as soon as possible within the meaning of the phrase in the section."

Artikel 50(1)(d) bepaal verder dat 'n gearresterde persoon wat vanweë sy fisiese ongesteldheid of ander fisiese toestand nie voor die hof gebring kan word nie, vir 'n langer tydperk soos deur 'n hof beveel word, aangehou mag word sodat hy kan herstel en voor die hof gebring word. 'n Persoon wat langer aangehou word as wat regtens toelaatbaar is, mag straffeloos ontsnap<sup>55</sup> en kan deliktueel eis vir vryheidsontneming.

In die Amerikaanse saak *Rounds v Bucher*<sup>56</sup> is beslis dat 'n gearresterde langer aangehou mag word as 'n bevoegde regspreker nie dadelik beskikbaar is nie. In 'n ander Amerikaanse saak, *Warren v State of Delaware*,<sup>57</sup> is die beskuldigde vir bestuur onder die invloed van drank in hegtenis geneem. Hy

48 *Makhanya v Minister of Justice* 1965 2 SA 488 (N).

49 *Mee v Cruikshank* (1902) 20 Cox CC 210; *Smith en Hogan* 408 – 409.

50 HR 1977-02-11 NJ (1977) 255; Bloembergen *Onrethmatige daad* (1990) 58.

51 Sien a 50(1)(a) – (c) wat voorsiening maak vir aanhouding vir 'n verdere tydperk in sekere omstandighede.

52 *Suid-Afrikaanse strafproses* (1987) 109.

53 1984 4 SA 143 (W) 148 – 149.

54 149. Vgl oor die Amerikaanse reg *Brazener* "Construction and effect, in false imprisonment action, of statute providing for detention of suspected shoplifters" 47 ALR 3d 998 1001.

55 *R v Mtungwa* 1931 TPD 466 467; *R v Kanyanga* 1948 2 SA 1007 (SR) 1008.

56 (1960) 98 ALR 2d 982 (Montana SC) 965; sien ook *Habeeb* "Delay in taking before magistrate or denial of opportunity to give bail as supporting action for false imprisonment" 98 ALR 2d 966.

57 (1978) 3 ALR 4th 1049 (SC of Delaware) 1055.



is vir agt tot nege uur aangehou voordat hy voor 'n regterlike beampte gebring is. Die hof beslis dat 'n besope persoon vir 'n redelike tyd aangehou mag word totdat hy geestelik in staat is om te begryp waarom dit gaan. Zupanec<sup>58</sup> vat die houding van die Amerikaanse howe in die verband soos volg saam:

“It appears to be well accepted that the intoxication of an arrestee is a proper ground for postponing his initial appearance before a judicial officer, particularly where the delay is not for an unreasonable length of time and does not last longer than the period of the arrestee's incapacity. Courts taking this position frequently have reasoned that some delay may be necessary in order to prevent prejudice to the arrestee as the result of his physical appearance, and also as the result of his inability to understand the nature of the judicial proceeding.”

In die lig van die bogenoemde 48 uur-reël wat hier te lande geld, sal sodanige probleme nie in Suid-Afrika voorkom nie. Terloops moet opgemerk word dat die 48 uur-periode myns insiens uitermate lank is.

### 3 1 4 Daar moet 'n bewegingsobstruksie wees

In *Sievers v Bonthuys*<sup>59</sup> was S met volstruise langs 'n openbare pad op trek. B het hom by 'n grenshek oor die pad voorgekeer en aan hom gesê dat hy nie verder moet trek nie en as hy dit doen, hy op eie risiko optree en 'n eis om skadevergoeding teen hom ingestel sal word. B het niks gedoen om S fisies te keer nie.

Die hof wys S se eis teen B af en verduidelik:<sup>60</sup>

“All that the defendant did, therefore, was to inform the plaintiff that he objected to his going through the gateway and along the road with the ostriches, and that, if he went through, he did so at his own risk and subject to an action for damage to the crops being brought against him. No threat of violence or of actually stopping the plaintiff in deed and in fact, or of placing any obstruction in his way, that is of preventing him as alleged in the summons, was manifested by the defendant. He simply objected to the plaintiff passing through the gateway with the ostriches, and intimated his intention of invoking the aid of the law in protection of his alleged rights, if the plaintiff did so pass through.”

Die volgende aspekte verdien in hierdie verband aandag:

(a) *Geweld en dreigemente* Dit spreek vanself dat iemand se vryheid van beweging gewelddadig ingeperk kan word.<sup>61</sup> Williams<sup>62</sup> wys daarop dat vryheidsontneming met aanranding kan saamval. Eersgenoemde kan egter bestaan sonder dat daar sprake van aanranding is soos wanneer iemand wat reeds in 'n kamer is, toegesluit word. Geweldsbedreiginge kan ook voldoende wees. In die Amerikaanse saak *Wax v McGrath*<sup>63</sup> word tereg verklaar:

“[A]ny demonstration of physical power which, to all appearances, can be avoided only by submission, operates as effectually to constitute an imprisonment, if submitted to, as if any amount of force had been exercised.”

58 “Intoxication as ground for police postponing arrestee's appearance before magistrate” 3 ALR 4th 1057 1059.

59 1911 EDL 525.

60 526.

61 *Naude and Du Plessis v Mercier* 1917 AD 32 36.

62 179.

63 255 Mass 340 342, 151 NE 317, met goedkeuring aangehaal deur Spiegel R in *Colbyn v Kennedy's Inc* (1971) 47 ALR 3d 991 (Massachusetts SJC) 993.

In die Kanadese saak *Campbell v SS Kresge Co*<sup>64</sup> is beslis dat dit op onregmatige vryheidsontneming neerkom om die gesag van 'n polisieman te gebruik om 'n persoon in 'n rigting te dwing waarheen hy of sy nie wil gaan nie. Dit gaan hier nie slegs om geweldbedreigings nie. In die Amerikaanse saak *Jacques v Childs Dining Hall Co*<sup>65</sup> word die reël soos volg gestel:

“If a man is restrained of his personal liberty by fear of a personal difficulty, that amounts to a false imprisonment within the legal meaning of such term.”

(b) *Veroorsaking van ongerief* Die blote veroorsaking van ongerief is nie voldoende nie. Waar 'n uit- of ingang versper word maar daar nog 'n ander uit- of ingang beskikbaar is, stel dit nie vryheidsontneming daar nie.<sup>66</sup> Volgens Fleming<sup>67</sup> moet die beskikbare ontsnappingswyse redelik en sonder risiko vir besering of ernstige ongerief wees, soos om in die water te spring ten einde van 'n skip te ontsnap. Volgens Rogers<sup>68</sup> is dit onregmatige vryheidsontneming waar die eiser 'n wyse het om te ontsnap, maar hy dit nie weet nie en die redelike man dit ook nie sou weet nie.

(c) *Stel van voorwaardes* Zupanec<sup>69</sup> wys daarop dat dit in die VSA op onregmatige vryheidsontneming neerkom om 'n persoon tot 'n hospitaal te beperk en te weier om hom te laat gaan voordat hy sy rekening betaal het. Myns insiens behoort enige aanhouding van 'n persoon op voorwaarde dat hy eers 'n skuld moet delg of 'n ander handeling (of late) verrig, onregmatige vryheidsontneming daar te stel, tensy aan die vereistes van noodweer of noodtoestand voldoen word.<sup>70</sup>

### 3 1 5 Vryheidsgraderings

Dit blyk uit die gewysdes dat dit in laaste instansie nie gaan om onregmatige vryheidsontneming as sodanig nie, maar om die graad (aard of kwaliteit) van die vryheidsontneming. Hierdie stelling kan aan die hand van twee Suid-Afrikaanse en een Nederlandse saak verduidelik word.

In *Whittaker v Roos and Bateman*<sup>71</sup> was die eiser 'n verhoorafwagtende maar is hy beperk tot 'n strafsel wat spesifiek vir gevangenes ingeruim is. Hy is ook ander voorregte geweier, soos om besoekers te sien en sy regsverteenwoordiger te spreek. Hy is verder verbied om boeke in sy sel te lees en is by verskeie geleenthede geboei deur die gevangensterrein begelei. Hoewel die eiser se aanhouding as sodanig regmatig was, was die aard van sy aanhouding onregmatig. In die woorde van appèlreger Innes:<sup>72</sup>

“A deliberate aggression upon personal dignity and personal liberty is not a trivial matter; and awaiting trial prisoners, as being in a position of peculiar difficulty and helplessness are entitled to the special protection of the Court.”

64 (1976) 21 NSR (ed) 236, 74 DLR (3d) 717 (NSTD) opgeneem in Solomon, Feldthusen en Mills *Cases and materials on the law of torts* (1986) 62.

65 244 Mass 438 438 – 439, 138 NE 843 bevestig in *Colbyn v Kennedy's Inc supra* 993; vgl ook *Masawi v Chabata* 1991 4 SA 764 (ZHC) 770 – 771.

66 *Bird v Jones* (1845) 7 QB 742.

67 27.

68 *Winfield and Jolowicz on tort* (1989) 61.

69 “False imprisonment in connection with confinement in nursing home or hospital” 4 ALR 4th 449 453.

70 Vgl *Kleyn v Snyman* 1936 OPD 99 107. Sien hieronder par 3 2 (e) waar oor toestemming as verweer gehandel word.

71 1912 AD 92.

72 125.

Die ander Suid-Afrikaanse saak wat hier van belang is, is *Bruwer v Brooks*.<sup>73</sup> 'n Polisie-offisier was kragtens wetgewing gemagtig om 'n polisieman tot sy barak te beperk terwyl 'n ondersoek weens wangedrag teen hom ingestel is. In dié betrokke saak is die konstabel egter in 'n sel aangehou. Die hof staan die eis van die konstabel toe:<sup>74</sup>

“It was a coercive punitive measure for keeping him in barracks after he had refused to remain there and he was kept in such close confinement that on the one or two occasions when he was allowed to go to his own cubicle or to the bathroom in the barracks he had to go under police escort. Such treatment amounted, in my opinion, to imprisonment.”

Uit die Nederlandse saak<sup>75</sup> blyk dat die vaskluiting van 'n geesteskranke aan 'n sekere gebied slegs geoorloof is in 'n noodtoestand as daar geen ander moontlikheid bestaan om hom te beteel nie. Die inperking van die geesteskranke as sodanig is gevolglik nie onregmatig nie maar wel die wyse van inperking.

### 3 2 Problematiek rondom die vereiste van onregmatigheid

Slegs onregmatige skending van die bewegingsvryheid van 'n ander kan tot deliktuele aanspreeklikheid aanleiding gee.<sup>76</sup> In die verband word enkele probleemtemas vervolgens onder die loep geneem:

(a) *Saamleefbaarheid en doeltreffende gemeenskapsfunksionering* Die mens se vryheid van beweging word dikwels ingeperk omdat dit nodig is om aan medemense lewensruimte en privaatheid te gee. So mag ek byvoorbeeld nie na willekeur 'n ander se woongebied betree nie. Doeltreffende funksionering van die gemeenskapslewe vereis verder dat jou vryheid van beweging op 'n verskeidenheid terreine en wyses aan bande gelê word. As ek byvoorbeeld in 'n trein reis, mag ek as algemene reël slegs op voorafbepaalde plekke (gewoonlik stasies) die trein verlaat.<sup>77</sup>

(b) *Sosio-politieke pluralisme* Hailbronner<sup>78</sup> wys tereg daarop dat staatspluralisme die mens se bewegingsvryheid, selfs in Europa, nog aansienlik beperk. 'n Vreemdeling kan toegang tot 'n land verbied word as hy nie aan sekere voorgeskrewe wetlike vereistes voldoen nie.<sup>79</sup>

(c) *Noodweer en noodtoestand* 'n Persoon wat in noodweer of in noodtoestand optree, kan 'n ander se bewegingsvryheid sanksievry skend. Dan sal egter aan die regsvereistes vir noodweer en noodtoestand voldoen moet word.<sup>80</sup>

(d) *Tugbevoegdheid* Ouers en ander persone wat die reg het om kinders te dissiplineer, kan laasgenoemde se bewegingsvryheid binne redelike en matige grense beperk.<sup>81</sup>

73 1939 CPD 457.

74 467.

75 Hof Arnhem 1988-07-12 KG nr 338 NJ (1989) 761; Bloembergen 58.

76 Sien bv *R v Sigcau* (1895) 12 SC 283; *Newman v Prinsloo supra* 127.

77 Sien Neethling 112. Sien ook hieronder par 3 2 (e) waar oor toestemming gehandel word.

78 “Die Freizügigkeit in Spannungsfeld zwischen Staatsräson und europäischem Gemeinschaftsrecht” 1978 *Die öffentliche Verwaltung* 857.

79 Vgl die Nederlandse saak HR 1988-12-09 R vd W (1988) 216; Bloembergen 58.

80 Neethling 113; *State of New Jersey v Mulvihill* (1970) 44 ALR 3d (New Jersey SC) 1070.

81 Labuschagne “Tugtiging van kinders: 'n strafregtelik-prinsipiële evaluasie” 1991 *De Jure* 23; Smith en Hogan 409.



(e) *Slagoffersubjektiewe dimensies* In dié verband kan die volgende probleem-aspekte onderskei word:

(i) *Plig tot inligtingverskaffing en toestemming* Indien die eiser toestem tot sy vryheidsontneming het hy geen deliktuele eis nie.<sup>82</sup> In *Donono v Minister of Prisons*<sup>83</sup> stel die hof dit soos volg:

“It could, however, be postulated that for a plaintiff to have acted *volens*, either fraudulently or under circumstances which would give rise to a defence of *volenti non fit injuria*, would constitute justification freeing a defendant from liability for wrongful imprisonment.”

In die Amerikaanse saak *Stork v Evert*<sup>84</sup> is dan ook beslis dat as iemand voorgee dat hy die persoon is wie se naam in die lasbrief genoem word en hy gearreesteer word, hy nie ’n deliktuele eis het teen die persoon wat hom gearreesteer het nie.

In *Sikani v Meken*<sup>85</sup> was die eiser vrygestel van die werking van ’n sekere munisipale regulasie. Hy is gearreesteer vir beweerde oortreding van genoemde regulasie maar het die feit dat hy nie daaraan onderworpe was nie verswyg. Die hof verwerp die eiser se eis vir onregmatige vryheidsontneming en bevind dat die stelreël *volenti non fit injuria* van toepassing is. Die eiser het in effek ’n plig gehad om die feit dat hy van die regulasie vrygestel was aan die verweerder te openbaar.<sup>86</sup> Daar is twee Engelse sake<sup>87</sup> waarin beslis is dat indien ’n persoon ’n terrein binnegaan onderworpe aan ’n redelike voorwaarde en hy nie aan die voorwaarde voldoen nie, hy verhoed kan word om die terrein te verlaat. In ’n analise van dié sake wys Keng Feng Ton<sup>88</sup> tereg daarop dat dit in hierdie geval wesenlik gaan om die feit dat die eiser tot die verweerder se voorwaardes toegestem het.

(ii) *Moet die eiser (slagoffer) bewus wees van die vryheidsontneming?* Daar bestaan teenstrydige antwoorde op dié vraag. In die Engelse saak *Meering v Graham-White Aviation Co Ltd*<sup>89</sup> verklaar Lord Atkin soos volg:

“It appears to me that a person could be imprisoned without his knowing it. I think a person can be imprisoned while he is asleep, while he is in a state of drunkenness, while he is unconscious, and while he is a lunatic . . . though the imprisonment began and ceased while he was in that state.”

In *Birch v Johannesburg City Council*<sup>90</sup> word na dié Engelse saak verwys maar die vraag word oopgelaat of kompensasie in so ’n geval geëis kan word. Uit die Amerikaanse saak *Bailie v Miami Valley Hospital*<sup>91</sup> blyk dat ’n eis slegs

82 Amerasinghe 1967 SALJ 336; *Pounders v Trinity Court Nursing Home, Inc* (1979) 4 ALR 4th 442 (SC of Arkansas) 443.

83 1973 4 SA 259 (K) 262.

84 (1934) 47 Ohio App 256, 15 Ohio L Abs 701, 191 NE 794; Johnson “Liability for false arrest or imprisonment under warrant as affected by mistake as to identity of person arrested” 39 ALR 4th 729.

85 1915 EDL 126 129.

86 sien ook *Ramsamy Pillay v Brooke* (1896) 17 NLR 343 346; *Vinden v Jones* (1899) 20 NLR 181; *MacDonald v Kumalo* 1912 EDL 293 301.

87 *Robinson v Balmain Ferry Co Ltd* (1910) AC 295; *Herd v Weardale Steel, Cole and Coke Co Ltd* (1915) AC 67; Keng Feng Ton “A misconceived issue in the tort of false imprisonment” 1981 Mod LR 166.

88 1981 Mod LR 176–177.

89 (1919) 122 LT 44; Smith en Hogan 407; Amerasinghe 1967 SALJ 333.

90 1949 1 SA 231 (T) 237–238.

91 (1966) 8 Ohio Misc 193, 37 Ohio Ops 2d 259, 221 Ne 2d 217 aangehaal deur Zupanec 453.

kan slaag as die eiser daarvan bewus was dat hy aangehou is. Dit is ook die standpunt in die *Second restatement of torts*<sup>92</sup> wat ten doel het om die deliktereg in die VSA te hervorm en te kodifiseer. In die lig van die feit dat vryheidsberowing objektief selfstandig kan bestaan,<sup>93</sup> kan ek egter nie sien waarom die eiser daarvan bewus moet wees dat hy van sy vryheid ontnem is nie.<sup>94</sup>

(f) *Interne gebruike en geriefsoorwegings* In *Brown v Minister van Polisie*<sup>95</sup> is B weens 'n verkeersoortreding tot R120 of 120 dae gevangenisstraf gevonniss. Hy het die boete aan die ordonnans aangebied. Die ordonnans het hom egter meegedeel dat, volgens 'n nuwe werksprosedure, nóg hy nóg dié klerk van die hof dit kon ontvang en hom na die prisoniersvriend geneem wat dit moet ontvang. Aangesien laasgenoemde, asook sy klerk, besig was en die ordonnans ander werk gehad het om te doen, is B in aanhouding geplaas om seker te maak dat hy nie weggaan sonder om die boete te betaal nie. B is vir 'n halfuur aangehou. Die hof staan B se eis vir kompensasie toe. Regter Eloff<sup>96</sup> merk soos volg op:

“Dit is dan ook nodig dat ek kommentaar lewer daaroor dat blykens die gegewens voor die landdros daar 'n sisteem ingestel is waardeur dit moontlik gemaak kan word dat daar op die regte van individue inbreuk gemaak kan word. Die praktiese resultaat van die sisteem, as dit so gegeld het, is dat enige persoon homself die slagoffer kan bevind van die situasie wat die appellant oorval het. Hy het die keuse om 'n boete te betaal, hy wil die keuse uitoefen en net omdat daar nie onmiddellik iemand beskikbaar is wat daardie boete kan ontvang nie moet hy die vernedering van inperking en aanhouding agter tralies ondervind. Ek spreek die wens uit dat my siening van die geval onder die aandag van die Departement gebring word. Indien daar die gevaar bestaan dat iemand soos die appellant die hofgebou sal verlaat sonder om sy boete te betaal moet 'n amptenaar gelas word om die betrokke aan te hou *nadat* dit blyk dat hy die tyd en geleentheid om die boete te betaal, nie benut het nie.”

In 'n vroeëre saak *Rigg v Roper and Jackson*<sup>97</sup> is beslis dat 'n konstabel wat 'n geldige lasbrief gehad het om 'n perseel te deursoek, nie daardeur gemagtig word om die eienaar van die perseel te arresteer en aan te hou terwyl hy sy verpligtinge onder die lasbrief uitvoer nie. Dit is duidelik dat 'n mens se bewegingsvryheid nie ingeperk mag word bloot ter wille van andere se geriefsoorwegings nie.

(g) *Regmatige arrestasie* Regmatige arrestasie is seker die mees algemene verweer wat by gedinge van dié aard voorkom.<sup>98</sup> In die verband kan op die volgende probleemassekte gewys word:

(i) *Regstegniese rigiditeit* In *Rini v Carr*<sup>99</sup> word daarop gewys dat 'n arrestasie streng volgens die letter van die wet uitgevoer moet word, anders kom dit op onregmatige arrestasie of vryheidsontneming neer. In die lig hiervan is die uitreiking van 'n lasbrief deur 'n onbevoegde persoon geen geldige lasbrief nie<sup>100</sup> en 'n arrestasie op grond daarvan stel onregmatige arrestasie daar.

92 Par 42.

93 Sien Neethling 55; Neethling, Potgieter en Visser 240.

94 Sien ook Neethling 111; Prosser 43 vn 47.

95 1979 3 SA 703 (T).

96 706.

97 (1885) 4 SC 114 117.

98 Neethling 113–114.

99 1921 EDL 239.

100 *Kaplan v Union Government* 1924 TPD 532 534–535.

In *Winer v Garcia*<sup>101</sup> is 'n lasbrief *bona fide* en op redelike gronde uitgereik maar die wet waaronder dit uitgereik is, is verkeerd beskryf. Die hof ken kompensasie vir onregmatige arrestasie toe.<sup>102</sup> Elke wetgewingstuk wat arrestasie-bevoegdheids toeken, moet ontleed word om te bepaal of 'n spesifieke arrestasie regmatig was of nie.<sup>103</sup>

(ii) *Arrestasie nie die enigste alternatief* Uit *Rademeyer v Van der Merwe*<sup>104</sup> blyk dat indien 'n persoon gearrester word en arrestasie nie prosesregtelik nodig is nie omdat 'n ander prosedure deur wetgewing voorgeskryf word, die arrestasie onregmatig is. In die gesaghebbende saak *Tsose v Minister of Justice*<sup>105</sup> verklaar appèlreger Schreiner egter:

“[T]here is no rule of law that requires the milder method of bringing a person into court to be used whenever it would be equally effective.”<sup>106</sup>

(iii) *Doel van arrestasie* Om iemand te arrester met 'n ander oogmerk as wat die wetgewer beoog het, is onregmatig.<sup>107</sup> 'n Arrestasie is egter nie onregmatig bloot omdat die arresterder beoog om die gearresterde in stryd met die registersreëls te ondervra nie.<sup>108</sup>

(iv) *Redelike vermoede* In verskeie artikels<sup>109</sup> van die Strafproseswet word arrestasie gemagtig as 'n redelike vermoede of verdenking bestaan dat 'n misdryf gepleeg is.<sup>110</sup> In *Botha v Lues*<sup>111</sup> word die toets wat aangewend moet word, soos volg saamgevat:

“Appellant sal slegs kan slaag indien bewys is dat die arrestasie onregmatig was in die sin dat daar geen redelike gronde van verdenking teen hom bestaan het nie. Dit beteken nie dat dit moet blyk dat hy in werklikheid skuldig was nie. Die vraag is slegs of, volgens suiwer objektiewe maatstaf, en inaggenome al die tersaaklike feite en omstandighede, 'n redelike man sodanige gronde van verdenking sou gekoester het om, verstaanbaar, tot uitoefening van sy arrestasiebevoegdheid oor te gaan.”

In *Duncan v Minister of Law and Order*<sup>112</sup> wys die appèlhof daarop dat dit nie gaan oor die vraag of die arresterder

“believes that he has reason to suspect, but whether, on an objective approach, he in fact has reasonable grounds for his suspicion”.<sup>113</sup>

101 (1908) 3 Buch 326.

102 Vgl *Edwards v Beneke* 1970 2 SA 437 (T) 441–442 waaruit blyk dat 'n nie-materiële wysiging van 'n lasbrief na die uitreiking daarvan aangebring mag word sonder om die geldigheid daarvan te affekteer. Sien ook *Goldschagg v Minister van Polisie* 1981 1 SA 37 (A) 55.

103 *Botha v Lues* 1981 1 SA 687 (O) 694.

104 (1895) 12 SC 450 453.

105 1951 3 SA 10 (A) 17.

106 Sien ook *Minister van die Suid-Afrikaanse Polisie v Kraatz* 1973 3 SA 490 (A) 509.

107 Neethling 115–116; *Duncan v Minister of Law and Order* 1986 2 SA 805 (A) 820.

108 *Duncan v Minister of Law and Order supra* 821.

109 Sien bv a 40(1)(b) 42(1)(a) en (b).

110 Vgl *Rousseau v Boshoff* 1945 CPD 135 136–137; *Ngcobo v Minister of Police* 1978 4 SA 930 (D) 931.

111 *Supra* 695.

112 814. 'n Arrestasie sonder 'n lasbrief ooreenkomstig a 40(1)(b) van die Strafproseswet is nie onregmatig waar die arresterder die nodige redelike verdenking het maar beoog om na die arrestasie verdere ondersoek in te stel voordat finaal besluit word of die gearresterde vervolgd gaan word nie: *Duncan v Minister of Law and Order supra* 820.

113 Dit is ook die regposisie in die VSA. Sien bv *Pancick v Williamson* (1960) 92 ALR 2d 559 (Washington SC) 565: “A case of arrest without a warrant necessitates striking a balance as to (a) considerations respecting the rights of the individual citizen taken into custody, and (b) considerations respecting the responsibility of police officers for the safety and security of all members of the community; ie, the propriety of law enforcement or police action. It is a problem of value judgment. The test, purely and simply, is one of reasonableness, considering the time, the place, and the pertinent circumstances.”



(v) *Die arresteerder besit private kennis* Die objektiewe toets wat so pas bespreek is, vind egter nie ongekwalfiseerde toepassing nie. Indien die arresteerder private kennis het dat die eiser onskuldig is terwyl daar objektief redelike gronde vir verdenking bestaan, is hy deliktueel aanspreeklik indien hy die arrestasie uitvoer.<sup>114</sup>

(vi) *Redelike vermoede-vereiste geld ook ten aansien van die vraag of die feite 'n misdaad openbaar* Die arresteerder moet hom nie slegs vergewis van die korrektheid van die feite waarop die arrestasie beoog word nie, maar ook of dit 'n misdryf openbaar. Regter-president Broome verduidelik dit soos volg:<sup>115</sup>

"It may be objected that this view of the law places an intolerable burden upon prosecuting authorities in that they must, at their peril, come to a correct conclusion of law before they apply for a warrant of arrest. What of cases where the facts are known with certainty but a genuine doubt exists as to whether those facts constitute an offence? Are suspected persons, in such cases, to be allowed to be at large, however serious the offence which their conduct is believed in law to constitute? There are two answers. First, even if the burden upon prosecuting authorities is heavy, the subject's right to personal liberty requires that the burden should be imposed. It would be intolerable that a man should be arrested and kept in custody while the Courts were deciding upon the state of the law. Second, there is always the alternative procedure by way of summons; where there is a doubt about the law, that would surely be the appropriate method. For it must be remembered that a prosecutor who was in doubt about the law would be quite safe in instituting proceedings by way of summons, provided only that he was free of malice. The danger only arises where he applies for a warrant for the accused's arrest."

(vii) *Slotsom* Dit is duidelik dat die reëls wat vir 'n regmatige arrestasie voorgeskryf word, hoë eise aan veral die polisie stel. In die woorde van regter Finley van die Washington Supreme Court:<sup>116</sup>

"On the other hand, it can be said that 'A policeman's lot is not a happy one'. Frequently, he is damned if he does, and damned if he doesn't. While it may be expected that policemen act as supermen, they are not employed and often are not trained or paid on this basis. Furthermore, they live, work, and operate in a practical world, peopled by individuals of all kinds and varieties, intellectually, emotionally, and otherwise. It is simply too much to expect them to be endowed with clairvoyant powers or the wisdom of philosophers sufficiently to evaluate promptly on the firing line in terms of absolute truth and accuracy factual situations comparable to that in the instant case. Analysis in retrospect, with time for philosophic deliberation, can, of course, more closely approximate the accuracy or ultimate truth of laboratory or other scientific techniques."

Die mens se reg op vryheid van beweging is daarenteen van so 'n kardinale belang dat hy dit slegs in uiterste gevalle en met die grootste omsigtigheid ontnem mag word.

(h) *Regterlike tussenkoms en optrede* Waar aan 'n regspreker 'n diskresie verleen word om 'n lasbrief vir inhegtenisname uit te reik, word hy van deliktuele aanspreeklikheid kwytgeskeld indien hy die diskresie *bona fide* uitoefen.<sup>117</sup> 'n

114 *Botha v Lues supra* 694; vgl ook par 2 1 1 hierbo.

115 *May v Union Government* 1954 3 SA 120 (N) 130; vgl ook *Ramakulukusha v Commander, Venda National Force supra* 836 – 837.

116 *Pancick v Williamson supra* 564 – 565; vgl ook *Ntisa v Coetzee supra* 508 – 509.

117 *Groenewald v Minister van Justisie* 1973 3 SA 877 (A) 883 – 884. Sien ook tav die VSA Chase "Liability for false imprisonment predicated upon institution of, or conduct in connection with insanity proceedings" 30 ALR 3d 523 (annotasie tot *Crouch v Cameron* (1967) 30 ALR 3d 520 (Kentucky Court of Appeals)) 534.

Interessante saak in die verband is *Moeketsi v Minister van Justisie*.<sup>118</sup> M, 'n polisiesersant, is in opdrag van 'n streeklandddros deur 'n hofordonnans vir 45 minute in die hofselle opgesluit omdat hy in die hof rondbeweeg het en sodoende die hofverrigtinge versteur het. Die streeklandddros het opgetree kragtens artikel 178(2) van die Strafproseswet wat soos volg lui:

“Indien 'n persoon, behalwe 'n beskuldigde, wat by strafregtelike verrigtinge aanwesig is, die rus of orde van die hof versteur, kan die hof gelas dat daardie persoon uit die hof verwyder word en dat hy in bewaring aangehou word totdat die hof verdaag.”

Regter Van Zyl bevind dat M (eiser) ernstig verneder is<sup>119</sup> en dat die streeklandddros (tweede verweerder) se optrede onredelik en ongeregverdig was.<sup>120</sup> Hy konkludeer soos volg:<sup>121</sup>

“Om terug te keer na die gedrag van die tweede verweerder is dit reeds bevind dat hy onredelik en ongeregverdig opgetree het. Onredelikheid lê die skuldvorm van nalatigheid ten grondslag en sou onder normale omstandighede tot deliktuele aanspreeklikheid aanleiding kon gee. In die geval van 'n regterlike beampte soos die tweede verweerder is nalatigheid in die uitvoering van sy judisiële bevoegdhede egter nie voldoende om hom met deliktuele aanspreeklikheid te belas nie. Die gesag is duidelik dat daar *mala fides*, kwaadwilligheid of bedrieglike optrede aanwesig moet wees. Die getuienis het nie bewys dat die tweede verweerder hom aan enige sodanige optrede skuldig gemaak het nie, hoe onredelik sy optrede ook al mag gewees het. Dit volg dan dat die eiser se vordering nie kan slaag nie.”

Volgens Neethling<sup>122</sup> is die rede vir hierdie ongewone beskerming van regterlike beamptes klaarblyklik om hulle teen 'n te groot risiko van aanspreeklikheid te vrywaar sodat hulle met vrymoedigheid hulle bevoegdhede kan uitoefen. Hierdie argument gaan nie op nie. Regsprekers moet ook sorgsaam wees in die uitoefening van hulle pligte. Hulle behoort vir hulle optrede aanspreeklik te wees soos enige ander persoon.<sup>123</sup> 'n Beslissing in die regte rigting is die van *Shoba v Minister van Justisie*.<sup>124</sup> S (eiser) het 'n dagvaarding van R100 vir 'n verkeers-oortreding ontvang. Hy het dit betaal maar as gevolg van onsorgsame optrede is dit nie behoorlik aangeteken nie. Die uiteinde was dat hy gearresteer is nadat 'n geldige lasbrief vir sy arrestasie uitgereik is. S is vir tien dae aangehou. Die hof staan die eis toe en beslis dat die direkte oorsaak van die arrestasie die optrede van twee amptenare in hulle administratiewe hoedanigheid was. Die feit dat S met 'n geldige lasbrief gearresteer is, kan nie as verweer dien nie. Indien die landdroos nalatig was by die uitreiking van die lasbrief, waarom kan hy nie ook aangespreek word nie? Indien wel, sal dit myns insiens tot gevolg hê dat die vlak van regspleging verhoog word.<sup>125</sup>

118 1988 4 SA 707 (T).

119 710.

120 711. Vgl Neethling “Amptelike bevoegdheid: die aanspreeklikheid van 'n regterlike beampte vir onregmatige vryheidsberowing” 1989 *THRHR* 468 vir kritiek op die gebruik van die woorde “onredelik en ongeregverdig”.

121 714.

122 1989 *THRHR* 468.

123 Sien Labuschagne “Minagting van die hof: 'n strafregtelike en menseregtelike evaluasie” 1988 *TSAR* 329 344.

124 1982 2 SA 554 (K).

125 Chase 536 wys daarop dat 'n deskundige wat 'n opinie lewer, soos wanneer 'n dokter 'n mening uitspreek oor 'n persoon se geestesgesondheid, ook van aanspreeklikheid gevrywaar word. As hy opsetlik of nalatig valsheid verkondig, behoort hy mi deliktueel aanspreeklik te wees indien 'n ander se vryheid hom op grond daarvan ontnem word.

### 3 3 Die posisie van geesteskrankes

Selfs tot aan die begin van die eeu is vermeende geesteskrankes hulle vryheid van beweging in die VSA bykans arbitrêr ontnem. <sup>126</sup> Hedendaags geniet sodanige persone regtens meer beskerming. In die woorde van regter Finley: <sup>127</sup>

“It is of course a fundamental policy of our system of law and order – founded in constitutional precept, supported by legislation and documented chapter and verse by judicial decision – that citizens should be secure in their persons and in their homes against *overzealous* action and *capricious* conduct of law enforcement officers. Most certainly, Gestapo-like, or police state techniques, should be beyond the pale. In this connection, it should not be necessary to dwell on what might happen to the aforementioned fundamentals, generally, if eccentricity became a ground to arrest and detain a person, without due process of law.”

In Suid-Afrika word opnemingsprosedure vir geesteskrankes hedendaags in detail in artikels 8 – 27 van die Wet op Geestesongesteldheid 18 van 1973 voorgeskryf. <sup>128</sup> In ’n noodtoestand kan ’n geestesranke sy vryheid ontnem word. Cox vat die posisie in die Anglo-Amerikaanse reg soos volg saam: <sup>129</sup>

“The basic common-law rule is that a person who is so insane as to be dangerous to himself or others may be arrested and detained without judicial or quasi-judicial proceedings, when there is an urgent necessity to prevent immediate injury to such person or to others.”

Dit is klaarblyklik ook die posisie in die Suid-Afrikaanse reg. Die reëls ten aansien van noodweer en noodtoestand is in so ’n geval van toepassing. <sup>130</sup>

### 3 4 Dadersubjektiewe dimensies

Daar word dikwels beweer of geïmpliseer dat skuld nie ’n aanspreeklikheidsvereiste vir onregmatige vryheidsontneming is nie. <sup>131</sup> Om in te skakel by die algemene reël dat opset of nalatigheid vir deliktuele aanspreeklikheid vereis word, word in dié verband soms van ’n fiksie gebruik gemaak. So argumenteer die hof in *Thompson v Minister of Police*. <sup>132</sup>

“In the case of wrongful arrest, however, the intention may be said to be direct – *dolus directus* – as it is done with the definite object of hurting the defendant in his person, dignity or reputation. The arrest itself is *prima facie* such an odious interference with the liberty of the citizen that *animus iniuriandi* is thereby presumed in our law, and no allegation of actual subjective *animus iniuriandi* is necessary.”

Die problematiek rondom die sogenaamde “skuldbegrip” by onregmatige vryheidsontneming dui op die onbruikbaarheid van standaard-delikselementologiese begrippe soos “skuld” en “opset” en bevestig die aanbeveling wat by ’n vorige geleentheid <sup>133</sup> gemaak is dat byvoorbeeld “wilsgerigtheid” en “wederregtelikheidsbewussyn” as selfstandige misdaad- en delikselemente erken behoort te word.

126 Vgl by Fox “The intolerable deviance of the insane: civil commitment in San Francisco, 1906 – 1929” 1976 *American Journal of Legal History* 136.

127 *Pancick v Williamson supra* 564.

128 Vgl ook die Nederlandse saak HR 1988-04-29 NJ (1989) 318; Bloembergen 58.

129 “Right, without judicial proceeding, to arrest and detain one who is, or is suspected of being, mentally deranged” 92 ALR 2d 570 (annotasie tot *Pancick v Williamson supra*) 571.

130 Sien Labuschagne “Noodtoestand” 1974 *Acta Juridica* 73; “Noodweer teen ’n regmatige aanval?” 1974 *De Jure* 108.

131 Sien *Birch v Johannesburg City Council supra* 239; *Donono v Minister of Prisons supra* 262; Neethling 116 – 117.

132 *Supra* 374.

133 Labuschagne “Misdaadelementologie” 1977 *De Jure* 317.



### 3 4 1 Relevansie van die motief waarmee opgetree word

Die motief waarmee opgetree word, is relevant by die vraag of die dader deliktueel aanspreeklik is of nie.<sup>134</sup> Appèlregter Muller verklaar hieroor:<sup>135</sup>

“[W]aar ’n persoon ’n lasbrief aanvra met die voorwendsel dat dit vir die gemagtigde doel verkry word, terwyl hy in werklikheid nie bedoel om dit vir daardie doel aan te wend nie, maar wel vir ’n ander, ongeoorloofde, doel [tree] hy *mala fide* en dus in *fraudem legis* [op].”

Hierdie benadering moet nie geïnterpreteer word om te beteken dat die bestaan van ’n indirekte of addisionele motief tot deliktuele aanspreeklikheid aanleiding gee nie. Appèlregter Schreiner verduidelik soos volg:<sup>136</sup>

“An arrest is not unlawful because the arrestor intends and states that he intends to go on arresting the arrested person till he stops contravening the law if the intention always is after arrest to bring the arrested person duly to prosecution. In such a case the only remedy of the arrested person would be an action for malicious prosecution in which he would have to prove not only an improper motive but also the absence of reasonable cause for the prosecution.”

### 3 4 2 Wilsgerigtheid

Die dader (verweerder) se wil moet gerig wees op die ontneming van die eiser se bewegingsvryheid.<sup>137</sup> Indien ek byvoorbeeld my huis se deur sluit en onbewus is van die feit dat ’n ander daarbinne skuil, sou ek nie deliktueel aanspreeklik wees nie. Nalatigheid kan myns insiens in gepaste omstandighede deliktuele aanspreeklikheid in dié verband vestig. Dit is duidelik dat in praktyk ’n onderskeid gemaak sal moet word tussen direkte vryheidsontneming deur ’n owerheidsvertegenwoordiger en dié deur ’n privaat persoon, soos hieronder verduidelik word.

### 3 4 3 Problematiek rondom vereistes met betrekking tot die dadersbewussyn

In *Smit v Meyerton Outfitters*<sup>138</sup> word soos volg verklaar:

“In die geval van die *actio injuriarum* het die skuldbegrip met twee oorwegings te make. Die eerste is dat die verweerder opsetlik (intentionally) gehandel het en die tweede is dat hy geweet het dat die handeling onregmatig is. In die geval van onregmatige arrestasie, hoewel dit uit die *actio injuriarum* ontwikkel het, is die tweede oorweging nie ’n vereiste vir aanspreeklikheid nie.”

Die vraag of laasgenoemde stelling korrek is, word vervolgens onder die loep geneem. In dié verband kan die volgende onderskei word:

(a) *Dwaling ten aansien van die bestaan van ’n misdaad* In *Union Government v Bolstridge*<sup>139</sup> is beslis dat ’n polisieman hom nie kan verweer dat hy redelike gronde gehad het om te glo dat die eiser se optrede ’n misdaad daargestel het terwyl daar nie so ’n misdaad bestaan nie. Appèlregter Wessels verduidelik:<sup>140</sup>

“If it is no longer an offence in any Province to be in possession of precious stones, or if there is no longer a law prohibiting the sale of intoxicating liquor to natives, then

134 *Castel v Lord* (1901) 22 NLR 392.

135 *Minister van die Suid-Afrikaanse Polisie v Kraatz supra* 508.

136 *Tsose v Minister of Justice* 1951 3 SA 10 (A) 17.

137 *Botha v Lues supra* 689; *Baker Tort* (1986) 20.

138 1971 1 SA 137 (T) 139.

139 1929 AD 240.

140 244. Vgl ook *Minister of Police v Mthlane* 1978 3 SA 542 (N) 544 waar dit gegaan het oor die vraag of ’n “aerosol canister” ’n gevaarlike wapen is. M het dit in sy besit gehad

a policeman has no authority to arrest a person because he suspects him of having diamonds in his possession or of having sold liquor to natives. It would indeed be strange if a policeman were to be allowed to give his own interpretation of our statutes and so create a crime which does not appear on the statute book. If the law was somewhat obscure, as it often is, a policeman could justify a summary arrest without warrant on the ground that he was not unreasonable in thinking that there was such a crime. He must satisfy himself that there is such an offence and that he has reasonable grounds to suspect that the person to be arrested committed the offence, and if he has any doubt he must first obtain a warrant."

Veronderstel 'n polisieman arresteer 'n persoon vir die pleeg van 'n misdaad ingevolge sekere wetgewing. Die wetgewing blyk egter nietig te wees en word ook deur die hof nietig verklaar.<sup>141</sup> Is hy aanspreeklik vir onregmatige arrestasie? In die VSA sal so 'n eis nie slaag nie:<sup>142</sup>

"Where an arrest or imprisonment would ordinarily have been justified under the terms of a statute or ordinance with the violation of which the person arrested or imprisoned was charged, the fact that the provision in question subsequently turned out to have been unconstitutional or otherwise void has frequently been held not to preclude the defense of justification."

Hierdie benadering behoort ook in Suid-Afrika gevolg word aangesien dit inherent billik is. Gestel 'n polisieman (of ander owerheidsamptenaar) was onder die indruk dat sy handeling regmatig is aangesien dit na sy wete op grond van geldige wetgewing uitgevoer is. Die wetgewing blyk later egter ongeldig te wees. Hy het naamlik gedwaal ten aansien van die regmatigheid van sy handeling. Afwesigheid van wederregtelikheidsbewussyn kan gevolglik wel 'n verweer by onregmatige arrestasie deur 'n owerheidsamptenaar wees. 'n Privaat persoon wat onder die indruk verkeer dat hy geregtig is om 'n ander se vryheid in te perk, behoort van deliktuele aanspreeklikheid onthef te word. Laasgenoemde opmerkinge moet ook teen die agtergrond van die bespreking wat volg gelees word.

(b) *Dwaling ten aansien van arrestasiebevoegdheid* In *Areff v Minister van Polisie*<sup>143</sup> is 'n Indiër-sakeman sonder 'n lasbrief in hegtenis geneem vir 'n misdaad (minagting van die hof) waarvoor 'n lasbrief nodig was. Hy is vir twee uur aangehou.<sup>144</sup> Die hof beslis dat dit op onregmatige vryheidsontneming neerkom.<sup>145</sup>

vervolg van vorige bladsy

en is deur 'n polisieman gearresteer vir besit van 'n gevaarlike wapen. Die hof beslis: "The test is an objective one and the grounds of suspicion must be those which would induce a reasonable man to have the suspicion. The Court held that, on the appellant's version, he had had ample opportunity between the time when the report was made to enquire whether there was any justification for it and to have investigated the matter, which he failed to do. So, too, in the present case the second defendant made no proper enquiry. He laboured under a misapprehension as to what was a dangerous weapon in terms of the legislation, and his conduct in making no further enquiry was caused by that erroneous belief."

141 Vgl *De Wilzim v Regering van KwaZulu* 1990 2 SA 915 (N).

142 Shipley "False imprisonment: civil liability of private person as affected by invalidity of statute or ordinance for violation of which arrest was made" 16 ALR 3d (annotasie tot *Coleman v Mitnick supra*) 535 536 - 537.

143 1977 2 SA 900 (A) 913 - 914.

144 Sien ook *Bhika v Minister of Justice* 1965 4 SA 399 (W); *MacDonald v Kumalo* 1927 EDL 293.

145 In die Amerikaanse saak *Gill v Montgomery Ward and Co* (1954) 49 ALR 2d 1452 (New York SC, AD) 1452 verklaar Halpern R: "The arrest was for a misdemeanor at most and an arrest for a misdemeanor either by a private person or a peace officer without a warrant is made at the peril of the person making the arrest. Good faith is no excuse in an action for false imprisonment, if an innocent person is mistakenly arrested without a warrant on a charge of a misdemeanor."

(c) *Dwaling ten aansien van die identiteit van die gearreesteerde* Wat arrestasies met 'n lasbrief<sup>146</sup> betref, bepaal artikel 46(1) van die Strafproseswet tans:

“Iemand wat kragtens 'n lasbrief tot inhegtenisneming of 'n mededeling ingevolge art 45 gemagtig is om 'n ander in hegtenis te neem en wat, terwyl hy redelikerwys meen dat hy daardie persoon in hegtenis neem, 'n ander in hegtenis neem, is onthef van aanspreeklikheid ten opsigte van so 'n onregmatige inhegtenisneming.”

In *Minister van Wet en Orde v Van den Heever*<sup>147</sup> word, by bepaling van die betekenis van die woorde “redelikerwys meen”, saamgestem met die volgende toets wat deur waarnemende regter Vieyra geformuleer is:<sup>148</sup>

“Whether any ordinarily prudent and cautious person, authorised and bound to execute the warrant would have believed that the plaintiff was the person named therein.”

Daar word van die polisie verwag om in gepaste omstandighede 'n mini-onderzoek te doen om te bepaal of dit die regte persoon is wat gearreesteer word of nie.<sup>149</sup>

Die posisie in geval van 'n arrestasie sonder 'n lasbrief<sup>150</sup> word nie uitdruklik in die Strafproseswet gereël nie. In so 'n geval geld die tradisionele rigiede reëls klaarblyklik en behoort 'n redelike dwaling ten aansien van die identiteit van die gearreesteerde in die algemeen nie 'n verweer te wees nie. Die feitestel in 'n Amerikaanse saak<sup>151</sup> wys daarop dat 'n verkeerde persoon soms gearreesteer kan word sonder dat die polisie (arreesteerder) aanspreeklik is. Die polisie is naamlik in kennis gestel dat 'n motor gesteel is. Die motor word egter deur die eienaar teruggevind en aan 'n ander verhuur sonder om die polisie daarvan in kennis te stel. Die polisie arreesteer die huurder. In dié geval kan die polisie tog nie aanspreeklik wees nie! Veronderstel 'n polisieman is redelikerwys van mening dat 'n ernstige misdaad pas gepleeg is, omstanders wys 'n sekere persoon verkeerdelik uit as die persoon wat die misdaad gepleeg het en laasgenoemde word gearreesteer.<sup>152</sup> Ook in so 'n geval kan die polisieman myns insiens nie aanspreeklik gehou word nie.

#### 3 4 4 Ontstaan van die aksies

In *Thompson v Minister of Police*<sup>153</sup> word die onderskeid in dié verband tussen indirekte kwaadwillige vryheidsontneming en direkte of onregmatige vryheidsontneming soos volg verduidelik:

“In the main claim based on wrongful arrest however the position is different. There the delict is committed by the illegal arrest of the plaintiff without the due process of the law. Improper motive or want of reasonable and probable cause required for malicious arrest have no legal relevance to this cause of action. It is also irrelevant whether any prosecution ensues subsequent to the arrest; and, even if it does, what the outcome of that prosecution is. The injury lies in the arrest without legal justification, and the cause of action arises as soon as the illegal arrest has been made.”

146 Vgl die volgende vroeëre sake *Kaplan v Union Government supra* 534–535; *Edwards v Beneke supra* 437; *Donono v Minister of Prisons supra* 262.

147 1982 4 SA 16 (K) 20.

148 *Ingram v Minister of Justice* 1962 3 SA 225 (W) 229–230. Sien ook tav die Amerikaanse reg *Barnes v Wilson* (1983) 39 ALR 4th 699 (Court of Appeals Indiana) 703.

149 *Minister van Wet en Orde v Van den Heever supra* 21.

150 Sien a 40 en 42 van die Strafproseswet; vgl *Nyalasa v Dungwa* 1912 EDL 463 466.

151 *Firstley v Ford* (1972) 99 ALR 3d 1106 (Court of Appeal Louisiana).

152 Vgl die analoë feitestel in *White v Jansen* (1914) 81 Wash 435, 145 P 1140; *Johnson* 729–730.

153 *Supra* 375.



### 3 4 5 *Bewyslas*

Aangesien onregmatige vryheidsontneming as so 'n ernstige skending van basiese regte beskou word, is in vroeëre sake beslis dat die verweerder moet bewys dat sy optrede regmatig is.<sup>154</sup> In *Sigaba v Minister of Defence and Police*<sup>155</sup> is insgeelyks beslis dat die onus op die verweerder rus om te bewys dat die arrestasie regmatig was en word hy nie gesteun deur die vermoede *omnia praesumuntur rite esse acta*<sup>156</sup> nie. Uit *Duncan v Minister of Law and Order*<sup>157</sup> blyk dat die eiser moet bewys dat 'n arrestasie kragtens artikel 40(1)(b) uitgevoer is met 'n ander oogmerk as wat die wetgewer beoog het. In geval van 'n artikel 46(1)-geskil berus die onus op die verweerder.<sup>158</sup>

Die algemene reël in siviele sake is dat die eiser sy saak op 'n oorwig van waarskynlikheid moet bewys.<sup>159</sup> Dié reël is ook op onregmatige vryheidsontneming van toepassing gemaak.<sup>160</sup>

### 3 4 6 *Bepaling van vergoedingsbedrag*

Vergoeding (skadevergoeding en genoegdoening) kan vir 'n verskeidenheid faktore toegeken word, soos tydsverlies, fisiese ongerief, siekte of nadeel van gesondheid, geestelike lyding ("mental suffering") en vernedering. Daar kan ook geëis word vir ekonomiese skade as gevolg van die vryheidsontneming.<sup>161</sup> 'n Verdere faktor van besondere belang is die publisiteit waarmee die onregmatige arrestasie of vryheidsontneming plaasgevind het.<sup>162</sup> 'n Groter bedrag vergoeding word toegeken as die verweerder kwaadwillig opgetree het.<sup>163</sup> Daar is hedendaags 'n neiging by ons howe te bespeur om groter bedrae genoegdoening toe te ken.<sup>164</sup>

154 *Ntisa v Coetzee supra* 507; *Ngcobo v Minister of Police supra* 931; Noble "A case of wrongful arrest?" 1981 *SALJ* 174.

155 1980 3 SA 535 (TSC) 545; vgl *Mnyani v Minister of Justice* 1980 4 SA 528 (TSC).

156 Sien ook *S v Mcunu* 1962 1 SA 375 (N) 376.

157 820.

158 *Minister van Wet en Orde v Van den Heever supra* 20; Du Toit, de Jager, Paizes, Skeen en Van der Merwe *Commentary on the Criminal Procedure Act* (1989) 5–20.

159 Oosthuizen *Die bewys- en weerleggingslas in die Suid-Afrikaanse reg* (LLD-proefskrif UP 1980) 195–203.

160 *Botha v Lues supra* 689-690.

161 Sien Neethling 117–118; Prosser 43–44; *Ochse v King William's Town Municipality supra* 560: "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. What is more, the plaintiff was subsequently maliciously subjected to the embarrassment of a criminal trial on a charge of malicious damage to property, which was followed by the indignity and humiliation of a conviction and being sentenced for a crime in respect of which he should never have been charged. Thereafter the plaintiff had the further anxiety of having to take the matter on appeal in order to have the conviction and sentence set aside."

162 *Christie v Minister of Justice* 1958 2 PH J20 (W); *Ramakulukusha v Commander, Venda National Force supra* 830.

163 *Winer v Garcia supra* 336; *Makhanya v Minister of Justice supra* 492; *General Motors Corporation v Piskor* (1977) 93 ALR 3d 1097 (Court of Appeals Maryland) 1106.

164 Sien by *Stapelberg v Afdelingsraad van die Kaap* 1988 4 SA 875 (K) 878; *Makomberedze v Minister of State (Security)* 1986 4 SA 267 (ZHC) 270.

## 4 PRINSIPIËLE EVALUASIE

### 4 1 Blote skending van 'n mensereg?

Anders as by ander vorme van deliktuele aanspreeklikheid, hoef geen vermoënskade of nadeel uitdruklik bewys te word as iemand se vryheid van beweging deur 'n owerheidshandeling<sup>165</sup> ontnem word nie; die blote inwerking op sy bewegingsvryheid is voldoende.<sup>166</sup> Selfs al was dit tot sy ekonomiese voordeel sal die eiser steeds 'n eis weens persoonlikheidskrenking kan instel.

In lande waar 'n akte van menseregte bestaan, word die reg tot bewegingsvryheid dan ook terugherlei tot die mensereg op bewegingsvryheid,<sup>167</sup> soms ook met verwysing na internasionale aktes van menseregte.<sup>168</sup> Dit is duidelik dat die huidige grondslag van deliktuele aanspreeklikheid vir ontneming van bewegingsvryheid terug te voer is tot 'n diepere reg wat, soos hierbo<sup>169</sup> genoem is, beskryf kan word as 'n natuureg of mensereg. Skending van dié reg gee op sigself aanleiding tot deliktuele aanspreeklikheid indien dit hoegenaamd deliktuele aanspreeklikheid genoem kan word.

### 4 2 Begrensing van die mensereg op bewegingsvryheid

Na 'n analise van internasionale menseregte-dokumente konkludeer Sieghart<sup>170</sup> dat vryheid van beweging in ses kategorieë ingedeel kan word: (i) vryheid om 'n verblyfplek binne die grense van 'n staat te kies; (ii) vryheid om binne die staatsgrense rond te beweeg;<sup>171</sup> (iii) vryheid om 'n staat te verlaat; (iv) vryheid om 'n staat binne te kom;<sup>172</sup> (v) vryheid om nie teen jou sin uit 'n staat gesit te word nie; en (vi) vryheid van ballingskap. Hierdie vryhede is onderworpe aan verskeie beperkinge, soos dat sommige daarvan slegs burgers toekom.<sup>173</sup>

Vryheid van beweging kan in 'n noodtoestand aan bande gelê word. Soos die appèlhof by geleentheid verklaar het:<sup>174</sup>

“[T]he State may be compelled by necessity to disregard for a time the ordinary safeguards of liberty in defence of liberty itself, and to substitute for the careful and

165 Hoewel dit nie uitdruklik genoem word nie, geld dieselfde reëls blykbaar nie as jou bewegingsvryheid deur 'n private persoon ontnem word nie. In so 'n geval sal die *de minimis non curat lex*-reël ook van toepassing kan wees: vgl Neethling 111 – 112.

166 *Lord v Gillwald* 1907 EDC 64 68; *Stoffberg v Elliott* 1923 CPD 148 151; *Foulds v Smith* 1950 1 SA 1 (A) 11; Prosser 43; Baker 20; *Murray v Ministry of Defence* (1988) 1 WLR 692 (HL) 704: “The law attaches supreme importance to the liberty of the individual and if he suffers a wrongful interference with that liberty it should remain actionable even without proof of special damage.”

167 Sien *Makomberedze v Minister of State (Security) supra* 269; VG Berlin, Urt v 1977-08-26, 1978 NJW 68.

168 HR 1989-10-06 R vd W 215; Bloembergen 58.

169 Par 1 hierbo.

170 *The international law of human rights* (1983) 179; vgl ook *Shapiro v Thompson* (1969) 394 US 618 L ed 2d 600 613; *Dunn v Blumstein* (1972) 405 US 330, 31 L ed 274 282.

171 Sekere apartheidswetgewing was in stryd hiermee: sien Van der Vyver *Die beskerming van menseregte in Suid-Afrika* (1975) 96 ev; Lentz “Apartheid goes to court” 1985 *Human Rights* 15.

172 Volgens Shapiro “Ideological exclusions: closing the border to political dissidents” 1987 *Harvard LR* 944 – 945 behoort iemand nie om ideologiese redes verbied te word om 'n land binne te kom nie.

173 Vgl Higgins “The right in international law of an individual to enter, stay in and leave a country” 1973 *International Affairs* 341.

174 *Krohn v Minister for Defence of Union of South Africa, and the special Court under Martial Law Regulations, Pretoria* 1915 AD 191 197; *Sigoba v Minister of Defence and Police* 1980 3 SA 535 (TkSC) 542.

deliberate procedure of the law a machinery more drastic and speedy in order to cope with the urgent danger.”

In 'n Amerikaanse Supreme Court-saak<sup>175</sup> word voorts gesê:

“However, the fact that a liberty cannot be inhibited without due process of law does not mean that it can under no circumstances be inhibited.”

So kan vloed-, vuur- of kwarantyngebiede afgesonder word en toegang daartoe beperk of verbied word as die veiligheid en welsyn van die gebied of land in geheel in gevaar gestel word.<sup>176</sup> Die beperking van persoonlike vryhede moet egter onvermydelik wees:<sup>177</sup>

“[E]ven though the governmental purpose be legitimate and substantial, that purpose cannot be pursued by means that broadly stifle fundamental personal liberties when the end can be more narrowly achieved. The breadth of legislative abridgment must be viewed in the light of less drastic means for achieving the same basic purpose.”

#### 4 3 Menslike outonomie as grondslag van deliktuele beskerming van bewegingsvryheid

Daar word dikwels beweer dat die *corpus* of liggaamlike integriteit deur die onderhawige delikte beskerm word.<sup>178</sup> Herbert Spencer verwys hierna as “freedom of motion and locomotion”.<sup>179</sup> 'n Persoon wat te siek is om te beweeg, se reg op bewegingsvryheid word egter ook deliktueel beskerm.<sup>180</sup> 'n Kwadrupleeg wat teen sy wil na 'n plek gestoot word, behoort myns insiens insgelyks beskerming te geniet.

Dit kan myns insiens in laaste instansie slegs gaan om die beskerming van menslike outonomie,<sup>181</sup> naamlik die reg om self te besluit of jou liggaam van een plek na 'n ander verplaas sal word of nie. In 'n Indiese saak *Kharok Sing v State of Uttar Pradesh*<sup>182</sup> was die vraag of 'n persoon wat onder bewaking (“surveillance”) geplaas word, se bewegingsvryheid geskend word. In 'n minderheidsuitspraak beantwoord regter Subha Rao die vraag bevestigend:<sup>183</sup>

“Mere movement unobstructed by physical restriction cannot in itself be the object of a person's travel. A person travels ordinarily in quest of some objective. He goes to a place to enjoy, to do business, to meet friends, to have secret and intimate consultations with others and to do many other things. If a man is shadowed, his movements are obviously constricted. He can move physically, but it can only be a movement of automation. How could a movement under the scrutinising gaze of the policeman be described as a free movement? The whole country is his jail. The freedom of movement (guaranteed) therefore must be a movement in a free country, ie in a country where he can do whatever he likes, speak to whomever he wants, meet people of his

175 *Zemel v Rusk* (1965) 381 US 1, 14 L ed 2d 179 189.

176 189 – 190.

177 *Shelton v Tucker* 364 US 479, 5 L ed 2d 231 237, aangehaal in *Aptheker v Secretary of State* (1965) 378 US 500, 12 L ed 992 999.

178 Amerasinghe 333; Boberg 1973 *Annual Survey of South African Law* 175 (“right of personal freedom”); Neethling 27 – 28; Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 550; Neethling, Potgieter en Visser 326.

179 Aangehaal deur Fleming 26.

180 *Grainger v Hill* (1838) 4 Bing NC 212; Rogers 59; sien ook Kazin “‘Nowhere to go and chose to stay’: using the tort of false imprisonment to redress involuntary confinement of the elderly in nursing homes and hospitals” 1989 *Univ of Pennsylvania LR* 903.

181 Vgl hieroor Raz *The morality of freedom* (1986) 132 – 133 205 – 207 390 – 395 400 – 429; Hayek *Law, legislation and liberty* vol 1 (1973) 55 – 56.

182 (1964) 1 SCR 332 aangehaal en bespreek deur Sieghart 181.

183 Sieghart 181.



own choice without any apprehension, subject of course to the law of social control. The petitioner under the shadow of surveillance is certainly deprived of his freedom. He can move physically, but he cannot do so freely, for all his activities are watched and noted. The shroud of surveillance cast upon him perforce engenders inhibitions in him and he cannot act freely as he would like to."

Sieghart<sup>184</sup> wys daarop dat hierdie sienswyse, in die lig van latere beslissings,<sup>185</sup> tans die Indiese positiewe reg verteenwoordig. Menslike outonomie bevorder individuele selfrealisering wat op sy beurt weer sin en betekenis aan die lewe gee.<sup>186</sup> Aangesien outonomie primêr met die menslike gees verband hou, gaan dit in laaste instansie nie oor die vraag of jou bewegingsvryheid objektief-feitelik beperk is nie, maar of jy onder die indruk gebring word dat dit beperk is. Ek stem gevolglik met Baker<sup>187</sup> saam waar hy soos volg verduidelik:

"Although the obvious answer to this question appears to be, the interest in freedom, there is some force in the idea that it is the plaintiff's belief in his freedom that is protected. If the defendant informs the plaintiff that he is to be confined to his house, and that armed guards are placed outside the house with instructions to shoot the plaintiff if he attempts to leave, this appears to be false imprisonment even if no armed guards are present. Clearly, also, a wrongful arrest may be constituted by mere show of wrongful authority to make the arrest – there is no need for an actual restraint to be placed on the plaintiff's person."

## 5 GEVOLGTREKKING

Twee belangrike gevolgtrekkings kan uit bogaande navorsing gemaak word, naamlik: (i) die deliktuele beskerming van bewegingsvryheid teen owerheidsoptrede<sup>188</sup> het 'n sterk menseregtelike of natuurregtelike onderbou; en (ii) beskerming van vryheid van beweging beteken wesenlik beskerming van menslike outonomie.

184 181.

185 *Cooper v Union of India* (1971) 1 SCR 512; *Maneka Gandhi v Union of India* (1978) 7 SCR 312.

186 *Sien Makhanya v Minister of Justice supra* 491 per Caney R: "Because she was not at liberty she was unable to enjoy the companionship of her husband and family, the comforts of her home, the opportunity of selecting her associates, of choosing, within her means, her meals, and of deciding from day to day how she would occupy the day, what household chores she would carry out, whom she would visit and so on."

187 23.

188 *Sien ook Pande* "Protecting the individual against the state through false imprisonment actions: the Tanzanian experience" 1983 *International and Comparative LQ* 514; sien ook par 4 1 hierbo.

*Law is enforced by the State because it is law; it is not law merely because the State enforces it* (Pollock *First book of jurisprudence* 29).

# Die beskerming van kredietwaardigheid in die Suid-Afrikaanse reg

HB Klopper  
BA LLD

Medeprofessor in die Handels- en Arbeidsreg, Universiteit van Pretoria

## SUMMARY

### The protection of creditworthiness in South African law

In a previous article (1992 *THRHR* 19 – 34) it was shown that the juridical concept of creditworthiness differs materially from its prejuridical concept and that in certain foreign jurisdictions creditworthiness is afforded protection by virtue of the fact that the delict of defamation is adapted to serve the needs of both the creditworthy person and the user of credit information.

In this article those South African defamation cases where in fact the creditworthiness of persons was impaired, are analysed in order to ascertain the legal principles for liability. In various cases the legal interest prejudiced has been identified either as the *fama* or good name of a person, or as his "credit" (especially in those cases dealing with the wrongful dishonour of a client's cheque by a bank in spite of sufficient funds). Presently an impairment of credit is redressed by an action for defamation.

The following requirements must be met before a plaintiff can succeed with an action for damages based on the impairment of his credit or creditworthiness:

- (a) Irrespective of whether he is a merchant or not, he must prove that there was an allegation or action which negatively reflects on his ability or willingness to pay his debts;
- (b) he must prove that the information supplied was incorrect or otherwise unlawful and was made intentionally or at the least negligently (especially where the impairment results from the wrongful dishonour of his cheque); and
- (c) he must prove that he suffered impairment of his credit in as much as it detrimentally affected his business by virtue of direct or potential loss of profit.

Finally, it seems clear that by awarding patrimonial damages, the courts have paid lip service to the requirements of the *actio iniuriarum*. It also appears that the broad principles of the *actio iniuriarum* are insufficient to deal effectively with those cases where the credit of a person is impaired.

## 1 INLEIDING

In 'n voorafgaande artikel<sup>1</sup> is aangedui dat die Suid-Afrikaanse regsbeskouing van kredietwaardigheid van die feitelike werklikheid afwyk en dat dié beskouing tot onbillike resultate en inkonsekwensies kan lei. In hierdie artikel word nagevors hoe ons reg kredietwaardigheid beskerm, en meer bepaald welke regs-beginsels toegepas word wanneer daar 'n aantasting van kredietwaardigheid ter sprake is.

---

1 1992 *THRHR* 19 – 34.

## 2 POSITIEWE REG

### 2 1 Algemeen

Lastereise wat na aanleiding van die aantasting van kredietwaardigheid ingestel is, het op verskeie geleenthede in ons regspraak voorgekom.<sup>2</sup> Hieruit kan die beginsels afgelei word wat ter sprake is wanneer 'n persoon se kredietwaardigheid aangetas word.

### 2 2 Regspraak

#### 2 2 1 Aantastings wat uit bewerings volg

Mededelings dat 'n persoon insolvent is<sup>3</sup> en nie sy skuld kan betaal nie,<sup>4</sup> of gewoonlik nie sy skuld betaal nie,<sup>5</sup> of nie sy skuld sonder die neem van geregtelike stappe betaal nie,<sup>6</sup> of dat 'n voorlopige vonnis teen 'n handelaar toegeestaan is,<sup>7</sup> word gewoonlik as lasterlik, en dus uitdruklik of by implikasie as 'n aantasting van sy *fama* geag.<sup>8</sup>

In *Kritzinger v Perskor*<sup>9</sup> kom regter Flemming tot die volgende slotsom:

"1. Die uitgangspunt by laster is dat dit gaan om die skending van die benadeelde se *fama*; sy aansien of agting in die oë van 'n ander. Soos 'n geslypte diamant het die *fama* vele fasette wat saam die beeld na buite bepaal. Beskadiging van enige faset het die potensiaal om 'n verminderde agting van die aanskouer vir die beeld na buite te veroorsaak en 'n lasteraksie te regverdig. 'n Lasteraksie behoort dan ook beskikbaar te wees wanneer verminderde agting veroorsaak word deur middel van 'n *refleksie op die kredietreputasie as 'n faset van die fama*. Volgens algemene beginsels is daar geen rede waarom so 'n benadering net geld vir iemand wat 'n bepaalde beroep beklee nie. . . 4. Terwyl die voorgaande regspraak nie afskilfering van die kredietreputasie as 'n afsonderlike regsgoed toon nie, is daar geen behoefte aan of regverdiging vir die opsplitsing van die *fama* nie. *Die eindvraag bly of die fama geskend is.*"

2 Vgl oa *Piering v Bridger* 1884 CLJ 289; *Conroy v Bennett* 1886 HCG 201; *Pickard v SA Trade Protection Society* 1905 22 SC 89; *Coomer v Moorosi* 1936 EDL 233; *Haine v De Nederlandsche Bank* 1924 WLD 139; *Van Vliet's Collection Agency v Schreuder* 1939 TPD 265; *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 760 (T); *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O); *Suttonmere v Hills* 1982 2 SA 74 (N).

3 Om te beweer dat 'n persoon insolvent is, kan in bepaalde omstandighede volgens *Borkum v Cline* 1959 2 SA 670 (N) lasterlik wees afhange van die oorsaak van die insolvensie. As die bewering inhou dat die insolvensie as gevolg van oneerlikheid teweeggebring is, is dit lasterlik; anders nie.

4 Volgens *Conroy v Bennett* 1886 HCG 201 bevat dié bewering 'n lasterlike *innuendo* – die aangetaste belang word dus as die reputasie van die eiser aangemerkt. In die *Haine*-saak 1924 WLD 139 149 word die onderhawige bewering as 'n inbreukmaking op die persoon se *business reputation* gesien.

5 Die hof bevind in *Coomer v Moorosi* 1936 EDL 233 dat die *fama* van 'n persoon in so 'n geval aangetas word.

6 In *Van Vliet's Collection Agency v Schreuder* 1939 TPD 265 gee die hof nie 'n duidelike aanduiding van die betrokke aangetaste belang nie, maar uit die uitspraak kan afgelei word dat die *fama* van die eiser aangetas was.

7 Die hof bevind in *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 760 (T) dat dié bewering lasterlik is; die belang wat aangetas word, is die *fama* waarin ook die handelsreputasie en kredietwaardigheid opgesluit is.

8 In *Pickard v SA Trade Protection Society* 1905 SC 89 92 maak die hof nietemin 'n onderskeid tussen "credit" en "reputation": "The plaintiff seeks to recover damages from the defendants by reason of a false injurious statement contained in their paper reflecting upon the credit of the plaintiff as a trader . . . I am of the opinion, upon the authorities which have been cited, that when a trader's credit is affected by a false statement of the nature in question, he is entitled by the injury to general damages, and in the absence of proof of special damages, the plaintiff is entitled to some damages."

9 1981 2 SA 373 (O) 384; my kursivering.



### 2 2 2 Aantastings wat volg uit die verkeerdelike ontering van tjeks

Indien die sake ontleed word wat oor die verkeerdelike ontering van tjeks handel, is dit duidelik dat die *fama* deurgaans as die aangetaste belang beskou en dat die gestelde vereiste dat slegs 'n handelaar in so 'n geval 'n eis het, soms verontagsaam word.<sup>10</sup> In sommige van hierdie sake word kredietwaardigheid as 'n afsonderlike maar onuitgekende belang gesien:

"The second question to be considered is whether the defendant is entitled to general damages for *injury done to his credit*. In my view whenever it can be established that the occupation of a person is such that credit is an essential element in the conduct of his business, a bank who injures *his credit* by refusing to honour cheques when funds are available, would be liable in damages without proof of actual loss."<sup>11</sup>

Skadevergoeding word dan op grond van "the loss sustained to his *business credit*" toegestaan.<sup>12</sup> Afgesien van die erkenning van kredietwaardigheid by implikasie, word ook ingesien dat kredietwaardigheid 'n vermoënsreg is:

"In regard to the alternative claim based on negligence, there is no case in which it has been held that such a claim will lie (see the discussion in Cowen in *The Law of Negotiable Instruments in South Africa*, 4 ed., pp 410 – 412). If there be such a claim, it would be in respect of the plaintiff's patrimony by reason of loss of business reputation or creditworthiness."<sup>13</sup>

## 3 TOEPASLIKE BEGINSELS BY 'N LASTERAKSIE GEGROND OP DIE AANTASTING VAN KREDIETWAARDIGHEID

### 3 1 Algemeen

Die vereistes vir die instel van 'n eis gegrond op die aantasting van kredietwaardigheid kan uit die regspraak afgelei word. Hierdie vereistes word onder die volgende hoofde bespreek: *locus standi*, die inbreukmakingshandeling, skuld, die onregmatigheidsvereiste, die regverdigingsgronde, skade en kousaliteit.

### 3 2 *Locus standi*

By die verkeerdelike ontering van tjeks word gewoonlik die vereiste gestel dat die eiser 'n handelaar moet wees voordat hy skadevergoeding kan vorder op grond van die aantasting van sy kredietwaardigheid.<sup>14</sup> Die *ratio* vir hierdie vereiste is Engelsregtelik van oorsprong en hou in dat solvensie 'n wesenselement van 'n handelaar se voortbestaan en vooruitgang is. 'n Bewering wat aandui dat hy nie kan of wil betaal nie, is 'n aanval op 'n "necessary part of his trading equipment" en veroorsaak dat so 'n bewering (van onwilligheid of onvermoë) *per se* lasterlik is.<sup>15</sup> 'n Verdere verklaring vir die grondslag van hierdie

10 Vgl *Haine v Nederlandsche Bank* 1924 WLD 139; *Witbank Coal Agency v Barclays Bank* 1927 TPD 18; *Barclays Bank v Giles* 1930 TPD 31; *Leon v Natal Bank* 1889 NLR 276; *Freeman v Standard Bank* 1904 TS 26; *Goldsmith v Bank of Africa* 1882 1 HCG 53; *Hodges v Standard Bank* 1916 TPD 91; *Trust Bank v Marques* 1968 2 SA 796 (T).

11 *Barclays Bank v Giles* 1930 TPD 18 34 36 37; my kursivering.

12 *Idem* 37; my kursivering.

13 *Trust Bank v Marques* 1968 2 SA 796 (T) 799.

14 *Sien Trust Bank v Marques* 1968 2 SA 796 (T); *Van Aswegen v Volkskas* 1960 3 SA 81 (T); *Klopper v Volkskas* 1963 2 SA 421 (T); *Van der Merwe* 1964 THRHR 310; *Bekker Die aanspreeklikheid van 'n bank vir die verkeerdelike dishonorerings van 'n kliënt se tjek* (LLM-verhandeling US 1976) 87. Die grondslag van hierdie vereiste skyn Engelsregtelik te wees: sien *Klopper Die beskerming van kredietwaardigheid in die Suid-Afrikaanse reg* (LLD-proefskrif UOVS 1986) (aangehaal as *Klopper*) 45 ev.

15 *Lewis Gatley on libel and slander* (1981) 91.

reël is dat kleinhandelskrediet die enigste soort krediet is wat algemeen bekend was toe hierdie reël sy beslag gekry het.<sup>16</sup>

Of 'n nie-handelaar ook 'n eis vir die aantasting van sy kredietwaardigheid sal hê, is 'n ope vraag – veral waar dit om die verkeerdlike ontoring van sy tjek deur sy bank gaan.<sup>17</sup> Indien die wydverspreide gebruik van verbruikerskrediet asook regter Flemming se standpunt in *Kritzinger v Perskor*<sup>18</sup> in ag geneem word, is die gevolgtrekking byna onafwendbaar dat ook so 'n persoon 'n eis sal hê mits hy natuurlik al die aanspreeklikheidsvereistes bevredig.<sup>19</sup>

### 3 3 Die inbreukmakingshandeling by kredietwaardigheid

Die handeling by die inbreukmaking op die kredietwaardigheid van 'n persoon is – op grond van die sake wat hierbo bespreek is – gewoonlik 'n bewering of sinspeling met die strekking dat 'n persoon (en in sommige gevalle slegs 'n handelaar) nie in staat is nie of onwillig is om sy geldelike verpligtinge na te kom.<sup>20</sup> Voorbeelde van handelinge wat die kredietwaardigheid van 'n persoon aantast, is die publikasie van (vals) bewerings of inligting wat aantoon, beweer of die strekking het dat:

- 'n persoon gewoonlik nie sy skuld betaal nie;<sup>21</sup>
- 'n persoon byvoorbeeld weens insolvensie of 'n gebrek aan fondse<sup>22</sup> nie in staat is om sy geldelike verpligtinge teenoor sy skuldeisers na te kom nie;
- geregtelike invorderingsprosedures teen 'n persoon ingestel is. In so 'n geval is daar gewoonlik 'n *innuendo* dat die benadeelde nie sy skuld wil of kan betaal nie. Waar nie-handelaars betrokke is, dui so 'n berig op die oneerlikheid van die benadeelde.<sup>23</sup>

### 3 4 Onregmatigheid by die aantasting van kredietwaardigheid

#### 3 4 1 Algemeen

Die onregmatigheid van die handeling wat die kredietwaardigheid van 'n persoon aantast, moet volgens die regspraak en heersende opvattinge oor kredietwaardigheid noodwendig geleë wees in die feit dat so 'n handeling volgens die *boni mores* 'n onredelike bewering is wat die persoon se aansien in die oë van die gemeenskap in die algemeen verlaag.

In die vroeë beslissings oor kredietwaardigheid wat in hoofsaak op Engelsregtelike beginsels geskoei is, is hierdie vereiste nie bewustelik toegepas nie.<sup>24</sup>

16 *Ibid.*

17 Sien oa *Van Heerden v Paetzold* 1917 CPD 221; De Villiers *The Roman and Roman-Dutch law of injuries* (1899) 93; *Borkum v Cline* 1959 2 SA 67 (N); *contra Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O) 385H; *Suttonmere v Hills* 1982 2 SA 74 (N).

18 1981 2 SA 373 (O).

19 *Idem* 385H asook *Masters v Central News Agency* 1936 CPD 388; *Klopper op cit* 10 ev.

20 Sien die sake in vn 2 *supra* vermeld.

21 Sien *Piering v Bridger* 1884 CLJ 289; *Conroy v Bennett* 1886 HCG 201; *Coomer v Moorosi* 1936 EDL; *Channing v SA Financial Gazette* 1966 3 SA 470 (W); *Van Vliet's Collection Agency v Schreuder* 1939 TPD 265; *Daubermann v Blumenfeld* 1934 NPD 314.

22 *Ibid*; *Borkum v Cline* 1959 2 SA 670 (N).

23 Sien *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 760 (T); *Pickard v SA Trade Protection Society* 1905 SC 89; *Suttonmere v Hills* 1982 2 SA 74 (N).

24 Vgl *Conroy v Bennett* 1886 HCG 201; *Pickard v SA Trade Protection Society* 1905 SC 89.

Die inbreukmakingshandeling op kredietwaardigheid bestaan gewoonlik uit twee soorte bewerings. Die een slaan op die *vermoë* van 'n persoon om te kan betaal en die ander op sy *wil* om te betaal. Hierdie toedrag van sake moet voor oë gehou word ten einde die onregmatigheidsvereiste sinvol te kan ondersoek.<sup>25</sup>

### 3 4 2 Gebrek aan vermoë om te kan betaal

Bewerings dat 'n persoon nie kan betaal nie was in verskeie sake die grondslag van eise vir die aantasting van kredietwaardigheid.<sup>26</sup> By die ontleding van hierdie gevalle blyk dit egter dat sodanige bewering nie altyd deur die howe as lasterlik beskou word nie en dat daar derhalwe geen vaste beginsel af te lei is nie.<sup>27</sup>

In die *Haine*-saak<sup>28</sup> word bevind dat 'n bewering dat daar geen fondse voorhande is nie, onregmatig is as die bewering onjuis is. Die volgende vertolking word aan die verkeerdlike ontering van die eiser se tjek en die endossement "not provided for" geheg:

"It seems to me that ordinarily the words are capable of conveying and that they were intended to convey one meaning only, viz that the acceptor of the bills had been asked to pay the bills and had failed to do so. To the ordinary intelligence the further inference is obvious that the acceptor had failed to make provision because he was not in a financial position to do so, and that he was therefore obliged to dishonour the bills."

Mettertyd word die onregmatigheid van die handeling van die verkeerdlike ontering van tjeks getransponeer op die lasterlikheid al dan nie van die woorde wat op die tjek aangebring is en wat aandui dat dit nie uitbetaal sal word nie.<sup>29</sup> Die gevolg hiervan is dat mettertyd aanvaar word dat die verkeerdlike en daarom onregmatige ontering van 'n tjek meebring dat die woorde wat sodanige ontering op 'n tjek aandui, op sigself lasterlik en onregmatig is. In die sake wat op die *Haine*-saak<sup>30</sup> gevolg het, word die *ratio* vir die gevolgtrekking dat die endossement lasterlik is, nie nagevolg nie.<sup>31</sup> 'n Verklaring van hierdie verskynsel kan wees dat die howe veral in die geval van handelaars onbewustelik die "kredietwaardigheid" van die eiser wou beskerm en daarom die ontering van 'n tjek op hierdie wyse as onregmatig teenoor die kliënt van 'n bank beskou het.

Indien aanvaar word dat die onregmatigheid van die kredietwaardigheidskende handeling geleë is in die bewering dat 'n persoon nie kan betaal nie, moet bepaal word of sodanige bewering inderdaad objektief vatbaar is vir die vertolking dat die onvermoë om te betaal lasterlik en onregmatig is. Hierdie aspek is in twee sake<sup>32</sup> oorweeg; die beginsel daarin vervat is dat 'n bewering van onvermoë nie net vir 'n negatiewe vertolking vatbaar is nie.<sup>33</sup> In die lig van die

25 Sien Klopper *op cit* 212 ev.

26 Vgl oa *Conroy v Bennett* 1886 HCG 201; *Haine v De Nederlandsche Bank* 1924 WLD 139; *Barclays Bank v Giles* 1930 TPD 31; *Witbank Coal Agency v Barclays Bank* 1927 TPD 18; *Trust Bank v Marques* 1968 2 SA 796 (T); *Van Aswegen v Volkskas* 1960 3 SA 81 (T); *Klopper v Volkskas* 1963 2 SA 421 (T); *Borkum v Cline* 1959 2 SA 670 (N); *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O).

27 *Ibid.*

28 1924 WLD 139.

29 Sien die sake in vn 26 *supra* vermeld.

30 1924 WLD 139.

31 Vgl vn 26 *supra*.

32 Sien *Borkum v Cline* 1959 2 SA 670 (N); *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O).

33 Sien *Borkum v Cline idem* 676E: "Businesses which have been flourishing have, not at all infrequently, been known to have become grievously insolvent without dishonesty or incompetence of their owners."



*Kritzinger*-saak<sup>34</sup> is dit in elk geval te betwyfel of 'n blote bewering van onvermoë om te kan betaal, as onregmatig beskou kan word:

“Waar geen bykomende omstandighede gepleit of bewys is ten aansien van 'n kommunikasie met daardie inhoud nie, soos in hierdie geval die posisie is, meen ek dat die redelike leser se eienskap van ewewigtigheid hom sal weerhou van die konklusie dat daar wanadministrasie aan die kant van die eiser was. Die redelike leek sal bewys wees daarvan dat likwidasie en sekwestrasie soms die resultate is van onbeheerbare of van beheerbare faktore, vir die nie-uitskakeling waarvan die nie-betrokkene nie in die agting sal daal nie, soos by verswakte koopkrag van klante of borgstelling vir andere. 'n Bewering van sekwestrasie of likwidasie vermeld 'n gebeurtenis wat òf vergesel was van swak administrasie òf vry daarvan was. Die ewewigtige leser sal nie sonder meer juis die slegste glo om aldus 'n lasterlike betekenis raak te sien wat ten beste 'n ongenoemde onmoontlikheid is nie . . . Of 'n refleksie op 'n persoon se finansies inderdaad 'n ander se agting verminder bly egter 'n feitelike vraag. Wat daardie vraag betref onderskryf ek die bedenking in die *Masters*-saak [*Masters v Central News Agency* 1936 CPD 338] *supra* dat dit *per se* lasterlik is om te sê dat 'n persoon arm is. Ek aanvaar graag dat die regdenkende mens nie sy agting vir 'n ander gradeer volgens die omvang van 'n ander se besittings nie, en dat iets byverstaan moet word, in regstaal 'n lasterlike *innuendo* van die een of ander aard, voordat laster aanwesig is.”

Daar kan dus met redelike veiligheid aanvaar word dat 'n bewering ten opsigte van finansiële onvermoë, behalwe in die geval van die verkeerdelike ontering van tjeks, slegs lasterlik en onregmatig sal wees indien die een of ander ongunstige bewering van morele oneerlikheid aan die kant van die eiser aanwesig is. In die *Bridger*-saak<sup>35</sup> word hierdie beginsel aanvaar maar daar word bevind dat die eiser se eis weens die afwesigheid van *animus iniuriandi* nie kan slaag nie. Om verkeerdelik te beweer dat vonnis teen 'n persoon toegestaan is, is volgens die *Pickard*-saak lasterlik en onregmatig omdat dit “injuriously reflect[s] upon the credit of the plaintiff as a trader”.<sup>36</sup> Geen aandag word egter gegee aan die vraag of so 'n bewering *per se* lasterlik is en of die bewering vatbaar is vir gunstige vertolkings soos in *Borkum v Cline*<sup>37</sup> en *Kritzinger v Perskor*<sup>38</sup> nie. Die beginsel van 'n *innuendo* soos in hierdie saak gestel word, word ook nie raakgesien nie en die hof bevind dat aantasting van 'n handelaar se kredietwaardigheid voldoende is om die onregmatigheidselement te bevredig.<sup>39</sup>

Die lasterlikheid van 'n bewering van onwilligheid om te betaal, is in *Daubermann v Blumenfield*<sup>40</sup> in twyfel getrek. So 'n bewering sal slegs lasterlik kan wees as 'n ongunstige *innuendo* daaraan gekoppel kan word.<sup>41</sup> In *Coomer v Moorosi*<sup>42</sup> bevind die hof dat 'n bewering van onwilligheid om te betaal gewoonlik laster sal uitmaak, maar dat die wyse van publikasie van die bewering in die omstandighede nie onregmatig was nie.<sup>43</sup> In die *Van Vliet*-saak<sup>44</sup>

34 1981 2 SA 373 (O) 377H 378A 386B – C.

35 Sien *Piering v Bridger* 1884 CLJ 289.

36 Sien *Pickard v SA Trade Protection Society* 1905 22 SC 89.

37 1959 2 SA 670 (N).

38 1981 2 SA 373 (O).

39 Trouens, die argument van die eiser steun op die Engelsregtelike beginsel dat dit *per se* lasterlik is om te beweer dat 'n handelaar nie sy verpligtinge nakom nie en dit is ook die stilswyende *ratio* vir die uiteindelijke uitspraak (*Pickard*-saak 1905 22 SC 89 92).

40 1934 AD 314.

41 Die saak is in eksepsie beslis en derhalwe was dit nie vir die hof nodig om breedvoerig oor hierdie aspek uit te wei nie.

42 1936 EDL 233.

43 *Idem* 235: “A general statement to the effect that a man is not in the habit of paying his lawful debts would, of course, be defamatory without any doubt whatsoever.”

44 *Van Vliet's Collection Agency v Schreuder* 1939 TPD 265.

word die bewering dat vonnis teen 'n persoon toegestaan word, gekoppel aan die *innuendo* dat hy nie sy skuld betaal totdat daar geregtelike stappe teen hom geneem word nie. Die appèl slaag op grond van die afwesigheid van publikasie; dit was dus nie vir die hof nodig om hom oor die gestelde *innuendo* uit te spreek nie. In *Smith v Lawrence*<sup>45</sup> word bevind dat die bewering dat daar vonnis teen 'n persoon toegestaan is, nie *per se* lasterlik is nie, maar dat so 'n bewering vatbaar kan wees vir 'n lasterlike vertolking.<sup>46</sup> Hierdie beginsel word in *Payn v Bowles*<sup>47</sup> aanvaar en daar word bevind dat dit nie *per se* lasterlik is om te beweer dat lasbriewe vir eksekusie teen 'n persoon uitgereik is nie. Dit kan egter die *innuendo* daarstel dat 'n persoon nie sy verpligtinge teenoor sy skuldeisers nakom voordat daar lasbriewe vir eksekusie uitgereik word nie.<sup>48</sup>

In *Informa Confidential Reports v Abro*<sup>49</sup> word die onregmatigheid al dan nie van 'n foutiewe bewering dat voorlopige vonnis teen die eiser aangeteken is, nie oorweeg nie aangesien die hof hoofsaaklik op die regverdigingsgrond bevoorregte geleentheid gekonsentreer het. Die hof bevind met 'n beroep op De Villiers<sup>50</sup> dat dit lasterlik is om enigiets nadeligs van 'n handelaar te beweer wat sy krediet en sakereputasie aantast.<sup>51</sup> Die hof skenk ook geen aandag aan die vereiste dat die verlaging van aansien in die oë van die gemeenskap as 'n geheel moet geskied nie.<sup>52</sup> Die hof aanvaar die beginsel van die nie-lasterlikheid

45 1929 NPD 132.

46 Na aanleiding van *Stubbs v Russel* 1913 AC 386.

47 1933 NPD 501.

48 *Idem* 503. In hierdie saak het die geregsbode in 'n brief aan een van die prokureurs wat namens 'n skuldeiser van die eiseres opgetree het, geskryf dat die enigste wyse waarop die skuld verhaal sal kan word, deur die uitreiking van 'n lasbrief vir eksekusie sal wees.

49 1975 2 SA 760 (T).

50 *Op cit* 93. De Villiers grond hierdie stelling op Huber *Praelectionum* 47 10 1: "Alius a mercatore quodam in solutum nummos, ut ajebat, improbos acceperat, etsi non proberat. Habens in manu ejusmodi nummos, in coetu dixerat, tale nummos cudit ille; quicumque quasi falsae monetae causae insimulatus ageret, non auditus est, ante ferias natalit. 1679. Sed probans quod alter adjecerat, quatenus Creditores ad ipsum accederent, solitum esse abscondere se in penuario; cum ad hoc ad fidem mercatoris minuendam spectaret, obtinuit, eadem feria." Dit kan soos volg vertaal word: "Wanneer iemand van 'n handelaar beweer dat hy vervalste geld ter betaling gee, alhoewel hy dit nie bewys het nie, terwyl die beweerder in sy hand sulke geld gehad het wat laasgenoemde self gegiet het, en hy het in 'n vergadering gepraat, is hy nie aangehoor nie toe hy daarna 'n aksie ingestel het en die handelaar daarvan beskuldig het dat hy geld vervals het. Die posisie is anders as iemand bewys het dat 'n ander gesê het dat telkens wanneer sy skuldeisers hom nader, hy gewoon is om hom in armoede te verberg; aangesien dit betrekking het op die *vermindering van trou* van 'n handelaar, het hy geslaag." Hierdie teks steun De Villiers se standpunt nie ongekwalifiseerd nie. Die teks verwys nie deurgaans na 'n handelaar nie en is vatbaar vir die vertolking dat die persoon waarna Huber verwys, 'n gewone persoon is. Wat De Villiers skynbaar hier doen, is om die bestaande Engelsregtelike reël (dat dit lasterlik is om iets nadeligs van 'n handelaar te sê wat sy krediet of reputasie aantast) met hierdie teks as 'n Romeins-Hollandse regsreël te wil bevestig (sien Klopper *op cit* 184).

51 763.

52 Sien *Mavromatis v Douglas* 1971 2 SA 520 (R); Amerasinghe *Aspects of the actio iniuriarum in Roman-Dutch law* (1968); McKerron *The law of delict* (1968) 178; Ranchod *Foundations of the SA law of defamation* (1972) 160; Burchell *The law of defamation in South Africa* (1985) 143; *Buthelezi v Poorter* 1975 4 SA 608 (W) 614G.

van soortgelyke bewerings van onvermoë om te betaal soos in *Borkum v Cline*<sup>53</sup> geformuleer word, maar bevind nogtans dat daar laster gepleeg is.<sup>54</sup>

Die hof aanvaar in *Suttonmere v Hills*<sup>55</sup> sonder bewuste oorweging van die onregmatigheidsvereiste dat 'n korrekte berig oor 'n vonnis wat op grond van onverskuldigde huurgeld verkry is, lasterlik en onregmatig is.<sup>56</sup>

### 3 4 3 Regverdigingsgronde: bevoorregte geleentheid

Waar daar kredietwaardigheidskennende bewerings gemaak was, is daar telkens deur verweerders aangevoer dat die bewering tydens 'n bevoorregte geleentheid geskied het.<sup>57</sup> Die beroep op bevoorregte geleentheid het veral in twee gevalle ontstaan. Eerstens waar 'n kredietburo oor die toestaan van (verstek-) vonnisse berig het en tweedens waar ander persone oor die kredietwaardigheid van 'n ander kommentaar gelewer het.<sup>58</sup>

In die *Morar*-, *Pickard*- en *Informa*-saak<sup>59</sup> het die verweerders hulle daarop beroep dat daar 'n plig op hulle gerus het om die gewraakte bewering te maak. Die verweerders was in al hierdie gevalle hoofsaaklik kredietburo's wat volgens hulle 'n kontraktuele verpligting en daarom 'n regsplig gehad het om die inligting te verstrek. Die inligting is boonop aan persone bekendgemaak wat 'n ooreenstemmende belang gehad het om die inligting te ontvang.<sup>60</sup> Hierdie beroep op bevoorregte geleentheid word verwerp. In die *Pickard*-saak word daar vir die verwerping van die verweer op Amerikaanse gesag gesteun. Die *ratio* van die Amerikaanse beslissing is dat bevoorregting nie geld waar die inligting aan nie-belanghebbendes bekendgemaak word nie, en volgens die feite was dit nie die geval in die *Pickard*-saak nie. In die lig van die *Pickard*-saak is die verweer egter ook nie in die *Informa*-saak gehandhaaf nie.<sup>61</sup> Hierteenoor staan *Morar*

53 1959 2 SA 670 (N) 674H – 675A: “[T]hat fact [dat 'n persoon die insolvensie van 'n onderneming veroorsaak het], by itself, cannot, in my view, be regarded as calculated to lower him in the estimation of right-thinking members of society generally”; en: “Businesses which have been flourishing have, not at all infrequently, been known to have become grievously insolvent without dishonesty or incompetence of their owners” (676).

54 “That damage may result when an imputation of financial instability is made in respect of a person carrying on business is so obvious that it has become presumed, and, thus to be held that the imputation is actionable without proof of actual damage” (763D).

55 1982 2 SA 74 (N).

56 “The position is therefore that a defamatory statement had been published as a result of the second defendant’s negligence” (78C).

57 Vgl *Pickard v Trade Protection Society* 1905 22 SC 89; *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 760 (T); *Morar v Cassojee* 1911 EDL 171; *Nathanson v Doherty* 1914 TPD 453.

58 *Ibid.*

59 *Supra* vn 57.

60 Vgl *Pickard v SA Trade Protection Society* 1905 22 SC 89: “They issue the paper to their subscribers, and the object in collecting and publishing this information is to keep subscribers, who may be taken also generally as traders, informed of the position of traders and other dealers throughout the country, to enable them to protect themselves against dealing with persons of doubtful credit.” Sien ook *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 760 (T) 761: “The brochure is supplied to subscribers, and it is marked ‘Copyright. For use by subscribers only’. The subscribers pay a subscription fee and the defendant in its plea and the evidence of its managing director took up the attitude that it had a contractual duty to publish the information it did and that the subscribers had an interest in receiving it. There are about 600 subscribers to this particular brochure.”

61 Oor die Amerikaanse posisie tov bevoorregte geleentheid en kredietverslae, sien Klopper *op cit* 59. Sien ook Van Reenen R se uitspraak in die *Informa*-saak 1975 2 SA 760 (T) 763A – E.



v *Cassoojee*:<sup>62</sup> 'n Handelaar het in die *bona fide* waan verkeer dat hy korrekte inligting verskaf het aan 'n ander handelaar ten opsigte van 'n gemeenskaplike skuldenaar. Die hof bevind dat die geleentheid wel bevoorreg was en dat die verweer slaag. Die bevoorregte geleentheid is naamlik daarin geleë dat die verweerder

“justified [moet wees] in stating what he believed to be the truth regarding the financial position of a person in regard to whose solvency both Brown and himself were mutually interested”.<sup>63</sup>

Om te slaag met 'n beroep op bevoorregte geleentheid waar die bewering op 'n verslag van hofverrigtinge gegrond is, moet die verslag oor die hofverrigtinge 'n ware weergawe daarvan wees.<sup>64</sup>

### 3 5 Die skuldvereiste by die aantasting van kredietwaardigheid

Die gewysdes weerspieël in die algemeen die praktykverskynsel dat die aantasting van kredietwaardigheid selde of ooit opsetlik geskied.<sup>65</sup> Dit is dus eienaardig dat die eisers tog met hulle eise slaag aangesien vir 'n suksesvolle lastereis *animus iniuriandi* vereis word. Dit geld veral daardie sake wat beslis is nadat die opsetsvereiste van *animus iniuriandi* in ons reg bevestig is.<sup>66</sup> Vreemd genoeg gee die hof in die *Informa*-saak weinig aandag aan hierdie vereiste. Dit is hoofsaaklik toe te skryf aan die feit dat die hof die onregmatigheidsvereiste met die skuldelemte verwar:<sup>67</sup>

“We must therefore, look at the facts in this case and objectively judge whether the defendant intended to defame the plaintiff or not. The only possible basis on which a person in the position of the defendant can justify his actions is that they are reports of judicial proceedings. But there the attempted justification fails in this case since the report was not factually correct.”

Die opsetsvereiste is in die *Suttonmere*-saak<sup>68</sup> gehandhaaf, maar het waarskynlik weens die skuldlose aanspreeklikheid van die media vir lastereise nie in *Kritzinger v Perskor*<sup>69</sup> aandag geniet nie. Die *Borkum*-saak<sup>70</sup> is in eksepsie beslis en in *Channing v SA Financial Gazette*<sup>71</sup> merk regter Colman ten aansien van *animus iniuriandi* soos volg op:<sup>72</sup>

“The plea alleged an absence of *animus iniuriandi*. But it does not allege such facts as, in terms of *Nydoo en ander v Vengtas* 1965 (1) SA 1 (AD), must be pleaded in conjunction with the absence of *animus iniuriandi* in order to raise a defence. Nor

62 1911 EDL 171.

63 *Idem* 200; sien ook *Nathanson v Doherty* 1914 TPD 453.

64 Sien *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 760 (T) 762 763; *Pickard v SA Trade Protection Society* 1905 22 SC 89.

65 Sien *Pickard v SA Trade Protection Society* 1905 22 SC 89; *Haine v De Nederlandsche Bank* 1924 WLD 139; *Van Vliet's Collection Agency v Schreuder* 1939 TPD 265; *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 760 (T); *Suttonmere v Hills* 1982 2 SA 74 (N); *Morar v Cassoojee* 1911 EDL 171.

66 Sien Neethling *Persoonlikheidsreg* (1991) 160-163; Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 430; Klopper *Mediareg* (1987) 270; *Ranchod op cit* 141; veral Burchell *op cit* 189.

67 Sien *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 760 (T) 764; Visser 1982 *THRHR* 172.

68 *Suttonmere v Hills* 1982 2 SA 74 (N) 78; *Piering v Bridger* 1884 CLJ 289; *Nathanson v Doherty* 1914 TPD 453.

69 1981 2 SA 373 (O).

70 *Borkum v Cline* 1959 2 SA 670 (N).

71 1966 3 SA 477 (W).

72 *Ibid.*

were such facts proved and that, no doubt, was why counsel for the defence did not base any argument on the absence of *animus iniuriandi* as a separate defence.”

Om derhalwe met ’n lastereis gegrond op die aantasting van kredietwaardigheid te kan slaag, moet minstens nalatigheid bewys word alhoewel *animus iniuriandi* in die lig van die huidige stand van die reg ’n vaste vereiste is.<sup>73</sup>

### 3 6 Skade of persoonlikheidsnadeel

#### 3 6 1 Die aard van die aksie

Genoegdoening (soms as “skadevergoeding” aangedui) is deur die houe toegeken in vele gevalle waar kredietwaardigheid aangetas is, afhange van die belasterde, of dan kredietwaardigheidsbenadeelde, ’n handelaar was of nie.<sup>74</sup>

Wat is dan die toepaslike toekenning? Is dit genoegdoening of skadevergoeding? Hierby moet in gedagte gehou word dat wanneer vermoenskade uit die aantasting van ’n persoonlikheidsbelang (waarvan kredietwaardigheid volgens die regspraak deel is) voortvloei, daar volgens die heersende opvatting met die *actio legis Aquiliae* opgetree moet word.<sup>75</sup> Hierdie beginsel word egter in die meeste kredietsake nie gevolg nie. In verskeie van die gewysdes waar dit in hoofsaak oor die aantasting van kredietwaardigheid gehandel het, is skadevergoeding (waarskynlik weens Engelsregtelike invloed) weens die nalatige aantasting van die *fama* toegeken.<sup>76</sup> Omdat dit oënskynlik dus om die nalatige aantasting van ’n persoonlikheidsbelang met vermoënsregtelike gevolge gaan, is dit duidelik dat die feite van hierdie sake nie die aanspreeklikheidsvereistes van die *actio iniuriarum* pas nie. Dit is eerder feite wat ingevolge die beginsels van die *actio legis Aquiliae* bereg behoort te word.<sup>77</sup>

Ter wille van begripshelderheid moet vasgestel word of die nadeel wat uit die aantasting van kredietwaardigheid volg vermoënsregtelik of persoonlikheidsregtelik van aard is. Daarna moet bepaal word wat die kriteria is wat die houe gebruik om die kwantum van “skadevergoeding” vas te stel.

#### 3 6 2 Die aard van die skade

In *Conroy v Bennett*<sup>78</sup> was die “skade” persoonlikheidsregtelik:

“The court dismissed the appeal with costs, holding that a Magistrate as a juror was justified in finding that the words had a defamatory meaning, as tending to *injure plaintiff's reputation*, and that the defendant had himself proved the existence of an *animus iniuriandi* when he admitted that the object of the advertisement was to make the persons whose names were thus published ashamed of themselves.”<sup>79</sup>

In die *Pickard*-saak<sup>80</sup> gebruik die hof die beginsels wat by die vasstelling van genoegdoening toepaslik is om ’n bedrag “algemene skade” vas te stel. So word

73 Sien Klopper *op cit* 200 203.

74 Sien die sake in vn 2 *supra* vermeld.

75 Van der Merwe en Olivier *op cit* 465; Klopper *Mediareg* 261; *ITC v UTC* 1955 2 SA 1 (W); *Moaki v Reckitt and Colman (Africa) Ltd* 1968 1 SA 702 (W); Bliss *Belediging in die SA reg* (1933) 195; Van der Merwe 1964 *THRHR* 310.

76 Daar word vir doeleindes van hierdie par aanvaar dat die *fama* en kredietwaardigheid een en dieselfde begrip is.

77 Sien Klopper *op cit* 225 vn 81 227 vn 123 125; Visser 1982 *THRHR* 173.

78 1886 HCG 202 204.

79 *Idem* 204; sien ook *Piering v Bridger* 1884 CLJ 289.

80 *Pickard v SA Trade Protection Society* 1905 22 SC 89 96.

die feit dat die verweerder nie alles in sy vermoë gedoen het om die foutiewe berig reg te stel nie en dat die verweerder met sy verweer volhard het, as skadeberekenningsfaktore in ag geneem. Desnieteenstaande die toepassing van hierdie beginsels, is dit steeds die kredietwaardigheid van die eiser wat hier op die spel was:<sup>81</sup>

“It is quite clear that his credit as a trader was injuriously affected to some extent, and the mere fact that the bank sent for him to ask for an evaluation was sufficient to show that a financial institution would have altered their course of dealings with him unless a satisfying explanation was made. I am of the opinion, upon the authorities which have been cited, that when a trader’s credit is affected by a false statement of the nature in question, he is entitled for the injury to general damages and in the absence of proof of special damages the plaintiff is entitled to some damages.”

Die hof hanteer in die *Haine*-saak<sup>82</sup> die kwessie van skade soos volg:<sup>83</sup>

“The only question remaining is that of damages. The plaintiff has not proved any special or direct damages, but he is clearly entitled to some compensation.”

In *Channing v SA Financial Gazette*<sup>84</sup> word aangetoon dat die gewraakte bewering ’n invloed op die sake- en persoonlike reputasie van die eiser gehad het.<sup>85</sup> Faktore soos die leserstal van die verweerder-publikasie, apologie deur en die houding van die verweerder word wel in ag geneem.<sup>86</sup> Omdat die hof tot die gevolgtrekking kom dat daar nie nadeel aan die eiser se sake-onderneming was nie, was genoegdoening en nie skadevergoeding nie, voorhande. Die aard van die skade blyk nie duidelik uit die *Informa*-saak<sup>87</sup> nie. Indien die gronde vir appèl in ag geneem word, skyn dit nie of die verhoorlanddros die beginsels vir die vasstelling van genoegdoening in ag geneem het nie.<sup>88</sup> Regter Flemming is in *Kritzinger v Perskor*<sup>89</sup> oortuig dat die aard van die skade persoonlikheidsregtelik is. So neem hy die omvang van publikasie, apologie, die eiser se aansien en verleentheid in ag wanneer hy die uiteindelijke genoegdoeningsbedrag beraam.<sup>90</sup> In *Suttonmere v Hills*<sup>91</sup> is ’n nie-handelaar se kredietwaardigheid aangetas. Dit was egter nie vir die hof nodig om oor skadevergoeding te beslis nie aangesien aanspreeklikheid weens die afwesigheid van *animus iniuriandi* ontbreek het. In die gevalle waar dit oor die verkeerdlike ontering van ’n persoon se tjeks gehandel het, blyk dit dat die howe, alhoewel die skade nie vasstelbaar was nie, ’n skatting gemaak het van die vermoënsregtelike verlies sonder om die tersaaklike faktore wat by die bepaling van genoegdoening ter sprake is, te oorweeg.<sup>92</sup>

81 *Idem* 97.

82 *Haine v Nederlandsche Bank voor Zuid-Afrika* 1924 WLD 139.

83 *Idem* 148.

84 1966 3 SA 470 (W).

85 *Idem* 477G – H 478.

86 *Idem* 477 478.

87 *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 761 (T).

88 Die verhoorhof het nie met die uitspraak van die landdros tav die skadevergoedingsbedrag ingemeng nie. Die gronde wat hier ter sprake is, is regstelling, apologie en die vorige likwidasië van die eiser se maatskappy: *idem*, 761 762.

89 1981 2 SA 373 (O).

90 *Idem* 389B – E, nav Burchell 1966 SALJ 477.

91 1982 2 SA 74 (N).

92 Sien Klopper *op cit* vn 125; *Freeman v Standard Bank* 1905 TH 26 34: “Ordinarily the improper dishonour of a cheque, especially in the case of a businessman, would involve serious liability, for it damages his credit and may do him an injury which is none the



Uit voorgaande kan die afleiding gemaak word dat alhoewel die aksie vir die skending van kredietwaardigheid "laster" genoem word, daar in die meerderheid van die sake skadevergoeding toegeken word sonder om die beginsels wat op die bepaling van genoegdoening van toepassing is, in ag te neem.

### 3 6 3 Die kwantum van skade

By die aantasting van kredietwaardigheid word daar soms na die moeilike berekenbaarheid van skade verwys.<sup>93</sup> In die meeste sake word 'n bedrag *ex aequo et bono* beraam, maar die grondslag vir die vasstelling van die besondere bedrag wat uiteindelik toegeken word, is nie duidelik nie.<sup>94</sup> Waar daar 'n duidelike aantasting van kredietwaardigheid was, neem die howe klaarblyklik die omsetsyfers en omvang van die verweerder se onderneming in ag wanneer hulle 'n skadevergoedingsbedrag bepaal.<sup>95</sup> In gevalle waar daar nie van die aantasting van kredietwaardigheid sprake was nie, word suiwer genoegdoening toegeken.<sup>96</sup>

Wanneer 'n persoon se kredietwaardigheid aangetas word, moet hy volgens die heersende regspraak dus vasstel of hy vermoënsbenadeling ondervind het. Indien wel, moet hy faktore aantoon wat die hof in staat sal stel om 'n billike bedrag vir die verlies van kredietwaardigheid te kan begroot.<sup>97</sup> Indien daar geen vermoënsbenadeling was nie, sal die "skadevergoeding" aan die hand van die bekende billikheidskriteria vasgestel moet word.<sup>98</sup>

### 3 7 Kousaliteit

Die enigste probleem met die element van kousaliteit ten aansien van die aantasting van kredietwaardigheid, sluit aan by die aanspreeklikheidsvereiste van

*vervolg van vorige bladsy*

less great because it cannot certainly be measured. But the consequences of a dishonour such as occurred in the present case, where payment of cheques was postponed rather than refused, seems to be far less grave, and the more so as they were honoured the following day. I must also bear in mind that the plaintiff was in quite a small way of business. On the whole I have come to the conclusion that if I fix the damages at £150-00 it will meet the justice of the case"; *Barclays Bank v Giles* 1931 TPD 31 35: "In my view whenever it can be established that the occupation of a person is such that credit is an essential element in the conduct of his business, a bank who injures his credit by refusing to honour cheques when funds are available, would be liable for damages without proof of actual loss"; *Van Aswegen v Volkskas* 1960 3 SA 81 (T) 88: "In die onderhawige geval het die eiser nie op 'n groot skaal besigheid gedryf nie, maar minstens tien tjeks is gedishonoreer en die bedrae is meestal klein. Daarby het die onverbiddelike houding van die Bank die posisie vererger. Aan die ander kant het die eiser ook tot die ongelukkige gebeurtenis bygedra deur sy versuim om persone van sy vertrek en veranderde werkkring te verwittig. Daar is ook getuienis deur die Bank dat hy voorheen tjeks uitgereik het sonder om vooraf voorsiening daarvoor te maak . . ." Die skade-aard en die omvang blyk egter nie uit die ander banksake nie. Die faktore van skadebepaling is in *Klopper v Volkskas* 1963 2 SA 421 (T) verkeerd toegepas. Sien Van der Merwe 1964 *THRHR* 310 313.

93 Sien Visser 1982 *THRHR* 172.

94 Vgl *Conroy v Bennett* 1886 HCG 201; *Pickard v SA Trade Protection Society* 1905 22 SC 89; *Haine v De Nederlandsche Bank* 1924 WLD 134; *Informa Credit Reports v Abro* 1975 2 SA 760 (T).

95 Sien *Channing v SA Financial Gazette* 1966 3 SA 470 (W) 478F; *Van Aswegen v Volkskas* 1960 3 SA 81 (T) 88H; *Witbank Coal Agency v Barclays Bank* 1927 TPD 18 23.

96 Sien *Channing v SA Financial Gazette* 1966 3 SA 470 (W); *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O).

97 Faktore soos verlies van omset of wins, of die onttrekking van krediet deur kredietgewers.

98 Sien Burchell 1968 *SALJ* 477.

publikasie by laster. Hierdie probleem blyk veral uit die feite van *Suttonmere v Hills*.<sup>99</sup> In hierdie saak het die verhuurders van die eiseres se woonstel 'n vertekvonniss vir onverskuldigde agterstallige huurgelde teen die eiseres laat neem terwyl die eiseres onbewus daarvan was dat sy inderdaad gedagvaar is. Die toestaan van die vonnis is daarna uit die ampelike hofrekord deur 'n kredietburo gerapporteer. Die vraag is of daar 'n kousale verband tussen die publikasie van die vonnis en die oorspronklike onregmatige handeling was. Die hof is hieroor onseker.<sup>100</sup>

#### 4 SAMEVATTING EN GEVOLGTREKKING

Ten einde met 'n aksie vir die aantasting van sy kredietwaardigheid te slaag, moet 'n eiser in die lig van die voorgaande bewys dat:

- (a) ongeag die feit dat hy 'n handelaar is,<sup>101</sup> daar publikasie van inligting of 'n handeling was wat nadelig reflekteer op sy vermoë of gewilligheid om sy finansiële verpligtinge teenoor sy skuldeisers na te hom;
- (b) die verstrekte inligting vals was of dat die handeling andersins onregmatig was en dat so 'n publikasie opsetlik of minstens nalatig geskied het;
- (c) die bewering of handeling 'n nadelige invloed op sy vermoë gehad het deur óf 'n direkte verlies te bewerkstellig (in die vorm van verlore wins of inkomste) óf tot die verlies van vooruitgang of winspotensiaal gelei het.<sup>102</sup>

Dit is duidelik dat die howe hier onder die dekmantel van die *actio iniuriarum* skadevergoeding toestaan wat streng genome nie met so 'n aksie verhaal mag word nie; en dat die beginsels van die *actio iniuriarum* veral in die vroeëre sake nie nougeset nagevolg is by die aantasting van die kredietwaardigheid van 'n persoon nie.

Ten slotte wil dit voorkom of die *actio iniuriarum* óf nie in staat óf nie geskik is om kredietwaardigheid volledig en doeltreffend te beskerm nie.

(Word vervolg)

99 1982 2 SA 74 (N).

100 "[I]t is, for example not clear: . . . (b) on what basis liability for the publication in Knox Credit Records was being imputed to the defendants" (76B).

101 Sien *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O).

102 Sien *Channing v SA Financial Gazette* 1966 3 SA 470 (W); *Barclays Bank v Giles* 1931 TPD 31.

*In law as elsewhere the right answer usually depends on putting the right question (per Frankfurter J in Rogers Estate 320 US 410 413).*

# AANTEKENINGE

## DIE TOETS VIR DIE BESTAAN VAN 'N "ONAFHANKLIKE DELIK" IN DIE GEVAL VAN KONTRAKBREUK

Die vraag of kontrakbreuk ook deliktuele aanspreeklikheid teenoor die medekontraktant tot gevolg kan hê, het al dikwels in die Suid-Afrikaanse regspraak ter sprake gekom (vgl by *Wellworths Bazaars Ltd v Chandlers Ltd* 1948 3 SA 348 (W); *Bruce v Berman* 1963 3 SA 21 (T); *Mazibuko v Singer* 1979 3 SA 258 (W); *Rampal (Pty) Ltd v Brett, Wills and Partners* 1981 3 SA 360 (D); *Pockets Holdings (Pvt) Ltd v Lobel's Holdings (Pvt) Ltd* 1966 4 SA 238 (R); *Prima Toy Holdings (Pty) Ltd v Rosenberg* 1974 2 SA 477 (K)).

By twee geleenthede het die appèlhof hierdie vraag uitdruklik bevestigend beantwoord. In *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438 443 beslis hoofregter Innes dat nalatige optrede van 'n genesheer in stryd met sy kontraktuele verpligtinge teenoor 'n pasiënt "was actionable under the Aquilian procedure"; en in *Lillicrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers* 1985 1 SA 475 (A) 496 bevestig die meerderheid van die hof by monde van waarnemende appèlregter Grosskopf dat

"our law also acknowledges that the same facts may give rise to a claim for damages *ex delicto* as well as one *ex contractu*".

Die aanvaarding van hierdie beginsel word egter in die *Lillicrap*-saak (496H) gekwalifiseer: kontrakbreuk sal slegs deliktuele aanspreeklikheid teenoor 'n medekontraktant fundeer indien "the facts pleaded disclose a cause of action in delict"; anders gestel, moet die kontrakbreuk aan al die vereistes vir deliktuele aanspreeklikheid voldoen.

'n Volledige ontleding en vergelyking van al die vereistes vir kontrakbreuk en deliktuele aanspreeklikheid onderskeidelik val buite die bestek van hierdie aantekening (vgl hieroor Van Aswegen *Die sameloop van eise om skadevergoeding uit kontrakbreuk en delik* (LLD-proefskrif Unisa 1991) 134 – 217). Opsommerenderwys kan die vereistes vir huidige doeleindes in die volgende definisies saamgevat word: Kontrakbreuk is elke handeling of versuim van 'n kontraksparty wat in stryd met 'n kontraktuele verpligting is of wat op sy medekontraktant se kontraktuele vorderingsreg inbreuk maak, terwyl 'n delik die onregmatige, skuldige handeling of versuim van 'n persoon is wat nadeel of skade in wye sin (dws vermoënskade én nie-vermoënskade) vir 'n ander veroorsaak.

Uit bostaande blyk onmiddellik dat nie elke kontrakbreuk sonder meer 'n delik uitmaak nie. In die eerste plek is die veroorsaking van nadeel of skade aan die medekontraktant nie 'n vereiste vir die bestaan van kontrakbreuk nie. Nietemin kan kontrakbreuk wel deeglik nadeel vir die onskuldige kontraktant



veroorzaak – een van die remedies op grond van kontrakbreuk, naamlik 'n eis om skadevergoeding, kom trouens slegs ter sprake indien die onskuldige party vermoënskade as gevolg van die kontrakbreuk ly. Indien dit die geval is, word daar in hierdie opsig aan die deliksvereistes voldoen. Tweedens maak bogenoemde omskrywing geen melding van skuld as algemene vereiste vir kontrakbreuk nie. Of skuld inderdaad in beginsel vir kontrakbreuk vereis word, is 'n omstrede aangeleentheid waarop nie hier in diepte ingegaan word nie (vir 'n vollediger bespreking, vgl Van Aswegen 180 – 188 193 – 195). Dit staan niemin vas dat skuldlose kontrakbreuk wel dikwels voorkom – die voor-die-handliggende voorbeeld hiervan is waarborgbreuk. Dit is daarom myns insiens nie korrek om skuld in beginsel as vereiste vir kontrakbreuk te stel nie. Die vraag of skuld in 'n bepaalde geval vereis word, hang af van die tipe kontrakbreuk en van die presiese inhoud van die verbintenisse wat deur die besondere kontrak in die lewe geroep is (Nienaber “Kontrakbreuk *in anticipando* in retrospek” 1989 *TSAR* 6; vgl verder Van Aswegen 193 – 195 en gesag daar aangehaal). Hierdie opvatting is ook in ooreenstemming met die jongste standpunt van die appèlhof in *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 597. Kontrakbreuk sal dus slegs 'n delik kan uitmaak as die optrede van die kontrakbreker in die bepaalde geval wel met skuld gepaard gaan.

Die gevolgtrekking is dus dat slegs 'n skuldige kontrakbreuk wat skade veroorsaak moontlik tot deliktuele aanspreeklikheid aanleiding kan gee. Deliktuele aanspreeklikheid is gewoonlik gebaseer op een van die drie vernaamste deliksaksies, naamlik die *actio legis Aquiliae*, die *actio iniuriarum* en die aksie weens pyn en leed. In beginsel kan een van hierdie aksies dus, naas die remedies op grond van kontrakbreuk, tot 'n benadeelde kontraktant se beskikking wees. (Die moontlike beskikbaarheid van ander gemeenregtelike aksies gerig op vergoeding wat gewoonlik as deliksaksies bestempel word, byvoorbeeld die aksies gebaseer op skuldlose aanspreeklikheid soos die *actio de pauperie*, word nie spesifiek bespreek nie. Die beginsels wat hier uiteengesit word, is egter *mutatis mutandis* van toepassing op die vraag of kontrakbreuk ook aanspreeklikheid op grond van een van hierdie aksies kan funder – vgl by *Lawrence v Kondotel Inns (Pty) Ltd* 1989 1 SA 44 (D).) Welke een van die genoemde deliksaksies in 'n bepaalde geval naas kontrakbreuk ter sprake kom, sal weens die besondere vereistes en geldingsgebied van elke aksie, afhang van die aard van die nadeel en die tipe skuld (dws opset of nalatigheid) wat in die besondere geval voorhande is. So sal die *actio legis Aquiliae* te pas kom in gevalle waar nalatige kontrakbreuk vermoënskade veroorsaak het. Vir huidige doeleindes word daar nie tussen die verskillende aksies onderskei nie omdat die beginsels wat hier ter sprake kom, vir alle gevalle dieselfde is.

Genoemde vereistes vir kontrakbreuk en delik en die voorgaande bespreking noop die gevolgtrekking dat 'n skuldige kontrakbreuk wat skade veroorsaak aan die deliksvereistes sal voldoen, en dus tot deliktuele aanspreeklikheid sal lei indien die kontrakbreuk boonop deliktueel onregmatig is. Hierdie kwalifikasie word uitdruklik in die *Lillicrap*-saak (497) onderskryf vir sover die hof bevestig dat uitgemaak moet word “whether the appellant’s conduct was wrongful for purposes of delictual liability” en dan voortgaan om te bepaal of die kontrakbreuk *in casu* ook *deliktueel* onregmatig is.

'n Ontleding van die teoretiese omskrywing van deliktuele onregmatigheid en die (onregmatige) aard van kontrakbreuk is nie van veel hulp by die beantwoording van die vraag of en wanneer kontrakbreuk deliktueel onregmatig is

nie. Kontrakbreuk bestaan altyd uit inbreuk op 'n kontraktuele vorderingsreg, nie-nakoming van 'n kontraktuele verpligting oftewel verbreking van 'n kontraktuele verbintenis deur 'n kontraksparty (Nienaber "Enkele beskouings oor kontrakbreuk *in anticipando*" 1963 *THRHR* 31; Reinecke "'n Paar opmerkinge oor die aard, gevolge en indeling van kontrakbreuk" 1990 *TSAR* 677 – 678; vgl ook Van Aswegen 190 – 191 en gesag daar aangehaal). Deliktuele onregmatigheid word weer algemeen omskryf as aantasting van 'n subjektiewe reg of verbreking van 'n regsplig om benadeling te voorkom (Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 48 50; Van Aswegen 140 142 – 147 en gesag daar aangehaal). Vir sover vorderingsregte een van die erkende klasse subjektiewe regte is, en 'n kontraktuele verpligting bepaald as 'n regsplig gedefinieer kan word, is die teoretiese omskrywing van deliktuele onregmatigheid dus wyd genoeg om kontrakbreuk te omvat. In teenstelling met die resultaat wat oënskynlik uit bogenoemde uiteensetting blyk, naamlik dat elke kontrakbreuk deliktueel onregmatig is, word daar uitdruklik in die *Lillicrap*-saak *supra* 499 beslis dat

“no authority in Roman or Roman-Dutch law . . . [exists] for the proposition that the breach of . . . a contractual duty is *per se* a *wrongful* act for purposes of Aquilian liability” (my beklemtoning).

Hierdie standpunt word dan ook algemeen aanvaar (Hosten “Concursus actionum of keuse van aksies” 1960 *THRHR* 262 – 263; Boberg “Back to Winterbottom v Wright? – not quite!” 1985 *SALJ* 217 219; Midgley “The nature of the inquiry into concurrence of actions” 1990 *SALJ* 622; Van Aswegen 293 en gesag aangehaal in vn 266).

Die vraag is nou: hoe moet bepaal word of 'n bepaalde geval van kontrakbreuk deliktuele onregmatigheid daarstel? In die *Lillicrap*-saak *supra* 499 word met goedkeuring verwys na die standpunt dat dit die geval sal wees indien die kontrakbreuk “constitutes both an infringement of the plaintiff’s rights *ex contractu* and a right which he had *independently of the contract*” (Van der Walt *Delict: principles and cases* (1979) 7). Die regter praat ook met goedkeuring van aanspreeklikheid “even in the absence of a contract” en van “independent requirements of both a contractual and an Aquilian action” (499).

In effek word dus vir die erkenning van sameloop tussen kontrakbreuk en delik vereis dat, naas inbreuk op die vorderingsreg oftewel verbreking van 'n kontraktuele verpligting, die optrede van die dader boonop óf 'n ander subjektiewe reg moet skend, óf 'n regsplig wat onafhanklik van dié kontrak bestaan, moet verbreek. Hierdie opvatting staan bekend as die onafhanklike delik (“independent delict”)-benadering en word algemeen aanvaar en aangewend as toetssteen vir die gelyktydige bestaan van deliktuele en kontraktuele aanspreeklikheid (lg in die sekondêre sin van “aanspreeklikheid op grond van kontrakbreuk” en nie as sinoniem vir die primêre prestasieverpligting ingevolge die kontrak nie) (sien Hutchison en Visser “Lillicrap revisited: further thoughts on pure economic loss and concurrence of actions” 1985 *SALJ* 590 592; Dendy “Breach of contract as a delict” 1990 *BML* 220; O’Brien “Deliktuele remedie op grond van nalatige wanvoorstelling binne kontraktuele verband” 1990 *TSAR* 147; vgl verder Van Aswegen 293 en gesag in vn 267).

Ten spyte van die eenstemmigheid oor en oënskynlike eenvoud van die onafhanklike delik-toets soos dit hierbo uiteengesit is, verskaf die toepassing daarvan in bepaalde gevalle probleme. Dit word ten beste geïllustreer deur die uitspraak in die *Lillicrap*-saak *supra*, waar in 'n geval van veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies deur een kontraktant aan 'n ander beslis is dat die

kontrakbreuk *in casu* nie deliktuele aanspreeklikheid fundeer nie. Heelwat aanhangers van die onafhanklike delik-toets, wat immers in die einste saak bevestig en toegepas is, beskou die beslissing in die saak as foutief of dan ten minste ongelukkig (vgl bv Boberg 1985 *SALJ* 219 – 221; Dendy “*Pilkington on appeal*” 1990 *BML* 16 – 18; Burchell en Dendy 1985 *AS* 181; Hutchison en Visser 1985 *SALJ* 292; Farlam en Hathaway *Contract: cases, materials and commentary* (1988) 11; Davis “Professional negligence and the *Lillicrap case*” 1985 *SA Insurance LJ* 58 – 59; Midgley 1990 *SALJ* 621). Die verwarring rondom die onafhanklike delik-toets blyk verder uit die volgende teenstrydigheid: aan die een kant is die betekenis van “onafhanklik van die kontrak” in hierdie verband al geïnterpreteer om te beteken dat “the contract . . . be notionally disregarded in any examination of potential delictual liability” (Burchell en Dendy 1985 *AS* 184). Aan die ander kant is daar weer in die *Lillicrap*-saak *supra* 502 (met verwysing na die beslissing in *Van Wyk v Lewis supra*) gesê dat die kontraktuele verhouding tussen die partye (moontlik) bloot as ’n feit wat die eiser binne die kader van die verweerder se deliktuele regsplig bring, beskou kan word – wat tog iets anders is as om die hele kontrak weg te dink (“notionally disregard”).

Myns insiens lê die oplossing van die probleme hierbo in sekerheid omtrent presies *wat* buite rekening gelaat moet word by beantwoording van die vraag of die kontrakbreuk *onafhanklik van die kontrak* deliktuele onregmatigheid daarstel. In hierdie verband is ’n ontleding van die tipe gevalle waar ’n skuldige kontrakbreuk skade aan ’n medekontraktant veroorsaak, dienstig:

(a) Die optrede van die kontraksparty waardeur op ’n kontraktuele vorderingsreg van die ander inbreuk gemaak word, is van so ’n aard dat dit nooit in die afwesigheid van ’n geldige kontrak tussen die partye as onregmatige skadeverooraking sal kwalifiseer nie omdat dit nie inbreuk op enige subjektiewe reg of verbreking van enige regsplig, behalwe die verbintenis wat deur die kontrak in die lewe geroep is, uitmaak nie. Sulke situasies kom meestal voor waar ’n persoon kontraktueel onderneem om ’n handeling te verrig waarvan die versuim normaalweg nie onregmatig teenoor enige ander regs subjek is nie. ’n Voorbeeld is die versuim van die huurder van ’n saak om sy huurgeld te betaal. In so ’n situasie kan kontrakbreuk slegs ’n delik uitmaak indien elke skuldige skadeveroorakende kontrakbreuk ook as ’n delik beskou word, dit wil sê as inbreukmaking op ’n kontraktuele vorderingsreg deur ’n kontraksparty altyd deliktueel onregmatig is. Indien daar geen kontrak tussen die partye was nie, of indien die kontrak tussen die partye nietig was, sou die optrede van die “skuldige” party nie onregmatig gewees het nie.

Daar is reeds hierbo uitgemaak dat kontrakbreuk in so ’n geval nooit ’n delik kan uitmaak nie.

(b) Die optrede van die kontraksparty waardeur op ’n kontraktuele vorderingsreg inbreuk gemaak word, is sodanig dat dit in elk geval (dws ook in afwesigheid van die kontrak) teenoor enige ander regs subjek ’n skuldige inbreukmaking op ’n subjektiewe reg of verbreking van ’n regsplig uitmaak. Dit kom voor waar ’n kontraksparty kontraktueel ’n verpligting onderneem wat in elk geval regtens op hom rus. ’n Voorbeeld is die beskadiging van die huursaak deur ’n huurder by wyse van positiewe optrede. In hierdie tipe gevalle is dit nóg die geldigheid van die kontrak, nóg die feitelike verhouding tussen die partye wat uit die kontraksituasie spruit, wat die skuldige party se optrede deliktueel onregmatig maak: sy optrede sou in enige omstandighede ’n delik uitgemaak het.



Die feitelike omstandighede van die kontrak kan delikspleging egter moontlik maak of daartoe bydra: die huurder is naamlik in staat om die saak te beskadig omdat dit as gevolg van die kontrak in sy besit is.

Dat kontrakbreuk 'n delik kan uitmaak in hierdie tipe situasie word onomwonde erken waar die kontrakbreuk uit die skuldige veroorsaking van skade aan die eiser se saak of persoon bestaan, hetsy deur positiewe optrede, hetsy deur 'n late in stryd met 'n erkende regsplig om positief op te tree (sien hieroor die *Van Wyk*-saak *supra*; die *Lillicrap*-saak *supra*; *Correira v Berwind* 1986 4 SA 60 (ZH); vgl verder Van Aswegen 294 en gesag in vn 268).

Dit beteken dat gelyktydige toepaslikheid van kontrakbreuk en delik erken word in situasie (b) waar die gewraakte optrede onafhanklik van die bestaan of geldigheid van die kontrak en van die verhouding tussen die partye wat deur die kontrak in die lewe geroep is, 'n delik uitmaak, selfs al sou dit die feitelike omstandighede van die kontrak wees wat delikspleging moontlik gemaak het. (Die feit dat die kontraksomstandighede delikspleging moontlik maak, lei dus nie tot die ontkenning van sameloop nie – *Lillicrap*-saak *supra* 502; vgl ook 510 (die minderheidsuitspraak); Hosten 1960 *THRHR* 263; Burchell en Dendy 1985 *AS* 183; Van der Walt 5 vn 16.)

(c) Die optrede van die kontraksparty waardeur die kontraktuele vorderingsreg geskend word, is van so 'n aard dat dit nie teenoor *enige* ander regsobjek inbreukmaking op 'n subjektiewe reg of skending van 'n regsplig sal uitmaak nie, maar wel teenoor 'n ander regsobjek wat in dieselfde *feitelike verhouding* as sy medekontraktant met hom staan. Dit kom voor waar 'n persoon weens die verhouding waarin hy tot 'n ander regsobjek staan, regtens verplig word om op 'n bepaalde wyse op te tree, soos die geval is by aanspreeklikheid weens die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies of op grond van nalatige wanvoorstelling, en dié party boonop in die kontrak dieselfde verpligting op hom neem. Die beskadiging van die huursaak deur die huurder by wyse van 'n late sal 'n voorbeeld van so 'n situasie wees indien 'n mens aanvaar dat daar ingevolge die *boni mores* 'n regsplig om skade aan 'n ander se saak deur positiewe optrede te voorkom, op elke persoon rus wat feitelik beheer oor 'n ander se saak aanvaar. 'n Verdere voorbeeld is die aanspreeklikheid van 'n professionele persoon vir skade veroorsaak deur foutiewe inligting wat aan 'n ander verskaf word. In hierdie gevalle sal die optrede van die skuldige party selfs in die afwesigheid van die geldigheid van die kontrak deliktueel onregmatig wees as gevolg van (of ten minste deels as gevolg van) die bestaan van die *feitelike verhouding* tussen die partye. Die feitelike kontraktuele verhouding tussen kontrakspartye veroorsaak dus dat kontrakbreuk deur een van hulle ook deliktueel onregmatig is.

Die uitspraak van die appèlhof in die *Lillicrap*-saak *supra*, waar beslis is dat die bestaan van 'n kontraktuele verhouding tussen die partye as beleidsfaktor *in casu* die erkenning van sameloop van deliktuele met kontraktuele aanspreeklikheid uitsluit, sluit oënskynlik die moontlikheid uit dat kontrakbreuk in dié tipe situasies tot deliktuele aanspreeklikheid aanleiding kan gee. Dit staan nietemin vas dat 'n deliktuele eis om skadevergoeding vir die skuldige veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies in omstandighede waar sodanige veroorsaking in stryd is met 'n (deliktuele) regsplig wat in die omstandighede op die dader rus, by ons erken word (*Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A) 830; *Coronation Brick (Pty) Ltd v Strachan Construction Co (Pty) Ltd* 1982 4 SA 371 (D) 377; *Arthur E Abrahams & Gross v Cohen*

1991 2 SA 301 (K); *McLelland v Hulett* 1992 1 SA 456 (D) 464). By die bepaling van die vraag of sodanige optrede in stryd met 'n deliktuele regsplig en dus onregmatig is, is een van die faktore wat op die bestaan van so 'n regsplig kan dui juis 'n kontraktuele verhouding tussen die partye. So word daar in die *Coronation Brick*-saak 384 gesê:

“[I]n determining whether conduct is unlawful, the Court must carefully balance and evaluate . . . the relationship of the parties”.

(Vgl ook Corbett HR se soortgelyke opmerking in *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* 1991 4 SA 559 (A) 568 ivm deliktuele aanspreeklikheid vir nalatige voorkontraktuele wanvoorstelling; *Greenfield Engineering Works (Pty) Ltd v NKR Construction (Pty) Ltd* 1978 4 SA 901 (N) 912; *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) (ivm nalatige wanvoorstelling) en *Minister of Community Development v Koch* 1991 3 SA 751 (A) (ivm 'n late).)

Volgens die uitspraak in die *Lillicrap*-saak *supra* sal die feit dat die verhouding tussen die partye 'n kontraktuele een is, die moontlikheid van deliktuele aanspreeklikheid uitskakel. Dit beteken dat sameloop slegs erken word waar die gewraakte optrede (die kontrakbreuk) onafhanklik van die geldigheid van die kontrak asook van die kontraktuele verhouding tussen die partye, 'n delik uitmaak (situasie (b)), maar ontken word in situasie (c) waar die deliktuele aanspreeklikheid onafhanklik van die geldigheid van die kontrak, maar juis as gevolg van die feitlike verhouding tussen die partye wat deur die kontrak geskep is, bestaan.

Myns insiens is die siening wat in die *Lillicrap*-saak aanvaar word, nie regverdigbaar nie. My eerste beswaar is gebaseer op die feit dat die beslissing indruis teen die aanvaarde posisie in ons regspraak in verband met deliktuele aanspreeklikheid vir suiwer ekonomiese verlies, wat so pas uiteengesit is. Die *Lillicrap*-standpunt kan die erkenning van deliktuele aanspreeklikheid in sodanige gevalle in die wiele ry, selfs waar gelyktydige kontraktuele aanspreeklikheid nie ter sprake is nie.

In die tweede plek blyk dit dat die uitspraak in die *Lillicrap*-saak eintlik op sekere beleidsoorwegings berus, naamlik dat (a) “the Aquilian action does not fit comfortably into a contractual setting” (500); (b) “contracting parties contemplate that their contract should lay down the ambit of their reciprocal rights and obligations” (*ibid*) en deur die norme van die deliktereg toe te pas, sal die hof “eliminate provisions which the parties considered necessary or desirable for their own protection (501); en (c) “[w]hile the contract persisted, each party had adequate satisfactory (contractual) remedies if the other were to have committed a breach” (500). Hierdie oorwegings behoort eintlik ter sprake te kom by die vraag of dit *gewens* is om *toe te laat* dat sowel kontraktuele as deliktuele aanspreeklikheid, asook die toepaslike remedies, tot 'n benadeelde se beskikking moet wees waar hy benadeel is deur kontrakbreuk wat tegelyk 'n delik uitmaak. Hierdie bevindings moet wel deeglik in sodanige gevalle deur die hof oorweeg word en genoemde oorwegings kom by so 'n ondersoek te pas, maar dit het niks te make met die huidige aanvanklike vraag of daar hoegenaamd aan beide aanspreeklikheidsgronde se vereistes voldoen is, met ander woorde of kontrakbreuk in hierdie geval hoegenaamd 'n delik uitmaak nie (sien oor hierdie hele aangeleentheid Van Aswegen 95 – 103).

In die derde plek lyk dit of die hof in die *Lillicrap*-saak van mening is dat erkenning van gelyktydige toepaslikheid van kontrakbreuk en delik *in casu* sou

neerkom op 'n aanvaarding van die opvatting dat elke skuldige kontrakbreuk wat skade veroorsaak, 'n delik uitmaak (erkenning van sameloop in situasie (a)). Omdat die hof dit (heeltalig geregverdig) as ongewens beskou, word sameloop *in casu* ontken. Dat dit egter nie die gevolg van sodanige beskerming sou wees nie, kan geredelik aangetoon word.

Kontrakbreuk maak tegelyk 'n delik uit in elke geval waar die gewraakte optrede aan die vereistes vir 'n kontrakbreuk 'n delik, onafhanklik van mekaar beoordeel, voldoen. Dit sal die geval wees waar die gewraakte optrede, naas inbreukmaking op 'n kontraktuele vorderingsreg of verbreking van 'n kontraktuele verpligting deur 'n kontraktant, ook skending van 'n ander subjektiewe reg van die reghebbende, of verbreking van 'n regsplig teenoor hom wat onafhanklik van die *geldigheid* van die kontrak bestaan, uitmaak. Dit geld selfs al sou die bestaan van so 'n regsplig regstreeks afhang van die *besondere feitelike verhouding* tussen die partye, welke verhouding op sy beurt regstreeks na die bestaan van 'n *kontrak* teruggevoer kan word (soos *in casu* inderdaad die geval was). Daar is reeds aangetoon dat 'n deliktuele regsplig kan berus op 'n verhouding wat uit 'n kontrak ontstaan het. Die toets wat dus aangewend moet word om uit te maak of onafhanklike deliktuele aanspreeklikheid naas kontrakbreuk voorhande is, is om *net* die *geldigheid* van die kontrak weg te dink, en nie die *feitelike omstandighede* van die kontrak, of die bestaande verhouding tussen die partye wat deur die kontrak teweeggebring is nie. Gelyktydige toepaslikheid van kontrakbreuk en delik word dus in situasies (b) en (c) erken, maar in situasie (a) ontken. Dit beteken dat kontrakbrekende optrede wat neerkom op direkte veroorsaking van skade aan 'n saak of persoon altyd (in die afwesigheid van enige regverdigingsgrond) as deliktueel onregmatig erken sal word; dat kontrakbrekende optrede wat neerkom op skadeveroorsoaking deur 'n late of wanvoorstelling, of veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies, as deliktueel onregmatig erken word slegs waar deliktuele aanspreeklikheid in die omstandighede sou bestaan het ook in die afwesigheid van 'n geldige kontrak tussen die partye; maar dat blote nalatige verbreking van 'n kontraktuele verpligting, welke optrede nie andersins onregmatig is nie (soos die nalatige niebetaling van 'n skuld), nie tot deliktuele aanspreeklikheid kan lei nie. Hierdie opvatting is myns insiens nie alleen realisties en in ooreenstemming met die oorwig van gesag in die regspraak en die menings van die meeste skrywers nie, maar is ook versoenbaar met die onlangse erkenning van en die vereistes gestel vir deliktuele aanspreeklikheid weens wanvoorstelling en die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies. Laastens klop dit met die uitgangspunt dat nie elke skuldige kontrakbreuk wat skade veroorsaak, noodwendig 'n delik is nie.

ANNÉL VAN ASWEGEN  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## CHILD SUPPORT: PUBLIC OR PRIVATE?

### Present legal position

As our law stands at present, both parents are legally bound to support their children according to their means; this duty continues even if the parents live



apart from their children and ends only when the child becomes self-supporting. It encompasses the provision of food, clothing, accommodation, medical care and education, although the extent and scope of the duty depends on the social status of the parties and their financial positions. A court granting an order of divorce may make any order it chooses for the support of a minor child. This power of the court as upper guardian is antecedent to the common-law duty of support (s 6(3) Divorce Act 70 of 1979). This duty is not affected by remarriage; a step-parent is under no obligation to support a step-child (*Mentz v Simpson* 1990 4 SA 455 (A)). However, if the new marriage is in community of property, a maintenance obligation to a first family will be paid out of the joint estate. Where there is an application by a non-custodial parent for a reduction in maintenance on the grounds of diminished financial resources, the court tries to determine whether the financial deterioration is due to factors beyond the liable parent's control. The courts are unlikely to be sympathetic if the parent uses the financial obligations imposed in terms of a second marriage as a reason for inability to meet the full obligations towards the children of the first marriage, although the Zimbabwean High Court has recently adopted a more lenient stance, taking the view that the children of the first marriage take priority but that an adjustment in the standard of living has to be made by both families (*S v Chizengezi* 1989 1 SA 454 (ZH)).

### Changing social issues

New questions arise as to the level of support which is consistent with the loosening of family ties in our society and the obligations of an absent non-custodial parent towards his or her children. The poverty rate for single parent female-headed families has reached crisis point in many countries. It is estimated that in the United States in AD 2000 virtually all Americans living in poverty will be women and children (US National Advisory Council on Economic Opportunity). The main cause of such poverty is inadequate child support. The high divorce rate and consequent serial marriage has placed a great strain on support law. As far as spousal maintenance is concerned, our courts have recently adhered to the "clean break principle", attempting as far as possible to sever the ties between the divorcing parties. The clean break principle is, however, inconsistent with an ongoing duty of support towards children (Glendon *The new family and the new property* (1981)). The strain of supporting a second family may affect the non-custodial parent's ability to support the children of the first marriage.

In this country the bonds of the traditional family unit have been loosened but not, as yet, the support obligations. However, in other countries, suggestions have been made about the imposition of support obligations on social parents rather than biological ones. In Germany the court is directed to consider the second family although the first family takes precedence. In Zimbabwe and in Sweden, support obligations are imposed on step-parents when the natural parent is unable to support the child. The policy that only biological or adoptive parents should be liable for support may in certain cases be instrumental in breaking down existing families. There is always the danger that the second marriage or relationship may break down as a result of the financial obligation imposed on it in terms of the first marriage. It is questionable whether in all cases the mere existence of a biological tie between parent and child should create a support obligation where there is a total lack of social tie or access.

In South Africa there has been a particularly marked decline in family ties and support owing to the migrant labour system, influx control, the long period of urbanisation and the high divorce rate among middle and upper-income families. What level of support should be demanded from a non-custodial parent in these circumstances? In the best interests of both children and parents it seems that there is a great need for a critical re-examination of the obligations of individual family members. The argument is not that an absent financially secure non-custodial parent should be free from obligations towards his children by an earlier marriage. The contention is simply that more attention needs to be paid to the relationship between the issues of support, custody and access rights (Krause "Child support" 1989 *Univ of Ill LR* 388). Child support payment, the former-spouse relationship, and conflicts about custody and access would all appear to be closely intertwined. Fully resolving the problem of child support payment may not be possible unless adequate attention and consideration is given to these areas. The father of an illegitimate child has no *prima facie* right of access to his child unless the court deems it to be in the best interests of the child, yet he is subject to a duty to maintain the child (*F v B* 1988 3 SA 948 (D) 950G). In this day and age, there may be good reason to reconsider whether an absent father should have to make extensive financial sacrifices for a child which is his in a biological sense only. The situation may be different in the case of a divorced couple, but in many cases the difference may only be one of degree.

### **Major problems in child support law and survey of comparative legislative remedies**

The major problems in this area of the law are (1) determination of the amount of support to be paid; (2) the enforcement of the obligation against unwilling or poverty-stricken parents; and (3) the need to adjust maintenance awards to keep pace with the rising cost of living, inflation and variations in circumstances.

#### *1 Determining the amount of support*

In determining the amount of support which can be paid, there are three basic possible approaches which may be adopted. First of all, one can leave it to the court's discretion on a case-by-case system. Here the problems are obviously the lack of uniformity and certainty if the judges or maintenance officers adopt varied approaches. The Maintenance Act 23 of 1963 has to some extent superseded the supreme court's jurisdiction by providing a theoretically speedier and cheaper procedure in a maintenance enquiry. Failure to pay maintenance is an offence leading to a fine of up to R200 or imprisonment. In a case study done between 1977 and 1985 of 100 maintenance cases heard in the Cape Peninsula in the maintenance office serving those formerly classified as black, it was found that the decisions with regard to the amount of maintenance to be awarded, were made largely at the whim and discretion of the officials concerned. The criteria that were used (such as a man's commitment to a second family), varied widely. The orders lacked both consistency and uniformity (Burman and Berger "When family support fails - Part 1" 1988 *SAJHR* 204). These problems were compounded by the difficulties of communication owing to a lack of efficient interpreters in the courts. In the maintenance office in Observatory there is also a chronic shortage of staff which has led to further inefficiency and lengthy delays.

To overcome these problems of inconsistency, a second method that can be adopted to determine the amount of maintenance to be paid is the "percentage method" based on the income of the non-custodial parent. Such a scheme has been implemented in Wisconsin in the United States. The obligations of the non-custodial parent are set as a simple percentage of gross income and vary only with the number of children (17% for one child; 25% for two children etc). Some degree of uniformity is achieved with this method, but neither the income of the custodial parent, nor the time spent with the non-custodial parent is taken into account. Furthermore, it seems that the tables are not always very realistic where the parent's income is substantial as the child's needs do not increase directly in proportion to the parental ability to pay, and the tables do not really reflect the principle that both parents must contribute to the best of their ability. Thirdly, a "formula" method can be adopted based either on some type of income-sharing approach (see Cassey *Child support and public policy* (1978)) or on an income and cost-sharing approach such as that adopted in Delaware in the United States in 1979. Since 1984 in the United States discretionary guide-lines have been established by the different states for child support awards by law or by judicial or administrative action. A national panel has been set up to advise the states on support guide-lines. (The following basic principles were endorsed: both parents share the legal responsibility for supporting their children in proportion to their available income, taking into account the subsistence needs of each parent. The child's basic needs are the first priority, but if the parents' standard of living is higher than subsistence then the child is entitled to share that standard. The marital status of the parents at the child's birth makes no difference to the award. Application is sexually non-discriminatory and tries not to discourage remarriage, labour force participation or involvement in the child's upbringing.) In the United States the formula method has been rated above the case-by-case method because of the inadequacy, inconsistency and inefficient adjudication of many court orders. Whichever approach is adopted, it is essential that the guide-lines be based on reliable economic data. For this purpose one would need to know the answers to the following questions: What is the minimum cost of raising children, assuming their needs are met only at subsistence level? How is spending on children affected by the number of children in the family? In the case study done by Burman and Berger ("When family support fails - Part II" 1988 *SAJHR* 355), one magistrate assumed that the cost of supporting a black child was R70,00 a month in 1985/1986, irrespective of the child's age or circumstances. Whatever the criticism against a particular formula it certainly will not succeed if it is based on unsound economic data.

The use of such a formula method assumes that the primary responsibility of child support rests on the parents. In this country, in view of the generally ineffective enforcement of maintenance awards and the high incidence of default on maintenance orders, the state may have to consider whether it and not the parent should assume the primary burden of child support. If the state does assume primary financial responsibility for child support, it is unlikely that it would adopt an approach based on income-sharing. It is more likely, in view of the huge costs involved, to pay maintenance on the basis of what it costs an average parent to raise a child.

In 1974 the Finer Committee in England investigated and attempted to make suggestions to alleviate the problem of poverty-stricken single parent families



(DHSS Cmnd 5629 – 1 – *Finer reports of committee on one-parent families*). Unfortunately the report was not accepted largely for reasons of cost. Had it been accepted, it would have produced a significant change in society's perception of its obligation towards children. The report proposed that a guaranteed maintenance allowance should be payable to all one-parent families, irrespective of the reason for the absence of one parent (Bainham *Children, parents and the state* (1908) 206). The state would have the right to claim a contribution from the "liable relative" but it would be the primary source of support for the child and the custodial parent. Prior to the Finer report, the practice was for a single parent to institute maintenance proceedings against the non-custodial parent. It was only after this claim had been made that supplementary benefit was paid. Supplementary benefit was essentially a basic subsistence allowance, representing the official calculation of the ultimate poverty level below which it is deemed no citizen should fall (Eekelaar and MacLean *Maintenance after divorce* (1906) 110). Supplementary benefit payments were not considered as a substitute for family support as the Finer committee's proposed maintenance allowance would have been. The aim of the proposed allowance of the Finer report was to make most one-parent families better off than they would have been on supplementary benefit. The Finer report (*supra* par 5. 106) appealed to the principle that the benefit should give a lone parent "a real choice between working and staying at home to look after the children". In an era of unemployment the parent who stays at home should, according to the report, not be unduly prejudiced. A parent who obtained employment would be entitled to benefit, on a diminishing scale, until the earnings reached the level of average full-time male earnings. The proposal thus attempted to create a new standard of living above the official poverty level but below the "average" family wage. The Finer committee's proposal was, however, not adopted in England although it was adopted fairly successfully in New Zealand, where the Liable Parent Contribution Scheme was established in 1981.

In New Zealand, domestic purposes benefits are payable to single parents who have one or more dependent children (s 6 Social Security Act 1973). A woman with a dependent child will be deemed to be a single parent while she is living apart from her husband and has lost her support or is being inadequately maintained by him when her marriage is dissolved; where her husband is in prison and she has as a result lost his support; and where her husband is hospitalised for mental illness. Domestic purposes benefits are also payable to unmarried mothers and to fathers of dependent children who have lost their wives by death, divorce or some other cause. The amount of the benefit is the same as that payable to widows. In order to benefit, an applicant parent need not obtain a maintenance order against the other parent or enter into a maintenance agreement. An obligation is imposed on a parent who is liable to support a dependent child to contribute towards the cost of the benefit. If the liable parent fails to make the contribution required, the social welfare authorities can seek to recover it as a debt. The sum owed by the liable parent can also be deducted from any benefits, such as unemployment benefits, to which he/she is entitled. It is the social welfare authorities who assess the extent of the liable parent's contribution. This system marks a sharp break with traditional thinking about child support. It is no longer assumed that the child should look primarily to the resources of an absent parent to determine its living standard. The state has settled what these living standards should be and it provides a

uniform criterion for all children of broken families (see Atkin "The New Zealand liable parent scheme" 1986 *Family Law* 371).

In England, however, as a result of the failure to implement the Finer committee's proposals, the basic framework today is that laid down in the Beveridge report of 1942. The Beveridge plan envisages a comprehensive scheme of social insurance against interruption and destruction of earning power combined with a general scheme of children's allowances, sufficient to meet the subsistence needs of children (see Lister "Income maintenance for families with children" in *Families in Britain* (1982)). The overall picture is of a confusing patchwork of contributory, non-contributory and means-tested benefits. In some families the effect of a pay increase for the breadwinner is that the family loses more in terms of the extra taxes to be paid and reduced benefits. Families with children are most vulnerable to this so-called "poverty trap" (Williams "Poverty and unemployment traps and trappings" 1986 *JSWL* 96). The most recent development in income maintenance provision for families has been the introduction of the child benefit scheme, which represents the fusion of family allowances and child tax allowances — two previously separate sources of child support. The Social Security Act which came into force in 1988 replaces supplementary benefit with a new system called "income support" — but little has changed in practice although it is a step towards the integration of tax and benefit systems. It is noteworthy that in 1982 £819 000 000 was recovered in supplementary benefit payments by claimants having a "liable relative" whereas only £104 000 000 was recovered from liable relatives.

A new White Paper has recently been introduced in England (*Children come first* Cmnd 1263), proposing the establishment of a child support agency to trace absent fathers. The proposed agency in England would be given powers to prescribe the method by which maintenance payments are made and to order the attachment of earnings without having to await evidence of arrears or default. A standard formula is also proposed to assess the amount a parent should be liable to pay. If the government proposals are accepted, there will be a major shift in maintenance cases away from the courts to the agency. Allowances will be made to cover the non-custodial parent's liability for himself and any of his own children living with him. However, no account will be taken of step-children who are living with such parent unless their own father is dead or untraceable. The obligation will be assessed by including an element for the support of the mother and providing for increases in child maintenance allowances and decreases in child care allowance for the mother as the child grows older. The White Paper rejects the construction of a link between the support obligation and contact between the non-custodial parent and the child. It has been subjected to heavy criticism and is described as an administrative manoeuvre on the part of the government to cut public expenditure on such issues (Hayes "Making and enforcing child maintenance obligations: will the proposed scheme cause more harm than good?" 1991 *Family Law* 109). The general view of the White Paper is that the British government is reluctant to subsidise child care costs any further.

In Australia, where a similar scheme has been operative since 1988 — 1989, child maintenance ordered by a court has been superseded by "child support" now calculated by government officials using statutory formulae (Parker "Child support in Australia: children's rights or public interest?" 1991 *Int J of Law and the Family* 23). Child support is automatically collected from the wages

or salaries of non-custodial parents. It is then handed over to the government who distributes it to custodial parents through the Department of Social Security. A factor which contributed to the emergence of the scheme was the publication of detailed research indicating that women living alone or as sole parents suffered a drastic drop in their standard of living after separation (Macdonald (ed) *Settling up: property and income distribution on divorce in Australia* (1986)). Men, on the other hand, considerably improved their living standards. Similar disparities have been found in the United States (see Weitzmann "The unexpected social and economic consequences for women and children in America and in England" in Eekelaar and MacLean (eds) *Maintenance after divorce* (1986)). In Australia, a person separated after or on 10 October 1989 may apply to the Child Support Agency (CSA) for maintenance. The CSA will assess her entitlement to child support and proceed to collect amounts from the employers of the liable parent. If the liable parent is self-employed, arrangements are made directly with him. Those married before 10 October 1989 may choose whether to proceed in terms of the CSA or not, but not if the parent is also claiming social security. In this event it is mandatory to proceed through the CSA. Liability for support is imposed only on parents, excluding step-parents and foster parents. The formula is based on the liable parent's taxable income, from which is deducted a self-support component which varies depending on whether he has other natural dependent children. A percentage is then applied to the remainder, depending on the number of children: one child 18%; two children 27%; three children 32%; et cetera.

If the custodial parent's taxable income exceeds the annual equivalent of average weekly earnings (AWE) for that year, this sum, plus an amount for the children (11,5% AWE for first child under six; 2,5% AWE for subsequent children; and 5% for each child aged 6 – 12) is deducted from the custodial parent's income. These additions are designed to reflect child care costs necessitated by the fact that the parent works. Court orders may depart from administrative assessments in special cases. Criticisms that may be levelled against the Australian scheme are: first of all, its failure to make percentages age-specific for the liable parent; and secondly, its failure to have regard to new partners, which ignores the fact that the child's living standard is determined by that of the family as a whole.

An extensive system of social security and social services, which leads to a totally different system of determining the amount of support to be paid, operates in Sweden. Socio-economic policy aims to redistribute resources in favour of families with children. Although an obligation still rests on the parents to support their children (an obligation which extends to step-children), parental obligations have been less onerous since 1978. The income and assets of the child may be taken into account in calculating the maintenance and the parents' income may not be depressed to below a minimum income level. The parents are entitled to offset against income a sum for personal support which is indexed to the cost of living. They may also set off reasonable housing costs, support for any additional child and, in special circumstances, an additional allowance for any other child or cohabitee. The obligation of a parent who lives permanently with a child is discharged by the support which is actually provided and a parent who does not usually have care of the child may make a deduction for any time spent with the child. Maintenance advances are index-linked, non-contributory and payable, regardless of the income or assets of the child, custodial



parent or any step-parent. The general principle is to guarantee the child a certain level of support, where the parent is absent or unwilling to pay.

Thus we see in Sweden a reduced role for the parent and an enhanced role for the state. Both public and private-law support regimes in Sweden can be seen to be child-centred. The premise is that a child, one of whose parents is absent, has a special need for support which the state has a duty to provide. It is a benefit for the child, not the parent, and is therefore unaffected by the presence of a step-parent or cohabitee. Although the system requires further rationalisation, its great advantage is that children will benefit from those features of the system which minimise conflict between the parents (see Bradley "Financial support for children – the Swedish example" 1990 *Family Law* 349). The support obligation imposed on a step-parent is unlikely to be onerous and this means that new relationships can be consolidated. The original family of a parent owing support will not have a claim which overrides that of new dependants. In fact, the child in a new household can take priority, and so also, in special circumstances, can a new partner. The Swedish system operates efficiently on the whole, since the scope for litigation has been reduced. Insurance offices, which have the task of recovering from liable relatives amounts disbursed as maintenance advances, are also entitled to recover any additional maintenance on behalf of the payee.

## 2 Enforcement of maintenance obligation

Enforcement of the child support obligation is a prevalent problem even where the parent is able to pay. Research done in South Africa, Zimbabwe and Botswana indicates that many custodial women often decide to do nothing about maintenance, since even if they do go to the time, trouble, expenses and even humiliation of getting a maintenance order, there is no guarantee that it will be complied with (*Working paper on maintenance* published on behalf of the "Women and Law in Southern Africa Research Project" in Steward and Armstrong (eds) *The legal situation of women in Southern Africa* (1990) 190–191; Burman and Berger 1988 *SAJHR* 351). Suggested remedies are first of all, the imprisonment of the defaulting debtor. This has been opposed by the Finer committee and is generally considered to be an unsatisfactory solution, since the defaulter is then unable to earn anything. A second method of enforcement is garnishee proceedings which are fairly effective provided the defaulter's employment is not terminated as a result. A third method would be withholding of income tax rebates, a course of action probably not feasible in the case of financially destitute non-custodial parents.

Burman and Berger (*idem* 353–354) suggest further practical reforms in the form of centralisation of maintenance claims and matters in one department. The various offices and the courts should be housed in one building situated as close as possible to the relevant residential areas, be equipped with increased staff and function with increased payout days. Correspondence concerning such claims should be in the language of the claimants with a system of automatic summons on default. Another alternative which is suggested, is the abolition of the civil-law claim and an expansion of the state grant system, possibly with some of the money paid straight to schools to ensure a midday meal for children. The costs of the present system could then be used to defray the cost of state welfare payments (see *ibid*). In my view, this should be adopted only in cases of clear financial disability on the part of the defaulting parent.

As far as destitute custodial mothers are concerned, a cost-effective way to assist them and their children would be to provide those who have opportunities to enter into employment with adequate care for their children. This requires a social policy which tries to alleviate the poor economic position of single parent women, recognising that their economic position is often attributable to their position in the family and in society. Research into this question has found that large numbers of children formally classified as black or coloured, with single parent working mothers, are cared for by grandmothers or elderly women at home in very depressed conditions. Burman (1991 *SASH* 39) suggests that centres of grandmothers could be established to care for such children. These centres would be financed by the community, assisted where possible by the state, and would ensure an improved environment and nutrition for the children involved.

### 3 Need to adjust maintenance

The third problem involves the need for continuous reassessment of maintenance awards in the light of changed circumstances. This should be a more expeditious and if possible, a single procedure. Amounts should be automatically increased each year in accordance with the Consumer Price Index.

### Conclusion

The problem in South Africa today is not simply the lack of effective assessment, readjustment, enforcement or prosecution of maintenance claims, but the inability of many defaulting parents to meet their support obligations towards their children. If the resources of parents are totally inadequate to meet the obligations of support, there is no other realistic alternative than that recourse should be had to the state for financial assistance. In this country, approximately two-thirds of all black children subsist below the minimum living level with rural poverty being particularly predominant (Wilson and Ramphele *Uprooting poverty* (1989) 173). Many children who are born into poverty are the products of young mothers who are unmarried or divorced or whose husbands are part of the migrant labour system. There is a total lack of adequate child-minding or pre-school facilities for working mothers whose sole source of support is often their salary, the earning of which requires up to twelve hours' absence a day from home. Society has been structured in such a way that women are compelled to depend financially on their husbands. Many women, especially black women, are also greatly discriminated against and exploited in the marketplace (*idem* 179). For this sector of society it is virtually impossible to expect the parents to care for or maintain the child adequately. Burman and Berger's Cape Town case study (1988 *SAJHR* 334) indicates that the funds were usually inadequate and the non-custodial parent was often unable to pay an adequate amount. There is provision for a state maintenance grant for parents and children but only if a prison sentence of at least six months is imposed on a defaulter, a sentence which is rarely imposed. A grant will be made for children only if a social worker's report is furnished and if there is proof of school attendance by the children. A parent's allowance is payable only if the parental income is very low (less than R53,00 per month in 1986). Lengthy delays and bureaucracy further inhibit the process (*idem* 348 – 349). Grants are therefore available to very few.

It was argued by Hahlo (1983 *Acta Juridica* 16) that, in 1983, the prevailing trend in child support was that the parents bore the major burden. The increasingly urgent problem of neglected and impoverished children in our society is not only the failure of private responsibility. One cannot take from parents more than they can afford to pay. The public-private dichotomy pervades family law and is often viewed as crucial to an understanding of the role of law in family life: the problem is defining exactly which activities fall into the private sphere into which the law should not intrude (Bainham "Legislation: the privatisation of the public interest in children" 1990 *MLR* 206). A non-interventionist stance may well lead to a devaluation of the interests of children and of the role of the state in protecting these interests.

The support structure provided by the extended family has given way to that of the nuclear family: it now seems that the nuclear family is giving way to the single parent family (Krause 1989 *Univ of Ill LR* 389). In the light of these developments and the consequent lack of support, it seems essential that society should accept an obligation to be more involved in the support of children (Minow "Rights for the next generation: a feminist approach to children's rights" 1986 *Harv Women's LJ* 1). In most Western European welfare states, society not only enforces but also assists with child support by providing health care, higher education, children's allowances, subsidised day care and housing. Although there are problems in South Africa because of a lack of funding available for such assistance, certain reforms would seem to be essential.

Children's rights to support should be an obligation imposed on the father, the mother and society. In the case of divided families, convincing arguments have been raised in the United States that the non-custodial parent owes support commensurate not only with his or her ability to pay but also with the marital and sexual realities which our society tolerates and the social relationship – past and present – which he/she enjoys with the child (Krause 1989 *Univ of Ill LR* 367). The custodial parent owes services and care in an environment conducive to the child's short and long-term best interests, commensurate with his or her means and subject to an objective minimum standard. Society has a duty to the child to make up any shortfall on the part of the absent parent by providing maintenance assistance, and on the part of the custodial parent by intervention when care is either not provided or unable to be provided at a level required by the child's best interests.

BRIGITTE CLARK  
*University of Cape Town*

**CAVEATS RAKENDE BESLOTE KORPORASIES  
IN GROEPSVERBAND**

**1 Inleiding**

'n Maatskappygroep kan omskryf word as 'n houermaatskappy, wat self nie 'n volfiliaal is nie, tesame met al die maatskappye wat sy filiale is (Maatskappywet



61 van 1973 bylae 4 par 4(1); Cilliers en Benade ea *Maatskappyereg* (1982) 546; Cilliers en Benade ea *Korporatiewe reg* (1987) 387; Henning "Maatskappy-groepe" in Lubbe (red) *Ouditkunde* (1984) 168; Botha *Groups in South African company law* (1981) 1; Van Jaarsveld en Oosthuizen *Suid-Afrikaanse handels-reg* bd 2 (1988) 401). Die kern van die houër/filiaal-verhouding is die regstreekse of onregstreekse beheer van die filiaal deur die houërmaatskappy (*Sage Holdings Ltd v The Unisec Group Ltd* 1982 1 SA 337 (W) 350; *The Unisec Group Ltd v Sage Holdings Ltd* 1986 3 SA 259 (T) 269; Botha 22; Meskin (red) *Henochsberg on the Companies Act* (1985) 11; Brooks "Share capital-related determinants of the holding/subsidiary relationship" 1984 *MB* 101).

As algemene reël mag geen regspersoon 'n ledebelang in 'n beslote korporasie hou nie (a 29 en 63(d) van die Wet op Beslote Korporasies 69 van 1984). Dikwels word beklemtoon dat vanweë die uitsluiting van ingelyfde maatskappye van die direkte of indirekte lidmaatskap van beslote korporasies, nie vir sodanige groepsvorming en gepaardgaande probleme voorsiening gemaak hoef te word nie (bv Naudé "The South African close corporation" 1984 *TRW* 127 – 128; Venter "Die ontstaan en eienskappe van die Wet op Beslote Korporasies, 1984" 1984 *TRW* 113; Cilliers en Benade *Korporatiewe reg* 548; Symington *A guide to close corporations* (1984) 59; Cilliers en Benade *Beslote korporasies. 'n Volledige gids* (1989) 47; Malan *Beslote korporasiereg* (1986) 98; Oosthuizen *Beslote korporasies* (1986) 65; Geach en Schoeman *Guide to the Close Corporations Act and Regulations* (1990) 567; Uys *Beslote korporasies* (1987) 47; *Supplement to Wille and Millin's mercantile law of South Africa* (ongedateer) 19; Van Jaarsveld en Oosthuizen 570; sien ook Blumberg *The law of corporate groups* (1987) 39).

'n Beslote korporasie kan egter wel lid en aandeelhouer van 'n maatskappy wees en dit selfs beheer. Dit is derhalwe wel nodig om vir sodanige groepsvorming en gepaardgaande probleme voorsiening te maak. Andersins sou die tersaaklike bepalinge van die Maatskappywet omseil kon word deur eenvoudig 'n beslote korporasie in beheer van een of meer maatskappye in 'n piramide te stel (Naudé 1984 *TRW* 127 – 128; Venter 1984 *TRW* 113; sien ook 1989 *TRW* 65).

Artikel 55 van die Wet op Beslote Korporasies trag juis om 'n omseiling van sekere voorskrifte ter bekamping van misbruik van beheer te voorkom. Dit maak voorsiening vir die toepassing van artikel 37 en sekere bepalinge van artikel 226 van die Maatskappywet in gevalle waar die verhouding tussen 'n beslote korporasie en 'n maatskappy sodanig is dat die korporasie indien dit 'n maatskappy was, 'n houërmaatskappy van eersgenoemde maatskappy sou wees. Bondigheids-halwe word vervolgens na so 'n beslote korporasie as 'n "kontrollerende korporasie" verwys en na so 'n maatskappy as 'n "beheerde maatskappy".

Artikel 37 van die Maatskappywet reël lenings en sekerheidstelling deur 'n filiaal aan of tot voordeel van sy houërmaatskappy of medefiliaal. Artikel 226 van die Maatskappywet verbied, behoudens sekere uitsonderings, lenings aan en sekerheidstelling deur 'n maatskappy aan of vir die verpligtinge van die maatskappy se eie direkteure en bestuurders, óf die direkteure en bestuurders van sy houërmaatskappy, óf die direkteure en bestuurders van sy medefiliaal, óf 'n regspersoon beheer deur sodanige direkteure of bestuurders.

Hierdie heel beperkte toepassing van enkele voorskrifte van die Maatskappywet deur artikel 55 van die Wet op Beslote Korporasies regverdig egter geensins 'n afleiding dat die regsposisie van 'n kontrollerende korporasie en sy

beheerde maatskappy(e) in die algemeen goedsikks oor dieselfde kam geskeer kan word as dié van 'n houermaatskappy en sy filiaal of filiale nie. Kriptiese opmerkings soos dat 'n beslote korporasie as "houermaatskappy in 'n groep" gereguleer word en dat 'n "korporasie wel die houermaatskappy van 'n beperkte maatskappy is", kan denkbaar weinig bydra om onversigtige afleidings in die verband te besweer (Cilliers ea *Close corporation service* (1992) 5–8). Dieselfde geld vir te wye stellings soos dat

"the Close Corporations Act treats a close corporation controlling a company as if it were the holding company of a subsidiary in the context of the Companies Act" (*Supplement to Wille and Millin* 19).

In hierdie bydrae word die aandag dus juis gevestig op enkele voetangels en klemme waarmee rekening gehou behoort te word indien die regsposisie van kontrolerende beslote korporasies en hul beheerde maatskappye met die nodige omsigtigheid oorweeg word.

## 2 Groepsverhoudings

Vanweë redes nou merendeels histories, ken die Maatskappywet steeds twee groepsverhoudings. Dit is die houer/filiaal-verhouding en die beherende/beheerde-verhouding (a 1 Maatskappywet, woordomsrywings van "beheerde maatskappy", "beherende maatskappy", "filiaalmaatskappy" en "houermaatskappy"; Henning 168; Botha 20). Die houer/filiaal-verhouding word wel in die Wet op Beslote Korporasies vermeld (a 1 en 55) maar na die beherende/beheerde-verhouding word nie verwys nie. Dit kan denkbaar sekere anomalieë in die hand werk.

So vind die voorskrifte van artikel 227 van die Maatskappywet op die oog af nie aanwending in die geval van 'n betaling aan die direkteur van 'n ander maatskappy, beheer deur die betalingsmaatskappy se "beherende" korporasie, as vergoeding vir ampsverlies of as teenprestasie vir of in verband met die uitrede van die betrokke direkteur uit sy amp nie. Geen voorsiening word in die Wet op Beslote Korporasies gemaak vir die toepassing van artikel 227 op "beherende" beslote korporasies nie. Dieselfde kon moontlik geargumenteer gewees het ten opsigte van die voormalige artikel 317(d) in die geval waar een van die direkteure 'n belang in die "beherende" beslote korporasie van die aanbieder gehad het.

## 3 Ander "misbruik van beheer"-bepalings

Benewens artikels 37, 226 en 227 waarna reeds verwys is, is van die belangrikste ander bepalinge van die Maatskappywet ter bekamping van misbruik van beheer, artikels 38 en 39.

Artikel 38 dien ter aanvulling van gemeenregtelike reëls oor die instandhouding van aandeelkapitaal. Dit verbied, behoudens etlike uitsonderings, die verlening van geldelike bystand deur 'n maatskappy vir die koop van of inskrywing op sy eie aandele of dié van sy houermaatskappy. Die Wet op Beslote Korporasies maak nie voorsiening vir die toepassing van hierdie verbod op die verlening van geldelike bystand deur 'n beheerde maatskappy vir die koop van ledebelange in sy kontrolerende korporasie nie.

Dit is opmerklik dat die kontrolerende korporasie met die toestemming van al sy lede self geldelike bystand mag verleen vir die verkryging van sy eie ledebelange, mits sy solvensie en likwiditeit gehandhaaf word (a 40). Laasgenoemde

bepaling vorm deel van die benadering in die Wet op Beslote Korporasies gebaseer op die handhawing van solvensie en likwiditeit in plaas van streng maatskappyregtelike kapitaalinstandhoudingsreëls (Naudé 1984 *TRW* 126–127) en van die vervanging van strafsanksies deur persoonlike aanspreeklikheid (sien a 63(f)).

Die eindeffek is egter dat nóg die verbod in artikel 38 van die Maatskappywet nóg die beveiligingsmeganismes in die Wet op Beslote Korporasies (sien a 40 en 63(f)) van toepassing is op die verlening van geldelike bystand deur 'n beheerde maatskappy vir die koop van ledebelange in sy kontrolerende beslote korporasie. Aangesien beide siviele en strafregtelike aanspreeklikheid op 'n handeling in stryd met artikel 38 volg en so 'n transaksie in sy geheel nietig is (*UDC Bank v Lipschitz* 1977 1 SA 275 (W) 286; *Lipschitz v UDC Bank* 1979 1 SA 789 (A)), is die beskerming van die minderheidsaandeelhouders van die beheerde maatskappy, in die geval van die verlening deur daardie maatskappy van sodanige geldelike bystand, wesenlik geaffekteer.

Artikel 39 van die Maatskappywet verbied lidmaatskap deur 'n filiaal van sy houermaatskappy. Hierdie spesifieke verbod is nie van toepassing gemaak op beheerde maatskappye en kontrolerende korporasies nie, aangesien artikel 29 van die Wet op Beslote Korporasies in elk geval ingelyfde maatskappye uitsluit van die direkte of indirekte lidmaatskap van beslote korporasies.

#### 4 Openbaarmakingsvoorskrifte

Volledige besonderhede van lenings gemaak en sekuriteit voorsien ingevolge artikel 226(2)(a), (b) of (e) van die Maatskappywet gedurende 'n boekjaar moet in die uitleen- of sekurerende maatskappy se finansiële jaarstate vermeld word (a 295(1)). Soms word dit nodig geag om te beklemtoon dat sodanige besonderhede nie in die finansiële jaarstate van 'n kontrolerende korporasie hoef te verskyn nie (Van Jaarsveld en Oosthuizen 571; Geach en Schoeman 570). Feit is egter dat daardie besonderhede ingevolge artikel 295(2) ook nie in 'n houermaatskappy se eie finansiële jaarstate vermeld hoef te word nie, maar wel in enige groep-finansiële jaarstate wat deur die houermaatskappy ingevolge die Maatskappywet opgestel en voorgelê moet word. Artikel 288 plaas 'n verpligting op houermaatskappye om groep-finansiële jaarstate op te stel en voor te lê. Dit is die statutêre verpligting wat nie op 'n kontrolerende korporasie van toepassing is nie.

Aangesien die mening egter bestaan dat artikel 288 van die Maatskappywet wel van toepassing is op 'n "beslote korporasie wat 'n houermaatskappy is", waarskynlik verwysende na 'n kontrolerende korporasie, is ietwat meer toeligting gerade om verdere onsekerheid te besweer.

Uit 'n maatskappyregtelike oogpunt is die belang van die houer/filiaal-verhouding nie net daarin geleë dat dit die grondslag vorm van voorskrifte wat misbruike van beheer bekamp nie. Dit vorm ook die basis van 'n groep voorskrifte wat die openbaarmaking van inligting aangaande die sake van 'n filiaal reël. Die belangrikste bepalings in laasgenoemde kategorie maak voorsiening vir groep-finansiële jaarstate, vir inligting aangaande transaksies wat binne die bestek van die "misbruik van beheer"-bepalings val, vir openbaarmaking van die belange van direkteure in aandele en skuldbriewe van filiale en vir inspeksie van sake van verwante maatskappye. Afgesien van die tweede groep bepalings rakende "misbruik van beheer"-transaksies, maak die Wet op Beslote



Korporasies nie enige van die voorskrifte in die openbaarmakingskategorie uitdruklik of by implikasie van toepassing op 'n kontrolerende korporasie/beheerde maatskappy-verhouding nie. Dit kan denkbaar tot sekere praktiese probleme aanleiding gee.

So sal die rekeningkundige beampte van 'n kontrolerende korporasie nie uit hoofde van artikel 281(b) geregtig wees op insae in alle lopende en vorige finansiële state van sy beheerde maatskappy, en om van die direkteure van die beheerde maatskappy die inligting en verduidelikings te eis wat hy nodig ag in verband met rekeningkundige rekords, boeke en dokumente van 'n beheerde maatskappy nie.

Ook is die direksie van 'n beheerde maatskappy nie uit hoofde van artikel 293 verplig om sy finansiële jaarstate op te stel sodat die rekenpligtige tydperk op dieselfde datum eindig as dié van sy kontrolerende korporasie nie.

Voorts rus daar geen algemene verpligting, soos dié vervat in artikel 288 van die Maatskappywet, op 'n kontrolerende korporasie om groep-finansiële jaarstate op te stel en aan sy lede voor te lê nie. Die aangeleentheid word korrek gestel in die hersiene audit- en rekeningkundige riglyn oor beslote korporasies van die Instituut van Geoktrooierde Rekenmeesters (*Beslote korporasies. 'n Inleiding en riglyn tot sommige van die meer belangrike aspekte van die Wet op Beslote Korporasies* (1991) par 73). Hiervolgens behoort by die opstel van die finansiële state van korporasies oorweging geskenk te word aan die rekeningkundige praktyke wat op hierdie gebiede algemeen aanvaar word. 'n Voorbeeld is die aanvaarde praktyk vir die opstel van gekonsolideerde of saamgevoegde finansiële state waar 'n aansienlike deel van die besigheid deur filiaalondernemings bedryf word. Indien 'n kontrolerende korporasie beduidende beheerde maatskappye het, kan dit dus vir die korporasie nodig wees om gekonsolideerde finansiële state op te stel ten einde 'n redelike weergawe te verskaf wat betekenisvol en nuttig vir sy lede sal wees.

Die voorafgaande beklemtoon dat daar geen regverdiging bestaan vir 'n standpunt dat as algemene reël die statutêre regte en verpligtinge van houerkorporasies en filiale sonder meer aanwending vind ten opsigte van kontrolerende korporasies en beheerde maatskappye nie, en veral nie om artikel 288 van die Maatskappywet goedsdiks op 'n kontrolerende korporasie van toepassing te maak nie.

Die vraag of 'n kontrolerende korporasie sy finansiële state met dié van sy beheerde maatskappye moet konsolideer, hang dus af van die besondere omstandighede van elke geval en nie van die klakkelose toepassing van die statutêre verpligtinge van houermaatskappye op kontrolerende korporasies nie.

## 5 Volfiliale

Artikel 1(5) van die Maatskappywet omskryf 'n volfiliaal as 'n filiaal wat nie ander lede as die houermaatskappy en sy volfiliale, en sy of hul genomineerdes het nie.

Die voorafgaande waarskuwings teen die ondeurdagte gelykskaking van die regsposisie van 'n kontrolerende korporasie en beheerde maatskappy met dié van 'n houermaatskappy en filiaal, word verder beklemtoon deur die feit dat bepalinge van die Maatskappywet wat uitsluitlik op volfiliale van toepassing is nie aanwending vind in gevalle waar die beheerde maatskappy geen ander lede as die kontrolerende korporasie en sy ten volle beheerde maatskappye, en sy of hul genomineerdes, het nie. (Bondigheidshalwe word sodanige beheerde

maatskappye hierna “volbeheerde maatskappye” genoem.) Dit gee daartoe aanleiding dat vrystellings ten opsigte van volfiliale nie van toepassing is op volbeheerde maatskappye nie. Voorbeelde hiervan is die volgende:

- Indien ’n lid van ’n publieke maatskappy bewus is dat die ledetal van die maatskappy benede die minimum van sewe gedaal het en die maatskappy vir ’n tydperk van meer as ses maande besigheid doen terwyl hy minder as sewe lede gehad het, is so ’n lid solidêr aanspreeklik teenoor skuldeisers vir alle maatskappyskulde wat na afloop van die ses maande-termyn aangegaan word (a 66 Maatskappywet). Volfiliale word van hierdie bepaling uitgesluit, maar nie volbeheerde maatskappye nie. ’n Kontrolerende beslote korporasie, en sy ten volle beheerde maatskappye en sy of hul genomineerdes, sal dus in so ’n geval as lede aanspreeklikheid vir bedoelde skulde van die publiek volbeheerde maatskappy opdoen.

- Ingevolge artikel 190 van die Maatskappywet is die kworum by die vergaderings van ’n volfiliaal die verteenwoordiger van die houermaatskappy. In die geval van ’n volbeheerde maatskappy geld hierdie voorskrif nie ten opsigte van die verteenwoordiger van die kontrolerende korporasie nie. Dit kan denkbaar veral in die geval waar die volbeheerde maatskappy ’n publieke maatskappy is tot regsonsekerheid aanleiding gee.

- Sekere volfiliale hoef nie groep-finansiële jaarstate voor te lê aan die algemene jaarvergaderings waarop hul eie finansiële jaarstate voorgelê word nie (a 288(1) Maatskappywet). Hierdie vrystelling geld nie vir volbeheerde maatskappye nie.

- ’n Volfiliaal hoef ingevolge artikel 299(1) van die Maatskappywet nie ’n direkteursverslag as deel van sy finansiële jaarstate voor te lê nie. ’n Volbeheerde maatskappy is nie van die verpligting onthef nie.

- Publieke maatskappye wat volfiliale is, hoef ingevolge artikels 303 en 304 van die Maatskappywet nie halfjaarlikse tussentydse verslae en voorlopige finansiële jaarstate aan lede te stuur nie. Hierdie vrystellings geld nie ten opsigte van ’n volbeheerde publieke maatskappy nie.

- ’n Volfiliaal het die bevoegdheid om enige van sy goed te verhipotikeer as aanvullende sekuriteit vir die uitreiking van skuldbriewe deur sy houermaatskappy (a 117(4) Maatskappywet). Sels al word aanvaar dat ’n beslote korporasie in beginsel wel skuldbriewe mag uitreik (Malan 64; Klopper *Die aanwending van die vennootskap en commandite as kapitaalvoorsieningskema vir beslote korporasies* (1990) 76), geld hierdie spesifieke bevoegdheidsverlening nie vir volbeheerde maatskappye nie.

Daar word geensins te kenne gegee dat bogenoemde ’n *numerus clausus* is nie.

## 6 Intragroepstransaksies

### 6.1 Leemtes aangevul

Konteksmatige leemtes in artikel 226 van die Maatskappywet en artikel 55 van die Wet op Beslote Korporasies wat reeds deur remediërende wetgewing aangespreek is, vorm die onderwerp van uitvoerige besprekings (bv 1989 *TRW* 65–88; Geach en Schoeman 567–571). Aandag word derhalwe slegs kortliks daaraan geskenk. Die bespreking word beperk tot lenings hoewel dit ook van toepassing is waar sekuriteit in plaas van ’n lening voorsien is.

Vanweë die beperkende omskrywing van “beheer” in artikel 226(1A)(b) het ’n lening aan ’n beslote korporasie aanvanklik buite die trefwydte geval van

die algemene verbod in artikel 226(1)(b) op 'n lening aan 'n

“ander regspersoon beheer deur een of meer direkteure of bestuurders van die maatskappy of van sy houermaatskappy of van 'n maatskappy wat 'n filiaal van sy houermaatskappy is”.

Artikel 55(3) van die Wet op Beslote Korporasies het hierby aangesluit deur slegs na 'n

“ander maatskappy beheer deur een of meer lede van so 'n korporasie of deur een of meer direkteure of bestuurders van 'n maatskappy wat 'n filiaal van die korporasie sou wees”;

te verwys en nie ook na “'n ander regspersoon” beheer deur sodanige persone nie. “Maatskappy” word in artikel 1 van die Wet op Beslote Korporasies omskryf as 'n maatskappy ingelyf ingevolge hoofstuk IV van die Maatskappywet. Dit is 'n beslote korporasie ten ene male nie.

Aangesien artikel 55(3) sekere bepalinge van artikel 226 *mutatis mutandis* van toepassing maak op die geval waar 'n beslote korporasie 'n maatskappy beheer, volg dit dat waar artikel 226 self nie 'n verbod geplaas het op 'n lening deur 'n filiaal onder meer aan 'n beslote korporasie wat deur die direkteure of bestuurders van die uitleenmaatskappy se houermaatskappy of medefiliaal beheer word nie, 'n soortgelyke leemte ook sou voorkom in die toepassing daarvan deur artikel 55(3). Die gevolg van 'n te eng omskrywing van “beheer” in artikel 226(1A)(b) was dat lenings deur 'n filiaal aan 'n beslote korporasie beheer deur die direkteure en beamptes van die uitleenmaatskappy self, of van die uitleenmaatskappy se houermaatskappy of medefiliaal, buite die trefwydte van die verbod geval het. Lenings deur 'n beheerde maatskappy aan 'n beslote korporasie beheer deur lede van die kontrolerende korporasie van die uitleenmaatskappy, of aan 'n beslote korporasie beheer deur die direkteure of bestuurders van 'n medebeheerde maatskappy van die uitleenmaatskappy, het dienoreenkomstig ook buite die trefwydte van die *mutatis mutandis*-toepassing van die verbod deur artikel 55(3) geval. Daarbenewens was dit ook die geval vanweë die beperkende bewoording van artikel 55(3) self.

Eersgenoemde leemte is met bekwame spoed aangevul deur artikel 5 van die Maatskappywysigingswet 29 van 1985. Die omskrywing van “beheer” in artikel 226(1A)(b)(ii) is gewysig om voorsiening te maak vir die geval waar die betrokke direkteur of beampte, of sy of hul genomineerde(s), meer as vyftig persent van die belang in 'n beslote korporasie hou.

Die bestaan van die tweede leemte, naamlik die onoordeelkundige bewoording van artikel 55(3) wat net verwys het na 'n lening ten aansien van 'n “maatskappy”, is amptelik erken na 'n voorlegging aan die Vaste Advieskomitee oor Maatskappyereg (sien 1989 TRW 65). Aan die hand daarvan is artikel 2 van die Wysigingswet op Beslote Korporasies 19 van 1990 ingevoer wat in paragrawe (b) en (ii) van artikel 55(3) telkens die woorde “of ander regspersoon” ingevoeg het na die woorde “'n ander maatskappy”.

Daarmee is alle denkbare leemtes egter nie beredder nie. As voorbeeld hiervan dien die volgende verdere anomalieë wat toeligtig aan die hand van 'n eenvoudige feitestel verdien.

## 6 2 Feitestel

Gestel W BK hou meer as die helfte van die ekwiteitsaandelekapitaal van elk van Y (Edms) Bpk en T (Edms) Bpk. Y (Edms) Bpk hou op sy beurt meer as die helfte van die ekwiteitsaandelekapitaal van Z Bpk. X (Edms) Bpk is lid van Y (Edms) Bpk en beheer die samestelling van sy direksie. C, 'n lid van W BK,



hou meer as 50 persent van die belang in S BK en meer as die helfte van die ekwiteitsaandelekapitaal van X (Edms) Bpk en is 'n lid van T (Edms) Bpk en beheer die samestelling van sy direksie. B, 'n direkteur van Y (Edms) Bpk, is 'n lid van R (Edms) Bpk en beheer die samestelling van sy direksie. B hou ook meer as 50% van die belang in elk van W BK en Q BK.

Anders gestel, is Y (Edms) Bpk en T (Edms) Bpk beheerde maatskappye van W BK. Z Bpk is 'n filiaal van Y (Edms) Bpk. Laasgenoemde is ook 'n filiaal van X (Edms) Bpk. C beheer T (Edms) Bpk, S BK en X (Edms) Bpk. B beheer Q BK, W BK en R (Edms) Bpk.

### 6.3 Die algemene verbod in artikel 226 en die aangepaste trefwydte van artikel 37

W BK is die kontrolerende korporasie van Y (Edms) Bpk en word op sy beurt beheer deur B, 'n direkteur van Y (Edms) Bpk. Indien Y (Edms) Bpk 'n lening maak aan W BK, wil dit op die oog af voorkom of daar 'n botsing kan bestaan tussen die bepalings van artikel 226 as sodanig (maw losstaande van die voorskrifte van a 55(3)) aan die een kant, en die bepalings van artikel 37 van die Maatskappywet soos toegepas deur artikel 55(1) van die Wet op Beslote Korporasies aan die ander kant).

Volgens artikel 55(1) is die bepalings van artikel 37 ten opsigte van 'n lening deur 'n maatskappy aan sy houermaatskappy *mutatis mutandis* van toepassing op 'n lening deur 'n beheerde maatskappy (Y (Edms) Bpk) aan sy kontrolerende korporasie (W BK). Aangesien artikel 37 geen verbod bevat nie, en die benadering daarin is dat fondse vrylik in 'n groep kan vloei, is die uitgangspunt dat 'n lening deur beheerde maatskappy Y (Edms) Bpk aan sy kontrolerende korporasie (W BK) daarvolgens geldig is. Dit is egter opmerklik dat artikel 55(1) nie voorskryf dat die lening deur Y (Edms) Bpk aan W BK vir alle doeleindes as 'n lening deur 'n filiaal aan sy houermaatskappy beskou moet word nie. Trouens, artikel 55(1) beskou die lening steeds as 'n lening deur 'n beheerde maatskappy aan sy kontrolerende korporasie en maak bloot die bepalings van artikel 37 van die Maatskappywet *mutatis mutandis* daarop van toepassing. Nóg artikel 55(1) nóg artikel 37 verwys uitdruklik na die bepalings van artikel 226 van die Maatskappywet.

Volgens artikel 226(1)(b) word 'n lening deur 'n maatskappy (Y (Edms) Bpk) aan 'n regs persoon (W BK) wat deur een van sy direkteure (B) beheer word, behoudens enkele uitsonderings egter verbied. 'n Lening deur Y (Edms) Bpk aan W BK wat nie binne enige van die uitsonderings val nie, is hiervolgens dus nietig (*Standard Bank of SA Ltd v Neugarten* 1987 3 SA 695 (W) 703; *Neugarten v Standard Bank of SA Ltd* 1989 1 SA 797 (A) 808–813, veral 810C–D).

'n Soortgelyke botsing tussen die bepalings van artikels 37 en 226 van die Maatskappywet het na die invoering van die Maatskappywysigingswet 111 van 1976 bestaan in die geval waar die houermaatskappy beheer is deur 'n direkteur van die uitleenfiliaal (Henning 182–183; Botha 179–189; Naudé 1979 MB 14–15). Dié teenstrydigheid is in 1977 beredder. Artikel 226(1B) is met terugwerkende krag ingevoer deur artikel 21 van die Maatskappywysigingswet 64 van 1977 wat geag is op 23 Julie 1976 in werking te getree het. Dit is die datum van inwerkingtreding van die Maatskappywysigingswet 111 van 1976. Artikel 226(1B) bepaal dat artikel 226 nie so uitgelê moet word as sou dit 'n maatskappy verbied om 'n lening toe te staan aan sy houermaatskappy óf sy filiaal óf 'n filiaal van sy houermaatskappy nie.

By inwerkingtreding van die Wet op Beslote Korporasies op 1 Januarie 1985 was die botsing tussen artikel 226 as sodanig en artikel 37 soos toegepas deur

artikel 55(1) ook nie moontlik nie, aangesien “beheerde” beslote korporasies buite die trefwydte van die verbod in artikel 226 geval het vanweë die beperkende omskrywing van “beheer” in artikel 226(1A)(b). Getrou aan die aanvanklike leemte in die toepassing van die verbod ten aansien van beslote korporasies, verwys artikel 226(1B) slegs na ’n lening aan ’n houermaatskappy en nie ook na ’n lening aan ’n kontrolerende korporasie nie. Toe dié aanvanklike leemte aangevul is deur die 1985-wysiging van artikel 226(1A)(b)(i) om ’n “beheerde” beslote korporasie binne die trefwydte van die algemene verbod in artikel 226(1)(b) te laat val, is versuim om ook ’n gepaste wysiging aan artikel 226(1B) aan te bring. Die gevolg is dat ’n letterlike uitleg van artikel 226(1B) slegs lenings aan houermaatskappye, filiale en filiale van houermaatskappye van die trefwydte van die verbod uitsluit en nie alle lenings waarop artikel 37 van toepassing gemaak is nie.

Die omskrywing van “houermaatskappy” in artikel 1 van die Maatskappywet sluit bowendien nie ’n beslote korporasie in nie. Ook artikel 55(1) bevat geen verwysing na artikel 226 in die algemeen of artikel 226(1B) in die besonder nie. Artikel 55(3) maak op sy beurt slegs die bepalings van artikel 226, en derhalwe ook artikel 226(1B), van toepassing op lenings aan lede en beamptes van ’n kontrolerende korporasie en regs persone onder hul beheer, en nie op ’n lening aan ’n beslote korporasie wat deur ’n direkteur of beampte van die uitleenmaatskappy self beheer word nie.

Uit hierdie oogpunt beskou, wil dit voorkom of versuim is om ’n lening deur ’n beheerde maatskappy aan ’n kontrolerende korporasie wat beheer word deur die uitleenmaatskappy se eie direkteur of beampte, duidelik buite die trefwydte van die verbod in artikel 226(1)(b) te plaas. Afgaande op so ’n siening is in 1985, sover dit lenings betref aan ’n kontrolerende korporasie wat deur ’n direkteur van die uitleenbeheerde maatskappy beheer word, in ’n vergelykbare vanggat van teenstrydigheid tussen artikels 226 en 37 beland as wat in 1976 ontstaan het ten opsigte van ’n lening aan ’n houermaatskappy beheer deur ’n direkteur van die uitleenfiliaal.

Skrywers beklemtoon dat in gedagte gehou moet word dat artikel 37 te doen het met intergroepstransaksies, dat dit in artikel 226 primêr gaan oor lenings aan direkteure en beamptes en dat die toepassingsgebiede van die twee bepalings skerp van mekaar onderskei moet word, anders sou artikel 226 denkbaar die hele filosofie agter artikel 37 in die wiele kon ry (Naudé 1979 *MB* 15; Lubbe 183; Botha 180; Oosthuizen 1988 *TSAR* 134). Dat hierdie perspektiewe eger nie sonder meer ’n uitleg noodsaak dat aan die bepalings van artikel 37 bo dié van artikel 226 voorkeur verleen moet word nie, blyk uit die feit dat dit nodig geag is om artikel 226(1B) in te voer ten einde dit duidelik te stel dat artikel 226 nie vertolk moet word as ’n verbod op lenings tussen maatskappye in ’n groep nie. Juis daarom is die afwesigheid van enige verwysing na ’n beslote korporasie in artikel 226(1B) des te meer opmerklik.

Die onderhawige lening kan nie bo alle twyfel as toelaatbaar en as buite die trefwydte van die verbod in artikel 226(1)(b) aangestip word nie. Dit wil derhalwe voorkom of ’n gepaste wysiging van artikel 226(1B) gewens kan wees om dit heel duidelik te stel dat die werking van artikel 37 ook in dié geval nie deur die verbod in artikel 226(1)(b) beïnvloed word nie.

#### 6 4 Die verbod op lenings aan korporateurs en die werking van artikel 37

X (Edms) Bpk is 'n houermaatskappy van Y (Edms) Bpk en W BK is laasgenoemde se kontrolerende korporasie. X (Edms) Bpk word op sy beurt deur C, 'n lid van W BK, beheer.

Indien 'n lening deur Y (Edms) Bpk aan X (Edms) Bpk van naderby beskou word, wil dit op die oog af voorkom of daar 'n teenstrydigheid tussen die bepalings van artikel 52 en artikel 37 bestaan.

Aangesien artikel 37 geen verbod bevat nie, word 'n lening deur 'n filiaal (Y (Edms) Bpk) aan sy houermaatskappy (X (Edms) Bpk) nie daardeur met nietigheid bedreig nie. Vanweë die toepassing van die bepalings van artikel 226 deur artikel 55(3) is so 'n lening in die lig van artikel 226(1B) uitgesluit van die verbod (in a 226(1)(b) gelees met a 55(3)) op 'n lening deur 'n beheerde maatskappy (Y (Edms) Bpk) aan 'n ander maatskappy (X (Edms) Bpk) beheer deur 'n lid (C) van sy kontrolerende korporasie (W BK). Die geldigheid van die betrokke lening word dus nie deur die toepassing van die tersaaklike bepalings van artikel 226 beïnvloed nie.

'n Lening deur 'n korporasie (W BK) aan 'n maatskappy (X (Edms) Bpk) wat deur een van sy lede (C) beheer word, word egter deur artikel 52(1)(c) verbied. Die ironie is dat hoewel die beslote korporasie (W BK) in beginsel self nie 'n lening aan X (Edms) Bpk mag maak nie, sy beheerde maatskappy (Y (Edms) Bpk) wel 'n lening aan die betrokke maatskappy mag maak, wat in dié geval beide 'n houermaatskappy en medefiliaal van die uitleenmaatskappy (Y (Edms) Bpk) is. Dit kan die beheerde maatskappy blootstel aan druk om 'n lening wat die kontrolerende korporasie self nie mag maak nie, tot indirekte ekonomiese voordeel van die lid van die korporasie toe te staan.

Vanweë die leemte wat voorheen in artikel 55(3) bestaan het (sien par 5 1 *supra*), behoort dieselfde te kon gegeld het ten aansien van 'n lening deur Y (Edms) Bpk aan S BK. Aangesien S BK nie 'n maatskappy is nie, het dit buite die trefwydte van die verbod in artikel 226(1)(b) (gelees met artikel 55(3)) op lenings deur 'n maatskappy (Y (Edms) Bpk) aan 'n ander maatskappy beheer deur 'n lid (C) van die kontrolerende korporasie (W BK) geval. Hoewel 'n lening deur Y (Edms) Bpk aan S BK nie verbied was nie, is 'n lening deur W BK aan S BK wel verbied, synde 'n lening deur 'n korporasie (W BK) aan 'n ander korporasie (S BK) beheer deur 'n lid (C) van die uitleenkorporasie (a 52(1)(b)). Weer eens het die moontlikheid bestaan dat die kontrolerende korporasie (W BK) druk kon uitoefen op sy beheerde maatskappy (Y (Edms) Bpk) om 'n lening te maak wat die korporasie nie self mag maak nie en wat strek tot die indirekte ekonomiese voordeel van 'n lid van die kontrolerende korporasie.

#### 6 5 Transaksies “afwaarts” en die verbod op lenings deur korporasies

Daar word dikwels beklemtoon dat die “misbruik van beheer”-bepalings nie van toepassing is op 'n “afwaartse” transaksie soos 'n lening deur 'n houermaatskappy aan sy filiaal nie (Naudé 1979 *MB* 9; Lubbe 181; Botha 172; Van Jaarsveld en Oosthuizen 464 466 572). So 'n lening word deur artikel 37(1)(a) uitdruklik uitgesluit van die voorskrifte van artikel 37, en deur artikel 226(1B) van die verbod in artikel 226(1)(b).

Dit sou dienooreenkomstig nie onredelik wees om te verwag dat die algemene verbod in artikel 52 van die Wet op Beslote Korporasies op lenings deur 'n beslote



korporasie aan sy korporateurs of regspersone onder hul beheer, ook nie van toepassing is op 'n "afwaartse lening" deur 'n beslote korporasie aan sy beheerde maatskappy nie. Anders as artikel 37(1)(a) en artikel 226(1B), bevat artikel 52 egter geen sodanige uitsluiting nie. Dit kan denkbaar verdere anomalieë in die hand werk.

In die feitestel is T (Edms) Bpk 'n beheerde maatskappy van W BK en word beheer deur C, 'n lid van W BK. 'n Lening deur W BK aan T (Edms) Bpk kan beskou word as 'n "afwaartse" lening deur 'n kontrolerende korporasie (W BK) aan 'n beheerde maatskappy (T (Edms) Bpk) wat selfs buite die trefwydte van die reëling in artikel 37 gelees met artikel 55(1) val aangesien dit buite die bestek van misbruik van beheer oor 'n filiaal val. Afgaande op stellings dat daar nog nooit 'n verbod was op 'n "afwaartse" lening nie (Naudé 1979 *MB* 8) kan ligtelik tot die gevolgtrekking gekom word dat daar geen beletsel op so 'n lening bestaan nie.

Die onderhawige lening word egter uitdruklik deur artikel 52 verbied indien dit beskou word as 'n lening aan 'n maatskappy (T (Edms) Bpk) wat deur 'n lid (C) van die uitleenkorporasie (W BK) beheer word. Hoewel artikel 52 in breë trekke op die lees van artikel 226 geskoei is, is die ironie juis dat indien W BK 'n maatskappy was en C sy direkteur, so 'n afwaartse lening uit hoofde van artikel 226(1B) buite die trefwydte van die verbod in artikel 226 sou geval het.

Bestaan daar ruimte om te argumenteer dat so 'n lening nie noodwendig verbied word nie, maar dat telkens gekyk moet word na die oogmerk daarmee? Dit sou daarop neerkom dat indien die oogmerk is om aan T (Edms) Bpk as beheerde maatskappy uitsluitlik in groepsbelang finansiële ondersteuning te verleen, die lening beoordeel word as 'n afwaartse transaksie wat buite die trefwydte van die regulering val. Indien die bedoeling egter is om lid C indirek deur so 'n lening te bevoordeel, dan behoort dit binne die trefwydte van die verbod in artikel 52 te val.

Of so 'n benadering sonder meer aanvaar kan word, is te betwyfel, veral omdat artikel 52 uitdruklik die regstreekse of onregstreekse verstrekking van die onderhawige lening verbied, en anders as artikels 37(1)(a) en 226(1B), nie 'n uitsluiting bevat ten opsigte van "afwaartse" lenings of sekerheidstelling nie.

## 7 Slot

Dit is duidelik dat die oorgrote meerderheid bepalinge van die Maatskappywet ten aansien van houermaatskappye en filiale nie op kontrolerende korporasies en beheerde maatskappye van toepassing gemaak is nie. Hierdie beperking behoort deurgaans voor oë gehou te word en die regsposisie van sodanige korporasies en maatskappye behoort in die lig daarvan met veel meer omsigtigheid benader te word.

Die Vaste Advieskomitee oor Maatskappyereg het in die beleidsverklaring van 15 Junie 1989 oor "Toekomstige ontwikkelings van die maatskappyereg" te kenne gegee dat 'n effektiewer erkenning van die groepstelsel, asook die uit-skakeling van gebreke ten opsigte van beslote korporasies in die statutêre verbod op lenings en sekerheidstelling, deel van sy werksprogram vorm. Dat daar genoegsame rede bestaan om hierdie onderwerpe as prioriteitsaangeleenthede te hanteer, is nie te betwyfel nie. Trouens, die regsposisie van die beslote korporasie in groepsverband steek ten spyte van regstellende optrede steeds skerp

af by die innovasie, vereenvoudiging en deregulering wat andersins so kenmerkend van hierdie uiters gewilde ondernemingsvorm is.

JJ HENNING

*Sentrum vir Ondernemingsreg, Universiteit van die Oranje-Vrystaat*

## SPOUSAL SUPPORT – AN UPDATE

This note deals with spousal support; it must be emphasised at the outset, however, that any rigid differentiation of the topic of spousal support from that of child support is in truth impossible. When parent and child share a home, the standard of living of the parent is also that of the child; and in particular the poverty of the custodial parent is that of the child.

The reforms in family law over the last decade or so have cured some of the ills relating to spousal support, but certain intractable problems remain. I propose first to consider support in present-day marriage and divorce; then the situation of persons who married prior to the reforms; and lastly to sketch some international trends.

Let us consider the average young couple who marry today. The object of various recent measures has been to ensure that the end of their marriage will not spell destitution for either partner. First of all, it is to be hoped that they will choose to marry either in terms of the accrual system or in the new-style community of property, both of which were introduced by the Matrimonial Property Act 88 of 1984. Initially the provisions of that act did not apply to black marriages but since 1988 they have done so (in terms of the Marriage and Matrimonial Property Law Amendment Act 3 of 1988). The public is still not well-informed about the choices of matrimonial property regime and it is submitted that academic specialists in family law could contribute to legal literacy in this field.

A further reform measure was the Divorce Amendment Act 70 of 1989 which introduced the concept of pension-sharing to South Africa. In terms of the amended act, when a court is determining the patrimonial benefits to which divorcing parties may be entitled, their pension interests are deemed to be part of their assets (s 7(7)(a)). The parties' pension interests are calculated by determining the pension benefits to which they would be entitled if they resigned from their employment on the date of divorce (s 1(1)). It should be noted that the provision does not apply to parties married after 1 November 1984 by antenuptial contract in terms of which community of property, community of profit and loss *and* the accrual system are excluded (s 7(7)(c)). The South African Law Commission is about to re-examine the provisions relating to pension-sharing because of actuarial and administrative problems which have arisen (see *Financial Mail* 1991-04-19 34).

If the marriage is ended by death, the widowed spouse whose own means and earnings are insufficient for self-support may now in terms of the Maintenance

of Surviving Spouses Act 27 of 1990 claim reasonable maintenance needs from the estate of the deceased spouse. Such a claim has the same order of preference as that of a dependent child (s 2(3)(b)).

Since some of the marriages entered into before the passing of the Matrimonial Property Act of 1984 may last for another forty or fifty years, the situation of spouses in those marriages continues to be relevant. Naturally, those persons also benefit from the reforms relating to pension-sharing and to the maintenance of surviving spouses. It is generally recognised that in the old-style marriage the most disadvantaged spouse is the woman married out of community of property who has not worked outside the home and so has built up no assets of her own. The legislator has recognised her plight, and section 7(3) of the Divorce Act 70 of 1979 now provides that in respect of divorcing spouses who married out of community of property by antenuptial contract before the commencement of the Matrimonial Property Act of 1984, or of black spouses who married under the old system before the commencement of the Marriage and Matrimonial Property Law Amendment Act of 1988, the court may order a transfer of assets between the parties if it is satisfied that the one who is to receive assets contributed directly or indirectly to the maintenance or increase of the other party's estate during the marriage. A very important aspect of this provision is that for the first time our law has acknowledged the contribution of the non-income producing partner. It seems that this provision did not apply in respect of a marriage which, in terms of a foreign legal system such as that of England, was *automatically* out of community of property. The problem has been resolved by the Divorce Amendment Act 44 of 1992, which provides that

“when a court grants a decree of divorce in respect of a marriage the patrimonial consequences of which are according to the rules of the South African private international law governed by the law of a foreign state, the court shall have the same power as a competent court of the foreign state concerned would have had at that time to order that assets be transferred from one spouse to the other spouse” (s 1).

The Maintenance Amendment Act 2 of 1991, which came into operation on 1 March 1992, demonstrates the state's continuing reluctance and indeed inability to shoulder the burden of support itself, and its determination to ensure that the family does so. The amendments may be considered to fall into three categories: those aimed at improving voluntary compliance; those aimed at stricter enforcement where there is failure to comply; and those aimed at streamlining maintenance court procedures.

Fines have been vastly increased; thus the person who fails to comply with a maintenance order faces a fine of R8 000 or imprisonment for two years (s 11(1) of Act 23 of 1963 as amended) or both a fine and imprisonment. In order to facilitate the tracing of defaulters the court may order photographs to be taken of a person against whom a maintenance order has been made (*idem* s 5(5)); and the maintenance officer may furnish particulars of defaulters to businesses which grant credit or are involved in credit rating (*idem* s 11(6)). Important streamlining measures are, first of all, the provision that where it is alleged that a person has failed to comply with a maintenance order it will be *presumed* that he has failed to do so (*idem* s 14A); and secondly the provision that maintenance may be ordered to be paid directly to the person to whom it is owed, or directly into an account at a financial institution (*idem* s 5(4)a(i)). The existing act does make provision for garnishee orders to be made



against maintenance offenders (s 12 of Act 23 of 1963), but it is regrettable that the amending act does not make provision for these automatically to follow a debtor from one place of employment to another.

I now turn to current views on spousal support in other jurisdictions. Everywhere today urban life goes hand in hand with a high divorce rate and resultant social problems. World-wide the no-fault divorce has been established long enough for the assessments to have started coming in. The divorce reforms of the last few decades were introduced because it was felt that the law was lagging behind social trends and they were intended to free the courts from participation in dishonest divorce rituals. The economic equality of the parties and their individuality rather than their interdependence as members of family groups were emphasised. However, divorce-related problems have not vanished; if anything they have multiplied. Today it is conceded that in reality men and women are not yet economic equals, and that the no-fault divorce has deprived the rejected spouse of bargaining power. Terms such as the poverty of female-headed households, the downward spiral of poverty and the feminisation of poverty have become clichés. The best-known writer on the consequences of the no-fault divorce is probably Weitzman (*The divorce revolution: the unexpected social and economic consequences for women and children in America* (1985)); but Melli ("Constructing a social problem: the post-divorce plight of women and children" 1986 *American Bar Foundation Research J* 770) has questioned her view that the no-fault approach can be blamed for most of the social ills attendant on divorce and asserts, correctly I submit, that the real culprit is the high divorce rate. As she points out, divorce has always impoverished women and although those who receive maintenance are the visible members of society, on the whole few women ever do (*idem* 769).

It seems that reforms of the reforms are commencing. The trend towards the clean-break divorce, and the award of only rehabilitative alimony or of none, has been reversed in some states in the United States of America (see Woodhouse "Towards a revitalization of family law" 1990 *Tex LR* 278). In addition it seems that the fault factor refuses to die. Both Woodhouse (257) and Melli (762) find evidence that couples still, in their own minds, apportion blame and would prefer the law to do the same.

Glendon's book *The transformation of family law* (1989) is reviewed by Woodhouse in an article entitled "Towards a revitalization of family law" (*supra*) and perhaps her contribution portends a swing of the pendulum in family law. Woodhouse disagrees with Glendon's implication that the law, while deploring the disintegration of the family (to which disintegration it has possibly contributed), can do nothing but stand aside and watch it happen. She believes that the law cannot be value-neutral, that

"some agency must perform the role of describing desired family behaviour because, left unguided, humans are very likely to act on short-term individual interests"

and that

"our task should be to seek ways in which law can contribute to the revitalization of family solidarity, commitment and co-operation".

In conclusion, it is submitted that the causes of divorce are so complex, and the economic problems attendant on divorce of such dimensions, that the law alone cannot provide the answers. Attempts to mediate divorce or to improve the enforcement of maintenance orders are stop-gap measures. Edwards, Gould

and Halpern ("The continuing saga of maintaining the family after divorce" 1990 *Family Law* 35) argue the need for a clear social policy which recognises that the economic plight of women on divorce is a product of their position within the family and the social structure, and which seeks to redress it. In the United States, Melli similarly suggests that if we are to tolerate a high rate of divorce,

"we ought not to accept a policy that makes one segment of the population bear the brunt of that policy" (770).

These arguments are valid in South Africa too. Regrettably it seems that here we shall wait a long time before the state has the means or the inclination to intervene in this dilemma.

LESBURY VAN ZYL  
*University of South Africa*

*Die vraag of die oorledene 'n onderhoudspilig gehad het [moet] beoordeel word volgens sy verdienvermoë en sonder verwysing na die inkomste wat hy inderdaad as marskramer verdien het . . . Vir die vermoë om te verdien is die liggaamlike en geestelike toestand op die voorgrond met klaarblyklike noodsaak om ook te kyk na kwalifikasies, werkgeleenthede, ensovoorts. Tensy daar 'n rede tot die teendeel is, sou dit waarskynlik voldoende wees om te volstaan met die beskouing dat die oorledene dieselfde normaliteit het as wat normaalweg binne die parameters van normaliteit val. In hierdie saak is daar egter getuienis wat dit voldoende bewys. Die aangewese afleiding uit die vermoë om met skynbare stiptelikheid weekliks op die mark te koop en daar transaksies aan te gaan wat die betaal van skulde insluit en die aankoop van goedere, dui op aanvaarbare verstandelike vermoëns en selfgedisiplineerdheid. Dan was daar die verkoopskant waar vra-pryse bepaal moes word en dalk bedinging gedoen moet word volgens verswakking van gehalte of aanbieding van kopers. Kleingeld moet afgetel en uitgekeer word. Voorraad moes beheer word. As na die fisiese verwys word, is die mens wat ter sprake is klaarblyklik iemand wat na die mark kon beweeg en sy vrag van daar af na sy afsetpunt kon kry. Dit is 'n patroon van 'n man met twee bene, twee hande en aan twee arms, twee oë, 'n mond en twee ore. Alles het gewerk. Geen onderhoudshof sou anders bevind nie as dat die oorledene in staat was om te verdien (per Flemming ARP in *Lebona v President Versekeringsmpy Bpk* 1991 3 SA 395 (W) 401 – 402).*

# VONNISSE

## ALGEMENE VORDERING GEBASEER OP ONGEREGVERDIGDE VERRYKING IN HEROORWEGING

Blesbok Eiendomsagentskap v Cantamessa 1991 2 SA 712 (T)\*

1 Onder verrykingsaanspreeklikheid word verstaan aanspreeklikheid uit hoofde van 'n verbintenis wat ontstaan deurdat een persoon se vermoë ten koste van 'n ander se vermoë vergroot is, sonder dat daar 'n grond is wat die reg as afdoende beskou vir die verskuiwing of behoud van waarde. Word in 'n bepaalde geval aan al die elemente van hierdie omskrywing voldoen, bestaan daar 'n vorderingsreg vir die omvang van die verryking of die verarming welke van die twee ook al die minste is. Die verbintenis verplig die verrykte om sodanige verryking as wat ten tyde van *litis contestatio* voorhande is aan die verarmde af te gee bloot omdat die reg dit billik ag (De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* (1987) 2).

Dit is duidelik dat alle vorme van verryking nog nie in 'n kapitalistiese bestel as grondslag van 'n juridies afdwingbare vordering tot verhaal vir die verarmde kan lei nie. Dit is nog geen misdaad om ryk te word nie – die vraag is bloot hoe. (“Im Wirtschaftskampf kann es niemandem verwehrt werden, seine eigenen Belange auch dann zu verfolgen, wenn dadurch ein anderer geschädigt wird” – uitspraak van die Reichsgericht aangehaal deur Westermann *Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen* (1954) 33.) Om daardie rede is die kwalifikasie van *ongegronde* verryking (ook bekend as *ongeregverdigde* verryking) van wesenlike belang. Slegs bepaalde gevalle van baattrekking of verryking kan getipeer as *ongeregverdigde* verryking die ontstaansbron van 'n verbintenis wees.

In die algemeen word tans aanvaar dat volgens die positiewe reg die Suid-Afrikaanse reg (ondanks die ontwikkeling wat in die Romeins-Hollandse reg plaasgevind het) geen algemene verrykingsaksie (of beter gestel, vordering – dit is tog geen *aksiegebonde* regsisteem nie) het nie:

“[N]êrens is die reël teen ongeregverdigde verryking onafhanklik van een of ander erkende verrykingsaksie, en los van bepaalde omstandighede, as 'n verbinteniskepende feit aanvaar nie . . . Dat ons reg trapsgewys tot die erkenning van 'n algemene verrykingsaksie kan ontwikkel, is bes moontlik, maar daardie punt is, myns insiens, nog nie bereik nie” (Nortjé v Pool 1966 3 SA 96 (A) 139H – 140A; sien ook De Vos 268 ev).

\* Sien ook 1992 *THRHR* 124–128 vir 'n bespreking van hierdie saak (redakteur).



Alle vorderings gebaseer op ongeregverdigde verryking moet gevolglik steeds volgens die geïkte standpunt onder een van die bepaalde aksievorme soos dit uit die Romeinse en die Romeins-Hollandse reg ontwikkel het, tuisgebring word (vgl bv Hutchison, Van Heerden, Visser en Van der Merwe *Wille's principles of South African law* (1991) 630). Die klem val egter op die "ontwikkeling" wat die gemeenregtelike aksies ondergaan het. In die praktyk het die gemeenregtelike aksievorme naamlik mettertyd wesenlike verruimings ondergaan; die gevolg is dat in vele gevalle bloot lippediens aan die oorspronklike begrip betoon word terwyl inhoudelik reeds merkbaar meer daaronder tuisgebring word as wat die geval in die gemenerereg was. Dit is die sogenaamde uitgebreide aksievorme.

Uit die uitspraak van appèlregter Nienaber in *Commissioner for Inland Revenue v First National Industrial Bank Ltd* 1990 3 SA 641 (A) kan egter afgelei word dat die Suid-Afrikaanse reg in sy oë nog nie sy eindontwikkeling in hierdie verband bereik het nie. Tersluiks gee hy moontlik 'n aanduiding dat die appèlhof weer oor die erkenning van 'n algemene verrykingsaksie kan nadink deurdat hy die volgende formulering uit die uitspraak van die hof *a quo* aanhaal sonder om hom of die appèlhof uitdruklik daarvan te distansieer:

"[T]he legal relationship between the Commissioner and the applicant is an ordinary common law legal relationship flowing from unjust enrichment" (646F).

(Die opmerking op 648H – I distansieer hom nie van die formulering van 'n "gewone verrykingsaksie" nie maar wel van die hantering daarvan in die bepaalde feitestel.) In die lig van die aangehaalde standpunt van die appèlhof in die *Nortjé*-saak moes daar eintlik geen ruimte vir iets soos 'n "gewone gemeenregtelike verbintenis voortvloeiend uit ongeregverdigde verryking" wees nie. (Sonder om na hierdie deel van die uitspraak van Nienaber AR te verwys, meld ook Hutchison ea 630 dat dit heel moontlik is dat die appèlhof in die toekoms sy standpunt oor 'n algemene vordering gebaseer op ongeregverdigde verryking sal hersien.)

Die formulering in die *CIR*-saak was egter nie die enigste opmerking wat gedurende die afgelope dekade in die gerapporteerde regspraak te lees was wat daarop dui dat die tyd vir die erkenning van 'n algemene vordering gebaseer op die beginsels van ongeregverdigde verryking ryp is nie. In *Rulten v Herald Industries (Pty) Ltd* 1982 3 SA 600 (D) 607B – C merk regter Booyens ook reeds op dat dit hoog tyd is om 'n algemene verrykingsaksie te erken. In al daardie gevalle het dit egter terloops ter sprake gekom.

2 In *Blesbok Eiendomsagentskap v Cantamessa* spreek regter Van Zyl hom egter, anders as die voormelde *obiter*-opmerkings, duidelik uit ten gunste van 'n deurbreking van die impasse en toon aan dat die tyd vir die erkenning van 'n algemene verrykingsaksie oorryp is.

3 Die feite wat tot die uitspraak aanleiding gegee het, kan kort saamgevat word. Ene Mynhardt het as eiendomsagent in diens van die appellant 'n koopkontrak tussen 'n verkoper van 'n plaas en besigheid, ene Volschenk, en die koper, Cantamessa, bewerkstellig (714J – 715A). Cantamessa het aan Mynhardt 'n mandaat gegee om die koopsaak te laat waardeer ten einde finansiering van die transaksie deur 'n derde party moontlik te maak. Die waardasie is deur Mynhardt van die waardeerder, ene Gamsu, bekom teen R1 316. Dit was buite geskil dat die bedrag van die waardasiefooi hoegenaamd nie buitensporig hoog was nie en binne die norm geval het wat deur waardeerders benut word (715D – E).

Mynhardt vorder van sy mandant, Cantamessa, die bedrag van R1 316 as synde die bedrag wat hy namens sy mandant aan die waardeerder betaal het. Cantamessa ontken die lasgewingsooreenkoms en ontken alle aanspreeklikheid vir die vergoeding van die waardasiefout (714D).

Die landdros in die laerhof waar die vordering aanvanklik deur Blesbok Eienomsagentskap ingestel is, was nie bereid om te bevind dat daar óf 'n uitdruklike óf 'n stilswyende beding tot die bevonde lasgewingsooreenkoms was dat Cantamessa vir die waardasiekoste aanspreeklik sou wees nie. Die alternatiewe vordering gebaseer op ongeregverdigde verryking is hoegenaamd nie eens deur die landdros bespreek nie (714E 715H). Die onderhawige uitspraak is die appèl na die provinsiale afdeling teen die afwysing van die vordering én die alternatiewe vordering.

4 Regter Van Zyl bespreek eers die vordering gebaseer op die lasgewingsooreenkoms. Terloops wys hy daarop dat ooreenkomstig die ontwikkeling in die gemenerereg dit selfs in orde sou wees indien 'n redelike vergoedingsbeding tot die lasgewingsooreenkoms gevoeg sou word (716I – J). *In casu* is egter geen vergoedingsbeding tot die ooreenkoms gevoeg nie. Mynhardt vorder ook geen vergoeding vir homself vir enige dienste deur hom as lashebber vir sy mandant verrig nie. Die eiser vorder bloot vir die terugbetaling van die redelike uitgawes deur hom aangegaan in die uitvoering van die opdrag (717B). Daardie verhaalsreg word soos in die gemenerereg gedek met die *actio mandati contraria* mits die uitgawes nodig en redelik was en *bona fide* aangegaan is – dit wil sê *impensae necessariae et utiles quae bona fide factae sunt* (717E). Regter Van Zyl bevind dat die onderhawige vordering ten volle deur gemelde gemeenregtelike aksie gedek word.

Dit was dus onnodig vir die laerhof om te probeer beslis of daar 'n stilswyende beding was om hierdie uitgawes te vergoed – dit word ook nie, soos die advokaat vir die eiser beweer, van regsweë in die lasgewingsooreenkoms “ingelees” nie. Dit is eerder 'n verpligting van die lasgewer teenoor die lashebber wat hy van regsweë *moet* nakom omdat hy van die lasgewingsfiguur gebruik maak (717F – G).

5 Wat die alternatiewe vordering gebaseer op ongeregverdigde verryking betref (en wat nie deur die laerhof oorweeg is nie), is dit vanselfsprekend dat sodanige vordering as verrykingsvordering slegs ter sprake sou kon kom mits aan al die aanspreeklikheidsvestigende elemente van die verbintenis gebaseer op ongeregverdigde verryking voldoen sou word.

Aan die hand van die omskrywing van 'n vordering gebaseer op ongeregverdigde verryking (par 1 hierbo) kan aanvaar word dat die eiser allereers sou moes bewys dat daar juridies relevante verryking en verarming by onderskeidelik die verweerder en die eiser plaasgevind het as gevolg van 'n ongeregverdigde vermoënsverskuiwing út die boedel van die verarmde ná die boedel van die verrykte. In die Suid-Afrikaanse reg, soos in die gemenerereg en ook alle vergelykbare moderne regstelsels, word onder verryking en verarming en ook 'n vermoënsverskuiwing nie alleen verstaan die ooglopende oordrag van byvoorbeeld 'n R50-noot nie maar ook die verfyning soos bespaarde uitgawes en word boonop met gunstige en skadelike newewerkinge in die berekening van die omvang van die verryking en verarming rekening gehou. Die enigste vraag behoort in hierdie verband te wees of die werklike bateposisie van die verweerder inderdaad na die beweerde verrykende feit daar beter aan toe was as wat dit sou wees sonder

die ter sake vermoënsverskuiwing. (Indien die verweerder byvoorbeeld bloot die vorderingsreg wat hy reeds as reghebbende van 'n vordering gehad het, "verruil" het vir die prestasie ontvang ter voldoening aan die vordering, was van verryking geen sprake nie: sien *Medicus Bürgerliches Recht* (1981) 330.)

*In casu* kan aanvaar word dat Cantamessa wat as koper begerig was om 'n waardasie van die eiendom te bekom, by ontstentenis van die betaling deur Mynhardt inderdaad self die uitgawes vir die waardasie direk sou moes aangaan en dat daar gevolglik deeglik sprake van verryking deur bespaarde uitgawes kon wees.

6 Hoewel voldoening aan alle aanspreeklikheidsvestigende elemente vir die erkenning van 'n verhaalsreg belangrik is, behoort die deurslaggewende vereiste in alle gevalle van verrykingsaanspreeklikheid die *sine causa*-vereiste te wees. Myns insiens is die juiste inkleding van dié vereiste by uitstek daartoe geskik om – in ooreenstemming met die algemene uitgangspunt waarvolgens verrykingsaksies as laaste strooi slegs toegestaan word ten einde billikheid te laat geskied – te waak teen sogenaamde "oewerlose aanspreeklikheid".

"De vordering wegens ongerechvaardigde verrijking is als het ware het sluitstuk van het verbintenissenrecht: waar geen ander verbintenisrechtelijk soelaas is omdat er geen overeenkomst is waarvan nakoming of op grond waarvan schadevergoeding gevorderd kan worden, als er geen onrechtmatige daad is op grond waarvan schadevergoeding kan worden gevorderd, als er ook geen van de andere bronnen van verbintenissen is aan te wijzen die tussen verarmde en verrijkte tot een vordering zou kunnen leiden, dan wordt door art 6:212 [NBW] uitkomst geboden" (Brahm *Zwaartepunten van het nieuwe vermogensrecht* (1989) 330).

In die geval van verrykingsaanspreeklikheid is daar 'n geregtigde en 'n verpligte party wat elk die direkte gevolg van voldoening aan die verrykingsverbintenis in sy batebalans bespeur. Aangesien die verrykingsverbintenis nie op 'n ooreenkoms tussen die partye gebaseer op die vrye wilskeuse van die partye berus nie, en eweneens nie op die verwytbare nadeelberokkende handeling van die deliktspleger teruggryp nie, kan dit slegs op die algemene billikheidsgevoel in die gemeenskap teruggaan. (Kyk die formulering sedert die Romeinse reg wat in dié verband die *aequitas* beklemtoon, bv *nam hoc natura aequum est: D 12 6 14; D 50 17 206.*) Dit is dieselfde billikheidsgevoel wat bekende verwere soos die *exceptio doli* ten grondslag gelê het – soos trouens vandag steeds in die ontwikkelde verweer gebaseer op estoppel die geval is. Anders as in die geval van daardie verwere word egter in die gevalle van die *condictiones* 'n aksie vir die verarmde eiser aangebied en om daardie rede is die howe uiters versigtig om nie te ligtelik te veel sogenaamde verrykingsaksies onder die vaandel van 'n algemene verrykingsaanspreeklikheid te gedoog nie (vgl *Knoll v SA Flooring Industries Ltd* 1951 1 SA 404 (T) 408).

Ongebreidelde vermeerdering van vorderinge gebaseer op verryking kan myns insiens ten beste beperk word indien in elke geval aanvaar word dat slegs van verrykingsaanspreeklikheid sprake kan wees mits sowel die verarming as die verryking sonder 'n juridies relevante regsgrond plaasgevind het – dit wil sê dat die vermoënsverskuiwing ongeregverdig was.

Die *sine causa*-vereiste is by uitstek die objektiewe element van verrykingsaanspreeklikheid. Objektief word bepaal of daar 'n afdoende regsgrond vir die vermoënsverskuiwing is. By dié vraag is daar geen plek vir subjektiewe faktore soos die dwaling van die verweerder nie (kyk ook Van der Walt "Die *condictio indebiti* as verrykingsaksie" 1966 *THRHR* 227).



Volgens Van der Walt (*idem* 222) is verryking *sine causa* indien daar

“geen *verbintenisregtelike verhouding* tussen die verrykte en die verarmde bestaan het op grond waarvan die verrykte aanspraak kon maak op die vermoënsverskuiwing nie”.

Hierdie omskrywing lewer probleme op, byvoorbeeld in die geval van eiendomsverkryging deur die werking van die verjaringsreg. Verjaring is ’n oorspronklike wyse van regsverkryging en die appèlhof het in *Pienaar v Rabie* 1983 3 SA 126 (A) beslis dat die *ratio* agter die verjaringsregsnorme in die Suid-Afrikaanse reg die strewende na regsekerheid in die gemeenskap is. In daardie gevalle ontbreek dit dus aan ’n “verbintenisregtelike verhouding” tussen die verrykte en die verarmde maar die vermoënsverskuiwing berus desnieteenstaande op ’n juridies relevante regsgrond. Die omskrywing is ook problematies indien die vermoënsverskuiwing die gevolg van ’n hofbevel is, soos by ’n eksekusieverkoping.

Myns insiens moet daar dus wel objektief bepaal word of daar ’n afdoende regsgrond vir die vermoënsverskuiwing is sonder om faktore wat vir die objektiewe beoordeling in aanmerking kan kom, te vereng tot bloot die bestaan al dan nie van ’n verbintenisregtelike verhouding tussen die gedingspartye.

Indien die vermoënsverskuiwing die resultaat is van ’n geldige verbintenis (ongeach wat die ontstaansbron van die verbintenis is) of regsreël, is daar wel ’n geldige *causa* aanwesig en is daar geen ruimte vir ’n eis gebaseer op ongeregverdigde verryking nie.

Hoewel die vereiste van “ongeregverdigde” verryking geredelik as die *sine causa*-vereiste deur alle skrywers oor verrykingsaanspreeklikheid bestempel word, word nie in alle gevalle aangedui wat die presiese inkleding van die vereiste is nie. Daar word byvoorbeeld in talle uitsprake en ook bydraes deur akademici nie duidelik rekening gehou nie met die feit dat *causa* in die klassieke Romeinse reg beoordeel is uit die skoene van die ontvanger terwyl dit in die Middeleeue, die Romeins-Hollandse reg en ook in die meeste uitsprake in die Suid-Afrikaanse reg, vanuit die skoene van die presteerder beoordeel word. Onderskeidelik is dus gevra of die vermoënsverskuiwing ná die boedel van die verrykte of út die boedel van die verarmde sonder ’n juridies relevante regsgrond geskied het.

In die aangehaalde formulering deur Van der Walt word die klem ook geplaas op die ongegronde aanspraak deur die verrykte – dit wil sê *sine causa retentionis*. In *Wille’s principles of South African law* word dié aspek ook beklemtoon:

“Only if the law determines that there is no *causa retinendi*, ie no cause for the retention of the enrichment by the defendant . . . can the plaintiff succeed with an enrichment claim” (634; my kursivering).

Visser toon tereg aan dat die klem in die klassieke Romeinse reg op die *sine causa retentionis* geplaas is terwyl dit in die Romeins-Hollandse en die Suid-Afrikaanse reg meer dikwels op die *sine causa dationis* geplaas word (“Die grondslag van die *condictio indebiti*” 1988 *THRHR* 498).

Stassen beweer wel dat die *causa* vir die vermoënsverskuiwing van die kant van sowel die verarmde as die verrykte in aanmerking geneem behoort te word:

“A patrimonial shift can only be justified, in the sense of *excluding an enrichment action* to recover what was shifted, if there is a legal ground *not only* for the enlargement of the receiving estate *but also* for the diminution of the estate from which the shift took place” (“Countermanded cheques and enrichment – some clarity, some confusion” 1985 *MB* 16; my kursivering).

Hierbo is reeds opgemerk dat die *causa* inderdaad van sowel die kant van die verrykte as die verarmde beoordeel behoort te word, maar anders as Stassen

moet myns insiens die teenoorgestelde afleiding aan die hand daarvan gemaak word. In die lig van die inherente poging deur die reg om die aanwending van vorderings gebaseer op ongegronde verryking te begrens (die gemelde vrees vir oewerlose aanspreeklikheid), behoort die uitgangspunt te wees dat geen verrykingsaanspreeklikheid ter sprake kan kom indien óf die verarming óf die verryking *cum causa* was nie. Hoewel dikwels soos met Bybeltekste ook die geval is, dit met tekste van die ou skrywers so is dat elke letter sy letter het, kan in De Groot se formulering inderdaad 'n beklemtoning geles word van die ontbrekende "rechtelike oorzake" vir die vermoënsverskuiwing gesien van sowel die kant van die ontvanger as dié van die benadeelde (*Inleidinge tot de Nederlandsche rechtsgeleerdheid* 3 30 18).

7 Die juiste inkleding van die *sine causa*-vereiste sal waarskynlik in die meeste gevalle die probleme oor die sogenaamde "ten koste van"-vereiste ondervang sodat onder daardie vereiste niks meer as bloot die feitelike kousale verband tussen die verarming en die verryking vereis hoef te word nie.

De Vos se enigsnis kontroversiële inkleding van die "ten koste van"-vereiste is waarskynlik in die meeste gevalle genoodsaak deur 'n vrees vir oewerlose aanspreeklikheid omdat slegs op die ontbrekende *causa* vir die vermoënsverskuiwing óf van die boedel ván die verarmde óf ná die boedel van die verrykte gelet is (vgl die feite in *Gouws v Jester Pools (Pty) Ltd* 1968 3 SA 563 (T)). (Sien die kritiese besprekings van De Vos se inkleding van die "ten koste van"-vereiste deur oa Scholtens "Enrichment at whose expense?" 1968 SALJ 375; Van Zyl 163 – 165, "Verrykingsaanspreeklikheid in perspektief" 1984 *De Jure* 50; Van der Walt 1966 THRHR 221 ev; Sonnekus *Die grondslag van die eis "quantum meruit" in die Suid-Afrikaanse reg* (1973) 83 – 86.) Dat die kousaliteitselement nie alleen in die verrykingsreg nie maar ook in byvoorbeeld die deliktereg nie die beste geskik is om as aanspreeklikheidsbegrensiingselement diens te doen nie, is reeds deur onder andere Van Rensburg aangetoon (*Juridiese kousaliteit en aspekte van aanspreeklikheidsbeperking by die onregmatige daad* (LLD-proefskrif Unisa 1970).

8 Ook in die Duitse verrykingsreg (wat wellig die bron van De Vos se "ten koste van"-leer was) het die klem sedert die werk van Von Caemmerer ("Bereicherung und unerlaubt Handlung" in *I Festschrift für Rabel* (1954) 333 ev) op 'n nuwe benadering tot die leer van ongeregverdigde verrykingsaanspreeklikheid geval. Daarvolgens word die "ten koste van"-vereiste ook nie meer as antwoord ter oplossing van probleemgevallen gesien nie maar word eerder gepoog om aan die hand van ander maatstawwe ooreenkomstig die onderliggende vertrekpunt van 'n billikheidsremedie reg te laat geskied. Vir die doel word onderskei tussen die *Leistungskondiktion* en die *Nichtleistungskondiktion* oftewel die *Eingriffskondiktion*.

Die sleutelbegrip vir die *Leistungskondiktion* is die bepaalde verrykingsprestasie wat vir die verrykingsvordering relevant is: "Leistung sei die bewußte, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens" (Medicus par 666 en gesag aldaar vermeld). Daardie omskrywing kan egter volgens Canaris nooit alleenstaande alle lastige probleme billik oplos nie ("Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis" in *Festschrift für Larenz* (1973) 799 – 865). Werklik lastig is volgens Medicus (par 666) juis die "Dreipersonenverhältnissen". Canaris, by wie Medicus hom aansluit, stel onder andere voor dat by die beoordeling of 'n vermoënsverskuiwing as ongeregverdig vir die begronding van 'n verrykingsvordering beskou moet word, dit net billik is dat daarmee rekening

gehou word dat byvoorbeeld die insolvensierisiko slegs gedra word ten aansien van diegene wat elke party self as kontraksparty uitgesoek het ooreenkomstig die ou beginsel “soek jou vertrouwe waar jy dit gelaat het”:

“Jede Partei soll das und nur das Risiko der Zahlungsunfähigkeit desjenigen tragen, den sie sich selbst als Partner ausgesucht hat” (Medicus par 667).

Die benadering van Medicus en Canaris behels byvoorbeeld dat in die tipiese subkontraakteur-geval die subkontraakteur hom nie teenoor die aanbesteder kan beroep op 'n vordering gebaseer op ongegronde verryking bloot omdat die primêre kontraakteur insolvent geraak het nie. Sodanige subkontraakteurs kan nie met 'n saakwaarnemings- of verrykingsaksie teen die werklike aanbesteder van die werk (wat nie met hom nie maar met die primêre kontraakteur kontraakteer het) slaag nie. In sommige Suid-Afrikaanse uitsprake is in die verband verkeerdelik beweer dat dit so is weens nie-voldoening aan die “ten koste van”-vereiste (vgl die *Gouws-saak supra*). Die werklike redes is egter enersyds dat die subkontraakteur nie ongeregverdig verarm is nie en andersyds dat die aanbestedereienaar nie ongeregverdig verryk is nie. Nie alleen het die subkontraakteur steeds sy kontraktuele vorderingsreg teen die primêre kontraakteur nie maar was sy prestasie uiteraard *cum causa* en nie *sine causa* nie. Honoré beweer dat “any enrichment of C was *cum causa*” (“Third party enrichment” 1960 *Acta Juridica* 252). Dit was ook die *ratio* in die *Knoll-saak supra*. Vir die prestasie van die subkontraakteur was die prestasiedoel die voldoening aan sy prestasieplig teenoor die primêre kontraakteur en daarmee *cadit quaestio*. Die subkontraakteur behoort ook self die risiko van die insolvensie van die primêre kontraakteur te dra — hy het immers bewustelik met hom en nie met die grondeienaar nie, gekontraakteer en was boonop so onagsaam om op krediet te presteer en sodoende sy risiko's te verhoog (kyk Medicus par 688).

Eiesoortige probleemgevalle soos in die geval van bepaalde drieparty-situasies kan moontlik die beste opgelos word met 'n afsonderlike statutêre voorsiening soos in die Duitse reg met byvoorbeeld par 822 *BGB* gedoen word. (Kyk verder Sonnekus “Retensieregte — nuwe rigting of misverstand *par excellence*?” 1991 *TSAR* 474 – 475; Malan “The rule in *Price versus Neal*” 1978 *CILSA* 285.)

9 In die omstandighede van verryking binne 'n drieparty-situasie soos tipies by die uitgebreide saakwaarnemingsaksie ter sprake kom, sal die verarming van die “*gestor*” altyd teenoor die derde party *cum causa* geskied (Sonnekus “Die grondslag van aanspreeklikheid van gades *inter se* (getroud buite gemeenskap van goed) vir huishoudelike benodighede” 1986 *De Jure* 335). Vir doeleindes van die beoordeling van 'n moontlike verrykingsaksie teen die verweerder behoort dit egter nie sonder meer deurslaggewend te wees nie (vgl bv die feite in *Odendaal v Van Oudtshoorn* 1968 3 SA 433 (T)). Ook in die gemenerereg was die *exceptio ex iure tertii* geen geldige verweer teen alle verrykingsaksies nie.

Die vraag behoort dus te wees of die prestasiedoel inderdaad bereik was met die prestasie waaroor die eiser hom as verarmde bekla. Slegs indien dit die geval was, was die verarming van die eiser inderdaad vir doeleindes van die verrykingsvordering teen die verweerder *cum causa* en sou dit dus 'n verrykingsvordering uitsluit. In daardie sin sluit dié inkleding van die *sine causa*-vereiste aan by Visser (1988 *THRHR* 504 – 507) se beklemtoning van die “prestasiedoelmislukking” en by die formulering van Reuter en Martinek ten aansien van die Duitse reg: “Rechtsgrondlosigkeit ist mithin Zweckverfehlung oder . . . Zweckmißbilligung” (*Ungerechtfertigte Bereicherung* (1983) 110).



10 Toegepas op die uitspraak in die *Blesbok*-saak is dit duidelik dat verrykingsaanspreeklikheid slegs ter sprake sou gekom het indien daar geen bevinding oor die lasgewingsooreenkoms was nie. Indien die vordering wel, soos tereg deur regter Van Zyl bevind word, op die onderliggende lasgewingsooreenkoms berus, is die vermoënsverskuiwing natuurlik geen ongegronde verryking en verarming gesien van sowel die kant van die verrykte as die verarmde nie.

Regter Van Zyl bevind dat die laerhof fouteer het deur nie die vordering gebaseer op die ongeregverdigde verryking te oorweeg nadat die hof die vordering gebaseer op die ooreenkoms afgewys het nie (717I). By ontstentenis van 'n lasgewingsooreenkoms sou aan al die vereistes vir die uitgebreide saakwaarnemingsaksie voldoen wees. Die appellant se optrede is analoog aan dié van 'n saakwaarnemer wat *mala fide* in eie belang (*sui lucri causa*) optree. Sy oogmerk was immers om sy eie kommissie met die geslaagde verkooptransaksie te verdien, welke sukses van die verkryging van die finansiering gebaseer op die waardasie afhanklik was. Hierdie uitgebreide saakwaarnemingsaksie word in die Suid-Afrikaanse reg erken, soos duidelik blyk uit die *Odendaal*-saak *supra* en *Standard Bank Financial Services Ltd v Taylam (Pty) Ltd* 1979 2 SA 383 (K).

In hierdie geval is die verarming van die eiser as “gestor” weliswaar in die verhouding met die derde-waardeerder die resultaat van hul ooreenkoms (dus *cum causa* wat dáárdie verhouding betref) maar die prestasiedoel was nie om 'n skuld van die eiser teenoor die waardeerder af te los en die verweerder sodoende danksy sy bespaarde uitgawes verryk te laat nie. Die juiste inkleding van die *sine causa*-vereiste sou dus in die geval tot die billike oplossing van 'n ongegronde vermoënsverskuiwing kon bydra.

11 In die onderhawige verband meld regter Van Zyl dat die tyd aangebreek het om te breek met die onnodige vaskleef aan die klinkende name van die ou aksievorme uit die Romeinse en gemenerereg en te aanvaar dat die Suid-Afrikaanse reg, soos die moderne Nederlandse en Duitse reg, beter gedien sal word deur die erkenning van 'n algemene vordering gebaseer op ongeregverdigde verryking (718B – J). Daar is geen nodigheid meer om sodanige algemene verrykingsaksie onder een of ander sogenaamde uitbreiding op 'n gemeenregtelike *condictio* te verdoesel nie.

“Ek is eerbiedig van mening dat die tyd inderdaad aangebreek het om aan 'n algemene verrykingsaksie erken[n]ing te gee. Nie slegs is daar 'n mate van kunsmatigheid verbonde aan die vaskleef aan sogenaamde ‘erkende verrykingsaksies’ wat vir ‘bepaalde omstandighede’ daargestel is nie, maar die voortdurende uitbreiding van die verrykingsbeginsel om *ad hoc* vir nuwe gevalle voorsiening te maak, laat duidelik blyk dat daar 'n behoefte aan 'n algemene verrykingsaksie is . . . Deur aldus erkenning te verleen aan 'n algemene verrykingsaksie, sou dit nie meer nodig wees om met die benaming van die aksie wat in bepaalde omstandighede toegepas word, verstrengel te raak nie. Mits die verweerder ten koste van die eiser op ongeregverdigde wyse verryk is, behoort daar 'n geslaagde beroep op 'n algemene verrykingsaksie te wees. Wat dit betref behoort dit dan nie saak te maak of die besondere geval onder een van die sogenaamde ‘klasieke verrykingsaksies’ ressorteer nie (*contra De Vos (op cit op 358 – 61)*) aangesien die naam van die aksie nie belangrik is nie maar die skuldoorsaak wel” (719I – 720A).

12 Hierdie uitspraak van regter Van Zyl as kenner by uitstek van die uitgebreide saakwaarnemingsaksie as moontlike voertuig vir die invoering van 'n algemene verrykingsaksie, behoort myns insiens baanbrekend te wees (sien Van Zyl *Die saakwaarnemingsaksie as verrykingsaksie in die Suid-Afrikaanse reg* (1970)). Daar kan egter nie langer gewag word tot die appèlhof moontlik in die toekoms weer die geleentheid kry om voortbouend op hierdie uitspraak en die opmerkings

van appèlregter Nienaber in die *CIR*-saak *supra*, wel 'n algemene vordering gebaseer op ongeregverdigde verryking vir die Suid-Afrikaanse reg te erken nie. (Ook uit die ongerapporteerde appèlhofbeslissing in *Willis Faber Enthoven Edms Bpk v The Receiver of Revenue and the Registrar of Insurance* 1991-11-26 saaknr 71/90 (A) 158A – 191 blyk mbt die verskoonbaarheid van 'n regsdwaling dat daardie hof steeds uitbreidings op die gemeenregtelike *conditiones* erken sonder om die knoop eenvoudig deur te hak en 'n algemene vordering te erken – kyk *Financial Mail* (Desember 1991) 27.)

Myns insiens is die tyd nou ryp vir die Suid-Afrikaanse Regskommissie om by wyse van 'n eenvoudige wetsvoorstel die wetgewer aan te moedig om hierdie aangeleentheid bevredigend te reël (kyk ook De Vos 378). Dat sodanige “verrykingswet” geen omslagtige stuk wetgewing hoef te wees nie, blyk duidelik uit die kernformulerings waarmee die aangeleentheid in die *NBW* (a 6:209 – 212) vir die Nederlandse reg, in paragraaf 812 – 822 van die *BGB* vir die Duitse reg en paragraaf 62 – 67 van *Schweizerisches Obligationenrecht* afgehandel word. In die mees resente van die kodes, naamlik die *NBW*, lui die kernartikel bloot:

“Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking” (a 6:212 *NBW* – voorlopige nr 6.4.3.1).

Die Suid-Afrikaanse wetgewer sou met sodanige kodifiseringsarbeid by daardie kodes kon aansluit.

JC SONNEKUS

*Randse Afrikaanse Universiteit*

### **DELIKTUELE AANSPREEKLIKHEID BY DIE LASGEWER-LASHEBBER-VERHOUDING**

**Minister of Community Development v Koch 1991 3 SA 751 (A)**

Die toepaslike feite was soos volg: eerste appellant, die Minister van Gemeenskapsontwikkeling, het uit hoofde van 'n statutêre bevoegdheid in verband met dorpsontwikkeling die tweede appellant as raadgevende ingenieurs aangestel oor onder meer die ontwerp van en toesig oor die konstruksie van paaie en dienste van 'n dorpsontwikkelingskema. Die konstruksiekontrak is aan 'n onafhanklike kontrakteur toegeken. Die respondent was die eienaar van 'n perseel in die betrokke area waarop hy 'n pottelbakkersbedryf beoefen het. As gevolg van die kontrakteur se werksaamhede is toegang deur kliënte tot die respondent se perseel bemoeilik of verhinder. Die respondent skryf gevolglik briewe aan sowel die appellante as die kontrakteur waarin hy hom bekla oor die verlies van besigheid weens die versteurde toegang. Hierop reageer die eerste appellant deur aanspreeklikheid vir enige verlies geheel en al te ontken. Die respondent stel gevolglik 'n eis teen die appellante en die kontrakteur in op grond daarvan

“that there had been an unreasonable and negligent interference with access to his business premises in consequence of which he had suffered a loss in turnover” (754H).

Die eis teen die kontrakteur word gebaseer op sy onregmatige en nalatige versperring en versteuring van toegang tot die respondent se perseel; dié teen die ingenieurs op hulle versuim om toe te sien dat die kontrakteur redelike toegang tot die perseel voorsien; en dié teen die minister op grond van die versuim van sy departement, wat algehele beheer oor die skema behou het, om te verseker dat die skema vir redelike toegang voorsiening maak asook om toe te sien dat die ingenieurs hul toesighoudende funksie uitoefen.

Hierteenoor ontken die appellante dat onbehoorlike of onnodige (onregmatige) inbreuk op toegang tot die perseel plaasgevind het of dat hulle nalatig opgetree het. Die respondent slaag in die hof *a quo* teen albei appellante en die kontrakteur. Die uitspraak word in appèl deur waarnemende appèlregter Kriegler bevestig.

### 1 Aanspreeklikheid van die kontrakteur

Regter Kriegler verwoord die Aquiliese aanspreeklikheid van die kontrakteur soos volg (760I – 761F):

“Nor can the learned trial Judge’s conclusion that the contractor was liable to the respondent for Aquilian damages be doubted. An occupant of urban premises may be obliged at times to suffer some interference with his full enjoyment of such property in consequence of lawful private or public demolition or construction work in the vicinity . . . And in a case such as this, where the premises are situate in a redevelopment area where extensive demolition, road building and relocation of essential services have to be conducted, substantial and protracted interference may be lawful and will have to be endured. But in order to remain within the bounds of lawfulness the extent and duration of such *interference would have to be reasonable*. The contractor’s operations in the instant case, insofar as they impinged upon the respondent’s rights, clearly transgressed the *bounds of reasonableness*. The continued survival of the respondent’s business as a manufacturer and seller of pottery and as a commercial stockist of potter’s requisites was dependent upon reasonable accessibility of the premises to the outside world. That the contractor knew or ought to have known. It was moreover pertinently drawn to the contractor’s attention in the contract documents quoted above. *In the circumstances prolonged and material interference with reasonable access to the respondent’s business premises was unlawful*.”

Damage to the respondent’s business as a result of such interference was not only *objectively foreseeable* . . . It was common cause that *reasonable steps to avoid* – or at least to minimise – such damage were available to the contractor . . . In the event nothing of consequence was done, either initially or thereafter . . . Aquilian liability on the part of the contractor was clearly established” (ons beklemtoning).

Hierdie bevinding en uiteensetting verdien volle steun. Regter Kriegler onderskei naamlik tereg tussen onregmatigheid (in die eerste paragraaf van die aanhaling) en nalatigheid (sien die tweede paragraaf) as selfstandige delikselemente en die onderskeie toetse daarvoor: by onregmatigheid gaan dit immers om die beoordeling van die redelikheid van die dader se optrede deur ’n belangafweging in die lig van die *boni mores* terwyl by nalatigheid die redelike man se optrede vasgestel word met verwysing na die redelike voorsienbaarheid en voorkombaarheid van skade (Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 143). Hierdie noodsaaklike onderskeid word ook elders uitdruklik deur regter Kriegler beklemtoon:

“The Attorney-General . . . equates such test [die ‘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" (*S v Robson; S v Hattingh* 1991 3 SA 322 (W) 333).

Wat onregmatigheid betref, beslis die hof *in casu* heeltemal tereg dat die redelikhedsmaatstaf ook die grense van statutêre bevoegdheid as regverdigingsgrond bepaal (Neethling, Potgieter en Visser 98 – 99). Twee vanselfsprekende vereistes geld by hierdie regverdigingsgrond: eerstens moet die statuut die aantasting van die betrokke belang veroorloof, en tweedens moet die benadelende handeling nie die grense van die statutêre bevoegdheid oorskry nie. Om te bepaal of aan laasgenoemde vereiste voldoen is, word onder meer in ag geneem of die benadeling of skade nie deur redelik uitvoerbare maatreëls of 'n ander uitvoerbare metode van konstruksie verhoed of verminder kon geword het nie (*ibid*). In hierdie verband word soms gesê dat die verweerder aanspreeklik is indien hy die magte op 'n "nalatige" wyse uitgeoefen het en die eiser daardeur skade gely het. Ook regter Krieger verklaar (757E):

"Accepting, as I think one must, that the exercise of the statutory powers conferred by the Community Development Act 3 of 1966 justified interference with private rights, a *negligent* exercise of such powers was not authorised by the statute" (ons beklemtoning).

Streng gesproke gaan dit hier natuurlik (nog) nie om nalatigheid nie aangesien die oorskryding van die perke van statutêre bevoegdheid as regverdigingsgrond onregmatigheid betrek. In hierdie stadium is die vraag met ander woorde nie of die verweerder nalatig (skuldig) opgetree het nie, maar wel of hy deur onredelike optrede sy bevoegdhede oorskry het en dus *onregmatig* gehandel het (vgl in hierdie verband ook *Dews v Simon's Town Municipality* 1991 4 SA 479 (K) 486B – G). Dit beteken nie dat die faktore wat 'n rol speel by die vraag of die inbreukmakende optrede op 'n ander, minder skadelike, wyse uitgevoer kon word, nie ook by die nalatigheidsvraag ter sprake kan kom nadat onregmatigheid reeds bepaal is nie (Neethling, Potgieter en Visser 36 vn 22).

## 2 Aanspreeklikheid van die minister

Die deliktuele aanspreeklikheid van die minister vir die skade aangerig deur die onafhanklike kontrakteur berus hoofsaaklik op sy posisie as lasgewer. Hierdie hele aangeleentheid word deur regter Krieger hanteer aan die hand van die belangwekkende onlangse appèlhofbeslissing *Langley Fox Building Partnership (Pty) Ltd v De Valence* 1991 1 SA 1 (A) 10 – 12.

In die *Langley Fox*-saak is beslis dat 'n lasgewer net aanspreeklik gehou word vir skade wat 'n lashebber veroorsaak het indien die lasgewer self ook 'n delik begaan het. Dit is onder andere die geval waar daar 'n gevaar van skadeberokkening aan derdes aan die lashebber se taak verbonde was en die lasgewer nalatig versuim het om die gevaar af te weer (vgl ook *Eksteen v Van Schalkwyk* 1991 2 SA 39 (T) 45 – 46; Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 521 – 522). Waarnemende appèlregter Goldstone beantwoord die vraag na die lasgewer se aanspreeklikheid in hierdie geval aan die hand van die volgende drie vrae (11 – 12):

"(1) Would 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.’’

Nou is dit egter so dat, op die keper beskou, hierdie benadering die lasgewer se aanspreeklikheid net van sy nalatigheid afhanklik stel (vgl die geykte toets vir nalatigheid in *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430), sonder om ook die vraag na onregmatige optrede aan sy kant pertinent te beantwoord; en hier kom die regspligbenadering by aanspreeklikheid weens ’n late ter sprake wat volgens die *boni mores*-maatstaf beantwoord moet word en waar faktore soos die verhouding tussen die partye en die feit dat die dader geweet het van die gevaarlik toestand ’n rol by die vasstelling van die regsplig speel (sien Neethling, Potgieter en Visser 58 vn 126). So gesien, word die minderheidsbenadering van appèlregter Botha (16–20) verkies aangesien die toepassing van die redelike man-nalatigheidstoets volgens hom afhanklik is daarvan of die lasgewer van die gevaarlike toestand geweet het, dit wil sê van die onregmatigheidsvraag of daar hoegenaamd ’n regsplig op die lasgewer gerus het om positief op te tree (Neethling, Potgieter en Visser 366 vn 110). Knobel (‘‘Deliktuele aanspreeklikheid vir skade aangerig deur ’n onafhanklike subkontraakteur’’ 1991 *THRHR* 665) staan ’n soortgelyke benadering voor:

‘‘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 . . . 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 . . . ’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 . . . Kennis (nie voorsienbaarheid nie) van die bestaan van die gevaartoestand kan ook so ’n faktor wees . . . Ook die objektiewe uitvoerbaarheid van die stappe wat nodig sou wees om die skade te voorkom, moet hier in berekening gebring word . . . Staan 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 . . . 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 . . .’’

Hierdie benadering word by implikasie ook deur regter Kriegler in die saak onder bespreking gevolg. Ten aanvang wys hy daarop (761I ev) dat die hof *a quo* beslis het dat, alhoewel die minister (deur middel van sy departement) aanvanklik daarop geregtig kon gewees het om hom op die deskundige raadgewende ingenieurs (wat ook as ’n onafhanklike kontraakteur opgetree het) te verlaat, hy ‘‘under a duty to act’’ was op die oomblik toe die respondent se brief hom bereik het waarin hy hom bekla het oor die onredelike inbreukmaking op sy eiendomsreg, welke plig hy nie nagekom het nie. Die minister se versuim is daarin geleë dat hy, ten spyte van sy *wete* dat die ingenieurs nagelaat het om bevredigende aandag aan die respondent se klage te gee, *self nagelaat het om doeltreffende regstellende stappe te doen*.

Regter Kriegler vereenselwig hom met die hof *a quo* se bevinding en sit die toepaslike regsposisie met verwysing na die *Langley Fox*-saak *supra* soos volg

uiteen. Hy haal eerstens met goedkeuring uit die meerderheidsuitspraak van waarnemende appèlreger Goldstone (13) aan (762D – E):

“It follows from the foregoing that the existence of a duty upon an employer of an independent contractor to take steps to prevent harm to members of the public will depend in each case upon the facts. It would be relevant to consider the nature of the danger; the context in which the danger may arise; the degree of expertise available to the employer and the independent contractor respectively; and the means available to the employer to avert the danger. This list is in no way intended to be comprehensive’.”

Reger Krieglner vervolg (762E – H):

“In the dissenting judgment Botha AJ, with whom Eksteen JA concurred, differed from the majority on the facts; with regard to the law, however, he subscribed to the majority view and at 17F – G made the following observation which is directly applicable to the instant case:

‘In my view, when the liability of an employer for the consequences of the negligent conduct of his independent contractor is in issue, a facet of the enquiry into the relevant circumstances which requires particular scrutiny is the state of the employer’s knowledge relating to the actual existence of a dangerous situation at the very time when harm befalls a third party.’

Applying the test thus enunciated and having regard to the criteria listed, the first appellant’s liability for the damages suffered by the respondent from September 1983 onwards is clear. The nature of the danger and the context in which it might arise were known to the first appellant *ab initio*.”

So gesien, slaag regter Krieglner daarin om die meerderheidsuitspraak in die *Langley Fox*-saak (wat, soos hierbo verduidelik is, die aanspreeklikheid van die lasgewer ten onregte net van sy nalatigheid afhanklik gestel het) te versoen met die minderheidsuitspraak waarin die redelike man-nalatigheidstoets afhanklik gestel word daarvan of die lasgewer van die gevaarlike toestand gewet het, dit wil sê van die onregmatigheidsvraag of daar ’n regsplig op die lasgewer gerus het om positief op te tree. Soos blyk uit wat hierbo gesê is, verdien hierdie benadering ten opsigte van die regsposisie en die bevinding dat die minister aanspreeklik is, volle steun.

### 3 Aanspreeklikheid van die ingenieurs

Die aanspreeklikheid van die ingenieurs verg kortliks kommentaar. Regter Krieglner aanvaar sonder meer dat daar ’n (deliktuele) regsplig op die ingenieurs teenoor die respondent gerus het om nie onredelike skade te berokken nie (763D ev). Hierdie plig is nie nagekom nie en gevolglik is die ingenieurs middellik aanspreeklik vir hulle werknemer se versuim in hierdie verband. Alhoewel die regter dit nie uitdruklik so stel nie, ontstaan hierdie deliktuele regsplig vir hom klaarblyklik uit onder meer die kontraktuele onderneming van die ingenieurs teenoor die minister om behoorlik toesig oor die kontrakteur se werksaamhede te hou. ’n Kontraktuele onderneming om positief op te tree as ’n faktor wat op die bestaan van ’n regsplig teenoor derdes kan dui, herinner aan die reeds erkende faktor dat ’n kontraktuele verhouding waaruit ’n onderneming afgelei kan word om na die veiligheid van ’n derde om te sien, aanduidend is van die bestaan van ’n regsplig om positief op te tree (Neethling, Potgieter en Visser 61 – 62). Die onderhawige saak maak dit duidelik dat laasgenoemde beginsel nie net die persoonlike veiligheid van die benadeelde betrek nie maar ook die beskerming van sy goed insluit.

’n Mens sou die regsplig van die ingenieur egter goedskiiks ook kon baseer op die feit dat daar ’n lasgewer-lashebbet-verhouding tussen die ingenieurs en



die kontrakteur bestaan het, en dat die beginsels van die *Langley Fox*-saak *supra* soos hulle deur regter Kriegler by die bepaling van die minister se aanspreeklikheid toegepas is, *mutatis mutandis* dus ook hier geld.

#### 4 Slot

Die hof se uiteindelijke bevinding dat die kontrakteur en ingenieurs van meet af aan as mededaders vir die respondent se skade aanspreeklik is, en dat die minister 'n bykomende mededader is vanaf die oomblik toe sy departement van die gewraakte optrede bewus geword het, is dus korrek. Ons vertrou dat die regspraak die appèlhof se duidelike benadering *in casu* tot die aanspreeklikheid van 'n lasgewer vir die skadeveroorakende optrede van sy lashebber (onafhanklike kontrakteur), sal navolg en uitbou.

J NEETHLING  
JM POTGIETER  
*Universiteit van Suid-Afrika*

### DIE DELIKTUELE AANSPREEKLIKHEID VAN DIE INVORDERINGSBANK

Indac Electronics (Pty) Ltd v Volkskas Bank Ltd  
1992 1 SA 783 (A)

#### 1 Inleiding

Dat die aanspreeklikheid van 'n invorderingsbank wat 'n tjek vir die rekening van 'n beskikkingsonbevoegde persoon of instansie ingevorder het, steeds 'n aktuele (en selfs kontroversiële) vraagstuk in die Suid-Afrikaanse bankreg is, word deur etlike onlangse beslissings oor die aangeleentheid weerspieël (sien bv *Zimbabwe Banking Corporation Ltd v Pyramid Corporation (Pvt) Ltd* 1985 4 SA 553 (ZS); *UDC Ltd v Bank of Credit and Commerce Zimbabwe Ltd* 1990 3 SA 529 (Z); *Worcester Advice Office v First National Bank of Southern Africa Ltd* 1990 4 SA 811 (K); *Bonitas Medical Aid Fund v Volkskas Bank Ltd* 1991 2 SA 231 (W); *Bank of Credit and Commerce Zimbabwe Ltd v UDC Ltd* 1991 4 SA 82 (ZS); *Bonitas Medical Aid Fund v Volkskas Bank Ltd* saaknr 8062/89 (W) ongerapporteer; *Indac Electronics (Pty) Ltd v Volkskas Bank Ltd*). Dit is ook 'n aangeleentheid wat tot dusver heelwat akademiese kommentaar, kritiek en pleidooie vir regshervorming ontlok het (sien bv De Beer "Die aanspreeklikheid van die invorderingsbankier teenoor die ware eienaar van 'n tjek" 1978 *THRHR* 360; Goodey *Aspekte van die aanspreeklikheid van die bankier in die Suid-Afrikaanse tjekreg* (LLD-proefskrif UP 1978) 543 ev; De Beer *Die ware eienaar van 'n tjek en sy beskerming in geval van diefstal* (LLD-proefskrif Leiden 1979) 273 ev; Malan "Professional responsibility and the payment and collection of cheques" 1978 *De Jure* 326, 1979 *De Jure* 31; "Once more on professional liability" 1979 *De Jure* 363; Boberg 1979 *Annual Survey* 136; Tager "The collecting banker's liability to the true owner of a lost or stolen cheque" 1979

SALJ 372; Waring "Where the buck stops" 1980 *THRHR* 416; Malan en De Beer *Wisselreg en tjekreg* (1981) par 351 ev; Cowen "The liability of a bank in the computer age in respect of a stolen cheque" 1981 *TSAR* 193; Pretorius "Professionele aanspreeklikheid, die invorderingsbank en regshervorming" 1987 *MB* 56; Van Zyl "Tjekretensie in die Suid-Afrikaanse wisselreg" 1988 *MB* 79; Goodey en Nagel in Van Jaarsveld en Oosthuizen (reds) *Suid-Afrikaanse handelsreg II* (1988) 112 ev; Malan en Pretorius "The collecting bank revisited" 1991 *THRHR* 705; Nagel "Vonnisbespreking: *Worcester Advice Office v First National Bank of Southern Africa Ltd* 1990 4 SA 811 (K)" 1991 *De Jure* 178; Oelofse "Onlangse ontwikkelings in die tjekreg" 1991 *SA Merc LJ* 364; Malan "Moontlike hervorming van die wisselreg" 1991 *TSAR* 201; De Beer en Olivier "Aanspreeklikheid weens verhandeling van 'n nie-oordraagbare tjek" 1991 *TRW* 152; Malan en Pretorius "The perfect cheque?" 1992 *TSAR* 77).

## 2 Problematiek en die regsposisie voor die *Indac*-saak

Terwyl die Wisselwet 34 van 1964 verskeie voorskrifte bevat oor hoe die betrokke bank (vir doeleindes van reëlmatige betaling) moet betaal, byvoorbeeld te goeder trou en in die gewone loop van sake (a 58 en 83(1)(a)) of te goeder trou en sonder nalatigheid (a 79), is daar geen sodanige voorskrifte of riglyne in die wet wat spesifiek aandui hoe die invorderingsbank sy invorderingstaak moet behartig nie. Gevolglik moet die invorderingsbank se regsposisie aan die hand van die gemenerereg verklaar word.

Tot voor die onderhawige beslissing van die appèlafdeling was die stand van die Suid-Afrikaanse reg (die *locus classicus* is *Yorkshire Insurance Co Ltd v Standard Bank of SA Ltd* 1928 WLD 251; sien ook *Atkinson Oates Motors Ltd v Trust Bank of Africa Ltd* 1977 3 SA 188 (W); *Worcester Advice Office v First National Bank supra*; vgl egter ook die verwarrende twee *Bonitas*-beslissings *supra*) dat die invorderingsbank slegs ingevolge die *actio ad exhibendum* teenoor die eienaar aanspreeklik is indien dit *mala fide* opgetree het. Aldus verklaar regter Franklin in *Atkinson Oates Motors Ltd v Trust Bank of Africa Ltd supra* 191 *in fine*:

"From the extracts which I have cited from the judgment in the *Yorkshire Insurance* case it is clear that the *ratio decidendi* of the decision was that a collecting banker owes no duty of care, at common law, to the true owner of a cheque, whether such cheque is crossed or not, and is not liable to him for negligence as opposed to *actual knowledge, direct or constructive*" (ons kursivering).

Dat die moontlikheid om die invorderingsbank suksesvol met die *actio ad exhibendum* aan te spreek baie skraal is, spreek eintlik vanself aangesien dit hoogs onwaarskynlik is dat die bank willens en wetens 'n tjek vir 'n beskikkingsonbevoegde sal invorder. Vir die eienaar van die tjek bied hierdie remedie dus skrale troos en het dit die vraag laat ontstaan waarom hy nie 'n gewone deliktuele eis, met *nalatigheid* as aanspreeklikheidsbegrensende maatstaf, teen die invorderingsbank kan instel nie:

"Daar is geen rede waarom die aanspreeklikheid van die invorderingsbank nie onder die *lex Aquilia* tuisgebring kan word nie. Aquiliese aanspreeklikheid hang immers daarvan af of daar aan al die vereistes van deliktuele aanspreeklikheid voldoen word ten einde sodanige aanspreeklikheid te grondves. Omrede daar in die reël nie 'n kontraktuele verhouding tussen die invorderingsbank en die eienaar van die tjek is nie volg dit dat die aanspreeklikheid van die invorderingsbank in beginsel Aquiliese aanspreeklikheid is" (Pretorius 1987 *MB* 59 vn 26).

Sodanige deliktuele aanspreeklikheid van die invorderingsbank is gebaseer op die bestaan van 'n sorgvuldigheidsplig (regsplig) om slegs vir die vorderingsreghebbende (of ware eienaar) in te vorder en dus skade te voorkom. In hierdie verband verklaar Pretorius 1987 *MB* 64:

“Redelike stappe om skade te voorkom behels nie 'n gedetailleerde ondersoek en navraag na elke tjek wat vir invordering aangebied word nie. Dit is egter redelik prakties uitvoerbaar vir die invorderingsbank om hom ten minste van sy kliënt se identiteit te vergewis met die opening van 'n rekening en ten minste *ex facie* die tjek vas te stel of sy kliënt op betaling daarvan geregtig is.”

In aansluiting hierby verklaar appèlregter Gubbay in *Zimbabwe Banking Corporation Ltd v Pyramid Motor Corporation (Pvt) Ltd supra* 565E – I:

“For in the exercise of his expertise and responsibility which arise from the professional services he renders to 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 . . . 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.”

Sodanige aanspreeklikheid, gebaseer op die nie-nakoming van 'n regsplig deur die invorderingsbank, is geruime tyd gelede reeds in Zimbabwe met dieselfde gemeen- en wisselregtelike onderbou as die Suid-Afrikaanse reg, erken (sien *Rhostar (Pvt) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia* 1972 2 SA 703 (R); *Philsam Investments (Pvt) Ltd v Beverley Building Society* 1977 2 SA 546 (R); *Zimbabwe Banking Corporation Ltd v Pyramid Corporation (Pvt) Ltd supra*; *UDC Ltd v Bank of Credit and Commerce Zimbabwe Ltd supra*; *Bank of Credit and Commerce Zimbabwe Ltd v UDC Ltd supra*). Dit het natuurlik by die voorstanders van die erkenning van 'n sorgvuldigheidsplig op die invorderingsbank in die Suid-Afrikaanse reg die hoop laat opvlam dat soortgelyke winde van verandering hier te lande sou waai. Ongelukkig was die Suid-Afrikaanse howe tot voor die onderhawige appèlhofbeslissing nie bereid om die bestaan van sodanige regs- of sorgvuldigheidsplig teenoor die eienaar van die tjek te erken nie. Hierdie onwilligheid het die waarheid van die volgende opmerking van Malan 1978 *De Jure* 32 onderstreep:

“South African banking law is in a crisis. It is said that there are times in the growth of every living system of law when old practice and ancient formulae have to be modified to keep pace with the expansion of legal ideas, and to meet the requirements of changing conditions . . . South African banking law has shown itself to be conservative, and reluctant to accept the challenge of modern times.”

In die lig van bostaande is die uiteindelijke erkenning van die deliktuele aanspreeklikheid van die invorderingsbankier deur die appèlafdeling te verwelkom. Dié aangeleentheid word vervolgens bespreek.

### 3 Die feite

In sy besonderhede van eis in die hof *a quo* het die eiser beweer dat die verweerder se Silvertown-tak op 2 Mei 1989 'n tjek ten bedrae van R58 218 ten gunste van die eiser (Indac Electronics) of order getrek het. Die tjek was gekruis en “nie verhandelbaar nie” gemerk. Volgens die eiser het hy geen endossement ten gunste van ene Le Roux op die tjek aangebring nie, maar die verweerder se Wonderboom-Suid-tak het nogtans die tjek vir die rekening van Le Roux ter invordering geneem. Die eiser het ook beweer dat hy te alle tye die ware eienaar van die tjek was en dat die verweerder bewus was, of alternatief redelikerwys bewus moes gewees het, dat Le Roux nie op die opbrengs van die tjek geregtig



was nie. In die lig hiervan het die eiser beweer dat die invorderingsbank 'n regsplig teenoor hom gehad het "to avoid causing loss to the plaintiff by dealing negligently with the said cheque". Volgens die eiser het die invorderingsbank op nalatige wyse met die tjek gehandel as gevolg waarvan die eiser skade ten bedrae van die tjek gely het. Die verweerder het eksepsie aangeteken op die basis dat daar, in die afwesigheid van daadwerklike kennis van die kliënt se gebrek in titel, geen regsplig op die invorderingsbank was om nie op 'n nalatige wyse met die tjek te handel nie. Adjunk-regterpresident Eloff het hom aan die *Yorkshire*- en *Atkinson*-saak *supra* gebonde geag en die eksepsie gehandhaaf. Teen hierdie beslissing kom die partye nou in hoër beroep. Appèlregter Vivier som die regspraak soos volg op (789D):

"The question which accordingly arises for decision at the exception stage of this case is whether a collecting banker who negligently collects payment of a cheque on behalf of a customer who has no title thereto, can be held liable under the *lex Aquilia* for pure economic loss sustained by the true owner of the cheque who is not its customer."

#### 4 Die uitspraak

Vir doeleindes van sy uitspraak doen appèlregter Vivier 'n deeglike ondersoek en ontleding van die Suid-Afrikaanse en Zimbabwiese beslissings oor die onderhawige onderwerp. Hy lê groot klem op die beslissing van die appèlhof in *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A) waarin Aquiliese aanspreeklikheid vir die nalatige veroorsaking van suiwer vermoënskade erken is. Hy kom dan tot die gevolgtrekking dat die *Yorkshire*-saak (en by implikasie die ander sake waarin dit nagevolg is) in die lig van die *Administrateur*-saak nie meer as gesag kan dien vir die standpunt dat die invorderingsbank nie deliktueel aanspreeklik is vir skade wat uit sy nalatige optrede spruit nie (797A):

"There can now be no reason in principle why a collecting banker should not be held liable under the extended *lex Aquilia* for negligence to the true owner of a cheque, provided all the elements or requirements of Aquilian liability have been met."

In 'n situasie soos die onderhawige sal 'n deliktuele aksie volgens appèlregter Vivier (797C – D) vir die ware eienaar van 'n tjek beskikbaar wees indien hy kan bewys

"(i) that the collecting banker received payment of the cheque on behalf of someone who was not entitled thereto; (ii) that in receiving such payment the collecting banker acted (a) negligently and (b) unlawfully; (iii) that the conduct of the collecting banker caused the true owner to sustain loss; and (iv) that the damages claimed represent proper compensation for such loss".

Aangesien die eksepsie *in casu* daarop neerkom dat daar geen regsplig op die invorderingsbank rus om nie nalatig op te tree nie en dat die bank dus nie onregmatig opgetree het omdat hy geen regsplig verbreek het nie, ondersoek die regter vervolgens die onregmatigheidsvraagstuk. Sy vertrekpunt is die volgende (797F):

"In determining whether the defendant was under such a duty not to act negligently (for without this legal duty there can be no unlawfulness) the Court is required to exercise a value judgment embracing all relevant facts and involving considerations of policy."

Die regter verwys voorts na regspraak (*Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk supra*; *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); *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* 1991 4 SA 559 (A); *Dorset Yacht Co Ltd v Home Office* 1970 AC 1004) en skrywers (Millner *Negligence in modern law* (1967) 26; Fleming *The law of torts* (1971) 136) oor

die “duty of care”-beginsel in die algemeen alvorens hy die vraag of daar inderdaad ’n regs- of sorgvuldigheidsplig om nie nalatig op te tree nie op die invorderingsbankier rus, puntsgewys behandel:

*Oewerlose aanspreeklikheid* Die regter is van mening (798D – E) dat die beswaar van oewerlose aanspreeklikheid wat gewoonlik teen die verhaal van suiwer ekonomiese skade geopper word, nie in gevalle soos die onderhawige opgaan nie aangesien die omvang van die potensiele skade bepaald is (die bedrag van die tjek) en die potensiele eisers maklik bepaalbaar en beperk is tot die trekker of nemer of iemand wat sy titel deur laasgenoemde verkry. In hierdie verband kritiseer hy ook die *Worcester*-saak *supra* (798E – H):

“In [that] case . . . the Court said that although ‘the vigilance and expertise which collecting bankers will be called upon to exhibit, if the duty of care is recognised, may not seem too much to ask in an individual case’ cumulatively the task would be colossal so that the ensuing potential liability would be too great a burden to be placed upon collecting bankers . . . In the first place it is difficult to see how the Court could have come to this conclusion in the absence of any evidence before it (that case was decided on exception . . .) and secondly the reasoning of the Court would seem to amount to the indeterminable liability argument in disguise. To say that a collecting banker cannot be expected to take reasonable care in dealing with a particular cheque because that will mean that he will also have to take care in dealing with a vast number of other cheques, is not a valid argument. What the standard of care should be is another matter. That will depend on a number of factors including the likelihood of loss and the cost and practicability of taking measures to guard against it.”

*Risiko verbonde aan tjekgebruik* Die regter meld dat dit uit die onderhawige saak asook ander soortgelyke sake duidelik blyk dat die gebruik van tjeks ’n inherente risiko inhou aangesien ’n beskikkingsonbevoegde met betreklike gemak betaling daarvan kan verkry. Gevolglik is dit nodig om die ware eienaar van ’n tjek te beskerm aangesien hy op die invorderingsbank staatmaak om die naam van die nemer of latere begunstigde te kontroleer alvorens hy ’n tjek invorder en uitbetaal (799A).

*Professionele dienste* Volgens die hof (799B – D) is invordering van tjeks deel van die professionele dienste wat ’n bank lewer en daarom behoort die bank te weet dat sy versuim om redelike sorg aan die dag te lê, tot verlies aan die kant van die ware eienaar kan lei. Dat daar dus ’n regsplig op die bank moet rus, is eintlik vanselfsprekend en die hof stel dit soos volg:

“The collecting banker, by virtue of his calling, possesses or professes to possess special skill and competence in his field and can, or ought to appreciate the significance of instructions upon a cheque. He is thus able to reduce if not avoid loss to the true owner by exercising reasonable care in the collection of cheques. If there were no legal duty to take reasonable care, it would mean that the collecting banker need not examine or even look at the cheque to ascertain to whom it is payable. The crossing of a cheque would be of little consequence if no legal duty existed on the part of the collecting banker.”

*Die invorderingsproses* Die hof merk op dat “the business of banking” gemoderniseer is, soos deur die oprigting van die Automated Clearing Bureau. Die invorderingsbank speel egter so ’n sleutelrol in die invorderingsproses dat dit noodwendig onder ’n sorgvuldigheidsplig gebuk moet gaan. Aldus verklaar die regter (799F – G):

“The collecting banker, however, remains the only person who is in a position to know whether or not a cheque is being collected on behalf of a person who is entitled to receive payment, and the drawee bank has to rely on the collecting bank to ascertain this fact. The latter is fully aware of this position and it might, therefore, well be said that it is his duty to ensure that he only presents a cheque for payment on behalf of a client who is entitled to receive payment of the cheque.”

*Beskerming van trekker of ware eienaar* Volgens die hof (799H) kan die trekker of ware eienaar geen stappe doen om hom te beskerm teen die verlies wat intree indien die invorderingsbankier op nalatige wyse 'n tjek vir 'n beskikkings-onbevoegde invorder nie. Daarenteen sal 'n invorderingsbank wat weens sy nalatige optrede skadevergoeding aan die trekker of ware eienaar moet betaal, altyd 'n eis vir terugbetaling van die skadevergoedingsbedrag hê teen die kliënt wat die tjek ter invordering gedeponeer het. Indien die kliënt nie kan betaal nie, is dit gepas dat die bank wat bereid was om met die kliënt sake te doen die skade ly, eerder as die onskuldige trekker of ware eienaar. (Die bank kan homself natuurlik teen sodanige aanspreeklikheid verseker, maar weens gebrek aan getuienis op die eksepsiestadium kon die hof hom nie verder oor sodanige aspek uitlaat nie.)

Onder hierdie punt kelder appèlregter Vivier ook die argumente van Cowen (1981 TSAR 193 214 ev), die enigste akademiese juris wat nie ten gunste van die erkenning van die deliktuele aanspreeklikheid van die invorderingsbank gegrond op 'n sorgvuldigheidsplig is nie. Die enigste aspek wat in dié verband van belang is, is Cowen se vragetekens oor die effek wat die erkenning van 'n sorgvuldigheidsplig op die werksaamhede van die Automated Clearing Bureau en die koste verbonde aan die invordering van tjeks sal hê. Die appèlhof kon hom weer eens op die eksepsiestadium nie hieroor uitlaat nie maar merk tereg op (800I – J) dat sodanige aangeleenthede deeglik op die verhoorstadium aan die hand van beskikbare getuienis getoets kan word.

Uiteindelik erken die appèlhof dan by monde van regter Vivier die bestaan van die gewraakte sorgvuldigheidsplig aan die kant van die invorderingsbank deur te verklaar (801A):

“On balance, the factors which I have mentioned above, in my view, operate in favour of recognising the existence of a legal duty on the part of a collecting banker to the true owner of a lost or stolen cheque to avoid causing him pure economic loss by negligently dealing with such cheque.”

Natuurlik kan die hof nie sonder aanhoor van al die getuienis 'n finale bevinding maak oor al die beleidsoorwegings wat moontlik steeds hier ter sprake kan wees nie, maar stel tog die volgende beginsel (801B – D):

“It is sufficient for present purposes to say, firstly, that the *Lex Aquilia* does provide a basis upon which a collecting banker may be held liable in negligence to the true owner of a lost or stolen cheque and, secondly, that there are considerations of policy and convenience in the present case which *prima facie* indicate the existence of a legal duty on the part of the collecting banker to prevent loss by negligently dealing with the cheque in question. This *prima facie* indication may be rebutted by the evidence which the defendant might lead at the trial, duly tested and evaluated in the light of any countervailing evidence which might be led by the plaintiff.”

In die lig van bogenoemde beslis die hof (801D) dat “[i]t cannot, therefore, at this stage be found that the defendant’s conduct was not unlawful” en bevind dat die hof *a quo* fouteer het deur die eksepsie te handhaaf.

#### 4 Slotopmerkings

Met die duidelike woord wat die appèlafdeling uiteindelik oor die onderhawige onderwerp gespreek het, is die onbevredigende stand van ons reg in hierdie verband nou in die reïne gebring. Anders as vir die alledaagse tjekgebruiker, is hierdie uitspraak seker nie vir die banke goeie nuus nie. Waar dit in die onderhawige verband uiteindelik oor die afweging en balansering van die belange van die banke en hul kliënte gaan, het die hof onses insiens die skaal korrek



gebalanseer. Die erkenning van 'n deliktuele eis op grond van die verbreking van 'n sorgvuldigheidsplig aan die kant van die invorderingsbank is moontlik die enigste, hoewel dalk geringe, houvas wat die alledaagse tjekgebruiker nog op die banke het, veral as die moderne bankpraktyk met betrekking tot die nie-oordraagbare tjek in ag geneem word. Tradisioneel is geglo dat die veiligste manier om 'n tjek te trek, is om dit nie te kruis nie en "nie oordraagbaar nie" te merk (sien Pretorius 1987 *MB* 56 vn 6 en gesag aldaar; vgl *Gishen v Nedbank Ltd supra* asook Pretorius "A transferable 'non transferable' cheque" 1984 *SALJ* 250). Sedert Augustus 1991 is dit egter bankpraktyk dat banke nie sodanige tjeks vir invordering sal neem nie tensy dit gekruis is. Dit is waarskynlik 'n poging om die betrokke bank ingevolge artikel 79 te beskerm waar dit 'n tjek uitbetaal aan 'n invorderingsbank wat vir 'n beskikkingsonbevoegde invorder, aangesien dit vir die betrokke onmoontlik is om die begunstigde te identifiseer en te bepaal of daar inderdaad vir die korrekte persoon ingevorder word. (A 79 bepaal dat indien die bankier op wie 'n gekruiste tjek getrek is, dit te goeder trou en sonder nalatigheid in ooreenstemming met die algemene of besondere kruising aan 'n ander bankier betaal, die betrokke bank in dieselfde posisie gestel word asof betaling van die tjek aan die ware eenaar daarvan geskied het.) Indien die invorderingsbank boonop ook skotvry daarvan sou afkom weens die nie-erkenning van 'n sorgvuldigheidsplig aan sy kant, sou daar vir die alledaagse tjekgebruiker in die onderhawige omstandighede geen beskerming oorgebly het nie.

'n Verdere verblydende aspek van die onderhawige beslissing is dat die appèl-hof bereid was om standpunt in te neem en nie maar net weer die brandnetel vir die wetgewer aan te gee nie (801D – E):

"Counsel for the defendant submitted that the question of liability in this branch of the law is more properly a matter for Parliament than for the courts. I do not agree. The issue is one of law. The policy considerations are of a nature which is not infrequently the concern of courts of law."

Klousule 59 van die voorgestelde nuwe Tjekwet, wat voor die onderhawige beslissing opgestel is, bepaal soos volg (sien Malan, Oelofse en Pretorius *SA Regskommissie Werkstuk 22* (1989) "Proposals for the reform of the Bills of Exchange Act, 1964"):

(1) Where a cheque which is lost or stolen is paid in terms of section 54 and the true owner suffers a loss as a result of such payment, he shall be entitled to recover an amount equal to his loss or the amount of the cheque, whichever is the lesser, from any collecting bank which collected payment of the cheque negligently.

(2) Any collecting bank which collected payment of such a cheque after its theft or loss must, when requested by the true owner in writing, furnish him with all information at its disposal in connection with the cheque and the account for which it has been collected, and if it fails or refuses to do so within a reasonable time of such request, it shall be deemed to have collected payment of such cheque negligently.

(3) For the purposes of subsection (1), a collecting bank shall not be negligent by reason only of the fact that the payee or indorsee is wrongly designated or that his name is misspelt or by reason only of the absence of, or an irregularity in, any indorsement on the cheque."

In die lig van bogenoemde stelling van die appèlhof, lyk die toekoms van hierdie klousule onseker. Ten einde enige onsekerhede wat daar nog in die onderhawige verband kan bestaan uit die weg te ruim, behoort hierdie klousule niteenstaande die onderhawige uitspraak steeds behou te word.

CJ NAGEL  
MELANIE GREEFF  
*Universiteit van Pretoria*

**SALE AND TRANSFER OF GOODWILL AND THE  
CONTRACTUAL RIGHT TO ENFORCE A RESTRAINT OF  
TRADE CLAUSE FORMING PART OF GOODWILL**

**Botha v Carapax Shadeports (Pty) Ltd 1992 1 SA 202 (A)**

The question to be addressed in this note is whether a contractual right to enforce an agreement in restraint of trade forms part of the goodwill of a business, and, if so, whether it passes, as *a matter of law*, to the transferee of the goodwill of a business in pursuance of a contract of sale of such goodwill.

It is generally accepted that an agreement in restraint of trade, *which exists for the benefit of a business*, forms part of the goodwill of that business (*Jacoby v Whitmore* 1883 49 LT 335 (A); *Townsend v Jarman* [100] 2 CH 698; *Henry Leatham & Sons Ltd v Johnstone-White* (1907) 1 CH 322 CA 327; *Coetzee v Eloff* 1923 EDL 113; *Protea Holdings v Herzberg* 1982 4 SA 773 (C)), and that when the goodwill is sold, the contractual right to enforce that restraint clause is part and parcel of the *merx*. This principle was correctly confirmed as follows in the *Botha* case 212G–H:

“The benefit of an agreement in restraint of trade, which exists for the advantage of a business, passes to the purchaser of that business and its goodwill, as part of the goodwill. In my judgment, that view, as a general proposition, has everything to commend itself, and we should approve of it. It is, I consider, in consonance with the common understanding of what goodwill comprises, and with the exigencies of modern commerce. It is also in harmony with the principles of our law, subject to the observations which follow.”

This is undoubtedly the correct view on the matter and this aspect of the decision merits very little discussion. Although I agree with this statement, and the rest of the judgment conforms to my view of the legal position, from a theoretical point of view the aspect which is not sufficiently addressed in this case, is the question how the right to enforce a restraint clause *passes*, or, put in another way, how the transfer (cession) of that right is to be effected. Another issue which is not directly addressed, and which the court was not required to address, is the question how the transfer of the goodwill, comprising, as it does, different facets, is to be effected.

Read as it stands, the above statement may, at first glance, create the impression that the transfer of the contractual right to enforce the restraint clause takes place as a matter of law (*ex lege*) in the sense that the contractual right is not separated from the goodwill, and that such right is transferred automatically as part of the goodwill. This also seems to be the idea conveyed in earlier decisions on this issue, and the uncertainty thus created needs further clarification and explanation.

Botha JA in the *Botha* case did in fact expand on the above statement and explained the legal position more extensively as follows (214B–F):

“What I have been referring to as the ‘the benefit’ of an agreement in restraint of trade, pertaining to a business, is, in the eyes of the law, the contractual right to enforce the restraint. It vests in the owner of the business, he is the creditor in respect of it. When he sells the goodwill of the business, the *merx* embraces the contractual right. We have, therefore, a sale of the contractual right, or claim. In our law the transfer of a contractual right, or claim, by the creditor to another person takes place by means

of a cession of the right. In *Johnson v Incorporated General Insurance Ltd* 1983 1 SA 318 (A) at 331G – H Joubert JA referred to the two elements involved in a cession of a right as the ‘agreement of transfer’ and the ‘obligatory agreement’ (the latter may also be referred to as the ‘obligatory agreement’ – see Scott *The Law of Cession* 2nd ed at 59 note 1). Applying the terminology to the situation now being discussed, the obligatory agreement is the sale of the goodwill, including as it does the contractual right, while the transfer agreement by which the right is conveyed to the purchaser, is constituted by delivery by the seller, and the acceptance by the purchaser, of the physical possession of the business, pursuant to the sale. The corporeal assets comprising the goodwill are incidental to the business itself and they are transferred together, *in the intendment of the law*. In the context of a situation like the one now under discussion and in accordance with modern trends of thought, I am convinced that nothing more is required by law to render the cession effective as between cedent and cessionary, whatever theories may be advanced in other contexts . . .” (my italics).

I thoroughly agree with the court’s approach and exposition of the law, but to my mind the court’s somewhat vague or loose phraseology may create the possibility that this statement may be interpreted as meaning that the contractual right to enforce the restraint clause passed to the cessionary, not as a result of the (implied) transfer agreement, but as a matter of law (*ex lege*). If not read carefully, and in conjunction with the following statement, namely that

“[t]he benefit of the restraints passed from Carapax CC to the respondent (cessionary), *as a matter of fact, since the evidence shows that there was an effective cession of the right by Carapax CC to the respondent, in accordance with the requirements of the law*” (214H – I; my italics),

one may easily come to the conclusion that no actual cession (effected by means of a transfer agreement) is required in these cases.

Authority for the latter interpretation may also be found in the decision of the judge in the court *a quo*, as quoted in the *Botha* case 209D:

“*The deed of sale* by virtue of which the business and the goodwill of the close corporation were sold *clearly ceded* to the purchaser, that is the applicant, the rights the close corporation had in the restraint agreements and the restraint agreements were not personal to the close corporation” (my italics).

And in the decision in *Protea Holdings v Herzberg* 1982 4 SA 773 (C) 787G – H:

“That the benefit of a covenant in restraint of trade can pass to the purchaser of a business as part of the goodwill of that business is clear. See *Coetzee v Eloff* (*supra*) and *Townsend v Jarman* (*supra*). In both those cases, however, the factual position was that goodwill was transferred and that as a concomitant thereof the right to enforce a restraint clause *passed* to the transferee as well” (my italics).

The decision of the court *a quo* as quoted in the judgment of the appellate decision is, of course, completely incorrect as it creates the impression that the deed of sale ceded the right to enforce the restraint clause to the cessionary. The untenability of such an approach is illustrated by the judge in the appellate judgment (214C – D). For a detailed discussion of the unacceptability of such an approach, see Scott (*The law of cession* (1991) par 2 1; ch 5).

The *Botha* case also removed the uncertainty which may possibly have existed on this issue after the decision in the *Protea Holdings* case *supra*, where the impression was created that the right to enforce the restraint clause passes to the cessionary as part of the goodwill. That this was the court’s view (214F) is strengthened by the reference to *Coetzee v Eloff supra* 115.

The confusion regarding the question whether a cession of the right to enforce a restraint clause should take place in pursuance of the sale of goodwill, where the restraint clause was of such a nature that it formed part and parcel of the



goodwill, can be attributed to the fact that in the English cases referred to in most South African cases on this subject, the courts were basically concerned with the question whether the right to enforce a restraint clause is included in the term "goodwill" where the *merx* of the sale is the goodwill, and not so much with the question how the transfer of the goodwill and the right to enforce the restraint clause are to be effected (*Jacoby v Whitmore supra*; *Townsend v Jarman supra*; the *Henry Leetham case supra*).

Especially in two of these cases, there was clearly not only a sale of the goodwill, but also an *assignment* thereof, and the courts' real concern was whether the right to enforce the restraint clause was included in the sale *and assignment* of the goodwill. (See *Jacoby v Whitmore supra* 337:

"He sold to Jacoby the 'beneficial interest and goodwill' of the business, and as the cases I have referred to decide that such a contract adds to the goodwill, under the word 'goodwill' alone in this *assignment* the benefit of the agreement with Whitmore would, in my opinion pass."

And *Townsend v Jarman supra* 700:

"In 1899 the company was wound up voluntarily, and the Chard shop and the goodwill of the Chard business were sold, conveyed, and *assigned* to the plaintiff."

In order to have eliminated any possible further confusion, I would have phrased the above statement in the *Botha* case 214B-F as follows:

The incorporeal assets comprising the goodwill are incidental to the business itself and they are transferred together, *if it is clear from the evidence that the transferor and the transferee intended such transfer to take place*. In the context of a situation like the one now under discussion, and in accordance with modern trends of thought, I am convinced that nothing more is required by law to render the cession effective as between cedent and cessionary, whatever theories may be advanced in other contexts.

An interesting aspect of the sale and transfer of goodwill is the requirement in section 34(1) of the Insolvency Act 24 of 1936 that a trader who disposes of his business or the goodwill of such business or any goods or property forming part thereof should publish a notice of such intended disposition in the *Gazette* and in two issues of an Afrikaans and two issues of an English newspaper circulating in the district in which that business is carried on, within a period not less than thirty days and not more than sixty days before the date of such disposition. Failure to comply with this requirement results in the disposition being void as against the trustee of his estate, if his estate is sequestrated at any time within the said period (see further *Slims (Pty) Ltd v Morris* 1988 1 SA 715 (A) 727C *et seq*; *Smith The law of insolvency* (1988) 143 *et seq*).

It is also interesting to note that the case under discussion dealt with the transfer of the goodwill itself in the following terms:

"The incorporeal assets comprising the goodwill are incidental to the business itself and they are transferred together, *in the intendment of the law*" (214E-F; my italics).

Without entering the potentially controversial field of law relating to the exact meaning of the concept "goodwill" (see *Receiver of Revenue, Cape v Cavanagh* 1912 AD 459 461-462; *Cotas v Williams* 1947 2 SA 1154 (T) 1163; *O'Kennedy v Smit* 1948 2 SA 63 (C) 65 *et seq*; *Herman v Faclier* 1949 4 SA 377 (C) 386 *et seq*; *Berzansky v Hack* 1950 3 SA 358 (T) 365; *Jacobs v Minister of Agriculture* 1972 4 SA 608 (W) 624 *et seq*; *Lorimar Productions Inc v Sterling Clothing Manufacturers (Pty) Ltd*; *Lorimar Productions Inc v OK Hyperama Ltd*; *Lorimar Productions Inc v Dallas Restaurant* 1981 3 SA 1129 (T) 1138H-C; *A Becker and Co v Becker* 1981 3 SA 406 (A) 416 *et seq*; *Protea Holdings v*

*Herzberg* 1982 4 SA 773 (C) 786H *et seq*; *Slims (Pty) Ltd v Morris supra* 727H – I), I should like to point out that the goodwill does not pass *ex lege*, but as a result of an act of transfer.

The same theoretical reasoning which applies to the transfer of a personal right (claim) (see Scott *Cession* par 2 1; ch 5) or, for that matter, to the transfer of a real right (ownership) (Van der Merwe *Sakereg* (1989) 298 – 301) finds application when one is dealing with the transfer of goodwill.

It is generally accepted that a clear distinction should be made between the obligatory agreement (the contract of sale), which creates the duty to transfer, and the transfer itself which is effected by means of an act of transfer. In the case of the sale of a claim (incorporeal thing), the transfer is effected by means of a transfer agreement, and in the case of a corporeal thing, by means of a real agreement coupled with physical delivery. The obligatory agreement in itself does not effect the transfer of the object of the sale, because South African law does not recognise a contractual system of transfer; in other words, the object of the sale does not pass to the purchaser in terms of the contract, but in terms of a separate act of transfer, comprising an agreement only (in the case of personal rights or claims) or an agreement coupled with physical delivery (in the case of corporeals) or whatever other acts may be required by statute (eg, s 60 of the Patents Act 57 of 1978).

From all the cases dealing with goodwill quoted above, no clear indication emerges regarding the way in which goodwill is to be transferred. Only two cases (*Torf's Estate v Minister of Finance supra* and *Slims (Pty) Ltd v Morris supra*), both dealing with the sale only of goodwill, give an indication of how this problem should be approached. In the *Torf's Estate* case 293 the court held that “(a) goodwill is property and (b) it is incorporeal and (c) it is movable . . .”, and again (294):

“It is, in fact, a right *in rem*, from which the owner will derive rights of action in certain circumstances, but those rights of action are subsidiary or derivative. And, in my judgment, a man's right to goodwill is in exactly the same case as his right to his house or furniture.”

Although the court did not discuss the manner in which goodwill should be transferred, it clearly expressed the opinion that it is property, not in the wide sense of assets, which include immaterial property, but in the narrow sense of a movable incorporeal which can be owned. In a majority decision of the appellate division Nicholas AJA confirmed this line of reasoning (see the *Slims* case 727E *et seq*).

Although the court in none of these cases expressed an opinion about the way in which goodwill should be transferred, I think it may safely be assumed that a separate act of transfer is required. Support for this view may also be found in an *obiter dictum* of Van Heerden JA in a minority judgment in *A Becker and Co v Becker* 1981 3 SA 406 (A) 417D: “Deur die reg op die werfkrag oor te dra . . .”

From a theoretical point of view there can be no doubt that a separate act of transfer is necessary, but the vexing issue here pertains to the nature of the transfer, which is determined by the nature of the object to be transferred. In other words, are we dealing here with the transfer of ownership of a movable incorporeal (a view which is clearly supported by the weight of authority: see the *Torf's Estate* and *Slims* cases *supra*), or are we dealing with the transfer

of an immaterial property right (see *A Becker and Co v Becker supra* 416H *et seq*)?

The correct view, dogmatically speaking, is that the transfer of goodwill is a transfer of an immaterial property right, but the positive law approach is that we are dealing with the transfer of ownership of a movable incorporeal. In practice, however, this distinction is of very little effect, seeing that the transfer of both a moveable incorporeal and an immaterial property right is, in principle, effected by means of a transfer agreement. The nature of both objects is such that they cannot be delivered physically, and as I have indicated above, immaterial property rights are transferred by agreement, except in those instances where statute provides otherwise.

The agreement in terms of which a movable incorporeal, an immaterial property right or a claim (contractual right) is transferred, need not be a separate agreement. It can be embodied in the deed of sale or it may be deduced from the circumstances of the case (as was clearly the situation in the *Botha* case 214I), as long as it is clear that the seller and the purchaser have indeed transferred the goodwill or contractual right by agreement (see *Scott Cession* par 2 1; ch 5). In other words, the transfer of the goodwill or the contractual right does not take place *ipso iure*. To my mind this is also the line of thought followed by *Botha JA* in the *Botha* case in relation to the transfer of the contractual right to enforce a restraint of trade clause.

In conclusion: this judgment has settled the legal position not only as it relates to the question whether a contractual right to enforce an agreement in restraint of trade forms part of the goodwill of a business, but also, in effect, as to how such transfer should be effected. The gist of the judgment is that the benefit of an agreement in restraint of trade, *which exists for the advantage of a business*, is part of the goodwill, and that in the case of a sale *and transfer* of the goodwill the right to enforce such an agreement passes to the cessionary not as a matter of law but because the transferor and transferee intended it to pass, as is required by law for a valid cession.

To avoid all uncertainty in future it would be advisable in practice to have the following clause in a deed of sale of the goodwill of a business: "The seller hereby sells, transfers and cedes the . . . business and goodwill . . . to the purchaser."

SUSAN SCOTT

*University of South Africa*

**AANSPREKLIKHEID VAN DIE VERKOPER VIR VERBORGE  
GEBREKE IN DIE KOOPSAAK WAAR DIE KOOPKONTRAK 'N  
VOETSTOOTSBEDING BEVAT**

**Van der Merwe v Meades 1991 2 SA 1 (A)**

**1 Feite en geskilpunte**

Appellant (verweerder) en respondent (eiser) het 'n koopkontrak gesluit waarvolgens eersgenoemde sy woonhuis aan laasgenoemde verkoop het. Die kontrak het 'n voetstootsbeding bevat wat soos volg gelui het:

"Die eiendom word 'voetstoots' en soos dit staan, verkoop en die verkoper gee geen waarborg met betrekking tot die geboue en enige verbeterings op die eiendom nie. Die



verkoper sal ook nie aanspreeklik wees vir enige verborge of sigbare gebreke in die eiendom nie'' (2I).

(Soos meermale die geval is, is die bewoording van die klousule onnodig herhalend met gepaardgaande lompheid.) Dit was verder gemene saak tussen die partye dat daar ten tyde van kontraksluiting 'n verborge gebrek in die konstruksie van die huis se dak was deurdat geen windverspanning daarin aangebring is nie. Die gebrek was lewensgevaarlik en het herstel benodig, die koste waarvan R32 000 beloop het.

Ten spyte van die voetstootsklousule het die respondent met welslae 'n eis vir die betaling van bogemelde bedrag in die Noord-Kaapse Afdeling van die Hooggeregshof ingestel. Hierteen het die appellant na die appèlafdeling gependelleer. In appèl verwys waarnemende hoofregter Joubert na die tweespalt in ons regspraak aangaande die basis van 'n verkoper se aanspreeklikheid in sodanige omstandighede en raadpleeg die gemenerereg (3B).

## 2 Gemenerereg

### 2.1 Romeinse reg

Die hof kom tot die gevolgtrekking dat 'n koop bevattende 'n voetstootsklousule (*venditio simplaria*) wel in die Romeinse reg bestaan het maar dat die verkoper steeds in sekere omstandighede vir verborge gebreke moes instaan (4G – 5D). Die hof som die posisie soos volg op:

“Waar 'n koper niteenstaande die aanwesigheid van 'n voetstootsklousule die verkoper aanspreek met 'n aediliesiese aksie of 'n *actio empti* omdat die *merx* verborge gebreke het, dan kon die verkoper met die *exceptio pacti* hom op die voetstootsklousule beroep. Die koper kon dan repliseer met die *replicatio doli (mali)*, sodat hy dan moet bewys dat die verkoper ten tyde van die aangaan van die koop bewus was van die bestaan van die verborge gebreke maar hul bestaan opsetlik verswyg het met die oogmerk om die koper te bedrieg (*circumveniendi emptoris causa*), met ander woorde hy moet bewys dat die verkoper *dolo malo* die verborge gebreke verswyg het. Slaag die koper daarin om dit te bewys dan kan die verkoper hom nie op die beskerming van die voetstootsklousule beroep nie” (4H – 5A).

Hieruit blyk dat die koper se eis op die *actio empti* of een van die aediliesiese aksies gebaseer is en as sodanig 'n skuldoorsaak *ex contractu* daarstel. Die rede is dat die Romeine aanvanklik onderskei het tussen *negotia stricti iuris* waar die wanvoorstelling van een kontraksparty geen uitwerking op die kontrak gehad het nie, en *negotia bonae fidei* waar die vereiste van goeie trou deel van die kontrak uitgemaak het en enige party die gebruikelike kontrakaksie en nie die *actio doli* nie, kon instel in geval van die ander party se bedrieglike wanvoorstelling. In die besonder by koopkontrakte kon die veronregte party met die kontrakaksie ageer alhoewel skadevergoeding soos in die geval van bedrog en nie soos in die geval van kontrakbreuk nie, bereken is (Joubert *General principles of the law of contract* (1987) 90).

De Wet en Yeats (*Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* (1978) 301 – 302) maak die volgende stelling in hierdie verband:

“Die omstandigheid dat die koper in die Romeinse reg in hierdie geval met die *actio empti* geageer het, en nie met die *actio doli* nie, behoort in die moderne reg tog nie meer van invloed te wees nie, want die rede daarvoor was 'n uifers tegniese, naamlik dat by *negotia bonae fidei* nie met die *actio doli* geageer word nie maar met die kontrakaksie.”

Die prosesverbonde remedies van die Romeinse reg, uitgebeeld in die stelreël *ubi remedium, ibi ius*, vind nie weerklank in die materieelregtelik verbonde aksies

van die moderne reg nie en hedendaags sal die veronregte se remedie eerder op wanvoorstelling berus.

Daar is verskeie verdere redes waarom die Romeine eerder hulle toevlug tot 'n kontraktuele aksie as 'n deliktuele aksie gebaseer op wanvoorstelling geneem het. Eerstens is die uitbreiding en suiwer toepassing van deliktsaksies ietwat vertraag en vertroebel omrede daar nie duidelik tussen strafreg en deliktereg onderskei is nie (Van Zyl *Geskiedenis en beginsels van die Romeinse privaatreë* (1977) 332). Tweedens het die Romeinse deliktereg met die handelingselement geworstel aangesien 'n direkte positiewe handeling vereis is terwyl die meeste wanvoorstellings by kontrakte die vorm van 'n *omissio* aanneem (Van der Walt *Delict: principles and cases* (1979) 12). Laastens was die deliktuele aksie weens bedrog (*actio doli*) min in die praktyk aangewend aangesien dit 'n subsidiêre geaardheid gehad het en slegs ingestel is waar 'n ander aksie nie beskikbaar was nie (Van Zyl 351). Hierdie beperkings geld vandag nie meer nie.

## 2 2 Romeins-Hollandse reg

Die hof meld dat die Romeinse reg insake voetstootsklausules weens resepsie deel van die Romeins-Hollandse reg geword het alhoewel die Nederlandse skrywers betreklik min aandag aan hierdie onderwerp bestee het (5E). Insoverre op die gemenerereg gesteun word, is die uitspraak grotendeels gebaseer op 'n passasie van Voet (21 1 10) uit sy *De aedilitio edicto & redhibitione, & quanti minoris* waarin hy die aedilisiese edikte en hul regsmiddels behandel. Geriefshalwe het die hof hierdie passasie in vier gedeeltes verdeel wat soos volg saamgevat kan word.

In gedeelte een word gestipuleer dat vir doeleindes van die aedilisiese aanspreeklikheid van die verkoper dit irrelevant is of hy kennis van die verborge gebrek gehad het al dan nie alhoewel die koper daarvan onbewus moet gewees het. In gedeelte twee wys Voet daarop dat die verkoper met kennis bowendien met die *actio empti* aangespreek kon word om die koper se gevolgskaade te vergoed. In gedeelte drie word pertinent verwys na 'n *merx* wat *qualis est* verkoop is en saamgelees met gedeelte vier word die Romeinse reg (sien *supra*) insake die verkoper se aanspreeklikheid vir verborge gebreke weergegee (6A – 8A). Met ander woorde, die koper moet bedrog (*dolus malus*) aan die kant van die verkoper bewys om die werking van 'n voetstootsklausule te negeer.

Alhoewel die koper ingevolge die kontrak ageer het, was die aard van sy remedie deliktueel van aard aangesien die *replicatio doli (mali)*, wat in sodanige omstandighede aan hom toegeken is, die regsmiddel was wat die verkoper sy beskerming ingevolge die voetstootsklausule ontnem het. Die koper kon met ander woorde net sowel van meet af met die *actio doli* ageer het.

## 3 Suid-Afrikaanse regspraak

Net soos in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg geld die algemene reël dat die partye by 'n koopkontrak die verkoper se aanspreeklikheid vir latente gebreke kan uitsluit (De Wet en Yeats 305). In welke omstandighede die verkoper ondanks 'n voetstootsklausule steeds vir verborge gebreke aanspreeklik is, het 'n meningsverskil in die regspraak ontlok. In die Transvaal is die houding ingeneem dat die verkoper slegs kennis van die verborge gebrek ten tyde van kontraksluiting moet gehad het terwyl die Natalse howe in ooreenstemming met die gemenerereg sowel kennis as bedrog aan die kant van die verkoper vereis het.

Die Transvaalse standpunt blyk veral uit die uitsprake van onderskeidelik regter-president De Villiers in *Hadley v Savory* 1916 TPD 385 en waarnemende regter Bresler in *Van der Merwe v Culhane* 1952 3 SA 42. In eersgenoemde gewysde baseer regter De Villiers sy uitspraak op gedeeltes drie en vier van Voet 21 1 10 (soos hierbo saamgevat) om tot die slotsom te kom dat slegs kennis aan die kant van die verkoper aangaande 'n latente gebrek in die koopsaak voldoende is om 'n remedie vir die koper daar te stel (387). Die uitspraak berus egter op 'n vrye maar verkeerde interpretasie van Voet aangesien daar nie op die bronne waarna Voet verwys, ingegaan word nie. Voet verwys buitendien pertinent in gedeelte vier na die *replicatio* wat aan die koper verleen word weens die verkoper se bedrog wat uit sy opsetlike verswyging (*consulto reticuerit*) ontstaan en nie bloot weens sy kennis van die gebrek nie. In laasgenoemde gewysde volg regter Bresler die uitspraak van regter-president De Villiers en alhoewel hy sydelings na wanvoorstelling (46D G) en kritiek teen regter De Villiers se uitleg van Voet (AM 1948 *SALJ* 532) verwys, aanvaar hy die regsposisie soos in die vroeëre beslissing uiteengesit.

Die houding ingeneem deur die Natalse howe word goed weergegee deur die volgende stelling van regter Selke in *Knight v Trollip* 1948 3 SA 1009 (D) 1013 wat met goedkeuring deur die appèlhof in *Van der Merwe v Meades* (8B - E) aangehaal is:

"I think it resolves itself to this, viz that here the seller could be held liable only in respect of defects of which he knew at the time of the making of the contract, being defects of which the purchaser did not then know. In respect of those defects, the seller may be held liable where he has designedly concealed their existence from the purchaser, or where he has craftily refrained from informing the purchaser of their existence. In such circumstances, his liability is contingent on his having behaved in a way which amounts to a fraud on the purchaser, and it would thus seem to follow that, in order that the purchaser may make him liable for such defects, the purchaser must show directly or by inference, that the seller actually knew. In general, ignorance due to mere negligence or ineptitude is not, in such a case equivalent to fraud."

Alhoewel die appèlhof reeds in 1977 in *Glaston House (Pty) Ltd v Inag (Pty) Ltd* 1977 2 SA 84 (A) die geleentheid gebied is om hierdie probleem op te los, het die feite in elk geval 'n afleiding van bedrog aan die kant van die verweerder regverdig; dit sou natuurlik volgens beide bogemelde standpunte 'n aksiegrond daarstel. Die hof vind dit gevolglik onnodig om tussen die twee sienings te kies. Die hof verwys na die remedie volgens Voet 21 1 10 (868C - E) en beslis dat die eiser se eis op delik (872D) gefundeer is; geen uitsluitel word egter gegee ten aansien van die toepassing van die koper se gemeenregtelike remedie in die moderne reg in hierdie tipe sake nie.

Dit was die stand van sake in die regspraak toe die appèlhof in *Van der Merwe v Meades* uitdruklik die Transvaalse siening verwerp en die Natalse siening, soos saamgevat in *Knight v Trollip supra*, goedgekeur het aangesien laasgenoemde basies in ooreenstemming met die gemeenregtelike posisie is. Gevolglik het die koper, waar die kontrak 'n voetstoetsbeding bevat, slegs 'n remedie indien hy kan bewys dat die verkoper enersyds geweet het van 'n latente gebrek in die koopsaak en andersyds die bestaan daarvan opsetlik verswyg het met die oogmerk om die koper te bedrieg (8F). Die hof handhaaf die appèl *in casu* met koste omrede die verkoper nie kennis van die verborge gebrek gehad het nie.

#### 4 Slotsom

Die resultaat van die appèlhof se beslissing is duidelik. Die koper se remedie word in dergelike omstandighede beperk tot die gemeenregtelike regsmiddel waar



klem op 'n bedrieglike gesindheid aan die kant van die verkoper gelê is. Blote kennis van 'n verborge gebrek aan die kant van die verkoper ontnem hom nie sy beskerming ingevolge 'n voetstootsklousule nie. Die behoefte aan beskerming van kopers by koopkontrakte van veral onroerende goedere laat die vraag ontstaan of die verkoper, benewens aanspreeklikheid vir 'n bedrieglike verswyging van die bestaan van 'n verborge gebrek teenoor die koper, nie ook vir 'n nalatige verswyging aanspreeklik moet wees nie. Myns insiens behoort die antwoord positief te wees en wel om die volgende oorwegings: Voetstootsbedinge is standaardklousules in koopkontrakte van onroerende goed en verborge gebreke in sodanige eiendom kan tot aansienlike skade lei. Alhoewel geargumenteer kan word dat dit in elk geval die koper vry staan om nie met die verkoper 'n kontrak te sluit indien laasgenoemde aandring op 'n voetstootsbeding nie, hou hierdie siening nie tred met die werklikheid nie. Kopers van huise en deeltiteleenhede bemoei hulle hoofsaaklik met die keuse van 'n woning wat binne hulle begroting pas eerder as met die regsimplikasies van die koopkontrak wat daarna gesluit word. Die opstel van sodanige kontrakte word gewoonlik in die hande van eiendomsagente of prokureurs gelaat. Eersgenoemde maak gebruik van gedrukte *pro forma*-kontrakte en lig gewoonlik die partye in dat 'n voetstootsbeding standaard in hierdie tipe kontrakte voorkom. Prokureurs weer tree gewoonlik in opdrag van die verkoper op en adviseer hulle kliënte om nie 'n koop sonder 'n voetstootsbeding aan te gaan nie. Kopers van onroerende eiendom is dus bereid om te aanvaar dat dit niks buitengewoon is om voetstoots te koop nie en aanvaar geredelik dat sodanige beding in 'n koopkontrak sal voorkom ongeag wie die verkoper is. Verder het hierdie tipe kontrakte die grootste finansiële implikasie en las vir die deursneemens vir wie die koop van 'n huis meesal die enigste groot belegging in sy of haar lewe is. Om verder opgesaal te wees met die gevolge van 'n verborge gebrek kan inderdaad finansiële noodlottig vir so 'n persoon wees. Aangesien die koper se remedie nie net beperk is nie maar hy ook 'n moeilike bewyslas het om te kwyf, is die skaal duidelik in die verkoper se guns.

Beskou 'n mens die onderhawige probleem vanuit die deliktereg, dan blyk die volgende. Wat die *handeling* as delikselement betref, is daar prinsipiël geen verskil tussen 'n *commissio* en 'n *omissio* nie aangesien albei 'n willekeurige menslike gedraging daarstel (sien Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 25 29–30). Insgelyks behoort daar ook geen verskil te wees nie tussen 'n wanvoorstelling wat aan die een kant uit positiewe optrede of woorde en aan die ander kant uit 'n verswyging bestaan (vgl *idem* 299 vn 137). Die belangrike vraag is egter of die wanvoorstelling volgens die *boni mores*-toets onregmatig is, dit wil sê of daar 'n regsplig op die dader gerus het om die korrekte inligting te verskaf, oftewel om nie die eiser te mislei nie (*idem* 300).

Nou is dit so dat die regspraak tradisioneel geweier het om 'n deliktuele aksie om skadevergoeding toe te staan wat spruit uit 'n nalatige wanvoorstelling wat kontraksluiting tot gevolg gehad het (*Hamman v Moolman* 1968 4 SA 340 (A)). 'n Welkome verandering in dié houding het egter begin met die uitspraak in *Kern Trust (Edms) Bpk v Hurter* 1981 3 SA 607 (K). Die hof beslis naamlik dat deliktuele aanspreeklikheid weens nalatige wanvoorstelling nie uitgesluit behoort te word waar die wanvoorstelling tot kontraksluiting aanleiding gegee het nie. Neethling, Potgieter en Visser (305) maak die volgende paslike aanmerking in hierdie verband:

“Die toets vir deliktuele aanspreeklikheid wanneer 'n kontrak weens die wanvoorstelling gesluit is, is nie of daar onafhanklike aanspreeklikheid weens kontrakbreuk is nie, maar wel of al die vereistes vir deliktuele aanspreeklikheid aanwesig is.”

Die appèlhof het hierdie beginsel onlangs in *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* 1991 4 SA 559 (A) goedgekeur. Die hof beslis dat 'n nalatige wanbewering wat kontraksluiting tot gevolg het, in gepaste omstandighede 'n deliktuele eis vir skadevergoeding sal vestig (568A – I). Beperking van aanspreeklikheid word in onder andere die onregmatigheidselement gevind. Alhoewel die hof te doen gehad het met 'n positiewe nalatige wanbewering, behoort die verkoper ook deliktueel aanspreeklik te wees teenoor die koper waar eersgenoemde gewet het van die bestaan van 'n verborge gebrek in die *merx* maar *nalatig verswyg* het om dit aan die koper te openbaar. Die redes waarom daar volgens die *boni mores* 'n regsplig op die verkoper rus om die gebrek aan die koper te openbaar, is tweeledig: enersyds is die feit dat die verkoper van die gebrek *gewet* het, en bygevolg dat die koper weens sy onkunde benadeel gaan word, aanduidend van die bestaan van die regsplig (sien Neethling, Potgieter en Visser 301 – 302; vgl 295 – 296). Andersyds blyk die regsplig daaruit dat die partye in 'n potensiele kontraktuele verhouding teenoor mekaar staan, en dat hulle dientengevolge korrekte inligting moet verstrek oor aangeleenthede wat met die (potensiele) kontrak of die nakoming daarvan verband hou (*idem* 301). Laasgenoemde spruit uit die besondere verhouding wat tussen kontrakterende partye heers en die beginsel van goeie trou in die kontraktereg (Kerr *The principles of the law of contract* (1989) 221 – 222; Christie *The law of contract in South Africa* (1991) 332 – 337).

'n Voetstootsbeding ontnem die koper sy kontraktuele remedies maar hy behoort steeds 'n deliktuele remedie nie net in geval van bedrieglike wanvoorstelling nie, maar ook by nalatige wanvoorstelling te hê. Ook hier staan dit die verkoper natuurlik vry om met die koper te kontrakteer dat eersgenoemde se aanspreeklikheid vir nalatige wanvoorstelling uitgesluit word.

C-J PRETORIUS  
*Universiteit van Suid-Afrika*

### THE REASONABLE MAN AND THE CHILD

**Ndlovu v AA Mutual Insurance Association Ltd 1991 3 SA 655 (E)**

This case was heard before a full bench of the Eastern Cape Division of the Supreme Court. While it may seem that it is yet another example of the application of the test of negligence to children, it has a more important dimension – that of the responsibility of parents/adults who are ostensibly in control of children.

The facts of the case, as far as they were known to the court, indicate that Ms Ndlovu was in the process of crossing a busy highway which runs through Duncan Village in East London. With her was Tabo, a child of seven years and ten months, and her niece, Gloria, about twelve years of age. The three

approached the kerb/side of the road with Ms Ndlovu standing in the middle, the niece on the left and Tabo on the right. Ms Ndlovu saw a car approaching from her left and turned her head to watch the car, not holding either Tabo's or her niece's hand. She waited for the car to pass and after it had passed she saw Tabo lying in the road next to the gutter. It is not clear from the report whether Tabo was found on the other side of the street or on the side they started from. What is clear from the accepted evidence was that the car was travelling on the opposite side of the road at what appeared to be an acceptable speed. The evidence suggests that the boy left Ms Ndlovu's side and ran across the road towards the other side. Furthermore, it is surmised that the driver must have seen Tabo, even if it was at an angle, standing on the other side of Ms Ndlovu. Having presumably seen the child, or children, the driver should have exercised the necessary caution in approaching the group standing on the side of the road.

The interesting question which arises in this case is whether the driver is entitled to assume that an adult will exercise the necessary control over the child in such circumstances. Erasmus J was prepared to recognise that where an adult accompanies children, a degree of control over those children may be expected (661G – H):

“The position of young children in the company of adults requires special consideration. A motorist is entitled to assume that where an adult is in physical control of a child and is patently aware of the traffic danger to the child, such adult, will, if able, exercise reasonable control over the child in order to protect it from danger. Also children do in general listen to their elders. It does not mean that the motorist can treat a child as an adult merely because it is with an adult.”

In its determination of the question whether adult control of the children could be assumed by the negligent motorist, the court found that “certain aspects of the scene indicated control”. These *indicia* of control included the facts that the group walked together, stopped at the kerb together and the fact that, by positioning herself between the two children, Ms Ndlovu appeared to be shepherding them across the road.

The next passage from the judgment is significant with regard to responsibility (662 – 663):

“When she turned towards the car [watching it pass], she was looking away from Tabo, which means she would not have seen him suddenly dash or even walk away from her across the road. She in fact did not see what he did: she only saw him after the collision. With her attention directed away from Tabo, she could not, and in the event did not, prevent him from moving into the road. Caution should therefore have won the day. In my view, a reasonable driver behind the wheel of the insured vehicle would not have assumed that Ms Ndlovu had effective physical control over Tabo. The presence of the adult was therefore not sufficient check on the child's natural youthful impetuosity. Her mature prudence did not supplant his immature judgment.”

The court found that the driver of the insured vehicle should have taken all reasonable steps to guard against the child moving into the road (663B).

From this it appears that the mere presence of an adult does not affect the duty of care required to be exercised by the motorist, in spite of the fact that, as the court indicated, motorists may assume that children who appear to be under the control of an adult are being properly supervised, therefore reducing the risk of an accident. The passage quoted above (662 – 663), it is submitted, effectively negates the reliance a motorist may place on the fact that an adult



accompanying children may be reducing the risk of youthful impetuosity. Naturally, when there are more than two children, it could reasonably be argued that the extent of the physical control would be diminished.

A remarkable aspect of the passage quoted (662 – 663), is that no importance was attached to the fact that Ms Ndlovu, as an adult, was presumably also able to exercise the required care with regard to her charges and the traffic. The mere fact that her evidence indicated a sense of road awareness or prudence should indicate that her awareness of the impetuosity of youth was not less than that of a motorist.

The court found that, although Tabo was negligent, his negligence could not be imputed to him. This case confirms the point of law regarding juvenile negligence laid down by Jansen JA in *Weber v Santam Versekeringsmaatskappy* 1983 1 SA 381 (A) (also see Caiger 1983 *THRHR* 477) that negligence and imputability are not to be confused, and that youthful impetuosity should be considered in terms of imputability rather than negligence (see in general Neethling, Potgieter and Visser *Deliktereg* (1992) 126 – 129). In this regard, South African law is in advance of English law in that the former separates negligence and imputability, whereas English law tends to merge the two concepts:

“Carelessness is judged objectively; no account is taken of individual disabilities except in two situations, namely where a person’s abnormality is known or should be known . . . An obvious example of known failings is children, whose behaviour will be judged by lower standards than those applied to adults” (Dias and Markesinis *Tort law* 94).

There are two potentially interesting legal issues which emerge from this case. The first is whether a driver may attach any significance to the presence of an adult who appears to be in control of children. (Naturally, every situation must be judged on its own facts.) This case indicates that for practical and legal purposes it will not avail the driver to assume that the presence of an adult means that the risk of youthful impetuosity is diminished.

The second question, which is perhaps more problematic, concerns the question of contributory negligence. Is an adult like Ms Ndlovu contributorily negligent if, standing on the side of the road waiting for a car to pass, she fails to hold tightly onto the hand/s of her charges, an omission resulting in injury to one of the children? Can this situation be equated with that where a passenger’s injuries are aggravated because a seat-belt was not worn?

The two situations seem analogous. Both involve the minimisation of risk and the occurrence of damage. The obvious difference is that of policy; the seat-belt case is easier to justify than the case of the negligent “supervisory” adult.

The policy objection which may be levelled against the “contributory” negligence of the supervisory adult lies in the fact that the wrongdoer’s insurance company, which is the stronger party, will then be able to reduce its losses at the expense of the child who is adjudged not negligent because of lack of imputability. Current legal policy would probably not countenance the serious social consequences which may arise from imposing partial liability on supervisory adults in similar cases.

ANDREW CAIGER

*Department of Law, Anglia Business School*

## DIE BELANGE-AFWEGINGSPROSES BY ONREGMATIGHEID

**Deneys Reitz v South African Commercial, Catering and Allied Workers Union 1991 2 SA 685 (W)**

Vir doeleindes van hierdie bespreking is die volgende feite relevant: Die applikant het aansoek gedoen om 'n bevel dat 'n besluit wat die respondent op sy nasionale kongres geneem het, onregmatig is. Die respondent het die applikant, 'n prokureursfirma wat werkgewers (kliënte van die firma) bygestaan het om onder andere stakende werkers van hul (die werkgewer se) persele te verwyder, beskuldig van onder andere "union-bashing tactics" en het besluit om onder meer 'n plakkaatbetoging ("picket") buite die applikant se kantore te hou om hul protes wêreldkundig te maak en sodoende druk op die applikant te plaas en verleentheid vir hom te veroorsaak.

Die saak handel primêr oor die regmatigheid al dan nie van die respondent se optrede. As uitgangspunt aanvaar adjunk-regterpresident Flemming dat elke individu in beginsel op vryheid van spraak aanspraak kan maak, of, soos hy dit stel (690I),

"our law recognises the basic entitlement of every person to think what he prefers to think and to propagate his views. Irrespective of any preference to add words such as 'fundamental', 'basic', or 'human', the right exists".

Dit geld vir sowel die applikant as die respondent. Hierdie feit bring mee dat die onderskeie partye se belange in konflik verkeer en bygevolg noukeurig teenoor mekaar afgebaken moet word. Hierdie afbakingsproses vorm die kern van die onderhawige saak en word gerig deur

"the sense of fairness of the judiciary (in the wide sense) as the criterion-formulating arm of society. The judiciary responds to the general sense of justice of the community, frequently displayed by expressions of public opinion, to which vent is given in accordance with sound policy and good morals in the relevant sphere" (693G – H).

Vir doeleindes van die afbakingsproses aan die hand van die *boni mores*-toets neem regter Flemming onder meer die volgende faktore in aanmerking:

- Die respondent se bevoegdheid om kritiek (ook ten aansien van prokureurs) te lewer, mits dit binne die grense bly wat die regsorde stel (691G).
- Die reg en plig van 'n prokureur om enige (self ongewilde) kliënt te verteenwoordig. Dit word soos volg verwoord (691D – E):

"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 the 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."

- Gesonde regspleging en die onafhanklikheid van die sybalie kan deur die respondent se besluit in gevaar gestel word (691F).
- Die applikant se reg op die werfkrag, oftewel verdienvermoë ("legitimate interest in protecting qualities which are positive for the earning of income")

(692B)), word deur die gewraakte besluit bedreig aangesien voornemende kliënte daardeur afgeskrik sou kon word (*ibid*).

- Die onbehoorlike motief van 'n dader wat nie sy eie belange wil bevorder nie maar die uitsluitlike oogmerk het om 'n ander te benadeel (693B – C; sien ook 696I):

“If there is inadequate own interest in the exercise of the right, if a right is exercised not because of an understandable desire fairly to do so but because of the harm or irritation it can cause to the next man, the particular use of the right is not tolerated.”

- Die applikant se reg op fisies-psigiese integriteit behoort teen psigologiese of emosionele aantasting weens oorlas (“nuisance”) beskerm te word (696D – F):

“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.”

Die hof kom tot die slotsom dat die besluit van die respondente wel onregmatig is en staan die aansoek toe (sien 696F – 677D vir 'n samevatting van regter Flemming se beredenering).

Enkele aspekte van die beslissing verg kommentaar:

(a) Regter Flemming beklemtoon tereg die belangrikheid van vryheid van spraak as “fundamentele reg” in 'n demokratiese gemeenskap (sien Klopper *Strauss, Strydom en Van der Walt: Mediareg* (1987) 44) maar toon aan dat dit nie onbegrens geld nie. Dit word naamlik deeglik deur die (soortgelyke) belange van ander persone en die openbare belang beperk. Waar 'n persoon se vryheid van spraak met die belange van 'n ander persoon of die openbare belang in botsing kom, moet die onderskeie belange noukeurig teenoor mekaar afgebaken of met mekaar versoen word. Die onderhawige uitspraak bied juis 'n uitstekende voorbeeld van hierdie proses van belange-afweging.

(b) Die proses van belange-afweging en daarby die vraag of 'n dader op onregmatige wyse feitlik op die belange van 'n ander ingewerk het, word tereg aan die hand van die algemene onregmatigheidsmaatstaf in ons reg, die *boni mores*, beantwoord (vgl Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 33 ev).

Regter Flemming beklemtoon die rol van die regbank by die vasstelling en vertolking van die regsgevoel van die gemeenskap. Hiermee volg hy op die voetspoor van die appèlhof in *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 679 wat die standpunt van Van der Merwe en Olivier (*Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 58 vn 99) aanvaar dat “‘die regsgevoel van die gemeenskap’ opgevat moet word as die regsgevoel van die gemeenskap se regsbeleidmakers, soos wetgewer en regter”. Hierdie opvatting verdien steun mits die regter nie eenvoudig sy persoonlike standpunt aangaande reg en verkeerd tot onregmatigheidsmaatstaf verhef nie. Die regter wat dit sou doen, *skep* reg op ontoelaatbare wyse terwyl dit sy taak is om reg te *spreek* (sien *S v Matsemela* 1988 2 SA 254 (T) 257; vgl egter *Zimnat Insurance Co Ltd v Chawanda* 1991 2 SA 825 (ZS) 832 – 833).

Wat die *boni mores* betref, gaan dit uit die aard van die saak om die regsopvatting van die *Suid-Afrikaanse* gemeenskap (en nie om dié van enige buitelandse gemeenskap nie). Daarom steun regter Flemming *in casu* om geldige oorwegings tereg nie op die gesag wat ten aansien van die “right to picket”



in Amerika, Engeland en Europa geld nie (692E – J). Hierdie standpunt beteken nie dat vreemde reg in geëigende gevalle nie bevrugend in ons eie reg aangewend kan word nie (bv tav aanklamping of “passing off”: sien bv *Boswell-Wilkie Circus (Pty) Ltd v Brian Boswell Circus (Pty) Ltd* 1984 1 SA 734 (N) 742; vgl *Lorimar Productions Inc v Sterling Clothing Manufacturers (Pty) Ltd* 1981 3 SA 1129 (T) 1152 – 1153), mits maar die algemene beginsels van ons reg daardeur geen geweld aangedoen word nie (sien *Weber-Stephen Products Co v Albrite Engineering (Pty) Ltd* 1990 2 SA 718 (T) 734 – 735; Neethling “Die reg aangaande onregmatige mededinging sedert 1983” 1991 *THRHR* 207).

Die uitwerking wat die dader se motief op die regmatigheid al dan nie van die handeling kan hê, word deur die hof bevestig. Dit is naamlik geykte reg, veral op die gebied van misbruik van reg, dat onregmatigheid aanwesig is waar ’n dader optree met die *uitsluitlike bedoeling* om ’n ander te benadeel sonder om sy eie redelike belange te bevorder (Neethling, Potgieter en Visser 108 – 109; sien ook *Bress Designs (Pty) Ltd v GY Lounge Suite Manufacturers (Pty) Ltd* 1991 2 SA 455 (W) 475 – 476).

(c) Die prinsipiële onregmatigheid van ’n inwerking op die werfkrag van ’n ondernemer deur die uitoefening van fisiese of psigiese druk op sy voornemende kliënte om ekonomiese regsverhoudinge met hom te vermy, word deur die hof beklemtoon (vgl Van Heerden en Neethling *Onregmatige mededinging* (1983) 200). Regter Flemming verklaar (692B):

“The decision [van die respondent], and therefore also the execution thereof, was one which the law would tolerate as little as any other decision to harm custom of a business by instigating an illegal concerted campaign.”

Aangesien ’n mens hier in wese met die opwekking van ’n boikot teen ’n onderneming te make het (Van Heerden en Neethling 189 ev 200 vn 98), dien hierdie beslissing as gesag vir die feit dat boikotopwekking (binne of buite mededingingsverband) in die afwesigheid van ’n regverdigingsgrond ’n onregmatige daad daarstel (vgl *Hawker v Life Offices Association of South Africa* 1987 3 SA 777 (K) 780 – 781; Neethling 1991 *THRHR* 576).

(d) Hierdie saak is ten slotte ook van besondere belang aangesien die aantasting van gevoelens (hetsy fisies-sinlik of psigies-emosioneel) as fasette van die fisies-psigiese integriteit (sien in die algemeen Neethling *Persoonlikheidsreg* (1991) 85 88 – 92) by name as beskermingswaardig aangemerkt word (sien weer die aanhaling hierbo (696D – F)). By aantasting van hierdie gevoelens gaan dit om gevalle waar ’n fisies-psigiese (liggaamlik-emosionele) gevoel van ongemak, onbehae, irritasie, angs, emosionele skok, walging of weersin verwek word (Neethling *Persoonlikheidsreg* 85 88 ev). Gevalle van aantasting van die *fisies-sinlike gevoelens* (anders as gevalle van inwerking op psigiese gevoelens soos emosionele skok), het as verskyningsvorme van *iniuria* met betrekking tot die *corpus* nog nie voorheen aandag in die regspraak geniet nie. Die rede hiervoor is waarskynlik dat die aard van die subjektiewe reg wat hier ter sprake kom, uit die oog verloor is as gevolg van die vroeëre grootskaalse oorname van die *tort* “nuisance” uit die Engelse reg (*ibid*). Daarom beklemtoon regter Flemming tereg dat indien ’n “nuisance” van so ’n aard is dat die liggaam in genoemde betekenis gekrenk word, dit in beginsel as *iniuria* behoort te geld, of, soos hy dit stel (696F), “the right to peace of mind, free from another making a nuisance of himself, can be an adequate basis for legal protection”.

J NEETHLING

JM POTGIETER

*Universiteit van Suid-Afrika*

# BOEKE

## **BARNARD, CRONJÉ, OLIVIER: DIE SUID-AFRIKAANSE PERSONE- EN FAMILIEREG**

deur DSP CRONJÉ

*Tweede uitgawe; Butterworths Durban 1990; 427 en xvii bl*

Prys R87,00 + BTW (sagteband)

*Die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg* is 'n welbekende werk onder regstudente. In die voorwoord tot die eerste uitgawe daarvan verduidelik die outeurs dat die werk geensins wil voorgee om iets meer as 'n leerboek vir studente, en dan by uitstek vir eerstejaargestudente, te wees nie. Om hierdie rede, word daar verder verduidelik, word alle onderwerpe nie volledig uitgeput nie en word daar ook nie na alle bronne van gesag verwys nie. Daar word geen voorwoord tot hierdie uitgawe gegee nie, maar uit die formaat van die boek is dit duidelik dat die outeur(s) steeds dieselfde sienswyse het. Kommentaar oor die boek behoort gevolglik teen die agtergrond van hierdie doelstelling gelewer te word.

Inleidend kan gesê word dat daar 'n behoefte aan 'n hersiene uitgawe van hierdie werk was. Sedert die vorige uitgawe het daar sowel statutêre wysigings (waaronder die Wet op Status van Kinders 82 van 1987) as regspraak wat rigtinggewend op die gebiede van die persone- en familiereg is, die lig gesien. Die boek is egter steeds daarop ingestel om die nuwelingregstudent te help om die basiese vertrekpunte van die vakgebiede te bemeester. In hierdie verband dien vermeld te word dat die taalgebruik, bladuitleg en trant van argument die boek besonder toeganklik vir die student maak. Trouens, dit is seker geen oordrywing nie om te sê dat die werk 'n handige verwysingsraamwerk bied selfs vir gevorderde studie in die betrokke vakgebiede.

Hoofstukke 1 tot 12 van die boek handel oor die personereg. In hierdie gedeelte word 'n presisering van die begrip regsobjek gegee (hoofstuk 1), 'n uiteensetting van die regspesie rondom die ontstaan en tot niet gaan van regsobjektiwiteit gebied (hoofstuk 2) en met die status-begrip in al sy geleidinge omgegaan (hoofstukke 3 tot 12).

Gegewe dat die boek primêr op die eerstejaargestudent gerig is, is dit belangrik dat die hoofstuk wat op begripresisering gerig is die student volledig en op logiese wyse sal inlei in die vakgebied waarop hy hom begeef. Van 'n personereghandboek vir eerstejaargestudente sou benewens die identifisering van die regsobjek, 'n duidelike uiteensetting verwag word van die regsobjektiwiteit waarmee hy bekleed is. Regsobjektiwiteit word gangbaar gedefinieer as die vermoë om kompetensies, (subjektiewe) regte en verpligtinge te kan hê. Die outeurs vermy die term regsobjektiwiteit en gebruik in die plek daarvan die term regspersoonlikheid. Daar word ter ooreweging gegee dat dit nie werklik 'n korrekte wisselvorm is nie aangesien regspersoonlikheid tipies eerder met regspersone as natuurlike persone verbind word (sien oa Pienaar *Die gemeenregtelike regspersoon in die Suid-Afrikaanse reg* (LLD-proefskrif PU vir CHO 1982) 9 136 ev).

Benewens die terminologiese onsuiverheid soos in die paragraaf hierbo aangedui is, kan ook beswaar teen die ongenuaneerde tipering van die begrip regsbevoegdheid gebring word. Soos hieronder aangetoon word, word die begrip telkens betreklik ongekwalifiseer met "regte, verpligtinge en bevoegdhede" in verband gebring en word die

begrip in drievoudige sin gebruik, naamlik om kompetensies as verskynsel van regssubjektiewiteit te omskryf, om bevoegdhe as inhoud van subjektiewe regte te omskryf en om die aard van regsbevoegdheid as statusbepalende faktor aan te dui. Die begrippe kompetensies en bevoegdhe verteenwoordig sleutelwaardes in die personereg en die gebrek aan behoorlike onderskeid daartussen lei beslis tot verwarring by die oningeligte student.

Die volgende aanhaling word gebruik om te illustreer dat die outeurs regsbevoegdheid as kompetensie met verwysing na “regte, verpligtinge en bevoegdhe” tipeer:

“’n Regsobjek is enige wese wat subjektiewe regte, verpligtinge en bevoegdhe kan hê. ’n Regsobjek is dus enige entiteit wat as sodanig deur die reg erken word en waaraan die reg die besondere bevoegdheid verleen om regte, verpligtinge en bevoegdhe te kan hê. Die reg beklee hom met ander woorde met regspersoonlikheid. ’n Wese of entiteit wat met hierdie bevoegdheid beklee is, noem ons regstegnies ’n regsobjek. Die bevoegdheid om regte, verpligtinge en bevoegdhe te kan hê, noem ons regsbevoegdheid” (4–5).

As voorbeeld van die gebruik van die begrip as inhoud van subjektiewe regte, dien die volgende aanhaling as voorbeeld:

“Die regsobjek heers oor en handel met regsobjekte en verkry daardeur regte, verpligtinge of bevoegdhe teenoor ander regsobjekte en met betrekking tot regsobjekte” (5).

Regsbevoegdheid as statusbepalende faktor word eweneens aan die hand van “regte, verpligtinge en bevoegdhe” omskryf:

“Regsbevoegdheid is die bevoegdheid om regte, verpligtinge en bevoegdhe te kan hê” (42).

Uit die bogemelde drie aanhalings blyk dit dat die outeurs regte, verpligtinge en bevoegdhe as tiperend sien van én kompetensies én subjektiewe regte én regsbevoegdheid (as statusbepalende faktor).

Die debat oor hierdie begrippe is snuif getrap en daar word nie gepoog om hoegenaamd verdere kommentaar te lewer nie. Daar word eerder probeer om oorhoofs die verband tussen die begrippe regssubjektiewiteit, kompetensies en bevoegdhe as inhoud van subjektiewe regte aan te dui. Uiteraard word daar net na die posisie van die natuurlike persoon verwys.

Ofskoon die aard van regssubjektiewiteit bepaald is, kan die omvang van die inhoud daarvan van persoon tot persoon verskil. Statusbepalende faktore soos ouderdom, domisilie ensovoorts bepaal die inhoud van ’n persoon se regssubjektiewiteit en dit spreek gevolglik vanself dat persone se status kan verskil. Die regssubjektiewiteit van ’n persoon behels bepaalde kompetensies, naamlik regsbevoegdheid (wat die kompetensie is om sowel subjektiewe regte as regsverpligtinge te verwerf en na verwerwing draer daarvan te wees, asook die kompetensie om ander kompetensies te verwerf), handelingsbevoegdheid (wat die kompetensie is om juridies relevante handeling te kan verrig) en verskyningsbevoegdheid (wat die kompetensie is om as eiser of verweerder in ’n privaatregtelike hofgeding op te tree). Terwyl kompetensies in wese daarop gerig is om die regssubjektiewiteit van ’n persoon te omlin en op dié wyse aan te toon op welke wyse hy regtens aan die regsverkeer kan deelneem, dui subjektiewe regte op ’n verhouding tussen ’n regsobjek en ’n regsobjek. Uit hoofde van die subjektiewe regspraak staan die regsobjek in ’n bepaalde verhouding tot ander regsobjekte *vis-à-vis* die regsobjek. Die verhouding tussen die regsobjek en die regsobjek word getipeer deur bepaalde bevoegdhe wat die regsobjek ten aansien van die regsobjek het, byvoorbeeld genots-, beskikkings- en vervreemdingsbevoegdheid.

Teen bogemelde agtergrond kan volstaan word met die opmerking dat om die terminologie “regte, verpligtinge en bevoegdhe” vir én die tipering van kompetensies én die tipering van subjektiewe regte én as inhoudelike van regsbevoegdheid te gebruik, nie korrek is nie.

’n Handige verduideliking van die onderskeid tussen ’n regsobjek en ’n regsobjek kan gevind word in die debat wat gevoer is oor die vraag of regssubjektiewiteit aan diere verleen



behoort te word. Verwysing na en inkorporering van die standpunte in die debat sou die waarde van hierdie werk beslis verhoog het. Terwyl status in publiekregtelike verband tans uiters aktueel in die Suid-Afrikaanse konteks is, sou 'n verwysing daarna eweneens die boek se aktualiteit bevorder het. 'n Verdere voordeel van sodanige werksyde sou natuurlik wees om "kompartementering" van dissiplines by studente te voorkom.

Die bespreking in hoofstuk 2 oor die ontstaan, beskerming en tot niet gaan van regs-subjektiviteit en meer in besonder die beskerming van die ongeborene, word sistematies en verhelderend aangebied. Die sleutelgewysdes wat hier aan die orde is, naamlik *Pinchin v Santam Insurance Co Ltd* 1963 2 SA 254 (W) en *Christian League of Southern Africa v Rall* 1981 2 SA 821 (O), word vir doeleindes van eerstejaarstudie afdoende bespreek. 'n Leemte is egter dat daar nie na die beslissing in *S v Collop* 1981 1 SA 150 (A) verwys word nie. Die beslissing handel oor die skynbare teenstrydigheid in die Afrikaanse en Engelse tekste van die Wet op Vrugaafdrywing en Sterilisering 2 van 1975 waar artikel 2 dit in die Afrikaanse teks oor die afdrywing van 'n "vrug" en die Engelse teks dit oor die afdrywing van 'n "foetus" het. Die hof verwys na verskillende woordeboekbetekenisse ter verklarings van die onderskeie terme en kom tot die gevolgtrekking dat ofskoon daar klaarblyklik verskillende verklarings vir die begrippe bestaan, "vrug" 'n veel omvattender betekenis as "foetus" het en dat "vrug" inderdaad sowel die embrionale as die foetale fase van die ontwikkeling van die ongeborene insluit.

Benewens die relevansie van hierdie beslissing vir doeleindes van die vraag of daar 'n stadium van vorgeboortelike ontwikkeling is waartydens die afdrywing van 'n vrug buite die bepaling van artikel 2 om, nie wederregtelik sal wees nie, bied die beslissing ook 'n waardevolle uiteensetting van die wyse waarop die Engelse en Afrikaanse tekste van 'n wet met mekaar versoen behoort te word ten einde die bedoeling van die wetgewer te bepaal. Die hof verwys uitvoerig na die historiese aanloop tot artikel 2, die bekende Amerikaanse uitspraak *Roe v Wade* 410 US 36 L ed 2nd 147, asook na die reël dat 'n wet sover doenlik só uitgelê moet word dat sy bepalinge met bestaande reg ooreenstem of so min as moontlik daarvan afwyk.

'n Bespreking in dieselfde trant as dié van die *Rall*- en *Pinchin*-beslissing sou myns insiens hierdie hoofstuk behoorlik afgerond het en sou eweneens bygedra het om ander dissiplines binne die regs wetenskap vir die eerstejaarstudent te ontsluit. Dit sou voorts van besondere nut gewees het indien die outeurs, sy dit net sydelings, na die kwessie rondom die sogenaamde "wrongful life"-en "wrongful birth"-problematiek verwys het. Dié begrippe het in die alledaagse taalgebruik ingeburger geraak en studente het gewoonlik reeds voor die aanvang van hul formele regsopleiding daarmee in aanraking gekom.

Hoofstuk 5 handel oor buite-egtelikheid as statusbepalende faktor. Sedert die vorige uitgawe van hierdie werk het daar beduidende ontwikkeling veral op die gebied van kunsmatige bevrugting plaasgevind. Artikel 5 van die Wet op die Status van Kinders is gerig op die bereddering van die ingewikkelde problematiek wat deur die ontwikkelinge in die mediese wetenskap vir die regs wetenskap teweeggebring word. Op 72-73 word 'n oorsigtelike verwysing na die bepalinge van artikel 5 gebied. Daar word ter oorweging gegee dat 'n vollediger bespreking van die kontensieuse vraagstukke beslis van pas sou wees. Kunsmatige bevrugting as regskwessie het 'n sterk etiese inslag en dit sou 'n waardevolle oefening vir die eerstejaarstudent wees om regseties oor die onderwerp te besin. In hierdie verband word 'n kort verwysing na die kontrakteregtelike dilemma's oor surrogaatmoederskap binne die raamwerk van artikel 5 sterk aanbeveel.

Hoofstukke 13 tot 22 handel oor die familiereg. Hierdie afdeling beskryf die (geykte) aspekte van die familiereg op duidelike en sistematiese wyse. Nuwe ontwikkelinge wat veral op die gebied van artikels 7 tot 10 van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 plaasgevind het, word op gemaklik hanteerbare wyse uiteengesit. Daar word wat hierdie afdeling betref, met enkele opmerkings rakende die vereiste dat die partye ongetroud moet wees alvorens hulle regsgeldig 'n verlowing mag aangaan, en die beskerming van die vrou onderworpe aan die maritale mag, volstaan.

Ter staving van hulle argument dat 'n party by 'n onbehoorlike ooreenkoms nie sy prestasie kan terugeis nie, verwys die skrywers na *Friedman v Harris* 1928 CPD 43. In hierdie saak het die hof die sogenaamde *par delictum*-reël toegepas en bevind dat die eiseres nie terugbetaling van die verweerder kon eis van 'n bedrag wat sy aan hom oorbetaal het nadat hy, terwyl hy getroud was, onderneem het om met haar in die huwelik te tree nie. Na *Jajbhay v Cassim* 1939 AD 537 word die reël egter nie meer ongekwalifiseerd toegepas nie en lui die beslissing dat die reël in elk geval nie onbuigsaam is nie. Daar word beslis dat die hof in elke geval moet oordeel of dit in die openbare belang is om 'n terugvordering af te wys of toe te staan. Die kriterium wat nou gestel word, is "simple justice between man and man". In *Pietzsch v Thompson* 1972 4 SA 122 (R) 124 verklaar die hof gevolglik:

"Accordingly, if the plaintiff is to succeed on the cause of action pleaded, he must establish that the requirements of public policy, which include considerations of justice between the parties, call for an exception to be made to the maxim *in pari delicto* . . ."

Die bespreking van die *Friedman*-saak behoort dus genuanseer te word om ook die veranderinge wat daar ten opsigte van die *par delictum*-reël ingetree het, te verdiskonteer.

Ten slotte word ter oorweging gegee dat die bespreking van die beskerming van die vrou onderworpe aan die maritale mag, onvoldoende is. Die problematiek rakende die aard van die man se kompetensies as administrateur van die gemeenskaplike boedel en 'n kritiese bespreking van onder andere *Laws v Laws* 1972 1 SA 321 (W) sou die probleem aansienlik verlig het.

Hierdie resensie is gelewer vanuit die oogpunt van 'n dosent wat reeds geruime tyd persone- en familiereg aan eerstejaarstudente doseer en uiteraard kennis geneem het van die probleme wat die studente met voorgeskrewe literatuur ondervind. Ervaring het geleer dat studente oor die algemeen tevrede met hierdie werk is vanweë die bondige uiteensetting van die stof en die gemaklike hantering daarvan. Myns insiens dra die vloeiende en keurige taalgebruik tot die waarde van die werk by.

*Die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg* word met vrymoedigheid aanbeveel as voorgeskrewe literatuur vir eerstejaarstudente. Die werk is op dié teikengroep gerig en slaag myns insiens uitstekend daarin om die vakgebiede vir die betrokke studente te ontsluit. Ofskoon daar aspekte is ten opsigte waarvan duideliker en meer konsekwente uiteensetting van pas sou wees, is dit beslis nie van so 'n aard dat dit nie deur die vakdosent aangesuiwer kan word nie.

JA ROBINSON

*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

## A SOURCEBOOK OF AFRICAN CUSTOMARY LAW FOR SOUTHERN AFRICA

deur TW BENNETT bygestaan deur NS PEART

*Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1991; lix en 484 bl*

Prys R85,80 (BTW ingesluit) (sagteband)

Soos die skrywer tereg in die voorwoord aantoon, was gewoontereg nog altyd "klein-wild". Hierdie uitlating is vandag egter nie sonder meer gepas nie. Genadiglik het die nodige ontwikkeling reeds begin en het die behoeftes van die praktyk en die noodsaaklike wetswysigings die posisie sodanig verander dat die voortbestaan van die inheemse reg nie meer ontken kan word nie. Die feit dat swartes tot op hede feitlik geheel en al van deelname aan die Suid-Afrikaanse regstelsel ontsê was, word nou statutêr erken.

Die inheemse reg bestaan dus nie meer in isolasie nie. Ongelukkig het die wetgewer nog nie besluit om volle erkenning aan die stelsel te verleen nie. Die inheemse reg mag nog steeds nie teen die staatsgedragslyn of natuurlike geregtigheid indruis nie. Solank as wat daar dus nog beperkinge op die toepassing van die stelsel geplaas word, sal die sogenaamde "apartheid" voortduur.

So gesien, is die boek onder bespreking met 'n bepaalde doel geskryf. Die outeur gee met die titel en in die voorwoord te kenne dat daar benewens die *Suid-Afrikaanse reg* nog stelsels in Suid-Afrika is wat ook hier te lande toegepas word en niks anders as Suid-Afrikaanse reg is nie. Om deur wetgewing dié werklikheid te ontken, is so goed as om menswees te negeer.

Tot in die onlangse verlede was alle wetgewing wat ten opsigte van swartes uitgevaardig is, daarop gerig om hulle daaglikse lewe te beheers. Paswetgewing, groepsgebiede en dies meer was daarop gerig om onenigheid in die hand te werk. Hierdie boek is dus 'n welkome poging om op die gebreke en tekortkominge te wys en om aanduidings te bied van 'n weg wat met vrug nagevolg kan word.

Die skrywer begin hoofstuk een deur te sê dat gewoontereg die reg van klein gemeenskappies is. In dié hoofstuk bespreek hy gewoontereg in teorie. Die opgetekende reg wat aan die regspraktisyn bekend gestel word, is die idees en gedagtes van informante wat hulle eie vooropgestelde idees en vooroordele weergee. Die finale indruk is dié van die uiteindelijke outeur, vir wat dit werd is. Die taak van die regsopgeleide is om uit hierdie gegewe die lewende inheemse reg te haal. Hierdie taak moet voortgesit word ten spyte van die bestaande ontgongelings. Gewoonte kan nooit geïgnoreer word nie.

In hoofstuk twee wys die skrywer op die bevoegdhe van die howe soos dit was en op die posisie soos dit vandag is. Die bevoegdhe van die kapteinshowe het onveranderd gebly maar dié van die kommissarishowe in bepaalde gebiede verskil terwyl dié van die landdroshof deur die Wet op Landdroshowe gereël word. Hy verwys na die egskedingshowe, die hof vir klein eise en die nie-amptelike howe voor en na die noodtoestand. Die sentrale gedagte is dat die toeganklikheid van die howe op bepaalde stadia onder verdenking is en was. Die vraag is hoekom dit so is. Kon die ondersoek van die Hoexter-kommissie werklik die probleem oplos?

Die probleem van die konflik tussen regstelsels en die sogenaamde dualisme word in hoofstuk drie bespreek. Die vraag is of daar 'n keuse is om die inheemse reg as regstelsel toe te pas en of die inheemse reg 'n bestaansreg op sigself behoort te geniet. Die statutêre voorskrifte van die afgelope tyd behoort hierdie vraag te beantwoord. Dit beantwoord ook die vrae ten opsigte van die probleem van die intergentielereg.

Hoofstuk vier handel oor die gebruiklike verbinding of die sogenaamde gebruiklike huwelik. Die skrywer behandel faktore wat met die gebruiklike verbinding in verband staan; hulle sluit afsonderlike ontwikkeling en die huidige familieverband in. Die tradisionele vereistes word bespreek.

Die rang en vermoënsregtelike status van vroue geniet vervolgens in hoofstuk vyf aandag. Dit handel oor die gevolge van die gebruiklike huwelik. Die skrywer bespreek onder andere ook die verskillende vermoëns wat in 'n huis aangetref word.

Hoofstuk ses handel oor die ontbinding van die gebruiklike huwelik en die gevolge daarvan. Die skrywer wys op die tweespalt wat bestaan oor die vraag of die tussenkoms van 'n hof enigsins nodig is by die beëindiging van die gebruiklike huwelik. Die statutêre voorskrifte in Natal en KwaZulu in die verband word ook genoem. Voorts word verwys na die teruggawe van die lobolo, ander vermoënsregtelike gevolge en gevolge soos onderhoud en die beheer en toesig oor kinders.

Hoofstukke sewe en agt handel onder andere oor die status van vroue en kinders. Soos in ander hoofstukke word ook hier verwys na die statutêre hervorming wat tot dusver tot stand gebring is.

Die opvolgingsreg word in hoofstuk nege bespreek. Bennett verwys na die gewone beginsels wat by opvolging geld. 'n Belangrike probleem wat deur hom aangesny word,



is die regsconflik wat by die uitleg van testamente geld. Die statutêre posisie in KwaZulu-Natal word ook vermeld.

Die laaste hoofstuk handel oor die siviele of Christelike huwelik en die ontbinding daarvan. Daar word ook na die dualisme in die huweliksreg en die gevolge daarvan verwys.

Die boek is voorsien van 'n deeglike inhoudsopgawe, sakeregister en bibliografie. Verder is die werk tegnies goed versorg en skep 'n baie goeie indruk. Daar word baie van aanhalings uit hofsake en die standpunte van ander akademiëci in die teks gebruik gemaak. Myns insiens is dit 'n doeltreffende metode om die beskikbare inligting bekend te stel en die interpretasie daarvan dan aan die leser oor te laat.

Oor die algemeen is hierdie bydrae van professor Bennett 'n baie welkome een. Dit getuig van deeglike navorsing en die boekstaving van die kennis van 'n kenner op die vakgebied. Belangrike afdelings soos onder andere die kontrakte- en deliktereg word glad nie vermeld nie. Dit verander egter nie aan die waarde van die bydrae nie aangesien dit reeds omvattend is. Hierdie werk kan met reg as waardevolle navorsingsbron vir beide praktisyn en student aanbeveel word.

FRIK VAN HEERDEN  
*Universiteit van Pretoria*

**AMERICANS ARE ALIENS AND OTHER ESSAYS  
ON ROMAN LAW**

by DAVID PUGSLEY

*Faculty of Law, University of Exeter 1989; 111 pp*

Price not available

At a stage when the interest in Roman law and the classics is waning, this booklet will be received with universal acclaim. Roman law was and still is the "carpet" in the lecture halls of the other law subjects but it is a "carpet" that has been sorely neglected and hardly noticed by those standing on it. The author once again draws attention to the rich and intricate texture of this marvellous weave. The author is well-known both here and abroad as a scholar, a lecturer and a classicist. Professor Pugsley must be congratulated on his persistent and unflagging interest in this subject.

It would nevertheless be inappropriate to conclude this review with a hymn of praise. We may be forgiven for addressing a few cautionary remarks to the unwary reader.

This compendium contains ten articles, six of which deal with the Roman law of obligations, two with the *Digest* of Justinian and one each with *iusta causa* and *mancipatio*. We know the author as a scholar with wide-ranging interests, but had this been the work of a lesser scholar, one could be forgiven for describing the book as a somewhat haphazard collection.

As far as the first two articles (those dealing with the *Digest*) are concerned, the uninitiated should tread warily. Roman law is not the alpha and omega of legal history. There is substance in Hosten's point of view that Roman law is a link, albeit a very important one, in a long chain of legal development. Justinian was a monarch in the hellenistic East. He could not possibly have escaped the influence of oriental potentates that held sway in those parts of the world in the centuries before him – Hammurabi and men of his ilk come to mind. To look at the *Digest* through modern Western eyes and think of it as a code, a case book or a compendium can serve no useful purpose. The *Digest*, no less than the Church of the Hagia Sofia, was a monument to enhance

the glory and splendour of the ruling monarch, and one could suppose that Justinian may have been more than a little surprised to see what use was made of the *Digest* in later times. Justinian may have paid lip-service to the ideal of retaining classical republican Roman law in its pristine purity, but in actual fact he and the compilers of his *Digest* may have been far less interested in the source material than is generally accepted, much in the same way that a sculptor would have scant interest in the quarry where the marble for the statue he is making was cut. The author is quite correct in calling the *Digest* "a political document, a public relations exercise" (3) but one could have wished that he could have told us more about what he understood by that. Consequently, the much-debated question as to "how the work was completed so fast" (3) is the preserve of highly skilled legal historians like Professor Pugsley and a handful of others of his calibre. Solving this question cannot alter the nature, the quality and the use that can be made of the *Digest*. Consequently, this dispute is to a certain extent irrelevant to the ordinary Roman lawyer.

More or less the same applies to the essay dealing with Paul and Ulpian. Without going so far as to call them "fungible personalities" as Savigny did, it would be fair to say that to make "an assessment of the personalities, peculiarities and idiosyncracies" (11) of these two jurists from their writings contained in the *Digest*, would be an arduous task. Admittedly, the views expressed by Postma to the effect that the quotations from Ulpian and Paul appear in a much diluted form, are radical; they nevertheless cannot be ignored. Justinian was not over-anxious to quote them *verbatim*, and to draw inferences from writings purporting to have originated from Ulpian and Paul would require the researcher to have satisfied himself that scepticism such as that expressed by Postma is unfounded.

In his essay on the *iusta causa traditionis*, the author does mention the all-important *actio Publiciana* (28) but he omits to mention that the controversy about the *iusta causa traditionis* only concerns the *res nec mancipi*. In the case of the *res mancipi* there can be no doubt as to the fact that a *iusta causa* was actually required. The praetor would have refused to grant the *actio Publiciana* unless there was a valid and legally acceptable *causa* for the transfer of ownership.

Coming to the essays dealing with topics from the Roman law of obligations (more specifically the *lex Aquilia*, *contractatio* and the *animus furandi*), we would have thought that enough has been said on the *lex Aquilia* by Beinart, Van den Heever and others, and that the Roman law on theft has been thoroughly thrashed out in Snyman's doctoral thesis.

The author mentions that the fact that damages

"might include compensation for deterioration of the victim in the year or thirty days prior to the delict even though that deterioration was in no way the fault of the defendant",

is a very unsatisfactory feature of the *lex Aquilia*. This problem has been adequately explained by Beinart. In the third secession of the plebs, a period of political turmoil which eventually necessitated the promulgation of this *plebiscitum* known as the *lex Aquilia*, the patricians made concerted attacks on the property of the plebs. It could happen that a slave or animal could be injured by a patrician and that this item of property could suffer further harm as a result of subsequent action on the part of patricians. The first perpetrator was then held liable, so to speak, for the misdeeds of his fellow patricians. Van den Heever has an interesting but less acceptable explanation for this provision where he suggests that the price of slaves fluctuated during the year coinciding with those months when agricultural activities were at a peak and those months when no such activities took place. We agree with Beinart that the influence of these factors would not have been so severe.

We were glad to see that in his essay on *animus furandi* the author makes mention of the conflict between *D 47 2 83 2* and *D 47 2 39*. Both texts deal with the abduction of a female slave for the abductor to satisfy his lusts. According to the first text the

slave's morals are deemed to be above reproach and the abductor is guilty of theft. In the second instance the slave is seen as a woman of easy virtue and the abductor is not guilty of theft because his intention was not to commit theft but to satisfy his lusts. The author has difficulty in seeing why the law should depend on whether or not the victim was a *meretrix*. The same question was discussed at length by Snyman who puts forward various solutions to this problem, including a suggestion that the word "non" just prior to "meretricem" should be inserted in the second text which would bring it into conformity with the first text. To our mind, one cannot but agree with the author that the morals of the slave could have no possible bearing on the law of theft. Despite the reason suggested in *D* 47 2 39 or the way in which it was dressed up for public consumption, the real reason is that Roman law, just like modern law, frowned on people living on the proceeds of prostitution. The only difference, however, is that there existed no authority, attorney-general or prosecutor that could prosecute such offenders. Other means of discouraging this practice had to be found and one of them was to deny the owner of a female prostitute an action when she was abducted.

However, it should be emphasised that these few criticisms should not be taken as detracting from the overall value of an excellent booklet. They are, rather, intended to show that the history of law is not only an international science as suggested by the author, but is also an inexhaustible and alluring study requiring of the student a dedication to match that of Professor Pugsley – however unattainable that may seem.

HA WESSELS

JJ HENNING

*University of the Orange Free State*

### HOCKLY'S INSOLVENCY LAW

Redakteurs E DE LA REY en R SHARROCK

*Vyfde uitgawe; Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1990; xv en 262 bl*

Prys R63,80 (BTW ingesluit) (sagteband)

Volgens die voorwoord is die hoofdoel van hierdie uitgawe eerstens om 'n nuwe handboek oor die insolvensiereg, spesifiek met die oog op die behoeftes van studente, te voorsien. Tweedens word daar beoog om praktisyns wat op die gebied van die insolvensiereg spesialiseer, 'n vinnige verwysingsbron en eenvoudige gids tot insolvensie-aansoeke en ander praktiese sake te gee. In die derde plek is die gestelde oogmerk om 'n beknopte handleiding oor die insolvensiereg daar te stel wat deur enige belangstellende vir 'n basiese begrip van die onderwerp gelees kan word. Na my mening slaag die skrywers in al drie doelwitte.

Die werk is tegnies goed versorg en voorsien van al die nodige registers. Die uiteensetting, organisasie en volgorde van die verskillende onderwerpe is goed beplan, funksioneel en logies. Dit bewerkstellig 'n maklike begrip van en insig in die soms ingewikkelde insolvensieproses en formele aspekte daarvan. Daar word nie deur die outeurs te kenne gegee dat die boek meer as 'n gids sal wees nie. Vir gedetailleerde navorsing word die leser na ander bronne verwys. 'n Mens kan gevolglik nie té krities wees indien spesifieke aspekte oor die hoof gesien of nie volledig bespreek word nie. As gevolg van die vooropgestelde doelwitte was daar klaarblyklik geen ruimte vir 'n werklik diepgaande studie van die insolvensiereg nie. Tog is die stof heeltemal voldoende vir bestudering van die grondbeginsels daarvan. Dit kan na my mening met sukses vir studente voorgeskryf word. Vir die regspraktisyn verskaf die boek 'n volledige verwysingsraamwerk ten opsigte van



die geldende reg. Besonder nuttig is die bylaes wat agterin die boek verskyn en waarin 'n aantal voorbeelde van die verskillende aansoekvorms en beëdigde verklarings met betrekking tot sekwestrasie-aangeleenthede opgeneem is. Die volledige (Engelse) teks van die Insolvensiewet 24 van 1936, soos gewysig, is ook as 'n aanhangsel ingesluit. Die werk lees maklik as gevolg van sinvolle paragraafverdeling. Dit is egter jammer dat die hoof- en paragraafopskrifte, met hul verskillende onderafdelings, nie genommer is nie.

Sonder om afbreuk te doen aan die waarde wat die boek vir die student en die praktisyn kan hê, kan enkele aspekte genoem word wat na my mening wel verdere aandag kon kry. In hoofstuk een sou dit sinvol wees om kortliks na die jurisdiksie van 'n regter in kamers in die geval van 'n dringende insolvensie-aansoek te verwys. Die betekenis van "ordinarily resided" en "at any time within 12 months" as gronde vir jurisdiksie verskaf dikwels probleme by studente en behoort verduidelik te word. Wat in hoofstuk drie vermelding verdien, is die posisie van gesamentlike skuldeisers as applikante by 'n sekwestrasie-aansoek, spesifiek met verwysing na die vereiste wat in artikel 9(1) gestel word. 'n Vraag wat soms in die praktyk geopper word, hou met die volgende situasie verband: Die insolvent verdien na sekwestrasie steeds 'n goeie salaris. Die meester het wel 'n vasstelling gemaak oor welke deel daarvan nie vir die onderhoud van hom en sy gesin nodig is nie maar die "oorskot" van sy salaris word nooit deur die kurator opgeëis nie. Na verloop van 'n aantal jare wil die insolvent om rehabilitasie aansoek doen. Kan van hom verwag word om nou skielik die totaal van daardie bedrae te betaal voordat hy in sy aansoek slaag? Het die insolvent se skuldeisers enige aansprake in hierdie verband en wat is die posisie van die kurator? 'n Verwysing hierna (op 38) sou die praktiese waarde van die werk verhoog het.

In hoofstuk vier word na daardie bates verwys wat buite die insolvente boedel val. Met betrekking tot sekere lewenspolisse moet die aandag eerstens gevestig word op die verhoging (wat onlangs in die *Staatskoerant* aangekondig is) van daardie deel van die opbrengs van sodanige polisse wat buite die insolvente boedel val ('n verhoging van R10 000 na R30 000). Steeds wat versekeringspolisse betref, sou dit volledigheidshalwe goed wees om te wys op die regsposisie waar die insolvent, wat 'n polis op sy lewe ten gunste van sy vrou uitgeneem het of die polis aan haar sedeer het, intussen van sy vrou geskei is. Die interessante vraag hier is of die opbrengs van so 'n polis steeds buite die insolvente boedel van enige van die partye val. Melding van die wyse waarop die kurator 'n lewenspolis realiseer, is 'n onderwerp wat die student en praktisyn sou interesseer.

Na my mening sou 'n spesifieke verwysing na die posisie van kontrakteurs en subkontrakteurs by onuitgevoerde boukontrakte in hoofstuk ses beslis 'n aanwys wees. In die geval van 'n koopkontrak van onroerende goed waar die verkoper se boedel gesekwestreer word, is die posisie dat 'n tussenpersoon of verwyderde koper oordrag van die grond mag neem indien hy onder andere die verpligtinge van elke persoon tussen die eienaar en homself nakom. Presies wat dit impliseer en hoe dit prakties werk, behoort verduidelik te word. Met betrekking tot huurkontrakte in die geval waar die huurder se boedel gesekwestreer word, verdien die posisie van die onderhuurder vermelding, veral met verwysing na 'n moontlike eis vir verbeterings wat deur hom aangebring is.

Met betrekking tot vernietigbare regshandelinge is dit geykte reg dat die begrip "vervreemding" in hierdie verband nie 'n vervreemding uit hoofde van 'n hofbevel insluit nie. Sou 'n akte van dading in 'n egskedingsaksie tussen die insolvent en sy eggenote, wat pas voor 'n sekwestrasiebevel toegestaan is, ook hierdie beskerming geniet? By die bespreking van die gemeenregtelike akkoord in hoofstuk sewentien sou dit miskien sinvol wees om net kortliks te verduidelik waarom so 'n ooreenkoms nie op 'n daad van insolvensie soos in artikel 8(2) uiteengesit word, neerkom nie. Wat die hoofstuk oor rehabilitasie betref, word 'n bespreking oor die werking en effek van 'n verklarende bevel gemis.

Ten spyte daarvan dat genoemde aspekte óf nie behandel is nie óf onvolledig behandel is, word geen afbreuk aan die standaard van hierdie werk gedoen nie. In geheel gesien, bied die boek 'n volledige uiteensetting. Die skrywers se logiese benadering vergemaklik

die studie van die insolvensiereg. Daar kan met vertroue gesê word dat dit as primêre verwysingsbron baie nuttig vir die praktisyn en die student kan wees.

AL STANDER  
*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

**HANDBOEK VAN DIE REËLS EN REGULASIES TEN AANSIEN  
VAN GENEESHERE EN TANDARTSE 1990 /  
HANDBOOK OF THE RULES AND REGULATIONS FOR  
MEDICAL PRACTITIONERS AND DENTISTS 1990**

Redakteurs T VERSCHOOR en H OOSTHUIZEN

*Digma Pretoria 1990; Afrikaans viii en 141 bl; Engels viii en 157 bl*

Prys R74,80 (BTW ingesluit) (sagteband)

Hierdie tweetalige handboek bestaan hoofsaaklik uit sowel die gekonsolideerde teks van die Wet op Geneeshere, Tandartse en Aanvullende Gesondheidsdiensberoepe 56 van 1974 as die reëls en regulasies wat kragtens hierdie wet ten opsigte van geneeshere en tandartse uitgevaardig is. Die reëls en regulasies ten opsigte van die aanvullende gesondheidsberoepe kon weens praktiese oorwegings nie ingesluit word nie.

Die wet en die reëls en regulasies wat daarkragtens uitgevaardig is, lê die regsgrondslag neer van die geneeskundige en ander beroepe wat deur wetgewing geraak word. Die wet reël byvoorbeeld aspekte soos die instelling van die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad, opleiding en registrasie, misdrywe deur ongeregisteerde persone, die tugbevoegdheids van die raad asook diverse aangeleenthede soos voorbereiding van medisyne, vereistes vir gelde vir behandeling gevra, verbod op stakings en die heffing van jaargelde op geregisteerde persone. Die reëls en regulasies handel daarenteen met aangeleenthede soos kwalifikasie vir registrasie, die verkiesing en werksaamhede van die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad, prosedure by tugondersoeke en die handelinge en verstuim ten opsigte waarvan die raad tugstappe kan doen.

Dat die inhoud van hierdie wet en regulasies toeganklik behoort te wees vir beide regs- en mediese praktisyns, is duidelik. Volgens die redakteurs is die doel van die boek juis om 'n bondige en toeganklike bundel van die wet en die regulasies daar te stel. Soos tereg uitgewys word in die voorwoord, is die reëls en regulasies wat in die *Staatskoerant* gepubliseer word, vir baie persone ontoeganklik en lei die opspoor daarvan dikwels tot urelange soektogte. Die boek is dus 'n besonder nuttige en gerieflike samevatting van hierdie regsvoorskrifte. Daar word dan ook beoog om die boek jaarliks te publiseer sodat 'n uitgawe wat die jongste wysigings van die wet en regulasies reflekteer, bykans altyd beskikbaar sal wees.

Die boek bevat 'n aantal hulpmiddels om die opspoor van 'n aangeleentheid vervat in die wet of regulasies te vergemaklik. So is daar sowel 'n numeriese as alfabetiese lys van die opskrifte van artikels in die wet, 'n lys van die reëls en regulasies volgens die artikels waarkragtens hul uitgevaardig is, 'n chronologiese lys van die amptelike kennisgewings waarin die reëls en regulasies vervat is en 'n volledige algemene indeks.

Daar is weliswaar geen bespreking of kommentaar in die boek nie en al die inligting wat daarin verskyn, kan elders (bv in die statute of die *Staatskoerant*) verkry word. Nogtans is dit 'n baie nuttige samevatting van die betrokke wet, reëls en regulasies. Dit word daarom veral aanbeveel vir regs- en mediese praktisyns wat nie andersins gereedelik toegang tot die tekste van die wet of reëls en regulasies het nie.

MC MARÉ  
*Universiteit van Suid-Afrika*

**ESSAYS IN HONOUR OF ELLISON KAHN**

Edited by COENRAAD VISSER

*Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1989; 367 pp*

Price R96,00 + VAT (hard cover)

*Essays in honour of Ellison Kahn*, a tribute to an apparently modest but celebrated lawyer, was published to commemorate his retirement from active academic life at the end of 1989. The essays were edited by Coenraad Visser, a dedicated follower of Kahn.

The publication is divided into two sections. The first deals with facets of Kahn's personal life, and the second comprises fifteen legal essays by a galaxy of well-known jurists.

Visser starts with a short biographical sketch of Professor Kahn. Far from being bored, the reader could wish that more information had been divulged. Professor Kahn followed an academic career at the University of the Witwatersrand. His meaningful contribution to the university in general and the law school specifically is dealt with by RW Charlton and June Sinclair. Personal tributes by JD Duncan, his publisher friend, and the Hon Mr Justice Margo conclude this section.

The legal essays span a wide field of topics. The binding factor is a love and respect for Kahn, rather than a central theme. Topics dealt with include applied legal research, defamation, the place of public international law in South African law, the doctrine of ubiquity in insolvency, the value of the comparative ethos in the conflict of laws, damages for breach of contract, contractual illegality, capital punishment, opinion evidence, the forgery of a drawer's signature on a cheque and the concept of political sovereignty. The last essay (by DT Zeffertt) is a discussion of legal writing in a lighter vein.

The diversity of topics is in itself a tribute to the extent of Kahn's legal contribution. Most of the topics dealt with fall within the ambit of subjects on which he wrote extensively.

Kahn's authoritative works on contract, conflict of laws and constitutional law have been the companion of legal students for many years. This publication, a collector's item, should grace the bookshelves of everyone who benefited from Professor Kahn's dedication to the law.

S LÖTTER

*University of South Africa***SOUTH AFRICAN BANKING LEGISLATION**

Compiled and edited by FR MALAN and AN OELOFSE

*Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1991; loose-leaf*

Price R217,80 (VAT included)

*South African banking legislation* is a most welcome publication by Juta. In the preface, the compilers and editors of this volume, Malan and Oelofse, explain that the purpose is to collect the most important legislation pertaining to banking in one handy volume. They have achieved their aim admirably. The following acts are included in this volume: The Deposit-taking Institutions Act 94 of 1990, the South African Reserve Bank Act



90 of 1989, the Inspection of Financial Institutions Act 38 of 1984, the Financial Institutions (Investment of Funds) Act 39 of 1984, the Currency and Exchanges Act 9 of 1933 and the Bills of Exchange Act 34 of 1964.

Regulations relevant to the Deposit-taking Institutions Act and the South African Reserve Bank Act, the Exchange Control Regulations of 1961 as well as the Orders and Rules promulgated under them are also included. This is most useful, since regulations are not published in the standard collections of statutes and a time-consuming search through the various Government Gazettes is thus avoided. For practical reasons, notices published in the Government Gazette in terms of section 19 of the South African Reserve Bank Act and section 30 of the Deposit-taking Institutions Act are not included in this work.

The volume also contains an extensive table of cases on the Currency and Exchanges Act, the Exchange Control Regulations, and the Bills of Exchange Act. There is also a comprehensive index to each act and to the regulations promulgated under the act. This is an invaluable aid to the student and practitioner in the field of banking law.

The volume is an attractive loose-leaf publication and is kept up to date by a revision service. The cost of the service will depend on the number of pages involved. This publication will be an indispensable aid to all those involved in the field of banking and who need to keep abreast of legislative changes.

INA MEIRING  
*University of South Africa*

### **PRAKTIESE VONNISOPLEGGING**

deur WF KRUGEL en SS TERBLANCHE

*Digma Pretoria 1990; losbladsy*

Prys R49,50 (BTW ingesluit)

Hierdie is een van die nuutste werke oor die belangrike onderwerp van vonnisoplegging en verskyn in losbladsy-formaat. Dit is deur vonnisopleggers vir vonnisopleggers saamgestel en beoog om 'n bondige dog akkurate hulpmiddel te wees wat 'n vinnige antwoord op 'n probleem kan verskaf. Sowel die algemene beginsels by vonnisoplegging as die beginsels by elke besondere vonnissoort (behalwe die doodstraf en die verklaring van iemand tot gewoontemisdadiger) word op sistematiese wyse behandel. In die voorwoord spreek hoofregter Corbett tereg die mening uit dat die "strafmeter gou en sonder moeite die antwoorde op die meeste van sy probleme in hierdie boek sal vind".

PJ VISSER  
*Universiteit van Pretoria*

### **WETSUITLEG: 'N INLEIDING VIR STUDENTE**

deur CJ BOTHA

*Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1991; xvi en 115 bl*

Prys R52,80 (BTW ingesluit) (sagteband)

Hierdie werk is geskryf met die doel om studente van die uitleg van wette behulpsaam te wees. Daarin slaag die skrywer uitnemend.

Hoofstuk een is 'n algemene inleiding tot die werk. Daarin word veral aandag gegee aan die aard en tipes wetgewing wat in Suid-Afrika aangetref word.

Hoofstuk twee handel oor die teoretiese grondslae van wetsuitleg. Hierin behandel die skrywer enkele tersaaklike teorieë. Insiggewend is dat ook hy, soos vele ander, die tradisionele bedoelingsteorie verwerp en deur die doelteorie vervang. Hy stel 'n drie-fase benadering voor.

In hoofstuk drie word die aanvangsfase behandel. Daar moet in dié verband beklemtoon word dat 'n woord nie 'n gewone betekenis het nie. Dit verkry eers betekenis in sy konteks (sien Labuschagne "Die woord as kommunikasiebasis in die wetgewingsproses" 1988 *SA Publikereg* 34; Kruger "'Bedoeling' in teks en konteks" 1991 *Stell LR* 242).

In hoofstuk vier word die tweede fase, die navorsingsfase, behandel. Dit verteenwoordig 'n soeke na die oogmerk van die wet. Die reëls wat hier van toepassing is, word bespreek. Hier moet myns insiens daarop gelet word dat dit wesenlik slegs kan gaan om die doel van 'n norm (of norme) wat in 'n wet beliggaam is en nie om die doel van 'n wet as sodanig nie. In baie wette word dikwels meer as een norm aangetref wat selfs nie met mekaar verband hou nie.

In hoofstuk vyf word die konkretiseringsfase, die derde fase, behandel. In finale instansie gaan dit myns insiens hier om 'n regsnormvormingsfunksie wat die hof het.

In hoofstuk ses word die vermoedens behandel. Die koms van 'n handves van menseregte sal tot gevolg hê dat die vermoedens, of ten minste verskeie daarvan, sal verdwyn. Trouens, baie van die uitlegreëls wat behandel word, het uit die kunsmatige era van die bedoelingsteorie ontstaan en is in die lig van die doelteorie anachronisties. Vir die doelteorie is slegs enkele "uitlegreëls" nodig. Daarom bestaan Uitleg van Wette as afsonderlike vak nie (meer) in Noord-Europa nie. Die sogenaamde uitlegreëls word by wyse van inleiding tot, byvoorbeeld, die privaatreë, strafreg en staatsreg behandel. Die kontinentale regstelsels het in dié verband duidelik verder as die Anglo-Amerikaanse regstelsels ontwikkel.

In hoofstuk sewe word die onderskeid tussen gebiedende en aanwysende bepalings onder die loep geneem. In hoofstuk agt word enkele slotopmerkings gemaak en 'n skematiese voorstelling van die aanbevole benadering tot die uitleg van wette gegee.

Ten slotte kan opgemerk word dat die skrywer 'n goeie seleksie uit die gewysdereg en die literatuur maak en sy benadering op 'n verstaanbare wyse oordra. Ek is oortuig daarvan dat studente dit uiters waardevol sal vind. Dit sal egter ook vir navorsers en die howe bruikbaar wees.

JMT LABUSCHAGNE  
Universiteit van Pretoria

*The life of the law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which Judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics (Holmes The common law).*

# Martial law in South Africa

GE Devenish

BSc LLD THTD

Professor of Public Law, University of Natal (Durban)

## OPSOMMING

### Krygswet in Suid-Afrika

Die endemiese geweld wat steeds in die swart woonbuurte van Suid-Afrika plaasvind en toeneem, het sekere persone aangespoor om krygswet voor te stel as 'n oplossing vir wat oppervlakkig as 'n staat van burgeroorlog tussen mededingende swart groepe beskryf kan word. Krygswet is op verskeie geleenthede in Suid-Afrika se onstuimige geskiedenis afgekondig of uitgeroep; dit het tot gevolg gehad dat hierdie land die twyfelagtige eer het dat dit oor die bes ontwikkelde gewysdereg oor die onderwerp beskik.

Krygswet behels die opskorting van die normale reg, en die vervanging van normale regering by wyse van die uitvoerende gesag deur die militêre owerhede. Sowel die Engelse as Romeins-Hollandse gemenerereg erken die beginsel dat die staat gedurende tye van oorlog of interne oproer geregtig is om die regte van individue in te kort. Albei hierdie stelsels het ons howe in die beregting van aangeleenthede rakende krygswet beïnvloed.

Dit is klaarblyklik die teenswoordige tendens in Suid-Afrika asook die Verenigde Koninkryk dat die uitvoerende gesag eerder uitgebreide magte van die parlement aanvra om enige noodtoestand te hanteer as om te steun op laasgenoemde se regte en verpligtinge ingevolge die gemenerereg (in welke verband daar heelwat onduidelikheid heers). Dit beteken egter nie dat die gemenerereg in hierdie verband ontoepaslik geword het nie. Inteendeel, die deurslaggewende belang van die gemenerereg oor hierdie onderwerp blyk duidelik uit die onlangse, verdienstelike uitspraak van regter Selikowitz in *End Conscription Campaign v Minister of Defence* 1989 2 SA 180 (K). Hierdie beslissing bring groter duidelikheid oor die reg rakende die toepassing van krygswet in Suid-Afrika mee. Die hof beslis dat dit nodig is om die feitelike situasie te ondersoek om vas te stel of "the war, rebellion or civil uprising actually threatens the Republic or its constitution" by beoordeling van die vraag of die toepassing van krygswet geregverdig is al dan nie.

Krygswet is nie 'n toweroplossing vir die beëindiging van swart politieke geweld nie, wat sy grondslag in onder andere werkloosheid, sosio-ekonomiese en politieke agterstande en intense politieke wedywering vind. Hierdie probleme moet aangespreek word voordat 'n langtermyn oplossing gevind kan word. Ten beste is krygswet 'n tydelike maatreeël om wet en orde te herstel.

"Martial law arises from State necessity, and is justified at common law by necessity, and by necessity alone — a necessity which the courts may at any time inquire into, so far at any rate as they reasonably can without injury to the State arising from the disclosure of matters contrary to the public interest and endangering the public safety."<sup>1</sup>

1 Dodd "The case of Marais" 1902 *LQR* 145.



## INTRODUCTION

The endemic violence that has escalated in the black townships of Pietermaritzburg<sup>2</sup> has prompted certain persons<sup>3</sup> to suggest that martial law<sup>4</sup> is required to resolve what is virtually a state of civil war between rival black groups.<sup>5</sup> Martial law has been declared or invoked on several occasions in South Africa's turbulent history.<sup>6</sup> The most significant of these occasions were the Anglo-Boer War, the Zulu or Bambata Rebellion of 1906, the 1914 Rebellion during the First World War, the 1922 "Red Revolt"<sup>7</sup> and *Ossewabrandwag* activities during the Second World War.<sup>8</sup> South Africa's tempestuous political history has resulted in its having "the dubious honour of having the best-developed case law on the subject".<sup>9</sup>

Martial law has been described as "a peculiar system of legal relations"<sup>10</sup> which arises in time of war, civil war or insurrection. It is a state of affairs, rather than settled body of rules, although rules and orders will be promulgated and enforced by the military authorities as they deem fit. Hood Phillips<sup>11</sup> defines martial law as

"the suspension of ordinary law, and the substitution therefor of ordinary government by the executive exercised through the military".

Both English and Roman-Dutch common law recognise the principle that the state is entitled to curtail the rights of the individual in times of war or internal commotion. In this regard Innes CJ perceptively commented that "[i]n no respect can martial law be regarded as a good thing; it is at best a lamentable necessity".<sup>12</sup> Martial law is *par excellence* a manifestation of the maxim *salus rei publicae suprema lex*.<sup>13</sup>

2 See "37 now dead in township carnage" *Daily News* 1990-03-30.

3 See "Mayor pleads for martial law" *Daily News* 1990-03-29. In this article the Mayor of Pietermaritzburg called for troops to be sent into the townships. See also "Violence reaps tragic results in Edenvale" *The Natal Mercury* 1990-04-06; Macgregor "Martial law: experts give their viewpoint" *Mercury* 1990-04-09.

4 Martial law must be distinguished from military law which contains "the rules for the governance of armies in the field and other persons within their lines or included in the region of their active operation" (Pollock "What is martial law?" 1902 *LQR* 152).

5 See "Flight from terror" *Daily News* 1990-03-31.

6 Hahlo and Kahn *South Africa: The development of its laws and constitution* (1960) 145.

7 *Idem* 146 fn 44.

8 *Trümpelmann v Minister of Justice and Minister of Defence* 1940 TPD 242.

9 Hahlo and Kahn *op cit* 145.

10 Keir and Lawson *Cases in constitutional law* (1979) 217; see *End Conscription Campaign v Minister of Defence SA* 1989 2 SA 180 (C) 199H *per* Selikowitz J: "Martial law . . . is not law but the suspension of law" and 186E: "This right of the State to use all means including force to repel force is commonly known as martial law."

11 *Constitutional and administrative law* (1987) 357 358. The Duke of Wellington explained in the House of Lords that "martial law is neither more nor less than the will of the general who commands the army. In fact, martial law means no law at all" (1851 *Hansard House of Lords* cxv 880). See also Keir and Lawson *op cit* 215; see further *Tilonko v Attorney-General of the Colony of Natal* 1907 AC 93 94 in which the Earl of Halsbury commented that "what is called 'martial law' is no law at all".

12 *Krohn v The Minister of Defence* 1915 AD 191 202.

13 See the *End Conscription Campaign* case *supra* 186B. Selikowitz J said that "in times of extreme public danger the maxim *salus reipublicae extrema lex* applies". See also *R v Bekker & Naude* 1900 17 SC 340 355 *per* Solomon J; *Krohn's case supra* 202.

In modern times the tendency both in South Africa<sup>14</sup> and in the United Kingdom<sup>15</sup> appears to be for the executive to seek extensive powers from Parliament to enable it to deal with any emergency situation rather than to rely on the rights and duties vested in it by martial law according to the common law<sup>16</sup> concerning which there is considerable obscurity.<sup>17</sup> However, this does not mean that the common law in this regard has become irrelevant. On the contrary, the crucial importance of the common law on the subject is clear from the recent meritorious judgment of Selikowitz J in *End Conscription Campaign v Minister of Defence*.<sup>18</sup>

In neither our legal literature nor our case law is there unanimity about the question whether the South African law in respect of martial law is based on English or Roman-Dutch law. On the one hand, in *Ex parte Kotze*<sup>19</sup> Bristowe J observed:

“In as much as Martial Law is a constitutional weapon which has arisen in England, the English authorities are conclusive as to what the extent and nature of Martial Law may be.”

On the other hand, Wiechers<sup>20</sup> holds the view that martial law in South Africa is governed by Roman-Dutch law, because it is not linked with the supremacy of Parliament or with the powers and prerogatives of the crown.<sup>21</sup> Both Roman-Dutch and English law have influenced our courts in adjudicating on matters relating to martial law.

## ROMAN-DUTCH LAW

The Roman-Dutch approach to martial law is based on the principles of self-defence and necessity.<sup>22</sup> These same principles apply in the sphere of delict and criminal law,<sup>23</sup> namely that there must be an unlawful and imminent threat to the safety of the state if action is taken in self-defence. Furthermore, the steps taken in self-defence must be commensurate with the threat. When the steps are taken on the basis of necessity rather than self-defence they are not aimed at the aggressor's unlawful action but the measures adopted must still be in proportion to the danger so that the rights of the individual are not curtailed to an extent which is disproportionate to the threat posed by the emergency.

14 S 3 of The War Measures Act 13 of 1940, as amended by Acts 20 and 32 of 1940 and 30 of 1949.

15 See Defence of the Realm Acts of 1914–1915, the Emergency Powers Act of 1920 and the Emergency Powers Acts of 1939 and 1940.

16 Welsh “Martial law” 1941 *SALJ* 111.

17 See the *dictum* of Solomon J in *In re Fourie* 1900 (17) SC 173 182: “For the subject of martial law is certainly one of considerable obscurity; one which is not regulated by statute, and the limitations of which have never been clearly defined by statute.”

18 *Supra* 200F: “The common law principles upon which martial law is founded and by which it is justified and exercised continue to be part of our law and have not been abrogated nor limited by the existing legislation.”

19 1914 TPD 564 570.

20 *Verloren van Themaat: Staatsreg* (1981) 161.

21 *Idem* 161 162.

22 *Ibid.*

23 Dicey (*An introduction to the study of the law of the constitution* (1973) 286) also emphasised that “topics which appear to belong manifestly to the law of the constitution depend with us at bottom on the principles of private or criminal law”.

An examination of these principles indicates that any conduct taken during the period of martial law must have been objectively necessary. The actions of military authorities are subject to *ex post facto* scrutiny by the courts in order to determine the objective necessity of the action taken. Thus the role of the courts in times of war, insurrection, rebellion and martial law is of crucial importance.

## ENGLISH LAW

The impression that the law relating to martial law is of English origin and character is created by section 6(3)(f) of the extant Constitution Act<sup>24</sup> which stipulates that the State President is empowered to declare and terminate martial law. This power – like the other powers enumerated in section 6(3) – has its genesis in the prerogative powers of the crown. If martial law is construed as a matter of prerogative it must be borne in mind that the prerogatives are discretionary powers originating in the monarch's position as liege lord and that they were initially exercised personally by the sovereign, but eventually as a result of the evolution of the conventions, on the advice of the Prime Minister and ministers of state. The exercise of this prerogative was subject to statutory restraint since the famous *Petition of Right*<sup>25</sup> stipulated that "the exercise of martial law within the realm in time of peace is illegal". The judicial decisions on martial law in English law are few and inconclusive and are mostly Irish<sup>26</sup> or date back to the Anglo-Boer War. The inconclusive nature of martial law in English law is clear from the following passage from Halsbury:<sup>27</sup>

"Whether this power of using extraordinary measures is really a prerogative of the Crown, or whether it is merely an example of the common law rights and duty of all, ruler and subject alike, to use the amount of force necessary to suppress disorder, is not free from doubt . . . Probably the correct view to take of martial law itself is that it is no law at all."

However, an examination of the judicial decisions indicates (according to Carpenter) that the following principles apply.<sup>28</sup>

- (a) A state of martial law may be introduced by or without a proclamation. A proclamation purporting to introduce a state of martial law has no legal effect in itself. Martial law is justified only by paramount necessity.
- (b) If the ordinary courts are still operative, it seems that they have jurisdiction to determine whether a state of war exists in an area where they normally have jurisdiction. In determining this question they will give weight to the opinion of the local military commander but his opinion is not binding on them.
- (c) If they decide that a state of war does exist, they should decline to review the legality of anything done by the military authorities in the purported discharge of the military's responsibility until in their independent judgment, the state of war has terminated.

24 Republic of South Africa Constitution Act 110 of 1983.

25 Hood Phillips *op cit* 358; *Verloren van Themaat: Staatsreg* (1967) 556. There has been no attempt since 1628 to exercise martial law in England (see Keir and Lawson *op cit* 218).

26 The important cases in this regard are *Wolfe Tone's Case* (1798) 27 St Tr 614; *Wright v Fitzgerald* (1798) 27 St Tr 614; *Egan v Macready* [1921] 1 IR 265.

27 *Laws of England* (1983) vol 8 par 982 at 625.

28 *Introduction to South African constitutional law* (1987) 105 *et seq.*



(d) The non-justiciability of acts done by the military authorities during the state of war appears to include situations where the military have exceeded emergency powers conferred on them by statute.

Carpenter further observes:<sup>29</sup>

“The exercise of prerogative powers is to a certain extent subject to judicial control. The decision to exercise the prerogative may not be challenged but the way in which the decision is implemented is subject to judicial scrutiny.”

This is an observation made in regard to English law. However, an examination of the English textbook writers such as De Smith<sup>30</sup> and Hood Phillips<sup>31</sup> indicates that the current legal theory of paramount legal necessity with regard to martial law in English law is more or less the same as the Roman-Dutch law approach to martial law, namely, that the courts have the power to determine whether in effect the military authorities were justified in declaring martial law and, secondly, whether the measures used in the exercise of martial law were justified by the state of the emergency prevailing.<sup>32</sup> The other theory of martial law advocated by *Finlason on martial law*

“contends that it is an ancient and undoubted prerogative of the Crown to proclaim martial law, and that such proclamation justifies and legalizes all acts committed under the authority thereof”.<sup>33</sup>

Virtually all the authorities except for Halsbury<sup>34</sup> regard this view as obsolete and “exploded”.<sup>35</sup> Moreover, the theory of paramount necessity has also been accepted in the United States.<sup>36</sup>

Thus the purpose of a proclamation of martial law is merely declaratory, that is, to confirm an existing state of affairs in terms of which martial law prevails. This would mean that martial law would not have its inception in the proclamation but rather in the actual state of affairs that prevailed in the country. According to Richards

“[a] proclamation of martial law is not . . . in any way essential to the exercise of these powers, it is a convenient notification to the inhabitants that the commander

29 *Idem* 106.

30 *Constitutional and administrative law* (1981) 513: “If the ordinary courts are sitting, it seems that they have jurisdiction to determine whether ‘a state of war’ . . . exists in an area where they normally have jurisdiction. In determining this question, they will give heavy weight to the opinion of the local military command, but his opinion is not binding on them.”

31 *Op cit* 357.

32 The *End Conscription Campaign* case *supra* 186F per Selikowitz J: “In seeking a theoretical basis for martial law, lawyers have suggested a number of possibilities. Dicey . . . and Stephen . . . favour urgent and paramount necessity as the origin and justification of all actions taken under martial law which are taken *bona fide* in the interest and in the defence of the realm. Other writers classify martial law as part of the inherent prerogative of the head of state. The Courts of England, the United States of America and in South Africa have not adopted the prerogative theory.”

33 *Per* Solomon J in *Q v Bekker* 1900 SC 340 355.

34 See *supra* fn 27.

35 *Ibid*; the *End Conscription Campaign* case *supra* 186F.

36 *Ex Parte Milligan* (1866) 4 Wall 2. In this case the USA Supreme Court held that Congress could not vest military authorities with jurisdiction to try citizens for offences in a state that had not been invaded and was not in open rebellion, and in which the Federal Courts were open. It held “[t]hat the invasion must be real, such as effectively closes the Courts, and deposes the civil administration”.

has assumed control of the district, but it in no way affects the legality or the illegality of his action".<sup>37</sup>

It is therefore submitted that Carpenter's observation in regard to English law must be qualified. This is confirmed by a later statement<sup>38</sup> of hers which is in conflict with the earlier one and reads as follows:

"English law requires for the proclamation of martial law that a state of war must exist. This includes both armed conflict with another state and armed revolution within the state."

The latter is a more accurate description of the position in English law and it indicates that the courts are entitled to apply an objective test. The contradiction found in Carpenter is a reflection of the confusion which is manifest in the various judgments relating to martial law. Some of these will now be examined. It is observed by Hood Phillips that<sup>39</sup>

"[i]t is sometimes too difficult to determine when a state of war exists in a particular district. Coke, Rolle and Hale were of the opinion that a time of peace is when the civil courts are open, and when they are closed it is a time of war".<sup>40</sup>

The decision of the Privy Council in *Ex parte DF Marais*<sup>41</sup> shows that this test is not conclusive and that the existence of a state of war in a given district is compatible with the continued functioning for some purposes of the civil courts within the district.<sup>42</sup> To exclude the legality of martial law, says Holdsworth,<sup>43</sup> "the courts must be sitting in their own right and not merely as licensees of the military authorities".

## CONDITIONS THAT JUSTIFY THE EXISTENCE OF MARTIAL LAW

The existence of martial law requires a state of war, flowing from hostilities with another state or internal commotion of some kind.<sup>44</sup> When there is armed conflict involving another state, martial law exists even if there is no fighting within the borders of the state itself. Certain South African decisions support this view. In the case of *Ex parte Kotze*<sup>45</sup> Bristowe J observed that "I think martial law is clearly justifiable . . . in a country which is at war, although not actually the theatre of military operations . . ." The celebrated case of *Ex parte DF Marais*<sup>46</sup> (a case relating to the Anglo-Boer War which was eventually taken to the Privy Council and thus has the status of an Appellate Division decision<sup>47</sup>) was the first authoritative judicial pronouncement in the United

37 Richards "Martial law" 1902 *LQR* 139. See the *End Conscription Campaign* case *supra* 199C: "The fact that the Republic has made a declaration of war or martial law has been proclaimed will undoubtedly be of considerable weight when the court evaluates the evidence. The motivated opinions of experts in matters of state and military security will also be accorded recognition. In the final result, it is the Court which determines whether or not war prevails in any area."

38 *Op cit* 107.

39 *Op cit* 359.

40 *Ibid.*

41 1902 AC 109.

42 *Elphinstone v Bedreechund* (1830) 1 Knapp PC 316.

43 *History of English law* (1955) vol 1 576 fn 3.

44 *Verloren van Themaat: Staatsreg* (1981) 162.

45 1914 TPD 564 566.

46 *Supra*. This judgment gave rise to four articles on martial law in 1902 *LQR* 117 133 143 and 152.

47 Hahlo and Kahn *The South Africa legal system and its background* (1973) 244.

Kingdom on the subject of the jurisdiction of the ordinary courts of law to adjudicate on the action of military authorities in time of war.<sup>48</sup> In this case Lord Halsbury treated the phrases "where war actually is raging" and "where war actually prevails" as if they were synonymous. However, the view expressed by Wessels J in *Dedlow v Minister for Defence*<sup>49</sup> is more perceptive and thus preferable:

"It appears to me that the phrases 'Where war is actually raging' and 'Where war actually prevails', are not quite synonymous. When we say that war is actually raging in a country we mean more than war prevails."

It can be argued that the factor of geographical proximity to the theatre of military operations is no longer the only decisive factor, since modern telecommunications and communications are so sophisticated that a state which is at war is threatened even if it is far removed from the actual fighting. However, the metaphorical line must be drawn and a court should not sanction a situation which is absurd or permits the military to abuse power. This in effect was the conclusion reached in the *End Conscription Campaign* case,<sup>50</sup> in which the court decided that

"a war, rebellion or civil uprising which does not actually threaten the Republic and its constitution is not such as can justify the state in disregarding the ordinary law and acting under martial law".<sup>51</sup>

As far as the South African situation is concerned, there was widespread internal unrest as a result of the rebellion in South Africa during the First World War and while there was a certain amount of unrest during the Second World War owing to the activities of the *Ossewabrandwag*, it cannot in all honesty be said that war raged or prevailed in South Africa or that a situation of rebellion or insurrection obtained. However, the proclamation of martial law during the Second World War was nevertheless regarded as justified in the case of *Trümpelmann v Minister of Justice*.<sup>52</sup> In the *End Conscription Campaign* case<sup>53</sup> the court rejected the transparent argument that a state of undeclared war in the operational area in Namibia justified the existence of martial law in the Western Cape and consequently permitted the South African Defence Force to act with impunity against the End Conscription Campaign.

If the view that martial law is based on prerogative is adopted, the act of proclamation is a prerequisite for the existence of martial law. As indicated above, the impression that martial law is based on prerogative is created by section 6(3)(f) of the Constitution Act.<sup>54</sup> The correct view is, however, that a proclamation is merely a notification to the public. It confers no additional powers on the military. This approach is based on self-defence or necessity as a justification for martial law and it means that as soon as the requirements for this national self-defence or necessity have been met the powers may be exercised. However, once Parliament deems it expedient to adopt legislation, the situation is governed by the legislation and further speculation becomes redundant.

48 Per Solomon J in *Krohn's case supra* 203.

49 1915 TPD 543.

50 *Supra* 199D.

51 *Idem* 196F-G.

52 1940 TPD 242.

53 *Supra* 199D.

54 110 of 1983.



The actual military situation will obviously be a determining factor. Innes CJ expressed the position as follows:

“Interference with the action of the military commander within the area of actual hostilities would be alike undesirable and impossible. But in places where there are no military operations in progress, and where yet it may be necessary to exercise special powers of supervision and control the position is very different.”<sup>55</sup>

## ROLE OF THE COURTS IN A SITUATION OF MARTIAL LAW

The most fundamental issue in regard to martial law is the position of the ordinary courts. The vital question is whether the courts are able to impugn the actual decision to impose martial law on the country or a part of the country. If the decision is taken by virtue of the prerogative it cannot be challenged. However, in the case of *Q v Bekker*<sup>56</sup> Solomon J observed that

“[b]oth the justification for the proclamation of martial law and the actual exercise of the authority thereunder are strictly limited by the necessities of the situation”.

This exposition reflects the Roman-Dutch approach to martial law, namely that it is based on self-defence and necessity and the objective facts justifying its existence can be tested in a court of law. According to this approach the court retains a supervisory role, which means that the court is not

“debarred, merely because martial law is in force, from satisfying itself that the acts complained of are under the circumstances proper and necessary”.<sup>57</sup>

In *Ex parte DF Marais*<sup>58</sup> Lord Halsbury opined, according to Solomon JA, that “in time of war the action of the military is not justiciable by the Courts of Law . . .”<sup>59</sup> This statement requires qualification. Halsbury distinguished between war and rebellion by observing that

“[d]oubtless cases of difficulty arise when the fact of the state of rebellion or insurrection is not clearly established but once let the fact of actual war be established the civil courts have no jurisdiction to call in question the proprietary of the military authority”.

It is clear from the above that in case of war, as opposed to rebellion or insurrection, the courts do not have the power to test the legality of martial law. The question not answered by Halsbury is whether this only applied to the theatre of war or whether it also applies in those parts of the country far removed from the “actual war”. In the case of *Ex parte Kotze*<sup>60</sup> Bristowe J stated in regard to rebellion that

“[t]he civil courts have the rights so long as they exist to decide whether martial law is necessary or not and the extent to which it is necessary”.

In regard to war our courts have not been consistent. Thus in *Tole v Director of Prisons*<sup>61</sup> Wessels J held that the court had jurisdiction to decide whether martial law is necessary or not, but in *Dedlow v Minister of Defence and Provost Marshall*<sup>62</sup> the same judge was not prepared to accept that the courts could

55 *Krohn's case supra* 202.

56 1900 SC 340.

57 *Idem* 357.

58 *Supra*.

59 *Idem* 207.

60 *Supra* 569.

61 1914 TPD 20.

62 1915 TPD 543.

determine the necessity of martial law; in *Krohn v The Minister of Defence*<sup>63</sup> De Villiers JA admitted uncertainty and equivocation by stating that "I am not clear that I grasp the exact scope and limitations of the rule thus broadly stated". However, in the *Trümpelmann* case<sup>64</sup> the court merely accepted that war was prevailing once it had been declared and unequivocally refused to exercise any jurisdiction in the matter.

The next question is whether, once martial law has been imposed, the courts may legitimately enquire into the specific measures that are undertaken in terms of martial law. Unfortunately the case law is again confusing on this particular point since the courts have not consistently distinguished between the imposition of martial law which is a general measure and the specific steps taken against persons in consequence of martial law. In *Q v Bekker*<sup>65</sup> Solomon J held that the court was indeed capable of looking at the specific measures adopted by the military in times of martial law. However, the opposite view was adopted by Buchanan ACJ when he observed that

"[w]hile martial law lasts it is not the time to question the validity of acts which are considered to be necessary by the authorities in charge".<sup>66</sup>

In the *Krohn* judgment<sup>67</sup> Innes CJ distinguished between

"the area of actual hostilities where judicial interference would be undesirable and places where there are no military operations in progress and where yet it may be necessary to exercise special powers of supervision".

However, in the same case Solomon JA took the opposite view by observing that

"the broad principles as enunciated by the Privy Council in the *Marais* case is that in time of war the action of the military authority is not justiciable by the courts of law".<sup>68</sup>

A similar view was adopted in *Dedlow's* case<sup>69</sup> where the court held:

"If war actually prevails or if the fact of actual war is established the ordinary courts have no jurisdiction over the military authorities. The fact that for some purposes some tribunals pursue their ordinary course is not conclusive proof that war is not raging."

It is, however, submitted that there should be one exception in this regard, namely, if it could be shown that the military authorities were acting *mala fide* (that is, in bad faith) they would not be acting within the scope of their powers and their action would therefore be justiciable. In contrast with the above cases Curlewis J, in the meritorious judgment of *Halder v Minister of Defence and Provost Marshall of Pretoria*,<sup>70</sup> emphasised the court's duty to uphold personal liberty even in times of war. Curlewis J observed that the question was not whether a state of war existed in the British Empire but whether war was actually prevailing in South Africa. Since it was not, he concluded the court has a jurisdiction to decide whether an internment was justified or not. This is

63 *Supra* 212.

64 *Supra*.

65 *Supra* 357: "[B]ut in my opinion nothing less than an Act of Parliament can take away from the Supreme Court the right or relieve it of its duty of deciding for itself whether an act is justiciable or not."

66 *Idem* 350.

67 *Supra* 202.

68 *Idem* 207.

69 *Dedlow v Minister of Defence and Provost Marshall supra*.

70 1915 TPD 622.

undoubtedly the better view and is in accordance with the view expressed by Lord Atkins in his celebrated dissenting judgment in *Liversidge v Anderson*<sup>71</sup> that "amidst the clash of arms the laws of England are not silent". A similar sentiment was observed in the celebrated judgment of De Villiers CJ in *In re Willem Kok & Nathaniel Balie*:<sup>72</sup>

"The disturbed state of the country ought not in my opinion to influence the Court, for its first and most sacred duty is to administer justice to those who seek it and not to preserve the peace of the country . . . The Civil Courts of the country have but one duty to perform and that is to administer the laws of the country without fear, favour or prejudice, independently of the consequences which ensue."<sup>73</sup>

This judicial reasoning was boldly confirmed by Kannemeyer J in *Nkwinti v Commissioner of Police*<sup>74</sup> when he observed that "[t]hose sentiments remain as valid as they were when they were expressed 106 years ago".<sup>75</sup> In the unfortunate<sup>76</sup> and executive-minded *Trümpelmann* judgment, the military authorities were given *carte blanche*. It was declared that the courts have no right to interfere; not even the matter of *bona fides* was mentioned in this decision. Understandably the judgment has been severely criticised by scholars. Thus Verloren van Themaat<sup>77</sup> points out that the War Measures Act<sup>78</sup> which was adopted after the *Trümpelmann* decision, did not go as far as the judgment did, since the jurisdiction of the courts was not ousted even though the only ground on which an aggrieved person could challenge the action of the military was that of *mala fides*. The *Trümpelmann* decision represents the apogee of executive-mindedness<sup>79</sup> in regard to martial law. What makes this decision

71 [1942] AC 206 244.

72 1879 Buch SC 45.

73 66.

74 1986 2 SA 421 (E) 439J.

75 A similar judicial approach was adopted in *Dempsey v Minister of Law and Order* 1986 4 SA 530 (C); *Radebe v Minister of Law and Order* 1987 1 SA 586 (W); *Katofa v Administrator-General for South West Africa* 1985 4 SA 211 (SWA); *Hurley v Minister of Law and Order* 1985 4 SA 709 (D). Unfortunately there are many examples of executive-minded decisions, the most blatant of which is *Omar v Minister of Law and Order*; *Fani v Minister of Law and Order*; *State President v Bill* 1987 3 SA 859 (A). See Baxter "A judicial declaration of martial law" 1987 SAJHR 317.

76 *Rex v Allen* [1921] 2 IR 241 (KBD Northern Ireland) and *Clifford v O'Sullivan* [1921] 2 AC 570 (HL) are very unsatisfactory decisions. In these cases, the respective courts refused to intervene in the activities of the military courts that had sentenced to death persons unauthorisedly in possession of arms in areas where martial law had been declared. Failure to intervene by the courts resulted in the execution of the persons concerned (see Keir and Lawson *op cit* 246). The issue of factual circumstances justifying the application of the principle of *salus reipublicae suprema lex* was not considered, nor was the possibility that the military authorities may have acted *mala fide* canvassed. It is submitted that where the military courts have sentenced persons to death, the civilian courts, if they are operating, have an inescapable duty to ensure that military authorities have not acted *mala fide* or exceeded their powers, since the military authorities can be called to account after the cessation of martial law; but if an execution has been carried out *mala fide* or unlawfully the person cannot be brought back to life! These Irish cases were complicated by the existence of special parliamentary legislation giving the military leaders drastic powers to put down the rebellion; thus the argument was put forward that there was no need to invoke martial law, and that the court should indeed intervene. This argument was rejected in the above cases but accepted in *Egan v Macready* [1921] 1 IR 265.

77 *Staatsreg* (1981).

78 Act 13 of 1940.

79 For the origin of this phrase see Lord Atkins's dissenting judgment in *Liversidge v Anderson supra* 244. See also Cameron "Legal chauvinism, executive-mindedness and justice – LC Steyn's impact on South African law" 1982 SALJ 52.



ironic, is that it was a judgment involving certain eminent liberal judges, Greenberg JP (who delivered the judgment) and Schreiner J (who concurred). Greenberg JP did not consider the actual position in the country, but adopted a highly theoretical approach involving the Statute of Westminster,<sup>80</sup> which had released South Africa from colonial tutelage and rendered it a sovereign state so that it was not bound by an imperial declaration of war on Germany, and thus had itself declared war. What the court should have considered, was the maxim *salus reipublicae suprema lex* and whether martial law was justified by supreme necessity. The approach adopted by the court was tantamount to the obsolete prerogative approach and reflected extreme judicial restraint, which was enigmatic particularly for Schreiner J (as he was then) in the light of his later famous dissenting judgment in *Collins v Minister of the Interior*.<sup>81</sup>

Dodd<sup>82</sup> placed the issue of martial law in the correct perspective by stating:

“Martial law arises from State necessity, and by necessity alone – a necessity which the courts may at any time enquire into, so far at any rate as they reasonably can without injury to the state arising from the disclosure of matters contrary to the public interest and endangering the public safety.”

The fact that martial law has indeed been declared, does not mean that martial law exists. In *Ex parte Kotze*<sup>83</sup> Bristowe J opined that after the proclamation of martial law

“the courts have the right, so long as they exist, to decide whether martial law is necessary or not and the extent to which it is necessary”.

This approach was supported by the Appellate Division in *Krohn's case*.<sup>84</sup> Thus if martial law were to be declared or to be maintained *mala fide*,<sup>85</sup> the courts could pronounce it to be inoperative.

A declaration of war is not necessary for the existence of martial law. A country may be in a state of undeclared war which may very well justify the existence of martial law.<sup>86</sup> Also, the fact that war has been formally declared, should not mean that martial law automatically prevails. In each case the court should examine the situation and “the surrounding circumstances”<sup>87</sup> to determine whether the factual situation justifies the existence of martial law. This was not done in the *Trümpelmann* judgment<sup>88</sup> and for this reason it is jurisprudentially a very unsatisfactory decision.

The absence of manifest disorder and the normal and continued sitting of the courts of law are not in themselves incompatible with martial law.<sup>89</sup> This was the crux of the decision in *Ex parte DF Marais*.<sup>90</sup>

80 See the *Trümpelmann case supra* 248.

81 1957 1 SA 552 (A) 571.

82 1902 LQR 145.

83 1914 TPD 564 569.

84 *Supra* 198 per Innes CJ: “[T]he mere issue of such a proclamation could in no way release them from the duty of investigating grievances due to the special measures taken, and of granting relief in appropriate cases.” See also *Tilonko's case supra* 94 where the Earl of Halsbury commented that the “notion that ‘martial law’ exists by reason of the proclamation . . . is a delusion”.

85 *Dedlow's case supra* 552.

86 This is clear from the *End Conscription Campaign case supra* 186B.

87 *Dedlow's case supra* 550.

88 *Supra*.

89 Pollock 1902 LQR 157.

90 *Supra*.

Finally, it must also be noted that after the termination of martial law, persons who have committed unlawful acts under the cloak of martial law are amenable to the law<sup>91</sup> unless Parliament adopts an Indemnity Act.<sup>92</sup> So, for example, after the Rand strike of 1922 the South African Parliament enacted the Indemnity and Trial Offenders Act.<sup>93</sup> Even if indemnity legislation exists the military can be called to account after the cessation of hostilities where the conduct sought to be justified, is not *bona fide* directed to the suppression of the war, insurrection or disturbance.<sup>94</sup> It is, however, very difficult to prove *mala fides*.

The courts are reluctant to interfere in purely military questions, believing that "military questions are best left to soldiers and not to judges, and they are unwilling that the former should be relieved by judicial interference from any of their responsibility".<sup>95</sup>

They would also be reluctant to do anything that could be construed as acknowledging the validity of the conduct of the military authorities.<sup>96</sup> This was the import of the following extract from *Reg v Gildenhuis*:<sup>97</sup>

"As just stated, the military authorities instituted an inquiry into petitioner's conduct, and the petitioner recognizes these proceedings, for he now comes to Court for an order upon the military to admit him to bail. To grant such an order would be assuming a control over military operations and procedure which I do not think the Court should attempt to exercise. Any action which is taken under martial law is taken by the military on their own responsibility. In the next place, the applicant wishes to have a copy of the evidence taken at the military inquiry, but here again we cannot grant such an order without recognizing the validity of the action taken; and, as I said before, I do not think this Court should recognize acts done under martial law."

A similar sentiment was expressed in *In re Kok*<sup>98</sup> in which De Villiers CJ stated that in the exercise of military power the military authorities "do so at their own peril and they cannot expect the assistance of any civil court in carrying it out".

## CONCLUSION

The judgment in the *End Conscription Campaign* case has brought greater clarity to the law relating to the application of martial law in South Africa. The *Trümpelmann* decision was both confusing and erroneous. In the former case the court examined the factual situation very carefully and then reached a decision. From this judgment it is clear that the courts do indeed have an important supervisory role to play in regard to martial law. The court should examine the factual situation to determine whether "the war, rebellion or civil uprising actually

91 *Bekker's case supra* 350. Keir and Lawson *op cit* 223 explain the position as follows: "[There is] a remarkable consensus of opinion that military authorities, although they cannot be interfered with *durante bello*, will be liable after the restoration of peace for any excesses of the powers which they have been permitted to use."

92 See Hahlo and Kahn *op cit (supra* fn 6) 146.

93 6 of 1922.

94 *Wright v Fitzgerald* (1798) 27 St Tr 765.

95 Keir and Lawson *op cit* 222.

96 *Idem* 221.

97 (1900) 18 SC 266 269.

98 *Supra* 66.

threatens the Republic or its constitution'' in determining whether the application of martial law is justified. The use of martial law either as a defence for lawless activities or by virtue of a prerogative proclamation, is subject to curial review, and hence an abuse of the common-law practice of martial law by the executive is subject to investigation and elimination. President de Klerk informed Parliament on 2 April 1990 of the special measures he intended adopting in order to restore law and order to the strife-torn areas of Natal. These included sending police and army troops into the townships of Pietermaritzburg. Mr de Klerk may have decided not to declare martial law in terms of his powers under section 6(3)(f) of the Constitution Act<sup>99</sup> because of, *inter alia*, the detrimental international implications this would have for South Africa and the adverse effect of such a declaration on the economy. Secondly, such a declaration is unnecessary. Indeed, such a proclamation confers no power on the executive or the military which it does not possess without it and the drastic action that the executive can take in terms of the state of emergency and the Internal Security Act<sup>100</sup> are *de facto* tantamount to what it could do in terms of martial law. However, a declaration of martial law could have a powerful psychological influence that could possibly lead to a reduction in violence and unrest. Because of the adverse international and economic implications, this step would probably only be used as a last resort. In 1986, as a result of the escalating township violence, speculation was rife that martial law would be declared to "quell worsening situations of unrest in the country".<sup>101</sup> However, Boule argued at the time that "martial law would not be declared because of the negative effect it would have on South Africa".<sup>102</sup> Dugard was also of the opinion that a declaration would "do 'tremendous harm' to the Government".<sup>103</sup> Furthermore, it must be borne in mind that a

"mere proclamation of Martial law gives no greater rights to the military than they in fact possess if the necessity for their action arises".<sup>104</sup>

It is, however, not inconceivable that in the present situation of endemic strife in Natal or any part of South Africa where serious unrest occurs, the supreme court may indeed decide that martial law prevails should the military authorities be challenged in regard to drastic action adopted to restore law and order. The actions in question may be "preventative as well as punitive".<sup>105</sup> Trial by court martial is not the only manifestation of martial law.<sup>106</sup> What will have to be proved, is that "there is a serious threat to the safety and the existence of the State"<sup>107</sup> and that not every hostile conflict involving the armed forces will suffice. However, it must be borne in mind that

"a war, rebellion or civil uprising which does not threaten the Republic and its constitution is not a war as to justify the State in disregarding the ordinary law and acting under martial law".<sup>108</sup>

---

99 110 of 1983.

100 74 of 1982.

101 *The Natal Mercury* 1990-04-09.

102 *Ibid.*

103 *Ibid.*

104 *Dedlow's case supra* 553.

105 *Dodd* 1902 *LQR* 156.

106 *Idem* 155.

107 *The End Conscription Campaign case supra* 195.

108 *Idem* 196.



Martial law is not a magic solution to resolve political conflict. The endemic violence in the black townships around Pietermaritzburg has its roots in unemployment, socio-economic and political deprivation of black people and intense political rivalry in the black community. These problems must be addressed if a long-term solution is to be found. At best martial law is a temporary expedient used to restore law and order.

#### 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 versweë prinsipaal en formele kontrakte

DJ Joubert  
BA LLD

*Dekaan van die Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit van Pretoria*

## SUMMARY

### The undisclosed principal and formal contracts

The doctrine of the undisclosed principal allows proof of an undisclosed principal even where the contract has been entered into formally. The parol evidence rule which does not allow the admission of evidence which contradicts the writing, does not exclude proof of an undisclosed principal. This article examines the question whether the wording of the contract, or of a statute requiring the observance of formalities, may expressly or impliedly exclude proof of the existence of an undisclosed principal. The conclusion reached is that the first factor mentioned cannot achieve this result, but can make the admission of parol evidence meaningless by contracting for exclusive liability of or to the agent. A statute can achieve this result, but not by the simple expedient of making formalities a requirement for an action based on the contract.

## 1 DIE VERSWEË PRINSIPAAL

Die gevalle wat hier ter sprake kom, is waar iemand wat met 'n volmag beklee is in sy eie naam handel. Dit kan gebeur dat die agent of verteenwoordiger

- (a) die bestaan van sy volmag verswyg en in sy eie naam handel;
- (b) die bestaan van sy volmag openbaar maar nogtans in eie naam handel en die identiteit van sy volmaggewer verswyg; of
- (c) die bestaan van sy volmag en die identiteit van sy volmaggewer openbaar maar nogtans die kontrak in sy eie naam sluit.

Die onderhawige onderwerp omvat die samekoms van twee reëls, naamlik die leer van die versweë prinsipaal en die reël insake ekstrinsieke getuienis (die "parol evidence rule"). Dit is nou maar eenmaal 'n reël van ons reg dat die versweë prinsipaal na vore kan kom of na vore gebring kan word om op die kontrak wat deur sy gevolmagtigde gesluit is, aan te spreek of aangespreek te word. Dit beteken dat waar die gevolmagtigde 'n kontrak in sy eie naam gesluit het, hy self aanspreeklik en geregtig is, maar dat die prinsipaal ook sonder sessie van regte die regte van die kontrak kan afdwing en dat die ander party, die derde, ook sonder delegasie die regte uit die kontrak teen die prinsipaal kan afdwing.

Die "parol evidence"-reël geld weer by skriftelike kontrakte en verbied die voorlegging van getuienis buite die skriftelike stuk om die inhoud daarvan te

wysig, aan te vul of daarvan weg te neem telkens wanneer daar integrasie was; dit wil sê telkens wanneer dit die bedoeling van die partye was dat die stuk die enigste en volledige rekord van die kontrak sal wees.

Die wedersydse beïnvloeding van die reëls kom hier aan die beurt.

## 2 DIE KONTRAK IN DIE GEVOLMAGTIGDE SE NAAM EN DIE "PAROL EVIDENCE"-REËL

Waar die gevolmagtigde 'n skriftelike kontrak in sy eie naam gesluit het, is dit nie moontlik om mondelinge getuienis aan te bied om te bewys dat hy inderdaad kragtens volmag gehandel het nie as dit die bedoeling is om sodoende sy aanspreeklikheid op die kontrak uit te sluit.<sup>1</sup> Die rede is eenvoudig dat die "parol evidence"-reël dié moontlikheid uitsluit omdat die effek van die getuienis wysiging van die kontrak is.<sup>2</sup>

Die veronderstelling is natuurlik dat eers uitgemaak moet word of die agent inderdaad self aanspreeklik is. Die kontrak moet eers vertolk word en ekstrinsieke getuienis mag dan toelaatbaar wees om vas te stel of die handtekening van die agent in 'n persoonlike of verteenwoordigende hoedanigheid aangebring is. In *Young v Schuler*<sup>3</sup> is byvoorbeeld beslis dat daar wel bewys kon word dat 'n handtekening wat oënskynlik as verteenwoordiger geplaas is, inderdaad 'n dubbele rol vervul het en ook 'n persoonlike handtekening was.

Daar is egter geen twyfel dat die "parol evidence"-reël nie die prinsipaal verhinder om die derde aan te spreek nie<sup>4</sup> en ook nie die derde verhinder om die prinsipaal aan te spreek nie.<sup>5</sup> Presies dieselfde reëling geld in die Engelse reg beide wat die aanspraak van die prinsipaal teenoor die derde<sup>6</sup> en die aanspraak van die derde teenoor die prinsipaal betref.<sup>7</sup>

- 1 *Higgins v Senior* (1841) 8 M & W 834 844 (151 ER 1278 1282); *Basma v Weeks* 1950 AC 441 451–452 454; *Von Ziegler v Superior Furniture Manufacturers (Pty) Ltd* 1962 3 SA 399 (T) 404; *Kruger v Rheeder* 1972 2 SA 391 (O); Hoffman en Zeffertt *SA law of evidence* 4 uitg 312; Silke *The law of agency in SA* (1981) 487; Goodhart en Hamson "Undisclosed principals in contract" 1968 *Cam LJ* 326.
- 2 *Higgins v Senior supra*; Seavey *Law of agency* par 70F.
- 3 1883 11 QBD 651.
- 4 *Lippert & Co v Desbats* 1869 B 189 (waar daar op 192 tot die teendeel geredeneer is); *Cook v Aldred* 1909 TS 150 151 153 (huurkontrak); *Dawson v Van Rooyen* 1914 NLR 481 483; *Factory Investments (Pty) Ltd v Ismails* 1960 2 SA 10 (T) 14 (wissel); *Muller v Pienaar* 1968 3 SA 175 (A) 203; Hoffmann en Zeffertt 312; vgl Silke 478 486.
- 5 *O'Leary v Harboard* 1885 5 HCG 1 11 (as synde die "real party"); *Dawson v Van Rooyen supra* 484; *Chappell v Gohl* 1928 CPD 47 51 (koop van besigheid); Hoffmann en Zeffertt 312.
- 6 *Bateman v Phillips* 1812 15 East 272 (104 ER 847); *Garrett & Bodenham v Handley* 1825 4 B & C 664 (107 ER 1208); *Higgins v Senior supra* 844 (1282); *Filby v Hounsell* 1896 2 Ch 737 740; *Smith-Bird v Blower* 1939 2 All ER 406 409; *O/Y Wasa Steamship Co Ltd v Newspaper Pulp & Wood Export Ltd* 1949 82 Lloyd's List LR 936; *Finzell, Berry & Co v Eastcheap Dried Fruit Co* 1962 1 Lloyd's List LR 370 375; Reynolds *Bowstead on agency* (1985) par 79(3); Stoljar *The law of agency* (1961) 220; Landon "Parol evidence and undisclosed principals" 1945 *LQR* 130, 1946 *LQR* 20; Goodhart en Hamson 1968 *Cam LJ* 326; vgl ook Powell *The law of agency* 2 uitg 155.
- 7 *Wilson v Hart* 1817 7 Taunt 295 (129 ER 118); *Trueman v Loder* 1840 11 A & E 589 594 (113 ER 539 541); *Higgins v Senior supra* 844 (1282); *Beckham v Drake, Knight & Surgey* 1841 9 M & W 79 91 (152 ER 35 40), bevestig in *Drake v Beckham* 1843 11 M & W 315 317 (152 ER 823 824) en weer in *Beckham v Drake & Surgey* 1849 II HLC 579 (9 ER 1213); *Calder v Dobell* 1871 LR 6 CP 486 490 493 498; *Filby v Hounsell supra* 740; Reynolds par 79(3); Stoljar 220; Goodhart en Hamson 1968 *Cam LJ* 326.



Die *ratio* wat aangevoer word, is dat die kontrak nie gewysig word nie: die agent word nie as kontraksparty deur die volmaggewer vervang nie maar 'n nuwe party word kragtens 'n leerstuk van die gemenerereg toegevoeg.<sup>8</sup> Die Engelse reg sou sê dat dit eintlik die “ware” party is wat betrek word in teenstelling met die “oënskynlike” party.<sup>9</sup> So 'n bevinding is egter nie noodwendig nie want dit maak nie saak of die prinsipaal kragtens 'n regsreël betrek word en of hy 'n afgeleide reg weens 'n oorgeplaasde aanspreeklikheid het nie.<sup>10</sup> Dit is net eienaardig dat sommiges die agent as kontraksparty sien terwyl die prinsipaal die “ware” party is, dit wil sê die party wat uiteindelik of materieel die belanghebbende is.

### 3 UITSONDERINGS

Die reg ken ook 'n aantal uitsonderingsgevalle waar die “parol evidence”-reël wel die aanbod van getuienis om die bestaan van die volmag en die identiteit van die volmaggewer te bewys, sal uitsluit. In die Engelse reg is daar die besondere geval van “contracts under seal” waar slegs die party wat in die geseëde dokument genoem word, die kontrak kan afdwing of daaronder aangespreek kan word.<sup>11</sup> Twee verdere gevalle kan ondersoek word, naamlik

- (a) waar die kontrak self dit uitsluit, en
- (b) waar 'n statuut dit uitsluit.

### 4 UITSLUITING DEUR DIE KONTRAK

In die Engelse reg word aanvaar dat die kontrak tussen die agent en die derde die toelaatbaarheid van ekstrinsieke getuienis kan uitsluit.<sup>12</sup> Die beginsel, asook die algemene argument wat ten aansien van die geval geopper word, is duidelik. Dit is telkens die geval waar uit die kontrak duidelik blyk dat dit die bedoeling van die partye is dat die regte of verpligtinge van die agent persoonlik sal wees.<sup>13</sup> Die toepassing is egter nie altyd so duidelik verstaanbaar nie. Daar is al bevind dat bedoelde uitsluiting geld waar die agent in die kontrak beskryf is as “owner”<sup>14</sup> of “proprietor”<sup>15</sup> maar nie waar hy beskryf is as “charterer”<sup>16</sup>

8 *O'Leary v Harboard supra* 11; *Factory Investments (Pty) Ltd v Ismails supra* 14 (“true owner”); *Von Ziegler v Superior Furniture Manufacturers (Pty) Ltd supra* 404; *Kruger v Rheeder supra* 394; *Bateman v Phillips supra*; *Trueman v Loder supra* 595 (542); *Higgins v Senior supra* 844 (1282); *Calder v Dobell supra* 496; *Silke* 486.

9 *Calder v Dobell supra* 490. Die agent bly die “contracting party”: *Basma v Weekes supra* 454.

10 Soos betoog in *Joubert SA verteenwoordigingsreg* 57–58; vgl egter *Muller v Pienaar supra* 204F–G.

11 *Beckham v Drake, Knight & Surgey* 1841 9 M & W 79 93 (152 ER 35 40); *Drake v Beckham* 1843 11 M & W 315 (152 ER 823); *United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association Ltd v Nevill* 1887 19 QBD 110 115; *Seavey* par 73A.

12 *Lucas v De la Cour* 1813 1 M & S 249 (105 ER 93); *Robson & Sharpe v Drummond* 1831 2 B & A 303 308 (109 ER 1156); *Humble v Hunter* 1848 12 QBD 310 (116 ER 885); *United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association Ltd v Nevill supra* 121; *Formby Bros v Formby* 1910 102 LT 116; *Fred Drughorn Ltd v Rederiaktiebolaget Transatlantic* 1919 AC 203; *Danziger v R J Thompson* 1944 2 All ER 151 152; *Finzel, Berry & Co v Eastcheap Dried Fruit Co supra* 375; *Bart v British West Indian Airways Ltd* 1967 1 Lloyd's List LR 23; sien ook *Fridman* “Establishing agency” 1968 *LQR* 239–244.

13 *Robson & Sharpe v Drummond supra*.

14 *Lucas v De la Cour supra*; *Humble v Hunter supra*.

15 *Formby Bros v Formby supra*.

16 *Fred Drughorn Ltd v Rederiaktiebolaget Transatlantic supra*.

of "tenant"<sup>17</sup> nie. Die sleutelvonnis is *Humble v Hunter*<sup>18</sup> waar die agent homself in die kontrak as eienaar van die betrokke skip beskryf het en die prinsipaal nie toegelaat is om as werklike eienaar en prinsipaal te eis nie. Lord Denman verklaar dat die "ware prinsipaal" nie kan eis nie "where the agent contracts as principal".<sup>19</sup> Dit is egter duidelik dat dit nie oor die uitleg van besondere woorde gaan nie maar oor die uitleg van die kontrak as geheel.<sup>20</sup> Daar word gekyk na die bedoeling van die kontrakterende partye<sup>21</sup> ten einde vas te stel of die kontrak 'n reg (of 'n plig) persoonlik vir die agent as kontrakterende party skep.<sup>22</sup> Aangesien ekstrinsieke getuienis nie aangebied kan word om die dokument te weerspreek nie, kan daar nie bewys word dat die regte en verpligtinge nie persoonlik is nie.<sup>23</sup> So gesien, is die Engelse reg verstaanbaar.

Daar bestaan in die Engelse reg egter ook verset en kritiek teen die leer van *Humble v Hunter*.<sup>24</sup> Die saak word op verskillende wyses verklaar. Enersyds word die saak streng uitgelê as sou dit 'n reël daarstel dat ekstrinsieke getuienis wat die kontrak weerspreek, uitgesluit is as daardie getuienis sou aantoon dat die prinsipaal 'n hoedanigheid beklee wat klaarblyklik die agent toekom.<sup>25</sup> Die gedagte is nie een van persoonlike verbintenis of aanspraak op regte nie, maar een van 'n "implied contract" wat nie weerspreek mag word nie.<sup>26</sup> In hierdie gevalle is daar geen rede om die leer tot geskrewe kontrakte te beperk nie. Dit sou ewe goed toepassing vind by mondelinge kontrakte.<sup>27</sup> Daar word ook soms ter verduideliking aangevoer dat die begrippe wat hierbo vermeld is, soos "owner", "proprietor", "charterer", "tenant" eintlik dubbelsinnig is en dat getuienis toelaatbaar is om hulle uit te lê.<sup>28</sup> Dit verhelp die saak egter nie veel nie want die resultaat van die uitleg gaan tog wees dat die prinsipaal of die agent die kontraksparty is. As die agent die kontraksparty is, is die vraag nog steeds of ekstrinsieke getuienis oor die bestaan van die volmag moontlik aangevoer kan word om die prinsipaal te betrek.

Daar is aanduidings dat hierdie reëling ook in Suid-Afrika geld.<sup>29</sup> Hierdie toedrag van sake kan egter nie sonder meer aanvaar word nie. As dit uit die kontrak blyk dat die regte en verpligtinge wat daarin geskep word aan die gevolmagtigde persoonlik verbonde is, kan die prinsipaal nie na vore kom of na vore gebring word nie. Hy kan nie meer regte of ander regte geniet as die agent nie en as die prestasie aan die agent persoonlik gelewer moet word, kan hy nie daarop

17 *Danziger v RJ Thompson supra* 152 (omdat hy nie daardeur sê dat hy die eienaar of prinsipaal is nie).

18 *Supra*.

19 315 (887).

20 *Finzel, Berry & Co v Eastcheap Dried Fruit Co supra*.

21 *Formby Bros v Formby supra* 117.

22 In *United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association Ltd v Nevill supra* het dit gegaan oor die pligte van die lede van 'n vereniging; die plig rus dus op die agent wat die lid is en nie op sy prinsipaal wat nie 'n lid is nie.

23 *Fred Drughorn Ltd v Rederiaktiebolaget Transatlantic supra* 206.

24 *Supra*; sien Powell 155; Stoljar 221 – 222; Fridman *Law of agency* 4 uitg 194.

25 Goodhart en Hamson 1932 *Cam LJ* 327.

26 Powell 155; Stoljar 221 – 222; Hanbury *Law of agency* 163; Fridman 194; Landon 1945 *LQR* 130 – 133.

27 Powell 155.

28 Fridman *Law of agency* 194.

29 *Von Ziegler v Superior Furniture Manufacturers (Pty) Ltd supra* 404 (obiter); Hoffmann en Zeffert 312; Silke 478.

aanspraak maak nie. Insgelyks kan die prinsipaal nie aangespreek word as die kontrak net deur die agent nagekom kan word nie. Waar die kontrak egter verklaar dat die agent die skuldeiser of skuldenaar/verhuurder of huurder/verkoper of koper is, sê dit net dat hy 'n kontraksparty is en sluit dit nie die aanspraak of aanspreeklikheid van sy volmaggewer bykomend uit nie. Dit blote aanduiding van iemand as eienaar kan waar of onwaar wees, maar dit verhinder nie dat die prinsipaal die regte en aanspreeklikheid van 'n kontraksparty verkry en opdoen nie.

## 5 UITSLUITING DEUR 'N STATUUT

Daar kan nie betwyfel word dat 'n statuut die aanbieding van getuienis om iemand buite die dokument om aanspreeklik te hou, kan uitsluit nie.<sup>30</sup> Die vraag is egter of die statuut dit indirek of by implikasie kan uitsluit.

Daar word in die Suid-Afrikaanse vonnisse aangevoer dat waar 'n statuut formaliteite vir die geldigheid of afdwingbaarheid van 'n kontrak vereis, getuienis uitgesluit word dat iemand wat nie in die kontrak as party genoem is nie, 'n volmag verleen het aan die agent wat in sy eie naam gekontrakteer het.<sup>31</sup> Die voorskrifte wat formaliteite skep, verklaar net dat die kontrak op skrif moet wees ten einde geldig of afdwingbaar te wees en vermeld self niks oor die identifikasie van die kontrakspartye nie.<sup>32</sup> Die howe aanvaar egter dat dit inhou dat die partye tot die kontrak *ex facie* die dokument moet blyk.<sup>33</sup> Daar word dan 'n verdere sprong gemaak en aanvaar dat die "parol evidence"-reël sonder uitsondering moet geld ten einde bewys van 'n volmaggewer wat kan aanspreek of aangespreek kan word, uit te sluit.<sup>34</sup> Die howe het wel kennis geneem van die lang geskiedenis insake die toelaatbaarheid van ekstrinsieke getuienis in Engeland sonder om veel ag te slaan op die Suid-Afrikaanse reg wat ook ekstrinsieke getuienis toelaat. Dit was bloot 'n geval van die uitleg van die voorskrif sonder om dit in sy verband met die leer van die versweë prinsipaal te plaas.

'n Faktor wat nie onderskat moet word nie is die feit dat daar voor-Unie provinsiale wetgewing was wat in die geval van die verkoop van onroerende goed vereis het dat die naam van die koper en verkoper duidelik aangedui moet word (buiten enkele uitsonderings) en wat kontrakte vir onbenoemde prinsipale ongeldig verklaar het.<sup>35</sup> Die bedoeling met hierdie wette was om benadeling van die *fiscus* te voorkom aangesien dit persone verhinder het om self te koop met die oog op herverkoop en dan sonder die betaling van verdere hereregte

30 A 21 van die Wisselwet 34 van 1964.

31 *Fram v Rimer* 1935 WLD 5 9; *Mineworkers' Union v Cooks* 1959 1 SA 709 (W) 712; *Kruger v Rheeder* 1972 1 SA 391 (O) 394, bevestig in *Rheeder v Kruger* 1973 3 SA 912 (O) maar om ander redes; *Levin v Drieprook Properties (Pty) Ltd* 1975 2 SA 397 (A) 408; *Grossman v Baruck* 1978 4 SA 340 (W) 341; *Durity Alpha (Pty) Ltd v Vagg* 1989 4 SA 1066 (N) 1070; Hoffmann en Zeffertt 312-313; Silke 478 488; *contra* Powell 156-157 vir die Engelse reg.

32 Bv a 20 van Prok 8 van 1902 (T); a 1(1) van Wet 71 van 1969.

33 *Fram v Rimer supra*; *Mineworkers' Union v Cooks supra* 712; *Levin v Drieprook Properties (Pty) Ltd supra* 408; vgl egter *Hamdulay v Smith* 1984 3 SA 308 (K) 314. Dieselfde geld in die Engelse reg: *Lovesy v Palmer* 1916 2 Ch 233 240.

34 Let veral op die verwysing na *Estate Du Toit v Coronation Syndicate Ltd* 1929 AD 219 in *Fram v Rimer supra* 8-9 en *Mineworkers' Union v Cooks supra* 712.

35 Bv a 47 en 49 van Ord 12 van 1906 (O) en a 30 van Wet 5 van 1884 (K). Hierdie wette is almal herroep deur Wet 36 van 1976 en geld dus nie meer nie.



ensovoorts die eiendom direk van die eerste verkoper na die nuwe koper oor te dra. Dit het ongelukkig terselfdertyd die direkte oordrag aan 'n volmaggewer uitgeskakel, want die eiendom moes in die geval van 'n versweë prinsipaal eers aan die agent en dan aan die prinsipaal oorgedra word.<sup>36</sup> Dié posisie het sekerlik in die gedagtes van regspraktisyns die indruk gelaat dat in Suid-Afrika die prinsipaal self in die kontrak vermeld moet word as hy op die kontrak wil aanspreek en aangespreek word. Dit moet egter duidelik wees dat hierdie toedrag van sake sy oorsprong in gemelde wette vind en nie in die wette wat formaliteite reël nie, onder andere omdat dit ook sou geld in gebiede (soos die Kaap) waar formaliteite vir die geldigheid van die kontrak nie bestaan het nie. Die howe het dus bedoelde ander voorskrifte in hulle vertolking van die formaliteitsvoorskrifte by wyse van veronderstelling ingedra — 'n werkswyse wat geheel en al ongegrond was. Aangesien al hierdie voorskrifte herroep is, kan hulle nie langer 'n rol speel nie. Gevolglik behoort die hele posisie insake die gelding van die "parol evidence"-reël by kontrakte ten aansien waarvan formaliteite vereis word, hersien te word.

Die gevaar bestaan dat die gelding van die reël insake ekstrinsieke getuienis in hierdie gevalle 'n vertroebelende uitwerking kan hê. Daar word soms na die prinsipaal verwys as die ware kontraksparty<sup>37</sup> en na die gevolmagtigde as die oënskynlike party.<sup>38</sup>

Die posisie is tog duidelik dat die gevolmagtigde wat teken as koper, die koper is en dat die gevolmagtigde wat teken as verkoper, die verkoper is. Daar is niks oënskynliks hieromtrent nie. Sowel aanspreeklikheid as kontraktuele hoedanigheid is werklik. Al wat bykom, is dat hy kontraktueel teenoor sy prinsipaal gebind is om rekenskap te gee; en as die reëls insake die versweë prinsipaal gelding moet hê, word die prinsipaal toegelaat om sonder sessie van aksie te eis en kan hy sonder delegasie aangespreek word. Geeneen van hierdie gevolge kan op sigself veroordeel en verbied word nie, maar ander reëlins kan bestaan om oordrag eers aan die agent en dan aan die prinsipaal te vereis om die *fiscus* te beskerm. As die agent as sodanig in die kontrak geïdentifiseer word, is hy nie 'n kontraksparty nie ongeag of daar 'n ander kontraksparty aangedui word of nie.<sup>39</sup>

## 6 SLOT

Dit is duidelik dat die reëls insake die versweë prinsipaal, wat self 'n anomaliese verskynsel is, nie vir die "parol evidence"-reël stuit nie. Die beweerde uitsonderings, naamlik dat die kontrak op sigself en die blote bestaan van formaliteitsvoorskrifte ekstrinsieke getuienis kan uitsluit om die bestaan van 'n versweë prinsipaal te bewys, berus op aanvegbare gronde:

(a) Die kontrak kan nie die lewering van ekstrinsieke getuienis uitsluit nie maar dit slegs sinloos maak deur persoonlike aanspreeklikheid en aanspraak op regte te beding.

(b) 'n Statuut kan ook die aanbieding van ekstrinsieke getuienis uitsluit om die bestaan van 'n versweë prinsipaal te bewys, maar iets meer as net die skepping van vormvoorskrifte is daarvoor nodig.

36 *Rademeyer v Hughes* 1946 OPD 430 440.

37 *Grossman v Baruch supra* 343; *Silke* 478.

38 *Silke* 478.

39 *Idem* 110.

# Removing restrictive conditions and preserving the residential character of a neighbourhood

Jeannie van Wyk

*BBibl LLM LLD*

*Associate Professor of Private Law, University of South Africa*

## OPSOMMING

### Die opheffing van beperkende voorwaardes en die behoud van die residensiële karakter van 'n woonbuurt

Beperkende voorwaardes as groep sluit beperkende ooreenkomste, die statutêre titelvoorwaardes (wat op die ooreenkomste volg) en soneringsvoorwaardes in. Al hierdie voorwaardes beperk die eienaar in die uitoefening van sy *dominium*. Veral by beperkende ooreenkomste en titelvoorwaardes is die onderliggende beginsel een van wedersydse en onderlinge regte waarvolgens al die eienaars in 'n dorpsgebied teenoor mekaar gebind word. Die oplegging van beperkende voorwaardes het ten doel die behoud van die karakter van die woonbuurt waarin hulle geld. Waar voorwaardes opgehef of gewysig word, is daar twee aspekte wat in gedagte gehou moet word: almal wat daardeur geraak word, moet 'n kans gegee word om beswaar te maak en die oorspronklike doel van die voorwaardes moet in ag geneem word. Veral by ontwikkelaars wat gretig is om kantoorgeboue of winkelsentra te ontwikkel, word hierdie twee kriteria dikwels geïgnoreer. Dit bring negatiewe resultate vir eienaars van erwe en die woonbuurt as geheel mee waar die karakter wesenlik kan verander met 'n toename in verkeer, en die verwaarlosing en waardevermindering van eiendomme wat naby nuwe ontwikkelings geleë is. Die opheffing of wysiging van beperkende voorwaardes kan op verskillende wyses plaasvind: deur middel van ooreenkoms; 'n *ex parte*- of mosie-aansoek; ingevolge die Wet op die Opheffing van Beperkings 84 van 1967; of ingevolge provinsiale wetgewing wat dorpsstigting reël. Die posisie is egter nie heeltemal bevredigend nie. Om sowel die regte van eienaars te beskerm as die karakter van die woonbuurt te behou, sal daar met groter omsigtigheid na die opheffing of wysiging van beperkende voorwaardes gekyk moet word.

## 1 INTRODUCTION

The past few years have seen an alarming increase in the number of home offices, commercial buildings and large shopping complexes in residential areas. Properties bordering such developments tend to become neglected, land values drop and there is a dramatic increase in traffic congestion caused by inadequate road systems and insufficient parking. Inevitably, such developments spread deeper into the residential areas, destroying their character and affecting the quality of life of their residents. Already in 1945 Feetham JA summed up this situation in *Rossmaur Mansions (Pty) Ltd v Briley Court (Pty) Ltd*<sup>1</sup> by stating that

“any variation of . . . conditions in the case of any particular lot may . . . involve interference with the rights of holders of neighbouring lots, and seriously affect the amenities of such lots, and their value”.

1 1945 AD 217 228.

This statement is more appropriate now than at the time the judgment was given. At present developers are increasingly applying for, and being granted, removals or amendments of restrictions, particularly in residential areas; whereas in some cases the landowner might benefit from such removal, the possibility also exists that the lifting or alteration of restrictions may have a detrimental effect on the rights of neighbouring landowners.

Restrictive conditions comprise contractual restrictive covenants,<sup>2</sup> their successors, legislative conditions of title<sup>3</sup> and so-called town planning or zoning conditions.<sup>4</sup> The methods employed to change the use of an erf are either to have the restrictive covenants and conditions of title removed from the title deed or to have the town planning scheme or zoning amended. Unfortunately, landowners are either not aware of the means at their disposal to disagree with such amendments or they have become disillusioned with the inadequacy of the available methods, resulting in an increase in the already large-scale removal or amendment of restrictions. On the other hand, owners have become more vociferous about their rights and have begun to form residents' associations to voice their objections.<sup>5</sup> One such association recently founded is the Muckleneuk and Lukasrand Property Owners' Association, whose stated aim is to preserve the residential character of the neighbourhood and the commercial value of the properties.<sup>6</sup>

If a comparison is made between the original purpose for the imposition of restrictive conditions and the methods of their removal by court application on the one hand and the legislative means of removing restrictions on the other, it is clear that the former are being ignored. In addition, the principle which provides that removal will be considered only where the character of the neighbourhood has changed radically is no longer adhered to. This situation cannot be allowed to continue and only by a return to the original purpose and principle will the rights of residents be protected.

## 2 PURPOSE OF RESTRICTIVE CONDITIONS

### 2 1 Restrictive covenants

Following the principles of the English decision in *Elliston v Reacher*<sup>7</sup> it became practice in South Africa, in the period prior to the enactment of the various provincial townships and town planning ordinances, for township owners to enter into agreements or covenants with the purchasers of erven in the township in terms of which limitations were imposed on the use of the land.

The insertion of these restrictive covenants, initially in deeds of sale and later into title deeds of erven in new townships, has a specific purpose. This purpose

2 For a detailed discussion of the nature and application of restrictive covenants see Van Wyk *Restrictive conditions as urban land-use planning instruments* (LLD thesis Unisa 1990) 52 61–111; see also par 2 1 below.

3 Van Wyk 53–54 132–153; see also par 2 2 below.

4 Van Wyk 54 153–168; see also par 2 3 below.

5 "Offices in suburbs: protests advised" *The Pretoria News* 1991-02-09; "Hotel 'horror' for city trim park" *The Pretoria News* 1991-03-02.

6 "Property owners join forces" *Eastern Pretoria Rekord* 1991-03-01.

7 (1908) 2 Ch 374.



is set out in the following statement by Clayden J in *Norbreck (Pty) Ltd v Rand Townships Registrar*:<sup>8</sup>

“Restrictions on the use of land are not attractive to a potential buyer of that land. It is restrictions affecting his neighbours which appeal to the buyer. The township owner, seeking to make the lots attractive to the buyer so that it can realise as high a price as possible, will normally insert the restrictions so that it can attract the buyer by reason of the character of the land following on the restrictions on other lotholders.”

All owners of land in a township benefit by the imposition of restrictive covenants because their primary aim is to create a neighbourhood with a specific character which will be attractive to certain purchasers.<sup>9</sup> In addition, restrictive covenants are aimed at the preservation of a dignified and pleasant appearance.<sup>10</sup> This purpose has significant consequences for it means that in order to retain the unique character of the neighbourhood an owner must give his consent to the removal or amendment of restrictions by neighbours.<sup>11</sup> Where, however, the character of the neighbourhood has been altered to such an extent that it no longer serves the purpose for which it was initially established, the courts have held that a restriction may be removed.<sup>12</sup>

The benefits for the township owner or developer are calculated in economic terms.<sup>13</sup> Township developers, in imposing restrictions, aim to make an area as attractive as possible and therefore as expensive as possible.<sup>14</sup> The marketability of stands in a specific township is increased when restrictions which are imposed, are calculated to attract buyers.<sup>15</sup>

For the general public the advantage lies therein that in order to ensure orderly and harmonious development, particular areas are allotted for particular purposes.<sup>16</sup> Moreover, by the insertion of restrictive covenants into title deeds of all erven, speculation, which often leads to unsatisfactory development of township erven, can be avoided.<sup>17</sup> On a wider basis, restrictive covenants initially provided for, and later assisted in, the effective control of urban development in South Africa.<sup>18</sup>

8 1948 1 SA 1037 (W) 1044 – 1045. From reported cases it is clear that the purpose of restrictive covenants is primarily related to residential property.

9 *Transvaal Consolidated Land and Exploration Co Ltd v Black* 1929 AD 454 461; *Castelijn v Sim* 1929 NLR 253 259 – 260; *Cannon v Picadilly Mansions (Pty) Ltd* 1934 WLD 187 189; *Ex parte Parow Municipality* 1942 CPD 316 321; *Ex parte Dall* 1944 WLD 141 146 – 147. See also *Hall Hall and Kellaway: Servitudes* (1973) 107; Erasmus, Van der Merwe and Van Wyk *Lee and Honoré: Family, things and succession* (1983) 309; Strauss *Restrictive conditions of title* (LLM research report University of the Witwatersrand 1986) 10 17; *Delpont South African property practice and the law* (1987) 57.

10 *Transvaal Consolidated Land and Exploration Co Ltd v Black* 1929 AD 454 466; *Ex parte Johannesburg Diocesan Trustees* 1936 TPD 21 28; *Siegfried v Tidswell* 1952 4 SA 319 (C) 326C – D.

11 *Ex parte Jerrard* 1934 WLD 87 95.

12 *Cannon v Picadilly Mansions (Pty) Ltd* 1934 WLD 187; *Ex parte Kajee Family Trust* 1943 NPD 257; see also *Ex parte Johannesburg Diocesan Trustees* 1936 TPD 21 27; *Ex parte Mason* 1945 NPD 475.

13 Witwatersrand Land Titles Commission *Report* Part III UG 52 – 1949 16.

14 *Ex parte Parow Municipality* 1942 CPD 316 324; *Norbreck (Pty) Ltd v Rand Townships Registrar* 1948 1 SA 1037 (W) 1044; see also Strauss 11.

15 *Norbreck (Pty) Ltd v Rand Townships Registrar* 1948 1 SA 1037 (W) 1045; see also Pavlich “Zoning law and administration” 1978 SALJ 107.

16 Witwatersrand Land Titles Commission *Report* 16.

17 Strauss 16 – 17.

18 *Idem* 17.

## 2 2 Conditions of title

The various provincial townships and town planning ordinances provide that on the establishment of a township, conditions of title are imposed on a landowner in respect of his use of the land. These conditions are the statutory successors to restrictive covenants and are inserted into the title deeds of the land.

Their purpose is described in terms similar to, but wider, than that of restrictive covenants. In some cases the courts do not depart from the principle in respect of restrictive covenants, stating that the purpose of conditions of title is to retain the specific character of the neighbourhood.<sup>19</sup> However, conditions of title display a characteristic which is not relevant to restrictive covenants, namely that they are in the public interest.<sup>20</sup> Reference is also made to the purpose normally ascribed to town planning, which is the creation of a coordinated and harmonious layout in the interests of all the erfholders.<sup>21</sup>

## 2 3 Town planning

In town planning the principle of zoning is central. Zoning may be described as the creation of districts within a city where different building regulations are applied (affecting the height, bulk and coverage of buildings) and within which different use activities are permitted or prohibited. Zoning, therefore, is an aspect of town planning which is primarily concerned with restrictions or limitations on ownership and use of land.<sup>22</sup>

The purpose of town planning is essentially similar to that of restrictive covenants and conditions of title.<sup>23</sup> The relevant ordinances of the Transvaal,<sup>24</sup> Cape,<sup>25</sup> Natal<sup>26</sup> and the Orange Free State<sup>27</sup> state the purpose of a town planning scheme in more or less similar terms, namely

“the coordinated and harmonious development of the area to which it relates in such a way as will most effectively tend to promote health, safety, good order, amenity, convenience and general welfare, as well as efficiency and economy in the process of development”.

The original motivation behind the introduction of town planning legislation was predominantly the creation of urban environments in which the differing land-uses could be arranged so as to provide the minimum conflict and maximum harmony. These aims were to be achieved by a suitable pattern of use zones.<sup>28</sup> Zoning has as its purpose the creation and retention of the specific

19 *Ex parte Vinkati Investments (Pty) Ltd* 1965 4 SA 421 (W) 430G.

20 *Administrator (Transvaal) v Industrial and Commercial Timber and Supply Co Ltd* 1932 AD 25 36; *Malan v Ardconnel Investments (Pty) Ltd* 1988 2 SA 12 (A) 39G.

21 *Ex parte Vinkati Investments (Pty) Ltd* 1965 4 SA 421 (W) 430H; *Malan v Ardconnel Investments (Pty) Ltd* 1988 2 SA 12 (A) 39G.

22 See also Van Wyk 54 153–166.

23 *Bedfordview Town Council v Mansyn Seven (Pty) Ltd* 1989 4 SA 599 (W) 602G–H.

24 Town-planning and Townships Ordinance 15 of 1986 s 19.

25 In a major departure from the other ordinances and from its predecessor, the Townships Ordinance 33 of 1934 s 35(1), s 5(1) of the Land Use Planning Ordinance 15 of 1985 provides that “the general purpose of a structure plan shall be to lay down guidelines for the future spatial development of the area to which it relates in such a way as will most effectively promote the order of the area as well as the general welfare of the community concerned”.

26 Town Planning Ordinance 27 of 1949 s 40(1).

27 Townships Ordinance 9 of 1969 s 25(1).

28 Price *The evolution of town planning legislation in South Africa* (1982) 4; Meyer “Townships and town planning” 28 *LAWSA* par 83.

character of an area. Such purpose would be frustrated if a use were allowed for which no provision is made in the town planning scheme.<sup>29</sup> Town planning, and more specifically zoning, is seen as involving restraints on ownership imposed by the government in the public interest.

Since the purpose in imposing restrictive conditions generally is to create a neighbourhood with a specific character to benefit the landowner, such purpose should be taken into account when the removal of the restrictions is considered. Unfortunately not all methods of removing restrictions comply with this requirement.

### 3 REMOVAL, SUSPENSION AND AMENDMENT OF RESTRICTIONS

#### 3 1 Introduction

When a restrictive covenant or a condition of title is registered against the title deed of a specific erf, the owner of that property is not permitted to perform any activity contrary to the restriction. The restriction could, for example, prohibit the subdivision of the land or erection of more than one dwelling house. Although the registration of conditions usually involves the permanent application of the condition, this need not be the case because it can be amended, suspended or removed. Should an owner therefore wish to subdivide his property or erect a second dwelling on it, he must first have the restriction amended or removed from the title deed. Similarly, where the town planning scheme of a particular area prohibits a certain use and a landowner wishes to utilise the property for purposes contrary to that use, the scheme can be altered; for example, the zoning of the specific erf may be changed from residential 1 (allowing for a single residential dwelling only) to residential 2 (permitting cluster housing).

There are a number of methods a landowner can employ to have restrictive conditions removed or amended. They are the following:

- (a) He may come to an agreement with interested parties to have the restrictive condition removed.
- (b) He may apply to a competent court for an order that the restriction in his title deed be cancelled.
- (c) He may apply to the administrator of the province concerned for the removal of the restriction in terms of legislation.

These three possibilities may be applied as alternative methods of removal.<sup>30</sup>

#### 3 2 Removal by agreement

A restrictive covenant may be removed by agreement.<sup>31</sup> If a condition is intended to operate between the seller and the purchaser only, in other words

---

29 *Johannesburg City Council v Tucker's Land Holdings Ltd* 1971 2 SA 478 (W) 483F – H; *Enslin v Vereeniging Town Council* 1976 3 SA 443 (T) 452A – E.

30 *Ex parte Gold* 1956 2 SA 642 (T) 648F; *Ex parte Glenrand (Pty) Ltd* 1983 3 SA 203 (W) 204D – H.

31 *Witwatersrand Land Titles Commission Report* 17; *Strauss* 126 – 128; *Olivier, Pienaar and Van der Walt Law of property* (1989) 295; see also *Ex parte Gold* 1956 2 SA 642 (T) 646D – E; *Ex parte Rovian Trust (Pty) Ltd* 1983 3 SA 209 (D) 213A – B.



if the condition is called a personal servitude,<sup>32</sup> both parties have the power to terminate the condition *inter partes* by mutual agreement.<sup>33</sup> If a condition operates between a number of parties, in other words if the condition is said to be a praedial servitude, the owner who wants to have the condition removed, must approach all the parties to the agreement in order to obtain their consent before the restriction can be removed.<sup>34</sup> The condition will be cancelled more easily in the former case. Cancellation is effected by a notarial deed which is registered.<sup>35</sup>

Removal by agreement is applicable to restrictive covenants only, because these are the only conditions which are entered into in terms of an agreement.<sup>36</sup> However, some authors do not distinguish between restrictive covenants and conditions of title, creating the impression that both can be removed by consent.<sup>37</sup> Since conditions of title have their foundation in legislation, they cannot be removed by agreement between the parties.<sup>38</sup> In these cases a court application is required.

### 3 3 Removal by application to court

#### 3 3 1 Introduction

As a result of the difficulties involved in obtaining express consent from each of the erfholders, the practice was established to approach the court for an order authorising the removal of restrictions.<sup>39</sup> An application to court may take place either *ex parte* or on notice.

#### 3 3 2 *Ex parte application*

The procedure usually followed is an *ex parte* application for a rule *nisi* calling on interested persons to show cause why the rule<sup>40</sup> should not be confirmed on the return date.<sup>41</sup>

Objectors to the granting of the rule should make their objections known within the stated period. The only proviso to an objection is that the objector

32 Restrictive covenants have been classified as servitudes. This classification is questionable: see Van Wyk 93–106.

33 *Ex parte Smink* 1952 1 SA 148 (SWA) 149F.

34 Witwatersrand Land Titles Commission Report 17; Olivier, Pienaar and Van der Walt *Law of property* 295.

35 Deeds Registries Act 47 of 1937 s 68(1)–(2) and 76; see also De Beer and Rorke *Newall's law and practice of deeds registration* (1964) 145; Jones *Conveyancing in South Africa* (1985) 246; Strauss 126–127.

36 *Ex parte Rovian Trust (Pty) Ltd* 1983 3 SA 209 (D) 213B.

37 See, eg, Strauss 126–128; Olivier, Pienaar and Van der Walt *Law of property* 295.

38 Witwatersrand Land Titles Commission Report 17; *Ex parte Gold* 1956 2 SA 642 (T) 646E.

39 Witwatersrand Land Titles Commission Report 17.

40 Generally, the authorisation of the deletion of the relevant condition from the title deed.

41 There are approximately fifty decisions dealing with *ex parte* applications to remove restrictive conditions from title deeds. The most important are the following: *Ex parte Dall* 1944 WLD 141; *Ex parte Effrens Investments (Pty) Ltd* 1946 WLD 397 398; *Ex parte Gold* 1956 2 SA 642 (T); *Ex parte Vacuum Oil Co of South Africa (Pty) Ltd* 1960 1 SA 653 (T); *Ex parte Millsite Investment Co (Pty) Ltd* 1965 2 SA 582 (T); *Ex parte Nova Estates (Pty) Ltd* 1966 1 SA 670 (N); *Ex parte Florida Hills Townships Ltd* 1968 3 SA 82 (A); *Ex parte SE One (Pty) Ltd* 1974 4 SA 159 (T); *Ex parte Glenrand (Pty) Ltd* 1983 3 SA 203 (W); *Ex parte Rovian Trust (Pty) Ltd* 1983 3 SA 209 (D).

has the right, in other words *locus standi*, to object. It does not matter whether the objections lack merit:

“Once it is established that they have a right to object, any objection is fatal to the application.”<sup>42</sup>

This places a duty on an objector to speak. Should he fail to object, consent to the removal of the restriction is inferred.<sup>43</sup> Failure to object should represent true consent.<sup>44</sup>

The basis upon which the courts delete restrictive covenants and conditions of title is thus the implied consent by interested parties,<sup>45</sup> and a court will not delete a restriction unless it is satisfied that everyone who has a right to object consents or has had an opportunity to object.<sup>46</sup> This is based on the principle that the right of another property owner which is endorsed against the title deed of the property cannot be destroyed without the consent of its holder.<sup>47</sup> Silence is as good as consent,<sup>48</sup> while any objection is as good as a veto. Proof of consent is created by the rule *nisi* and the absence of objections on the return day.<sup>49</sup>

Persons should be aware of the rule *nisi* to be able to object.<sup>50</sup> It is impossible to formulate a rule which is applicable in all circumstances, since the type and nature of the service will depend on the facts of each particular case. Provisions with regard to service of the rule *nisi* are in the discretion of the court<sup>51</sup> and service may be effected on one,<sup>52</sup> some,<sup>53</sup> or on all<sup>54</sup> of the erfholders, either personally<sup>55</sup> or by registered (or certified) post,<sup>56</sup> and/or publication

42 *Ex parte Rovian Trust (Pty) Ltd* 1983 3 SA 209 (D) 217C–D; see also *Ex parte Gold* 1956 2 SA 642 (T) 649G–H; *Shell South Africa (Pty) Ltd v Alexene Investments (Pty) Ltd* 1980 1 SA 683 (W) 688F 691A–B. In a conversation with the Chairman of the Transvaal Townships Board (1989-08-04) it was confirmed that this is still the position.

43 *Ex parte Gold* 1956 2 SA 642 (T) 649E–F; *Ex parte Florida Hills Townships Ltd* 1968 3 SA 82 (A) 92E–G.

44 In *Ex parte Glenrand (Pty) Ltd* 1983 3 SA 203 (W) 206D–E Flemming J showed that there is no true consent when an owner returns too late to make objections in terms of registered letter because he has been on an overseas holiday.

45 *Ex parte Roodepoortse Stadsraad* 1964 3 SA 214 (T) 218E; *Ex parte Glenrand (Pty) Ltd* 1983 3 SA 203 (W) 205H–206A.

46 *Ex parte Jerrard* 1934 WLD 87 95.

47 *Ex parte Uvongo Borough Council* 1966 1 SA 788 (N) 790F–G.

48 *Ex parte De Wit* 1959 4 SA 731 (C) 734H; *Ex parte Millsite Investment Co (Pty) Ltd* 1965 2 SA 582 (T) 584E–H; *Ex parte Florida Hills Townships Ltd* 1968 3 SA 82 (A) 92F; *Ex parte SE One (Pty) Ltd* 1974 4 SA 159 (T) 159H–160A; *Ex parte Rovian Trust (Pty) Ltd* 1983 3 SA 209 (D) 213D–E.

49 *Ex parte Millsite Investment Co (Pty) Ltd* 1965 2 SA 582 (T) 584E–H; *Ex parte Florida Hills Townships Ltd* 1968 3 SA 82 (A) 92F; *Ex parte SE One (Pty) Ltd* 1974 4 SA 159 (T) 159H.

50 *Ex parte SE One (Pty) Ltd* 1974 4 SA 159 (T) 160A.

51 *Ex parte Nader Tuis (Edms) Bpk* 1962 1 SA 751 (T) 754A.

52 *Ex parte Parow Municipality* 1942 CPD 316 322.

53 *Ibid*; *Ex parte Shnaps and Coopersmith* 1946 CPD 888 896; *Ex parte Nova Estates (Pty) Ltd* 1966 1 SA 670 (N).

54 See, eg, *Ex parte Dall* 1944 WLD 141; *Ex parte Effrens Investments (Pty) Ltd* 1946 WLD 397 398; *Ex parte Investment Propositions (Pty) Ltd* 1957 4 SA 368 (D); *Ex parte Roodepoortse Stadsraad* 1964 3 SA 214 (T) 220G; *Ex parte Glenrand (Pty) Ltd* 1983 3 SA 203 (W) 207E–F.

55 *Ex parte David* 1923 WLD 166 168.

56 *Ibid*; *Ex parte New Consolidated Goldfields Ltd* 1933 WLD 18 19; *Ex parte Dall* 1944 WLD 141; *Ex parte Effrens Investments (Pty) Ltd* 1946 WLD 397 398; *Ex parte Roodepoortse Stadsraad* 1964 3 SA 214 (T) 220F; *Ex parte Glenrand (Pty) Ltd* 1983 3 SA 203 (W) 207E–F.

once<sup>57</sup> or more often in one<sup>58</sup> or more<sup>59</sup> local newspapers, or publication in the *Official or Government Gazette*.<sup>60</sup> Interested persons may also have the opportunity to see the documents at the offices of the registrar of the court,<sup>61</sup> or at the municipal<sup>62</sup> or attorneys' offices.<sup>63</sup> Copies of the rule may also be sent to certain authorities<sup>64</sup> or posted on the entrances to the relevant property.<sup>65</sup> If the court has ruled that service must be on all the erfholders, and certain addresses cannot be found, an explanation must be given by affidavit on the return day.<sup>66</sup>

Although it is clear that there is no fixed rule as to the type of service, the conclusion which can be drawn, is that notification to all interested persons by registered mail is the most popular and acceptable form.

Two decisions indicate the widely divergent attitudes to the nature and extent of the service ordered. In *Ex parte Glenrand (Pty) Ltd*<sup>67</sup> Flemming J indicated that advertisements in a newspaper are not sufficient, since one cannot equate a simple failure to read that section of the newspaper or to subscribe to the *Government Gazette* on the part of a houseowner who does not expect a neighbour to amend his conditions, to a positive consent such as is postulated to be necessary for a waiver of right. A contrary view was taken in *Ex parte Strauss*,<sup>68</sup> in which De Beer J held that, in view of the wide publication resorted to and the registered letters, it is unlikely that anyone could be heard to say that he had not had notice.

### 3 3 3 Application on notice

The question whether the applicant should proceed on notice rather than *ex parte* has been raised a number of times.<sup>69</sup> The decisions favouring application

57 *Ex parte David* 1923 WLD 166 168; *Ex parte Effrens Investments (Pty) Ltd* 1946 WLD 397 398; *Ex parte SE One (Pty) Ltd* 1974 4 SA 159 (T) 160D – E.

58 *Ex parte Effrens Investments (Pty) Ltd* 1946 WLD 397 398; *Ex parte Kroonstad Municipality* 1954 3 SA 29 (O) 30F – G; *Ex parte Howe* 1959 2 SA 205 (E) 206B..

59 Usually one English and one Afrikaans local newspaper. See, eg, *Ex parte David* 1923 WLD 166 168; *Ex parte Roodepoortse Stadsraad* 1964 3 SA 214 (T) 220G; *Ex parte SE One (Pty) Ltd* 1974 4 SA 159 (T) 160D – E.

60 *Ex parte Kajee Family Trust* 1943 NPD 257; *Ex parte Roodepoortse Stadsraad* 1964 3 SA 214 (T) 220G; *Ex parte Glenrand (Pty) Ltd* 1983 3 SA 203 (W) 209.

61 *Ex parte Kroonstad Municipality* 1954 3 SA 29 (O) 30F – G.

62 *Ex parte Parow Municipality* 1942 CPD 316 322; *Ex parte SE One (Pty) Ltd* 1974 4 SA 159 (T) 160D – E.

63 *Ex parte Kroonstad Municipality* 1954 3 SA 29 (O) 30F – G; *Ex parte Voisin* 1964 4 SA 382 (E) 384G.

64 Eg, the administrator or the Townships Board: see *Ex parte Nader Tuis (Edms) Bpk* 1962 1 SA 751 (T) 754D.

65 *Ex parte Roodepoortse Stadsraad* 1964 3 SA 214 (T) 221B; *Ex parte Glenrand (Pty) Ltd* 1983 3 SA 203 (W) 209.

66 *Ex parte New Consolidated Goldfields Ltd* 1937 WLD 18; *Ex parte Krynauw* 1948 3 SA 622 (W).

67 1983 3 SA 203 (W) 206H – 207A. See also *Ex parte Voisin* 1964 4 SA 382 (E) 383, where Munnik J stated that there is no certainty that all persons read the newspaper. It is the clear right of other erfholders to receive notice of an application affecting their rights. Considerations of expense cannot outweigh this clear right.

68 1940 OPD 223 224.

69 *Roodepoort-Maraisburg Municipality v Glynn* 1927 TPD 826; *Ex parte Johannesburg Diocesan Trustees* 1936 TPD 21 28; *Ex parte New Consolidated Goldfields Ltd* 1937 WLD 18 20; *Ex parte Krynauw* 1948 3 SA 622 (W) 624.



on notice provide diverse reasons. In *Ex parte Johannesburg Diocesan Trustees*<sup>70</sup> the court held that since a number of erfholders had failed to object even though the rule was published in the newspaper, the applicant should ensure that all erfholders receive notice. In *Ex parte Parow Municipality*,<sup>71</sup> Davis J stated that if a municipality should wish to delete restrictive conditions, it must proceed not *ex parte* but on notice directed to all the erfholders. The reason for this is that the applicant should ensure that all the parties interested have notice, for

“to face the plot-holders with something like a *fait accompli* in the shape of a rule *nisi*, and to cast upon them the *onus* of deciding whether to oppose at their own peril or not in a matter where it seems to be very probable that they may have rights would . . . be unfair”.

There does not seem to be any hard and fast rule on the issue, and it is open to the court to determine the procedure to be followed.<sup>72</sup> In the case of a limited number of interested persons, procedure on notice is indicated,<sup>73</sup> but where there are a large number of interested parties, many of whom would be difficult to trace, an applicant would be compelled to approach the court for directions as to service.<sup>74</sup> It may be extremely cumbersome, time-consuming and costly to give notice to many erfholders in a large township. In such a case the court has held that the application may be made *ex parte* and a rule *nisi* issued.<sup>75</sup>

Objections to the procedure by way of a rule *nisi* are that it places the *onus* on objectors to justify their objections and it exposes them to the risk of an adverse costs order if the court holds that their objections are not valid.<sup>76</sup> Objections to procedure on notice are the costs and the effort which service on all the interested parties entails.<sup>77</sup>

Ideally, it would be desirable to proceed by way of notice. However, the difficulty in giving notice to all interested parties, as well as the cost factor, make this a less popular method. Provided that service is extensive and ensures that all interested persons are notified, an *ex parte* application could often be the more appropriate procedure.

As a result of the strict features of both court procedures, legislative methods have been developed whereby not only restrictive covenants and conditions of title, but also town planning conditions can be removed.

### 3 4 Removal in terms of the Removal of Restrictions Act 84 of 1967

The stated reasons for the enactment of the Removal of Restrictions Act 84 of 1967 were first that effective town planning and provision of houses should

70 1936 TPD 21 28.

71 1942 CPD 316 321.

72 *Ex parte Shnaps and Coopersmith* 1946 CPD 888 894.

73 *Ex parte Will G Hare (Pty) Ltd* 1958 4 SA 416 (C) 418A.

74 *Ex parte New Consolidated Goldfields Ltd* 1937 WLD 18; *Ex parte Krynauw* 1948 3 SA 622 (W).

75 *Ex parte Krynauw* 1948 3 SA 622 (W); *Ex parte Rovian Trust (Pty) Ltd* 1983 3 SA 209 (D).

76 *Ex parte Parow Municipality* 1942 CPD 316 321; *Ex parte Shnaps and Coopersmith* 1946 CPD 888 895.

77 *Ex parte Shnaps and Coopersmith* 1946 CPD 888 895; *Ex parte Roodepoortse Stadsraad* 1964 3 SA 214 (T) 218H. However, in *Ex parte Heritage Developments (Pty) Ltd: Ex parte Petersen* 1980 4 SA 87 (T) the cost factor was raised where the rules *nisi* required that notice had to be given to a large number of owners by registered mail.

not be hampered by obsolete restrictive conditions on land,<sup>78</sup> and secondly to eradicate the confusion which had resulted from decisions under the repealed 1946 act.<sup>79</sup> As the 1967 statute is frequently applied,<sup>80</sup> it is important to refer to its most significant provisions.<sup>81</sup>

The purpose of the act is to provide procedures whereby certain<sup>82</sup> restrictions and obligations in respect of land can be altered, suspended or removed by the relevant administrator of a province,<sup>83</sup> on application by any person<sup>84</sup> or at the request of the relevant minister.<sup>85</sup> Since the enactment of the Removal of Restrictions Amendment Act (House of Assembly) 84 of 1991 the position has changed and the act is now applicable first, where there is the simultaneous alteration of the town planning scheme and the removal or amendment of a title deed condition or, secondly, where a title deed condition requires amendment or removal.

The administrator of a province may, of his own accord or on application by any person, by proclamation in the *Official Gazette*, alter, suspend or remove, permanently or temporarily, conditionally or unconditionally, restrictions or obligations registered against the title deed of land which relate to the subdivision of land, or the purpose for which the land may be used, or the requirements to be complied with or to be observed in connection with the erection of buildings or the use of the land.<sup>86</sup> These include restrictive conditions or servitudes registered against the title deed of land, or provisions of laws or by-laws relating to the establishment of townships or to town planning.<sup>87</sup>

Before the administrator may do this, he must be satisfied that it is desirable to do so in the interest of the establishment or development of any township or in the interest of any area, whether situated in an urban area or not, or in

78 House of Assembly *Debates* 1967 col 7524.

79 House of Assembly *Debates* 1967 cols 7524–7525; see also Scholtens “Law of property” 1967 *Annual Survey of South African Law* 181; Strauss 155.

80 See *Official Gazettes* for examples.

81 The act will not be discussed in detail here since it has often been the subject of comprehensive examination (see, eg, Van Aswegen “Land” 14 *LAWSA* par 80; De Jager *Alienation of land* (1982) 154–158; Jones 250–252; Strauss 156–163; Olivier, Pienaar and Van der Walt *Statutêre sakereg* (1988) sv “Fisiese beplanning” 10–14; Pienaar “Opheffing van beperkende voorwaardes en die Wet op Opheffing van Beperkings 84 van 1967” 1991 *TRW* 92).

82 The act is not applicable to all restrictions. S 2(2) specifically excludes: (a) conditions of title affecting mineral rights; (b) any condition imposed in terms of the Townships Amendment Act 34 of 1908 (T) s 5(3), the Orange Free State Metals Mining Act 13 of 1936 s 16(3); (c) any condition prohibiting or restricting the sale or supply of intoxicating liquor; (d) conditions prohibiting the sale, lease or occupation of land to or by a non-white person, unless the condition relates to the occupation of land used or intended to be used by the state or local authority for public purposes. Other exclusions are: (a) conditions in favour of the state, as alteration or cancellation of these conditions must take place in terms of the State Land Disposal Act 48 of 1961; (b) conditions, the cancellation of which is regulated in terms of other statutory provisions; (c) conditions which cannot be brought within the ambit of the Removal of Restrictions Act itself.

83 S 2.

84 S 3.

85 S 5.

86 S 2(1).

87 S 2(1)(aa)–(ee).

the public interest,<sup>88</sup> or that the land is required for ecclesiastical purposes, public purposes by the state or a local authority, the use or erection of a building by the state or a local authority, or for purposes incidental to any of these.<sup>89</sup> In addition, he must inform the local authority of the proposed alteration, suspension or removal and call for comments and recommendations to be lodged with him within a certain period.<sup>90</sup> These are specific provisions for participation by the public which also entail that a notice, in both official languages, of the alteration, suspension or removal must be published once in the *Official Gazette* and twice in a local newspaper. Such notice must include details of the proposed alteration, suspension or removal and must call for objections against the proposal to be lodged with him within a certain period. The administrator may also, where possible, cause a copy of the notice to be served on every owner of the land who in his opinion is directly affected by the proposal, such service to be effected by registered post addressed to such owner at his last known address.<sup>91</sup>

Should any person wish to apply to the administrator for the alteration, suspension or removal of a restriction, he must lodge his application in the prescribed form,<sup>92</sup> either with the local authority<sup>93</sup> or with the provincial secretary of the province in which the land is situated.<sup>94</sup> In the former case the applicant must also forward a copy of the application to the provincial secretary. The local authority must transmit the application to the provincial secretary together with its comments and recommendations.<sup>95</sup> On receipt of the application the provincial secretary must ensure that a notice in both official languages is published once in the *Official Gazette* and twice in a local newspaper, stating that the application has been made, that it is open for inspection and that objections may be lodged within a specified period.

As is the case when the administrator alters, suspends or removes a restriction of his own accord, the provincial secretary may also, where possible, cause a copy of the notice to be served on every owner of land, who, in his opinion, is directly affected by the application, such service to be effected by registered mail addressed to such owner at his last known address.<sup>96</sup> Furthermore, a copy of every objection must be sent to the applicant by registered mail.<sup>97</sup>

Once the period within which objections may be lodged, has expired, the provincial secretary refers the application together with all objections and relevant documents to the Townships Board for investigation and recommendation.<sup>98</sup> After consideration of the application, the recommendation of the Townships Board and the objections and other relevant documents and particulars, the administrator may grant or refuse the application.<sup>99</sup> The administrator, in granting an application, may impose other conditions.<sup>100</sup>

---

88 S 2(1)(a).

89 S 2(1)(b).

90 S 2(4)(a).

91 S 2(4)(b).

92 S 3(1).

93 If the land is situated in the area of a local authority (s 3(2)).

94 If the land is not situated within the area of a local authority (s 3(3)).

95 S 3(2).

96 S 3(6). Refer to the telephone conversation of 1989-08-04 with the Chairman of the Transvaal Townships Board.

97 S 3(7).

98 S 4(1).

99 S 4(2).

100 S 4(3).



As soon as possible after the publication of the notice in the *Official Gazette*<sup>101</sup> the Registrar of Deeds and the Surveyor-General must make appropriate entries in the relevant title deed, register, plan or diagram.<sup>102</sup>

The negative aspects of this procedure are the following:

(a) The act provides that one of the conditions imposed by the administrator may be that the applicant should compensate the objector specified in the condition, the value of whose land or real right in land will be adversely and materially affected.<sup>103</sup> In *Northwest Townships (Pty) Ltd v The Administrator, Transvaal*<sup>104</sup> it was held that the administrator has a discretion whether or not to grant compensation.

The primary equity behind the removal of restrictions is that there should be compensation.<sup>105</sup> However, there may be other equities which counter-balance it. Only extraordinary features would make it just and proper that the financial loss resulting from the alteration, suspension or removal of a condition should not be compensated. It seems as if compensation has never been awarded,<sup>106</sup> a state of affairs which is contrary to the recommendations of the Witwatersrand Land Titles Commission, the statement by Blackwell J in *Houthakker v Pienaar*<sup>107</sup> and the parliamentary discussions on the matter.<sup>108</sup>

(b) One reason why the Removal of Restrictions in Townships Act 48 of 1946 was repealed, was that no provision was made for the giving of reasons for the granting or refusal of an application.<sup>109</sup> Since the removal of restrictions potentially affects the rights of many people and a refusal or neglect by the authority concerned to provide reasons could have detrimental consequences, it is submitted that the furnishing of reasons should be made mandatory by the Removal of Restrictions Act even though the common law does not impose a duty on an administrative authority to provide reasons for its decisions.<sup>110</sup>

(c) The act provides that every owner of land who may be directly affected by the removal of a restriction should be served with a copy of the application. This occurs seldom, if ever, in practice. The procedure is rather that an owner who wishes to have a restrictive condition removed, must supply the names and addresses of his immediate neighbours. Only these persons are notified by registered mail. This practice can have detrimental consequences for other owners in the vicinity who are not informed of the proposed removal.

(d) The decision to remove the restriction is made by the minister or by his delegated officials. Those persons who hear the case and see the site may only make recommendations and the final decision is not theirs.

101 S 5(7).

102 S 6(1).

103 S 4(3).

104 1975 4 SA 1 (T) 12H; see also *Northwest Townships (Pty) Ltd v Administrator, Transvaal* 1975 2 SA 288 (W) 291C-D.

105 *Northwest Townships (Pty) Ltd v Administrator, Transvaal* 1975 4 SA 1 (T).

106 Strauss 157. This was confirmed by the Chairman of the Transvaal Townships Board during a conversation on 1989-08-04.

107 1944 TPD 471 479.

108 House of Assembly *Debates* 1967 col 7524; see also Strauss 159.

109 Witwatersrand Land Titles Commission *Report* 2.2.

110 See Wiechers *Administratiefreg* (1984) 240-241; Baxter *Administrative law* (1984) 226.

(e) No appeal is possible.

(f) The documents relating to the removal are confidential and there is no public record of the decision.

These negative aspects of the procedure in terms of the Removal of Restrictions Act do not exist in rezoning applications in terms of the provincial ordinances.

### 3 5 Amendment in terms of townships legislation

The provisions pertaining to the amendment of town planning schemes or rezonings in terms of the various townships ordinances are the following:

The Transvaal Town-Planning and Townships Ordinance 15 of 1986 provides that an owner who wishes to have a provision in a town planning scheme relating to his land amended, should apply in writing to the authorised local authority, together with the payment of prescribed fees.<sup>111</sup> Notice of the application must be published once a week for two consecutive weeks, usually in a local newspaper,<sup>112</sup> and must appear in a conspicuous place on the land.<sup>113</sup> The local authority may in its discretion give further notice of the application in any manner.<sup>114</sup> On receipt of the application the local authority must forward copies to certain institutions and individuals.<sup>115</sup> Every person to whom the application has been sent, may comment in writing thereon within a specified period.<sup>116</sup> Where objections have been lodged or representations made the local authority must hear them.<sup>117</sup> Once the provisions have been complied with, the local authority considers the application, taking into account the representations and objections and it may for that purpose carry out an inspection or request any person to furnish further information.<sup>118</sup> Thereafter the local authority may approve, refuse or postpone a decision on the application.<sup>119</sup> Where an application is approved it must lie for inspection at the office of the Director of Local Government and notice must appear in the *Gazette*.<sup>120</sup>

The Cape Land Use Planning Ordinance 15 of 1985 provides that an owner of land may apply for a rezoning in writing to the town clerk or the secretary, who must see that the application is advertised and, where objections are made,

111 S 56(1). The ordinance makes a distinction between the procedures applicable where the land is situated in the area of jurisdiction of an authorised local authority such as Pretoria or not. The procedures are similar except that in the case of local authorities that are not authorised local authorities the procedure is more detailed (see s 45). Since most applications fall within the areas of authorised local authorities only this procedure is discussed.

112 S 56(1)(b)(i) does not specify where the notice should be published, only that it should be published "in such form and such manner as may be prescribed".

113 S 56(1)(b)(ii).

114 S 56(2).

115 S 56(4). The institutions could include the Transvaal Roads Department, the National Transport Commission, the Director General: Constitutional Development and Planning, local authorities or departments of the provincial administration.

116 S 56(6).

117 S 56(7).

118 S 56(8).

119 S 56(9).

120 S 57.

ensure that these are submitted to the applicant.<sup>121</sup> The application and relevant documents are submitted to either the council, which must notify the owner of the council's decision and of any conditions, or the Director of Local Government,<sup>122</sup> who may obtain additional information and notify the applicant of the decision and any conditions which may be imposed.<sup>123</sup>

In Natal, the prescribed procedure in terms of the Town Planning Ordinance 27 of 1949<sup>124</sup> is similar to, but not as comprehensive as that in the Transvaal and the Cape. An owner wishing to apply for a rezoning may, on the payment of a prescribed fee, apply to the local authority explaining fully why the rezoning applied for is necessary and desirable.<sup>125</sup> The local authority considers the application, and if in agreement that it should be granted, proceeds in terms of the provisions relating to the approval of town planning schemes in general.<sup>126</sup> These provisions relate to the publication of notices in the press, the processing of objections and the approval of town planning schemes.

The Orange Free State Townships Ordinance 9 of 1969<sup>127</sup> provides that a local authority may prepare an amendment of an approved scheme and submit it to the Townships Board.<sup>128</sup> In much the same way as in Natal the procedures are laid down in accordance with the provisions relating to the approval of town planning schemes.<sup>129</sup>

The criterion according to which an application for a rezoning should be granted, is the same as that which applies in the provision of a town planning scheme, namely that the purpose is the coordinated and harmonious development of the area in which it applies. In this regard the judgment of Stafford J in *Vereeniging City Council v Rhema Bible Church, Walkerville*<sup>130</sup> is relevant. The respondent had obtained applicant's consent to establish a school on land owned by the Rhema Bible Church. In addition, a creche and a day care centre were established on the premises. No race or colour restrictions were placed on admission to these institutions. The city council sought an order declaring that the use of the property by the respondents was wrongful and unlawful in that the use of the property by black persons contravened the town planning scheme. The court found that, since a town planning scheme should have as its general purpose the coordinated and harmonious development of the municipality, it should be designed to promote the common good and not the good of only one class or race in the community. As a result the declaratory order was refused.

Unfortunately this purpose is often overlooked when an application is made for an amendment of a town planning scheme, and because of the scant regard which is given to suggestions and objections by the public, many rezonings are granted which should be rejected.

121 S 16 - 17(1) - (2).

122 S 17(2)(d) - (e).

123 S 17(4).

124 S 47bisA; see also Meyer par 353.

125 S 47bisA(1).

126 Ss 47bisA(2) and 47bis.

127 S 30(1); see also Meyer par 368.

128 S 27(1).

129 In terms of s 27 28 and 29.

130 1989 2 SA 142 (T).



The role played by the public is a significant one, for not only is provision made in the townships ordinances for objections to be made, but the Removal of Restrictions Act also provides for participation by the public.

#### 4 PUBLIC PARTICIPATION

Although Pavlich<sup>131</sup> states that public participation receives only lip service in South Africa, it is clear that increasing provision is being made for statutory, non-statutory and judicial participation in this country.<sup>132</sup>

In terms of both the Removal of Restrictions Act and the townships ordinances, citizens are given the right to object to the removal of restrictions and to rezoning applications. The provisions and the principles are generally clear and in conformity with other participatory aspects of township establishment and town planning both in South Africa and overseas. Unfortunately the application of such participatory principles is not always sound. In the case of court applications for removals of restrictions it has been found that notice in the *Official Gazette* and/or the newspaper generally does not reach the owners.<sup>133</sup> In this regard owners can suffer substantial prejudice<sup>134</sup> when they are not aware of notices in the newspapers.<sup>135</sup> Furthermore, objections are not always taken seriously and are often ignored. This is obvious from the number of applications for removals or amendments which are initially rejected by the local authority and thereafter approved by the Townships Board with little or no regard to the objections of interested citizens.<sup>136</sup> This is the reason why many citizens now make use of other non-statutory participatory measures such as lobbying through residents' associations. Although residents' associations can make a vital contribution to the public involvement process, the statutory provisions, if correctly applied, are far more effective.

In the light of the principle that all erfholders in a neighbourhood should consent where an application is made to court for removal of restrictions, two issues are relevant. First, serious consideration must be given to all objections to applications for removals of restrictions and rezoning in terms of legislation and secondly, a more effective means of public participation must be considered. This is the only way in which the rights of owners will be safeguarded.

131 "Zoning law and administration" 1978 SALJ 412.

132 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 1986) 32-98.

133 *Ex parte Glenrand (Pty) Ltd* 1983 3 SA 203 (W) 206H-207A; see also *Ex parte Voisin* 1964 4 SA 382 (E) 383.

134 *Ex parte Heritage Developments (Pty) Ltd; Ex parte Petersen* 1980 4 SA 87 (T); see also Delpont and Olivier *Sakereg vonnisbundel* (1985) 659.

135 See also the remarks above par 3 3 2.

136 Numerous examples in cities such as Johannesburg and Pretoria can be cited where rezoning applications are granted as a matter of course. See the letter by a Pretoria city councillor in *The Pretoria News* 1989-11-27. See also the following reports dealing with objections to rezonings in Pretoria and Johannesburg: "Hands off our oasis" *Sunday Times Metro* 1990-05-27; "Inwoners kla oor sakeregte, paaie" *Beeld* 1990-05-31; "Residents opposed to offices" *The Pretoria News* 1990-05-30; "Brooklyn rezoning approved" *The Pretoria News* 1990-06-01; "Eastern residents object" *The Pretoria News* 1990-06-08; "Queenswood land row" *The Pretoria News* 1992-06-23.

## 5 EFFECT ON OWNERSHIP

Restrictive covenants and conditions of title are conditions in deeds restricting the owner of the land in the exercise of his *dominium*. They therefore constitute real rights<sup>137</sup> and must be restrictively interpreted.<sup>138</sup> The principle behind the imposition of restrictive covenants and conditions of title is that of mutual and reciprocal rights, binding all owners in a township equally. Consequently, where one of them wishes to remove a restriction all the others have the right to object. Rights are seriously affected by the present situation since potential objectors to a removal are often not aware of their rights, nor are their objections taken seriously enough. The fact that notices are only sent to adjacent owners deprives other owners of the right to object. This too is an interference with rights. The removal of a restrictive condition, while conferring a benefit on the owner of land, may well have the effect of depriving some other person of a benefit or right.

In *Houthakker v Pienaar*<sup>139</sup> Blackwell J criticised the wide powers of the administrator in respect of the removal of restrictions under the Transvaal Townships and Town-planning Ordinance 11 of 1931 and indicated that these powers were extremely drastic. They allowed him to interfere seriously with the vested rights of all property owners inside townships:

“Whatever conditions may have been inserted into the title deeds of a township to protect its amenities and to preserve its character, and no matter what damage a property owner may suffer in consequence, the Administrator may, with only the general notice mentioned above, and without specific notice to the persons concerned, and without compensation of any sort to parties adversely affected, remove a restrictive covenant or condition even although in doing so he would probably increase enormously the value of the erf or lot affected, and decrease proportionately the remaining lots or erven in the area affected.”

This statement is still applicable to the removal of restrictions in terms of the Removal of Restrictions Act today since the basic criticism of the act is that it has the effect of seriously encroaching on the right of ownership. This state of affairs is not acceptable and stricter measures need to be introduced. Besides the more technical aspects such as provisions for objections, appeals, reasons for decisions and compensation, a return to principle and purpose is required. The former entails that all erfholders in the township should be notified by registered mail of the removal of restrictions and that only where a majority agree to the application should it be granted. As far as purpose is concerned, an application should be granted only where the character of the neighbourhood is not detrimentally affected by the removal or amendment of a restriction.

## 6 CONCLUSION

In conclusion, the attitude of the courts in two recent decisions is significant. In *Stadsraad van Vanderbijlpark v Uys*<sup>140</sup> the respondent, a medical doctor,

137 South African Law Commission Report. *Removal of certain restrictions in respect of land* (1984) 7.

138 *Hotel De Aar v Jonordon Investment (Edms) Bpk* 1972 2 SA 400 (A) 405; De Beer and Rorke 144; Delpont and Olivier 663–669; Olivier, Pienaar and Van der Walt *Law of property* 294–295.

139 1944 TPD 471 479.

140 1989 3 SA 528 (A).

owned a property which was zoned for special residential use but used the house solely as consulting rooms for his medical practice. Appellant applied for a declaratory order that his use was wrongful and therefore unlawful. The court examined the use to which the house was put and indicated that if it were used only for the purposes of a profession, a strong possibility existed that the property would undergo a radical change in character. Kumleben JA consequently decided that the exclusive use of the property as consulting rooms was prohibited.

In *Rampersad v Tongaat Town Board*<sup>141</sup> the respondent Town Council had issued a notice, published in the newspaper, that a certain part of the township was to be rezoned. Applicant brothers, who were joint owners of immovable property in the township, contended that the notice was invalid since it did not describe the properties affected by the amendment sufficiently for the owners to realise that their properties were the subject of the rezoning application. The court found in favour of the applicants, holding that the Board had not adequately alerted interested persons to what it had in mind. Possibly the most significant statement by Alexander J is the following:

“Amendments and the like to the existing user under a town planning scheme are matters of great moment. Not only are the lot holders in the immediate vicinity affected, but proposals can alter the entire character of the neighbourhood, causing concern even to those residing further afield.”<sup>142</sup>

It is clear that suitable means will have to be found whereby landowners can prevent developers from continuing their present practice. The applicable legislation is not effective to protect both the landowner and the nature of the area. The present legislation has served the purpose for which it was promulgated and new legislation needs to be promulgated to take note of proper planning principles which excludes the haphazard mixing of land uses and takes into account both the rights of landowners and the position of developers.

141 1990 4 SA 32 (D).

142 38C.

#### **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



# Doelgerigte straftoemeting: 'n regsvergelykende ondersoek na wyses om straftoematingsdiskresie te reguleer

Jan H van Rooyen

BA LLB MCL

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

## SUMMARY

### Purposeful sentencing: a comparative investigation into methods to control discretion in regard to sentencing

It has for a long time been realised that criminal justice statistics are not only (or not *even*) the result of actual criminality "in the field" or "on ground level". Rather, the various components of the criminal justice system all play a role in "creating", or at least "shaping", these statistics.

This contribution discusses one way of affecting statistics relating to sentencing, especially imprisonment and the length of prison sentences, which in turn affects statistics about prison population and over-population. The particular technique under discussion relates to the use of sentencing *guidelines*. Using the "Minnesota model" as illustration, it is shown that significant control may be exercised over sentencing practices through the design and use of sentencing guidelines, with potentially enormously beneficial effects on prison statistics and prison budgets. Moreover, much more rationality as well as uniformity in sentencing may be achieved. The foregoing implies that a Department of Justice will know where it is going, where it wants to go and why — that is, it should have a rational criminal justice policy.

In the latter part of the article some German comparisons are made, emphasising the successful campaign virtually to eliminate short-term imprisonment with all its harmful effects and replacing it with more acceptable forms of punishment. It is suggested that South Africa, where the emphasis in the future will have to be on rationality and affordability, can learn much from these comparative notes.

## 1 INLEIDING\*

Daar word in hierdie studie gekyk na benaderings en moontlike oplossings ten opsigte van twee probleme in straftoemeting, te wete ongelykheid (*disparity*) en korttermyngevangenisstraf.

Met *ongelykheid* word nie *individualisering* bedoel nie. Laasgenoemde slaan op verskille in straf ten opsigte van verskillende oortreders weens duidelik verskillende omstandighede soos persoonlike faktore, die omstandighede van die misdaad self en die rol van die slagoffer. Individualisering is gevolglik in beginsel

---

\* Geldelike bystand van die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing vir doeleindes van hierdie navorsing word hiermee erken. Menings hierin uitgespreek of gevolgtrekkings waartoe geraak is, is dié van die skrywer en moet nie beskou word as dié van die RGN nie.

rasioneel en dus aanvaarbaar. Ongelykheid in negatiewe sin bestaan waar verskillende straftoemetingsbeamptes (byvoorbeeld regters en landdroste) weens verskuilde (dus moontlik/heelwaarskynlik *irrasionele*) faktore verskillende strawwe ten opsigte van wesenlik dieselfde misdaadsituasie sou oplê.

In 'n eksperimentele situasie sou 'n mens byvoorbeeld dieselfde feitestel aan 'n aantal straftoemeters kon verskaf en hulle dan versoek om straf toe te meet. Weens menslike faktore sal daar altyd 'n mate van verskil wees – want redelike mense sal verskil oor straf soos oor enige ander saak van diskresie. Wanneer die spektrum van strawwe egter onaanvaarbaar wyd is, word gepraat van ongelykheid (*disparity*). Hierdie soort ongelykheid is onaanvaarbaar omdat dit onreg (*injustice*) kan bewerk ingevolge die norm van die sogenaamde geregtigheidsmodel, wat onder andere gelykheid voor die reg, regsekerheid en proporsionele vergelding verlang.

Die probleem ten opsigte van korttermyngevangenisstraf is verbandhoudend. Weens verskeie oorwegings word dié strafsoort as ongewens beskou. Die vraag is hoe dit beperk of uitgeskakel kan word.

Beide ongelykheid en laasgenoemde vraag het te doen met die *straftoemetings-diskresie*. Daar is verskillende benaderings moontlik. Die een uiterste is om 'n algeheel vrye, onbeheerde diskresie toe te staan. Dit sal lei tot wydverspreide ongelykheid in straftoemeting en die onvermoë om strafregsbeleid te ontwikkel. Die ander uiterste is om diskresie geheel en al af te skaf en te vervang deur verpligte vonnisse. Dit sal ongelykheid in 'n formele sin uitkakel, maar sal onreg in 'n materiële sin bewerk deurdadig individualisering nie meer moontlik sal wees nie. Ook sal strafregsbeleid stagneer. Tussenwêë moet dus gesoek word.

Met dié doel voor oë is 'n ondersoek na die Duitse en sekere Amerikaanse benaderings geloods. Dit gaan hier oor benaderings oftewel *modelle*, met ander woorde daar word nie gepoog om 'n volledige katalogus van al die verslae, voorstelle en wette te gee nie.

## 2 DIE VSA: ALGEMEEN

In hierdie gedeelte word 'n oorsig gegee van verskeie voorstelle ter hervorming van straftoemeting wat in die VSA gemaak is.

### 2 1 Verpligte strawwe

Met die oog op vermyding van ongelykheid, het die hoofaanklaer van *Wayne county* (waarin Detroit geleë is), William L Cahalen, in 1973 in 'n memorandum getiteld "Flat or mandatory minimum sentencing"<sup>1</sup> voorgestel dat elke *felony* (ernstige misdryf) bestraf word met 'n spesifieke, onveranderlike en verpligte termyn van gevangenisstraf, met geen alternatief tot gevangenisstraf en geen parool nie. In die praktyk sou so 'n voorstel beteken dat die wetgewer onbuigsame strawwe aan alle moontlike verskyningsvorme van alle *felonies* moet koppel. Dit sou byvoorbeeld nie deug om te sê: "Verkragting – vyf jaar" nie, aangesien daar te veel uiteenlopende verskyningsvorme van die misdaad is waar

1 Kyk Cahalen in Citizen's Research Council of Michigan *Sentencing alternatives* (1977) 9 14 soos aangehaal in Zalman *et al Sentencing in Michigan: report of the Michigan felony sentencing project* (1979) 22 vn 54; ook gepubliseer in 1973 *Journal of Urban Law*.

die omstandighede kan wissel vanaf byvoorbeeld terugtrekking van toestemming op die laaste oomblik, tot brutale vernieling van 'n jong kind. Cahalen se voorstelle het gevolglik weens die praktiese onmoontlikheid van die taak nie betekenisvol ingang gevind nie.

## 2 2 Die "straftoematingsnorm"-benadering (*presumptive sentencing*)

Die oorsprong van die "straftoematingsnorm"-benadering kan heel waarskynlik teruggevoer word na die Twentieth Century Fund Task Force on Criminal Sentencing se invloedryke verslag *Fair and certain punishment* in 1976.<sup>2</sup>

Die kenmerke van hierdie hervormingsvoorstelle is soos volg:

- Die onderliggende beginsel is dat 'n skuldigbevinding aan 'n besondere misdaad 'n voorspelbare, geykte straf moet dra, tensy spesifieke versagtende of verswarende faktore aanwesig is. Dit kom dus daarop neer dat daar vir elke misdaadkategorie 'n straftoematings-"norm" (*sentencing norm*) geskep moet word wat dan "vermoed" oftewel "veronderstel" word die korrekte straf te wees; die "vermoede" kan egter "weerlê" word indien verswarende of versagtende omstandighede bevind word.<sup>3</sup>
- Ten einde bogenoemde te verwesenlik, moet misdade in samehangende kategorieë ingedeel word en moet vir elke kategorie 'n straftoematingsnorm (*presumptive sentence*) gespesifiseer word wat op 'n "tipiese" eerste oortreder wat die misdaad op 'n "tipiese" wyse gepleeg het, van toepassing sal wees.
- Ook die aanvaarbare versagtende en verswarende omstandighede moet so gespesifiseer word.
- Die straftoematingstadium van die strafproses moet voorsiening maak vir behoorlike feitevasstelling in 'n regterlike verhoor.
- Slegs in buitengewone en onvoorsiene omstandighede mag 'n straftoemeter afwyk van die spektrum wat deur die voorgeskrewe straftoematingsnorm tesame met die gepaardgaande versagtende en verswarende omstandighede daargestel is. Dan moet redes skriftelik verstrek word en is appèl ook moontlik.
- Die paroolraad se diskresionêre bevoegdhede word soortgelyk omskryf en beperk. Spesifieke kriteria en termyne met betrekking tot vrylating, plus voorsiening vir 'n behoorlike feitevasstellingsprosedure, moet ingestel word.
- Daar word uitdruklik aanvaar dat hierdie voorstelle nie versoenbaar is met 'n "algemene beginsels"-benadering nie; intendeel, dit is 'n "in besonderhede"-benadering:

"[W]e believe that sentencing policies should be expressed in considerable detail. We favor *explicit* presumptive sentences for various offences. And we believe that the factors that make a particular offense more or less serious for sentencing purposes should be clearly set out. We are aware that in making this recommendation, we are disagreeing with the trend in recent 'model' sentencing statutes – a trend that eschews detail and favors general principles."<sup>4</sup>

2 Kyk Twentieth Century Fund Task Force on Criminal Sentencing *Fair and certain punishment* (1976); ook invloedryk in hierdie verband was Fogel *We are the living proof* (1975); vgl in die algemeen Zalman (*supra* vn 1) 11 ev.

3 Zalman *ibid.*

4 Twentieth Century Fund Task Force on Criminal Sentencing 17.



● 'n Spesiale kommissie (saamgestel uit belanghebbendes soos die regbank, gevangenisowerheid, regspraktisyns, paroolorganisasies, oud-gevangenes-organisasies, die polisie, akademië ensovoorts) moet die straftoematingsnorme opstel en ook gereeld hersien.

In twee bylaes tot die verslag word voorbeelde van moontlike straftoematingsnorme gegee. Een so 'n voorbeeld is van gewapende roof.<sup>5</sup> Dié misdaad word in ses grade ingedeel, wisselende van gewapende roof in die eerste graad ("the forcible taking of property from the person of another by the use of a loaded gun, where the offender discharges the gun with intent to injure or kill another person") tot gewapende roof in die sesde graad ("the forcible taking of property from the person of another by the display of or threat to use a deadly weapon other than a loaded gun").

Die straftoematingsnorme (*presumptive sentences*), met die minimum- en maksimum-strawwe respektiewelik, vir die ses subkategorieë is soos volg:

- (1) 5 jaar; 3 jaar; 12 jaar
- (2) 4 jaar; 2 jaar; 10 jaar
- (3) 3 jaar; 1 jaar; 8 jaar
- (4) 2 jaar; 6 maande; 6 jaar
- (5) 1 jaar; 6 maande; 5 jaar
- (6) 6 maande; proefstelling vir 1 jaar; gevangenisstraf vir 4 jaar.

Besondere reëls vir die berekenings waar die beskuldigde gedurende die voorafgaande vyf jaar weens een of meer *felonies* veroordeel is, word vervolgens neergelê. Hierna word moontlike verswarende en versagtende faktore bespreek en 'n lys aanvaarbare sodanige faktore saamgestel. By 'n straftoematingsverhoor mag 'n regterlike beampte addisionele faktore by sy oorweging van 'n geskikte straf 'n rol laat speel, maar dan moet hy skriftelike redes gee waarom hy dink dat sodanige faktor(e) by die onderhawige straftoemeting relevant is.

Indien die aantal versagtende faktore die verswarende faktore substansiëel oortref, mag die normatiewe straf (of die normatiewe straf-plus-inkrement-voorvorige-veroordelings) met tot 50% verminder word. Afwykings van meer as 50% van die vermoedelike norm moet skriftelik gemotiveer word (byvoorbeeld dat daar *slegs* versagtende, en geen verswarende faktore nie, aanwesig is).

In alle gevalle waar gevangenisstraf vir een jaar of minder opgelê word, mag die straftoemeter beveel dat so 'n vonnis of deel daarvan in paaie uitgedien word, byvoorbeeld snags, gedurende naweke of op vakansiedae.

Die "straftoematingsnorm"-benadering is in besonderhede uitgewerk, verfynd, en inderdaad toegepas in Minnesota, welke ontwikkeling vervolgens bespreek word.

### 3 DIE VSA: MINNESOTA

#### 3 1 Inleiding: die Minnesota Sentencing Guidelines Commission

Gedurende die sewentigerjare het herhaalde debatte in die wetgewende liggaam van die staat Minnesota oor die strafregspleging, met besondere verwysing na

<sup>5</sup> Kyk bylaag A.

die hoë en steeds stygende gevangenisbevolkingstal daartoe gelei dat dié liggaam 'n straftoemeteringriglyne-kommissie (die *Minnesota Sentencing Guidelines Commission*) in die lewe geroep het.<sup>6</sup> Groot besorgdheid is in die wetgewende liggaam se vergaderings uitgespreek oor die stand en aanwas van die gevangenisbevolking van Minnesota.

Die hoofdoel van die kommissie was om eenvormige straftoemetering te bevorder deur rasonale riglyne te ontwikkel met betrekking tot (i) die sogenaamde primêre besluit (naamlik of 'n vryheidsontnemende straf opgelê moet word of nie – die *dispositional decision*) en (ii) die sekondêre besluit (naamlik hoe lank 'n persoon gevangenis toe moet gaan indien 'n vryheidsontnemende straf aangewese is – die *durational decision*). Verdere opdragte aan die kommissie het ingesluit dat die riglyne gebaseer moet wees op toepaslike kombinasies van die relevante eienskappe van beide die oortreding en die oortreder; dat geldende straftoemeteringspraktyke in ag geneem moet word; en dat die beskikbare gevangenis- en ander fasiliteite deeglik voor oë gehou moet word.

Deur die aanstelling van en opdrag aan die kommissie het die wetgewer van Minnesota 'n moderne, gesofistikeerde beskouing met betrekking tot misdaad- en gevangenisstatistiek aanvaar, naamlik dat laasgenoemde 'n produk is van 'n reeks komplekse gebeure waarin die strafregspiegelingstelsel self ook 'n vername rol speel:<sup>7</sup>

“[A]ll demographic and environmental factors which affect prison populations are funneled through the criminal justice system, and the response of the criminal justice system to those factors determines their effect on prison population.”

Gevangenisstatistiek is dus nie maar 'n gegewenheid wat as 't ware deur die noodlot bepaal word nie, maar word onder andere daadwerklik beïnvloed deur beleidsbesluite wat in die strafregspiegelingstelsel – regshandhawing, vervolging, regspleging en gevangenisinstellings – geneem word. Knapp verklaar dan ook:<sup>8</sup>

“This approach establishes prison capacity and prison population levels as a policy choice to be made by criminal justice decision makers.”

6 Gegewens is hoofsaaklik ontleen aan twee dokumente, tw *Minnesota Sentencing Guidelines Commission Minnesota sentencing guidelines and commentary* (1981), hierna genoem *MSGC Guidelines*, en *Minnesota Sentencing Guidelines Commission Report to the legislature* (1980), hierna genoem *MSGC Report 1980*. Hierdie dokumente is bekom deur die vriendelike samewerking van Kay A Knapp, toe navorsingsdirektrise van die Minnesota Sentencing Guidelines Commission. Twee verdere dokumente waarna dikwels verwys sal word, is Knapp *Estimating the impact of sentencing policies on prison population* (paper read at 32nd annual meeting of the American Society of Criminology Nov 5–8 1980 San Francisco California), hierna genoem *Knapp Impact*, en *Minnesota Sentencing Guidelines Commission Concept paper for evaluating the impact of the sentencing guidelines* (ca 1981), hierna genoem *MSGC Concept paper*.

7 Knapp *Impact* 3.

8 *Idem* 1. Hierdie standpunt is verstewig deur die feit dat die uitwerking in dié Amerikaanse state wat swaar verpligte vonnisse (*mandatory fixed sentences*) ingevoer het as deel van hul kampanjes teen misdaad, reuse-toenames in die gevangenisbevolkings was. Die *MSGC* verklaar in hierdie verband dat “[m]ost of the [prison] population increases have been attributed to changes in sentencing behaviour and very little appears to be attributable to changes in crime rates” – *MSGC Report 1980* 16.

Die ander, meer tradisionele, benadering is om te aanvaar dat strafregspiegingsbeleid nie grootliks in ag geneem hoef te word nie; dat die huidige stand van sake 'n "natuurlike" of "onvermydelike" is; en dat daar eenvoudig meer tronke gebou moet word.

Die *Minnesota Sentencing Guidelines Commission* bestaan uit nege lede, naamlik die hoofregter of sy afgevaardigde, twee verhoorhofregters, 'n aanklaer, 'n openbare verdedigingsraadsman (*public defender*), die kommissaris van gevangenis, die voorsitter van die paroolraad en twee burgerlede (een waarvan tans as voorsitter van die kommissie dien). Die kommissie word bygestaan deur 'n voltydse personeel van sewe, waaronder 'n direkteur, navorsingsdirektise, drie navorsingsanaliseerders, 'n administratiewe assistent en 'n sekretaresse. Die kommissie het op 'n konsensus-beginsel gewerk en het ook openbare sessies gehad waartydens belangstellendes 'n bydrae kon lewer deur middel van kommentaar, voorstelle ensovoorts. So is regters, aanklaers, verdedigers, akademië, polisie, gevangenisbeamptes en andere aangehoor.

## 3 2 Agtergrond

### 3 2 1 Begrippe

Alhoewel die oogmerke en struktuur van die straftoemetersriglyne van die *Minnesota Sentencing Guidelines Commission* gaandeweg duideliker uitgestippel sal word, kan dit van nut wees om reeds in hierdie stadium sekere begrippe te verduidelik.

Die benadering waarop die kommissie besluit het, heet die daarstelling van *presumptive fixed sentences*, wat vertaal kan word as "vaste straftoemetersnorm-gebaseerde vonnisse". Dit is vonnisse wat met behulp van 'n "straftoemetersriglyne-rooster" (*sentencing guidelines grid*) vasgestel word (die "rooster" is twee-dimensioneel in die sin dat dit bestaan uit vertikale en horisontale skale – eersgenoemde het betrekking op die erns van die oortreding en laasgenoemde op die oortreder se strafregtelike voorgeskiedenis, waaronder sy vorige veroordelings).<sup>9</sup> Dié vonnisse word "norm-gebaseer" (*presumptive*) genoem aangesien hulle aanvaar word as die korrekte vonnisse vir "tipiese" gevalle met soortgelyke oortreder-eienskappe (strafregtelike voorgeskiedenis, insluitende vorige veroordelings) en soortgelyke oortreding-eienskappe (erns).

Die vonnisse word voorts "vaste" (*fixed*) vonnisse genoem omdat 'n gevonnisdie werklik die toegemete straf sal uitdien (minus slegs afslag vir goeie gedrag). Die regterlike straftoemetersbeampte, en nie die departement van gevangenis nie, bepaal dus die lengte van die gevangenisstraf. ("Goeie gedrag" verminder die tydperk van gevangenisstraf met een dag vir elke twee dae goeie gedrag en lei tot 'n tydperk van vrylating onder toesig. "Goeie gedrag"-afslag wat reeds

9 Volledige bespreking volg par 3 3 *ev infra*.



verdien is, kan nie op grond van wangedrag weggeneem word nie; die verdien van *toekomstige* "goeie gedrag"-tyd mag egter beperk word indien 'n gevangene aan spesifieke dissiplinêre oortredings skuldig bevind word.)<sup>10</sup>

"Afwykinge" (*departures*) van vaste straftoemetyingsnorm-gebaseerde vonnisse vind plaas wanneer 'n straftoemetyingsbeampte 'n vonnis oplê wat verskil van dié op die straftoemetyingsriglyne-rooster. Wanneer daar "substansiële en dwingende" (*substantial and compelling*) verswarende of versagende omstandighede bestaan, mag die straftoemetyingsbeampte enige ander regstens-toelaatbare straf oplê. In so 'n geval moet geskrewe redes egter vir die vonnis gegee word waarin dié geval van die gewone of tipiese geval onderskei word en waarin aangedui word waarom die toegemete straf toepasliker of billiker as die riglynstraf is. Appêl is moontlik.

### 3 2 2 *Benadering: empiries of normatief?*

Alhoewel die kommissie by die daarstelling van die riglyne tog aandag geskenk het aan die bestaande straftoemetyingspraktyke in Minnesota, was die benadering in beginsel nie bloot empiries (beskrywend) nie, maar normatief (voorskrywend):<sup>11</sup>

"[I]t is important to understand that the commission did not intend to formulate the guidelines about (sic) a description of past sentencing and release practices . . . Our information on sentencing practices and sentencing disparity led us to conclude that the guidelines must produce substantial changes in past sentencing and releasing practices if significant reductions in disparity were to be achieved. As a result . . . decisions on all aspects of the Minnesota sentencing guidelines were *normative judgments* by the commission. In developing the guidelines, it was *informed by, but not bound to, past sentencing and releasing practices.*"

### 3 2 3 *Navorsing*

Ten einde vas te stel wat die bestaande straftoemetyings- en vrylatingspraktyke was, het die kommissie by die aanvang van sy werksaamhede twee groot navorsingsprojekte geloods, een insake faktore wat 'n rol speel by regterlike besluite om gevangenisstraf op te lê, en een insake faktore wat 'n rol by die paroolraad se besluit oor vrylating speel.<sup>12</sup>

Die navorsing het aangedui dat die sterkste faktore by regterlike besluitneming ten opsigte van die oplegging van gevangenisstraf die *strafregtelike voorgeskiedenis* van die beskuldigde was. Hieronder was die volgende drie faktore belangrik: (i) die aantal vorige ernstige (*felony*-) oortredings; (ii) die beskuldigde se status (vry, of op proef of parool) toe die huidige oortreding gepleeg

10 Onder die vroeëre stelsel van onbepaalde vonnisse (*indeterminate sentences*) het die straftoemetyingsbeampte in effek slegs besluit of 'n oortreder tronk toe moet gaan of nie. Die werklike lengte van die gevangenisstraf is in die praktyk deur die paroolraad bepaal: "The real power to establish durations of confinement rested with the Minnesota Corrections Board (MCB). In general, judicial decisions regarding maximum sentence length did not constrain MCB releasing discretion" MSGC Report 1980 2. Parool in dié sin is onder die nuwe bedeling afgeskaf en vervang deur vrylating onder toesig (*supervised release*) wat aan streng riglyne gebonde is – Knapp Impact 4.

11 MSGC Report 1980 2 4 (my kursivering). Hierdie benadering sluit natuurlik aan by die siening van die wetgewende liggaam van Minnesota tov strafregspelyng – kyk teks by vn 7 8.

12 Vir 'n vollediger beskrywing, kyk MSGC Report 1980 4 ev.

is; en (iii) met betrekking tot jong volwasse oortreders, die erns van die minderjarige se strafregtelike voorgeskiedenis. (Die feit dat die strafregtelike voorgeskiedenis van die beskuldigde die belangrikste faktor was, het onder andere daartoe gelei dat beskuldigdes wat slegs 'n reeks kleiner vermoëns misdade op hul kerfstok gehad het, in die reël gevangenisstraf opgelê is, terwyl eerste geweldsoortreders in die reël 'n nie-vryheidsontnemende straf opgelê is!)

Die tweede betekenisvolste faktor by die regterlike besluitnemingsproses was die erns van die huidige oortreding.

Ten opsigte van die vrylatingsbesluitneming (deur die gevangenisowerhede) het die navorsing getoon dat dieselfde twee faktore 'n deurslaggewende rol gespeel het, maar omgekeerd: die erns van die huidige oortreding was van primêre en die strafregtelike voorgeskiedenis van die beskuldigde van sekondêre belang.

Een verdere faktor wat by die straftoematingsbesluit 'n beduidende rol gespeel het, was die arbeidstatus van die beskuldigde: werklose beskuldigdes is eerder gevangenisstraf opgelê as dié wat werk gehad het. (Omdat arbeidstatus in Minnesota betekenisvol met ras en sosio-ekonomiese status saamhang, is 'n beleidsbesluit mettertyd geneem om dié faktor nie as 'n geldige straftoematingsfaktor te erken nie.)

Benewens bogenoemde faktore wat 'n bestendige en verklaarbare rol by die straftoematingsbesluitneming gespeel het, het die navorsing ook die bestaan en wisselvallige rol van ander faktore aan die lig gebring, waaronder streeks-, rasse- en geslagsverskille. Die invloed van veral hierdie faktore het tot onaanvaarbare ongelikheid (*disparity*) en onbillikheid in straftoemeting gelei.

### 3 2 4 Grondslag

Teen die agtergrond van bogenoemde navorsing en die waargeneemde beleidsperspektief van die wetgewer, het die kommissie op 'n geregtigheds- (*just deserts*-) model, gemodifiseer deur onttrekkingsoorwegings (*incapacitation*), besluit. Derhalwe is die straftoematingsriglyne-rooster twee-dimensioneel; anders as in die praktyk wat tot nog toe geheers het (vergelyk die navorsingsresultate hierbo), sou die vergeldingskomponent (die ernstigheid van die huidige oortreding) die primêre en die onttrekkingskomponent (die strafregtelike voorgeskiedenis) die sekondêre faktor word. Eersgenoemde word op die vertikale en laasgenoemde op die horisontale skaal van die rooster verteenwoordig. In beginsel is die Minnesota-model dus in ooreenstemming met die Norval Morris-model<sup>13</sup> en kan inderdaad beskou word as 'n gesofistikeerde toegepaste aanwending van laasgenoemde. Gevangenisstraf met die oog op rehabilitasie is uitgesluit, net soos algemene afskrikking as 'n doelstelling op sigself; vir sover strafregspleging algemeen afskrikkend "werk", vind dit insidenteel plaas onder die oorkoepelende raamwerk en binne die perke van vergelding. In die Minnesota-model word 'n komplekse interaksie tussen vergelding en die beskerming van die gemeenskap deur middel van onttrekking bewerkstellig, soos vervolgens sal blyk uit die bespreking van die straftoematingsriglyne-rooster self.

13 Kyk Morris *The future of imprisonment* (1974); 1980 SASK 233-234.

### 3 3 Die Minnesota-straftoemetersriglyne-rooster (1): die vertikale en horisontale skaal

FIGUUR 1: Straftoemetersriglyne-rooster

(A) Vertikaal: erns van die oortreding		(B) Horisontaal: strafregtelike voorgeskiedenis						(y)
		0 punte	1 punte	2 punte	3 punte	4 punte	5 punte	6 of meer punte
I	Unauthorised Use of Motor Vehicle Possession of Marijuana	12	12	12	15	18	21	24 23-25
II	Theft Related Crimes (\$150 - \$2 500) Sale of Marijuana	12	12	14	17	20	23	27 25-29
III	Theft Crimes (\$150 - \$2 500)	12	13	16	19	22 21-23	27 25-29	32 30-34
IV	Burglary - Felony Intent Receiving Stolen Goods (\$150 - \$2 500)	12	15	18	21	25 24-26	32 30-34	41 37-45
V	Simple Robbery	18	23	27	30 29-31	38 36-40	46 43-49	54 50-58
VI	Assault, 2nd Degree	21	26	30	34 33-35	44 42-46	54 50-58	65 60-70
(x)								
VII	Aggravated Robbery	24 23-25	32 30-34	41 38-44	49 45-53	65 60-70	81 75-87	97 90-104
VIII	Assault, 1st Degree Criminal Sexual Conduct, 1st Degree	43 41-45	54 50-58	65 60-70	76 71-81	95 89-101	113 106-120	132 124-140
IX	Murder, 3rd Degree	97 94-100	119 116-122	127 124-130	149 143-155	176 168-184	205 195-215	230 218-242
X	Murder, 2nd Degree	116 111-121	140 133-147	162 153-171	203 192-214	243 231-255	284 270-298	324 309-339

*Aantekeninge:*

(a) Bokant en links van lyn (x) - (y) is die riglynstraf 'n uitgestelde of opgeskorte, dit wil sê nie-vryheidsontnemende, vonnis; onder en regs van lyn (x) - (y) is dit gevangenisstraf.

(b) Die riglynstraf word in elke vakkie in maande aangedui; die skuinsdruksyfers onder en regs van lyn (x) - (y) dui die toelaatbare variasies aan wat nie op "afwykings" sal neerkom nie.

(c) Die Amerikaanse benamings vir misdade word behou.

(d) *1st Degree Murder* is van die riglyne uitgesluit omdat dit 'n afsonderlike verpligte straf dra en elders in die Minnesota-reg hanteer word.

(e) Elk van die tien vlakke in vertikale skaal (A) bevat slegs die mees voorkomende misdade in die betrokke vlak; die volledige inhoud van die tien vlakke verskyn *infra* 407 in aanhangsel 1.



Die Minnesota- straf-toemetingsriglyne-rooster verskyn hier as figuur 1. Daar moet op die aantekeninge by die figuur gelet word. Die inhoud van die verskillende komponente van die rooster, die wyse waarop die normstraf vasgestel word en die omstandighede waarin daarvan afgewyk mag word, word vervolgens bespreek.

### 3 3 1 Die vertikale skaal (A): erns van die oortreding

Die werkswyse wat die kommissie gevolg het by die vasstelling van die tien ernsvlakke van oortreding (*severity levels of offence*) (kyk figuur 1 en die bygaande aantekeninge), was soos volg:

(a) Eerstens is al die algemeen voorkomende *felonies* in ses kategorieë verdeel, naamlik misdade teen die vermoë, teen die persoon, geslags-, dwelm-, brandstigingsmisdade en 'n "allerlei"-kategorie. Vir elke bestaande misdaad<sup>14</sup> is 'n kaartjie voorberei waarop die misdaadsomskrywing, statutêre verwysing en maksimum straf verskyn het. Ná die totaal van 104 kaartjies in die ses kategorieë ingedeel is, moes elke kommissielid die kaartjies in elk van die ses kategorieë indeel in volgorde van dalende erns, op grond van sy persoonlike evaluasie ten opsigte van tipiese verskyningsvorme van die misdaad, gebaseer op praktyk en ervaring.

(b) Vervolgens het die personeel van die kommissie 'n gemiddelde rangposisie vir elk van die kaartjies binne sy betrokke kategorie bereken. Die kaartjies binne elke kategorie is volgens hierdie berekeninge hergerangskik ten einde die kommissie se gemiddelde rangposisie te reflekteer, en aan die kommissielede terugbesorg.

(c) By die volgende vergadering het elke kommissielid die ses pakke kaartjies voor hom geplaas en deur middel van 'n groepsbespreking is bepaal watter een van die boonste ses kaartjies (wat as gevolg van die voorgaande prosedure die ernstigste gemiddelde rangposisie binne sy betrokke kategorie verteenwoordig het) die algeheel ernstigste was. Dit is nommer 1 genommer. Die proses is herhaal met die oorblywende stel boonste ses kaartjies ten einde nommer 2 te bepaal, en hiermee is voortgegaan totdat al 104 kaartjies op 'n kontinuum van die ernstigste tot die minste ernstig geplaas is. Meningsverskil, wat dikwels voorgekom het, is opgelos deur middel van rasonale argumentasie en uiteindelik is konsensus bereik vir die totale rangorde.

(d) Ten slotte is die 104 kaartjies in 'n kleiner aantal ernsvlakke ingedeel, elk waarvan na die oordeel van die kommissie misdade van ongeveer dieselfde gemiddelde ernstigheidsgraad bevat het. Die uiteindelijke produk is die tien ernsvlakke (I – X op figuur 1). Die mees voorkomende misdade is in elke ernsvlak eerste geplaas.

By die toepassing van die riglyne word 'n afwyking van die norm oftewel riglynstraf nie toegelaat op grond van gedrag van die oortreder wat nie deur die misdaadsomskrywing van die oortreding waaraan hy skuldig bevind is, gedek word nie. As 'n beskuldigde byvoorbeeld aan gewone roof skuldig bevind is,

14 Met die uitsondering van misdade ten opsigte waarvan min of geen onlangse vervolgings plaasgevind het nie, bv hulpverlening by selfmoord, dieregevegte en bigamie – kyk MSGC *Guidelines* 3.

is 'n afwyking van die riglyne ten einde 'n swaarder straf op te lê nie toelaatbaar bloot omdat die beskuldigde 'n vuurwapen besit of 'n ander gevaarlike wapen gebruik het nie.

### 3 3 2 Die horisontale skaal (B): strafregtelike voorgeskiedenis

Soos reeds vermeld is, het navorsing aangedui dat 'n beskuldigde se strafregtelike voorgeskiedenis die gewigtigste faktor by die primêre straftoemittingsbesluit (naamlik of 'n vryheidsontnemende straf opgelê moet word al dan nie) was. Die oogmerk om die publiek deur middel van onttrekking (*incapacitation*) van herhaalde oortreders te beskerm, was dus vooropgestel. Ingevolge die kommissie se strafbeleid word die erns van die oortreding nou egter die belangrikste faktor, terwyl aan die beskuldigde se strafregtelike voorgeskiedenis slegs 'n aanvullende rol toegeken word. Waar dit voorheen onduidelik was watter data uit die strafregtelike voorgeskiedenis gebruik mag word en watter gewig daaraan geheg behoort te word, word beide dié aangeleenthede uitvoerig deur die riglyne hanteer. Die volgende faktore word ingesluit en in berekening gebring:

(a) *Vorige felony-veroordelings* Die grondliggende gedagte by die bepaling van die strafregtelike voorgeskiedenis-puntetal op die straftoemittingsriglyne-rooster is dat elke vorige *felony*-veroordeling ten opsigte waarvan 'n *felony*-vonnis opgelê, opgeskort of uitgestel is, een punt tel onderworpe aan die volgende reëls:<sup>15</sup>

- Indien die oortreder voorheen aan 'n *felony* skuldig bevind is, maar slegs 'n *misdemeanor*- of *gross misdemeanor*-vonnis opgelê is, tel die vorige veroordeling as 'n *misdemeanor* of *gross misdemeanor*.<sup>16</sup> Die uitgangspunt is naamlik dat die werklike erns – en daarmee die gewig – van die vorige veroordeling eerder van die opgelegde vonnis as van die misdaadstitel en/of -klassifikasie afgelei behoort te word.

- Indien 'n vorige *felony*-skuldigbevinding tot 'n uitgestelde vonnis gelei het en die beskuldigde daardie tydperk suksesvol deurloop het, tel die veroordeling as 'n *felony*-veroordeling slegs vir vyf jaar vanaf die einde van die uitsteltermyn; daarna tel dit dieselfde as 'n *misdemeanor*.<sup>17</sup>

- 'n "Skoon tydperk" van tien jaar (dit wil sê waartydens die beskuldigde nie 'n *felony*-, *misdemeanor*- of *gross misdemeanor*-vonnis opgelê is nie) wis 'n vorige *felony*-oortreding uit. Soos die kommissie dit bondig stel:<sup>18</sup>

"A person who was sentenced for three felonies within a five-year period is more culpable than one sentenced for three felonies within a twenty-year period."

(b) *Status van beskuldigde ten tyde van oortreding* Een punt word toegeken indien die beskuldigde, toe die onderhawige oortreding gepleeg is, op proef, parool of in 'n gevangenis was op grond van 'n *felony*- of *gross misdemeanor*-skuldigbevinding en -vonnis, of op vrye voet verkeer het hangende straftoemitting. (Indien die onderhawige misdaad dus tydens borgtog voor skuldigbevinding in 'n vorige saak gepleeg is, "tel" dit nie. Insgelyks tel dit nie as die

15 Sekere van die reëls, tw dié wat uitsluitlik op besondere tegniese probleme ingevolge die Minnesota-reg betrekking het, is vir doeleindes van hierdie artikel weggelaat.

16 Kyk (c) *infra*.

17 Ingevolge (c) *infra*.

18 MSGC *Guidelines* 6.

onderhawige misdaad tydens die uitdien van 'n vorige *misdemeanor*-vonnis gepleeg is nie — selfs al het dié vonnis op 'n *gross misdemeanor*- of *felony*-skuldigbevinding gevolg.)

(c) *Vorige misdemeanor- en gross misdemeanor-veroordelings* Daar word 'n kwart punt toegeken vir elke vorige *misdemeanor*- veroordeling en 'n halwe punt vir elke vorige *gross misdemeanor*- veroordeling ten opsigte waarvan 'n vonnis opgelê, opgeskort of uitgestel is, onderworpe aan die volgende reëls:<sup>19</sup>

- Geen beskuldigde mag meer as een punt op grond van vorige *misdemeanor*- of *gross misdemeanor*-veroordelings toegesê word nie.
- Gedeeltes van 'n punt tel nie; aan 'n persoon wat byvoorbeeld drie kwartpunte verdien, word geen punt toegesê nie.
- Daar is 'n soortgelyke “skoon tydperk”-reël as onder (a) hierbo, maar die tydperk is vyf jaar.

In hierdie afdeling is dit belangrik om daarop te let dat dit 'n doelbewuste beleidsbesluit van die kommissie was om 'n verminderde gewig aan kleinere vorige oortredings toe te ken:<sup>20</sup>

“[W]ith no limit on point accrual, persons with lengthy, but relatively minor, misdemeanor records could accrue high criminal history scores and thus be subject to inappropriately severe sentences upon their first felony conviction.”

(d) *Vorige jeugdige beregtings* Daar word 'n halwe punt toegeken vir elke vorige jeugdige beregting (*juvenile adjudication*) wat 'n *felony* sou gewees het indien dit deur 'n volwassene gepleeg was,<sup>21</sup> onderworpe aan die volgende reëls:

- Die jeugdige beregting moes betrekking gehad het op oortredings gepleeg ná die beskuldigde se sestiende verjaarsdag.
- Toe die onderhawige oortreding gepleeg is, moes die beskuldigde nog nie die ouderdom van een-en-twintig jaar bereik het nie.
- Geen beskuldigde mag meer as een punt ten opsigte van vorige jeugdige beskikings toegesê word nie (gedeeltes van 'n punt tel weer eens nie).

Daar was aanvanklik groot meningsverskil of jeugoorkondes hoegenaamd ingesluit moes word. Die doel van die huidige reëling is om, binne sekere perke, jong volwasse oortreders met 'n agtergrond van ernstige jeugoortredings te identifiseer.

(e) Geen verkeersoortredings of enige *petty misdemeanors* word in berekening gebring by die strafregtelike voorgeskiedenis-skaal van die straftoemetering-riglyne-rooster nie.

Die finale strafregtelike voorgeskiedenis-puntetal op die horisontale skaal (B) bestaan uit die somtotaal van die punte wat ingevolge bostaande reëls toegeken is.

<sup>19</sup> Kyk opmerkings vn 15 *supra*.

<sup>20</sup> MSGC *Guidelines* 8.

<sup>21</sup> Op besonderhede aangaande die Minnesota-reg in hierdie verband word nie hier ingegaan nie.



### 3 4 Die Minnesota-straftoemetingsriglyne-rooster (2): die oplegging van vonnis

#### 3 4 1 Die norm- oftewel riglynstraf

Op die straftoemetingsriglyne-rooster<sup>22</sup> word die norm- oftewel riglynstraf soos volg vasgestel:

Die misdaad waaraan die beskuldigde skuldig bevind is, bepaal die ernsvlak op vertikale skaal (A).<sup>23</sup> Die strafregtelike voorgeskiedenis-puntetal op die horisontale vlak (B) word bepaal soos hierbo uiteengesit.<sup>24</sup> Die riglynstraf word gevind in die vakkie op die rooster waar die ernsvlak op (A) en die voorgeskiedenis-puntetal op (B) mekaar sny. Indien dié vakkie in 'n gegewe geval bokant links van lyn (x) – (y) (figuur 1) val, behoort die vonnis (in maande aangedui) opgeskort of uitgestel te word op toepaslike voorwaardes<sup>25</sup> – met ander woorde 'n nie-vryheidsontnemende straf behoort in plaas van gevangenisstraf opgelê te word.

Indien die vakkie egter onderkant regs van lyn (x) – (y) val, behoort die vonnis van gevangenisstraf uitgevoer te word. Daar sal opgemerk word dat al hierdie vakkies sowel 'n vaste voorgestelde straf (in gewone syfers) as 'n skaalruimte (in skuinsdruk) bevat, byvoorbeeld  $\frac{205}{195-215}$  by ernsvlak IX (voorgeskiedenis puntetal 5). Dit beteken dat die tipiese gemiddelde gevangenisstraf hier een van 205 maande sal wees, maar dat, buigsaamheidshalwe, 'n straf van tussen 195 en 215 maande nog steeds nie as 'n “afwyking”<sup>26</sup> hieronder behandel hoef te word nie.

Indien 'n opgeskorte vonnis ('n *stay of execution*) opgelê word, word die normstraf opgelê, soos in die betrokke vakkie aangedui, maar die uitvoering daarvan word vir 'n bepaalde tydperk en ingevolge geskikte voorwaardes opgeskort. Indien 'n uitgestelde vonnis ('n *stay of imposition*) gegee word, word geen vonnislengte opgelê nie; die oplegging word juis uitgestel na 'n bepaalde datum in die toekoms. Indien vonnis ooit opgelê sou word, word die normstraf in die betrokke vakkie dán opgelê. Indien 'n opgelegde vonnis verskil van dié wat in die betrokke vakkie aangedui word, is dit 'n sogenaamde “afwyking” van die norm. Dit word vervolgens behandel.

#### 3 4 2 Afwykings

Die straftoemetingsbeampte is verplig om die normstraf op te lê tensy daar in 'n besondere geval substansiële en dringende (*substantial and compelling*) redes is om daarvan af te wyk, in welke geval die straftoemeter geskrewe redes vir sy vonnis moet verskaf wat (i) die substansiële en dringende aard van die omstandighede uiteensit en (ii) aandui waarom die toegemete straf toepasliker, redeliker of billiker (*more appropriate, reasonable or equitable*) as die norm-straf is. In hierdie verband moet die straftoemeter die basiese beleidsoorwegings en beginsels van die kommissie voor oë hou.<sup>27</sup>

22 Kyk figuur 1 *supra* 394.

23 Kyk par 3 3 1 *supra*.

24 Kyk par 3 3 2 *supra*.

25 Wat *infra* bespreek sal word.

26 Kyk *infra* par 3 4 2.

27 Kyk *supra* par 3 2, veral par 3 2 4.

Afwyking kan geskied met betrekking tot óf beskikking (naamlik tronkstraf of nie), óf lengte van vonnis, óf albei. In laasgenoemde geval moet vanselfsprekend twee stelle redes vir die afwykings verstrek word.

Die kommissie moedig nie al te maklik afwykings aan nie:<sup>28</sup>

“The aggravating or mitigating factors and the written reasons supporting the departure must be substantial and compelling to overcome the presumption in favour of the guideline sentence. The purposes of the sentencing guidelines cannot be achieved unless the presumptive sentences are applied with a high degree of regularity. Sentencing disparity cannot be reduced if judges depart from the guidelines frequently. Certainty in sentencing cannot be attained if departure rates are high. Prison populations will exceed capacity if departures increase imprisonment rates significantly above past practice.”

### 3 4 3 Faktore wat gebruik mag word met betrekking tot afwykings

Dit is die kommissie se beleid dat straftoemeting nie sodanig deur 'n beskuldigde se ras, geslag of inkomstevlak beïnvloed mag word dat dit in 'n bepaalde geval 'n grond vir afwyking van die riglynstraf daarstel nie. Gevolglik word sekere faktore wat oor die algemeen nou met ras, geslag of inkomstevlak saamhang, as *ontoelaatbaar* vir doeleindes van afwyking van 'n riglynstraf beskou. Dié faktore is:

- Ras
- Geslag
- Werksfaktore soos beroep, uitwerking van vonnis op beroep, beroeps-geskiedenis, werk ten tyde van oortreding, werk ten tyde van straftoemeting
- Maatskaplike faktore soos opvoedkundige vlak, woonplek tydens oortreding of straftoemeting, lengte van verblyf, huwelikstatus.

'n Beskuldigde mag ook nie swaarder of ligter gestraf word afhangend daarvan of hy sy strafprosessuele regte uitgeoefen het of nie.

Die kommissie verskaf vervolgens 'n lys van versagtende en verswarende faktore wat wel in oorweging geneem mag word. Daar word beklemtoon dat dit nie 'n *numerus clausus* nie maar eerder 'n illustrerende lys is.<sup>29</sup>

Hoewel sekere faktore nie *vir doeleindes van afwyking van 'n riglynstraf* gebruik mag word nie, kan dit nogtans aanwending vind by die neerlê van paslike *voorwaardes* van opskorting of uitstel. So mag 'n persoon se werksomstandighede tydens straftoemeting in ag geneem word by die vraag of (waar 'n nie-vryheidsontnemende straf aangewese is) 'n vergoedende bevel gemaak moet word of nie.

### 3 4 4 Voorwaardes by opgeskorte en uitgestelde vonnisse

Ten opsigte van ongeveer 80% van alle veroordeelde *felons* (ernstige oortreders) in Minnesota word opgeskorte of uitgestelde vonnisse opgelê. By die skryf van hierdie verslag het die kommissie egter nog nie riglyne met betrekking tot die neerlê van voorwaardes by opgeskorte of uitgestelde vonnisse daargestel nie.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> MSGC Guidelines 12–13.

<sup>29</sup> Die lys word as aanhangsel 2 *infra* 409 aangeheg.

<sup>30</sup> Die kommissie is wel van voornemens om dit mettertyd te doen: MSGC Guidelines 22 *ev*; MSGC Report 1980 26.

Wanneer 'n gegewe geval in 'n vakkie bokant of links van lyn (x) – (y) op die straftoemetingsriglyne-rooster<sup>31</sup> val, het die straftoemetingsbeampte dus tans 'n vryer diskresie om óf die vonnis uit te stel, óf dit op te skort en om voorts enige voorwaardes neer te lê wat regtens geoorloof en paslik vir die betrokke geval is. Daar word as uitgangspunt gestel dat dié tipe nie-vryheidsontnemende vonnis onder toesig (van 'n proefbeampte of hulpbeampte) uitgedien sal word: "Supervised probation should continue as a primary condition of stayed sentences."<sup>32</sup>

Alhoewel riglyne as sodanig nog nie daargestel is nie, het die kommissie sekere aanduidings gegee van die rigting waarin sake behoort te ontwikkel:

- Uitstel van vonnis word beskou as die ligter vonnis, wat die toepaslikste sal wees ten opsigte van beskuldigdes wat 'n betreklike lae vlak op die vertikale skaal (A) en 'n betreklike lae puntetal op die horisontale skaal (B) het.
- Verskeie oogmerke mag met die neerlê van voorwaardes nagestreef word, soos vergelding, rehabilitasie, beskerming van die publiek, vergoeding en afskrikking.
- Die relatiewe belangrikheid van bogenoemde oogmerke mag van geval tot geval verskil na aanleiding van die eienskappe van sowel die oortreding as die oortreder.
- Meervoudige doelstellings mag in 'n vonnis teenwoordig wees.
- 'n Straftoemeter behoort eers die doelstellings wat met 'n uitgestelde of opgeskorte vonnis en voorwaardes nagestreef wil word, te oorweeg en daarna die hulpbronne waarmee dit bereik kan word.
- Wanneer rehabilitasie 'n belangrike oogmerk is, behoort plaaslike fasiliteite en hulpbronne deeglik ondersoek te word.
- Gebrek aan rehabilitasiefasiliteite en -hulpbronne moet nie lei tot gebruikmaking van 'n swaarder straf as wat andersins opgelê sou word nie.
- Vergoeding en gemeenskapswerk moet veral (maar nie uitsluitlik nie) oorweeg word ten opsigte van beskuldigdes met 'n lae horisontale puntetal (B) wat aan 'n vermoënsmisdaad skuldig bevind is.
- Wat boetes betref, beveel die kommissie uitgebreide aanwending van 'n dagdelstelsel aan.

Met betrekking tot die intrekking van opskorting of uitstel (dit wil sê inwerkingstelling van die opgeskorte vonnis of oplegging van die uitgestelde vonnis), het die kommissie wel riglyne neergelê aangesien sodanige intrekkings 'n beduidende uitwerking op die gevangenisbevolkingstal kan hê.<sup>33</sup> Die uitgangspunt is soos volg:<sup>34</sup>

"The decision to imprison an offender following a revocation of a stayed sentence should not be undertaken lightly and, in particular, should not be a reflexive reaction

31 Kyk figuur 1 *supra* 394.

32 MSGC *Guidelines* 23. Daar moet op gelet word dat *probation* in die Amerikaanse literatuur gewoonlik in 'n wye sin gebruik word, tw as professionele of para-professionele toesig oor 'n veroordeelde wat sy vonnis in die gemeenskap (dws nie in 'n gevangenis nie) uitdien; die vonnis mag uitgestel of opgeskort wees en is gewoonlik aan negatiewe en/of positiewe voorwaardes onderworpe. 'n *Stayed sentence* beteken 'n uitgestelde of 'n opgeskorte vonnis.

33 Vgl Knapp *Impact* 17.

34 MSGC *Guidelines* 24.



to technical violations of the conditions of the stay . . . The guidelines are based on the concept that the severity of the sanction ought to depend primarily on the severity of the current offence and the criminal history of the offender. Therefore, great restraint should be used when considering increasing the severity of the sanction based upon non-criminal technical violations of probationary conditions.”

Eerder as dat opskorting of uitstel ingetrek word by nie-nakoming van die neergelegde voorwaardes, beveel die kommissie aan dat die voorwaardes van opskorting of uitstel in 'n gegewe geval heroorweeg word met die oog op die moontlike wysiging (wat verswaring mag insluit) daarvan.

Intrekking sou egter aangewese wees wanneer (i) die oortreder tydens die tydperk van opskorting of uitstel aan 'n nuwe *felony* skuldig bevind is ten opsigte waarvan die straftoemeteringsriglyne gevangenisstraf aanbeveel; of (ii) die oortreder aanhou om die voorwaardes nie na te kom nie ten spyte daarvan dat die voorwaardes alreeds vantevore aangepas is.

### 3 5 'n Projeksiemodel ten opsigte van die Minnesota-straftoemeteringsriglyne

#### 3 5 1 Inleiding

Daar is reeds op gewys dat aan die Minnesota-straftoemeteringsriglynekommissie opgedra is om die beskikbare gevangenis- en ander fasiliteite deeglik voor oë te hou by die uitvoering van sy taak.<sup>35</sup>

Daar is ook op gewys dat die Minnesota-wetgewer en die kommissie aanvaar dat die strafregspiegingsstelsel self 'n verneme rol speel by die uiteindelijke daarstelling van 'n gevangenisbevolkingstal.<sup>36</sup> Ingevolge hierdie opdrag en gesigspunt was 'n gevangenisbevolkingsprojeksiemodel dus 'n voorvereiste vir die finale vasstelling van die ligging en konfigurasie van die beskikkingslyn ( $x - y$ ) op die straftoemeteringsriglyne-rooster) asook vir die vasstelling van die riglyntydperke van gevangenisstraf in die verskeie vakkies van die rooster.<sup>37</sup>

Die volgende faktore kan as van primêre belang by die bepaling van 'n toekomstige gevangenisbevolking beskou word:<sup>38</sup> Die bestaande gevangenisbevolking; nuwe toelatings wat vanaf die huidige tot 'n toekomstige tydstip by die gevangenisbevolking gevoeg word; en die duur van die gevangeneskap van oortreders in die bestaande gevangenisbevolking plus dié van nuwe toelatings.

Administratiewe faktore wat die gevangenisbevolking beïnvloed, sluit die volgende in: tegniese intrekking van parool of vrylating onder toesig; verkorting van die duur van gevangenisstraf deur middel van werksvrylatings- (*work release*-) of ander vroeër vrylatingsprogramme; in-berekening-brenging by straftoemetering van voor-verhoor aanhoudingstydperke; en goeie gedrag-afslag. Al hierdie en ander relevante faktore insake die strafregspieging is in ag geneem by die daarstelling van 'n komplekse projeksiemodel, die tegnikaliteite waarvan nie hier behandel hoef te word nie.<sup>39</sup>

Die voltooide projeksiemodel word gebruik om die waarskynlike sistemiese gevolge van beleids- en praktykswysigings ten opsigte van komponente van die

35 Kyk vn 7 en 8 en meegaande teks *supra*.

36 *Ibid*.

37 Kyk figuur 1 *supra* 394.

38 Knapp *Impact* 3.

39 Vir 'n bondige uiteensetting kyk Knapp *Impact* 3-11 en *passim*.

strafregspiegingsstelsel vas te stel. So kan duidelik aangetoon word dat indien méér gevangenes opgeneem sou word, maar die duur van die gevangeneskap van sodanige nuwe toelatings verminder sou word, die uiteindelijke gevolg nogtans sou wees dat daar meer paroolintrekkings plaasvind (aangenome dat 'n konstante paroolintrekkingskoers gehandhaaf word).<sup>40</sup> Insgelyks, indien die aantal direkte gevangenisstrawwe wat deur die howe opgelê word, verminder sou word, sou meer persone uiteindelik hul opskortings- of uitstelvoorwaardes verbreek.<sup>41</sup> Die vermoë van die projeksiemodel om die uitwerking selfs van klein aanpassings aan te dui, is indrukwekkend. So is aangetoon dat die riglyne, deur die puntetal ten opsigte van vorige *misdemeanor*- of *gross misdemeanor*-veroordelings tot één te beperk (in plaas daarvan om, soos die posisie in 'n vorige konsep was, geen perk te stel nie), die uitwerking sal hê om die daaglikse gemiddelde gevangenisbevolking in Minnesota met tussen 20 en 30 persone (dit is 1% tot 1,5%) te verminder.<sup>42</sup>

### 3 5 2 Die beskikkingslyn

Die voltooië projeksiemodel is gebruik om die uitwerking te toets wat die verskeie beleids- en praktiese voorstelle wat aan die kommissie voorgelê is, waarskynlik op die gevangenisbevolkingstal sou hê.<sup>43</sup> Van groot belang was eerstens die ligging en konfigurasie van die beskikkingslyn ( $(x) - (y)$ ) op die straftoemeteringriglyne-rooster.<sup>44</sup> Die algemene neiging van dié lyn reflekteer die onderliggende strafteoretiese of -filosofiese benadering op 'n duidelik sigbare wyse, terwyl terselfdertyd bevind is dat die ligging en konfigurasie van dié lyn, méér as enige ander enkele faktor, die uitwerking van die riglyne op die uiteindelijke gevangenisbevolkingsaard en -tal bepaal.

'n Suiwer geregtigheidsmodel (*just deserts*-benadering) sou beteken dat by straftoemeting sterk klem op die erns van die huidige misdaad moet val, terwyl relatief min betekenis aan die oortreder se strafregtelike voorgeskiedenis geheg word. Die projeksiemodel het aangetoon dat só 'n benadering totaal onaanvaarbaar is vanweë sy implikasies vir die gevangenisbevolkingstal: dit sou lei tot veel meer oorbevolking as wat in daardie stadium reeds in Minnesota bestaan het. 'n Suiwer onttrekkingsmodel (*incapacitation*-benadering) daarenteen sou inhou dat by straftoemeting klem op die oortreder se strafregtelike voorgeskiedenis moet val, en relatief min klem op die erns van die misdaad. Die projeksiemodel het op die ou end aangetoon dat sowel 'n onttrekkingsmodel as 'n *aangepaste* geregtigheidsmodel prakties was met verwysing na hul uitwerking op die gevangenisbevolking. Uiteindelik is op grond van beleidsoorwegings op laasgenoemde model besluit – naamlik 'n geregtigheids- (*just deserts*-) model wat tog wel deeglik met die beskerming van die publiek deur

40 *Idem* 10. Dit is bloot so omdat méér mense dan vinniger deur die “worsmasjien” sou gaan. 'n Groter paroolintrekkingsstal laat natuurlik weer die gevangenisbevolkingstal styg. In hierdie lig gesien, is dit duidelik dat 'n gevangenisbevolkingstal slegs betekenisvol sal daal indien daar eerstens *minder* gevangenes opgeneem word (dws indien die howe – moontlik aangespoor/gedwing deur die wetgewer – minder van gevangenisstraf gebruik maak) en tweedens *korter* tydperke van gevangenisstraf opgelê word. (Dit gaan hier vanselfsprekend nie oor korttermyngevangenisstraf nie!)

41 Knapp *Impact* 10. Vandaar die kommissie se riglyne om die té gereedlike intrekking van opskorting of uitstel teen te werk – vn 33 en daaropvolgende teks *supra*.

42 *Idem* 19.

43 *Idem* 11 vir besonderhede.

44 Kyk figuur 1 *supra* 394.

middel van onttrekking (*incapacitation*) rekening hou.<sup>45</sup> Die implikasies hiervan blyk grafies soos volg uit figuur 1:<sup>46</sup>

- Vir oortredings op die sewende ernsvlak of hoër, dui die riglyne gevangenisstraf aan op grond van die erns van die misdaad *per se* (afwyking om gegronde redes bly natuurlik moontlik in besondere gevalle).

- Die riglyne dui 'n nie-vryheidsontnemende straf aan vir oortredings op ernsvlakke een en twee tensy die vorige veroordelings- (oftewel strafregtelike voorgeskiedenis-) puntetal ses of meer is. (Die oorgrote meerderheid van oortredings op ernsvlakke een en twee sal dus *de facto* deur middel van vonnisse wat in die gemeenskap uitgedien word, bestraf word; afwyking om gegronde redes bly altyd moontlik.)

- Tussen ernsvlakke twee en ses, val die beskikkingslyn ten opsigte van die ernstiger oortredings by 'n laer vorige veroordelingspuntetal, terwyl dit ten opsigte van minder ernstige oortredings weer by 'n hoër vorige veroordelingspuntetal getrek is.

- Die finale plasing van lyn  $(x) - (y)$  sal na verwagting belangrike praktiese veranderings in Minnesota se straftoemetingspraktyk meebring: gevangenisstraf sal byvoorbeeld minder ten opsigte van vermoëns misdade (in besonder dié waar daar 'n lae of 'n redelike lae vorige veroordelingspuntetal is) gebruik word; daarenteen sal daar 'n betekenisvolle toename in die aanwending van gevangenisstraf ten opsigte van gewelddoortreders wees (veral dié met vorige veroordelings).

### 3 5 3 Die lengte van gevangenisstraf

Net soos die ligging en konfigurasie van die beskikkingslyn  $((x) - (y))$ , is ook verskeie lengte- (van gevangenisstraf) modelle deur middel van die projeksiemodel getoets.<sup>47</sup> Die volgende drie oorwegings het besondere aandag ontvang:

(a) *Die verskeie strafteorieë* Die wyse waarop strafmaat (*in casu* die lengte van gevangenisstraf) in die straftoemetingsriglyne-rooster toeneem, toon net soseer strafbeleid as die ligging van die beskikkingslyn aan. Waar die lengte van gevangenisstraf vinniger toeneem op grond van vorige veroordelings as wat dit toeneem op grond van die erns van die oortreding, dui dit aan dat 'n onttrekkingsbeleid gevolg word. Waar die omgekeerde plaasvind, word weer 'n vergeldingsbeleid gevolg. Die kommissie het in beginsel besluit om 'n "gemengde" beleid (onttrekking en vergelding) te aanvaar.

(b) *Die heersende beleid en praktyk van die Minnesota Corrections Board (MCB)* Die kommissie het 'n noukeurige empiriese studie van die MCB se aktiwiteite ten opsigte van vrylatings (op parool of andersins) gedoen. Dit is bemerkenswaardig dat geen konsekwente patroon vasgestel kon word nie. Met betrekking tot die interne riglyne van die MCB (wat beskikbaar gestel is), merk die kommissie soos volg op:<sup>48</sup>

"The MCB's ability to depart from their guidelines, and their willingness to do so, assumed that written statements of policy would not square completely with actual practices."

45 Knapp *Impact* 13–14; MSGC *Report 1980* 10–12.

46 *Supra* 394; vgl MSGC *Report 1980* 11–12.

47 Knapp *Impact* 15–16; MSGC *Report 1980* 12–15.

48 MSGC *Report 1980* 13.



Die MCB se *de facto* praktyk kon nie vrugbaar gebruik word om 'n model vir die lengte van straf te ontwikkel nie.

(c) *Die uitwerking op die stelsel* Die uitwerking van verskeie modelle van strafteorieë en kombinasies van strafteorieë op die gevangenisbevolkingstal is deur middel van die projeksiemodel getoets. Daar is in gedagte gehou dat daar in die vakkies onder of regs van lyn (x) – (y) op die straftoemeteringsriglyne-rooster 'n speling van plus of minus 5% tot 8% ter wille van buigsaamheid weens gegronde redes (maar nie die “substansiële en dwingende” redes wat vir 'n *afwyking* as sodanig nodig is nie) ingebou sou word, en daar is ook 'n tentatiewe projeksie gemaak dat ongeveer 10% van alle straftoemeterings “afwykings” van die riglynstraf sou wees. Die riglyn-lengtes is uiteindelik só vasgestel dat daar ook nog 'n 5% “veiligheidsgrens” toegelaat is tussen die geprojekteerde totale gevangenisbevolkingstal in die totale aantal plekke wat in Minnesota se gevangnisse beskikbaar is. Die riglyn-lengtes waarop finaal besluit is, verskyn in die vakkies op die rooster (figuur 1).<sup>49</sup>

### 3 5 4 Die geprojekteerde uitwerking van die riglyne

Met behulp van die projeksiemodel het die kommissie bepaal wat die waarskynlike uitwerking van die straftoemeteringsriglyne op Minnesota se gevangenisbevolkingstal sal wees. Projeksies is gemaak ten opsigte van tipes oortredings, manlike teenoor vroulike gevangenes, rassegroepe, ouderdomsgroepe, die uitwerking op sekere howe in bepaalde judisiële distrikte en tydperke van gevangesetting.<sup>50</sup> Daar word in hierdie verband weer eens gewys op hoe 'n belangrike rol die komponente van die strafregspiegelingstelsel (insluitend reëls insake straftoemetering) ten opsigte van die uiteindelijke statistiek speel.<sup>51</sup>

“One outcome of sentencing reform in other jurisdictions [te wete verpligte minimum-strawwe] has been massive increases in prison populations. Most of the population increases have been attributed to changes in sentencing behaviour and very little appears to be attributable to changes in crime rates . . . [Another] consequence of sentencing reform in other jurisdictions has been a build-up in the institutions of offenders serving long terms.”

Die volgende is 'n seleksie van die projeksies:

- Die riglyne is só ontwerp dat Minnesota se staatsgevangenes se bestaande totaal van 2 072 beddens nie oorskry sal word nie, maar eerder 5% onder kapasiteit sal wees. Die hoogste gevangenisbevolkingstal sal nie 2 033 binne die volgende vyf jaar oorskry nie.
- Meer oortreders teen die persoon as vermoënsoortreders sal mettertyd in die gevangenis beland. Eersgenoemde sal vanaf 58% tot 74% styg terwyl laasgenoemde vanaf 39% tot 23% van die gevangenisbevolking sal daal.
- Die verskil in die gevangesettingskoers tussen swart en wit persone ten opsigte van ernstige misdade teen die persoon sal uitgeskakel word.
- Daar sal 'n toename vanaf 18% tot 26% wees ten opsigte van oortreders wat vonnisse van langer as vyf jaar uitdien, gepaardgaande met 'n afname vanaf 40% tot 30% ten opsigte van oortreders met vonnisse van drie tot vyf jaar.

49 Kyk *supra* 394.

50 Knapp *Impact* 20–21; MSGC *Report 1980* 15–21.

51 MSGC *Report 1980* 16 20.

- Die persentasie kort-termyners (minder as 12 maande) sal dieselfde (13%) bly, asook die persentasie wat vonnisse tussen een en twee jaar uitdien (28%).
- Die gemiddelde ouderdom van die gevangenisbevolking sal styg: die kategorie 18–23 jaar sal binne vyf jaar van 40% tot 34% daal, terwyl die groep bó 30 jaar van 32% tot 38% sal styg.

### 3 6 Verwante beleidsaangeleenthede

Die voorafgaande projeksies is nie net gebaseer op die horisontale en vertikale skale wat reeds bespreek is nie, maar het die waarskynlike uitwerking van riglyne ten opsigte van verwante beleidsaangeleenthede ook deeglik in berekening gebring. Die volgende is van belang:

#### 3 6 1 Opeenvolgende vonnisse

Volgens Knapp blyk dit, op grond van empiriese navorsing in ander Amerikaanse state, dat toenemende gebruikmaking van opeenvolgende oftewel aaneenlopende vonnisse (*consecutive sentences*) een van die belangrikste faktore vir gevangenisbevolkingstoenames in daardie state was.<sup>52</sup> Die Minnesota-kommissie het, weer eens met gebruikmaking van die projeksie-model, as riglyn neergelê dat opeenvolgende vonnisse slegs in 'n klein kategorie misdade opgelê *mag* (nie “moet” nie) word anders kom dit op 'n afwyking neer wat skriftelik gemotiveer moet word. Die kategorie waarvoor opeenvolgende vonnisse toegelaat word, is hoofsaaklik meervoudige skuldigbevindings aan misdade teen die persoon; die wyse waarop die totale tydperk uitgewerk moet word, word in die riglyne voorsien.<sup>53</sup> Die kommissie wys daarop dat in alle gevalle beoordeel moet word of die algemene beleid van die riglyne – naamlik straftoemeting in verhouding tot die erns van die misdaad en die strafregtelike voorgeskiedenis (vorige veroordelings), met wysiginge na gelang van versagende en/of verswarende omstandighede – in 'n gegewe geval deur opeenvolgende eerder as deur samelopende vonnisse gedien sal word.<sup>54</sup>

#### 3 6 2 Poging en sameswering

Die praktyk in Minnesota was in die algemeen om, ingevolge die strafkode, die tydperk van gevangenisstraf weens 'n skuldigbevinding aan poging of sameswering met die helfte van die straf vir die voltooide misdaad te bestraf. Die kommissie het deur middel van die projeksiemodel ondersoek ingestel na die uitwerking van hierdie “halveer-reël”, asook na moontlike alternatiewe, in die besonder na die moontlikheid om liever *minder* sodanige oortreders gevangenisstraf op te lê (die primêre besluit) maar om hulle dan *langer* tydperke op te lê (die sekondêre besluit). Dit is interessant en belangrik om daarop te let dat dit geblyk het dat die sekondêre besluit (naamlik hoe lank die gevangenisstraf moet wees) 'n geweldige invloed op die uiteindelijke gevangenisbevolkingstal uitoefen – soseer dat dit vir die kommissie nie moontlik was om die bestaande bevolkingstal te handhaaf sonder behoud van die “halveer”-metode nie, wat gevolglik op die ou end in die riglyne verskyn.<sup>55</sup> Vir poging of sameswering

52 Knapp *Impact* 16–17.

53 MSGC *Guidelines* 17–18.

54 *Idem* 20.

55 Knapp *Impact* 18.

word dus voorgeskryf dat die riglynstraf wat in die betrokke vakkie op die rooster aangedui word, bloot halveer word. (Soos altyd, is skriftelik gemotiveerde afwyking moontlik.)<sup>56</sup>

### 3 6 3 Statutêre maksima as perk

Daar word bepaal dat indien 'n uitgewerkte riglynstraf 'n bestaande statutêre maksimumstraf sou oorskry, moet laasgenoemde geag word die riglynstraf te wees.<sup>57</sup>

### 3 6 4 Krediet vir voor-vonnis aanhouding

In die riglyne word vereis dat volle krediet verleen word vir aanhouding vanaf inhegtenisneming tot straftoemeting. Die kommissie stel dit soos volg:<sup>58</sup>

“[T]he commission believes that offenders should receive jail credit for time spent in custody between arrest and sentencing. During that time, the defendant is presumed innocent. There is evidence that the poor and members of racial minorities are more likely to be subject to pre-trial detention than others. Granting such jail credit for those receiving executed sentences makes the total periods of incarceration more equitable.”

### 3 7 Inwerkingstelling, aanwending en monitor van die riglyne

Ingevolge magtigende wetgewing het die Minnesota-straftoemtingsriglyne op 1 Mei 1980 van krag geword en geld dit ten opsigte van misdade wat na dié datum gepleeg is. Reeds nege maande vantevore is met 'n opleidingsprogram begin:<sup>59</sup>

“Major changes in public policy and procedure are seldom self-executing. The commission (therefore) decided that a carefully planned and executed training programme was essential if the transition to presumptive sentencing was to be achieved in an orderly and effective manner.”

Samewerking is van sowel die verskillende betrokke staatsdepartemente as die balievereniging verkry. Permanente personeel van die kommissie was aktief by die opleidingsseminare betrokke.<sup>60</sup>

By die toepassing van die riglyne, verloop die proses soos volg:<sup>61</sup>

- By skuldigbevinding aan 'n *felony* word 'n datum vir straftoemeting bepaal.
- 'n Proefbeampte stel 'n voor-vonnisverslag (*pre-sentence investigation report*, in die praktyk “P-S-I” genoem) saam. Voor straftoemeting kry die regter, die aanklaer, die beskuldigde (of sy raadsman) en die kommissie eksemplare.
- Enige party mag te alle tye 'n volledige, formele straftoemtingsverhoor (*sentencing hearing*) aanvra. (Indien die regter dit oorweeg om van die riglyne af te wyk, word die partye vooraf hiervan in kennis gestel.)
- By 'n formele straftoemtingsverhoor word skriftelike en mondelinge getuienis aangebied deur beide vervolging en verdediging; die hof maak feite- en regsbevindings en lê 'n vonnis op. (Indien 'n formele verhoor nie gevra is nie, vind straftoemeting op die bepaalde dag plaas op grond van die getuienis wat reeds voor die hof is.)

56 MSGC Guidelines 21.

57 *Idem* 21.

58 *Idem* 24.

59 MSGC Report 1980 21.

60 *Idem* 21–23.

61 *Idem* 23.



● Indien óf die vryheidsontnemende óf die nie-vryheidsontnemende straf op 'n afwyking van die riglyne neerkom, moet die regter 'n geskrewe motivering vir sy vonnis gee, 'n afskrif waarvan aan die kommissie gestuur moet word (dit heet die *departure report*, oftewel die afwykingsverslag).

Ingevolge die magtigende wetgewing moet die Minnesota-straftoematings-riglyne-kommissie die toepassing van die riglyne deurgaans monitor.<sup>62</sup> Dit geskied met die oog op "kwaliteitsbeheer" (foute in die toepassing van die riglyne word onmiddellik opgemerk en aan die straftoematingsbeampte gerapporteer).

Dit verskaf ook die data wat benodig word vir voortgesette empiriese studie en analise – nie alleen met betrekking tot die riglyne as sodanig en hul toepassing nie maar ook met betrekking tot die strafregsplegingstelsel as 'n geheel, vanaf byvoorbeeld pleitonderhandeling tot hoftyd in beslag geneem, appèlle en uiteindelik, die uitwerking op die gevangenisbevolkingstal.

Die kommissie moet gereeld aan die wetgewende liggaam verslag doen.

### 3 8 Slot

Die jongste verslae van die kommissie was nie by die skryf van hierdie verslag beskikbaar nie. Die Minnesota-eksperiment was só suksesvol in die bereiking van sy doelstellings dat Knapp, die direkteur van die kommissie, deur die federale owerheid in Washington DC opgeroep is waar sy tans besig is om 'n soortgelyke stelsel vir al die federale howe te ontwerp.<sup>63</sup>

(Word vervolg)

#### AANHANGSEL 1

(Kyk opmerking (e) by figuur 1 *supra* 394)

#### Offense Severity Reference Table

X	Murder 2 – 609.19
IX	Murder 3 – 609.195
VIII	Assault 1 – 609.221
	Criminal Sexual Conduct 1 – 609.342
	Intrafamilial Sexual Abuse 1 – 609.3641
	Kidnapping (w/great bodily harm) – 609.25, subd. 2(2)
	Manslaughter 1 – 609.20(1) & (2)
VII	Aggravated Robbery – 609.245
	Arson 1 – 609.561
	Burglary – 609.58, subd. 2(1)(b)
	Criminal Sexual Conduct 2 – 609.343(c), (d), (e), & (f)
	Criminal Sexual Conduct 3 – 609.344(c) & (d)
	Fleeing Peace Officer (resulting in death) – 609.487, subd. 4(a)
	Intrafamilial Sexual Abuse 2 – 609.3642, subd. 1(2)
	Intrafamilial Sexual Abuse 3 – 609.3643, subd. 1(2)
	Kidnapping (not in safe place) – 609.25, subd. 2(2)
	Manslaughter 1 – 609.20(3)
	Manslaughter 2 – 609.205(1)
VI	Arson 2 – 609.562
	Assault 2 – 609.222
	Burglary – 609.58, subd. 2(2)

62 Kyk *idem* 23–26; die proses word uitvoerig behandel in die MSGC *Concept paper* (*supra* vn 6) wat ook voorbeelde van die vorms bevat.

63 Persoonlike mededeling Mei 1986.

- Criminal Sexual Conduct 2 - 609.343(a) & (b)
  - Criminal Sexual Conduct 4 - 609.345(c) & (d)
  - Escape from Custody - 609.485, subd. 4(4)
  - Fleeing Peace Officer (great bodily harm) - 609.487, subd. 4(b)
  - Intrafamilial Sexual Abuse 2 - 609.3642, subd. 1(1)
  - Intrafamilial Sexual Abuse 4 - 609.3644, subd. 1(2)
  - Kidnapping - 609.25, subd. 2(1)
  - Precious Metal Dealers, Receiving Stolen Goods (over \$2 500) - 609.53, subd. 1(a)
  - Precious Metal Dealers, Receiving Stolen Goods (all values) - 609.53, subd. 3(a)
  - Receiving Stolen Goods (over \$2 500) - 609.525; 609.53
  - Sale of Hallucinogens or PCP - 152.15, subd. 1(2)
  - Sale of Heroin - 152.15, subd. 1(1)
  - Sale of Remaining Schedule I & II Narcotics - 152.15, subd. 1(1)
- V Criminal Negligence Resulting in Death - 609.21
- Criminal Sexual Conduct 3 - 609.344(b)
  - Intrafamilial Sexual Abuse 3 - 609.3643, subd. 1(1)
  - Manslaughter 2 - 609.205(2), (3), & (4)
  - Perjury - 609.48, subd. 4(1)
  - Possession of Incendiary Device - 299F.80; 299F.815; 299F.811
  - Receiving Profit Derived from Prostitution - 609.323, subd. 1
  - Simple Robbery - 609.24
  - Solicitation of Prostitution - 609.322, subd. 1
  - Tampering w/Witness - 609.498, subd. 1
- IV Assault 3 - 609.223
- Bribery - 609.42; 90.41
  - Bring Contraband into State Prison - 243.55
  - Bring Dangerous Weapon into County Jail - 641.165, subd. 2(b)
  - Burglary - 609.58, subd. 2(1)(a) & (c), & (3)
  - Criminal Sexual Conduct 4 - 609.345(b)
  - Fleeing Peace Officer (substantial bodily harm) - 609.487, subd. 4(c)
  - Intrafamilial Sexual Abuse 4 - 609.3644, subd. 1(1)
  - Negligent Fires - 609.576(a)
  - Perjury - 290.53, subd. 4; 300.61; & 609.48, subd. 4(2)
  - Precious Metal Dealers, Receiving Stolen Goods (\$150 - \$2 500) - 609.53, subd. 1(a)
  - Precious Metal Dealers, Receiving Stolen Goods (over \$2 500) - 609.53, subd. 2(a)
  - Receiving Stolen Goods (\$150 - \$2 500) - 609.525; 609.53
  - Security Violations (over \$2 500) - 80A.22, subd. 1; 80B.10, subd. 1; 80C.16, subd. 3(a) & (b)
  - Terroristic Threats - 609.713, subd. 1
  - Theft Crimes - Over \$2 500 (*See Theft Offense List*)
  - Theft from Person - 609.52
  - Use of Drugs to Injure or Facilitate Crime - 609.235
- III Aggravated Forgery (over \$2 500) - 609.625
- Arson 3 - 609.563
  - Coercion - 609.27, subd. 1(1)
  - Coercion (over \$2,500) - 609.27, subd. 1(2), (3), (4), & (5)
  - Damage to Property - 609.595, subd. 1(1)
  - Dangerous Trespass - 609.60; 609.85(1)
  - Dangerous Weapons - 609.67, subd. 2; 624.713, subd. 1(b)
  - Escape from Custody - 609.485, subd. 4(1)
  - False Imprisonment - 609.255
  - Negligent Discharge of Explosive - 299F.83
  - Possession of Burglary Tools - 609.59
  - Possession of Hallucinogens or PCP - 152.15, subd. 2(2)
  - Possession of Heroin - 152.15, subd. 2(1)
  - Possession of Remaining Schedule I & II Narcotics - 152.15, subd. 2(1)
  - Possession of Shoplifting Gear - 609.521
  - Precious Metal Dealers, Receiving Stolen Goods (less than \$150) - 609.53, subd. 1(a)
  - Precious Metal Dealers, Receiving Stolen Goods (\$150 - \$2 500) - 609.53, subd. 2(a)
  - Prostitution (Patron) - 609.324, subd. 1

- Receiving Profit Derived from Prostitution – 609.323, subd. 2  
 Sale of Cocaine – 152.15, subd. 1(1)  
 Sale of Remaining Schedule I, II, & III Non-narcotics – 152.15, subd. 1(2)  
 Security Violations (under \$2 500) – 80A.22, subd. 1; 80B.10, subd. 1; 80C.16; subd. 3(a) & (b)  
 Solicitation of Prostitution – 609.322, subd. 2  
 Theft Crimes – \$150–\$2 500 (*See Theft Offense List*) Theft of Public Records – 609.52  
 Theft *Related Crimes* – Over \$2 500 (*See Theft Related Offense List*)
- II Aggravated Forgery (\$150–\$2 500) – 609.625  
 Aggravated Forgery (misc) (non-check) – 609.625; 609.635; 609.64  
 Coercion (\$300–\$2 500) – 609.27, subd. 1(2), (3), (4), & (5)  
 Damage to Property – 609.595, subd.1(2) & (3)  
 Negligent Fires (damage greater than \$10 000) – 609.576(b)(4)  
 Precious Metal Dealers, Receiving Stolen Goods (less than \$150) – 609.53, subd. 2(a)  
 Precious Metal Dealers, Regulatory Provisions – 325F.5213  
 Riot – 609.71  
 Sale of Marijuana/Hashish/Tetrahydrocannabinols – 152.15, subd. 1(2)  
 Sale of a Schedule IV Substance – 152.15, subd. 1(3)  
 Terroristic Threats – 609.713, subd. 2  
 Theft-Looting – 609.52  
 Theft *Related Crimes* – \$150–\$2 500 (*See Theft Related Offense List*)
- I Aggravated Forgery (Less than \$150) – 609.625  
 Aiding Offender to Avoid Arrest – 609.495  
 Forgery – 609.63; and Forgery *Related Crimes* (*See Forgery Related Offense List*)  
 Fraudulent Procurement of a Controlled Substance – 152.15, subd. 3  
 Leaving State to Evade Establishment of Paternity – 609.31  
 Nonsupport of Wife or Child – 609.375, subs. 2, 3, & 4  
 Possession of Cocaine – 152.15, subd. 2(1)  
 Possession of Marijuana/Hashish/Tetrahydrocannabinols – 152.15, subd. 2(2)  
 Possession of Remaining Schedule I, II & III Non-narcotics – 152.15, subd. 2(2)  
 Possession of a Schedule IV Substance – 152.15, subd. 2(3)  
 Selling Liquor that Causes Injury – 340.70  
 Solicitation of Prostitution – 609.322, subd. 3  
 Unauthorized Use of Motor Vehicle – 609.55

## AANHANGSEL 2

(Kyk *supra* vn 29)

### Factors that may be used as reasons for departure

The following is a *nonexclusive* list of factors which may be used as reasons for departure:

(a) *Mitigating Factors:*

- (1) The victim was an aggressor in the incident.
- (2) The offender played a minor or passive role in the crime or participated under circumstances of coercion or duress.
- (3) The offender, because of physical or mental impairment, lacked substantial capacity for judgment when the offence was committed. The voluntary use of intoxicants (drugs or alcohol) does not fall within the purview of this factor.
- (4) Other substantial grounds exist which tend to excuse or mitigate the offender's culpability, although not amounting to a defense.

(b) *Aggravating Factors:*

- (1) The victim was particularly vulnerable due to age, infirmity, or reduced physical or mental capacity, which was known or should have been known to the offender.
- (2) The victim was treated with particular cruelty for which the individual offender should be held responsible.



- (3) The current conviction is for an offense in which the victim was injured and here is a prior felony conviction for an offense in which the victim was injured.
- (4) The offence was a major economic offense, identified as an illegal act or series of illegal acts committed by other than physical means and by concealment or guile to obtain money or property, to avoid payment or loss of money or property, or to obtain business or professional advantage. The presence of two or more of the circumstances listed below are aggravating factors with respect to the offense:
  - (a) the offense involved multiple victims or multiple incidents per victim;
  - (b) the offense involved an attempted or actual monetary loss substantially greater than the usual offense or substantially greater than the minimum loss specified in the statutes;
  - (c) the offense involved a high degree of sophistication or planning or occurred over a lengthy period of time;
  - (d) the defendant used his or her position or status to facilitate the commission of the offense, including positions of trust, confidence, or fiduciary relationships; or
  - (e) the defendant has been involved in other conduct similar to the current offense as evidenced by the findings of civil or administrative law proceedings or the imposition of professional sanctions.
- (5) The offense was a major controlled substance offense, identified as an offense or series of offenses related to trafficking in controlled substances under circumstances more onerous than the usual offense. The presence of two or more of the circumstances listed below are aggravating factors with respect to the offense:
  - (a) the offense involved at least three separate transactions wherein controlled substances were sold, transferred, or possessed with intent to do so; or
  - (b) the offense involved an attempted or actual sale or transfer of controlled substances in quantities substantially larger than for personal use; or
  - (c) the offense involved the manufacture of controlled substances for use by other parties; or
  - (d) the offender knowingly possessed a firearm during the commission of the offense; or
  - (e) the circumstances of the offense reveal the offender to have occupied a high position in the drug distribution hierarchy; or
  - (f) the offense involved a high degree of sophistication or planning or occurred over a lengthy period of time or involved a broad geographic area of disbursement; or
  - (g) the offender used his or her position or status to facilitate the commission of the offense, including positions of trust, confidence or fiduciary relationships (eg, pharmacist, physician or other medical professional).

*It is notorious that in traffic situations children are (with acknowledgment to The Longman Synonym Dictionary) foolish, incautious, imprudent, indiscreet, irresponsible, injudicious, unwise, ill-considered; impetuous, impulsive, hasty, short-sighted, heedless, unheeding; foolhardy, head-long, rash, unwary; thoughtless, careless, reckless; spontaneous, unpremeditated, sudden, precipitate. This does not mean that all traffic must stop or reduce speed to a snail's pace as soon as young children appear in the vicinity of the road. It is a matter of foreseeability in the full context of all the relevant circumstances (per Erasmus J in Ndllovu v AA Mutual Insurance Association Ltd 1991 3 SA 655 (E) 660).*

# The political nature of the judicial function\*

M Dlamini  
LLB LLM

Associate Professor of Jurisprudence, University of Bophuthatswana

## OPSOMMING

### Die politieke aard van die regterlike funksie

Volgens die leerstuk van skeiding van magte bestaan die regering van 'n staat uit drie organe: die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag. Wanneer die rol van die howe in die ordening van die gemeenskap bespreek word, word egter soms ontken dat die regbank in die uitvoering van sy plig die werk van die ander twee vertakkinge van die regering aanvul. Die doelwit met hierdie artikel is om te probeer verduidelik dat die howe 'n bydrae tot die algemene handhawing van norme en waardes maak, asook tot die implementering van nuwe beleid wat ingestel word om die gemeenskap in 'n besondere rigting te stuur. Die howe vervul hierdie rol in die beslissings wat hulle van tyd tot tyd neem in die gedinge wat individue aanhangig maak.

The myth that judges are above politics and the accusation that anybody who regards the judicial role as being political is guilty of "scandalising" the courts are issues which have exercised people's minds and divided their loyalties for some time. It is also needless to say that the issue of the judicial role as inherently political need not generate any controversy as it is essentially about what judges do in reality; that is, courts form the third of the three organs of government in a state and, in this sense, perform a governmental role.

In his depiction of the development from a pre-legal to a legal system, Hart<sup>1</sup> uses the idea of the union of primary and secondary rules to bring out the role of the court in the resultant (developed) legal system. The pre-legal system is characterised by uncertainty, the static character of the rules and inefficiency. The cure for these defects is conveyed in what Hart calls the supplementing of "primary rules of obligation with secondary rules".<sup>2</sup> The secondary rules of adjudication establish the courts, the procedures and empower judges to make authoritative determinations about whether, *inter alia*, primary rules have been broken.<sup>3</sup> Amongst other things, therefore, the courts exist in order to prevent self-help, since in a society where there are no courts people may take the law

---

\* I am grateful to the Senate Research Committee of Unibo for financial assistance.

1 *The concept of law* (1961) 90–91.

2 *Idem* 91.

3 *Idem* 94.

into their own hands. It is in the interests of the state and society that there should be courts.

On the basis of the Hartian typology of a legal system, it would be a restricted view that would see a judge as merely concerned with the case before him and its consequences as being confined to the parties in court. Griffith<sup>4</sup> says that the traditional view was that the judge should

“act like a political, economic, and social eunuch, and have no interest in the world outside his court when he comes to judgment”.

However, nobody, including the judges themselves, would see the role of the judge as being confined to the consideration of the interests of the parties in court. As Bell<sup>5</sup> submits:

“The judge as a representative of the State, has to pay some attention in resolving the dispute to the fairness and social consequences of his decision, and this amounts to giving direction to society to some extent. This is particularly so where he has to adopt new rules or standards for resolution not merely of the dispute before him, but also for future disputes of a similar kind. It is in this aspect of controlling the exercise of State power that the judicial role is necessarily political.”

Therefore, when the courts exercise their adjudicatory role, they are helping to maintain social order and the achievement of justice.<sup>6</sup> In this regard, the court cannot be assessed in isolation from the other organs of government.<sup>7</sup> This may be precisely why Erasmus<sup>8</sup> says that an adequate appreciation of the judiciary's role involves the consideration of the broader context in which courts work and the evaluation of the expectations of both the government and the population for the “court's proper functioning and legitimacy”. The written judgments attest to an awareness on the part of the courts that they are expected to show their appreciation of the environment in which they operate. Otherwise, judgments would only consist of the awards granted by the court without any reasons and justifications. If the courts did not reflect their involvement in the government of a state, there would be no talk of a legal system and the maintenance of law and order.<sup>9</sup>

The truth of Austin's assertion that law is the command of the sovereign is reflected in the fact that any discussion of a legal situation or relationship is, in the final analysis, predicated upon the involvement of the state, either in the punishment of a crime or in the enforcement of a private undertaking. In short, when we say that something is the law or is legal, we are referring to the fact that the state, through the courts, has an interest and will enforce that relationship or punish the breach of the rule. Hart,<sup>10</sup> perhaps through his misreading of Austin, misleads people into believing that he is disagreeing with Austin, but incongruously concludes that power-conferring rules (which he regards as an improvement on Austin) provide individuals with facilities to realise their wishes by following certain procedures “within the coercive framework of the law”. Dworkin,<sup>11</sup> in accepting the inevitable link between law and official

4 *The politics of the judiciary* (1981) 209.

5 *Policy arguments in judicial decisions* (1983) 7.

6 *Ibid.*

7 Jackson *The Supreme Court in the American system of government* (1955) 2.

8 “The role of the courts in a divided society: a political question doctrine for South Africa?” in Corder (ed) *Democracy and the judiciary* (1989) 113.

9 Griffith 210.

10 27; see also Moles *Definition and rule in legal theory* (1987) 165–170.

11 *Law's empire* (1986) 97 110.



coercion, says that law is a matter of which rights supply the basis for invoking or withholding

“the collective force of the state because they are included in or implied by actual political decisions of the past”.

As the coercive framework of the law is determined and put in motion by the courts on behalf of the state, the interests of the state, which are basically political, are realised thereby. Therefore the coercive nature of law is not confined to the criminal law as such coerciveness is reflected in all branches of the law, especially if we take into consideration that law is largely a mirror of political realities. As Lubowski<sup>12</sup> says:

“Exactly because of the political content of a legal system, any attempt to argue that a judicial system can be completely isolated from political reality is nonsensical.”

The courts are also involved in politics via their function of defining the powers of all constitutionally established structures and procedures of government. Although it is generally correct to say that the respective organs of government which are established under a constitution have the competence to determine their powers, it is in the nature of the judicial role that the courts have the authoritative say about the constitutional limits of those powers.<sup>13</sup> Moreover, a decision about the powers and procedures of the institutions of government and the consequences of such a decision to the citizens of a state is of a political nature.<sup>14</sup> This is especially the case where the constitution is the supreme law of the state. The justification for giving the authoritative say to the court is that what the constitution provides, should not depend on what the interested organ says it is, as this would mean that the constitution exists at the option of that organ.<sup>15</sup> This would mean that we are still at the Hartian pre-legal stage, where there is inefficiency in the sense that there is nobody with an authoritative verdict as to what the law is.

The constitutional power of the judiciary to annul a law (which infringes a provision of the constitution), which has been passed by an elected legislature, is at times criticised as being undemocratic. However, such a view of democracy is based on what I call a reductionist or restricted view of democracy.<sup>16</sup> The approach confuses democracy with legislative procedures which embody bare majority rule whereas such procedures are simply a part of the institutional framework of a democratic regime. Legislative authority is a delegated power of government which should be exercised by representatives under certain constitutional conditions and for the good of every citizen. In this sense, provision for the testing power of the court is a choice, based on democratic principle, to restrict the legislative power of the majority so that such majority will adopt resolutions which respect the rights of the individual.<sup>17</sup> It is therefore a mistake to single out one feature of democratic conditions, such as majority rule,

12 “Democracy and the judiciary” in Corder (ed) 14; see also Seidman *The state, law and development* (1978) ch 5, esp 81 – 83 where he shows how the law of contract may perpetuate an inegalitarian society because of the involvement of the state.

13 Wheare *Modern constitutions* (1980) 101; see also *Harris v Minister of Interior* 1952 2 SA 428 (A).

14 Jackson 53.

15 *Idem* 22.

16 Freeman “Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review” 1990 – 1991 *Law and Philosophy* 357.

17 Jackson 70; Freeman 357.

political accountability or even equal political participation, and conclude that judicial review is undemocratic because it does not meet the demands of that standard. Democracy is constituted by more than one principle.<sup>18</sup>

The establishment of a court in a democracy is in essence aimed at preventing government by the majority from riding rough-shod over the rights of the individual. As Jaffe<sup>19</sup> says, the judges are the readily available protection of individuals and minorities. The courts are an integral part of democratic government alongside the legislature and the executive. In cases where the life, the liberty or property of the individual is in danger, "the judiciary is the most immediately available resource". Therefore, the courts are important as a third arm of government in a democracy because they make the protection of individual rights a reality. In the words of Bell:<sup>20</sup>

"Rights exist to protect the autonomy of the individual, his power to control his life and follow his own view of the good life. Rights have a value in themselves, even if their exercise is detrimental to the collective welfare in a particular case. Our political concern in a liberal society is not simply with the kinds of decision which are made, but also with the person who makes them, so we are prepared to accept detriment to the collective welfare, in order that people would be free to pursue their own plan of life."

With reference to the rule of law doctrine, Mathews<sup>21</sup> also says that the protection of basic rights helps citizens to be able to criticise the *status quo* and advocate alternative social and economic policies.

Freeman<sup>22</sup> speaks about basic rights and liberties which are part of a person's freedom. They are a condition for the maintenance of that person's sovereignty and independence and such rights and liberties cannot be alienated by anyone, including the bearer himself. In a liberal democracy, therefore, the role of the judiciary cannot be anything but political, since the judges are expected to protect the individual from being over-run by the majority juggernaut. The point being made here is that judicial review is a "rational and shared precommitment among free and equal sovereign citizens at the level of constitutional choice"<sup>23</sup> aimed at constraining majority legislative processes by protecting the equal basic rights that constitute democratic sovereignty; in this way the courts are ensuring that legislation does not impinge upon those items which have been taken off the legislative agenda, which is termed the bill of rights.<sup>24</sup>

It is in this regard that the factors which the courts consider in justifying their decisions about rights, become relevant. In order for a court to make a decision that accords with the rights of the individual, it should base such a decision on principle and not on grounds of policy.<sup>25</sup> Dworkin explains this as follows:

"Arguments of principle attempt to justify a political decision that benefits some person or group by showing that the person or group has a right to the benefit. Arguments of policy attempt to justify a decision by showing that, in spite of the fact that

18 Freeman 362.

19 *English and American judges as lawmakers* (1969) 32 – 33.

20 15.

21 *Freedom, state security and the rule of law* (1986) 20; Bell 16.

22 347.

23 *Idem* 353; see also Dlamini "Parliamentary sovereignty, a bill of rights and judicial review" 1989 *De Rebus* 868.

24 Freeman 353; Sieghart *The international law of human rights* (1984) 93.

25 Dworkin *Taking rights seriously* (1981) 294; Bell 15.

those who are benefitted do not have a right to the benefit, providing the benefit will advance a collective goal of the political community.’<sup>26</sup>

Briefly, when courts follow the rights model in adjudication, they are concerned with showing that a person has a right to the benefit claimed and not that the decision to award the benefit is in the interests of the community as a whole.<sup>27</sup> This approach accords with the liberal democratic view that “rights have a value in themselves even if their exercise is detrimental to the collective welfare in a particular case”<sup>28</sup> or, in Dugard’s<sup>29</sup> words, the principles of the common law

“are designed to foster the basic political and legal ideal of modern Western society – the well-being and free development of the individual”.

In all this, the court will be involved in politics – no more, no less – because it may differ from the representatives of the majority. As I have said, the practice of democracy involves more than the pursuit of majority rule.

The area where the involvement of the judiciary in politics is contested, is, paradoxically, in the interpretation of statutes.<sup>30</sup> The denial is at first glance persuasive, but when one considers the fact that legislation is mainly concerned with the implementation of the policies of the government of the day, its holowness reveals itself. Further, as we know that adjudication in private disputes is inherently political, it is therefore absurd to deny political involvement where it actually resides, especially in statutory law where the policies of the government may clash with the rights of the individual. Regardless of whether the government of the state is democratic or authoritarian, it is precisely in the interpretation of statutes that the rights of the individual will be in issue. In all situations, and, irrespective of whether the decision of the court will favour or negate government policy, the court will be involved in politics.

The denial of personal involvement by judges in the interpretation of statutes is usually based on the argument that, as parliament is supreme, the courts cannot help but give effect to the legislature’s intention whenever they are called upon to interpret a statutory provision.<sup>31</sup> The intention of parliament is to be gleaned from the words used in framing the statute in question.<sup>32</sup> In this way, we are given the wrong impression that the interpretation of statutes is mechanical or literal. In *S v Nel*,<sup>33</sup> for instance, it was said that a distinction should be made between the functions of the legislature as a law-making and policy-determining arm of the executive, and that of courts of law whose function it is to interpret and apply statute law without amending or altering it in the

26 *Idem* 294.

27 Bell 15.

28 *Ibid.*

29 *Human rights and the South African legal order* (1978) 382.

30 See, eg, *idem* 368–374.

31 *Nxasana v Minister of Justice* 1976 3 SA 745 (D) 747H–748B (courts interpret legislation in such a way that it interferes less with individual liberty); *In re Duma* 1983 4 SA 469 (N) 475G–476A (courts can do little about policy matters as parliament is supreme); *Hashe v Cape Town Municipality* 1927 AD 380 388; *Minister of Interior v Lockhart* 1961 2 SA 587 (A) 602D–G; *R v Sachs* 1953 1 SA 392 (A) 409F–G; *Sachs v Minister of Justice* 1934 AD 11 38; *S v Nel* 1987 4 SA 276 (O) 288I–289A.

32 *Venter v R* 1907 TS 910 913; *Volschenk v Volschenk* 1946 TPD 486 487; Du Plessis *The interpretation of statutes* (1986) 31; Payne “The intention of the legislature in the interpretation of statutes” 1956 *Current Legal Problems* 96.

33 *Supra*.



light of their thoughts. Or, according to Lord Devlin,<sup>34</sup> judges are not professionally concerned with social justice, since they would not administer the law fairly if they were constantly questioning its justice or agitating their minds about its improvement. Even if the mechanical approach were a correct reflection of the real situation, it would still mean that judges are involved in implementing the government's policy. This would be tantamount to the court's admitting that it was an instrument of the government of the day, like the civil service, and not a separate arm of the government of the state.

However, the interpretation of statutes is essentially a creative and discretionary exercise.<sup>35</sup> The basic reason for this is that a rule interpreter cannot refer back to the rule maker to clarify the rule.<sup>36</sup> In short, the role of the courts in legislation is that they complete the legislative process. As was said in the *Ellis Park Stadium* case,<sup>37</sup> all law is judge-made law, as the form in which the statute is imposed on a community is that statute as interpreted by the courts. Botha<sup>38</sup> puts it well, when he says:

"Although the legislature has the primary legislative powers, those powers are not exclusive since the courts play a secondary legislative role. The legislature and the judiciary are partners in the law-making process."

Secondly, the nature of statutory language is usually imprecise in that it leaves the interpreter with the choice of either including or excluding a new case under the vaguely-worded rule.<sup>39</sup> In the interpretation of statutes, therefore, judges are involved in making policy decisions.<sup>40</sup>

The intention theory, together with the literal approach to statutory interpretation, exaggerate the importance of language to the extent that language, as a means, is elevated to more than a point of entry into the meaning of a statute, or to the ultimate goal.<sup>41</sup> Such approaches also overlook the fact that in

34 "Judges and lawmakers" 1976 *Modern LR* 7. Lord Devlin is firmly opposed to judicial lawmaking because of lack of consensus, and because it is undemocratic and retroactive (*idem* 8–10). His view can easily be countered by reference to the views of Lord Hailsham, quoted by Moles 239–240 and that of Lord McCluskey, quoted by Lee *Judging judges* (1988) 19.

35 *Ebrahim v Minister of Interior* 1977 1 SA 665 (A) 678A; Payne 98–99; Cant "Police discretion" 1983–84 *Zimbabwe LR* 133; Lee 19; Moles 257 266; Dias *Jurisprudence* (1985) 333.

36 *Ellis Park Stadium v Minister of Justice* 1989 3 SA 898 (T) 903C–E; Dias 170–171; Payne 98–99.

37 *Supra* quoting Gray *Nature and source of law* 170–171. See also Botha *Statutory interpretation: an introduction for students* (1991) 52–55; Payne 105; Dias 183 333; Dugard 368 369–370; Hart 132; Clark and Trubek "The creative role of the judge: restraint and freedom in the common law tradition" 1961 *Yale LJ* 274 (quoting Theodore Roosevelt); Moles 259.

38 54; see also Dlamini "Is there a literal interpretation in law?" 1991 *SA Public Law* 20; Jaffe 20; Payne 105.

39 Payne 105 (does "carriage" include "bicycle"?); Hart 125–126 (does "motor-car" include "electrically propelled roller-skates"?); *Venter v R* 1907 TS 910 (does "any person" include "a returning resident"?); *R v Detody* 1926 AD 198 (does "any native" include "a female native"?).

40 Dugard 367 says: "However much judges may dislike making policy decisions, they cannot avoid this exercise as it is a basic and necessary part of the judicial function in any advanced, civilized legal system."

41 Du Plessis 50 says: "[L]anguage is the medium through which meaning is transmitted: not the meaning itself. The meaning of an enactment can never be identified with its language as such." See also *idem* 103; Payne 97.

interpretation, where the language fails to convey the thought of the speaker unequivocally, we look at other factors in order to inform ourselves about what the speaker intends to convey.<sup>42</sup> Despite the rhetoric to the contrary, however, our courts seem to be following the subjective or will theory in the interpretation of statutes.<sup>43</sup> My view is that the interpretation of statutes will always be purposive, and that this approach is part of our law.<sup>44</sup> In this way, judges show their own recognition that their role is political. Even Lord Devlin<sup>45</sup> submits that statutory interpretation is not exclusively literal, since regard should be paid to the manifest purpose of the statute.

The purposive approach to the interpretation of statutes is further reflected in the admission and consultation of the reports of judicial commissions of enquiry or reform commissions which preceded the passing of the legislation in question in order for the courts to ascertain the mischief aimed at and the state of the law as it was then understood to be.<sup>46</sup> But the admissibility of commission reports does not extend to proposals by any party,<sup>47</sup> nor to the recommendations themselves or to a draft bill, if there was one.<sup>48</sup> This approach accords with the view that the interpretation of statutes requires that information must be provided about their context as statutes now inaugurate new policies and social experiments.<sup>49</sup> The awareness shown by the courts for the need of information about the mischief aimed at and the state of the law at the time of the enquiry clearly shows that the courts are alive to their role in fulfilling the legislative function.

That the interpretation of statutes cannot be said to be mechanical or literalistic is further strengthened by the fact that, in all cases, the personal judgment of the interpreter is involved. There is nothing like the so-called plain case, since such a case will not even reach the court. Every judicial decision involves a fresh judgment, whether one is interpreting a statute or invoking a precedent.<sup>50</sup> The view that the role of the judge is to find and apply the law and

42 Cowen "Prolegomenon to a restatement of the principles of statutory interpretation" 1976 *TSAR* 153.

43 See generally Dlamini *passim*; see especially *Jaga v Dönges* 1950 4 SA 653 (A) 662G – 663A where the purposive approach was propounded – you look at the "matter of the statute, its apparent scope and purpose and, within limits, its background" (662); *Public Carriers Association v Toll Road Concessionaries (Pty) Ltd* 1990 1 SA 925 (A) 943G – H – the purposive approach is not alien in our law: "Mindful of the fact that the primary aim of statutory interpretation is to arrive at the intention of the Legislature, the purpose of a statutory provision can provide a reliable pointer to such intention where there is ambiguity" *per* Smalberger JA (my italics); *S v Speelman* 1989 4 SA 323 (E) 324C – G; *University of Cape Town v Bar Council* 1986 4 SA 903 (A) 914D.

44 *Ibid.*

45 13.

46 *Westinghouse Brake and Equipment (Pty) Ltd v Bilger Engineering (Pty) Ltd* 1986 2 SA 555 (A) 562I – 563A; *S v Mpetha* 1985 3 SA 702 (A) 713D; *S v Nel supra* 290F – 291H 292H – 293D; *Rand Bank Ltd v De Jager* 1982 3 SA 418 (C) 442E – 443H; *Hewlett v Minister of Finance* 1982 1 SA 490 (ZSC) 496H – quoting a House of Lords decision.

47 *Hewlett v Minister of Finance supra* 497A – C.

48 *Westinghouse Brake and Equipment (Pty) Ltd v Bilger Engineering (Pty) Ltd supra* 496H – 497A.

49 Dias 183.

50 Moles 241 260 – 266.

not to concern himself with the fairness of that law<sup>51</sup> should be rejected both because it is facile and because it perpetuates injustice<sup>52</sup> on man by man. It is simplistic because it ignores the fact that inarticulate premises play a large role in judicial decision-making,<sup>53</sup> and because it makes the judicial role appear as “a form of intellectual archeology”,<sup>54</sup> or like the picking of a can of peas from a shelf in the supermarket.<sup>55</sup> The point is that the interpretation of statutes is far more involved than the simple choice between the application of a rule or leaving it,<sup>56</sup> as suggested by Lord Devlin.<sup>57</sup> The interpretation of statutes involves the application of a generally-worded or generally-phrased provision to a specific or concrete situation, at times involving the continuing time frame within which the statute should apply;<sup>58</sup> in such situations the distinction between the “is” and the “ought” is often blurred.<sup>59</sup> In the process, judges are therefore involved in the legislative function.

The helplessness or non-involvement in social justice, which some judges proclaim, can be explained in terms of the way such judges interpret their role. The manner in which judges approach their function is premised on their understanding of what is called “role-fidelity”,<sup>60</sup> or the judges’ political theory,<sup>61</sup> or it involves a question of political philosophy.<sup>62</sup> The judges who disclaim personal and political responsibility in the application of harsh statutes reveal an approach “which concludes that executive officials are to be left more or less unhindered in their decisions”,<sup>63</sup> or that judges should “defer to what the lawgiver in fact requires”.<sup>64</sup>

The judicial approach which excludes moral considerations in the application of the law but concentrates on the moral ideas of the authors of the enactment as revealed in the public record, that is the statute, is called the plain fact approach. It is based on what Dyzenhaus called the historical design and counterpointer tests.<sup>65</sup> Such judges hold that their role is to apply the law as posited in deference to the lawgiver.<sup>66</sup> This approach has an affinity with positivism<sup>67</sup> although Dyzenhaus emphasises that positivism is not a doctrine of judicial responsibility but a theory of law. Judges who use the historical design test do

51 Devlin 7; *S v Adams* 1979 4 SA 793 (T) 801A; *Minister of Interior v Lockhart supra* 602D–G.

52 Dlamini 20–21; Moles 238 241.

53 Dugard 374–382.

54 Moles 257.

55 *Idem* 259.

56 *Idem* 266.

57 Devlin 2 13.

58 Dias 183.

59 *Idem* 333; Lee 19, where he quotes Lord McCluskey.

60 Cover *Justice accused: antislavery and the judicial process* (1975) 7 192–193 231–232.

61 Dworkin 106 109.

62 *Idem* 107; Lee 41–42 where he says that the judges’ perception of their role involves a question of political and constitutional theory.

63 Dyzenhaus *Hard cases in wicked legal systems: South African law in the perspective of legal philosophy* (1991) 175.

64 *Idem* 75.

65 *Ibid.*

66 *Idem* 57.

67 *Ibid.*; cf Dugard 373–374.



so because they hold a conservative doctrine of judicial responsibility and not because such judges are positivists.<sup>68</sup>

The plain fact approach can be used as another way of explaining those decisions in which the courts have been accused of furthering oppressive and discriminatory government policies.<sup>69</sup> In those cases, the courts decided in accordance with their view that the executive should be given a free hand to choose the most (subjectively) appropriate methods to implement the policies in question.<sup>70</sup> The judges held that the provisions of the statutes in question were not to be interpreted in the context of the common-law principles.<sup>71</sup> Whatever the merits of the plain fact approach may be, the courts follow it in an attempt to meet the political responsibility they think they have in the governance of the country.

The plain fact approach can be contrasted with the common-law approach, which holds that the presumptions of the common law obtain and are applicable in the interpretation of statutes unless such principles are excluded expressly or by necessary implication.<sup>72</sup> The fact that the statute affects the rights of the individual adversely is taken as a pointer that the principles of the common law apply.<sup>73</sup> Unlike the plain fact judges, the common-law judges take their duty to be that they should interpret statutes in the light of the principles of the common law.<sup>74</sup> The common-law judges see themselves as buttresses between the executive and the subject;<sup>75</sup> this means that where the jurisdiction of the courts has been excluded such ouster clauses are restrictively construed,<sup>76</sup> that where wide and autocratic powers have been given, failure to comply with the procedures renders the purported action invalid,<sup>77</sup> and that the right to be

68 Dyzenhaus 58; see also Forsyth and Schiller "The judicial process, positivism, and civil liberty II" 1981 SALJ 218.

69 Eg, *Sachs v Minister of Justice* supra 38; *Schermbucker v Klindt* 1965 4 SA 606 (A) 619G-H; *R v Sachs* supra 409D-G; *Minister of Interior v Lockhart* supra 602D-G; *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 263 (A) 273G-H; *Omar v Minister of Law and Order* 1987 3 SA 859 (A) 892D-F 893C-G 900F-901A; *State President v Tsenoli* 1986 4 SA 1150 (A) 1175B-H 1182B-I; *Rossouw v Sachs* 1964 2 SA 551 (A) 563C-F 563H-564A. See also Devlin 13 where he says: "[T]he statute is the master and not the servant of the judgment."

70 Dyzenhaus 73. See, in particular, *Sachs v Minister of Justice* supra; *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice* supra and *Omar v Minister of Law and Order* supra where the majority judgments clearly indicate that the court was aware of the drastic nature of the provisions but still decided that it could not obstruct the executive.

71 Dyzenhaus 73.

72 *Idem* 62; Du Plessis 52 where he says that the presumptions are the ABCs as well as the XYZs of statutory interpretation and that interpretation should therefore both begin and end with the presumptions (see also *idem* 54-56).

73 Dyzenhaus 126; Du Plessis 85.

74 Dyzenhaus 175; Dumbutshena "The rule of law in a constitutional democracy: the Zimbabwean experience" 1989 *De Rebus* 527.

75 *In re Willem Kok and Nathaniel Balie* 1879 Buch 45 66; *R v Pretoria Timber Co (Pty) Ltd* 1950 3 SA 163 (A) 181H-182A; *Bloem v State President of RSA* 1986 4 SA 1064 (O) 1075E-G.

76 *Bloem v State President of RSA* supra 1079G; *Minister of Law and Order v Hurley* 1986 3 SA 568 (A) 584A-C; *Schermbucker v Klindt* supra 621H-622C; *S v Moroney* 1978 4 SA 389 (A) 402E-403C.

77 *Nkondo and Gumede v Minister of Law and Order* 1986 2 SA 756 (A) 770J-771E; *Hashe v Cape Town Municipality* supra 387; *Omar v Minister of Law and Order* supra 909B-E.

heard in one's defence can only be taken away expressly or by necessary implication.<sup>78</sup>

The fact that one judge may be following the plain fact approach and another the common-law approach does not mean that one judge is more politically involved than the other. The difference between the two sets of judges involves their respective interpretation of their role, which interpretation is influenced by the judges' political philosophy, that is, whether they are conservative or liberal.<sup>79</sup> The (politically) conservative judge will mostly lean towards the rights of the state and adopt the plain fact approach, whereas the (politically) liberal judge is likely to lean towards the rights of the individual and will adopt the common-law approach where individual rights are threatened by official action. In a situation where certain judges adopt a different political position to the one they would be expected to follow, one may conclude that this proves that the fixing of the context in a particular case is determined by the personal considerations of the judge at a particular time. Whether the judge is regarded as conservative or liberal in that case, does not affect the point that political considerations enter into the interpretation of a statute. What it may prove, perhaps, is that judges cannot be type-cast.

Issue may be made of the fact that it is only judges in a jurisdiction where the constitution is supreme who are involved in politics and not those where there is supremacy of parliament.<sup>80</sup> A constitution with a bill of rights does assign a testing power to the courts which they normally do not possess in states where parliament is supreme. This aspect has been dealt with in relation to the justification for judicial review. The difference between the role of the South African judiciary and that of the judiciary in jurisdictions where the courts have the testing power of legislation which infringes the protected rights, is essentially a matter of degree<sup>81</sup> and not of substance. The rights of the individual exist as principles of the common law and have been developed by the courts.<sup>82</sup>

As it was said in *In re Willem Kok and Nathaniel Balie*<sup>83</sup> and *R v Pretoria Timber Co (Pty) Ltd*,<sup>84</sup> an important function of the courts is to secure the rights of the individual against encroachment by the executive. In pursuance of the role of the courts as an arm of the government of the state, and in emphasising their independence, the judges are often concerned with the rights of the individual. In the Dworkinian analysis, the judge bases his decision on principle and not on policy.<sup>85</sup> In Dugard's terms, the judge bases his decision on the presumptions of the common law which exist in order to foster the worth

78 *R v Ngwevela* 1954 1 SA 123 (A) 131H; the dissenting opinions of Williamson JA in *Schermbrucker v Klindt supra* 621H – 622C and *SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice supra* 277A, and the dissenting opinion of Hoexter JA in *Omar v Minister of Law and Order supra* 906D – E.

79 Dugard 379 – 380, quoting Justice FN Broome where the latter stated that the political affiliation of a judge may influence the latter's approach to his judicial problems.

80 *Idem* 366 – 367.

81 Corbett "Aspects of the role of policy in the evolution of our common law" 1987 *SALJ* 53.

82 Dugard 382 – 384; Mathews 18; Kentridge "Civil rights in Southern Africa – the prospect for the future" 1987 *Lesotho LJ* 154.

83 *Supra*.

84 *Supra*.

85 Dworkin 294.

of the individual.<sup>86</sup> Hoexter<sup>87</sup> speaks of judicial policy, the content of which is directed towards the maintenance of the judiciary and its integrity in the face of the threat represented by the sovereign powers of the legislature. In other words, the independence of the courts as another arm of government is reflected in their effectiveness in the administration of justice to the individual.

The theme of this article has been to the effect that the judicial function involves judges in giving direction to society in the decisions they make. Parliament enacts the policies of the government of the day into law in order to move society in certain directions. The courts participate in that process by implementing those policies in particular cases which are brought to the courts. I indicated that even in the traditional adjudicatory role between two private individuals, the judges represent and articulate the interests of the state in seeing to it that society upholds certain values and norms. Lee,<sup>88</sup> when talking about Lord Devlin, says:

"In particular, he [Lord Devlin] seems to recognise the truth that the law is not, cannot be morally neutral. Legislators and judges in their law-making capacity have to choose between competing moralities, not between morality and no-morality."

The involvement of the judges in giving direction to society, that is in law-making, is not a proactive one as courts deal only with cases which are brought by disputants to court. In this regard courts differ from parliament which is free to legislate on any topic on the initiative of the executive. Further, the courts deal with very few cases on any issue.<sup>89</sup> An important point which is related to the fact that courts do not initiate any lawmaking programme, is that they can only make law in a case by case fashion via cases brought by individuals to them; this process which started with a certain case, may take time to complete. As our courts are subordinate legislators,<sup>90</sup> it follows that their law-making can still be curbed by parliament which has the sovereign legislative power, and by later judges if it is held that the courts were incorrect in the case on that point, or by distinguishing that decision in later judgments.<sup>91</sup>

My concern has been about the need for an open discussion about the role of judges in government. The myth that the judge is or should be a political eunuch means that a serious responsibility of government is assigned to people who will not discharge it. We should acknowledge that the judge contributes to the "effectiveness and success of the legal system".<sup>92</sup>

In conclusion, I quote Bell again because I feel he puts the message across effectively:

"If the values of the system are considered in society as those which will achieve justice, then society needs to require that they be enforced. The most effective means of achieving this is to appoint as officials of the system those who believe that the system is justified as a means of achieving that goal and are politically committed to it. Such a commitment seems implied in the judicial oath to do 'justice according to law' . . ."<sup>93</sup>

Let us therefore accept that the judges' function is of a political nature in that judges contribute to the maintenance of the standards and values we consider important and to the implementation of new policies.

86 Dugard 382; Dyzenhaus 211.

87 "Judicial policy in South Africa" 1986 *SALJ* 442.

88 137.

89 *Idem* 7.

90 Payne 105; Hart 132; Lee 24.

91 Lee 18.

92 Bell 248.

93 *Ibid.*



# 'n Kritiese beskouing van die kredietwaardigheidsbegrip en kredietwaardigheidsbeskerming

HB Klopper  
BA LLD

Medeprofessor in die Handels- en Arbeidsreg, Universiteit van Pretoria

## SUMMARY

### A critical review of the concept and protection of creditworthiness

In previous articles (1992 *THRHR* 19 and 258) the principles of liability as well as the juridical concept of creditworthiness were analysed. In this article the present attitude towards creditworthiness is subjected to critical scrutiny and the applicable principles for the legal protection of creditworthiness are formulated. To attain this objective, the exact juridical nature of creditworthiness is determined, the relationship between creditworthiness, the *fama* and the *actio iniuriarum* is ascertained and finally the legal principles for the protection of creditworthiness are formulated.

## 1 INLEIDING

In vorige artikels is die aanspreeklikheidsbeginsels<sup>1</sup> asook die regsbeskouing<sup>2</sup> van kredietwaardigheid ontleed. In hierdie artikel word nagegaan of die huidige regsbeskouing van kredietwaardigheid die toets van 'n kritiese regswetenskaplike ondersoek kan deurstaan. Daarna word gepoog om beginsels vir die beskerming van kredietwaardigheid neer te lê. Ten einde hierdie doelwit te bereik, word eerstens die werklike aard van kredietwaardigheid bepaal, daarna die onderlinge verband tussen kredietwaardigheid, die *fama* en die *actio iniuriarum* vasgestel en laastens reëls vir die beskerming van kredietwaardigheid neergelê.

## 2 BEPALING VAN DIE WERKLIKE AARD VAN KREDIETWAARDIGHEID

### 2.1 Kredietwaardigheid as 'n regsbelang

In 'n vorige artikel<sup>3</sup> is bepaal dat kredietwaardigheid, soos dit in die handelspraktyk funksioneer, die uitdrukking is van die vertroue wat 'n kredietontvanger by 'n kredietgewer verwek. Hierdie vertroue berus op twee elemente, naamlik die wil en die vermoë van die kredietontvanger om sy geldelike verpligtinge na

---

1 1992 *THRHR* 258.

2 1992 *THRHR* 19.

3 1992 *THRHR* 19 ev.

te kom. Die wil ("reputasie") word geskep by diegene wat in 'n kommersiële verhouding tot so 'n persoon (handelaar) staan en daargestel onder meer deur die wyse waarop so 'n persoon of handelaar in die onlangse verlede krediet hanteer en gebruik het. Die persoon se morele karakter of aansien in die oë van die gemeenskap, asook die wyse waarop sy vriende en kennisse hom ervaar en beleef, speel myns insiens 'n onbeduidende rol by die bepaling van 'n persoon se kredietwaardigheid.<sup>4</sup>

Indien regter Flemming<sup>5</sup> se siening van kredietwaardigheid aan die werklikheid getoets word, blyk dit gou dat die *fama* nie die enigste element van kredietwaardigheid kan wees nie omdat die vermoë om te kan betaal as 'n ander element daardeur uitgesluit en misken word. Indien kredietwaardigheid dan argumentsonthalwe as 'n faset van die *fama* beskou word, sal dit tot gevolg hê dat 'n persoon met min aansien oor weinig of geen kredietwaardigheid sal beskik nie. Die werklikheid leer die teenoorgestelde: 'n persoon met onkreukbare aansien kan oor geen kredietwaardigheid beskik nie terwyl die mees gewetenlose en laakbare swendelaar wel kredietwaardig kan wees. Dit is ook moontlik dat 'n wellgestelde sakeman nie kredietwaardig is nie as byvoorbeeld sy gebruik van krediet in die verlede nie na wense was nie. Hierdie verskynsel toon duidelik dat die "reputasie" wat in kredietwaardigheid opgesluit is, nie met *fama* gelykgestel kan word nie, te meer as in gedagte gehou word dat nie alle lasterlike bewerings 'n verlies van kredietwaardigheid meebring nie, maar slegs daardie bewerings wat slaan op die *wil* en *vermoë* van 'n persoon om sy finansiële verpligtinge na te kom.<sup>6</sup>

Die onjuiste gelykstelling van die kredietwaardigheid en *fama* van 'n persoon blyk ook uit die feit dat wanneer beweer word dat 'n persoon nie die vermoë het om sy skuld te betaal nie, hierdie bewering soms onregmatig (lasterlik) en soms regmatig kan wees; derhalwe is dit nie altyd sonder meer onregmatig nie. In die afwesigheid van 'n geldige regverdigingsgrond dui hierdie verskynsel op 'n teenstrydigheid, naamlik dat een en dieselfde bewering regmatig of onregmatig kan wees. Alhoewel 'n bewering van onvermoë om te kan betaal nie altyd lasterlik is nie, kan so 'n bewering (al is dit nie laster nie) steeds nadelig op die kredietwaardigheid van 'n persoon inwerk deurdat kredietgewers daardeur beweeg kan word om óf nie met so 'n persoon sake te doen nie, óf bestaande kredietreëlings met hom op te roep of in te kort. Dieselfde beginsel geld ten opsigte van 'n bewering van insolvensie.<sup>7</sup> Die inherente teenstrydigheid wat deur die vereenselwiging van die *fama* met kredietwaardigheid veroorsaak word, word ook deur die voorgaande uitgebeeld.

4 Sien Klopper *Die beskerming van kredietwaardigheid in die Suid-Afrikaanse reg* (LLD-proefskrif UOVS 1986) 24 (aangehaal as Klopper *op cit*).

5 In *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O).

6 Sien *idem* 386; *Borkum v Cline* 1959 2 SA 670 (N).

7 Sien die *Borkum*-saak *ibid*. In *Kritzinger v Perskor* *ibid* word verklaar: "Of 'n refleksie op 'n persoon se finansies inderdaad 'n ander se agting verminder bly 'n feitlike vraag. Wat daardie vraag betref, onderskryf ek die bedenking in die *Masters*-saak *supra* dat dit *per se* lasterlik is om te sê dat 'n persoon arm is. Ek aanvaar graag dat die regdenkende mens nie sy agting vir 'n ander gradeer volgens die omvang van 'n ander se aardse besittings nie en sal iets byverstaan moet word, in regstaal 'n lasterlike *innuendo* van die een of ander aard, voordat laster aanwesig is. Daar sou ook onderskei moet word aan die hand van die benadering van die *Schoeman*-saak tussen werklike skending van die *fama* en huiwerigheid en teënsinnigheid van andere om krediet te verleen wat toe te skryf is slegs aan selfbeskerming."

Die sleutel tot die opklaring van hierdie teenstrydigheid is geleë in die werklikheidsgetroue uitkenning, onderskeiding en erkenning van die onderskeie begrippe. By die *fama* gaan dit oor die sosiaal-morele waarde-agting wat die *gemeenskap in die algemeen* jeëns 'n persoon koester, welke waarde-oordeel nie gegrond word op die finansiële welstand van daardie persoon nie en ook nie daarvan afhanklik is nie.<sup>8</sup> Dit is juis hierdie beginsel wat kredietwaardigheid van die *fama* onderskei. Kredietwaardigheid is naamlik 'n finansiële waarde-agting deur 'n *bepaalde gedeelte van die gemeenskap* (huidige en potensiele kredietgewers) jeëns 'n persoon wanneer daardie gedeelte van die gemeenskap in 'n kommersiële verhouding of so 'n potensiele verhouding teenoor hom te staan kom. Dié waarde-agting, in teenstelling met die *fama*, is dus nie algemeen nie maar segmenteel van aard en word gegrond op 'n persoon se gebruik van krediet in die onlangse verlede asook ondervindings van kredietgewers met so 'n persoon ten aansien van die terugbetaling van sy finansiële verpligtinge. Die uitwerking wat die skending van die kredietwaardigheid van 'n persoon op sy potensiele kredietgewers het, word gemanifesteer in die verskynsel dat sodanige kredietgewers teësinig is om aan hom krediet te verleen, nie omdat hy 'n swak karakter het nie maar omdat hulle eiebelang wil dien deur nie krediet toe te staan aan 'n persoon wat nie finansiël in staat is om sy verpligtinge na te kom nie.

Afgesien van die verskille wat deur die feitelike werklikheid teweeggebring word, is die grondslag van die persoonlikheidsregtelike *fama* nie op die finansiële terrein geleë nie, maar op die sedelik-morele.<sup>9</sup> Die enigste ooreenkoms tussen kredietwaardigheid en die *fama* is die feit dat beide hierdie belange, dit wil sê die persoonlikheidsregtelike reputasie (*fama*) en die reputasie wat inherent aan kredietwaardigheid is, afhanklik is van die siening van andere, maar dit is ook die *enigste* oënskynlike gemene deler.<sup>10</sup>

Die siening dat kredietwaardigheid 'n selfstandige belang, afgeskei van die *fama*, kan en moet wees, word verder deur aanknopingspunte in die Duitse en ander regstelsels gesteun.<sup>11</sup> Dat kredietwaardigheid afsonderlik beskerm behoort te word, blyk uit daardie regstelsels wat direk of indirek erkenning en beskerming aan kredietwaardigheid verleen asook uit die sake waarin eisers op grond van die inbreukmaking op hulle kredietwaardigheid lastereise ingestel het.<sup>12</sup>

Uit die voorgaande kan die voorlopige afleiding gemaak word dat kredietwaardigheid soos wat dit in praktyk funksioneer minstens geen *suiwer* persoonlikheidsregtelike belang kan wees nie.<sup>13</sup> Die verskille tussen die belang in kredietwaardigheid en die persoonlikheidsregte op die *fama*, *dignitas* en *corpus* kan bes moontlik aan die hand van 'n vergelyking van hul onderskeie eienskappe aangedui word.

8 Sien Klopper *op cit* 26 194.

9 *Idem* 26 194.

10 *Idem* 98 101 113.

11 Sien Helle *Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftliches Rufes im Privatrecht* (1969) 89; a 824 BGB; die Engelse Consumer Credit Act 1974; die Amerikaanse Fair Credit Reporting Act; Klopper *op cit* 39 ev 63 ev.

12 Klopper *op cit* 146 203.

13 *Ibid.*



## 2 2 Vergelyking van die eienskappe van persoonlikheidsregte met dié van die belang in kredietwaardigheid

### 2 2 1 *Eienskappe van persoonlikheidsregte*

Joubert<sup>14</sup> noem en verduidelik die volgende vyf onderskeidende kenmerke van 'n persoonlikheidsreg:<sup>15</sup>

*Onoordraagbaarheid* Met die uitsluiting van die vermoënsreg uit die kring van die persoonlikheidsreg, spreek hierdie eienskap vanself. Die persoonlikheidsreg is 'n reg op die eie persoonlikheid.<sup>16</sup>

*Onvererflikheid* Hierdie eienskap berus op dieselfde grondslag as die voorgaande.

*Onvatbaarheid vir prysgawe* In beginsel kan niemand van sy persoonlikheidsreg afstand doen nie omdat hierdie regte onlosmaaklik aan hom verbind is.<sup>17</sup>

*Onvatbaarheid vir beslaglegging* Dit is 'n verdere eienskap wat vanself uit die nie-vermoënsregtelike karakter van persoonlikheidsregte volg.

*Totstandkoming en tot niet gaan van persoonlikheidsregte* Persoonlikheidsregte onderskei hulle by uitstek van die ander regte in die opsig dat hulle totstandkoming en tot niet gaan gekoppel is aan die geboorte en afsterwe van die draer daarvan.<sup>18</sup>

Neethling<sup>19</sup> vereenselwig hom met Joubert se beskouing dat persoonlikheidsregte onlosmaaklik aan die persoonlikheid van die reghebbende gebonde is. Ander regte (afgesien van persoonlike immaterieelgoedereregte) word van die persoonlikheidsregte onderskei deurdat hulle buite die mens geleë is en dus geskei en selfstandig kan bestaan. Hierdie regte is dan vermoënsregte.

Die aantasting van persoonlikheidsregte kan volgens die huidige opvatting tot vermoënskade lei.<sup>20</sup> Sowel Joubert<sup>21</sup> as Neethling<sup>22</sup> huldig die standpunt dat indien vermoënsregtelike gevolge uit die aantasting van 'n persoonlikheidsreg voortvloei, dit nie beteken dat die persoonlikheidsreg 'n vermoënsregtelike karakter besit nie.<sup>23</sup>

### 2 2 2 *Vergelyking met die eienskappe van kredietwaardigheid*

Indien kredietwaardigheid aan die voorgaande eienskappe van persoonlikheidsgoedere (-regte) gemeet word, is dit duidelik dat daar nie van 'n suiwer persoonlikheidsregtelike belang sprake is nie.

Wat die *ontstaan en tot niet gaan van kredietwaardigheid* betref, is dit duidelik dat die geboorte en dood van 'n persoon geen verband daarmee hou nie. 'n Persoon wat sedert geboorte 'n onberispelike sosiaal-morele aansien het, is nie noodwendig kredietwaardig nie. Dit geld ook die persoon wat

14 *Grondslae van die persoonlikheidsreg* (1953) 146.

15 Sien ook Neethling *Persoonlikheidsreg* (1991) 15.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*

19 *Op cit* 14–15; sien ook *idem* 18–21 oor persoonlike immaterieelgoedereregte.

20 Joubert *op cit* 144; Neethling *op cit* 15.

21 *Op cit* 144.

22 *Op cit* 15.

23 Sien vn 21 en 22 *supra*.

vermoënd genoeg is en altyd sy aankope kontant doen. Die reputasie-element van kredietwaardigheid ontstaan nie met die geboorte van 'n persoon nie, maar wel deur die bevredigende gebruik van krediet. Daarom sal 'n persoon wat geen onlangse rekord van kredietgebruik het nie beswaarlik as kredietwaardig beskou word ten spyte van die feit dat hy vanaf geboorte reeds oor 'n *fama* beskik. Kredietwaardigheid, anders as die *fama*, kan ook vóór die dood van 'n persoon beëindig word indien so 'n persoon laat blyk dat hy nie sy finansiële verpligtinge gaan nakom nie of deurdat hy gesekwestreer word of 'n bank byvoorbeeld verkeerdlik betaling van sy tjek sou weier. Kortom, die plaasvind van enige gebeurtenis wat ongunstig reflekteer op 'n persoon se wil en vermoë om sy finansiële verpligtinge na te kom, kan sy kredietwaardigheid vernietig. Die vernietiging hoef egter nie permanent te wees nie. Wanneer 'n insolvent gerehabiliteer word of wanneer 'n persoon wat sy kredietwaardigheid verloor het van nuuts af weer 'n bevredigende kredietreputasie opbou, kan hy sy kredietwaardigheid herwin. Reeds hierdie enkele eienskapsverskil tussen kredietwaardigheid en persoonlikheidsgoedere is 'n sterk aanduiding dat kredietwaardigheid wesenlik van die *fama* verskil.

Wat die eienskap van *onvatbaarheid vir prysgawe* betref, kan kredietwaardigheid wel prysgegee word. 'n Kredietwaardige persoon kan deur die willekeurige nie-gebruik van krediet sy kredietwaardigheid verloor of kredietonwaardig word deur bewustelik so op te tree dat kredietgewers nie met hom sake wil doen nie. So sal 'n bewustelike versuim om gereeld te betaal, asook 'n vrywillige boedeloor-gawe meebring dat hy sy kredietwaardigheid prysgee. Ook die vergelyking van hierdie eienskap met dié van persoonlikheidsgoedere dui op 'n grondliggende verskil tussen die *fama* en kredietwaardigheid. Indien kredietwaardigheid en die *fama* dieselfde belang is, moet die verlies van kredietwaardigheid tegelyk ook 'n verlies aan *fama* tot gevolg hê. Die geldende reg is egter dat die bekendmaking van die feit dat 'n persoon nie kan betaal nie, nie lasterlik is nie.<sup>24</sup>

Die *onoordraagbaarheid* van persoonlikheidsgoedere is skynbaar die enigste eienskap gemeenskaplik aan die *fama* en kredietwaardigheid. Hierdie ooreenkoms is nie so werklik as wat met die eerste oogopslag wil lyk nie. Die rede waarom kredietwaardigheid onoordraagbaar is, is nie dieselfde as by die persoonlikheidsregtelike *fama* nie. Die onoordraagbaarheid van kredietwaardigheid spruit uit 'n heel ander oorsaak as die feit dat die beskermde belang van self onlosmaaklik aan die persoon gebonde is. Voordat daar van 'n kredietverhouding sprake kan wees, moet die kredietgewer en kredietnemer in 'n spesiale verhouding tot mekaar te staan kom. Die kredietgewer verleen krediet op sterkte van die vertrouwe wat die kredietontvanger verwek het. Geen kredietgewer sal krediet verleen aan 'n persoon op sterkte van die vertrouwe wat deur 'n ander persoon as die kredietontvanger verwek is nie.<sup>25</sup> Die kredietverhouding het daarbenewens 'n kontraktuele grondslag waarkragtens die kredietgewer

24 Sien *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O); Klopper *op cit* vn 156–163 229 230.

25 Sien Klopper *op cit* 242. Dit is oënskynlik die geval waar 'n persoon borg teken. Krities beskou, blyk dit egter dat die verskaffing van 'n borg juis volg indien die hoofskuldenaar nie (voldoende) kredietwaardig is nie of dan nie oor voldoende vermoë beskik om sy verpligtinge ingevolge die hoofskuldooreenkoms na te kom nie. Dit is steeds die vertrouwe wat die kredietontvanger verwek wat die kredietgewer beweeg om met hom die hoofskuld aan te gaan. Die borg verskaf slegs bykomende persoonlike sekuriteit en die hoofskuld word nie uitsluitlik op grond van sy (die borg se) kredietwaardigheid gesluit nie.

en die kredietontvanger kontraktueel teenoor mekaar verbind word. Slegs die kredietgewer en die kredietontvanger is regtens (in die afwesigheid van sessie of delegasie) verplig om ingevolge die ooreenkoms of kontrak te presteer en niemand anders nie. Kredietwaardigheid is derhalwe persoons- maar nie persoonlikheidsgebonde nie. Die kredietwaardigheid van 'n persoon kan wel tot sy geldelike voordeel aangewend word. So kan 'n kredietwaardige sakeman sy kredietwaardigheid gebruik om 'n belang in 'n besigheid te bekom deur vir so 'n besigheid borg te teken.<sup>26</sup> Geen suiwer persoonlikheidsbelang kan op hierdie wyse aangewend word nie. Afgesien hiervan versmelt die kredietwaardigheid van 'n entrepreneur mettertyd met sy onderneming en bestaan die kredietwaardigheid van die onderneming as deel van die besigheid afgeskeie van die oorspronklike stigter van die onderneming.<sup>27</sup>

By *onvatbaarheid vir prysgawe* is daar wel 'n ooreenkoms met persoonlikheidsregte. Alhoewel een van die elemente van kredietwaardigheid, naamlik die vermoënsdeel (die vermoë om te kan betaal), beslaglegbaar is, volg dit by nadere oorweging dat hierdie beslaglegging nie ten opsigte van die totale kredietwaardigheidsbelang kan geskied nie. Ontneming van die vermoë om te kan betaal, kan wel tot kredietonwaardigheid lei, maar dit beteken nie dat die beslaglegging op die bates of verdienste van 'n persoon noodwendig 'n beslaglegging op sy kredietwaardigheid was nie. Daarbenewens kleef kredietwaardigheid steeds aan die persoon.<sup>28</sup>

Om bovermelde redes is kredietwaardigheid ook *onvererflik*.<sup>29</sup>

## 2 3 Werklike aard van kredietwaardigheid

### 2 3 1 Algemeen

Uit die voorgaande is dit duidelik dat kredietwaardigheid minstens nie 'n suiwer persoonlikheidsregtelike belang is nie. Wat nou van belang kan wees by die bepaling van die ware aard van kredietwaardigheid, is om die subjek en objek van die potensiele subjektiewe reg op kredietwaardigheid te bepaal. Eers as hierdie aspek vasstaan, sal dit moontlik wees om die ware aard van kredietwaardigheid vas te stel en om doeltreffende reëls vir die beskerming van hierdie nuwe subjektiewe reg te formuleer.

Die aard van 'n subjektiewe reg kan moontlik bepaal word deur na te gaan welke soort skade uit die aantasting daarvan volg. By kredietwaardigheid is die skade gewoonlik vermoënsregtelik van aard en daarom is dit waarskynlik dat kredietwaardigheid 'n vermoënsbelang is.<sup>30</sup> Daar is ook diegene wat van mening is dat kredietwaardigheid eerder met werfkrag vereenselwig moet

26 Bv deur ooreen te kom dat as hy borg teken, 50% van die belang in die maatskappy of onderneming aan hom oorgemaak word.

27 Sien Van Heerden en Neethling *Onregmatige mededinging* (1983) 50; Klopper *op cit* 245.

28 In teenstelling met sy persoonlikheid. Sien die bespreking van die onoordraagbaarheids-eienskap hierbo en Klopper *op cit* 241 242.

29 Dit is nl persoonsgebonde.

30 Sien Visser 1982 *THRHR* 168 169 waar hy tot die gevolgtrekking kom dat die eiseres in *Suttonmere v Hills* 1982 2 SA 74 (N) vermoënskade gely het en dat sodanige skade met die *actio legis Aquiliae* verhaal behoort te word; sien ook *Fraidd v Jacquelin* 3 NLR 144; *Bredell v Pienaar* 1922 AD 422; *Gelb v Hawkins* 1960 3 SA 678 (A); *Van Zyl v African Theatres* 1931 CPD 65; Van der Merwe 1964 *THRHR* 310. Vgl ook Neethling *op cit* 19 – 20.



word.<sup>31</sup> Hierdie standpunt word in 'n mate gesteun deur die praktykverskynsel dat hoofsaaklik handelaars en besitters van werfkrag teen aantastings van kredietwaardigheid beskerm word.<sup>32</sup>

Al die bovermelde moontlikhede verdien nadere ondersoek.

### 2 3 2 Kredietwaardigheid en werfkrag

Die grondliggende teorie by die erkenning van werfkrag as 'n regsobjek is dat die onderneming 'n ekonomiese eenheid is. Hierdie eenheid word geskep deur die samespanning volgens die plan van 'n ondernemer van verskillende ondernemingskomponente soos die perseel, ligging, welwillendheid van leweransiers ensovoorts tot sodanige eenheid. Die doel van hierdie samestelling van elemente is om klante te trek. Sodra hierdie eenheidskepping suksesvol plaasgevind het, beskik die entiteit wat so tot stand gekom het oor meer waarde as die afsonderlike elemente daarvan. Die "meerwaarde" wat ontstaan het, is dan die werfkrag van so 'n onderneming.<sup>33</sup> In die skepping van hierdie werfkrag speel kredietwaardigheid 'n belangrike rol deurdat die ondernemer die leweransiers moet kan oortuig dat hy die wil en vermoë het om sy geldelike verpligtinge teenoor hulle na te kom. As sodanig is kredietwaardigheid een van die ekonomiese ondernemingselemente van werfkrag. 'n Ander aspek van kredietwaardigheid en werfkrag is dat kredietwaardigheid werfkrag kan verstewig in die opsig dat kredietwaardigheid die moontlikheid bied dat meer klante getrek kan word. Hoe meer klante getrek word, hoe sterker die werfkrag en hoe groter weer die kredietwaardigheid.<sup>34</sup> Die reg op die werfkrag word dan ook deur die Suid-Afrikaanse reg as 'n subjektiewe reg erken en beskerm.

Indien nou aanvaar word dat kredietwaardigheid in werfkrag opgesluit is, is die logiese afleiding dat slegs persone wat oor werfkrag beskik, kredietwaardig sal wees. Hierdie gevolgtrekking verg egter verdere ondersoek.

### 2 3 3 Welke persone is kredietwaardig?

In die algemeen is alle persone aan wie krediet verleen word, in 'n mindere of meerdere mate kredietwaardig. Om te bepaal of kredietwaardigheid dan net persone met werfkrag toekom, moet bepaal word wat die gevolge van die aantasting van kredietwaardigheid is.

Kredietwaardigheid word deur die individu aangewend om sy gemak en behoeftes te dien.<sup>35</sup> Indien so 'n individu se kredietwaardigheid aangetas word,

31 Sien Klopper *Mediareg* (1987) 262 na aanleiding van *Channing v South African Financial Gazette* 1966 3 SA 470 (W): "Waar 'n persoon in sy hoedanigheid as beoefenaar van 'n ambag of beroep gekrenk word en vermoënskade ly, was daar, in die afwesigheid van regverdigingsgronde, 'n aantasting van sy reg op werfkrag en nie van enige persoonlikheidsreg nie. Die skade behoort met die *actio legis Aquiliae* verhaal te word en nie met die *actio iniuriarum* nie. Die optrede van 'n verweerder kan natuurlik terselfdertyd 'n aantasting van die eiser se persoonlikheidsreg op sy goeie naam wees waarvoor die gekrenkte genoegdoening met die *actio iniuriarum* kan verhaal."

32 Vgl oa *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 760 (T); *Trust Bank v Marques* 1968 2 SA 421 (T); *Barclays Bank v Giles* 1930 TPD 31 gekontrasteer met *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O).

33 Van Heerden en Neethling *op cit* 49 ev.

34 *Idem* 51.

35 Sien Klopper *op cit* 20 21.

is die gevolge daarvan selde geldelike verlies. Dit benadeel slegs die vooruitsigte van so 'n persoon om in die toekoms op krediet te kan koop. Wat huidige kredietgewers betref, is hulle kontrakteel teenoor so 'n individu verbind om by die voorwaardes van hulle aanvanklike kredietgewing te hou. Dit is duidelik dat alhoewel 'n individu gewoonweg oor geen "werfkrag" beskik nie, so 'n individu steeds kredietwaardig kan wees. In hierdie opsig is kredietwaardigheid dus nie onlosmaaklik aan werfkrag verbind nie.

In die geval van kredietnemers met werfkrag (dit wil sê persone met ondernemings), sal die gevolge merendeels vermoënsregtelik van aard wees, maar dit doen nie afbreuk aan die verskynsel dat persone sonder werfkrag ook kredietwaardig kan wees nie.<sup>36</sup>

### 2 3 4 Kredietwaardigheid as objek van 'n subjektiewe reg

Uit die voorgaande is dit duidelik dat kredietwaardigheid nie noodwendig net in werfkrag opgesluit is nie en moontlik die objek van 'n afsonderlike subjektiewe reg kan wees.

Die basiese kenmerk van 'n subjektiewe reg is die subjek en objek wat in 'n regsbetrekking teenoor mekaar te staan kom. Die inhoud van hierdie reg is dat sekere bevoegdhede aan die draer van die subjektiewe reg verleen word.<sup>37</sup> Die oorsprong van die regsbetrekking is in die feitelike werklikheid geleë.<sup>38</sup>

Voordat 'n besondere belang as 'n selfstandige objek van 'n subjektiewe reg beskou kan word, moet dit aan hoofsaaklik twee vereistes voldoen. Ten eerste moet die belang bepaalde waarde hê:

"'n Objek van 'n subjektiewe reg is 'n regsgoed wat ekonomiese waarde vir die belanghebbende verteenwoordig, wat dus uit sy relatiewe skaarste sy betekenis as regsgoed verkry. Wat dan regsobjek kan wees, hang af van die ontwikkeling van die kultuur."<sup>39</sup>

Kredietwaardigheid kan aan hierdie vereiste voldoen. Hierdie stelling word gestaaf deur die talle eise wat eisers op grond van die aantasting van hulle kredietwaardigheid ingestel het.<sup>40</sup> Tweedens moet die belang "so 'n mate van bepaaldheid, omlyndheid en selfstandigheid besit dat 'n beskikking daarvoor en genot daarvan moontlik is".<sup>41</sup> Ook hieraan kan kredietwaardigheid voldoen. Kredietwaardigheid, volgens die aard van hierdie belang, behoort tot die erkende vermoënsgoedere. As sodanig vertoon kredietwaardigheid as skepping van die mens in sy ekonomiese bedrywigheid groter affiniteit met immateriële goedereregte as met persoonlikheidsregte. Kredietwaardigheid ontstaan soos outeursreg eers as dit na buite vergestalt word. Dit beteken dat geen persoon op krediet kan aandrang nie, maar sodra krediet verleen is, sal die reg sanksie verleen teen enige handeling wat op daardie geskepte of verworwe reg inbreuk maak of dit in gevaar kan stel.<sup>42</sup>

36 *Idem* 246. Sien in die algemeen Van Heerden en Neethling *op cit* 49 ev 77 ev vir die beskouing dat net ondernemings oor 'n werfkrag beskik.

37 Sien Joubert 1958 *THRHR* 110 111; Neethling *op cit* 13–14.

38 Neethling *op cit* 13–14.

39 Joubert *Grondslae* 110 119 120; *contra* egter Van der Vyver in Strauss (red) *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (1988) 288 ev; Labuschagne 1990 *THRHR* 557.

40 Sien die sake in Klopper *op cit* 125 218 227.

41 Joubert 1958 *THRHR* 113; Neethling *op cit* 14.

42 Klopper *op cit* 248; vgl nietemin Neethling *op cit* 20–21.

Positiefregtelik is hierdie standpunt ook nie vergesog nie. In *Informa Confidential Reports v Abro*<sup>43</sup> het die hof kredietwaardigheid bewustelik beskerm in soverre 'n nalatige aantasting van kredietwaardigheid (en gevolglike verontagsaming van 'n basiese beginsel van die lasterreg, naamlik opset) aanspreklike gevestig het. Uit die argumente wat voor die hof gedien het, kan afgelei word dat daar skending van die een of ander reg was wat weens beleidsoorwegings nie oor die hoof gesien kon word nie en dat die streng toepassing van die beginsels van laster onbillik sou wees en die eiser sonder remedie sou laat. Dieselfde geld ook al die *banksake* waar kredietwaardigheid ter sprake was.<sup>44</sup> Dit is verder insiggewend dat in al die sake waar 'n lastereis uit die aantasting van kredietwaardigheid gespruit het, slegs daardie eisers wat 'n *innuendo* van die een of ander aard (hoofsaaklik oneerlikheid) kon aantoon, geslaag het.<sup>45</sup>

### 3 KREDIETWAARDIGHEID, FAMA EN DIE ACTIO INIURIARUM

#### 3 1 Algemeen

Ten einde met die *actio iniuriarum* te kan slaag, moet 'n persoon wie se *fama* aangetas is, onder andere aantoon dat die publikasie van woorde of gedrag opsetlik geskied het, en dat sy aansien in die oë van die gemeenskap in die algemeen (in teenstelling met 'n segment daarvan) gedaal het. Hierdie vereistes moet aan die hand van die klassieke aantastingshandeling wat by kredietwaardigheid ter sprake is, beoordeel word om vas te stel of, nieteenstaande die werklike aard van kredietwaardigheid, die *actio iniuriarum* soos dit deur die howe vertolk en toegepas word, tog die aangewese regsmiddel vir die beskerming van kredietwaardigheid kan wees.<sup>46</sup>

#### 3 2 Inbreukmakingshandelinge en kredietwaardigheid

Om met 'n lastereis gegrond op die aantasting van sy kredietwaardigheid te kan slaag, moet die eiser bewys dat sy aansien in die oë van die gemeenskap *in die algemeen* gedaal het.<sup>47</sup> By tipiese handelinge wat inbreuk op die kredietwaardigheid van 'n persoon maak, is daar 'n ongunstige refleksie op 'n persoon se wil en vermoë om sy geldelike verpligtinge na te kom. So 'n bewering sal nie lasterlik wees nie tensy die *innuendo* van oneerlikheid daaraan gekoppel word.<sup>48</sup> Die blote bewering dat 'n persoon nie kan of wil betaal nie, soos ingelees word in die geval waar die feit gepubliseer word dat 'n vonnis teen 'n

43 1975 2 SA 760 (T).

44 Sien Klopper *op cit* 227; *Freeman v Standard Bank* 1904 TS 26; *Witbank Coal Agency v Barclays Bank* 1927 TPD 18; *Van Aswegen v Volkskas* 1960 3 SA 81 (T); *Klopper v Volkskas* 1963 2 SA 421 (T); *Van der Merwe* 1964 THRHR 310.

45 Vgl *Conroy v Bennett* 1886 HCG 201; *Coomer v Moorosi* 1936 EDL 233; *Payn v Bowles* 1933 NLR 501; *Smith v Lawrence* 1929 NPD 132; *Nathanson v Doherty* 1914 TPD 453; *Masters v CNA* 1936 CPD 388; *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O).

46 Vgl *Kritzinger v Perskor* *ibid*; *Suttonmere v Hills* 1982 2 SA 74 (N).

47 Sien Klopper *op cit* 207.

48 Sien *Borkum v Cline* 1959 2 SA 670 (N); *Dauberman v Blumenfeld* 1934 NPD 314; *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O); *Conroy v Bennett* 1886 HCG 201; *Coomer v Moorosi* 1936 EDL 233; *Payn v Bowles* 1933 NLR 501; *Smith v Lawrence* 1929 NPD 132; *Nathanson v Doherty* 1914 TPD 453; *Masters v CNA* 1936 CPD 388.



persoon aangeteken is, reflekteer nie *per se* ongunstig op die eerlikheid en solvensie van 'n persoon nie en is om hierdie rede nie sonder meer lasterlik nie.<sup>49</sup> Hierdie verskynsel kan aan die hand van die feitlike werklikheid verklaar word. Die neem van 'n verstekvonnis of die verkeerdlike ontering van 'n tjek deur 'n bank kan aan 'n verskeidenheid onskuldige oorsake toegeskryf word. So kon die benadeelde onbewus gewees het dat verstekvonnis teen hom aangeteken was,<sup>50</sup> hy kon onder die wanindruk verkeer het dat sy skuld reeds vereffen was, of hy kon in onkunde besluit het om die saak voor die hof te betwis of besluit het dat weens die ongeregverdigdheid van die vonnis hy nie gaan betaal tensy hy regtens daartoe gedwing word nie, of hy kon die een of ander onvoorsiene geldelike terugslag beleef het waaroor hy geen beheer gehad het nie; te meer nog indien die besonderhede van 'n vonnis na afloop van 'n verdedigde aksie gepubliseer word. Benewens die normale onskuldige en regmatige aard van die gewone inbreukmakingshandeling by kredietwaardigheid, geskied publikasie gewoonlik net aan 'n segment van die gemeenskap wat 'n belang by die inligting het.<sup>51</sup> Indien daar wel verlaging van aansien plaasvind, is dit juis in die oë van hierdie segment van die gemeenskap. Dit sal by hoë uitsondering wees dat vriende en kennisse van 'n persoon van wie gesê word dat vonnis teen hom aangeteken is of dat sy tjek verkeerdlik oonteer was, daarvan bewus word omdat sodanige feite altyd as vertroulik openbaar word slegs aan persone wat 'n belang daarby het of kan hê. Hierdie belanghebbendes is weer persone wat in 'n kommersiële verhouding teenoor die betrokke staan of gaan staan. Sou hierdie inligting aan ander persone bekendgemaak word (dit wil sê persone wat nie 'n belang daarby het nie), is dit moontlik dat 'n lastereis kan ontstaan mits die benadeelde kan aantoon dat die afleiding geregverdig is dat die vonnis wat teen hom aangeteken is, of die tjek wat verkeerdlik oonteer is, te wyte is aan die feit dat die een of ander moreel-sosiale laakbare eienskap (soos oneerlikheid) aan hom toegeskryf word. In die reël sal die *innuendo* wees dat hy oneerlik is en poog om sy finansiële verpligtinge te ontduik, of bedrieglik optree deurdat hy 'n ander persoon onder die verkeerde indruk gebring het dat hy in staat is om sy skulde te betaal. Indien dit die geval is, sal hy die vermelde sekondêre betekenis moet kan bewys. Indien verlaging van aansien in die oë van die handelsegment plaasgevind het, is dit nie noodwendig as gevolg van die feit dat hy as 'n persoon van lae morele aansien beskou word of dat die afleiding gemaak word dat hy oneerlik is nie.<sup>52</sup> Uit die gewysdes blyk geen geval waar kennisse minder van die eiser gedink het of sosiale kontak met hom verbreek het nie.<sup>53</sup> Die enigste onttrekking wat wel plaasgevind het, was krediet – nie omdat die handelsegment noodwendig meen dat 'n persoon oneerlik is nie maar hoofsaaklik uit selfbelang om verliese te beperk wat kan volg uit die persoon se oënskynlike onvermoë om te kan betaal.

Die klassieke inbreukmakingshandeling op kredietwaardigheid slaan gewoonlik op die een of ander element van laasgenoemde, naamlik óf op die wil om te betaal, óf op die vermoë om te kan betaal. In die lig van die *Borkum*- en *Kritzinger*-saak<sup>54</sup> bring dit mee dat dieselfde handeling terselfdertyd regmatig

49 *Ibid.*

50 Vgl *Suttonmere v Hills* 1982 2 SA 74 (N).

51 Sien Klopper *op cit* 46; Lewis *Gatley on libel and slander* (1981) 30.

52 Sien *Borkum v Cline* 1959 2 SA 670 (N); *Masters v CNA* 1936 CPD 388.

53 Sien *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O) 388.

54 *Borkum v Cline* 1959 2 SA 670 (N); *Kritzinger v Perskor* *ibid.*

en onregmatig kan wees. Dui die bewering op 'n *innuendo* van oneerlikheid, is dit onregmatig; gaan dit slegs oor die onvermoë om te kan betaal, is dit regmatig.<sup>55</sup>

Daarby is die gevolge wat deur die inbreukmakingshandeling teweeggebring word, van so 'n aard dat dit nie tot 'n helder beginselonderskeiding bydra nie. By 'n handelaar is dit duidelik dat die gevolge van kredietontneming weens 'n nadelige kredietverslag katastrofies kan wees. By die individu kan dit in die meeste gevalle tot verontwaardiging en ongerief lei. Hierdie gevolge word paslik deur die *Informa*-<sup>56</sup> en *Suttonmere*-saak<sup>57</sup> geïllustreer. In die *Informa*-saak sou die kredietgewers van die eiser, nadat verkeerdelik berig is dat voorlopige vonnis teen hom aangeteken is, onmiddellik stappe gedoen het om hulle belange te beskerm met duidelike finansiële implikasies vir die eiser. In die *Suttonmere*-saak was die gevolg van die rapportering van die vonnis wat ongegrond verkry is, dat die eiseres se aansoek om kredietfasiliteite afgekeur is. Die afkeuring van haar aansoek het geen duidelike of noemenswaardige vermoënsregtelike gevolge ingehou nie. In die *Informa*-geval was die handeling in die lig van die daaruitvloeiende gevolge duidelik onregmatig.

Die aantasting van kredietwaardigheid kan wel tot 'n lastereis aanleiding gee indien die sosiaal-morele aansien van 'n persoon ook deur die handeling benadeel word. Dit sal hoofsaaklik gebeur waar die eiser kan aantoon dat daar 'n *innuendo* van oneerlikheid was in die bewering wat nadelig op sy wil om te betaal reflekteer. In hierdie geval is die *actio iniuriarum* die toepaslike regsmedium. Word 'n persoon opsetlik krediet geweier weens die kredietgewer se verkeerde vermoede dat die kredietontvanger oneerlik is, kan dit moontlik 'n aantasting van sy eergevoel wees indien die feit nie aan 'n derde gepubliseer is nie.<sup>58</sup>

Die *actio iniuriarum* is nie die aangewese regsmedium in die gevalle waar die kredietwaardigheid deur bekendmaking van kredietinligting deur kredietburo's geskied het nie. Die houding wat die houe ten aansien van bevoorregte geleentheid by kredietverslae in die *Informa*-<sup>59</sup> en *Pickard*-saak<sup>60</sup> ingeneem het, is op uitgediende Engelsregtelike beginsels gegrond.<sup>61</sup> Kredietburo's verskaf inligting kragtens 'n kontraktuele verpligting tussen hulle en die ontvanger van die inligting. Daar rus dus 'n regsplig op hulle om die inligting te verskaf. Die inskrywers op die publikasies waarin die inligting verskyn, het weer 'n belang in die inligting in die mate dat hulle hulself wil beskerm teen die risiko dat potensiele kredietontvangers nie in staat sal wees om hulle verpligtinge na te kom nie. Verder is die inligting wat bekendgemaak word, gegrond op openbare hofrekords en mits dit korrek is, ook op hierdie grond bevoorreg.<sup>62</sup>

55 *Ibid*; Klopper *op cit* 252.

56 *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 760 (T).

57 *Suttonmere v Hills* 1982 2 SA 74 (N).

58 Sien *Jackson v SA National Institute for Crime Prevention and Rehabilitation of Offenders* 1976 3 SA 1 (A).

59 *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 760 (T).

60 *Pickard v SA Trade Protection Society* 1905 22 SC 89.

61 Sien *Newbolt v Bradstreet* 40 Am Rep 46; *Odgers Libel and slander* 762; Klopper *op cit* 34 ev.

62 Sien bylae B1 in Klopper *op cit* 307 vir 'n voorbeeld van die vorm waarin inligting bekendgemaak word. Sien oor die bevoorregting van kredietinligting *idem* 199 212; Burchell *The law of defamation in South Africa* (1985) 237; Klopper *Mediareg* 283 ev.

### 3 3 Inbreukmakingshandeling en skuld

Kredietwaardigheidsaantastings wat nie met 'n *innuendo* gepaard gaan nie, geskied selde of ooit opsetlik.<sup>63</sup> Dit het tot gevolg dat indien die beginsels van die *actio iniuriarum* streng in die geval van *Informa Confidential Reports v Abro*<sup>64</sup> toegepas was, die eiser nie sou kon slaag nie. Ten spyte van die feit dat aantasting van kredietwaardigheid *nalatig* geskied het, het eisers wie se kredietwaardigheid aangetas is tog met die *actio iniuriarum* geslaag.<sup>65</sup>

By oorweging van die huidige oorwig van mening ten gunste van die benadering dat hierdie probleem aan die hand van die *actio legis Aquiliae* en die *actio iniuriarum* hanteer moet word, word dit duidelik dat daar by die aantasting van kredietwaardigheid, wat tot dusver as 'n persoonlikheidsbelang beskou is, vermoënsgevolge voortvloei.<sup>66</sup> Joubert<sup>67</sup> maak die stelling dat

“vermoënsregtelike gevolge veral, ofskoon geensins slegs, in hierdie persoonlikheidsreg opgeslote kan lê, in die sin dat die goeie naam van die reghebbende sy kredietwaardigheid kan verhoog. Daarmee word die ‘reg op krediet’ nog nie 'n vermoënsreg nie, want dit is geen reg op goed buite die persoonlikheid geleë nie. Bestaan daar enige rede waarom daar van 'n aparte reg op krediet naas die goeie naam sprake sal wees? ‘Krediet’ is geen selfstandige regsgoed naas goeie naam nie”.

Die stelling verdien nadere beskouing.<sup>68</sup> In die eerste plek is dit duidelik dat daar by Joubert geen twyfel bestaan dat die “reg op die goeie naam” en krediet(waardigheid) sinonieme is nie. Dit behoeft geen uitgerekte betoog dat hierdie aanname nie die toets van die feitelike werklikheid sal deurstaan nie.<sup>69</sup> Joubert bied ook geen gesag vir hierdie stelling nie ten spyte van die feit dat daar in die Duitse reg aanknopingspunte bestaan vir die erkenning van kredietwaardigheid as 'n afsonderlike belang.<sup>70</sup> Daarby is die blote feit dat die aantasting van 'n subjektiewe reg óf vermoënsregtelike óf persoonlikheidsregtelike gevolge kan inhou of in die reël inhou, reeds aanduidend, indien nie bepalend nie, van die belang wat aangetas is. Skade is die gevolg van die aantasting van die een of ander subjektiewe reg. Hierdie reg kan óf 'n vermoënsreg óf 'n persoonlikheidsreg wees. Indien 'n persoonlikheidsreg soos die “reg op die goeie naam” aangetas word en vermoënsregtelike gevolge daaruit volg, kan met reg gevra word waar hierdie vermoënsbenadeling vandaan kom; te meer as dit waar is dat die onderskeid tussen persoonlikheids- en vermoënsregte daarin bestaan dat laasgenoemde geheel en al buite die persoonlikheid geleë is. So beskou, word die stelling waar dat vermoënskade *normaliter* uit die aantasting van 'n vermoënsreg vloei, en blyk die moontlikheid dat die aantasting van 'n suiwer persoonlikheidsreg, soos die reg op die *fama*, vermoënskade kan afwerp, onwaarskynlik.<sup>71</sup> Om te sê dat die aantasting van die *fama* vermoënskade tot gevolg het, is in wese 'n *non sequitur*, des te meer indien aanvaar word dat die *fama* verskil van die reputasie wat in kredietwaardigheid opgesluit is en dat

63 Sien Klopper *op cit* 213 232 vn 202.

64 1975 2 SA 760 (T).

65 Sien Klopper *op cit* 288 vn 130.

66 Klopper *op cit* 218 vn 1; *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O).

67 *Grondslae* 134.

68 Vgl ook Neethling *op cit* 29 190.

69 Sien Klopper 1992 *THRHR* 19 ev.

70 Sien Klopper *op cit* 102 ev.

71 Sien Claassen 1983 *TRW* 16–19; vgl ook Neethling *op cit* 19–20.



kredietwaardigheid nie geheel en al van die persoonlikheidsregtelike *fama* afhanklik is nie.<sup>72</sup>

Visser<sup>73</sup> het reg (alhoewel daar nie met die grondslag van sy gevolgtrekking saamgestem kan word nie) waar hy sê:

“1. In die *Suttonmere*-saak . . . het dit nie primêr oor 'n opsetlike krenking van die reg op *fama* (dus 'n *iniuria*) gegaan nie. Genoegdoening was nie relevant nie . . .”

Die *actio iniuriarum* is slegs relevant in daardie gevalle waar die sedelik-morele aansien van 'n persoon in die oë van die gemeenskap as 'n geheel aangetas word. Opset is in beginsel dan 'n vereiste vir die vestiging van aanspreeklikheid.<sup>74</sup> By die aantasting van kredietwaardigheid is dit gewoonlik die vermoë van 'n persoon wat ter sprake is en daarom is nalatigheid as skuldvorm voldoende. Om te erken dat daar vermoënsgevolge uit 'n suiwer persoonlikheidsreg kan volg (waar die onderskeid tussen vermoënsregte en persoonlikheidsregte juis daarin bestaan dat die vermoë buite die persoonlikheid van 'n persoon geleë is), is om 'n vermoënsregtelike eienskap aan 'n suiwer persoonlikheidsreg te koppel.<sup>75</sup> Indien daar derhalwe volhard word met die beskouing dat kredietwaardigheid deel van die *fama* is, moet die skuldvereiste in ooreenstemming met die beginsels van die lasterreg, naamlik opset, gehandhaaf word. Gesien in die lig van die feit dat aantastings van kredietwaardigheid selde of ooit opsetlik geskied, beteken dit dat die eiser wat 'n skending van sy kredietwaardigheid beleef het nie met 'n eis ingevolge die *actio iniuriarum* sal kan slaag nie omdat hy nie opset sal kan bewys nie.<sup>76</sup> Dit is weens hierdie verskynsel nie vreemd nie dat die opsetsvereiste in die lastersake waar kredietwaardigheid ter sprake was, weinig aandag geniet het.<sup>77</sup>

## 4 BESKERMING VAN KREDIETWAARDIGHEID

### 4 1 Algemeen

Die *actio iniuriarum* is soos in die voorafgaande paragrafe gesien om verskillende redes nie in staat om kredietwaardigheid voldoende te beskerm nie. Dit is so ongeag of kredietwaardigheid as 'n persoonlikheidsgoed beskou word al dan nie. Maar aangesien reeds bepaal is dat kredietwaardigheid 'n vermoënsbelang is, is die toepaslike beginsels dié van die *actio legis Aquiliae*.

Ten einde vaste beginsels vir die beskerming van kredietwaardigheid te formuleer, moet onderskei word tussen die onderskeie regsobjekte wat draers van kredietwaardigheid kan wees, naamlik die handelaar en die individu. Hierdie onderskeid moet gemaak word omdat die vermelde persone kredietwaardigheid vir uiteenlopende redes aanwend. Die handelaar wend sy kredietwaardigheid

72 Sien Klopper *op cit* 26; Neethling *op cit* 29.

73 1982 *THRHR* 173.

74 Sien Klopper *op cit* 218 vn 5.

75 Vgl nietemin Neethling *op cit* 18–21 oor persoonlike immaterieelgoedereregte.

76 Behalwe in die geval waar die laster deur die media gepleeg word in welke geval skuldlose aanspreeklikheid geld (sien Klopper *Mediareg* 273; *Pakendorf v De Flamingh* 1982 3 SA 146 (A)).

77 Sien Klopper *op cit* 213; *Pickard v Trade Protection Society* 1905 22 SC 89; *Haine v Nederlandsche Bank* 1924 WLD 139; *Van Vliet's Collection Agency v Schreuder* 1939 TPD 265; *Informa Confidential Reports v Abro* 1975 2 SA 760 (T); *Suttonmere v Hills* 1982 2 SA 74 (N); *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O).

aan om vir hom wins te bewerkstellig terwyl die individu sy kredietwaardigheid inspan hoofsaaklik om sy lewenstandaard te verhoog en sy behoeftes te bevredig. 'n Individu wat sy kredietwaardigheid aanwend om 'n wins te bekom, is natuurlik in dieselfde posisie as die handelaar.<sup>78</sup>

Benewens die vermoënskade wat gewoonlik uit die aantasting van kredietwaardigheid volg, kan die aantasting van kredietwaardigheid by die handelaar en die verbruiker ongetwyfeld ook 'n aantasting van 'n persoonlikheidsgoed, meer bepaald die *fama*, tot gevolg hê. Hierdie ingryping in die *fama* is geleë in die *innuendo* by die kredietskendende publikasie dat die betrokke(n) oneerlik is. Daar is egter 'n praktiese probleem in hierdie verband. Die publikasie van kredietinligting geskied selde of ooit in 'n vorm dat so 'n *innuendo* geredelik af te lei is.<sup>79</sup> Die inligting word in 'n bepaalde vorm verskaf (gewoonlik 'n lys van vonnisse wat teen persone toegestaan is) en daar word van die verkryger van die inligting verwag om die nodige afleidings te maak. Die faktore wat aangewend word om 'n nadelige afleiding te maak, is die frekwensie en aantal vonnisse teen 'n besondere persoon, die skuldoorsaak en die bedrae wat betrokke is. Die inligting kan daarbenewens sonder om enigsin spesifiek te wees op *beide* die elemente van kredietwaardigheid, naamlik die *wil* en die *vermoë* om te kan betaal, slaan. Dit het weer tot gevolg dat indien krediet aan 'n persoon geweier word, hy nie bewus is op welke gronde kredietweiering plaasgevind het nie: was dit weens 'n gebrek aan vertroue in sy wil om te betaal, of het die potensiële kredietgewer bedenkinge gehad oor sy vermoë om te kan betaal? In eersgenoemde geval is 'n *innuendo* van oneerlikheid moontlik; in laasgenoemde is laster nie moontlik nie.<sup>80</sup> Is daar weiering weens wantroue in die wil om te betaal, sal die benadeelde nooit kan vasstel of die weiering op hierdie grondslag plaasgevind het nie omdat dit inligting is wat binne die uitsluitlike kennis van die kredietgewer bestaan en die benadeelde buitendien ook nie geregtig is op insae in sy kredietrekords nie. Dit is dus bykans onmoontlik vir sodanige persoon om 'n eis te formuleer omdat hy nie toegang het tot die inligting wat sy eis ten grondslag lê nie.<sup>81</sup>

'n Verdere belangrike aspek is dat die versameling en verspreiding van kredietinligting onafhanklik is van die wilsbeskikking of kontrole van die persoon oor wie die inligting handel. Gevolglik bestaan die moontlikheid dat die versameling en verspreiding van hierdie inligting 'n inbreukmaking op die privaatheid van so 'n persoon kan wees.<sup>82</sup>

Dit is duidelik dat die aantasting van kredietwaardigheid in hoofsaak twee tipes gevolge kan inhou, naamlik persoonlikheidsregtelike en vermoënsregtelike.

## 4 2 Persoonlikheidsregtelike gevolge

### 4 2 1 Lasterlikheid van die verskafte inligting

Die blote bewering dat 'n persoon nie kredietwaardig is nie, is nie lasterlik nie.<sup>83</sup> Voordat so 'n bewering lasterlik kan wees, moet die verskafte inligting

78 Sien Klopper *op cit* 16 ev asook *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O).

79 Klopper *op cit* Bylae B 305 ev.

80 Sien *idem* 208.

81 Sien McQuoid Mason *The law of privacy in South Africa* (1978) 197; Neethling *Die reg op privaatheid* (LLD-proefskrif Unisa 1976) 396.

82 *Ibid.*

83 Sien Klopper *op cit* 250.

vatbaar wees vir die afleiding dat die eiser oneerlik is.<sup>84</sup> Kredietinligting in die vorm van 'n verslag dat 'n vonnis teen 'n persoon aangeteken is, kan vir twee moontlike afleidings vatbaar wees: óf hy wil nie sy skuld betaal nie, óf hy is nie in staat om sy skuld te betaal nie en derhalwe nie vermoënd nie. Dieselfde bewering is dan óf lasterlik óf nie lasterlik nie en indien die beginsels aangewend word wat vir die *innuendo* geld (naamlik dat voorkeur aan die gunstige en onskuldige betekenis gegee word), sal die eiser amper nooit 'n aksie kan instel nie.<sup>85</sup>

Benewens die praktiese sy van die uitwerking van die verskaffing van kredietinligting staan die eiser nog steeds voor die hindernis van *animus iniuriandi* wat hy moet bewys om te kan slaag. Opset om 'n persoon se aansien te benadeel deur die verskaffing van kredietinligting sal net uitsonderlik die rede vir die verstreking van sodanige inligting en die weiering van krediet wees. Krediet word in die meeste gevalle geweier omdat die kredietgewer homself wil beskerm teen die moontlike risiko van nie-verhaling van die skuld.<sup>86</sup> Die gevalle waar vals kredietinligting aangaande 'n persoon opsetlik en kwaadwillig bekendgemaak word, sal in die lig van bestaande kredietinligtingspraktyk en -tegnieke nooit aan die kaak gestel kan word nie omdat die benadeelde nooit sal kan vasstel wat die gronde van die weiering van krediet was nie.<sup>87</sup> Hierdie verskynsel veroorsaak dat die kredietwaardigheidsbenadeelde tot 'n groot hoogte remedieloos is tensy hy van die nodige inligting voorsien word. Die verstreking van sodanige inligting kan wel die kans op 'n suksesvolle aksie verhoog.

Die enigste praktiese en sinvolle wyse waarop hierdie struikelblok in die weg van die volle beskerming van kredietwaardigheid uit die weg geruim kan word, is deur die verpligte verskaffing van inligting wat 'n persoon in staat sal stel om te beoordeel of daar 'n aantasting van sy *fama* was. Sodanige inligting sal bestaan uit die aard, inhoud en oorsprong van enige nadelige berig wat aanleiding tot die weiering van krediet gegee het. Sodra 'n persoon sodanige inligting bekom het, sal hy kan vasstel of daar enige meriete vir die instelling van 'n lastereis is. Die probleem is dat die versamelaars en houers van sulke inligting nie regtens verplig is om dit bekend te maak nie. Hierdie tekortkoming sal deur wetgewing reggestel moet word.<sup>88</sup>

Benewens die verpligte openbaarmaking van inligting as bykomende maatregel ter aanvulling van die beskerming wat die gemenerereg reeds kan bied, moet daar oorweeg word of die beskerming wat aldus verkry sal word voldoende sal wees. Indien 'n persoon inligting met die goedgunstige medewerking van 'n kredietburo sou bekom en vasstel dat daar iemand is wat kwaadwillig en opsetlik verkeerde kredietinligting aangaande hom versprei en sodoende sy kredietwaardigheid aantast, staan hy voor riskante en duur litigasie – iets wat Jan Alleman beswaarlik kan bekostig. Afgesien hiervan, wanneer 'n persoon tot die besef kom dat sy kredietwaardigheid aangetas is, is die skade reeds gedoen en moet

84 *Ibid.*

85 Sien *idem* 198 222 vn 50.

86 *Tov animus iniuriandi* sien *idem* 200 224 vn 71 – 74 en ivm die dien van selfbelang *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O) 386D.

87 Sodanige inligting word streng vertroulik slegs aan intekenaars bekendgemaak en toon in elk geval nie die gronde van weiering aan nie (sien McQuoid-Mason *op cit* 197).

88 Na analogie van die Engelse Consumer Credit Act van 1974 en die Amerikaanse Fair Credit Reporting Act van 1971.



hy die ongerief en die vernedering van die weiering van krediet verduur sonder dat hy enige effektiewe regsmiddel tot sy beskikking het. Dié gevolge van kredietwaardigheidsaantasting dui daarop dat die blote verpligte verskaffing van kredietinligting onvoldoende is om beskerming aan kredietwaardigheid te verleen. Die aangewese en doeltreffendste beskerming is geleë in beide die verpligte verskaffing van kredietinligting en die behoud van bestaande gemeenregtelike aksies gerig op die verhaal van vergoeding vir persoonlikheidsnadeel en vermoenskade. Daarbenewens moet maatreëls getref word om te verseker dat die moontlikheid vir die inbreukmaking op kredietwaardigheid tot die minimum beperk word. Hierdie oogmerk kan net bereik word indien die kredietwaardige in 'n posisie geplaas word om kredietinligting wat oor hom versamel is en versprei word, te betwis en aan hom 'n eis vir die regstelling van foutiewe of verouderde kredietinligting te verleen. Op hierdie wyse kan die moontlike nadelige uitwerking van onjuiste en verouderde inligting geneutraliseer word indien daar ook nog 'n plig geskep word om die regstelling te publiseer.

Daar is geen bestaande regsmiddels in die Suid-Afrikaanse reg wat hierdie doelwitte kan verwesenlik nie; daarom is wetgewing die enigste uitweg. In hierdie verband kan die Engelse en Amerikaanse wetgewing aangaande kredietinligting as 'n aanknopingspunt gebruik word.<sup>89</sup> Sodoende sal nie alleen die individu se kredietwaardigheid teen alle moontlike inbreukmakings beskerm word nie, maar kan dit ook die geleentheid vir die wetgewer bied om die skending van die privaatheid van individue op hierdie terrein te beheer. Die hoofpunte wat in sodanige wetgewing opgeneem moet word, is die volgende:

- Kennisgewing aan 'n kredietontvanger sodra daar om inligting oor sy kredietwaardigheid navraag gedoen word.
- Die bevoegdheid om insae te hê in en afskrifte te maak van alle kredietinligting, asook die voorwaardes waaronder en tyd wanneer insae en afskrifte toegelaat sal word.
- Die bevoegdheid om regstelling te kan eis van enige verouderde of foutiewe kredietinligting, asook die verpligte publikasie van regstellings.
- Strafbepalings ter afdwinging van vermelde bevoegdhede en die daarstel van 'n administratiewe prosedure om afdwinging te verseker en sodoende onnodige gedingvoering te voorkom.
- Omskrywing van die soort inligting wat versamel, gehou en verskaf mag word.
- Maatreëls om ongemagtigde verspreiding van inligting te bekamp.
- Die behoud van gemeenregtelike aksies.

#### 4 2 2 Kredietwaardigheid en dignitas

Die weiering van krediet kan 'n persoon se *dignitas* op twee wyses aantas. Eerstens kan die blote weiering van krediet 'n persoon se selfbeeld (sy eer, *dignitas* in enge sin) aftakel. Tweedens word sy privaatheid geskend deur die openbaarmaking van private finansiële feite onafhanklik van die wil van die betrokke.<sup>90</sup>

<sup>89</sup> Sien die Engelse Consumer Credit Act van 1974 en die Amerikaanse Fair Credit Reporting Act van 1971.

<sup>90</sup> Sien in hierdie verband *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O) 385H. Die *dignitas* sal deur kredietweiering aangetas word indien die redes vir weiering bekend is maar nie gepubliseer word nie.

Indien eerkrenking as gevolg van kredietweiering plaasvind, staan so 'n benadeelde voor dieselfde dilemma as daardie persoon wat weens onware en onregmatige bewerings krediet geweier word.<sup>91</sup> Dit beteken dat die handeling tegelyk regmatig en onregmatig kan wees. Is dit onregmatig (weens die ongunstige uitwerking op hom as eerlike persoon), moet hy steeds ingevolge die beginsels van die *actio iniuriarum* opset aantoon. In die lig van die moontlike selfbeskermingsbeweegrede van kredietgewers is dit te betwyfel of so 'n aksie suksesvol sal wees. Daarbenewens kan niemand 'n kredietgewer dwing om krediet te verleen nie. Die probleme ten opsigte van die aantasting van die eer kan egter deur die voorgestelde wetgewing ondervang word aangesien ongegronde weiering van krediet op hierdie wyse uitgeskakel sal kan word.

Dit geld ook wat inbreukmaking op die privaatheid van 'n persoon betref. Teenswoordig moet die Suid-Afrikaanse gemeenskap privaatheidskending wat uit die versameling van kredietinligting volg, gedweë duld omdat daar geen beheer oor die aard, inhoud of geldigheid van hierdie inligting bestaan nie.<sup>92</sup> Hierdie toedrag van sake gee aanleiding tot die situasie dat 'n persoon in hierdie verband teoreties oor 'n reg op privaatheid beskik, maar dit nie kan afdwing nie omdat hy in die duister is en gehou word oor die privaatheidskending wat jeens hom gepleeg word.<sup>93</sup>

## 5 VERMOËNSREGTELIKE SKADE

### 5.1 Verhouding tussen die *actio iniuriarum* en die *actio legis Aquiliae*

Omdat kredietwaardigheid 'n vermoënsbelang is, is die aangewese aksie ter beskerming van kredietwaardigheid die *actio legis Aquiliae*.<sup>94</sup> Dit beteken egter nie dat die *actio iniuriarum* nooit by kredietwaardigheidskending ter sprake kan kom nie. Die *actio iniuriarum* is en bly steeds die aangewese aksie waar daar 'n skending van 'n persoonlikheidsgoed, soos die *fama*, was. Dit beteken dat 'n kredietwaardigheidskendende handeling tegelyk ook die *fama* aantast in die sin dat daar 'n algemene verlaging van sosiale aansien was in teenstelling met die getroffene se finansiële aansien (kredietwaardigheid) waar sy status slegs in die oë van 'n gedeelte van die gemeenskap, naamlik die handelaars of potensiële kredietgewers gedaal het.<sup>95</sup> Anders as wat in *Kritzinger v Perskor* beslis is, is dit nie die eiser se persoonlikheidsregtelike *fama* of 'n faset daarvan wat aangetas is nie, maar sy vermoënsregtelike kredietwaardigheid wat tot vermoënsregtelike skade aanleiding gegee het en nie tot persoonlikheidsnadeel nie.

91 Nl of die weiering geskied het op grond van sy onvermoë om te kan betaal of op grond van sy wil om te betaal, dws sy oneerlikheid. Indien dit sy vermoë is, is dit nie lasterlik nie (*Borkum v Cline* 1959 2 SA 670 (N)).

92 Sien Neethling *Privaatheid* 13; McQuoid-Mason *op cit* 198.

93 Sien Klopper *op cit* 267.

94 *Idem* 253.

95 *Idem* 267. Vgl ook die feite van *Kritzinger v Perskor* 1981 2 SA 373 (O) waar die gevolg van die publikasie van 'n bewering van insolvensie nie was dat die vriende of kennisse van die eiser hom vermy het nie, maar dat handelaars geweier het om met hom sake te doen.

## 5 2 Beginsels by die verhaal van vermoënskade weens aantasting van kredietwaardigheid

### 5 2 1 *Algemeen*

Soos gesê is, moet vermoënskade wat weens die aantasting van kredietwaardigheid volg, met die *actio legis Aquiliae* verhaal word. Dit beteken dat die erkende elemente van die onregmatige daad, naamlik handeling, onregmatigheid, skuld, kousaliteit en skade bewys moet word. Hierdie aanspreeklikheidsvereistes sluit ook aan by die vereistes wat in die Duitse reg vir *kreditgefährdung* in artikel 824 van die *BGB* gestel word.<sup>96</sup>

### 5 2 2 *Handeling*

Die handeling is geleë in die verspreiding van onware feite wat waarskynlik op die kredietwaardigheid van 'n persoon inbreuk sal maak of sy finansiële vooruitgang nadelig sal raak.

### 5 2 3 *Onregmatigheid*

Onregmatigheid is geleë in die aantasting van 'n persoon se vermoënsregtelike kredietwaardigheid, synde die objek van 'n immateriële goederereg. Of die versuim om korrekte kredietinligting te verskaf onregmatig is, sal afhang van die vraag of daar 'n regsplig op die verswyger gerus het om die korrekte inligting te verstrek (redelik te handel).<sup>97</sup>

Die belangrikste regverdigingsgrond wat by die aantasting van kredietwaardigheid ter sprake kan kom, is bevoorregte geleentheid, dit wil sê waar die verspreider en ontvanger 'n geregverdigde belang in die verspreide vals inligting gehad het.<sup>98</sup>

### 5 2 4 *Skuld*

Nalatigheid en opset kan aanspreeklikheid vestig. Nalatigheid is daarin geleë dat die verspreider nie soos 'n redelike man gehandel het om die geldigheid van die inligting vas te stel nie terwyl hy redelike sorg kon uitoefen; alternatief dat hy geen poging aangewend het om die geldigheid van die inligting te bepaal nie terwyl hy voldoende geleentheid of rede gehad het om dit te doen.<sup>99</sup>

### 5 2 5 *Skade*

Kredietwaardigheidskending gee aanleiding tot vermoënskade wat berekenbaar is. Die faktore wat in die berekening van skadevergoeding bewys moet word, is egter moeilik vasstelbaar.<sup>100</sup> Wat die berekening bemoelik, is dat die skade nie net onmiddellik nie maar ook toekomstig kan wees.

96 Die betrokke artikel bepaal dat elkeen wat feite beweer wat strydig is met die waarheid en waarskynlik die kredietwaardigheid van 'n ander sal benadeel, of sy finansiële vooruitgang sal belemmer, skadevergoeding vir die nadeel wat uit so 'n bewering volg, moet betaal; dit geld nieteenstaande die feit dat die verspreider van die onwaarheid onbewus was maar daarvan bewus behoort te gewees het. Aanspreeklikheid volg nie as die aanhoorder en die verspreider van die vals bewerings 'n geregverdigde belang in die inligting gehad het nie.

97 Sien oa *Minister van Polise v Ewels* 1975 3 SA 590 (A); *Boberg* 1975 *SALJ* 361; *Van Rensburg* 1976 *THRHR* 175.

98 Sien *Klopper op cit* 269.

99 *Ibid.*

100 Sien *Visser* 1982 *THRHR* 173.



Die skade wat direk uit die onttrekking van krediet volg, kan volgens die beginsels van die finansiële rekeningkunde bepaal word deur van die beginsel van die finansiële hefboom gebruik te maak.<sup>101</sup> Indirekte en toekomstige skade weens kredietonttrekking kan weer tot 'n verlaging van omset en uiteindelijke wins aanleiding gee;<sup>102</sup> dit kan op die lang termyn ook die winspotensiaal en werfkrag van 'n handelaar of sy onderneming raak. Die skade wat hieruit volg, kan op historiese gegewens aktuarieel beraam of deur die hof op grond van bewese gegewens vasgestel word.<sup>103</sup>

### 5 2 6 Kousaliteit

Die erkende kousaliteitstoets soos deur die howe toegepas, sal ook ten opsigte van kredietwaardigheidskending geld.<sup>104</sup>

## 6 SAMEVATTING EN GEVOLGTREKKINGS

Die *actio iniuriarum* is nie inherent in staat om die kredietwaardigheid van 'n persoon te beskerm nie omdat 'n kredietwaardigheidskendende handeling nie noodwendig altyd lasterlik of beledigend is nie. Kredietweiering geskied gewoonlik weens die beskerming van selfbelang deur die kredietgewer en is selde opsetlik. Daarbenewens is die reg op die kredietwaardigheid nie 'n persoonlikheidsreg nie, maar wel 'n vermoënsreg en moet dit deur die *actio legis Aquiliae* beskerm word. Ten spyte van die feit dat kredietwaardigheid 'n vermoënsbelang is, kan die *actio iniuriarum* tog by die aantasting van kredietwaardigheid aangewend word in daardie gevalle waar die handeling tegelyk die kredietwaardigheid, die *fama* en die *dignitas* aantast. Die benadeelde verkeer in laasgenoemde twee gevalle in 'n dilemma omdat hy nie weet of die kredietweiering op grond van sy beweerde oneerlikheid dan wel weens sy geldelike onvermoë geskied het nie. Indien die weiering op grond van sy beweerde oneerlikheid is, kan hy steeds vergoeding weens persoonlikheidsnadeel verhaal.

Die bestaan van so 'n dilemma en die onbeheerde versameling en verspreiding van kredietinligting wat tot aansienlike benadeling kan lei, is onwenslik; wetgewing wat voorkomend werk, die gemeenregtelike aksies behou en beheer oor die versameling en verspreiding van kredietinligting instel, is die enigste wyse waarop die probleem van kredietwaardigheidsaantasting en privaatheidskending uit hierdie oord die hoof gebied kan word.

101 Sien Klopper *op cit* 270 en die gesag daar aangehaal vir 'n uiteensetting.

102 *Ibid.*

103 Sien Joubert 7 *LAWSA* 22; *International Tobacco Co (South) v United Tobacco Co Ltd* 1955 2 SA 1 (W); *McGregor Damages* 266.

104 Klopper *op cit* 272; Boberg *The law of delict: Aquilian liability* vol 1 380 – 382 439 – 448.

[T]he law is not the place for the artist or the poet. The law is the calling of thinkers (Holmes *Profession of the law. Speeches* (1913) 22).

# AANTEKENINGE

## THE ROLE OF FORESEEABILITY IN PSYCHIATRIC INJURY CASES

In South Africa liability for damages resulting from psychiatric injury, commonly referred to as "nervous shock", is determined according to the principles set out in *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk* 1973 1 SA 769 (A). Injury to the brain or nervous system amounts to physical or bodily injury (799B – C 782A – D) and the overriding criterion is foreseeability of nervous shock or psychiatric injury which is not of a trivial nature (779H 780G – 781C). No mention is made of any limitation to the principle of foreseeability, the Appellate Division holding (780H):

“Die verhaalbaarheid van vergoeding of genoegdoening moet daarvan afhang of die veroorsaakte leed in die besondere omstandighede van elke saak redelik voorsienbaar was, al dan nie.”

Although Lord Bridge appears to have adopted a similar criterion in *McLoughlin v O'Brian* [1983] 1 AC 410 (HL) 442A – 443F, English law prefers to restrict the concept of foreseeability by limiting the range of plaintiffs, by requiring proximity of time and space and by looking at the means by which the injury was sustained (see Lord Wilberforce 422A – B).

In general, *Bester's* case received favourable comment, primarily for ridding South African law of the artificial constraints inherited from English law (Boberg *The law of delict* (1989) 177; Van der Merwe and Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 328 – 331) and, given the direction of the development in English law, it is indeed a far-sighted judgment. Yet one is constrained to question whether the decision will withstand the ravages of time. Subsequent to the *Bester* decision, South African law of delict underwent a major metamorphosis and the principles at the forefront in 1973 no longer predominate. The purpose of this note is to assess the current position in England, to compare the different approaches to the question of liability for psychiatric injury and to determine the extent to which *Bester's* case reflects principles currently accepted in South African law.

In England the most recent authoritative words on the topic emanate from the House of Lords in *Alcock v Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1991] 4 All ER 907 (HL), [1991] 3 WLR 1057 (HL). The case was a sequel to an event which received world-wide attention. In April 1989, two English first division football clubs, Nottingham Forest and Liverpool, were to have played an FA Cup semi-final match at a neutral venue, Hillsborough Stadium. The match was abandoned after six minutes. Overcrowding in part of the

stadium had caused some spectators to become trapped. From the pressure exerted on their bodies, some were unable to breathe while others received crushing injuries. Ninety-five people died and more than four hundred sustained injuries requiring hospital treatment. It was a horrific disaster, the scale of which went beyond that already described: also involved were spectators in the stadium who witnessed the tragedy as well as television viewers and listeners to radio broadcasts. Many of these people knew that they had friends and relatives at the match. A number knew, or thought they knew, where their loved ones would be standing.

In what was to serve as test cases for other claims, sixteen plaintiffs sued the Chief Constable of the South Yorkshire Police, who had been responsible for the policing arrangements at the stadium, for damages arising out of psychiatric illness sustained as a result of witnessing the tragic events. The plaintiffs' position is set out in the headnote to the report of the judgment of the court of first instance (reported as *Jones v Wright* [1991] 1 All ER 353):

"The plaintiffs all had friends or relatives at the match, thirteen of whom were among those killed, two of whom were among those who were injured and one of whom was among those who escaped unharmed. The relationship of the plaintiffs to those who were killed or injured included that of wife, parent, sister, brother, uncle, grandfather, brother-in-law, fiancée and friend. Four of the plaintiffs were at the stadium and were eye-witnesses to the tragedy, ten saw it live on television, one heard the events being broadcast on radio and another heard about what had happened in conversation and saw a subsequent news broadcast."

The Chief Constable admitted that he was in breach of a duty of care to the dead and the injured, but placed the question of liability to the plaintiffs in issue. Ten of the sixteen plaintiffs – immediate members of family who witnessed the disaster either first hand or contemporaneously through the medium of television – were successful at first instance but the Court of Appeal held that none of them was entitled to recover damages. The group of ten plaintiffs then appealed to the House of Lords.

The House of Lords followed the conventional English approach to the problem: the foreseeability test was used to establish a duty and remained part and parcel of the application of the duty of care principle as set out in *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562 (HL) 580. Lord Keith confirmed that in the case of direct physical injury "reasonable foreseeability of the risk is indeed the only test that need be applied to determine liability" (913j, 1100B). But where there is a need to limit and control the consequences of conduct, for example, in cases involving pure economic loss and psychiatric injury, an additional concept, conveniently labelled "proximity", is required (914e–f, 1100E–F). The House of Lords saw no reason for limiting the class of persons to whom a duty is owed to close family relationships: plaintiffs who can prove a relationship "so close and intimate that their love and affection for the victim is comparable to that of the normal parent, spouse or child of the victim" (per Lord Ackner 919j, 1106F–G) can sue in respect of psychiatric injury. Parents, spouses, fiancées and children are presumed to have the necessary intimate relationships, but the presumption is rebuttable. Such persons are therefore not guaranteed to fall within the range of plaintiffs. However, friends, grandparents, brothers, sisters, sisters-in-law and brothers-in-law must produce evidence of close ties between them and the victim. Therefore, as regards this aspect of the law, *Alcock's* case indicates substantial development from the position in the *McLoughlin* case.



Their lordships' conclusions on whether the television broadcast brought the viewer within the "sight or hearing of the event or of its immediate aftermath" (per Lord Wilberforce in the *McLoughlin* case 423A) are of particular interest. They found the requirement to be lacking for the same reason: none of the scenes "depicted suffering of recognisable individuals, such being excluded by the broadcasting code of ethics, a position known to the defendant" (per Lord Keith 915f – g, 1101H; see also Lord Ackner 921d – f, 1108C – D and Lord Jauncey 936f – j, 1125B – E). With respect, such reasoning is flawed. The Chief Constable's knowledge of the broadcasting code of ethics is relevant to the question of foreseeability of the plaintiff's injury and cannot affect the plaintiff's proximity to the event in time and space. Neither does it matter that the pictures broadcast did not depict detailed suffering: such rationale is relevant only to the method by which the shock-producing event is communicated to the person suffering the injury. If the broadcaster is in breach of the ethical duty not to depict detail, the incident, although more vivid, is no more proximate and the breach merely indicates unreasonable behaviour on the part of the bearer of bad news.

Although it appears that the third limiting factor mentioned in *McLoughlin*'s case remained unaffected, closer analysis reveals some ambiguity. At first Lord Wilberforce referred to "the means by which the shock is caused" (422A), but later his lordship stated that the "shock must come through sight or hearing of the event or its immediate aftermath" (423A). If the latter formulation is used the requirement is satisfied where a person views an incident on television: the incident is seen and heard and there is no direct physical impact on the victim. It is incorrect to compare or equate witnessing an incident through simultaneous television with sight or hearing (as Lord Wilberforce did in the *McLoughlin* case 423A and Lord Ackner did in the *Alcock* case 921c – d, 1108B – C) in the same way as other sensory perceptions, such as touch, can be equated. Television is no more than a method of facilitating sight or hearing. If the method by which the shock is perceived is to be relevant, as the "messenger" cases appear to indicate (*Hambrook v Stokes Brothers* [1925] 1 KB 141 (CA); *Abramzik v Brenner* (1968) 65 DLR (2d) 651 (Sask CA); *Mount Isa Mines v Pusey* [1970] 125 CLR 383 407; the *McLoughlin* case 423A; *Trinidad and Cane The law of torts in Australia* (1988) 294), then this should be stated clearly as a fourth consideration relevant to proximity.

It is difficult to find the appropriate niche for the foreseeability test when assessing the South African law on the topic. Although acknowledging that the question appears to be one of negligence, *Boberg* (*op cit* 174–193) treats the issue under the heading of wrongfulness. *Neethling et al* (*Neethling, Potgieter and Visser Deliktereg* (1992) 291) consider it to fall within the ambit of either fault or legal causation. Botha JA's application of the principles to the facts of the *Bester* case (781E – G) points towards fault as being the focus of the inquiry – a reasonable driver would have foreseen the harm and would have taken steps to guard against such harm – yet the sentence quoted above refers to recoverability ("verhaalbaarheid"). Earlier in his judgment Botha JA stated that the court was not concerned with the "skuldige onregmatige daad" and that only the respondent's "aanspreeklikheid" was being disputed (776F – G). Also, his lordship's reference to "aanspreeklikheid weens nalatigheid" (777A and 777C) indicates that the court was not concerned with *culpa* in the narrow sense of fault, but with a concept similar to the tort of negligence.

An important point to remember is that the *Bester* case was decided in 1973 – before the wrongfulness yardstick became prominent – and the language of the judgment indicates that the court had no such criterion in mind. The Appellate Division was merely applying the duty of care approach to the issue. This explains why statements reflecting both wrongfulness (duty of care in its policy-based sense: see Millner *Negligence in modern law* (1967) 230) and fault (duty of care in the fact-determined sense: *loc cit*) are found in the judgment. More recently, however, the wrongfulness element has become the natural home for questions of “aanspreeklikheid” which formerly fell within the ambit of the *Donoghue v Stevenson*-type inquiry.

One fundamental aspect remains unclear: logically psychiatric injury, being physical injury, should be *prima facie* wrongful. If this is so, factors such as the relationship between persons or proximity to the scene should play no role in determining wrongfulness. These considerations are irrelevant in physical injury cases, as Lord Keith pointed out in *Alcock's* case. In practice, however, issues such as whether there was physical injury, apprehension of personal danger, the danger of damage to property, the question of close relationships and personal experience of the event (see Potgieter “Emotional shock” 9 *LAWSA* par 12; Neethling *et al op cit* 291; Boberg *op cit* 183) have been used to determine whether psychiatric injury was reasonably foreseeable (*Masiba v Constantia Insurance Co Ltd* 1982 4 SA 333 (C) 343C – F). This indicates that courts would like to see some restraint on liability and, given the special nature of this type of physical injury and the real risk of extensive liability to all and sundry, it is suggested that limitation of liability is desirable. However, an approach similar to that of the English courts, where cases involving psychiatric injury are treated in the same way as pure economic loss cases, is preferable, for the factors mentioned above have little bearing on the question of foreseeability: instead they are relevant to the issue of proximity, in other words, determining whether our law would grant a remedy in a particular case. In this regard Lord Oliver's comments in *Alcock's* case (925g – h, 1113B – C) are instructive:

“It must . . . be attributable simply to the fact that such persons are not, in contemplation of law, in a relationship of sufficient proximity to or directness with the tortfeasor as to give rise to a duty of care, though no doubt ‘policy’, if that is the right word, or perhaps more properly, the impracticability or unreasonableness of entertaining claims to the ultimate limits of the consequences of human activity, necessarily plays a part in the court's perception of what is sufficiently proximate.”

Various tests have been proposed for determining whether the wrongfulness element has been satisfied, but irrespective of whether one favours the infringement of rights approach, or that of the existence of a legal duty, or a duty of care, or whether the test is one of society's *boni mores* or of objective reasonableness, one thing is certain: current judicial and academic opinion do not favour reasonable foreseeability of harm as a general test for liability. Reasonable foreseeability without limiting concepts cannot serve as a test for balancing the conflicting interests of the litigants. It fails to supply our law with a test which is fair to both plaintiff and defendant. Thus, as a determinant of liability, the line of reasoning in *Bester's* case is out of step with current legal thought in South Africa.

It appears, therefore, that foreseeability should no longer be the dominant and decisive factor in determining liability for psychiatric injury and, as has been the case in other areas of our law (*Coronation Brick (Pty) Ltd v Strachan*

*Construction Co (Pty) Ltd* 1982 4 SA 371 (D)), the concept should perhaps be relegated to being an important component of the wrongfulness inquiry, to be considered in conjunction with other factors.

There is, however, another aspect to consider: Neethling *et al* prefer the view that issues of imputability of harm be treated as questions of legal causation or remoteness (*op cit* 169 ff) and support for their view can be found in *Masiba's* case. It is perhaps natural that one would wish to choose between the two approaches, but this, it is suggested, is unnecessary. There is no need to adhere to rigid categories for determining liability, especially when it makes no difference which element of liability is used. Courts should have flexible criteria at their disposal when attempting to resolve difficult issues and provided that the basic principles do not conflict, there appears to be no harm in choosing which of the two elements, wrongfulness or causation, is the more suitable tool for dealing with a particular issue. As Lord Denning said in *Spartan Steel & Alloys Ltd v Martin & Co (Contractors) Ltd* [1973] 1 QB 27 (CA) 37, sometimes it is more natural to find that there is no legal duty, yet on other occasions it is easier to say that the loss is too remote. Such an approach is of particular relevance in psychiatric injury cases.

A more important concern is that we ensure that a criterion for liability is chosen which conforms to the principles used to establish both elements. Even though the Appellate Division did not reject foreseeability as a criterion for determining legal causation in *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1991 1 SA 680 (A) 701C–F, given its gradual demise as a test for wrongfulness, other areas of commonality must be explored. Fortunately, the *International Shipping Co* case has made this task much easier, for the flexible criterion for legal causation which that case accepted, bears a marked resemblance to the Appellate Division's approach to wrongfulness in *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597A–B. One can therefore expect that in applying the new test for remoteness courts will look at the developments in the wrongfulness area and there is no reason why the criterion for liability suggested above should not also prove to be a suitable test for legal causation.

Although commentators are in general satisfied with the foreseeability principle as a test for liability in psychiatric injury cases (Boberg *op cit* 176, Neethling *et al op cit* 289–292, Van der Merwe and Olivier *op cit* 330), recent developments may have undermined the status of *Bester's* case as the leading decision in this field. It may well be that in using the flexible criteria for determining wrongfulness and legal causation, courts will afford the foreseeability test an important role, but reconciliation between the *Bester* case and the more recent Appellate Division authorities concerning general principles is becoming more and more desirable. The value of *Alcock's* case in such a process is that it clearly illustrates the role of the limiting factors.

JR MIDGLEY  
*Rhodes University*



**FELICIUS-BOXELIUS TRACTATUS DE SOCIETATE –  
'N MISKENDE VENNOOTSKAPSREGTELIKE KENBRON UIT  
DIE IUS COMMUNE**

## 1 Inleiding

In *Van Staden v Venter* 1992 1 SA 552 (A) 560H – 561C verwys waarnemende appèlregter Harms pertinent na “Hector Felicius *Tractatus de Societate*” (32.74 32.75) as gemeenregtelike gesag vir die standpunt dat die *actio pro socio est perpetua* en dat verjaring nie begin loop alvorens ’n vennootskap ontbind nie. Ter staving van die gevolgtrekking dat hierdie bron die *ius commune* weergee, word daarop gewys dat die derde uitgawe van die werk in 1666 in Gorkum, Suid-Nederland gepubliseer is en dat “die skrywer na Romeins-Hollandse skrywers soos Groenewegen verwys en dat Voet op hom staatmaak”.

’n Rekenaarmatige soektog deur die Suid-Afrikaanse hofverslae soos vervat in die “Jutastat Laserskyf Biblioteek” (Jutastat CD-ROM Library) toon dat hierdie verwysing as geskiedkundig aan te stip is. Dit is naamlik die heel eerste verwysing na hierdie werk in so ’n gerapporteerde uitspraak van enige afdeling van die hooggereshof, dit wil sê sedert 1947.

Die uitgawe van die werk waarop regter Harms steun, bevat byvoegings deur Boxelius onder meer oor die tydgenootlike posisie in Nederland. Daarom word soms na hierdie spesifieke uitgawe verwys as Felicius-Boxelius *Tractatus de societate* (hierna “Felicius-Boxelius”) (vgl Zanchius *Tractatus de societate* (1786) vi; Dekkers *Bibliotheca Belgica juridica* (1951) 24 sv “Boxel”; Roberts *A South African legal bibliography* (1942) 120; Lichtenauer *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland tot 1809* (1956) 124).

Om die belang van Felicius se *Tractatus de societate*, en veral van Felicius-Boxelius as gemeenregtelike en vennootskapsregtelike kenbron na behore in perspektief te stel, sou dit waarskynlik nie onvanpas wees om ’n heel wydlopende asook fyn gedetailleerde agtergrond te verskaf nie. Die taakstelling is tans egter bloot om die aandag kursories te vestig op enkele fasette van die werk en van die breë agtergrond waarteen dit beskou kan word.

## 2 Die outeurs

Volgens Roberts (120) was Hector Felicius (oftewel Felix) ’n Italiaanse juris wat aan die einde van die sestiende eeu geleef het. Regter Harms bestempel Felicius aan die hand hiervan as ’n laat sestiende-eeuse Italiaanse juris (*Van Staden v Venter supra* 560I – J). Volgens Beinart (“Capital in partnership” 1961 *Acta Juridica* 119) kan Felicius as een van die laat-kommentatore geklassifiseer word.

Die werk self bevat ’n gedig deur ene Sebastianus Maccius Durantius (wat homself beskryf as filosoof, teoloog, ridder en graaf aan die imperiale hof) waarin die lof van die verhandeling en van beide Hector Felicius en sy seun Angelus hemelhoog aangeprys word. So word die monografie beskryf as ’n *praeclarissimum opus* en word Hector lof toegeswaai omdat hy onder meer “discordis que animos concordia pace ligaret”. Sy seun Angelus word op sy beurt

geprys as “haec juvenis virtute & grandibus aussis haud patri absimilios, decoratus acumine mentis”.

Ook ingesluit is ’n epigram deur die regsgeleerde Antonius Maria Actius waarin die werk sonder blik of bloos oor dieselfde kam geskeer word as dié van die beroemde Romeinse *jurisconsultus* Aemilius Papinianus (“Ergo prisca suo quot gratis Papiniano, tot meritis debent secula nostra suis”). Laasgenoemde word deur byvoorbeeld Jolowicz (*Historical introduction to the study of Roman law* (1967) 400) bestempel as “the most famous name in the whole history of Roman jurisprudence”!

Dat hierdie aanprysings in die werk as buitensporige oordadigheid aan te stip is, val sekerlik nie te ontken nie. Nogtans spreek die opname in die werk van sodanige oorfloedige lofuitings boekdele nie slegs van die ingesteldheid van die outeur se seun Angelus nie, maar ook van wat in die tydsgewrig as aanvaarbaar beskou is. Die skool van humaniste in Frankryk se kritiek teen die kommentatore was naamlik onder meer gerig teen hul swak Latyn en breedsprakigheid van styl (Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* (1979) 140; De Vos *Regsgeskiedenis* (1992) 57).

Nogtans is dit opmerklik dat die outeur van die voorwoord van die 1666-uitgawe te Gorkum, waarskynlik Boxelius, die werk van Felicius bestempel as ’n gedetailleerde en omvattende vennootskapsregtelike bron wat met gesag bejeën word en veral verdienstelik is vanweë die deeglike ontleding van tersaaklike regsbronne en die oorwoë opweging van teenstrydige standpunte.

Angelus, die seun van Hector Felicius, wat die werk na die dood van sy vader gepubliseer het, word in die titelblad van die 1666-uitgawe te Gorkum beskryf as ’n *candidatus publici iuris*. Hy beskryf sy bydrae as bestaande uit die samestelling van die manuskrip uit verskeie dokumente, die redigering daarvan en die opstel van ’n alfabetiese indeks.

Soos reeds vermeld is, is die 1666-uitgawe te Gorkum voorsien van aantekeninge deur Boxelius, waarin onder meer na die standpunte van tydgenootlike Romeins-Hollandse skrywers verwys is. Volgens Dekkers (*Bibliotheca Belgica juridica sv “Boxel”*) het Hugo van Boxel (oftewel Boxelius of Boxtel) te Heusden die lewenslig aanskou. Hy het te Leiden in die lettere en wysbegeerte studeer en te Parys in die regte. Hy het as advokaat gepraktiseer en was van 1634 tot 1645 sekretaris van Gorkum (oftewel Gorchum). Hy het nie slegs die *Tractatus de societate* van Felicius van notas en byvoegings voorsien nie, maar ook die werk van Cornelius Neostadius *De feudi juris scripti et Hollandicis West-frisique successione* waarvan die bygewerkte uitgawe in 1670 in Gorchum gepubliseer is.

### 3 Die werk

#### 3.1 Ontstaan en uitgawes

Angelus Felicius het sy vader se werk oor die vennootskapsreg opgedra aan ’n edelman Mammianus van Dura. Dit is geteken op 1 September 1606 te die huidige Fossombrone (die toenmalige Forisemprone) in Noord-Umbrië, Italië. Daarin verduidelik Angelus dat die dele van die manuskrip versprei was oor talle dokumente van sy vader, Hector Felicius. Hy het nie alleen die omvang daarvan verminder nie, maar ook die manuskrip redaksioneel versorg nadat hy dit van ’n indeks voorsien het. Hy skroom nie om die eindresultaat onomwonde te bestempel as die vrug op sy nagtelike arbeid nie.

Die eerste uitgawe is in 1606 onder die titel *Tractatus de societate* te Frankfurt gepubliseer met Wolfgang Richter as uitgewer. Volgens Roberts (120 steunende op Camus-Dupin *Lettres* en Lipenius *Bibliotheca realis juridica*) was die tweede uitgawe in 1610 te Venisië gepubliseer, die derde te Gorkum in 1666 en die vierde en laaste uitgawe in 1677 te Genève.

Coing (*Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* II/1 (1977) 374) vermeld egter nie minder nie as nege uitgawes: 1606 te Frankfurt, 1608 te Frankfurt, 1610 te Venisië, 1610 en 1638 te Augustae Taurinorum (nou Turyn), 1666 te Frankfurt, 1666 te Gorkum (ook na verwys as Gorinchem of Gorchum), 1677 te Genève en 1686 te Lugduni Batavorum (oftewel Leiden). Asser (*In solidum of pro parte* (1983) 247) ondersteun Coing.

Felicius-Boxelius, oftewel die 1666-uitgawe te Gorkum, is gepubliseer onder die titel *Tractatus desideratissimus de communione seu societate deque lucro item ac quaestu, damno itidem ac expensis* met Paulus Vink as uitgewer. Die titelblad vermeld uitdruklik dat die uitgawe gepubliseer word "cum notis & additionibus H. Boxelii JC Gorinchemiensis".

Terloops, Gorkum was een van die twaalf klein stede wat verteenwoordiging en stemreg gehad het op die *Staten van Holland en Westfriesland* wat te Den Haag gesetel was. Die kasteel van Loevenstein, wat geleë was tussen die Maas- en Waalriviere in die omgewing van Gorkum, is bekend as die gevangenis waar Hugo de Groot vanaf Julie 1619 tot Maart 1621 aangehou is. Aldaar het hy onder meer sy beroemde *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid* geskryf (Van Zyl *Geskiedenis* 348).

Die aantal uitgawes bevestig die gewildheid van die werk. 'n Vergelyking tussen die verskillende uitgawes behoort veel op te lewer wat van belang is vir die historiese ontwikkelingsgang van die vennootskapsreg. Daar word egter ten sterkste betwyfel of eksemplare van al die uitgawes in Suid-Afrika beskikbaar is. Die 1666-bewerking deur Boxelius is waarskynlik die uitgawe wat die vrylikste hier te lande beskikbaar is en wat van die meeste belang is vir die Suid-Afrikaanse vennootskapsreg, veral vanweë die verwysings na Romeins-Hollandse bronne in Boxelius se byvoegings.

### 3 2 Inhoud en omvang

Felicius-Boxelius is in die geheel in Latyn geskryf en beslaan 494 genommerde bladsye. Dit bevat ook 'n volledige alfabetiese indeks van meer as 52 bladsye. Die laaste bladsy van die teks is 594 genommer, maar nadere ondersoek toon spoedig dat 'n hele 100 addisionele bladsye deur die drukkersduiwel geskep is aangesien die vorige bladsy korrek 493 genommer is. Die werk is opgedeel in 'n inleidende en 41 verdere hoofstukke. Die aantekeninge deur Boxelius verskyn telkens aan die einde van 'n betrokke hoofstuk. Nie elke hoofstuk is voorsien van aantekeninge nie. Soms is die aantekeninge relatief uitgebreid, soos dié aan die einde van hoofstukke 5, 8, 14 en 41.

Die inhoudsopgawe bevat 'n volledige opsomming van elke hoofstuk wat te omvattend is om hier *verbatim* weer te gee. Vir huidige doeleindes word volstaan met 'n kort samevatting daarvan wat uiteraard nie voorgee om 'n letterlike vertaling te wees nie:

*Inleiding*: Aard van vriendskapsverhoudings. Vennootskap as verskyningsvorm van vriendskap. Aard van vennootskap. Betekenis van vennootskap.



Bestaansredes. Indeling van die werk. *Hoofstuk 1*: Verskillende definisies van vennootskap. Verskille tussen vennootskap en ander tipes kontrakte. *Hoofstuk 2*: Oprigting van 'n vennootskap. Inhoud en formaliteite van vennootskapskontrak. Wysies van uiteindelijke beëindiging. *Essentialia* van vennootskap. *Naturalia* en *accidentalia*. Opheffing en wysiging. Ses verskyningsvorme. *Hoofstuk 3*: Ontstaan van vennootskap en welke persone 'n vennootskap kan aangaan. Persone jonger as veertien jaar en hul handelingsbevoegdheid met bystand. Beoordeling van die optrede van minderjariges en van hul administrateurs. Saakwaarneming. *Hoofstuk 4*: Regsposisie van minderjariges bygestaan deur voogde. Vennootskap tussen minderjarige en voog. Kontraksluiting met 'n derde met die toestemming van 'n voog. Wanneer 'n hofbevel 'n vereiste is. *Hoofstuk 5*: Regsposisie van persone ouer as veertien maar jonger as vyf-en-twintig jaar met of sonder 'n voog. Vereistes vir aangaan van 'n vennootskap deur sodaniges. Minderjariges volgens die gebruike van handelaars. Agtien as wet-tige ouderdom. Die eed en *restitutio in integrum*. *Hoofstuk 6*: Minderjariges, slawe en kerklike amptenare verbied om 'n vennootskap aan te gaan weens gebrekkige handelingsbevoegdheid. Vennootskap tussen minderjariges onderling. Vennootskap tussen 'n minderjarige en vader ten opsigte van *peculium castrense*, *quasi castrense* of eiendom van moeder geërf. Verdeling tussen minderjarige en vader by ontbinding van die vennootskap. *Hoofstuk 7*: Persone onbevoeg om 'n vennootskap aan te gaan weens gebrekkige verstandelike vermoë. *Hoofstuk 8*: Uiteensetting van klasse persone wat regtens nie 'n vennootskap mag aangaan nie. *Hoofstuk 9*: Materiële aangeleenthede. Welke eiendom tot 'n vennootskap bygedra kan word. Hantering van gelyke en ongelyke bydraes. Wysies van oordrag. Ontstaan van mede-eiendomsreg van vennote. *Hoofstuk 10*: Formaliteite vir totstandkoming van vennootskapskontrak. *Hoofstuk 11*: Die besondere tipe vennootskap gerig op wins. Oprigting. Voorvereistes. Vermoedens. *Hoofstuk 12*: Wins. Die begrip wins. Die omvang van 'n vennootskap van alle goedere. *Hoofstuk 13*: Die vennootskap met 'n winsoogmerk. Meer oor die begrip wins. *Hoofstuk 14*: Bates verkry deur vennote en gemeenskaplike bates. Aksies deur vennote teen derdes. Vennote as lashebbers. Kontraksluiting deur vennote met derdes. *Hoofstuk 15*: Verdeling van wins en voordeel (*lucri et quaestus*) tussen die vennote. Bewerkstelling van gelykheid tussen vennote. Verhoging van bydrae deur 'n vennoot en invloed op verdeling van wins. *Hoofstuk 16*: Voorwaardes vir onttrekking van kapitaal en oorgang van risiko. *Hoofstuk 17*: Reëlins rakende die verdeling van wins. Remedies van vennote by onbillike verdeling. *Hoofstuk 18*: Reëlins rakende instandhouding van kapitaal en nie-onderwerping aan risiko. *Hoofstuk 19*: Die invloed van 'n geskil oor verrekening op die verdeling van verlies en risiko. *Hoofstuk 20*: Bedrog en die aanspreeklikheid van 'n vennoot vir die verliese van die vennootskap daaruit voortspruitend. Kondonasie. *Hoofstuk 21*: Aanspreeklikheid van vennote vir growwe en geringe nalatigheid en selfs vir die geringste nalatigheid. Kondonasie. Aanspreeklikheid van erfgename van vennote. *Hoofstuk 22*: Gronde vir kondonasie van nalatigheid. Skuldvergeelyking tussen vennote. *Hoofstuk 23*: Bewys van skade voortspruitend uit nalatigheid. *Hoofstuk 24*: Die belang van 'n vennoot in 'n vennootskap en die bewys daarvan. *Hoofstuk 25*: *Casus fortuitus* en die bewys daarvan. *Hoofstuk 26*: Gemeenskaplike uitgawes van 'n vennootskap van alle goedere. Bruidskat van dogter van vennoot. *Hoofstuk 27*: Uitgawes en verliese van 'n vennootskap vir wins sonder opset veroorsaak. Uitgawes in verband met vennootskapsbates. Gebrek aan eensgesindheid

tussen vennote. *Hoofstuk 28*: Die finale klousule. Oor-en-weer lasgewing tussen vennote. Aanwending van vennootskapsbates. Geskille tussen vennote oor die aanwending van vennootskapsbates. *Hoofstuk 29*: *Accidentalia* van 'n vennootskapsooreenkoms. Strafbepalings. Dokumente wat voor die aangaan van die vennootskap voltooi moet word. *Hoofstuk 30*: Kontraksluiting met derdes. Aanspreeklikheid van vennote teenoor derdes, *in solidum* of *pro parte* of soos ooreengekom. *Hoofstuk 31*: Verpligtinge en aksies tussen vennote. Die *beneficium competentiae* en die tenietgaan van hierdie voorreg. *Hoofstuk 32*: Ontbinding van 'n vennootskap vanweë die natuurlike dood van 'n vennoot. Redes waarom die vennootskap nie oorgaan op erfgename nie. Geldigheid van voortsettingsbedinge met erfgename. Optrede en regte van erfgename. *Hoofstuk 33*: Ontbinding vanweë siviele dood, dit wil sê statusverlies in die vorm van verslawing of die verlies van burgerregte. Ontbinding vanweë uitbanning of die aanvaarding van kerklike ampte. *Hoofstuk 34*: Verdere wyses van ontbinding. Onmoontlikwording en die intrede van armoede, insolvensie en boedeloorgawe gevolg deur verkoping in eksekusie. *Hoofstuk 35*: Vrywillige ontbinding. Dissosiasie en repudiëring. *Hoofstuk 36*: Ontbinding deur novasie of die instel van aksies tussen vennote. *Hoofstuk 37*: Rekenkap aan vennote. Vrystelling van rekenkap. Formulering van vrystelling. *Hoofstuk 38*: Vier vereistes vir rekenkap. Ander aspekte rakende verantwoording aan vennote. Onbevredigende of bedrieglike verantwoording. *Hoofstuk 39*: Verdeling van die vennootskapsbates, liggaamlik of onliggaamlik. *Hoofstuk 40*: Herroeping van 'n bedrieglike verdeling. Skade. Vereistes vir uitsetting. Bewaring van die finansiële rekords en seël van die vennootskap na likwidasie. *Hoofstuk 41*: Wyses, omstandighede en gevolge van die novasie van 'n vennootskap. (Graag word professor HA Wessels van die Departement Romeinse Reg en Regsgeskiedenis, Universiteit van die Oranje-Vrystaat bedank vir hulp met die vertaling van die inhoudsgawe waarop die opsomming gebaseer is.)

Dit is opmerklik dat in die werk nie altyd by die direk tersake gehou word nie. Soms is die bespreking so wydlopend dat die leser onwillekeurig herinner word aan die kritiek van Jacobus Cujacius op die kommentatōre: "verbosi et proluxi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi" (vgl De Vos *Regsgeskiedenis* 57–58). 'n Voorbeeld is die eltelange bespreking van handelingsonbevoegdes. Hieraan word bykans ses hoofstukke afgestaan.

Die oortuiging bestaan egter dat die inhoud van Felicius-Boxelius in die geheel oor genoeg meriete beskik om vertaling te regverdig. Die meriete van sekere gedeeltes van die werk is reeds deur ander skrywers beklemtoon. Volgens Beinart (1961 *Acta Juridica* 119) bevat Felicius-Boxelius byvoorbeeld oor problematiek rakende vennootskapskapitaal 'n waardevoller en meer diepgaande bespreking as Pothier se *Traité du contrat de société* (1768) waarin merendeels ook oor ander belangrike aspekte geswyg word. Asser (247–249) vestig die aandag op die belang van die bespreking van die aanspreeklikheid van vennote teenoor derdes in die eerste uitgawe van die werk. Dit word deur Lichtenauer (16 124), Van Brakel (*Hollandsche handelcompagnieën* (1908) 179) en Van der Heijden (*Naamlose vennootschap* (1908) 52) ook ten aansien van Felicius-Boxelius bevestig (sien ook Duynstee *Vraagstukken* (1940) 71–73). Uit eie navorsing wil dit voorkom of die bespreking van verskeie ander aangeleenthede oor dieselfde kam geskeer kan word, onder meer die bestaanbaarheid en totstandkoming van die verskillende soorte universele vennootskappe en veral van die *societas universorum bonorum*, die verhouding tussen vennote en veral fasette van die *actio*

*pro socio*, asook die novasie van 'n vennootskap. Dit is egter eerder die onderwerp van aparte bespreking.

## 4 Belang

### 4.1 Stand en bronne van die Suid-Afrikaanse vennootskapsreg

Daar bestaan weinig twyfel dat wat regsontwikkeling betref, die vennootskapsreg die stiefkind van die Suid-Afrikaanse ondernemingsreg is. Dit is nie diensdig om die besonderhede van die problematiek wat reeds deur howe en skrywers uitgewys is en wat strek vanaf die *essentialia* tot by die ontbinding en selfs die sekwestrasie van 'n vennootskap hier onder die loep te neem nie. Dit is voldoende om daarop te wys dat die stand van sake tot gevolg gehad het dat die behoefte aan 'n moderne vennootskapswet nie slegs herhaaldelik beklemtoon is nie maar ruitelik deur die voorstanders van ander ondernemingsvorme erken is (Henning en Delport "Partnership" 19 *LAWSA* 246 vn 1; Naudé 1982 *MB* 13; Henning 8 *Mededelings van die Sentrum vir Ondernemingsreg* (1988) 1 – 3; Oosthuisen 1989 *De Rebus* 289). Van betekenis hier is ook enkele van die manifestasies van die gebrek aan belangstelling waarmee die ondernemingsvorm bejeën word. Dit illustreer juis die huidige dilemma van die vennootskapsreg.

Wat navorsing betref, vermeld die Dissiplinegerigte Hoofkomitee vir Regte, Geskiedenis en Staatswetenskappe van die RGN (1985 15(7) *Navorsingbulletin* 32) dat die swaartepunt by maatskappyereg lê terwyl min gedoen word op die gebied van die vennootskapsreg. Ook uit die verslae van kommissies blyk relatiewe gebrek aan belangstelling. 'n Voorstel dat voorskrifte rakende die inlywing van professionele en semi-professionele groepe nie in die Maatskappywet tuishoort nie maar in 'n afsonderlike wet op ingelyfde vennootskappe, is deur die Van Wyk de Vries-kommissie van die hand gewys met die opmerking dat die wysiging van die vennootskapsreg buite sy opdrag val (*Hoofverslag van die Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet* RP45/1970). In die memorandum oor die behoefte aan 'n nuwe regsvorm vir kleinsake (die beslote korporasie) in 1982, is die nypende behoefte aan 'n omvattende vennootskapswet erken maar op die lange baan geplaas as 'n probleem vir 'n ander dag (Naudé 1982 *MB* 13). By die opstel van die Wet op Beslote Korporasies 69 van 1984 is noodgedwonge sekere bepalinge van die Engelse Partnership Act van 1890 as voorbeeld geneem (Henning 1984 *TRW* 157). Simptomaties is juis ook die mededeling van die Margo-belastingkommissie dat geen vertoë ontvang is oor die belasting van vennootskappe nie en dat die kommissie self die inisiatief moes neem (*Verslag van die Kommissie van Ondersoek na die Republiek van Suid-Afrika se Belastingstruktuur* RP 34/87 par 11.44). In die dokumentasie van die Suid-Afrikaanse Regskommissie oor sy program vir die beskikbaarstelling van gemeenregtelike kenbronne verskyn geen werk wat uitsluitlik oor die vennootskapsreg handel nie. Die enigste voorstel van direkte belang is dat 'n register opgestel word van Pothier se *Het recht omtrent vennootschappen en andere gemeenschappen*. Waarskynlik word hiermee bedoel die vertaling van Pothier se werk *Traité du contrat de société* deur Van der Linden as *Verhandeling van het recht omtrent sociëteiten of compagnieschappen en andere gemeenschappen* (1802) (sien Henning 8 *Mededelings van die Sentrum vir Ondernemingsreg* 2 – 3).



Die dilemma van die vennootskapsreg is deur die Vaste Advieskomitee oor Maatskappyereg erken in sy verklaring van 15 Junie 1989 oor die toekomstige ontwikkeling van die ondernemingsreg waarin 'n premie geplaas is op die modernisering van die vennootskapsreg. Hierby het die Suid-Afrikaanse Regskommissie aan die einde van 1991 aangesluit met sy bekendmaking van 'n ondersoek na die vennootskapsreg as deel van sy projek van regshervorming per vakgebied.

Tot die huidige stand van sake het die lang ontwikkelingsgang van die vennootskapsreg, die oorsigtelike aard van die besprekings van die onderwerp in bekender Romeins-Hollandse bronne en die onderbenutting van minder bekende en minder toeganklike gemeenregtelike kenbronne in die algemeen 'n bydrae gelewer. Op laasgenoemde bestaan uiteraard enkele opsigtelike uitsonderings (bv Delport *Gedingvoering tussen vennote* (1977); Beinart 1960 *Acta Juridica* 118–155), maar ongelukkig nie genoeg om die onderliggende problematiek afdoende te besweer nie.

Dit is juis opmerklik dat die vennootskapsreg (as onderafdeling van die *ius singulare* van die handel) grootskaalse Engelsregtelike beïnvloeding vrygespring het (Henning 1980 *MB* 144). Anders as in die geval van die maatskappyereg, was daar nie 'n heelheidse oornome van Engelse vennootskapswetgewing soos die Partnership ("Bovill's") Act van 1865 (28 & 29 Vict c 86), die Partnership Act van 1890 (53 & 54 Vict c 39) of die Limited Partnerships Act van 1907 (7 Edw 7 c 24) nie. Die Kaapse Special Partnerships' Limited Liability Act 24 van 1861 en die Natalse Special Partnerships' Limited Liability Act van 1864 (Law no 1 1865) was nie 'n noukeurige oornome van Engelse wetgewing nie. (Van voorstelle soos dié van Baring in 1836 vir die invoering van "limited partnerships" (sien Bellenden Kerr *Report on the law of partnership* 1837 British Parliamentary Papers (vol XLIV) 439) het aanvanklik weinig tereg gekom. Die Limited Partnerships Act is eers meer as sewentig jaar later, met ingang van 1 Januarie 1908, ingevoer.) Die Kaapse en Natalse wetgewing is waarskynlik gebaseer op die Limited Partnership Act van 1822 van die Amerikaanse staat New York (New York Laws 45th Session chapter 244 (17 April 1822): Of limited partnerships), wat op sy beurt weer inspirasie geput het uit die Franse *Code de commerce* van 1807 (a 23-28: *société en commandite*) wat weer voorafgegaan is deur Louis XIV se *Ordonnance du commerce* (ook na verwys as Colbert se *Code Marchand*) van 1673 (titel 4 a 1–14: *Des sociétés*). (Sien Troubat *The law of commandatary and limited partnership* (1853) 22–23; Rowley *The modern law of partnership* (1916) 1375; Lewis "The Uniform Partnership Act" 1917 *Univ of Penn LR* 715; Warren *Corporate advantages without incorporation* (1929) 303; Levy-Bruhl *Histoire juridique des sociétés de commerce en France* (1938) 145; Jefferys *Trends in business organisation in England* (1938) 19; Hunt *The development of the business corporation in England* (1936) 81; Bergstedt "Partnership in commendam" 1961 *Tul LR* 817; Gower *Modern company law* (1979) 44–46 50–51; Lindley en Banks *On partnership* (1990) 733–734.) Vanweë die resepsie van die vennootskap *en commandite*, via die Romeins-Hollandse reg van die Franse reg (Wessels *History of the Roman-Dutch law* (1908) 651), was die invoering van die Kaapse en Natalse maatreëls op die keper beskou, oorbodig. Dit is uiteindelik deur die Hersieningswet op die Voor-Uniewette 36 van 1976 herroep.

Hoewel die invloed van Engelse regspraak en handboeke opmerklik is in vroeëre hofuitsprake, is in die gerapporteerde uitsprake van die appèlhof op gebied van die vennootskapsreg gedurende die afgelope twee dekades geen verwysing na die Engelse reg aan te tref nie (Henning 1980 *MB* 44; Henning en Delpont 19 *LAWSA* 246 vn 14).

Die vermyding van 'n oorheersende Engelsregtelike invloed is des te meer opmerklik indien gelet word op die relatief oorsigtelike besprekings van die onderwerp wat in die bekender Romeins-Hollandse bronne aan te tref is (Beinart 1961 *Acta Juridica* 118; De Villiers "Partnership" 13 *Encyclopedia of forms and precedents* 136). Bowendien is die tekortkominge van die besprekings van die onderwerp deur die bekender Romeins-Hollandse regsgeleerdes deur verskeie outeurs gedurende die afgelope dekades onder die loep geplaas (Lichtenauer 97 – 102 108; Asser 95 – 102; Delpont *Gedingvoering tussen vennote* 108 – 114; Slagter en Zwemmer "Vennootschap onder firma" in *Personenassociaties* (1980) 1 – 3; Henning 1980 *MB* 145 – 147; Henning en Delpont 19 *LAWSA* 251 258 – 259 287 – 288 305 – 307; Joubert 1978 *THRHR* 291; Laspeyres *Geschiede* (1963) 24 – 30; Beinart 1961 *Acta Juridica* 118 – 137; Duynstee *Vraagstukken* 71 – 73; Van Apeldoorn 1930 *Rechtsgeleerd Magazijn* 220 – 221; Fischer 1952 *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 598; Van Brakel *Hollandsche handelscompagnieën* 179; Van der Heijden *Naamloze vennootschap* 52).

Suid-Afrikaanse howe het hul eerder na die meer substansiële (en toegankliker) vertalings van Pothier se *Traité du contrat de société* (1768) gewend, byvoorbeeld vir die *essentialia* van 'n vennootskap. 'n Sprekende verdere voorbeeld is *Robson v Theron* 1978 1 SA 841 (A) 852D – F 854E – F waarin nie alleen die standpunt van Pothier dat die *actio pro socio* wel aangewend kan word as verdelingsaksie, verkies is bo die teenoorgestelde menings van Voet, Vinnius en Hüber nie maar daarbenewens ook die belang van sy werk sterk beklemtoon is:

"Van der Linden . . . relies heavily on the authority of the great French jurist, Pothier, whose treatise on the law of partnership was regarded towards the end of the eighteenth century as an authority of great weight in the Netherlands. This is not surprising since the French and Roman-Dutch law of partnership are both founded on Roman law . . . His treatise was translated by Van der Linden into Dutch: *Verhandeling van het Recht omtrent Sociëteiten of Compagnieschappen* and has been regarded by our courts as an important authority in this branch of the law" (eie kursivering).

Die belang en invloed van Pothier se werk is nie te betwyfel nie (Zimmermann 1985 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)* 168; Zimmermann *The law of obligations* (1990) 473 – 474; Henning en Delpont 19 *LAWSA* 246). Daar moet onthou word dat Van der Linden se vertaling egter eers in 1802 verskyn het terwyl 'n Engelse vertaling deur Tudor in 1854 gepubliseer is. Dat die standpunte van Pothier nie sonder meer as toepaslik op die Romeins-Hollandse vennootskapsreg aanvaar is nie blyk uit die aantekeninge van Van der Linden in sy vertaling. Pothier se standpunte is ook nie altyd deur tydensoortlike Franse skrywers aanvaar nie (Delpont *Gedingvoering tussen vennote* 49). Op die werke van latere Franse skrywers waarin die standpunt van Pothier in perspektief gestel word, soos Troplong se *Commentaire sur le contrat des sociétés* (1843), word deur Suid-Afrikaanse howe en skrywers weinig ag geslaan. Na Savary se *Le parfait negociant* (1675) waarop Pothier

sy ontleding van die verskillende tipes vennootskappe baseer, kon nie 'n enkele verwysing in Suid-Afrikaanse regsliteratuur opgespoor word nie. Die gevolg kan denkbaar wees dat die standpunte van Pothier nie altyd in die korrekte perspektief geplaas of gesien word nie.

Die waarde wat aan die werk van Pothier geheg word, verklaar nie waarom die bekender Romeins-Hollandse regsgeleerdes relatief kursoriese aandag aan die bespreking van die vennootskapsreg geskenk het en waarom eers in 1802 'n monografie oor die vennootskapsreg, en dit nogal 'n vertaling van 'n werk van 'n Franse skrywer, in Nederland gepubliseer is nie.

Daar word aan die hand gedoen dat die verklaring ten minste deels daarin te vinde is dat daar gedurende die bloeitydperk van die Romeins-Hollandse reg wel 'n omvattende monografie oor die vennootskapsreg beskikbaar was waarvan toe deeglik kennis geneem is maar wat in Suid-Afrika heel dikwels oor die hoof gesien word. Dit is Felicius-Boxelius.

## 4 2 Gemeenregtelike kenbron

### 4 2 1 Verwysings in Felicius-Boxelius na Romeins-Hollandse bronne

Hoewel Hector Felicius voor die bloeitydperk van die Romeins-Hollandse reg in die sewentiende eeu (vgl Van Zyl *Geskiedenis* 345) geleef het en hierdie feit in die hoofteks van Felicius-Boxelius weerspieël word, bevat die byvoegings deur Boxelius 'n hele aantal verwysings na die regsgeleerdes van hierdie era en vroeër asook na ander kenbronne van die Romeins-Hollandse reg. Dit sluit in verwysings na die werke van De Groot, Vinnius, Matthaeus II, Groenewegen en Van Leeuwen, asook Gudelinus, Damhouder, Neostadius, Busius, Coren, Sande, Christenius, Wissenbach en Christiaan Rodenburg. Ook Willem van Alphen se *Papegay ofte Formulierboek van alderande requesten, mandamenten, conclusien, als anders, in de dagelijksche practijke dienende voor de respectieve Hoven van Justitie in Holland* (1642) word 'n paar keer vermeld, terwyl soms gesteun word op opinies in die eerste bande van die *Hollandsche consultatien* (na verwys as "*Consult Batav*"). Wat egter veral in die oog val, is die talle verwysings na Groenewegen en De Groot.

### 4 2 2 Verwysings in Romeins-Hollandse bronne

Beinart (1961 *Acta Juridica* 119) wys daarop dat Voet in sy bespreking van die vennootskapsreg heelwat na Felicius verwys. Lichtenauer (*Wetenschap van het handelsrecht* (1956) 124) beklemtoon dat deur Romeins-Hollandse regsgeleerdes dikwels op Felicius-Boxelius gesteun is, veral ten aansien van die aanspreeklikheid van vennote.

Schorer bevestig in sy *Aantekeningen over de Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid van Mr Hugo de Groot* (1784) dat Felicius-Boxelius heelwat aansien geniet het (sien ook *Holl cons* 2 235 (463 *in med*). In sy bespreking van Grotius se mededelings oor die vennootskapsreg (*Inleiding* 3 21 1; *Aantekeningen* 550 vn 2) beklemtoon Schorer byvoorbeeld:

"Omtrent de maat- of vennootschap kan worden nagezien *Hector Felicius, Gorinchemmi* 1666, die dit stuk naauwkeurig behandelt."

'n Ontleding toon verwysings na Felicius-Boxelius oor die volgende aspekte in die Romeins-Hollandse bronne daarna vermeld. Daar word nie op 'n *numerus*



*clausus* aanspraak gemaak nie. Die doel is bloot om 'n idee te gee van die invloed van Felicius-Boxelius as vennootskapsregtelike kenbron merendeels gedurende die bloeytydperk van die Romeins-Hollandse reg:

- (a) *Omskrywing van 'n vennootskap*: Van den Berg *Nederlands advysboek*
- (b) *Regsraad van 'n vennootskap*: *Hollandsche consultatien*
- (c) *Regte op vennootskapsbates*: *Hollandse consultatien*; Van den Berg *Nederlands advysboek*; Voet *Commentarius*; Groenewegen *De leg ab* (1669)
- (d) *Besluitneming*: Schorer *Aantekeningen ad De Groot*
- (e) *Aksies tussen vennote*: Voet *Commentarius*; Schorer *Aantekeningen ad De Groot*
- (f) *Rekenskap deur vennote*: Voet *Commentarius*; Kersteman *Hollandsch rechtsgeleerd woorden-boek*
- (g) *Aksies deur vennote*: Voet *Commentarius*
- (h) *Aanspreeklikheid van vennote vir vennootskapskulde*: *Hollandsche consultatien*; Van den Berg *Nederlands advysboek*; Loenius *Decisien en observatien*; Barel's *Advysen over de koophandel en zeevaart*; Wassenaer *Practyk notariael*; Van Leeuwen *Censura forensis*; Van Leeuwen *Rooms-Hollands recht*; Peckius *Verhandelinghe van handt-opleggen* (vertaling deur Van Leeuwen); Van Lamsweerde *Geldersche consultatien*; *Verzameling van casus positien voorstellingen en declaratien betrekkelijk de koophandel van Amsterdam* (1793)
- (i) *Volmag van vennote*: Van den Berg *Nederlands advysboek*; Voet *Commentarius*; Barel's *Advysen over de koophandel en zeevaart*; Matthaeus II *Verhandeling over de opveilingen*; Wassenaer *Practyk notariael*; Kersteman *Hollandsch rechtsgeleerd woorden-boek*
- (j) *Regte van vennootskapskuldeisers*: *Hollandsche consultatien*; Van den Berg *Nederlands advysboek*; Voet *Commentarius*; Kersteman *Hollandsch rechtsgeleerd woorden-boek*
- (k) *Ontbinding en verdeling*: Voet *Commentarius*; Barel's *Advysen over de koophandel en zeevaart*; Wassenaer *Practyk notariael*; Kersteman *Hollandsch rechtsgeleerd woorden-boek*

Dit is opmerklik dat veral Voet relatief veel na Felicius verwys. 'n Vlugtige ondersoek van die bespreking van die vennootskapsreg in die 1707-uitgawe van sy *Commentarius ad Pandectas* toon verwysings na Felicius in die volgende bewysplase. Die gedeeltes van Felicius waarna verwys word, verskyn agter elke bewysplaas in kursief tussen hakies. Weer eens word nie aanspraak op volledigheid gemaak nie: 17 2 5 (14.74); 17 2 11 (38.41 38.42 37.11 37.15 37.16 37.17 37.59 37.60); 17 2 15 (*cap* 30); 17 2 16 (30.39 *et seq* 30.55); 17 2 22 (31.24 31.25); 17 2 24 (34.24); 17 2 27 (9.54 *et seq* 9.16).

Ook in praktykswerke is relatief veel verwysings na Felicius aan te tref, byvoorbeeld *Hollandsche consultatien* 2 116, 2 162, 2 235, 4 6, 4 284, 6 6; Isaac van den Berg *Nederlands advysboek* 1 254, 2 115, 2 123, 3 39, 4 159; Barel's *Advysen over de koophandel en zeevaart* 2 59, 2 61, 2 62; en Wassenaar *Practyk notariael* 296, 297, 298 (wat nie minder nie as vyf verwysings bevat, naamlik na 30.1 30.39 38.14–16 37.49 *en* 42.7), 299 *en* 301.

### 4 3 Verdere perspektiewe

Daar word aan die hand gedoen dat Felicius-Boxelius nie net waardevol is as gemeenregtelike kenbron van die vennootskapsreg nie, maar ook dien as bruikbare skakel tussen die standpunte van die meer praktyksgerigte besprekings van die vennootskapsreg deur die Italiaanse kommentatore en die hoogaangeskrewe uitsprake van die handelsregbanke soos die *Rota Genua* aan die een kant, en die humaniste waarby of waaronder talle Nederlandse regsgeleerdes van die sewentiende eeu kers opgesteek het of geklassifiseer kan word, soos Voet, Vinnius, Huber, Noodt, Van Bijnkershoek en dies meer (Van Zyl *Romeins-Hollandse reg* (1983) 157; Scholtens 1960 *SALJ* 391; Van Warmelo 1961 *Acta Juridica* 38) aan die ander kant. Dít veral indien gelet word op die historiese ontwikkelingsgang van die handelsvennootskap en die invloed van die *lex mercatoria* op die uitbouing van die eksterne regsverhoudings. Dit is 'n ontwikkeling wat vanaf die twaalfde eeu eerstens in Italië plaasgevind het en daarna oor die res van die Vasteland versprei het (Henning en Delpont 19 *LAWSA* 280). Teen die sestiende en sewentiende eeu was hierdie ontwikkeling merendeels voltooi. Sonder 'n behoorlike perspektief op leerstukke soos *mutua praepositio*, aanspreeklikheid *in solidum* en die entiteitsteorie oor die regsraad van 'n vennootskap, wat in hierdie tyd in Romanistiese lande óf deel geword van die regsteorie en praktyk óf 'n wesentlike invloed daarop uitgeoefen het, word 'n bevredigende evaluasie van die standpunte van die bekender Romeins-Hollandse regsgeleerdes van die sewentiende en agtiende eeu veelal bemoeilik (*idem* 244 280).

### 5 Vertaling

'n Vertaling van Felicius-Boxelius kan 'n beduidende bydrae lewer tot die kennis van die *ius commune* van die vennootskapsreg en om belangstelling in regshistoriese navorsing aan te wakker. Dat die vennootskapsreg slegs by groter regsekerheid en enige hernieuwe aandag kan baat, is in die lig van die huidige stand van sake sekerlik nie te betwyfel nie.

Daar word beoog om 'n vertaling van Felicius-Boxelius in Engels uiteindelik as deel van die publikasiereeks *Mededelings van die Sentrum vir Ondernemingsreg* van die Universiteit van die Oranje-Vrystaat beskikbaar te stel. Die vertaling is trouens reeds voltooi maar daar word voorsien dat die belangrike taak van redigering en naspeuring van verwysings nog veel tyd in beslag sal neem.

### 6 Slot

Waarnemende appèlregter Harms het regshistoriese navorsing in die algemeen en die vennootskapsreg in die besonder 'n groot guns bewys deur die pertinente vermelding van Felicius-Boxelius as gemeenregtelike kenbron. Daar word vertrou dat so 'n gewisse bydrae gelewer is tot die sukses van projekte wat daarop afgestem is om te verseker dat Felicius-Boxelius nie sonder meer aan die stowwerige skatkis van die verlede toevertrou word as synde liefs daar te ruste gelê nie.

JJ HENNING

*Sentrum vir Ondernemingsreg  
Universiteit van die Oranje-Vrystaat*

**INTEGRAL HISTORY. AN ANSWER TO  
METHODOLOGICAL AND METHODICAL PROBLEMS  
OF LEGAL HISTORY\***

In the small world of South African legal historians the topic of methodology appears to have received scant attention; this is supported by Visser's essay "The legal historian as subversive or killing the Capitoline geese" in the recently published *Essays on the history of law* (1989) 1 – 13. Moreover, method and methodology are often confused; this is exemplified in the work *Regsnavorsing, metode en publikasie* (1990) by Venter and others, and also becomes apparent in Visser's contribution.

An attempt to conceptualise both concepts, that is, method and methodology, for legal historians, is therefore appropriate. Furthermore, in this note a method is proposed which should not only provide guide-lines for aspiring legal historians to enable them to avoid the pitfalls of their predecessors, but which at the same time also attempts to answer the most pressing methodological as well as methodical questions encountered by legal historians.

From the time that Francis Bacon (1561 – 1626), the founder of modern scientific method, in his work *Novum organum* (1620) defined the aim of scientific research as the discovery of certain and demonstrable knowledge, scientists have been striving for objectively truthful knowledge. However, since the ideal of certain and demonstrable knowledge in the human sciences has been proven untenable in the twentieth century, the aim of scientific research in these sciences has been redefined as the striving for the highest degree of verisimilitude (Popper *The logic of scientific discovery* (1959)). In consequence, scientific statements, that is, statements based on scientific research, should be the best available approximations to the truth (Cook and Campbell *Quasi-experimentation* (1979) 37); in other words, they should have the highest possible degree of objective truth. It is obvious that the term "scientific research" will have to be analysed in order to identify criteria in accordance with which research has to be practised to qualify as scientific. In *Metodologie van die geesteswetenskappe: basiese begrippe* (Mouton en Marais (1988) 63 ff 79 ff 106 ff) Mouton describes these criteria as theoretical validity, measurement validity, reliability and inferential validity. Achievement of these criteria is the task of methodology, a field lying between philosophy of science on the one hand and the methods and techniques practised in a particular science or discipline on the other.

Method and technique relate to day-to-day practices: how to collect material, knowledge of the relevant bibliographies, authoritative periodicals, the accepted manner of publication, mode of reference *etcetera*. Philosophy of science depends to a large degree on one's philosophy of life and the world. Although the latter may be more or less defined, more or less conscious, everybody views

---

\* Based on a paper read at a conference for the HSRC on "Science and vision" in Pretoria in January 1992.



the universe, world and mankind according to his own philosophy, which is his own private domain. This philosophy will, moreover, influence the philosophy of science. For example, Marxists will have a philosophy of science which differs from that of Christians. In an essay "Contending images of social knowledge and the politics of truth" in *Knowledge and method in the human sciences* (1990) 43–59 Mouton distinguishes three major philosophical paradigms in current philosophy of social science, namely Positivism, Enlightenment and Critical Theory. He shows that social research within each paradigm is intrinsically political or value-laden and confirms that the Weberian requirement of the value-free science has been recognised to be unattainable in the field of human sciences.

Methodology, the field which lies between philosophy of science and technique, guarantees scientific results – in other words, findings which are as true a representation of reality as possible. Methodology should not be confused with method, although there is an area of overlap. For example, the so-called historical method, according to which the development of a rule, principle, concept or institution of law is traced from its origin, which is often found in Roman law, to contemporary law, may produce findings which are useful to modern law, but will hardly produce scientific results, namely, findings which are as true a representation of the law of the past as possible. Visser uses the description of the fortunes of the *lex Aquilia* by Van der Merwe and Olivier in their textbook *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1985) 222 ff as an example of this method. The authors present the *lex Aquilia* as having reached the logical end of its development and do not acknowledge the fluctuations in the ambit of liability under this action. Visser notes that it is very probable that the vicissitudes of liability are related to a complex variety of ideologies and the dialectical relationship between these ideologies and society. Van der Merwe and Olivier, however, have remained uninterested in the societal context of Aquilian liability and their approach to legal history is an example of manipulation of the past in order to achieve a desired end.

In *Methodology of the social sciences* (1944) 230 Kaufmann describes research methodology as the theory of correct scientific decisions, which means that methodology provides the rules to make a chosen method objective, balanced, systematic and verifiable. Methodology tells us how to plan, structure and execute scientific research irrespective of whether the chosen method is historical, comparative or otherwise.

This brings us to the legal historian and his apparent unconcern about methodology. The Dutch legal historian GCJJ van den Bergh has shown in his essay "De jurist, de rechtswetenschap en de rechtsgeschiedenis" in *Nederlandse rechtswetenschap* (1989) 125-142 that legal history has never been a science in its own right, but has always been considered an auxiliary science. The primary goal of legal history has been, and often still is, the ability to read and apply the *Corpus juris civilis* and subsequent legal works. The authoritative texts were and are studied not for their own sake, but to find answers for legal and political problems of the present time. The legal historian was and is primarily a jurist and the verdict of the German pandectist Brinz (1820–1887): "Wer nicht für ein geltendes Recht arbeitet, ist kein Jurist" (Van den Bergh 125), was accepted without question by the majority of jurists until today. Even when the European codifications caused this type of legal history to become obsolete, legal history did not change course but continued to play handmaiden to juristic

dogma. Legal history too often remains one of the methods of juridical interpretation, namely historical interpretation.

Consequently, the legal historian's attitude towards methodology is the result of the jurist's indifference to developments in this field. Legal science made its appearance during the late Roman republic in the second century BC and thus can boast a long history. Van der Merwe in his inaugural lecture (see "Regsmethodologie: 'n terreinverkenning in historiese perspektief" 1987 *TSAR* 129–152) ably described how a legal methodology developed during this two-thousand-year-old history, a methodology which forms part of the intellectual apparatus of any jurist today. Thus the juristic attitude to developments in the field of methodology in the other human sciences is not to be regarded as a matter of arrogance, but can be explained by the long tradition of the science of law, as well as by the fact that this science has always been a science *sui generis* (Van den Bergh *Geleerd recht* (1985) 5). In particular, the latter aspect makes the application of the methodologies of other human sciences a dubious enterprise, a problem which is aggravated by the fact that no *communis opinio* appears to have evolved from the methodological discourse.

There is, moreover, a second reason for this juristic attitude, which has its roots in epistemological ideas which have strongly influenced European thought and determined legal science (Van den Bergh *The life and work of Gerard Noodt* (1988) 118). In the terminology of Aristotle, the knowledge of the jurist is not speculative, but practical. The maker has special knowledge about the things he makes, archetypal or practical knowledge as opposed to the ectypal or speculative knowledge we have about the things we have not made. Practical knowledge is normative; the maker knows what result was envisaged, and therefore he can judge it. The archetype of legal opinion is *ratio juris*, juristic reason.

However, if legal history wants to shake off the stigma attached to being an auxiliary science and develop into an autonomous science, the object and aim of legal history will have to be redefined, and method and methodology will become an open question. A solution to these problems can, in my opinion, be found in the concept of integral history as developed by the Dutch historian, Jan Romein.

During his long teaching career Romein was struck by the notion that history should be written in a way that would show how all the various aspects of history interrelate. He originally called this a total or universal approach and later named it "integral history", by which he meant historiography, in which a serious attempt is made to realise the idea that every aspect of man's existence should be the subject of historical research and historiography, namely, psychology, philosophy, sociology, the arts, political science, economics, religion, the view of the world, life and man, scientific knowledge, literature and the relations between groups, sexes and generations.

Romein was well aware that this is more easily said than done, since no historian could master all these disciplines, and that amateurish attempts at dealing with other disciplines would discredit the whole enterprise.

The first attempt at integral history, undertaken in the twelve volumes of the "Algemene geschiedenis der Nederlanden" (1949–1958) resulted in failure, which Romein ascribed to specialisation. He henceforth saw specialisation not only as a precondition for, but also as the main enemy of integral history, since specialisation usually takes place within the parameters of a particular discipline,

for example specialisation in political history, economic history, social history, cultural history and so on. According to Romein's views, however, specialisation should take place according to the periods within which the specialist should study the politics, economics, society and culture. His regret about the project entitled "De algemene geschiedenis der Nederlanden" was not so much that specific fields were ignored, nor that they were not treated simultaneously, as that they were dealt with in a manner which failed to demonstrate or even suggest the structural cohesion between them; in other words, that they failed to produce an integrated picture of the past.

In an essay "Integrale geschiedschrijving" (1958) published in *Historische lijnen en patronen* (1976) 536–551 Romein developed his ideas concerning integral history further.

He referred to Smuts's *Holism and evolution* (1926) and noted that holism made its appearance around 1900 in fields other than philosophy. He cited the "Ganzheit"- or "Gestalt"-psychology, Von Uexküll's findings in biology and the developments in medicine, where a one-sided preoccupation with disease made way for an interest in the patient with all the peculiarities of his constitution and personal reactions. In criminal law, attention shifted from the crime to the criminal together with his heredity and social environment.

In linguistics, the accent moved from the individual word and its etymology towards the full sentence and its wider context. In historiography, the likes of Henri Pirenne (1862–1935, Belgian historian), Kurt Breysig (1866–1940, German historian) and Max Weber (1864–1920, German social economist and sociologist) each in his own way, tended in the direction of holism.

The roots of integral history as a method, however, go even further back and Romein cites Voltaire (1694–1778, *Essai sur les mœurs et l'esprit des nations* (1769)), Justus Möser (1720–1794, German historian and politician), Adam Ferguson (1723–1816, Scottish historian and philosopher), Schiller (1759–1805, *Die Geschichte des Abfall der vereinigten Niederlande* (1788); *Geschichte des dreissigjährigen Krieges* (1790–1792)), Wilhelm von Humboldt (1767–1835) and Jules Michelet (1798–1874, French historian) as protagonists of this method. One may add that the inspiration for the idea of universal history can even be traced to Montesquieu (1689–1755, *L'esprit des lois* (1748)) and Giambattista Vico (1668–1744, Italian historical and legal philosopher).

Romein was of the opinion, however, that Marx gave the decisive push towards the concept of integral history with his views on the method of production as the integrating factor in history.

Romein anticipated a twofold result from a series of integrated historical studies. First, the interrelationship between the ways in which man manifests his behaviour during a certain period as well as the structure of these relationships would be shown. Although the relationships between politics, economics, society, culture and so on are generally accepted, in Romein's view nobody has determined how these relations are constructed and function. For example, it is stated that a relation exists between Stoa and the cosmopolitical development of the Roman empire, or between Darwin's struggle for life and the extreme competition of capitalism around the middle of the nineteenth century, but nobody has succeeded in proving these and similar relationships.

Secondly, Romein aspired, through integral history, to provide insight into the transition from the one period into the next, since although it is known that



the one period follows the other, it is not known how these transitions take place. It is common knowledge that the historical process shows a dialectical relationship between continuity and change, but which factors are responsible for change and how and why a certain factor becomes the dominant factor remains clouded in mystery.

Although Romein admitted that there is no historian capable of mastering this programme, he also stated that there is no historian capable of studying the complete history from the sources. Nevertheless, we require that history must be built from the sources. His solution was therefore the study of a narrowly defined period in a geographically defined area. Practising what he preached, he proved his point with the publication of the two volumes of *Op het breukvlak van twee eeuwen* (1967), in which he gave a masterly description of European history between 1889 and 1914.

*Conclusion:* Although the concept of integral legal history dates from the second half of the eighteenth century and was the foundation upon which the historical jurisprudence of Henry Sumner Maine (1822 – 1888, *Ancient law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas* (1861)), Pavel (or Paul) Vinogradoff (1854 – 1925, British historian and legal historian, *Roman law in medieval Europe* (1909)) and Maksim Kowalewski (1851 – 1916, Russian historian and sociologist) built during the second half of the nineteenth century, it has never succeeded in becoming the dominant paradigm within legal history. This can be explained by the rejection of the concept by the Historical School and the subsequent success of the approach of the Historical School, which could be called an organic or genetic legal approach, since its primary aim and method was to clarify present law by showing its evolution without influence from or on the surrounding world.

However, the integral method would enable legal historians to study the law of the past in a societal context, for its own sake and not for the sake of juristic dogma. The interdisciplinary character of this type of study could, nevertheless, shipwreck attempts in this direction in view of the many reservations felt and expressed in this regard (see, eg, “Is interdisciplinary research a mirage?” 1991 3(7) *Bulletin* 2).

Another perhaps more workable proposition could be the use of authoritative secondary sources. A body such as the HSRC could play a decisive role in this respect by promoting the publication of an up-to-date bibliography of the authoritative work in the various disciplines. The multidisciplinary character of intergral history should, by the sheer number of disciplines involved, maximise the attainment of valid findings, objectivity and the best available approximation of the law of the past, thus fulfilling the methodological requirements.

A multidisciplinary approach would also shed light on the relative influence of economic, social, political, religious and other factors on the various branches of the law and the influence which the law has on them in its turn. On the other hand, Von Savigny’s emphasis on the technical side of the law and Watson’s stress on the importance of legal tradition as carried by lawyers bound by the internal logic of the law (see *The making of the civil law* (1981) 179 ff; *The evolution of law* (1985) 66 – 96) may be proved correct and thus the incorporation of other factors into legal historical research may be proved futile.

I am obliged, however, to end this note on a rather pessimistic note. Romein's ideas have to a degree influenced the Dutch legal historical community, and the names of Hoetink, Feenstra and, in particular, Van den Brink have to be mentioned in this respect. Although Hoetink and Feenstra have propagated the idea that note should be taken of political, social, economic and cultural factors operating in each era, these utterances have by and large remained lip service and have not resulted in a novel approach. Even Visser, who optimistically speaks of "The Feenstra School" and traces the influence of this school in South Africa, has to admit that its members have not been able to achieve Feenstra's objectives and have not emancipated legal history from legal dogma. So far there has been no attempt to relate legal subject-matter to societal conditions in any meaningful way.

PhJ THOMAS  
University of Pretoria

**DIE TOETS VIR ONREGMATIGHEID  
BY DIE KRENGING VAN DIE GODSDIENSGEVOEL**

**1 Die godsdiensgevoel as persoonlikheidsgoed**

Die godsdiensgevoel as persoonlikheidsgoed kan in beginsel omskryf word as die individu se geloof, gevoel, beskouings of oortuigings oor sy verhouding met 'n goddelike wese; met ander woorde oor die godsdiens (sien in die algemeen Potgieter *Aspekte van die juridiese beskerming van die godsdiensgevoel* (LLD-proefskrif Unisa 1987) 15 ev, veral 21; vgl *Hartman v Chairman, Board of Religious Objection* 1987 1 SA 922 (O) 929–935 vir 'n ander beskouing hieromtrent). Hierdie regsgoed word aangetas deur enige handeling wat aanstootlik is vir 'n persoon se godsdiensgevoel of dit minag, en wat hom bygevolg in hierdie verband seermaak of krenk (Potgieter *Godsdiensgevoel* 116; vgl Neethling *Persoonlikheidsreg* (1991) 31 206–209).

Die erkenning van die godsdiensgevoel as selfstandige beskermingswaardige regsgoed blyk oorvloedig uit sowel die publiekreg as die privaatrek (Potgieter *Godsdiensgevoel* 64–108). In hierdie aantekening word net aan die delikterege aandag gegee. Die beslissing *Geyser v Pont* 1968 4 SA 67 (W) (sien ook *Pont v Geyser* 1968 2 SA 545 (A)) bied duidelik gesag vir sodanige erkenning, weliswaar onder die vaandel van die beskerming van die goeie naam of *fama*. Hier het die eisers met 'n genoegdoeningseis geslaag op grond van laster wat gespruit het uit 'n reeks artikels wat die verweerder in 'n kerkblad gepubliseer het. In die artikels het die verweerder besonder heftig teen die eisers se godsdiensstige standpunte uitgevaar. Uit die uitsprake van sowel die hof *a quo* as die appèlhof is dit duidelik dat die persoonlikheidsnadeel wat die eisers gely het, grootliks uit die krenking van hulle godsdiensstige gevoelslewe, en nie soseer hul *fama* nie, bestaan het (Potgieter *Godsdiensgevoel* 100–101). Boonop

onderskei hoofregter Steyn in die appèlhof feitlik met soveel woorde tussen 'n persoon se aansien in die gemeenskap en sy godsdienstige oortuigings:

“Die blote feit dat iemand se [godsdienstige] oortuigings vir 'n oorgrote meerderheid so verwerplik is dat daar geen kompromis daarmee aangegaan kan word nie, beteken nie sonder meer dat hy vir hulle 'n minder agtenswaardige persoon geword het nie” (*supra* 556).

Krenking van 'n persoon se godsdienstevoel moet dus nie met laster gepaard te gaan nie; so gesien, word die selfstandige bestaan van die godsdienstevoel (minstens teenoor die goeie naam) beklemtoon.

## 2 Onregmatigheid

In beginsel kan onregmatigheid by die krenking van die godsdienstevoel *de lege ferenda* op dieselfde wyse benader word as by die eergevoel, 'n bekende fase van die gevoelslewe wat van oudsher deur die reg beskerm word (Potgieter *Godsdienstevoel* 196 ev). Die gewraakte optrede moet gevolglik *eerstens* die benadeelde se godsdienstevoel inderdaad krenk. Die vraag of die benadeelde werklik seergemaak is of gekrenk voel, is klaarblyklik *subjektief*. *Tweedens* moet die optrede *contra bonos mores* of onredelik (dit wil sê normstrydig) wees. In laasgenoemde verband behoort die reaksie van die *redelike man*, net soos by eerkrenking, deurslaggewend te wees.

Na analogie van die posisie by eerkrenking, kan die toets vir die onregmatigheid van aantasting van die godsdienstevoel voorlopig só geformuleer word: Die krenking van die godsdienstevoel is *prima facie* onregmatig indien die gewraakte gedrag die godsdienstevoel nie alleen subjektief krenk nie, maar van so 'n aard is dat die redelike man se godsdienstevoel ook in die besondere omstandighede gekrenk sou gewees het (*idem* 118–120).

Die begrip “redelike man” verg hier nadere toeligting. Daar bestaan naamlik in Suid-Afrika 'n groot hoeveelheid uiteenlopende godsdienste (*idem* 27 ev). Dié verdeeldheid bestaan nie net tussen godsdienstrigtings wat tradisioneel verskil, soos tussen die Christendom en die Oosterse gelowe, nie, maar ook binne die oënskynlik eenvormige gelowe. Só word die sogenaamde Christendom gekenmerk deur verdeeldheid en groeppvorming ('n feit wat, terloops, nie die geestelike eenheid wat die ware Christendom kenmerk, ongedaan maak nie). Die feit is dat eisers wie se godsdienstevoelens gekrenk word, hulle gewoonlik met die een of ander godsdienstegroep of kerk identifiseer (*ibid*). Hierdie feit bring mee dat die redelike man-kriterium op die onderhawige gebied, anders as by laster (sien hieroor Neethling 130 ev), nie op 'n algemene wyse, dit wil sê met verwysing na die oordeel van die redelike man wat die gemeenskap *as geheel* verteenwoordig, toegepas kan word nie. Daar bestaan soveel uiteenlopende godsdienstrigtings dat dit gewoon onrealisties sou wees om na 'n enkele godsdienstegemeenskap vir die hele Suid-Afrika te verwys. Onregmatigheid moet immers altyd konkreet, in die lig van die omstandighede wat inderdaad in die betrokke geval aanwesig was, bepaal word. Deel van dié omstandighede is dikwels die feit dat 'n individu sy godsdienstevoel deel met 'n godsdienstegroep waarvan hy 'n lid is. Hierdie feit behoort nie by die bepaling van onregmatigheid buite rekening gelaat te word nie.

As algemene reël behoort daar gevolglik by die bepaling van die *prima facie* onregmatigheid van optrede wat 'n eiser se godsdienstevoel krenk, telkens vasgestel te word of die gewraakte optrede ook die godsdienstevoel van die *redelike lid van die godsdienstegroep of kerk waaraan die eiser behoort*, sou gekrenk het.



Hierdie maatstaf behoort vanselfsprekend nie absoluut te geld nie. Die redelike lid-maatstaf is immers, soos die redelike man-toets by laster, bloot 'n konkretisering van die algemene *boni mores*-onregmatigheidsmaatstaf; 'n hulpmiddel om die regsopvatting van die gemeenskap te peil en geen onontbeerlike, onbuigsame vereiste nie. Daarom behoort die opvatting van 'n lid van 'n godsdienstgroep wat volgens die gemeenskapsopvatting byvoorbeeld *ongewenste* of *skadelike* beskouings handhaaf, nie juridies beskerm te word nie selfs al het die gewraakte bewering die godsdienstgevoel van die "redelike" lid van die ongewenste groep gekrenk. In so 'n geval kan dit volgens die gemeenskapsopvatting nie net redelik en regmatig nie maar selfs prysenswaardig wees om die ongewenste groep se oortuigings aan die kaak te stel al krenk dit die godsdienstgevoelens van individuele lede van so 'n groep (sien vir voorbeelde in hierdie verband die Britse Law Commission se Working Paper No 79 *Offences against religion and public worship* (1981) 128 – 129). Ook hier, soos by onregmatigheid in die algemeen (sien Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 34 ev), gaan dit om die afweeg van belange. Waar die gemeenskapsbelang dit eis, moet individuele belange wyk.

Aangesien die redelike lid-maatstaf nie absoluut behoort te geld nie, behoort 'n eiser wat nie aan 'n godsdienstgroep behoort nie, in beginsel ook met 'n eis weens krenking van die godsdienstgevoel te kan slaag. In so 'n geval kan die onredelikheid van die optrede natuurlik nie met verwysing na die opvatting van die redelike groeplid bepaal word nie en sal daar eenvoudig op die algemene *boni mores*-toets teruggeval moet word (Neethling, Potgieter en Visser 33 ev 41 – 44).

Die feit dat 'n mens met die voorgestelde toets die sienings van 'n onbepaalde verskeidenheid godsdienstgroepe by die onregmatigheidstoets kan betrek, behoort nie 'n wesenlike beswaar teen die toets te wees nie. In die privaatrek gaan dit immers altyd primêr om die beskerming van individuele belange en die feit dat 'n bepaalde eiser se belange uniek is, of deur slegs 'n klein groepie mense gedeel word, behoort nie op sigself 'n beletsel teen juridiese beskerming te wees nie. Daarby gaan dit in hierdie stadium van die onregmatigheidsondersoek bloot om die vaststelling van *prima facie*-onregmatigheid en kan die verweerder nog altyd aantoon dat daar 'n regverdigingsgrond vir sy optrede bestaan. Die gemiddelde lid-toets is dus nie die enigste of finale onregmatigheidsmaatstaf nie.

Die vrees dat die redelike lid-maatstaf 'n onaanvaarbare vermeerdering van eis weens aantasting van die godsdienstgevoel kan meebring omdat die lede van enige duistere godsdienstgroepie hul nou na die hof sal kan wend, is meer gewaan as reël. Die teenswoordige sterk beklemtoning van die vryheid van godsdienst en van spraak in die gemeenskap het die meeste mense bewus gemaak dat daar op godsdienstgebied groot speelruimte bestaan om opvattinge te verkondig en aan te val. Die reg sal waarskynlik net in betreklik ernstige gevalle om beskerming genader word (vgl *Pont v Geysers* 1968 2 SA 545 (A)).

Voorts is dit ook nie 'n onoorkomelike probleem om die godsdienst-oortuigings van die redelike lid van 'n godsdienstgroep te bepaal nie. Deskundige getuienis kan in hierdie verband verkry word. Dit gebeur trouens reeds hy die beskerming van die godsdienst-oortuigings van bevolkingsdele ingevolge die Wet op Publikasies 42 van 1974 en die bepaling van die oortuigings van godsdienstbeswaardes vir doeleindes van die Verdedigingswet 44 van 1957 (sien Potgieter *Godsdienstgevoel* 85 ev 89 ev).

In die algemeen kan daar dus verklaar word dat 'n verweerder se optrede *prima facie* onregmatig is indien sy gedrag nie net die eiser se godsdiensgevoel krenk nie, maar ook die godsdiensgevoel sou aangetas het van die redelike lid van die kerk of godsdiensgroep waaraan die eiser behoort. Die verweerder kan egter aantoon dat sy *prima facie* onregmatige gedrag in werklikheid *regmatig* was indien hy kan bewys dat daar 'n regverdigingsgrond vir sy optrede bestaan het.

Regverdigingsgronde wat vir ander persoonlikheidsregte geld, kan in hierdie verband nuttige aanknopingspunte bied. In die twee *Pont*-sake (*supra*) is die terrein van die lasterreg byvoorbeeld ondersoek om moontlike regverdigingsgronde vir die krenking van die godsdiensgevoel te identifiseer. Ook die areas van die publiekreg waar die beskerming van die godsdiensgevoel ter sprake kom, onder meer ingevolge die Wet op Publikasies 42 van 1974 en die Verdedigingswet 44 van 1957, kan riglyne oplewer vir die vasstelling of gedrag in bepaalde omstandighede onregmatig is of nie (Potgieter *Godsdiensgevoel* 127).

Voorbeelde van regverdigingsgronde wat by die reg op die godsdiensgevoel ter sprake kan kom, is uitoefening van die vryheid van godsdiens en van spraak, noodweer, provokasie, privilegie, billike kommentaar, waarheid en openbare belang, toestemming tot benadeling en statutêre of amptelike bevoegdheid (sien Potgieter *Godsdiensgevoel* 124 ev). Daar moet egter in gedagte gehou word dat die bestaande regverdigingsgronde nie 'n *numerus clausus* vorm nie. Gevolglik kan die afweging van regsobjekte se belange teenoor mekaar aan die hand van die redelikheidskriterium in die toekoms besmoontlik nog nuwe situasies na vore bring wat die dader se oënskylik onregmatige gedrag verskoon. Aangesien die reg op die godsdiensgevoel tot op hede nog nie regs wetenskaplik as 'n selfstandige subjektiewe reg beskryf is nie, sal daar wat hierdie persoonlikheidsreg betref "op die ganse gebied van die reg" na geskikte regverdigingsgronde gesoek moet word.

Intussen sal die algemene *boni mores*- of redelikheidskriterium 'n besonder belangrike rol by die beskerming van die godsdiensgevoel in die privaatreëg moet speel aangesien daar, met die uitsondering van die faktore wat in die *Pont*-sake (*supra*) en in sekere familie- en kerkregsake na vore gekom het (sien hieroor veral hfst 2 van Potgieter *Godsdiensgevoel*), nog nie gedetailleerde riglyne uitgekristalliseer het waarmee onregmatigheid in dié verband bepaal kan word nie.

Ten slotte is dit in hierdie stadium onduidelik watter uitwerking 'n handves van menseregte waarin godsdiensvryheid gewaarborg word, op die privaatreëtelike beskerming van die godsdiensgevoel sal hê. Trouens, die moontlike invloed van so 'n handves, wat primêr die owerheid-onderdaan-verhouding betrek, op die privaatreëg en in besonder die deliktereg, verg spoedige en indringende aandag.

JM POTGIETER

*Universiteit van Suid-Afrika*

## ASSESSORE IN DIE LAERHOF

Die Wysigingswet op Landdroshowe 118 van 1991 wat op 1 Maart 1992 in werking getree het, is allerweë verwelkom as 'n positiewe stap in die rigting

van die uitbouing van die geloofwaardigheid van die Suid-Afrikaanse strafregstelsel.

Voor die wysiging in werking getree het, het artikel 93ter(1) van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 bepaal dat 'n regterlike amptenaar wat by 'n verhoor voorsit, voor enige getuienis voorgelê is, met die goedkeuring van die Minister van Justisie een of twee persone wat na sy mening in die regspleging ervare of bedrewe is in die een of ander aangeleentheid wat by die verhoor relevant kan word, mag aanstel om hom as assessor of assessore by die verhoor by te staan. Artikel 145 van die Strafproseswet 51 van 1977 wat die aanstelling van assessore in die hooggeregshof reël, geld onveranderd en vereis steeds dat 'n persoon slegs as assessor aangestel mag word indien hy óf ervaring in die regspleging het óf bedrewe is in 'n aangeleentheid wat by die verhoor oorweeg kan word. Let daarop dat assessore aangestel moet word indien die oplegging van die doodvonnis 'n geoorloofde vonnis op die ten laste gelegde misdryf is en die moontlikheid volgens die voorsittende regter bestaan dat die doodvonnis opgelê kan word.

Die gewysigde artikel 93ter(1) het egter die posisie in die laerhof (streek- sowel as distrikshof) ingrypend verander. Opvallend is dat die vereiste dat goedkeuring eers van die Minister van Justisie verkry moet word alvorens assessore aangestel mag word, weggelaat is. Die diskresie om assessore aan te stel, berus nou volkome by die voorsittende beampte, behoudens sekere gevalle waar 'n persoon in die streekhof op 'n aanklag van moord teregstaan.

Die bepaling dat die assessore in die regspleging ervare of bedrewe moet wees in die een of ander aangeleentheid wat by die verhoor vir beslissing geopper kan word, is herroep; met die huidige formulering van artikel 93ter(1) is dit duidelik dat in die vooruitsig gestel word dat die breër gemeenskap by strafregspleging betrek moet word. In *Hansard* van 10 Junie 1991 het die Adjunk-minister van Justisie die oogmerk met die wetgewing soos volg uitgespel:

“Deur af te sien van die vereiste dat 'n assessor 'n deskundige op 'n bepaalde gebied moet wees, word dus aan landdroste die geleentheid gebied om die Suid-Afrikaanse gemeenskap in groter mate by die regspleging te betrek” (kol 12644).

By die bestudering van die bepalings van artikel 93ter(2)(a) wat riglyne neerlê waarvolgens die voorsittende beampte moet bepaal of die aanstelling van assessore vir die regspleging dienstig sal wees, blyk dat die voorsittende beampte 'n wye diskresie het. Benewens 'n verwysing na die aard en erns van die misdryf (a 93ter(2)(a)(iii)) en die omvang of waarskynlike omvang van die straf wat opgelê mag word (a 93ter(2)(a)(iv)), word ook klem gelê daarop dat die voorsittende beampte die kulturele en maatskaplike omgewing waaruit die beskuldigde afkomstig is (a 93ter(2)(a)(i)), asook sy opvoedkundige agtergrond (a 93ter(2)(a)(ii)) in ag mag neem by die uitoefening van sy diskresie. Subartikel (2)(a)(v) bepaal verder dat die voorsittende beampte enige ander aangeleentheid of omstandigheid wat na sy oordeel op die wenslikheid van die aanstelling van assessore kan dui, in aanmerking mag neem.

Ter uitvoering van die maatreël stel die Adjunk-minister van Justisie die volgende ten doel:

“As administratiewe maatreël word daar beoog om lyste op te stel van mense wat geskik is om as assessore aangestel te word. Verskeie gemeenskapsleiers, soos skoolhoofde, dominees, plaaslike prokureurs en hoofmanne of kapteins van gemeenskappe sal geraadpleeg word oor die opstel van sodanige lyste” (*Hansard* 1991-06-10 kol 12645).



Hierdie wetswysiging maak op unieke wyse voorsiening dat lede van die gemeenskap in die beregting van hulle lede betrek word. In hierdie verband moet daar saamgestem word met die probleemstelling en die oplossing wat daarvoor aangebied word:

“Aangesien nóg die regering nóg ons regsberoep op kort termyn swart regterlike beamptes en aanklaers vir die stelsel kan voorsien, maak hierdie wetsontwerp voorsiening vir ’n betekenisvolle halfwegstasie . . .” (per mnr AJ Leon *Hansard* 1991-06-10 kol 12652).

Daar word voorsiening gemaak vir twee verskillende fases waartydens assessore aangestel mag word. Artikel 93ter(1)(a) bepaal dat die aanstelling mag geskied voordat enige getuienis aangebied is en subartikel (1)(b) maak voorsiening vir sodanige aanstelling na skuldigbevinding en waar oorweging geskenk word aan die oplegging van ’n gemeenskapgebaseerde straf soos bedoel in subartikel (2)(b)(i) tot (iii). Die voormalige artikel 93ter(3)(f) het bepaal dat vonnisoplegging as ’n regspraak geag word; dit het beteken dat dit uitsluitlik in die hande van die voorsittende beampte was om oor vonnis te beslis. (Die posisie in die hooggeregshof is tans dat die regter wel met die assessore oor vonnis mag beraadslaag, maar dat die finale beslissing daaroor by die regter berus (*S v Lekaota* 1978 4 SA 684 (A)).) Na die wysiging van subartikel (3)(f) is die posisie in die landdroshof nou dat waar die verhoor met assessore ’n aanvang geneem het, die aspek rakende vonnis steeds as ’n regspraak beskou word; dit beteken dat die voorsittende beampte alleen oor vonnis beslis. Indien assessore egter ingevolge die bepalings van subartikel (1)(b) vir die doel van oorweging van ’n gemeenskapgebaseerde straf aangestel word, word die aangeleentheid rondom vonnis nie geag ’n regspraak te wees nie. Die logiese afleiding hieruit is dat die aangeleentheid dan gewoon as ’n feitpunt ingevolge subartikel (3)(d) behandel moet word; dit behels dat in die geval van ’n meningsverskil die beslissing of bevinding van die meerderheid van die lede van die hof die beslissing of bevinding van die hof sal wees. Dit beteken dus dat indien beide assessore van die voorsittende beampte verskil met betrekking tot welke vonnis opgelê moet word, die beslissing van die assessore die beslissing van die hof sal wees.

Die bepalings van artikel 93ter(1)(a) en (b) kom op die oog af verwarrend voor en dit is nie duidelik waarom die wetgewer ’n onderskeid gemaak het oor die aspek van vonnisoplegging nie. Die ervaring in die praktyk is dat in die meerderheid gevalle waar ’n gemeenskapgebaseerde straf (soos beoog in subartikel (2)(b)) oorweeg word, die hulp van ’n maatskaplike werker ingeroep word; sy/haar taak is om nie alleen die omstandighede van die beskuldigde te ondersoek nie, maar ook om ondersoek in te stel na en verslag te doen oor sowel die wenslikheid al dan nie van ’n gemeenskapgebaseerde straf as die aanwysing en reël van ’n sentrum vir die verrigting van sodanige vonnis. Die resultate van die ondersoek word by wyse van mondelinge getuienis en die indien van ’n proef-beampteverslag aan die hof voorgelê. Die geleentheid bestaan dus vir alle partye om die getuienis en verslag by wyse van kruisondervraging te toets. Dat assessore inderdaad ’n belangrike rol by vonnisoplegging kan speel, is nie te betwyfel nie, maar daar sal daarteen gewaak moet word dat ’n persoon wat voorheen met betrekking tot vonnis getuig het, nie nou as assessor aangestel word om sodoende ook oor vonnis te beslis nie.

Daar word voorts aan die hand gedoen dat dit wensliker is om die finale besluit ten opsigte van vonnis in die hande van die voorsittende beampte te laat, soos die geval is ten opsigte van ’n regspraak. Indien assessore ingevolge die bepalings

van artikel 93ter(1)(b) net aangestel word by die oorweging van 'n gemeenskapgebaseerde straf, beteken dit noodwendig dat hulle nie teenwoordig was tydens die verhoor en aanbieding van getuienis op die meriete nie. Dit is uiteraard 'n ernstige gebrek in die mondering van 'n persoon wat vervolgens vonnis moet bepaal aangesien belangrike aspekte met betrekking tot vonnis dikwels tydens die verhoor na vore tree.

Dit blyk uit artikel 93ter(1) dat die wetgewer ten opsigte van moordverhore in die streekhof die aanstelling van assessore verpligtend maak tensy die beskuldigde versoek dat die verhoor sonder assessore voortgesit word. In sodanige geval het die voorsittende beampte steeds die bevoegdheid (diskresie) om assessore aan te stel. Dit is nie duidelik waarom in hierdie betrokke geval aan die beskuldigde die bevoegdheid verleen word om die aanstel van assessore te opponer nie aangesien die diskresie steeds by die landdros berus. Hierdie bevoegdheid geld klaarblyklik nie ten opsigte van ander aangeleenthede waar die voorsittende beampte sy eie diskresie uitoefen by die aanstel van assessore nie. Daar word aan die hand gedoen dat in die lig van die oogmerk met die wetswysiging, naamlik om groter legitimiteit aan die strafregstelsel te verleen, daar juis in die geval van moordverhore wat gewoonlik opspraakwekkend en in die openbare oog is, meer gebiedend opgetree moet word met betrekking tot die aanstelling van assessore.

Kritiek wat heel dikwels teen die regstelsel in Suid-Afrika uitgespreek word, as sou dit deur die blanke lede van die gemeenskap oorheers word, behoort in 'n groot mate deur hierdie wetgewing ondervang te word, veral indien gelet word op die statistiek dat laerhowe vir 96% van die regterlike bedrywighede in die land verantwoordelik is (*Hansard* 1991-06-06 kol 12665). Hoewel die nodige fondse nie vir die aanstel van assessore in alle strafsake wat in die laerhowe bereg word, beskikbaar is nie, behoort die aanwending van hierdie maatreël in die meeste ernstige sake die nodige positiewe resultate te lewer.

Daar moet ten slotte saamgestem word met die beroep wat gedoen is deur meneer AJ Leon in sy ondersteuning van die maatreël dat belangegroep in die swart gemeenskap hierdie wetgewing moet ondersteun deur aanmoediging van potensiele assessore tot deelname aan die maatreël (*Hansard* 1991-06-10 kol 12655).

MM WATNEY

*Randse Afrikaanse Universiteit*

**AULUS GELLIUS SE BYDRAE  
TOT DIE KONTRAKTEREG**

Die naam Aulus Gellius klink vir die deursnee juris nie so bekend soos Gaius, Cicero, Voet of De Groot nie. Inteendeel, Gellius is 'n Romeinse skrywer van wie weinig regsgeleerdes of regstudente nog ooit gehoor het aangesien hy nie opspraakwekkende wyshele nagelaat het waarvoor baie geskryf en gedebatteer

is nie. Doen 'n mens egter navorsing oor die *Twaalf Tafels*, kom die naam Aulus Gellius en die belangrike rol wat hy gespeel het in die behoud van bepaalde gedeeltes van die *Twaalf Tafels* ter sprake.

Weinig inligting, buiten dié in sy eie geskrifte, is beskikbaar omtrent Gellius die mens, sy geboortedatum en -plek en sy lewe. Sy geboortedatum word tussen 113 en 130 nC geplaas (Rolfe *The Attic nights of Aulus Gellius* (1970) xiii; Holford-Strevens *Aulus Gellius* (1988) 12). Aanvanklik is gemeen dat hy in Afrika gebore is (Rolfe xiii), maar dit is ook moontlik dat hy uit 'n *colonia* afkomstig was (Holford-Strevens 10). Hoe dit ook al sy, ten tyde van die skrywe van die *Noctes Atticae*, sy belangrikste werk (en moontlik ook sy enigste), was hy te Rome gevestig. Ten spyte van sy beskeidenheid oor sy opvoeding en loopbaan (hy verwys slegs twee keer daarna in *Noctes Atticae* 14 2 1 en 14 2 11), skemer dit wel deur dat hy 'n goeie opvoeding gehad het, redelik welgestel was en dat hy, hoewel nie 'n professionele juris nie, 'n *iudex* was (Holford-Strevens 218).

Die *Noctes Atticae* is geskryf tydens 'n lang winter wat Gellius in Attica deurbring het en handel nie alleen oor die reg nie, maar ook oor ander onderwerpe soos opvoeding, geskiedenis en selfs medisyne (Baldwin *Studies in Aulus Gellius* (1975) 10). Die datum van publikasie van die *Noctes Atticae* is onseker, hoewel dit vasstaan dat dit eers na 138 nC verskyn het omdat Hadrianus die enigste keiser is wat daarin vermeld word. Holford-Strevens (9-19) plaas die datum van publikasie tussen 158 en 159 nC.

Baldwin (93) merk tereg op dat

“the *Noctes Atticae* are a confessed miscellany. Such a ragbag was bound, quite accidentally, to contain matters relevant to the times”.

Nie alleen het dit inligting relevant vir daardie tye bevat nie, maar ook 'n uiters belangrike en baie volledige gedeelte uit die *Twaalf Tafels* wat vir moderne navorsing onontbeerlik is.

Die teks van die *Twaalf Tafels* is vernietig in die groot brand van Rome in 389 vC (Wolff *Roman law: an historical introduction* (1951) 58) en sou vir ons verlore gewees het as dit nie was vir die bydraes van skrywers soos Gaius en veral Gellius nie. Gellius verduidelik byvoorbeeld (in *Noctes Atticae* 20 1 45 – 51) die *manus iniectio*-prosedure wat deur die *Twaalf Tafels* op *nexum* van toepassing gemaak is, baie volledig. (Vir definisies van *nexum*, sien Varro *De lingua Latina* 7 105; De Zulueta “The recent controversy about *nexum*” 1913 *LQR* 139; Von Lübtow “Zum *Nexum*problem” 1950 *ZSS* 113 – 115.) Gaius (*Institutiones* 4 21) verwys ook na die *manus iniectio*-prosedure van die *Twaalf Tafels*, maar nie in soveel besonderhede soos Gellius nie; gevolglik is Gellius se teks in hierdie verband belangriker (sien bespreking hieronder).

Die *nexum*, een van die oudste kontraksvorme wat reeds voor die uitvaardiging van die *Twaalf Tafels* bestaan het, was 'n kontrak *per aes et libram* vir die leen van 'n afgeweege hoeveelheid koper (De Zulueta 1913 *LQR* 137 ev; Van Warmelo *'n Inleiding tot die studie van die Romeinse reg* (1971) 138). Die straf vir die nie-nakoming van die *nexum* het voor die *Twaalf Tafels* die vorm van onbepaalde eierigting deur die uitlener aangeneem en kon ernstige gevolge vir die lener inhou. Die *Twaalf Tafels* het die *nexum* meer formeel gemaak deur 'n bepaalde formule daarvoor neer te lê (Buckler *Contract in Roman law* (1983) 41; Jolowicz en Nicholas *Historical introduction to the study of Roman law* (1972) 165; Schmidlin en Cannata *Droit privé Romain* II (1987) 24) en het grense aan eierigting gestel.



In *Noctes Atticae* 20 1 45 – 51 verduidelik Gellius, met aanhalings uit die *Twaalf Tafels*, die prosedure en straf van toepassing by *nexum* soos volg: Daar is dertig dae grasia aan 'n skuldenaar verleen om 'n *aeris confessi* (erkende skuld) te betaal. ('n Mate van twyfel bestaan oor die vraag of die teks na enige skuldenaar ingevolge *nexum* of spesifiek na 'n vonnisskuldenaar verwys.) Sowel Voigt (*Die XII Tafeln* 2 (1966) 655) as De Zulueta (*The institutes of Gaius Part 2* (1975) 243) vertaal *aeris confessi* as verwysende na 'n vonnisskuldenaar. Gaius *Institutiones* 4 21 gebruik in hierdie verband *iudicati* wat volgens *Cassell's Latin dictionary* (1979) 126 veroordeelde persone (dws vonnisskuldenaars) beteken. Word daar egter gekyk na die betekenis van *confessi*, soos deur Gellius in die uitdrukking *aeris confessi* gebruik, is dit volgens bogenoemde woordeboek (46) 'n vorm van *confiteor-fiteri-fessus sum* wat beteken "to confess, admit, acknowledge"; dus verwys die uitdrukking nie noodwendig na 'n vonnisskuld nie maar slegs na 'n erkende skuld. Buckler (44 – 47) argumenteer ook oortuigend dat die betrokke teks nie net op vonnisskuldenaars van toepassing was nie maar ook op alle skuldenaars ingevolge *nexum*. (Sien ook Johnson, Coleman-Norton en Bourne *Ancient Roman statutes* vol II (1961) 13 vn 18; Greenidge *The legal procedure of Cicero's time* (1971) 527 – 528.) Hierdie dertig dae is beskou as 'n staking of onderbreking van die geregtelike proses waartydens geen regstappe teen die skuldenaar geneem kon word nie. Daarna is die skuldenaar in *manus inectio* geplaas (die hande is letterlik op hom geplaas – Jolowicz en Nicholas 188) en voor die hof gebring. (Gellius skryf in sy eie woorde in *Noctes Atticae* 20 1 45 dat die skuldenaar voor die *praetor* gebring is. Dit is waarskynlik 'n verwysing na die posisie in sy eie tyd, in teenstelling met die tyd net na die uitvaardiging van die *Twaalf Tafels* aangesien die amp van die *praetor* eers in 366 vC ingestel is terwyl die *Twaalf Tafels* reeds in 451 vC uitgevaardig is. Sien ook Johnson, Coleman-Norton en Bourne vol II 14 vn 22 se argument oor hierdie aangeleentheid.)

Die hof het die geldigheid van die eis erken en die skuldenaar aan die skuldeiser toegeken. In hierdie stadium kon van die *ius paciscendi* (the right "to make a bargain" – *Cassell's Latin dictionary* 157) gebruik gemaak word (*Noctes Atticae* 20 1 46). Dit het waarskynlik beteken dat 'n *vindex* namens die skuldenaar tussenbeide kon tree waarop die proses gestaak sou word. Volgens De Zulueta (243) is dit onseker of die tussenbeidedreiding van die *vindex* die skuldenaar ten volle of slegs voorwaardelik vrygelaat het. Die algemene standpunt is dat die aanspreeklikheid op die *vindex* oorgeplaas is met die gevolg dat, indien hy nie die verpligting nagekom het nie, hy homself in *manus inectio* kon bevind. Dit is ook onseker of die aanvanklike dertig dae grasia vir die *vindex* beskikbaar was en of hy onmiddellik in *manus inectio* geplaas is. (Sien Greenidge 528 – 529; Buckland *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian* (1963) 619; Girard *Manuel élémentaire de droit Romain* (hierna Girard *Manuel*) (1924) 503 vir meer inligting oor die rol van die *vindex*.) Indien geen *vindex* na vore getree het nie, kon die skuldeiser die skuldenaar geboei weglei (Kaser *Das römische Zivilprozesrecht* (1966) 98 – 101; Jolowicz en Nicholas 188). Die gewig van die boei is op 'n minimum van vyftien pond vasgestel en die skuldeiser kon dit selfs swaarder maak (Gellius *Noctes Atticae* 20 1 45; Jolowicz en Nicholas 188). Die skuldenaar is weggelei vir 'n tydperk van sestig dae waartydens hy nie in slawerny verkeer het nie maar van sy eie vermoë kon leef indien hy daartoe in staat was (Gellius *Noctes Atticae* 20 1 46; Girard *Manuel* 503 – 505). Indien hy nie van sy eie vermoë kon leef nie, het die *Twaalf Tafels*

voorgeskryf dat die skuldeiser een pond (*libras farris*) meel per dag (of selfs meer, indien hy meer wou gee) aan hom moes verskaf. (Die *libras farris* was die Romeinse pond wat gelyk is aan 12 onse – *Cassell's Latin dictionary* 132.)

Tydens hierdie *in vinculis*-stadium moes die skuldenaar op drie agtereenvolgende markdae (*dies trinis nundiis*) in die *comitium* gebring word waar hy in die openbaar sy skulde moes erken. Op die laaste dag is die *in vinculis*-stadium beëindig deurdat die skuldenaar óf ter dood veroordeel is, óf oorkant die Tiber in slawerny verkoop is (Gellius *Noctes Atticae* 20 1 47–48; Buckland 619–620; Schmidlin en Cannata 261; Girard *Mélanges de droit Romain* (1912) 50).

Indien die skuldenaar ter dood veroordeel is, was sy lot verskriklik: sy liggaam is deur sy skuldeisers (indien daar meerdere was) in stukke gekap – elkeen ooreenkomstig die grootte van die skuld aan hom verskuldig. Hoewel Gellius (*Noctes Atticae* 20 1 52) verklaar dat die straf so aaklig gemaak is ten einde te voorkom dat dit gebruik hoef te word en ook dat hy nooit gehoor het van 'n geval waar dit inderdaad gebruik is nie, sê Buckler (49) dat dié praktyk wel toegepas is (sien ook Johnson, Coleman-Norton en Bourne vol II 14 vn 25; Buckland 620).

Hierdie beperkings wat deur die *Twaalf Tafels* op die neem van eierigting geplaas is, het 'n belangrike rol in die ontwikkeling van die kontraktereg gespeel. Op sy beurt het die *lex Poetilia Papiria* van ongeveer 326 vC (Livius *Ab urbe condita* 8 28) groot veranderinge aan die straf, soos neergelê deur die *Twaalf Tafels*, aangebring.

Gevangeneming en die doodstraf as strawwe vir die nie-nakoming van *nexum* is gestaak (De Zulueta 1913 *LQR* 137; Buckler 93; Jolowicz en Nicholas 189). Die afskaffing van die summiere remedies van *nexum* het daartoe gelei dat dié kontraksvorm minder populêr geword en uiteindelik uitgesteef het (Livius *Ab urbe condita* 8 28 8; Kaser *Römisches Privatrecht* (1977) 161; Girard *Manuel* 507). Van Oven (*Leerboek van Romeinsch privaatrecht* (1948) 198–199) verklaar dat die *lex Poetilia Papiria* die *nexum* afgeskaf het. Hierdie standpunt word egter deur genoemde bronne weerspreek.

Die *nexum* is vervang deur die (vir ons nou al bekende) *stipulatio* (sien by Jolowicz en Nicholas 281; Kaser *Privatrecht* 40; Feenstra *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht* (1990) 229) en die *stipulatio* het op sy beurt weer bygedra tot die ontwikkeling van die kontraktereg soos ons dit vandag ken.

Aulus Gellius, 'n relatief onbekende Romeinse skrywer, het dus ook sy deel bygedra om 'n gedeelte, hoe klein ook al, van die ontwikkeling van die kontraktereg te bewaar en deur te gee en het sodoende 'n beter begrip van hierdie eeue-oue proses bewerkstellig.

JUANITA JAMNECK  
Universiteit van Suid-Afrika

*As to the future of the economy it would be imprudent – indeed impossible – for me to come to any conclusion as to what that is likely to be. Clairvoyance is not one of the attributes required for a seat on the Judicial Bench and a crystal ball is not included in the accoutrement of a Judge (per Tebbutt J in Gallie v National Employers General Insurance Co Ltd 1992 2 SA 731 (C) 734).*

# VONNISSE

## DIE GEMEENREGTELIKE VERBOD TEEN DIE OPLOOP VAN RENTE

LTA Construction Bpk v Die Administrateur van Transvaal  
1992 1 SA 483 (A)

### 1 Inleiding

Sowat twee jaar gelede is ek in twee afsonderlike gevalle gevra om 'n mening te gee oor die vraag of die gemeenregtelike verbod op *usurae in duplum* nog deel van ons reg vorm. Die reël sal hieronder toegelig word maar kortweg kom dit daarop neer dat rente op 'n verskuldigde bedrag net ooploop totdat die kapitaalsom bereik word. Bokant daardie perk doen die skuldenaar geen verdere aanspreeklikheid op nie. In albei gevalle was die advies, in die lig van die gemene reg soos toegepas in die Suid-Afrikaanse regspraak, dat die reël nog bestaan. Daar word na hierdie twee praktyksgevalle verwys omdat dit interessante voorbeelde bied van die reël se toepassing in moderne omstandighede. Terselfdertyd is dit ook 'n aanduiding dat die voorkoms van rente wat ooploop tot by die kapitale som hoegenaamd nie 'n rare verskynsel is nie. Albei gevalle het te doen gehad met boere wat finansiëel in die knyp geraak het. Die een kon vanweë 'n veeltal omstandighede nie getrou sy verbandpaaieimente betaal nie en sy uitstaande rente het eenvoudig hand oor hand toegeneem. Dié boer verstrekte as redes vir sy dilemma hoë rentekoerse, droogtes, swak produsentepryse, hoë insetkoste, windskaede en wat nog meer. Kortom, die neerdrukkende ekonomiese kreeftegang van die Suid-Afrika van ons tyd het sy tol geëis. Hierdie feite word genoem omdat sosiale en ekonomiese oorwegings gewis 'n rol behoort te speel by beantwoording van die vraag of die verbod op *usurae supra duplum* nog langer in ons reg gehandhaaf behoort te word.

Die besondere omstandighede van die ander boer is nie aan my bekend nie maar die feite van die saak vertel die hele droewige verhaal. Die betrokke persoon het 'n trekker op afbetaling gekoop. Die trekker se kontantprys was R26 400. Nadat vir 'n deposito van R2 700, verkoopbelasting en seëlregte voorsiening gemaak is, was 'n totale bedrag van R36 600 verskuldig. Dit het finansieringskoste (rente) ten bedrae van R11 700 (berekende teen 'n koers van 22% per jaar) ingesluit. Die "kapitale bedrag" was dus R24 900. Die bedrag van R36 600 was betaalbaar oor 'n tydperk van drie jaar by wyse van drie paaieimente van R12 200 elk. (Al die bedrae is eenvoudigheidshalwe vir huidige doeleindes afgerond.)

By 'n hele paar geleenthede het die bank wat die kontrak gefinansier het en die boer ooreengekom dat betaling uitgestel word. Elke keer is die agterstallige



rente gekapitaliseer en rente is weer daarop bereken. Die boer het nie heeltemal versuim om te betaal nie en het inderdaad in totaal R71 000 afbetaal. Die bank het egter 'n verdere R37 000 geëis. Die rede vir hierdie groot bedrae was dat die kontrak uiteindelik oor 'n hele aantal jare gestrek het vanweë die talle uitstelde wat verleen is met die gevolg dat rente opgeloopt het. Die dispuut tussen die partye het uiteindelik gewentel om die vraag of die bank onbepaald rente kan verhaal dan wel of dit in 'n stadium ophou om te loop. Uit die feite van hierdie geval blyk dat die totale bedrag wat betaal is (R71 000) reeds veel meer was as dubbeld die kapitale bedrag ( $2 \times R24\ 900$ ). Soos hieronder sal blyk, is dit egter in gepaste gevalle moontlik dat die rente wat betaal word die kapitale som kan oorskry. Die rede hiervoor is dat die *duplum*-verbod net op *agterstalige* bedrae betrekking het; rente wat wel tussendeur betaal word, word buite rekening gelaat.

Met hierdie somber voorbeeld as agtergrond kan nou ingegaan word op die stand van die Suid-Afrikaanse reg.

## 2 Romeinse reg

In sommige antieke gemeenskappe was die betaling van rente op bedrae verskuldig nie so 'n vanselfsprekende verskynsel soos vandag nie. In die Ou Testament vind 'n mens byvoorbeeld verskeie tekste wat die hef van rente in sekere omstandighede geheel en al verbied het. Dit was letterlik en figuurlik 'n geval van verbode vrugte. In ander gemeenskappe, waaronder die Romeine, was die hef van rente egter van vroeg af al toelaatbaar mits daarop ooreengekom is. Daar het egter altoos agterdog jeens rente bestaan met die gevolg dat die hef van rente van oudsher af aan sekere beperkings onderworpe gestel is (sien oor die geskiedkundige ontwikkelinge in hierdie verband Grové *Gemeenregtelike en statutêre beheer oor woekerrente* (LLD-proefskrif RAU 1989) 8 ev; Otto "Statutêre regulering van kredietooreenkomste: 'n kritiese evaluering" 1985 *TSAR* 16). So is daar van tyd tot tyd verskillende maksimumkoerse voorgeskryf wat gewissel het van sowat 6% tot 12%. Daar was egter talle variasies. (*D* 22 1 en 22 2 in die geheel; Voet 22 1 2; Dannenbring *Roman private law* (1980) 202 ev; Van Oven *Leerboek van Romeinsch privaatrecht* (1945) 229; Thomas *Textbook of Roman law* (1976) 272; Zimmerman *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (1990) 168.) Voorts het die Romeinse reg saamgestelde rente verbied. Rente is enkelvoudig bereken en rente op rente (*anatocismus*) kon nie van 'n skuldenaar verhaal word nie (*C* 4 32 28; Lee *Elements of Roman law* (1956) par 424; *D* 12 6 26 1; Ledlie *Sohm's institutes of Roman law* (1907) 384; Voet 22 1 20). Verder het die Romeine ook die *duplum*-verbod geëns. 'n Skuldeiser mag daarvolgens nie meer rente van 'n skuldenaar verhaal as wat die kapitaalsom self bedra nie (*D* 12 6 26 1; *C* 4 32 27 1; *C* 4 32 10; Lee par 423; Ledlie 384).

## 3 Romeins-Hollandse reg

Die gemenerereg het grootliks die reëls van die klassieke Romeinse reg oorgeneem. Maksimum rentekoerse is neergepen wat van tyd tot tyd en van geval tot geval verskil het. (Sien Huber *HR* 3 36, 3 37 veral 3 37 28 – 31; Van der Keessel *Praelectiones* 3 10 9, 3 10 10; Van Leeuwen *CF* 1 4 4 5, 1 4 4 9; *RHR* 4 6 6; Voet 22 1 3 ev.) Saamgestelde rente was eweneens taboe (Van der Keessel 3 10 9; Voet 22 1 20; Van der Linden *Koopmans handboek* 1 15 3). Die *duplum*-verbod

is ook deur die ou skrywers oorgeneem (Van Leeuwen *CF* 4 4 35; Voet 22 1 19; Huber 3 37 38; Van der Keessel 3 10 9; Groenewegen *De leg abr* 4 32 27 1).

#### 4 Werking van die *duplum*-verbod

In sowel die klassieke Romeinse reg as die Romeins-Hollandse reg het die *duplum*-verbod om veral twee eenvoudige beginsels gedraai:

(a) Sodra rente die kapitale som bereik, hou dit op om te loop. Anders gestel, 'n skuldeiser mag in die geheel nie meer van 'n skuldenaar verhaal as twee maal die kapitaalsom verskuldig nie.

(b) Die verbod het egter net op opgeloopte (agterstallige) rente betrekking. Die toets is hoeveel rente ontbetaald is wanneer die skuldenaar aangespreek word. Alle rentes wat hy reeds betaal het, word buite rekening gelaat. *C* 4 32 10 stel dit duidelik:

“Where the interest paid at different times amounts to double the principal, this will be of no advantage to the debtor; for it is only when the interest at the time of payment amounts to more than the principal that it cannot be collected” (Scott se vertaling).

Sodra 'n skuldenaar sy rente of 'n deel daarvan betaal het, begin rente opnuut loop vir doeleindes van die *duplum*-verbod. Op dié wyse is dit goedsikks moontlik dat rente inderdaad die kapitaal feitelik kan oorskry, soos in die trekker-voorbeeld hierbo. Trouens, by 'n langtermynlening soos die tipiese “huisverband” waar die skuldenaar sy paaielemente getrou betaal, sal die totale bedrag rente na byvoorbeeld 20 jaar die kapitaal wat afgelos is veelvuldig oorskry. Dit is wel so dat Justinianus hierdie reël van die klassieke Romeinse reg wou vervang deur een wat tot gevolg sou hê dat selfs betaalde rente in berekening gebring moes word. Dit sou beteken dat rente in reële terme nooit die kapitaal sou kon oorskry nie. *Novellae* 121 lui in dié verband:

“Therefore, as our laws do not require more than double the principal to be paid, the only difference existing between those previously enacted and this one is, that while they direct that the payment of interest, when it amounts to double the principal, shall extinguish the debt, where the said payments are not partial; We permit payments, even if they are partial, to extinguish the indebtedness, when they are equal to double the amount of the principal; and We order that the calculation of interest shall be made in this way . . .” (Scott se vertaling; sien ook *Nov* 138 160).

Hierdie verskerping van die reël het geensins aanklank by die belangrikste skrywers oor die Romeins-Hollandse reg gevind nie. Hulle het die posisie van die klassieke tyd gehandhaaf dat rente wat wel betaal is buite rekening gelaat moet word vir doeleindes van die *duplum*-verbod. (Groenewegen 4 32 27 3; Van der Keessel 3 10 9; Voet 22 1 19. Sien ook Huber 3 37 38 en 3 37 39 wat daarop wys dat Friesland in 1613 die ou Romeinse reël herstel het en Justinianus se starre benadering in die *Novellae* verwerp het.) Voet (tap) stel dit mooi:

“It was therefore regarded in our customs as not unfair for the obligation for interest to last until the principal sum had been repaid, even though the interest should overtop three times or four times the amount of the principal sum, provided that it were paid piecemeal” (Gane se vertaling).

Soos Huber (3 37 39) tereg aantoon, sou die reël in die *Novellae* belaglike gevolge hê en sou dit gewone handel aan bande lê. Dit was dan ook 'n goeie ontwikkeling dat die gemenereskrywers die reël van die klassieke tyd in ere herstel het. Indien Justinianus se nuwe maatreël vandag sou moes geld, sou niemand bereid gewees het om geld op 'n lang termyn van byvoorbeeld 20 jaar uit te leen nie. Die rente sou eenvoudig die kapitaalsom na drie of vier jaar bereik het soos hieronder geïllustreer sal word.

Dit is 'n ietwat omstrede vraag of die *duplum*-verbod net op ooreengekome rente betrekking het, dan wel of dit ook geld vir moratore rente (sien De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en handelsreg* (1978) 207 vn 166). Van die gemeneregskrywers is dit volgens De Wet en Van Wyk slegs Van Leeuwen wat die mening uitspreek dat die verbod ook geld vir moratore rente. Die ander skrywers stel die verbod in algemene terme. Van Leeuwen (*CF* 4 4 35) stel die reël so:

“Interest ceases to run when it has increased beyond the amount of the principal, both the interest which is due on account of an agreement or pact, and that which is due on default . . .” (Schreiner se vertaling).

Dit is nie nou die geleentheid om op hierdie dispuut in te gaan nie. Daar kan met Lubbe akkoord gegaan word dat dit onlogies sou wees om moratore rente van die verbod uit te sluit. Soos hieronder sal blyk, is die grondslag van die verbod die beskerming van die skuldenaar en dit lyk vanselfsprekend dat daar nie tussen verskillende vorme van rente onderskei behoort te word nie al het die een betrekking op prestasie en die ander op skadevergoeding. (Lubbe se standpunt is vervat in sy artikel “Die verbod op die oloop van rente *ultra duplum* – ’n konkretisering van die norm van *bona fides*?” 1990 *THRHR* 200.)

## 5 Suid-Afrikaanse reg

### 5.1 Suid-Afrikaanse skrywers

Die reël van die gemenereg word deur moderne handboekskrywers weergegee sonder dat veel kommentaar gelewer word (sien bv Flemming *Krediettransaksies* (1982) 138; Joubert 15 *LAWSA* par 297; Diemont en Aronstam *The law of credit agreements and hire purchase in South Africa* (1982) 308; Grové 494; Joubert *General principles of the law of contract* (1987) 263; De Wet en Van Wyk 207 vn 166). Joubert *General principles* noem dit ’n “strange limitation” terwyl De Wet en Van Wyk opmerk dat die reël nie betrekking het op kontrakbreuk nie maar ’n “selfstandige voorskrif [is] gerig teen die ophoping van rente”.

Lubbe (1990 *THRHR* 190) het egter, soos wat ’n mens nou al van hom gewoon geraak het, ’n deeglike en interessante bydrae oor die onderwerp gelewer. Hy het onder andere ’n teoretiese begroning vir die reël in hedendaagse omstandighede probeer vind en maak aanbevelings wat ’n mens behoort te deur dink. Daar sal hieronder op sy standpunte ingegaan word.

### 5.2 Regspraak

In die Suid-Afrikaanse regspraak is daar weggedoen met die gemeenregtelike verbod op saamgestelde rente en dit word algemeen as toelaatbaar beskou (*Davehill (Pty) Ltd v Community Development Board* 1988 1 SA 290 (A) 298; *United Building Society v Labuschagne* 1950 4 SA 651 (W)). Die reël dat rente net oloop tot by die kapitale bedrag is egter in verskeie sake toegepas. Dit is onnodig om na al hierdie beslissings te verwys. Daar kan volstaan word met ’n verwysing na *Stroebel v Stroebel* 1973 2 SA 137 (T) waar die gemeneregsreël opnuut bevestig is. Ook die reël van die klassieke Romeinse reg (soos in Holland gerespieer) dat net agterstallige rente binne die *duplum*-verbod val, is in ons regspraak toegepas. Indien die skuldenaar ’n gedeelte van sy rente betaal het, word dit nie in berekening gebring om vas te stel wat sy totale betaling van rente behels nie; dit word “afgetrek” en net die bedrag aan rente wat nog verskuldig is, word vergelyk met die hoofskuld en mag dit nie oorskry nie (*Van Copenhagen*



v *Van Copenhagen* 1947 1 SA 576 (T)). In laasgenoemde saak formuleer regter Millin die reël soos volg (582):

“But the rule that interest may not be accumulated beyond the amount of the capital, does not mean that if, by payment, the accumulated interest is reduced to an amount less than the amount of the capital, interest does not again begin to run. Interest always runs until the amount of the capital sum is reached and may again be accumulated up to the amount of the capital.”

Meer onlangs is die *duplum*-verbod weer toegepas in *Administrasie van Transvaal v Oosthuizen* 1990 3 SA 387 (W). Hierdie saak het sy weg na die appèlhof gevind en is beslis *sub nomine* *LTA Construction Bpk v Die Administrateur van Transvaal*. Vervolgens 'n bespreking van hierdie belangrike uitspraak.

## 6 Die beslissing in *LTA Construction Bpk v Die Administrateur van Transvaal*

Die Wes-Randse Ontwikkelingsraad, the voorganger van die Transvaalse Administrasie, (hierna die administrateur) het met die appellant (“LTA”) werkaannemingskontrakte gesluit vir die oprigting van sekere strukture waaronder 'n reservoir in Soweto. Laasgenoemde is in 1981 voltooi maar vanweë geskille tussen die partye is betaling vertraag. Die geskille is agtereenvolgens verwys na 'n ingenieur, 'n bemiddelaar en uiteindelik 'n arbiter (ene O) wat 'n toekenning ten gunste van LTA gemaak het. Die bedrag betaalbaar kragtens die toekenning is die geskilpunt waaroor die appèlhof moes beslis. (Dié bedrag is by wyse van 'n teenaansoek deur LTA gevorder; die administrateur se aansoek teen LTA en die regshulp wat hy aangevra het, is nie tans ter sake nie.)

O het in Oktober 1987 die volgende toekennings ten gunste van LTA gemaak:

- (a) Toekenning een: 'n kapitale bedrag van R63 080,30 soos verskuldig op 30 Julie 1981 plus rente hierop teen prima bankkoers.
- (b) Toekenning twee: 'n kapitale bedrag van R57 750,00 soos verskuldig op 23 Augustus 1983 plus rente hierop teen prima bankkoers.

Die administrateur het in Desember 1987 'n tjek ten bedrae van R241 660,60 aan LTA gegee. Dié bedrag was soos volg saamgestel: R63 080,30 kapitaal plus R63 080,30 rente en R57 750,00 kapitaal plus R57 750,00 rente. Rente is dus net tot op die bedrag van die kapitaal betaal; die administrateur het die standpunt gehandhaaf dat rente bo die kapitaal nie betaalbaar is nie. LTA was nie hiermee tevrede nie en het die volle bedrag rente vir die hele tydperk geëis. Dit het 'n bedrag van meer as R80 000 beloop bykomstig tot die rente wat wel betaal is.

Appèlregter Joubert (met wie AR EM Grosskopf, Vivier en FH Grosskopf en WnAR Van Coller saamgestem het) gaan op die posisie in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg in en kom tot die gevolgtrekking dat die reëls van die klassieke Romeinse reg in Holland en Friesland gerespieer is. Justinianus se strengere reëling in die *Novellae* is egter nie in die gemenerereg opgeneem nie. Die gemeenregtelike *duplum*-verbod is eweneens in ons reg via die howe toegepas maar die verbod op saamgestelde rente geld nie meer nie. Laasgenoemde het in onbruik verval en is deur abrogasie afgeskaf.

Namens LTA is betoog dat die *duplum*-reël ook deur die hof afgeskaf moet word aangesien dit 'n anachronisme is wat teen die openbare beleid indruis daar

rente nie meer vandag as immoreel geag word soos in die kanonieke reg nie. Die hof verwerp hierdie versoek (482F):

“Die renteverbod *in duplum* is alles behalwe ’n anachronisme. Dit vorm deel van ons daaglikse ekonomiese lewe. Dit vervul ’n ekonomiese funksie om skuldenaars wat hul in finansiële verknorsing bevind, te help.”

Die hof verwerp ook ’n verdere betoog dat die verbod *in duplum* slegs op geldlenings van toepassing is (482H). Dit geld vir alle kontrakte waar ’n rentedraende kapitaalsom verskuldig is.

Die appèlhof bevestig dus sonder om te skroom die reël wat al vir baie eeue geld opnuut in ons reg. Die vraag is egter of dit ’n gesonde toedrag van sake is. Soos met alle beleidskwessies in die reg gaan dit ook hier om die opweging van botsende belange in ’n poging om ’n oplossing te vind wat vir die gemeenskap optimum heil inhou.

## 7 Die toekoms van die *duplum*-verbod

Die verbod dat rente nie kapitaal mag oorskry nie doen gewis vreemd aan. Die feit dat tussentydse rentebetalinge buite rekening gelaat word met die gevolg dat die verbod nie ’n absolute verbod is nie, maak dit net nog meer eienaardig. Die reël het duidelik ten doel om die skuldenaar in nood tegemoet te kom. Dit is as’t ware ’n vorm van antieke verbruikersbeskerming. Eienaardig genoeg laat die gemeneregskrywers hulle nie juis uit oor die grondslag van die reël nie. Huber (3 37 38) draai egter geen doekies om nie. Die reël geld volgens hom

“in order that debtors may not be endlessly consumed by the charges, provided that unpaid interest alone is reckoned in this sum” (Gane se vertaling).

Verderaan sê hy (3 37 39):

“[F]or in curtailing interest the legislators have in view that debtors whose affairs are declining should not be entirely drained dry, while persons who contrive to look after their interest have no need of such relief”.

Ten spyte van hierdie argumente bly dit vreemd dat ons reg ’n reël toepas wat in stryd is met die oerbeginsel dat kontrakte eerbiedig moet word. Die rente wat opgeloop het, is immers nie iets wat uit die lug geval het nie; nog minder is dit ’n onverdiende meevallertjie vir ’n skuldeiser. Dit is sy vergoeding vir kapitaal wat hy tot die beskikking van die skuldenaar gestel het of vir kapitaal wat hy vanweë wanbetaling ontbeer. Groenewegen (4 32 27 3) het al gesê:

“[B]ecause interest at the present day is not purely gainful, but is paid as compensation for the loss and the damages to which the creditor is put through having to go without his money” (Beinart en Hewett se vertaling).

Meer onlangs het die appèlhof rente bestempel as die

“lifeblood of finance, and there is no reason to distinguish between interest *ex contractu* and interest *ex mora*”.

(*Linton v Corser* 1952 3 SA 685 (A) 695G. Die saak het nie oor die *duplum*-verbod gegaan nie.) Die gemeenregtelike reël doen ook om ’n ander rede vreemd aan, naamlik dat dit onbuigsaam en arbitrêr is deurdat die kapitaalsom, en niks anders nie, die toetssteen is. Die voordeel hiervan is natuurlik dat dit ’n vaste en eenvoudige kriterium is.

Lubbe (1990 *THRHR* 190) bevraagteken in sy gemelde artikel ook die starheid van die reël. Hy meen die reël is nie sinloos nie en is analogies verwant aan die reël dat ’n skuldeiser nie sy skade as gevolg van kontrakbreuk onredelik moet laat oploop nie. Terselfdertyd meen hy dat die beskerming van die

skuldenaar nie sonder meer 'n oortuigende argument is in 'n stelsel wat sterk op *pacta sunt servanda* staan nie. Lubbe bepleit 'n soepeler benadering waarvolgens die goeie trou die maatstaf moet wees en die skuldeiser se motiewe 'n rol behoort te speel. Hy stel dit so (*idem* 199):

“'n Skuldeiser wat die finansiële verleentheid van sy skuldenaar uitbuit deur misbruik te maak van 'n feitelike of juridiese bevoegdheid om die omvang van die prestasie van die skuldenaar te vergroot wat reeds in kontrakbreuk verval het, handel seer sekerlik in stryd met die vereistes van die goeie trou. In die lig van hierdie oorwegings word aan die hand gedoen dat die verbod op die ophoop van agterstallige rente sy teoretiese begroning in die beginsel van *bona fides* vind. As sodanig is die leerstuk dan ook teoreties verdedigbaar, en kan alleen maar beswaar gemaak word teen die oënskynlik starre en arbitrêre wyse waarop die grens tussen wat toelaatbaar en ontoelaatbaar sou wees, getrek word. Die *bona fides*-begrip wek immers die indruk van 'n soepele, aanpasbare benadering, wat sou kon inhou dat die werking van die verbod nouer gekoppel moet word aan die omstandighede en dat byvoorbeeld rekening gehou moet word met die motiewe waarmee die ophoop van rente gepaard gegaan het. Dit is denkbaar dat miskien selfs afgesien sou kon word van die starre perk van die omvang van kapitaal sodat 'n ophoping van rente van 'n mindere omvang in bepaalde gevalle as onaanvaarbaar bestempel sou kon word.”

Volgens hierdie benadering sou dit moontlik wees vir 'n hof om 'n gedeelte van die agterstallige rente betaalbaar te verklaar tot op die bedrag wat die hof billik ag. Dit kan selfs meer wees as die kapitale som. In dié verband sluit Lubbe (*idem* 199) hom aan by Horwood se kommentaar in sy vertaling van Voet (*Voet's commentaries*).

Die standpunt dat billikheid en die goeie trou van geval tot geval die oordeel moet uitspreek, is, soos almal weet, nie heeltemal 'n vreemde werkswyse in die reg nie. Dit is ook *in casu* 'n aantreklike argument behalwe vir een gewigtige oorweging daarteen wat Lubbe (1990 *THRHR* 199) self toegee, naamlik regsekerheid. Skuldeisers sou myns insiens in 'n benarde posisie verkeer as hulle telkens moet besluit of 'n bedrag aan rente gevorder moet word al dan nie, en dan moet probeer raai hoe 'n hof gaan reageer.

Dit is jammer dat die hof in die *LTA*-saak nie na die artikel van Lubbe verwys nie. (Die advokate aan albei kante verwys wel daarna in hulle hoofde van betoog.) Die skrywer sê juis daarin dat 'n afwyking van die bestaande reël slegs deur wetgewing of op inisiatief van die appèlhof kan geskied. Laasgenoemde deur word intussen stewig in die *LTA*-saak toegeklap (482H):

“Rente is die lewensbloed van die handelsverkeer. Die afskaffing van die renteverbod *in duplum* is in die huidige omstandighede nie die funksie van hierdie Hof nie. Hierdie Hof het geen bevoegdheid om 'n nuttige geldende gemeenregtelike regsreël af te skaf nie. Dit is 'n aangeleentheid vir die wetgewer.”

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het in 'n kort verslag in 1974 reeds die algehele afskaffing van die *duplum*-reël bepleit. Om redes wat nie aan my bekend is nie, het dit nie gebeur nie. Die regskommissie is tans weer besig om die kredietwetgewing van Suid-Afrika te ondersoek met die oog op die daarstelling van 'n nuwe Kredietwet. Die navorsing vir dié doel is onderneem deur 'n komitee bestaande uit JM Otto, NJ Grové en FR Malan. Die komitee het sy verslag en aanbevelings aan die regskommissie gelewer en dit ondergaan tans die normale proses van oorweging. In die verslag is onder andere aan die hand gedoen dat die gemeenregtelike verbod teen die ophoop van rente afgeskaf moet word. Die betrokke (eenvoudige) artikel wat voorgestel is, lui soos volg:

“(1) Die gemeenregtelike reël dat ooreengekome rente nie hoër mag ophoop as die kapitale bedrag nie, word hiermee afgeskaf ten opsigte van kontrakte waarop hierdie Wet van toepassing is.



(2) Die gemeenregtelike reël dat moratore rente nie hoër mag oploop as die totale agterstallige bedrag nie, word hiermee afgeskaf ten opsigte van kontrakte waarop hierdie Wet van toepassing is." (Die betrokke bepaling is deur Grové bewoord.)

Die navorsingskomitee se opdrag was nie om buite die grense van die voorgestelde Kredietwet aanbevelings te maak nie en daarom sou 'n bepaling soos die voorgestelde artikel beperkte werking hê. Dit sou net betrekking hê op die tipe kontrakte waarop die voorgestelde Kredietwet van toepassing is. Sonder om in besonderhede in te gaan, is dit slegs die tipiese verbruikerskontrakte tot op die hoogte van 'n sekere bedrag wat deur so 'n wet gereël sal word. Die voorstel moet natuurlik nog 'n lang pad loop voordat dit in wetgewing opgeneem sal word, indien enigsins. Dit verteenwoordig ook nie noodwendig in hierdie stadium die mening van die regskommissie self nie. Die voorgestelde artikel is eenvoudig bewoord omdat die navorsingskomitee juis deurgaans na eenvoud en bondige bepalings gestreef het. Gegewe die belange wat op die spel is, is dit egter moontlik dat die afskaffing van die reël gepaard kan gaan met allerlei voorbehoude, soos dat rente slegs kapitaal mag oorskry waar die skuldeiser en die skuldenaar op 'n uitstel vir betaling ooreengekom het. Waar die skuldeiser dus sorgeloos sy rente laat oploop het, kan die gemeenregtelike reël dalk nog toegepas word. Daar is sekerlik ook nog ander variasies wat mettertyd oorweeg kan word.

Indien die navorsingskomitee se voorstel hierbo selfs net gedeeltelik aanklank vind, behoort afskaffing van die reël in breër verband sterk oorweeg te word. Die *LTA*-saak is op sigself 'n goeie voorbeeld waarom die *duplum*-reël nie ongekwalifiseerd, indien enigsins, behoort te geld nie. In dié saak het 'n mens immers nie met die tipiese beskermingswaardige skuldenaar te doen gehad nie, maar inderdaad met 'n owerheidsorgaan wat hom suksesvol op die reël kon beroep.

Ten slotte kan net op 'n argument ten gunste van die afskaffing van die reël gewys word wat ook in die verslag aan die regskommissie geopper is. In die gemenerereg is met rentekoerse gewerk wat 'n breukdeel uitmaak van dit waaraan ons hedendaags gewoon geraak het. Voet se voorbeeld in 22 1 19 toon aan hoe onvanpas die *duplum*-reël geword het, en wek nogal die goeie-ou-dae sindroom by 'n mens op:

"If a person were to claim interest at 5 per cent per annum in one sum at one time for twenty-five or thirty years, the authorities mentioned below lay down that he is to be awarded payment only for the twenty years which make up a sum equal to the principal" (Gane se vertaling).

Deesdae is rentekoerse van 20 of 30% per jaar nie ongewoon nie. Trouens, die maksimum koerse ingevolge die Woekerwet 73 van 1968 is tans 29% en 32% afhange van die bedrag ter sprake (sien Otto *Credit law service* (1990) volume *Usury Act* 54(1)). Vanmelewe het rente eers kapitaal na 15 of 20 jaar oorskry; vandag kan dit na drie of vier jaar gebeur, veral waar saamgestelde rente toelaatbaar is. 'n Skuldeiser wat heel tegemoetkomend 'n skuldenaar vir 'n paar jaar "dra" terwyl hy in die pekel is, kan dus ernstig benadeel word deur die werking van die *duplum*-reël.

Die vraag kan gevra word of die instelling van verjaring nie dalk alleenstaande die oploop van rente sal verhoed nie. Ofskoon verjaring natuurlik ook 'n rol in die hele proses kan speel, is dit nie altyd relevant nie juis omdat uitstel tot betaling meesal gepaard gaan met 'n erkenning van aanspreeklikheid wat verjaring stuit (sien a 14(1) van die Verjaringswet 68 van 1969). Baie skulde is

natuurlik deur 'n verband verseker sodat die verjaringstermyn van 30 jaar in ieder geval tot gevolg het dat rente kan oploop sonder dat die eis verjaar (a 11(a)(i)).

Samevattend kan gestel word dat die *duplum*-reël stewig in ons reg gevestig is. Die voortbestaan daarvan behoort ernstig deur die wetgewer oorweeg te word omdat dit uit pas is met hedendaagse beskouings oor die funksie van rente in 'n moderne ekonomie – sy dit as skadevergoeding vir geld wat ontbeer word of as gewone kontraktuele vergoeding vir geld wat gebruik is. Die afskaffing van die reël is egter nie 'n eenvoudige saak nie. Daarvoor sorg die snelle agteruitgang van die Suid-Afrikaanse ekonomie wat op sy beurt jaarliks meer skuldenaars oplewer wat op deernis aanspraak maak. Voorwaar 'n moeilike kwessie.

JM OTTO

*Randse Afrikaanse Universiteit*

**AQUILIESE AKSIE VAN 'N KIND VIR  
MEDIESE KOSTE WEENS PERSOONLIKE BESERINGS**

**Van Gool v Guardian National Insurance Co Ltd 1992 1 SA 191 (W)**

Volgens die feite het die eiser in sy hoedanigheid van die vader en natuurlike voog van sy minderjarige dogter (Catherine) 'n eis namens die dogter vir toekomstige mediese uitgawes teen die verweerder ingestel weens beserings wat sy in 'n motorongeluk opgedoen het. Die eis is in werklikheid dus dié van die dogter en nie dié van die pa in sy eie naam as haar onderhoudspligtige nie.

In 'n spesiale pleit betoog die verweerder dat die vader 'n onderhoudspligtige teenoor sy dogter het en dat die dogter dienooreenkomstig geen skade in verband met toekomstige mediese uitgawes sal ly nie; die enigste persoon wat volgens die verweerder skade sal ly, juis as gevolg van die verswaring van sy onderhoudspligtige, is die vader (wie se eis egter reeds verjaar het).

Die regspraak voor die hof is dus of die Aquiliese aksie 'n onderhoudsgeregtigde kind, wat mediese koste weens beserings sal opdoen, in eie naam toekom. Die tradisionele standpunt, waarvoor *Schnellen v Rondalia Assurance Corporation of SA Ltd* 1969 1 SA 517 (W) 518 – 519 gewoonlik as gesag aangehaal word, is dat in gevalle soos die onderhawige net die ouer, en nie die minderjarige kind nie, op die aksie geregtig is (sien ook *Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Warneke* 1911 AD 657 671; *Abbott v Bergman* 1922 AD 53 56; *Bellstedt v SA Railways and Harbours* 1936 CPD 397 410; *Ncubu v National Employers General Insurance Co Ltd* 1988 2 SA 190 (N) 194; *Du Toit v AA Mutual Insurance Association Ltd* 1981 3 SA 795 (OK) 799 – 780; Voet 9 2 11; De Groot 3 34 3; vgl Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 281). Die ouer se bevoegdheid om te ageer berus na alle waarskynlikheid op die feit dat die onderhoudsgeregtigde kind sorgbehoewend is en dus nie in staat

is om mediese uitgawes self te dra nie, maar dat daarenteen die onderhouds-pligtige ouer wel in staat is om die kind te onderhou en die mediese onkoste te betaal. Ooreenkomstig hierdie benadering argumenteer die verweerders volgens regter De Klerk in die onderhawige saak soos volg (193C – E):

“However, although a minor in the position of Catherine may need the medicine the minor is not entitled to the money to pay for the medicine. The minor may have sustained a wound but she did not suffer damage in the form of money to buy the medicine with. That loss was suffered by her father, ie the person obliged to maintain her and who is thus obliged to pay for the medicine. Only that person suffered the loss and only he is entitled to claim in respect of future medical expenses. The minor has no such claim because she did not suffer the damage in question. She can therefore not bring an action based on the *lex Aquilia*; that action has reference only to patrimonial loss.”

Hiermee stem die hof nie saam nie. Regter De Klerk redeneer soos volg (193E – G):

“The injury created a need for Catherine herself, for money to buy treatment with. That need made her worse off or poorer than she had been before the injury. The fact that she cannot administer the money herself, or handle her own affairs herself, is not relevant. Her guardian has to do so on her behalf. There is no justification to ignore the fact that she is a human being with rights of her own. She is not a mere chattel in the care of her father. She has rights against her parents as well as against her wrongdoer. The fact that she had no assets before the injury does not mean that she was not worse off, financially, because of her injury. The injury caused her a large deficit on her notional balance sheet in the amount of the costs of the treatment required. Her need to have her injury treated increased her need for maintenance, and I see no reason why her remedy is to be restricted to an enlarged claim against her father for maintenance only.”

Regter De Klerk se standpunt dat dit (primêr) die kind is wat weens haar beserings en die gevolglike mediese koste skade ly en op ’n aksie geregtig is, het beslis meriete. Afgesien van die motivering wat uit die aanhaling blyk, steun ook die volgende oorwegings sy slotsom: in eerste instansie is sy beskouing in ooreenstemming met die moderne neiging om die beseerde self ’n skadevergoedingsaksie toe te ken. Dit blyk byvoorbeeld ook uit die beslissing in *Erdmann v Santam Insurance Co Ltd* 1985 3 SA 402 (K) 406 408 – 409 waar in ’n analoë situasie die hof nie ongeneë is om aan die man ’n aksie weens verlies van onderhoud weens die besering van sy gade te verleen nie, maar nietemin tot die slotsom kom

“that the primary claim for the loss of a housekeeping ability should be the wife’s and that that is in accord with modern social ideas . . . Whilst there is something to be said for the husband as nominal head of the household suing, there would appear to be more merit in allowing such a claim to be brought by the spouse who suffered the physical injuries”.

Tweedens, soos regter De Klerk tereg aantoon, het die Romeinsregtelike *ratio* verval vir die feit dat net die ouer die Aquiliese aksie in sodanige gevalle toekom, naamlik dat die kind aan die vader “behoort” en dat “skade” aan die kind op verlies van die vader se “eiendom” neerkom (195E). Hierbenewens spreek dit vanself dat, in ’n geval waar ’n minderjarige kind weens eie vermoë selfversorgend is en die ouer dus geen onderhoudsplig teenoor hom het nie, dit die kind self is wat weens die beserings en gevolglike mediese uitgawes skade ly en op ’n aksie geregtig sou wees; die ouer as “benadeelde” kom hier glad nie in die prentjie nie. Hierdie standpunt word by implikasie in die *Schnellen*-saak *supra* 518G weerspieël waar verklaar word dat “if the children had any means of their own, they might be able to recoup him” (dws die ouer) in ’n geval waar



die ouer, al was hy nie onderhoudsplichtig nie, die kind se uitgawes betaal het. (Sodanige verhaalsreg kom die ouer oënskynlik net toe indien hy nie die bedoe-ling gehad het om die delging van die betrokke uitgawes as 'n skenking te bewillig nie (Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* (1991) 630; vgl Cronjé *Barnard, Cronjé en Olivier: die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg* (1990) 376.) Die beslissing dat die kind wel 'n selfstandige aksie het, het verskillende implikasies:

(a) Die eerste is dat in die normale geval waar 'n kind beseer word, benewens die kind se eie aksie, die ouer in beginsel ook 'n skadevergoedingsaksie vir die mediese koste het; "in beginsel" omdat die aksie, soos *in casu*, kon verjaar het of omdat die ouer eenvoudig nie onderhoudsplichtig is nie. Regter De Klerk vind dit nie nodig om hom oor hierdie moontlike sameloop van aksies uit te spreek nie (195B). (Interessant genoeg word die aksie van die ouer volgens die regspraak nie gebaseer op 'n delik wat teenoor die ouer self gepleeg is nie, maar op die nie-nakoming van 'n "duty of care" teenoor die afhanklike (*Saitowitz v Provincial Insurance Co Ltd* 1962 2 SA 443 (W) 446). Alhoewel hierdie siening onaanvaarbaar is (Neethling, Potgieter en Visser 282; Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 295 – 296), dui dit mis-kien tog ook op die waarheid dat die primêre benadeling by die kind lê wat beseer word en nie by die ouer wat sekondêr vermoënskade ly nie.) Onses insiens is die oplossing eenvoudig: die feit dat die twee aksies naas mekaar kan bestaan, beteken nie dat 'n verweerder verplig kan word om die skade twee maal goed te maak nie. In 'n analoë situasie met betrekking tot die oorvleuelende aksies van die eienaar en huurkoopkoper van 'n saak vir saakbeskadiging, word in *Botha v Rondalia Versekeringskorporasie van SA Bpk* 1978 1 SA 996 (T) 999 bloot verklaar:

"The 'solution' thereto has been the enunciation of the rule that a defendant faced with a second claim will not be condemned to pay twice . . ." (sien ook *Smit v Saipem* 1974 4 SA 918 (A) 932).

(b) 'n Tweede implikasie waarop regter De Klerk self wys (193H – I), is dat die kind in beginsel 'n eis teen sowel die delikspleger as haar onderhoudsplichtige ouer het om haar skade goed te maak. Die regter beskou laasgenoemde aksie as *res inter alios acta* wat die delikspleger betref omdat hy steeds deliktueel verplig bly om aan haar skadevergoeding te betaal. Die vraag ontstaan nou of in die geval waar die ouer wel sy onderhoudsplicht nagekom het deur die mediese koste te delg, die kind steeds haar deliktuele eis teen die derde behou.

Twee benaderings tot hierdie probleem is onses insiens moontlik: *eerstens* kan, soos die regter by implikasie te kenne gee, die kind wel 'n eis teen die derde instel juis omdat die vader se nakoming van sy onderhoudsplicht as *res inter alios acta* beskou word. Dit beteken in effek dat sy dubbele vergoeding ontvang en dat die ouer, soos reeds hierbo gestel is, self geen eis teen die derde het nie. Hierdie resultaat kom onbillik voor tensy die ouer, net soos in die geval waar die kind selfversorgend is en die ouer desnieteenstaande haar mediese koste betaal het, 'n verhaalsreg daarvoor teen die kind het (vgl die aanhaling uit die *Schnellen-saak supra* 518G). *Tweedens* kan ontken word dat die kind 'n delikseis het op grond daarvan dat die ouer reeds haar skade uitgewis het (die ouer se nako-ming van sy onderhoudsplicht word dus nie as *res inter alios acta* geag nie). Die ouer het in so 'n geval dan vanselfsprekend sy normale eis weens verswaring van sy onderhoudsplicht teen die delikspleger.

Onses insiens is die tweede benadering te verkies selfs al sou die ouer volgens die eerste benadering 'n verhaalsreg teen die kind kon hê. Dit kom naamlik onbillik voor dat die kind dubbele vergoeding ontvang as gevolg van die feit dat voordeeltorekening weens die werking van *res inter alios acta* nie plaasvind nie (vgl in die algemeen oor voordeeltorekening Neethling, Potgieter en Visser 219 ev). In die algemeen gaan dit by die voordeeltorekeningsvraag oor hoe voordelige gevolge van 'n skadestigtende gebeurtenis verreken behoort te word in die lig van die belange van die eiser, die verweerder, die gemeenskap en enige ander betrokke party (*idem* 226). As uitgangspunt behoort 'n eiser nie meer as volledige vergoeding vir sy skade te ontvang nie. Indien die belange van die ouer in ag geneem word wat reeds sy onderhoudsplig (met 'n vir hom verswarende uitwerking) nagekom en hy as gevolg hiervan reeds die kind se skade goedge maak het, lyk dit onbillik en onregverdig (volgens die "ordinary man's sense of justice" en "public policy": vgl *Santam Versekeringsmaatskappy Bpk v Byleveldt* 1973 2 SA 146 (A) 150) om die kind steeds 'n delikseis toe te ken en die ouer op omslagtige wyse slegs langs 'n omweg 'n moontlike verhaalsreg te bied. So gesien, behoort voordeeltorekening dus wel plaas te vind.

(c) 'n Derde implikasie van die bevinding dat die kind haar eie aksie vir vermoënskade weens beserings het, is dat die ouer in beginsel hetsy as mededader saam met 'n derde, hetsy as enigste delikspleger, teenoor die kind aanspreeklik kan wees. Die vraag ontstaan of hierdie implikasie regspolitiees gewens is. Waarskynlik as gevolg van die noue verband tussen ouers en kinders word deliktuele aksies tussen hulle tradisioneel op etiese gronde met huiwering bejeën. Sover ons weet, het daar nog nie in ons reg 'n geval voorgekom waar 'n kind met 'n deliktsaksie teen 'n ouer (of andersom) geslaag het nie. (Tans maak die Wysigingswet op die Verdeling van Skadevergoeding 58 van 1971 (a 1(a)(1A) en (1B): sien Neethling, Potgieter en Visser 282) by implikasie wel voorsiening dat 'n kind saam met 'n derde as mededader teenoor sy ouer weens verswaring van lg se onderhoudsplig beskou kan word; insgelyks sou die ouer en 'n derde mededaders teenoor die kind kon wees.) Trouens, wat die ouer se moontlike deliktsaksie teenoor sy kind betref, is reeds in die *Saitowitz*-saak *supra* 446 verklaar:

"I know of no authority which would enable a father to sue a son for the recovery of such expenses. As Mr *Kentridge* in my opinion correctly pointed out, a father presenting such an action would presumably have to show:

- 1 That the child had a legal duty of care towards him (the father) to refrain from injuring himself so as not to cause medical expenses to be incurred; and
- 2 That the child negligently breached that duty.

He submitted that on defendant's argument a child would, for example, owe his father a legal duty not to get his feet wet lest he catch a cold and thereby cause his father to incur medical expenses. If he failed to exercise reasonable care to keep dry, a father would be entitled to sue him for the expenses which he (the father) would be required to pay. I share counsel's inability to find any principle or precedent in support of the existence of such a duty of care."

Die selfde argumente geld goedsikks met betrekking tot die kind se aksie teen sy ouer. Hierdie standpunt verdien instemming aangesien 'n regsplig ("duty of care") teenoor die ouer/kind en bygevolg onregmatigheid as delikselement (sien hieroor Neethling, Potgieter en Visser 140 – 141) om die regspolitieke oorwegings waarna reeds verwys is, in beginsel ontbreek. (In die verbygaan kan daarop gewys word dat indien die teenoorgestelde standpunt aanvaar word, naamlik dat 'n kind in beginsel wel 'n aksie teen sy ouer kan instel (en omgekeerd), die absurde maar logiese uiteinde daarvan aksies soos die sogenaamde eis vir "dissatisfied

life” sou kon wees (sien hieroor Blackbeard “Die aksie vir ‘wrongful life’: ‘to be or not to be?’” 1991 *THRHR* 60): die eiser (kind)) stel bv ’n aksie teen sy vader in omdat die eiser weens die beweerde nalatigheid van sy vader in sosiaal onaanvaarbare omstandighede gebore is (*ibid*). Tereg is sodanige aksies in die VSA, waar dit reeds meermale ingestel is, tot op datum afgewys.)

Hoe dit ook al sy, in die moderne gemeenskap waar versekering ’n al hoe belangriker rol op die gebied van die deliktereg begin speel, sou dit kon gebeur dat, soos *in casu*, die vermeldde etiese oorwegings tot ’n groot hoogte op die agtergrond gedring word omdat dit in werklikheid ’n versekeraar is (en nie eintlik die ouer of kind nie) wat uiteindelik vir die skade aangespreek word. In die lig hiervan sou ’n mens kon vra in welke mate, indien hoegenaamd, die feit dat ’n verweerder verseker was, openlik as regspolitiese oorweging tot voordeel van die eiser (ouer/kind) in ag geneem behoort te word. Alvorens hierdie aangeleentheid en die volle implikasies daarvan behoorlik nagevors is, is ’n duidelike antwoord nie moontlik nie en moet dit met omsigtigheid hanteer word.

J NEETHLING

JM POTGIETER

*Universiteit van Suid-Afrika*

**SEDUKSIE EN TROUBREUK WEENS WEIERING  
OM ’N HINDOEHUWELIK TE REGISTREER**

**M v M 1991 4 SA 587 (D)**

**Agtergrond**

Die eiser het in sy hoedanigheid van vader en natuurlike voog van sy minderjarige dogter skadevergoeding en genoegdoening van die verweerder geëis weens laasgenoemde se verleiding van sy dogter en sy verbreking van ’n belofte om met haar in die huwelik te tree. Die eiser het ook afsonderlike bedrae vir hospitaal- en bevallingskoste geëis wat veroorsaak is deurdat die dogter as gevolg van die verleiding die lewe aan ’n kind geskenk het.

Daar word beweer dat die dogter (bygestaan deur haar vader) en die verweerder (wat vir hierdie doel deur sy vader verteenwoordig was) ooreengekom het om in die huwelik te tree. ’n Uitdruklike of versweë bepaling van hierdie ooreenkoms was dat die partye volgens Hindoegebruike sou trou en dat die verweerder die huwelik later kragtens die landswette sou registreer. Amper twee jaar later is die partye volgens Hindoegebruike getroud en het die dogter in afwagting van die registrasie van die huwelik die verweerder toegelaat om met haar gemeenskap te hê. ’n Paar maande later het die verweerder sy verpligting om ’n geldige huwelik te sluit, gerepudieer deur te versuim of te weier om die huwelik te registreer. Die partye aanvaar dat die term “om ’n Hindoehuwelik te registreer”, beteken om ’n huwelikeremonie te ondergaan wat as geldig volgens die Suid-Afrikaanse reg beskou word. Dit kan gedoen word deur óf ’n



geldige burgerlike seremonie deur 'n priester wat ook 'n huweliksbevestiger is, óf 'n afsonderlike burgerlike seremonie wat gewoonlik deur 'n huweliksbevestiger onder beskerming van die Huis van Afgevaardigdes verrig word, te deurloop.

Die verweerder erken onder andere in sy pleit dat hy ooreengekom het om met die meisie volgens Hindoegebruike en -gewoontes te trou maar ontken dat daar enige ooreenkoms (uitdruklik of stilswyend) was om die huwelik te registreer. In getuienis erken die verweerder egter so 'n ooreenkoms maar op 'n ander tydstip as wat die meisie beweer. Hy erken dat 'n Hindoehuwelikeremonie met die meisie aangegaan is en dat hy daarna met haar gemeenskap gehad het. Die verweerder ontken egter dat die gemeenskap plaasgevind het in afwagting van die registrasie van die huwelik en dat dit op seduksie neerkom.

Die verweerder pleit ook dat die meisie ten tyde van die eerste gemeenskap nie meer 'n maagd was nie. In sy getuienis haal hy slegs 'n enkele rede hiervoor aan, naamlik dat hy weet hoe 'n maagd optree en dat sy nie soos een opgetree het nie.

Uit die getuienis blyk dit dat al die partye Hindoes is en dat dit gebruikelik is dat 'n huwelik tussen Hindoes deur die ouers van die partye gereël word met die vaders wat as spreekbuis optree. Die man en meisie is teenwoordig maar het geen sê in die saak nie. Dit blyk ook dat die "hofhuwelik" die belangrike een was en nie die tradisionele huwelik nie. Daaronder het die eggenoot geen wettige bevoegdheide nie en is kinders gebore uit die verbintenisse ook nie wettig nie. Die eiser getuig dat 'n afspraak vir die burgerlike huwelik by die kantore van die Huis van Afgevaardigdes gereël is maar dat die verweerder versuim het om op te daag, welke bewerings deur die verweerder ontken word. Die meisie beweer dat nadat hulle kragtens Hindoegebruik getroud is, hulle begin het om saam te bly en dat gemeenskap toe plaasgevind het. Sy het voorts verklaar dat sy met die eerste omgang 'n maagd was en onder kruisondervraging gesê dat sy gemeenskap toegelaat het omdat sy geweet het dat sy as die verweerder se wettige vrou geregistreer gaan word. Die verweerder het geweier om die huwelik te registreer en het geen redes hiervoor aangevoer nie. Tydens die verhoor het hy R80 per maand onderhoud vir die kind betaal.

## Bevindinge en kommentaar

### 1 Maagdelikheid

Maagdelikheid as vereiste vir 'n eis weens seduksie vorm die grondslag van so 'n aksie (*Joubert v Burger* 1913 CPD 324 327). Volgens die hof is die verweerder se getuienis in verskeie opsigte onbevredigend. Die uiteindelijke bevinding van regter Page is dat die kind dié van die verweerder is en dat die meisie ten tyde van die eerste gemeenskap 'n maagd was (596H – 597G). Die hof maak egter geen melding van vermoedens nie.

Elke persoon word geag goed te wees totdat die teendeel bewys word (*Claassen v Van der Watt* 1969 3 SA 68 (T) 71). Daarom het 'n vermoede van maagdelikheid in die gemenerereg (in gevalle van seduksie is dit die Kanonieke en Hollandse reg; vgl in die algemeen Bekker *Die aksie weens seduksie* (LLD-proefskrif Unisa 1977) hfst 1, asook 148 260) gegeld. Indien 'n verweerder beweer dat die eiseres – wat nie net ongetroud moet wees nie maar duidelik moet meld dat sy nog nie vantevore getroud was nie – ten tyde van die verleiding nie 'n maagd was nie, is die las op hom om dit te bewys. Die vereiste dat 'n eiseres

onmiddellik voor die seduksie 'n maagd moet wees, loop soos 'n goue draad deur die geskiedenis (Bekker 259 ev 397 ev 411 ev). Hierdie vermoede van maagdelikheid en die feit dat die las op die man rus om die teendeel te bewys, geld vandag onveranderd in die Suid-Afrikaanse reg (*Van Staden v Rudy* 1908 EDC 7; *Joubert v Burger* 1913 CPD 324; *Smit v Swart* 1916 TPD 197; *Els v Mills* 1926 EDL 192; *Cranfield v Hoey* 1932 CPD 265; *Botha v Peach* 1939 WLD 153). Daar is dus 'n regsvermoede in die guns van die eiseres sodat die bewyslas – en nie net 'n weerleggingslas nie – dat die eiseres nie 'n maagd was nie op die verweerder geplaas word (Schmidt *Bewysreg* 3e uitg 148).

Die verweerder het voorts gemeenskap met die dogter erken; die vrou word dan geglo in haar aanwysing van die vader. 'n Regsvermoede ontstaan gevolglik dat die verweerder wel die vader is. Wil hy die teendeel bewys, moet hy dié bewyslas op 'n oorwig van waarskynlikheid kwyt (Bekker 474 – 478 en die gesag daar aangehaal).

## 2 Troubreuk

Regter Page bevind dat op 'n oorwig van waarskynlikheid bewys is dat daar 'n uitdruklike ooreenkoms was dat die huwelik tussen die partye by wyse van 'n burgerlike seremonie voltrek sou word nadat die Hindoehuwelik plaasgevind het (597I – J). Hoewel die verpligting beskryf is as een om die huwelik te registreer, is dit in werklikheid 'n verpligting om 'n huwelik kragtens die wette van die Republiek van Suid-Afrika te sluit. Die onregmatige versuim van die verweerder in hierdie verband stel 'n verbreking van troubeloftes daar (599E – F, I). Die verweerder is gebonde aan die ooreenkoms wat sy vader gesluit het omdat hy erken het dat hy 'n party tot die ooreenkoms was om die huwelik te registreer (598I – 599B).

## 3 Verleiding (weens troubeloftes)

In die Mosaïese, Kanonieke en Hollandse regstelsels is verleiding as vereiste vir 'n eis weens seduksie gestel. Saam met die vereiste van maagdelikheid is verleiding as die grondslag van die aksie weens *defloratie* beskou (Bekker 414 – 415). In die Suid-Afrikaanse reg word verleiding steeds uitdruklik vereis: “a virgin who has been seduced – that is, who has parted with her virtue at the solicitation of a man” (*Bensimon v Barton* 1919 AD 13 23 en goedgekeur in *Bull v Taylor* 1965 4 SA 29 (A) 34, waar daar ook gesê word dat “seduction connotes the wiles, arts and blandishments which the man practised in order to induce a woman to submit to his embrace”). Die blote ontmaagding van 'n vrou stel gevolglik nie seduksie daar nie en indien 'n vrou in die huwelik ontmaagd word, sal so 'n eis nie ontvanklik wees nie (*Sanicharee v Madho* 1956 2 SA 94 (N) 97: “seduction clearly implies some moral wrong”). Die onderliggende idee van verleiding “is leading astray” (*Dhai v Vawda* 1940 (1) PH J11), “provided it is understood that the ‘leading astray’ is a leading astray of a woman from the paths of virtue” (*Bull v Taylor supra* 34). Daar is ook beslis dat “seduction generally takes place under some promise of marriage or some other false representation” (*Sanicharee v Madho supra* 97). Die man moet dus 'n onbehoorlike metode aanwend om die maagd tot toestemming tot gemeenskap te oorreed (Joubert “Om der vrouwen zwackheid . . .” 1961 *THRHR* 281).

Verleiding kan op verskillende wyses geskied en nie slegs by wyse van troubeloftes nie. Dit is egter die algemeenste wyse van verleiding (*Bull v Taylor supra* 33); saam met 'n aksie weens seduksie word gewoonlik dan ook 'n eis weens troubreuk ingestel (*Sanicharee v Madho supra* 97).

Wat troubreuk en seduksie betref, moet op die volgende gelet word. Die blote feit dat twee partye troubeloftes maak en daar later gemeenskap tussen hulle plaasvind, beteken nog nie *per se* dat die vrou deur die troubelofte verlei is nie. Dit is ook die geval al het die vrou meer geredelik tot gemeenskap ingestem weens die feit dat die partye verloof is. Dit moet duidelik blyk dat die meisie op sterkte van 'n troubelofte tot gemeenskap oorgehaal is. (Sien *Bull v Taylor* 1965 4 SA 29 (A) 33: "she was induced to have intercourse . . . on the strength of an offer of marriage"; vgl ook *Kemp v Van Rensburg* 1911 CPD 290 291: "It is true that the plaintiff and the defendant were engaged to be married, but that is not enough . . . [what is] required is that after the promise he took advantage of the promise"; *Strydom v Claase* 1943 WLD 112 114: "The defendant asked the plaintiff if he might have intercourse with her. She says that she at first refused; the defendant then promised to marry her, and on that she consented"; en *Kruger v Van Reenen* 4 CTR 372: "She was not willing, but he promised to marry her at once.")

Gewoonlik sal 'n troubelofte waarmee 'n vrou tot gemeenskap verlei word, geveins wees. Indien 'n troubelofte geveins word bloot om die vrou tot gemeenskap oor te haal, het sy slegs 'n aksie weens seduksie en nie weens troubreuk nie; die geveinsde troubelofte sal egter verswarend wees by die berekening van die bedrag genoegdoening (*Hannah Hart v Meyer Yates* 3 OR 201). Indien 'n troubelofte egter regmatig gemaak word en gemeenskap vind plaas sonder misbruik van die troubelofte, het die vrou geen aksie weens seduksie nie. Sou die man op onregmatige wyse die verlowing verbreek, sal die vrou 'n aksie weens troubreuk hê. Indien 'n verlowing egter regmatig gesluit word, maar dit word misbruik om die meisie tot gemeenskap oor te haal en daarna weier hy ook om sy troubelofte (hier registrasie van die huwelik) na te kom, sal die vrou beide aksies kan instel (Bekker 434).

#### 4 Verleiding weens 'n ongeldige huwelikseremonie

'n Aantal eiesoortige gevalle van verleiding het reeds in Suid-Afrika voorgekom – soos *in casu*. Dit is waar persone 'n regtens ongeldige huwelikseremonie deurgaans hoewel hulle volgens hulle eie godsdienstige opvatting wettig getroud is. Indien die man weier om sy onderneming gestand te doen om die huwelik deur registrasie te wettig, kan 'n aksie weens troubreuk en seduksie slaag – laasgenoemde slegs indien die vrou ontmaagd is (*Mymenah v Cassim Rahim* 1943 NPD 229 231; *Saheb v Mather* 1946 NPD 703 705; *Pillai v Pillai* 1963 1 SA 542 (D) 553; *Bibi v Variawa* 1965 4 SA 675 (N) 679).

In die onderhawige saak bevind regter Page dat die eiser met 'n eis weens seduksie namens die dogter kan slaag; die verweerder het haar naamlik ontmaagd nadat sy daartoe toegestem het "because she knew that she was going to 'get registered to him'" (600C–F).

Die hof maak geen melding van 'n vermoede by verleiding nie. In die Mosaïese, Kanonieke, Germaanse en Hollandse regstelsels is daar egter vermoed dat die man die maagd verlei het. Hierdie weerlegbare vermoede kon dan deur die man weerlê word (Bekker 422–423).

Hierdie regsvermoede geld nog in die Suid-Afrikaanse reg en die bewyslas om dit te weerlê, rus steeds op die man (*Bensimon v Barton supra* 21; *Bull v Taylor supra* 33–34). Dalk weens die eiesoortige aard van die onderhawige geval is daar nie van hierdie vermoede gebruik gemaak nie. Dit kan egter met vrug



in eise weens seduksie aangewend word (vgl Bekker 424 – 428 oor hoe die man hierdie vermoede kan weerlê).

### 5 *Genoegdoening/skadevergoeding*

Die aksie weens troubleuk is *sui generis* (*Bull v Taylor supra* 37) en so ook die aksie weens seduksie (Bekker 482 – 490). Dit is juridies suiwer en gewens om eise weens seduksie en troubleuk behoorlik te onderskei. Afsonderlike aksies kan hiervoor ingestel word maar dit word nie in die praktyk gedoen nie. Daar word gewoonlik in een geding vir troubleuk en seduksie geëis, asook kraamkoste en onderhoud indien 'n kind gebore is. Een dagvaarding word uitgereik hoewel 'n afsonderlike eis vir elke skuldoorsaak uiteengesit word. Die verskillende vorderings moet duidelik onderskei word (*idem* 430 – 431 437 – 439). In baie gevalle gee die howe bloot 'n globale bedrag as vergoeding vir die troubleuk en seduksie (*Maharaj v Amichund* 1952 4 SA 594 (N); *Rebstein v Schmidt* 19 CTR 633; *Hannah Hart v Myer Yates supra*). In die onderhawige saak sê regter Page (601I – J):

“I do not, however, find it practically possible to allocate separate figures to each of these heads. There is a certain amount of overlapping between the breach of promise and the seduction and I propose to do what has been done in most of the cases of this nature and award a single global figure for general damages on both.”

As algemene beginsel behoort daar egter noukeurig tussen die twee aksiegronde onderskei te word. 'n Eksepsie teen 'n uiteensetting van eis waaruit dit blyk dat “an action for breach of promise and an action for seduction rolled into one” gebring word, sal slaag (*Claassen v Van der Watt supra* 71). Omdat 'n aksie weens troubleuk *sui generis* is en elemente van deliktuele en kontraktuele aard bevat, geld daar ook verskillende oorwegings by die berekening van skadevergoeding en genoegdoening (*Bull v Taylor supra* 36 – 38; *Mymenah v Cassim Rahim supra* 230). Die toekenning van skadevergoeding en genoegdoening behoort afsonderlik weens die kontrakbreuk en *iniuria* (indien hierdie element teenwoordig is) te geskied (*Guggenheim v Rosenbaum* (2) 1961 4 SA 21 (W) 41 – vgl die faktore wat die hof in die onderhawige geval in aanmerking neem (602)). Indien daar slegs 'n globale bedrag as vergoeding toegeken word sonder om elke vordering afsonderlik te beoordeel, kan dit probleme vir 'n hof van appèl skep. Die appèl teen een eis mag slaag en teen die ander faal. Die genoegdoening sal verminder moet word en die hof van appèl weet dan nie welke bedrag die verhoorhof op elke vordering toegestaan het nie. Die appèlhof vereis dan ook tereg 'n berekening op elke afsonderlike vordering (*Bull v Taylor supra*; *Davel v Swanepoel* 1954 1 SA 383 (A)).

Ten slotte kan vermeld word dat die enigste eis wat die eiser in sy persoonlike hoedanigheid gebring het en op seduksie gebaseer was, 'n eis vir hospitaal- en kraamkoste was. Die eiser kon egter nie bewys dat hy persoonlik hiervoor aanspreeklik was nie (600F – G).

PEET M BEKKER  
*Universiteit van Suid-Afrika*

**INFLASIE EN DIE VERHOOGING VAN 'N  
ONDERHOUDSBEVEL INGEVOLGE ARTIKEL 8(1)  
VAN DIE WET OP EGSKEIDING 70 VAN 1979**

**Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Steyn 1992 1 SA 110 (A)**

### **Inleiding**

Die vraag in hierdie saak het in wese daarop neergekom of stygende inflasie vir doeleindes van artikel 8(1) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 'n voldoende rede vir die verhoging van 'n bestaande onderhoudsbevel is. Artikel 8(1) lui soos volg:

“'n Onderhoudsbevel . . . kan te eniger tyd deur 'n hof ingetrek of gewysig word, of . . . opgeskort word, indien die hof bevind dat daar voldoende rede daarvoor bestaan.”

### **Feite**

Die huwelik tussen M en V is op 7 Mei 1981 deur egskeiding ontbind. Ingevolge die skikkingsooreenkoms wat tussen die partye bereik en as 'n bevel van die hof by die egskeidingsbevel ingelyf is, het M onderneem om onderhoud ten bedrae van R500 per maand aan V, asook haar mediese, tandheelkundige en hospitaalkoste, te betaal.

M sterf op 19 Januarie 1983 en V dien 'n eis teen die boedel in wat soos volg deur die eksekuteur in die eerste en finale likwidasie- en distribusierekening verdiskonteer word: Mevrouw V – Gekapitaliseerde onderhoud teen R500 per maand = R224 400.

Die eksekuteur betaal hierdie bedrag aan V. As 'n las teen die boedel wat medebepalend is vir die omvang van die boedelbelasting wat ingevolge artikel 4(b) van die Boedelbelastingwet betaalbaar is, betwis die kommissaris die *quantum* van die uitbetaling aan V en slaan die boedel op 'n bedrag ooreenkomstig 'n verminderde uitbetaling aan V aan (1151). Die eksekuteur betoog daarteenoor dat die uitbetaling aan V minder is as wat aan haar verksuldig is aangesien die bedrae in die skikkingsakte inflasionêr aangepas moet word.

### **Beslissing**

Slegs dié aspekte van die beslissing wat op die inflasionêre aanpassing van die skikkingsbedrag in die skikkingsakte betrekking het, word hier onder die loep geneem.

As vertrekpunt neem die hof aan dat M se onderhoudspilig nie by sy dood verval het nie (vgl ook *Colly v Colly's Estate* 1946 WLD 83; *Owens v Stoffberg*, NO 1946 CPD 226; *Copelowitz v Copelowitz* 1969 4 SA 64 (K)) en dat V teenoor die eksekuteur van die boedel van haar man op 'n vermeerdering van die bedrag van R500 per maand aanspraak kan maak. Hierdie twee premises was trouens gemeensaak tussen die partye. Die hof kom egter tot die gevolgtrekking dat die eksekuteur nie bewys het dat die skuld van die oorledene ten

opsigte van onderhoud meer as die gekapitaliseerde waarde van R500 per maand is nie. Die eksekuteur moes (in die afwesigheid van 'n ooreenkoms wat tussen M en V oor die aspek bereik is) bewys dat daar voldoende rede vir wysiging soos in artikel 8 uiteengesit word, bestaan het.

Die hof bevind dat die eksekuteur nie sodanige gronde bewys het nie omdat, ofskoon die effek van inflasie in bepaalde omstandighede 'n voldoende rede vir wysiging ingevolge artikel 8 kan wees, sodanige effek nie in isolasie beoordeel moet word nie. Alle tersaaklike omstandighede en veral die vermoënsposisies van albei partye moet in berekening gebring word. 'n Man kan byvoorbeeld onderneem en op sterkte van sy onderneming gelas word om aan sy vrou onderhoud te betaal terwyl sy dit nie inderdaad nodig het nie. Dit kan ook gebeur dat die man se finansiële posisie sedert die verlening van die egskeidingsbevel ernstig verswak het, terwyl dié van die vrou beduidend verbeter het. In so 'n geval sal die afnemende koopkrag as gevolg van inflasie van die aanvanklike bedrag nie op sigself 'n voldoende rede vir wysiging ingevolge artikel 8 daarstel nie.

Die hof kom daarom tot die gevolgtrekking dat inflasie bloot een van die faktore is wat in die lig van veral die man se vermoë om 'n verhoogde bedrag onderhoud te betaal, en die vrou se behoefte aan 'n groter bedrag onderhoud, in ag geneem moet word wanneer 'n aansoek om wysiging van 'n onderhoudsbevel voor die hof dien. Inflasie bied op sigself nie voldoende rede vir die wysiging van 'n bestaande onderhoudsbevel nie.

Teen hierdie agtergrond bevind die hof dat aangesien daar geen getuienis aangebied is van V se vermoënsposisie ten tyde van die egskeiding, of van haar bates of inkomste by die dood van M, of van haar toekomstige vooruitsigte nie, dit onmoontlik is om te bepaal of daar voldoende rede is of in die toekoms sal wees om haar onderhoud opwaarts aan te pas. *In casu* slaag die eksekuteur gevolglik nie daarin om te bewys dat die onderhoud wat aan V betaalbaar is, met inagneming van toekomstige inflasie bereken moes word nie.

### Agtergrond

Die vraag of inflasie op sigself genome voldoende rede vir 'n verhoging van onderhoud bied, het reeds by verskeie geleenthede in ons regspraak opgeduik. In *Hossack v Hossack* 1956 3 SA 159 (W) en in die *Copelowitz*-beslissing *supra* word beslis dat "a considerable drop in the value of money does not in itself justify an increase in maintenance".

Interessantheidshalwe kan daarop gewys word dat albei beslissings ingevolge artikel 10 van die Wet op Huweliksangeleenthede 37 van 1953 gegee is. In die Engelse teks van die wet word "good cause" vereis alvorens 'n hof 'n bestaande egskeidingsbevel sal wysig. Artikel 8 van die Wet op Egskeiding beskryf dit egter as "sufficient reason". Hierteenoor het die Afrikaanse teks van albei wette dit oor "voldoende rede". Daar is gevolglik geen oortuigende rede om tussen "good cause" en "sufficient reason" te onderskei nie (*Levin v Levin* 1984 2 SA 298 (K) 303F). Vanweë die veelheid van veranderlikes is dit nie moontlik om 'n definisie van voldoende rede te gee nie, maar die onderstaande uiteensetting in *Roos v Roos* 1945 TPD 84 88 word steeds as gesaghebbend aanvaar:

"[V]ariation will be ordered . . . because there had been such a change in the conditions that existed when the order was made that it would now be unfair that the order should stand in its original form."



Bogemelde uiteensetting in die *Copelowitz-* en *Hossack*-saak word in *Levin v Levin supra* onder die loep geneem na die applikante se betoog dat die "ravages of inflation" tot gevolg het dat die ekwivalent van R375 in Augustus 1974 (toe die partye geskei is) R1 007 in Maart 1983 beloop het. Namens die applikante word betoog dat sy in Maart 1983 op R1 007 as vervanging van R375 geregtig is. Teenoor hierdie getuienis werp respondent die verweer op dat inflasie op sigself genome nie voldoende rede vir die verhoging van 'n onderhoudsbevel is nie. Ter staving van hierdie argument word onder andere na die *Copelowitz*-saak verwys.

Die hof aanvaar egter nie dat die *Copelowitz*-beslissing gesag vir die standpunt bied dat inflasie op sigself nooit voldoende rede kan wees vir die verhoging van onderhoud uit hoofde van 'n onderhoudsbevel nie. Ten tyde van die *Copelowitz*-uitspraak in 1969 was dit volgens die hof algemeen bekend dat inflasie iets is waarmee die gemeenskap moet saamleef en die geleidelike verswakking deur die jare heen van die koopkrag van geld "was one of the facts of life". Gevolglik kan aanvaar word dat die partye in die *Copelowitz*-saak daarvan bewus was dat lewenskoste stadig maar seker duurder geword het en dat hulle dit in berekening gebring het by die onderhandelinge oor onderhoud. Om dié rede, beslis die hof, is daar in die *Copelowitz*-saak te kenne gegee dat inflasie op sigself genome nie voldoende rede bied van die verhoging van onderhoud wat aan 'n gade betaalbaar is nie.

In die geval waar die partye nie die effek van inflasie kan voorsien nie, kan inflasie op sigself wel voldoende rede wees om die onderhoud te verhoog. In die *Levin*-saak bevind die hof byvoorbeeld dat die partye nie die gevolg van die oliekrise in 1973 kon voorsien het toe hulle in 1974 'n skikking oor die onderhoud bereik het nie. Die hof waarsku (305B – D):

"The position will undoubtedly be different where maintenance was agreed upon in divorces in more recent years and where maintenance will be agreed upon in divorce actions which lie in the immediate future, when the so-called 'ravages of inflation' must, or ought to have been, or ought to be, in the forefront of the minds of parties when fixing the amount of alimony payable by one spouse to the other on divorce, but in the instant case the totally unexpected ravages on fixed incomes which post-oil crisis inflation has wrought could not have been foreseen nor provided for. This totally unexpected and sudden increase in the cost of living constitutes, I believe, such a change in the circumstances . . . so as to constitute 'good cause' or 'sufficient reason' for the variation in the maintenance payable."

Hierdie beslissing word in *Dodo v Dodo* 1990 2 SA 77 (W) 93D bevestig.

### Slot

Uit voorgaande paragraaf blyk duidelik dat die vraag of inflasie op sigself beoordeel voldoende rede vir die verhoging van 'n onderhoudsbevel bied, in ons reg akuit geword het. Dit word daarom verwelkom dat die appèlafdeling in die *Steyn*-saak nou finaal uitsluitel gegee het. Myns insiens is daar geen fout met die uitspraak te vind nie aangesien artikel 8(1) noodwendig binne die konteks van die Wet op Egskeiding beoordeel en gevolglik saamgelees moet word met die voorskrifte van artikel 7(2) wat oor die onderhoud van partye handel. In die lig daarvan dat finansiële behoefte van wesenlike belang by die vasstelling van onderhoud uit hoofde van artikel 7(2) is, blyk daar staving te wees vir die standpunt dat inflasie slegs voldoende rede vir die verhoging van 'n onderhoudsbevel

sal wees as aangetoon kan word dat daarmee saam 'n "finansiële behoefte" aan die verhoging van die onderhoud bestaan.

JA ROBINSON  
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

**TOEPASSINGSGEBIED VAN ARTIKEL 7(3) TOT (6)  
VAN DIE WET OP EGSKEIDING 70 VAN 1979**

**Lagesse v Lagesse 1992 1 SA 173 (D); Bell v Bell 1991 4 SA 195 (W)**

### 1 Inleiding

Artikel 7(3) tot (6) is in die Wet op Egskeiding 70 van 1979 ingevoeg deur artikel 36 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984. Hierdeur verkry howe wat egskeidings verleen die bevoegdheid om in bepaalde omstandighede te beveel dat die bates of die gedeelte van die bates wat die hof billik ag, van die een gade na die ander oorgedra moet word omdat laasgenoemde direk of indirek bygedra het tot die instandhouding of groei van eersgenoemde se boedel.

'n Belangrike vraag is op welke huwelike artikel 7(3) to (6) van die Wet op Egskeiding van toepassing is. Subartikel 7(3)(a) bepaal dat 'n gade in 'n huwelik buite gemeenskap van goed

"wat voor die inwerkingtreding van die Wet op Huweliksgoedere, 1984, gesluit is ingevolge huweliksvoorwaardes waardeur gemeenskap van goed, gemeenskap van wins en verlies en aanwasing in enige vorm uitgesluit is",

'n beroep kan doen op die hof se diskresie om 'n bevel tot die herverdeling van bates uit te reik. Subartikel 7(3)(b) verleen dieselfde bevoegdheid aan 'n gade in 'n huwelik buite gemeenskap van goed

"wat voor die inwerkingtreding van die Wysigingswet op Huweliks- en Huweliksgoedere-reg, 1988, gesluit is ingevolge artikel 22(6) van die Swart Administrasie Wet, 1927 (Wet No 38 van 1927) . . ."

Ingevolge artikel 22(6) van die Swart Administrasie Wet was die huwelike van swartes outomaties buite gemeenskap van goed met behoud van die maritale mag (sien *Ex parte the Minister of Native Affairs: In re Molefe v Molefe* 1946 AD 315).

Uit hierdie bewoording ontstaan die volgende probleem: wanneer kan gesê word dat gades 'n huweliksvoorwaardeskontrak gesluit het? As hulle 'n huweliksvoorwaardeskontrak aangaan wat gemeenskap van goed, gemeenskap van wins en verlies en aanwasing uitsluit, en die kontrak notarieel laat verly en registreer ingevolge die bepalinge van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937, het hulle duidelik 'n "huweliksvoorwaardeskontrak" gesluit wat voldoen aan die vereistes van artikel 7(3). Maar is dit die enigste tipe huweliksvoorwaardeskontrak wat deur artikel 7(3) gedek word? Hierdie vraag word hieronder beantwoord.

## 2 Betekenis van die begrip huweliksvoorwaardeskontrak

Die houe het hulle in 'n aantal beslissings uitgelaat oor die presiese betekenis van die begrip huweliksvoorwaardeskontrak ("antenuptial contract") in artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding.

In die *Lagesse*-beslissing neem regter Kriek die betekenis van die term huweliksvoorwaardeskontrak deeglik onder die loep. Die partye is in Mauritius buite gemeenskap van goed getroud. Tydens huweliksluiting was die verweerder (man) in Mauritius gedomisilieerd. Die partye het tydens huweliksluiting aan die huweliksbevestigter verklaar dat hulle verkies dat hulle huwelik aan Ordonnansie 50 van 1949 onderworpe moet wees. 'n Kantaantekening te dien effekte is op hulle huweliksertifikaat aangebring. Hierdie ordonnansie van Mauritius bepaal onder andere die volgende:

"Notwithstanding anything to the contrary in any enactment a married woman to whom the provisions of this ordinance shall apply shall retain her full capacity to deal with her property both movable and immovable and to act in all matters whatsoever as if she were not married."

Die partye het geen formele huweliksvoorwaardeskontrak, voor 'n notaris of andersins, gesluit nie.

Een van die vrae waaroor die hof ingevolge reël 33(4) van die Eenvormige Hofreëls (wat bepaal dat die hof soms oor 'n regs- of feitevraag kan beslis voordat getuienis gelei word) moes beslis, is of die eiseres enige eis teen die verweerder ingevolge die bepalinge van artikel 7(5) van die Wet op Egskeiding het. Die geskilpunt tussen die partye ontstaan dus juis oor die betekenis wat aan die begrip huweliksvoorwaardeskontrak in artikel 7(3) geheg moet word. Daar word namens die eiseres aangevoer dat die begrip huweliksvoorwaardeskontrak in artikel 7(3) en (5) van die Wet op Egskeiding een van die volgende betekenisne kan hê:

- (a) 'n Informele ooreenkoms wat die partye voor huweliksbevestiging aangegaan het en waarin hulle die vermoënsregtelike gevolge van hulle huwelik reël, of dit nou in die Republiek van Suid-Afrika gesluit is of nie; en
- (b) 'n notarieel-verlyde huweliksvoorwaardeskontrak.

Die verweerder voer daarenteen eerstens aan dat die begrip huweliksvoorwaardeskontrak in artikel 7(3) verwys na 'n kontrak wat notarieel verly is voor 'n notaris in die Republiek van Suid-Afrika. Tweedens word aangevoer dat, sou die hof bevind dat die huweliksvoorwaardeskontrak van die partye wel 'n kontrak soos bedoel in artikel 7(3) is, die ooreenkoms nie voldoen aan die verdere vereiste wat in die artikel gestel word nie, naamlik dat dit moet bepaal dat gemeenskap van goed, wins en verlies en enige vorm van aanwasdeling uitgesluit word.

Wat die verweerder se eerste argument betref, verwys die hof na die beslissings *Ex parte Spinazze* 1985 3 SA 650 (A) en *Ex parte the Minister of Native Affairs: In re Molefe v Molefe supra* waarin beslis is dat 'n huweliksvoorwaardeskontrak wat nie behoorlik geregistreer is ingevolge artikels 86 en 87 van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 nie, afdwingbaar is tussen die partye maar dat dit geen regskrag teenoor derde partye het nie. Ook in *Mathabathe v Mathabathe* 1987 3 SA 45 (W) omskryf regter Stegmann die begrip huweliksvoorwaardeskontrak soos volg:

"The expression 'antenuptial contract' used in a broader sense included not only the antenuptial contracts in that narrower category, but . . . also extended to informal



contracts *not* complying with the formalities required by s 87 of the Deeds Registries Act 1937. The latter antenuptial contracts were of no concern to third parties" (51E).

In *Lagesse v Lagesse* kom regter Kriek tot die slotsom dat die begrip huweliksvoorwaardeskontrak twee moontlike betekenisse kan hê, naamlik 'n informele kontrak tussen die partye wat net die partye en hul opvolgers bind, of 'n formele kontrak wat behoorlik ingevolge die Registrasie van Aktes Wet geregistreer is. Die regter is van oordeel dat "heweliksvoorwaardeskontrak" in artikel 7(3) verwys na alle kontrakte wat deur ons reg erken word, tensy daar aanduidings is dat dit die wetgewer se bedoeling was om slegs na formele, geregistreerde kontrakte te verwys, of tensy daar beginsels van wetsuitleg is wat daarop dui dat die betekenis van die term beperk moet word (177G – I). Daar is na die hof se oordeel niks in die bewoording van artikel 7(3) wat daarop dui dat huweliksvoorwaardeskontrak die eng betekenis moet hê wat die verweerder aanvoer nie. Die begrip het nog nie die gespesialiseerde betekenis van geregistreerde, notariële-verlyde kontrakte in ons reg verkry nie (177J – 178A). Die feit dat die begrip 'n eng betekenis in ander dele van die wet (byvoorbeeld artikel 6(1)) het, beteken nie dat dit in alle ander dele van die wet ook 'n eng betekenis moet hê nie (178F).

Die regter beslis verder dat, gesien in die lig van die oogmerk van die Wet op Huweliksgoedere (en die gevolglike wysiging van artikel 7 van die Wet op Egskeiding) om die posisie tussen gades te verbeter, dit nie die bedoeling van die wetgewer kon gewees het om gades getroud kragtens 'n formele huweliksvoorwaardeskontrak in 'n gunstiger posisie te plaas as gades getroud ingevolge 'n informele kontrak nie (178G). Daar is geen aanduidings dat die term huweliksvoorwaardeskontrak in artikel 7(3) net na geregistreerde notariële kontrakte verwys en nie na informele ooreenkomste tussen voornemende gades nie.

Met verwysing na die verweerder se tweede argument, verklaar regter Kriek:

"The effect of the agreement which the parties concluded was in my view to incorporate into their agreement, by reference, the relevant provisions of the ordinance. There can be no other interpretation of their agreement" (179E).

"Having regard to the . . . provisions of the ordinance, it can therefore be said that the parties impliedly agreed that their marriage would exclude community of property, community of profit and loss and accrual sharing" (180F).

Die regter bevind gevolglik dat die gades wel 'n huweliksvoorwaardeskontrak soos beoog in artikel 7(3) gesluit het.

Die hof het hulle in twee vroeëre beslissings uitgelaat oor die toepassingsgebied van artikel 7(3)(a) en die betekenis van die begrip huweliksvoorwaardeskontrak, naamlik in *Mathabathe v Mathabathe supra* en *Milbourn v Milbourn* 1987 3 SA 62 (W). Daar is reeds verwys na regter Stegmann se omskrywing van huweliksvoorwaardeskontrakte in wyer sin in eersgenoemde saak. Verder in die uitspraak laat regter Stegmann hom soos volg uit oor die betekenis van die begrip huweliksvoorwaardeskontrak:

"Every seriously intended promise of marriage, or contract of betrothal, or engagement to be married, has potential legal consequences and is literally an 'antenuptial contract' when that expression is used, as it properly may be, to refer to every kind of pre-marital agreement" (51J – 52A).

Daar word aan die hand gedoen dat so 'n siening te wyd is. Dit sluit enige voorhuwelikse ooreenkoms in wat die gades aangegaan het met die oog op huweliksluting, of om enige aspek van die huwelik te reël (sien Cronjé en Heaton *Vonnisbundel oor die persone- en familiereg* (1990) 393 – 394).

Die standpunt van adjunk regter-president Coetzee in *Milbourn v Milbourn* is in hierdie verband meer aanvaarbaar (sien ook die *Lagesse*-saak 179A – B):

“It does not seem to me that, grammatically, ‘contract’ can possibly refer to any contract other than one which relates, *in terminis*, to the proprietary rights of the parties. The only other possibility which is posited by the learned Judge [regter Stegmann] is that it relates to the very contract to marry, the engagement in other words. I do not agree with this suggestion but, even if that were so, then that engagement contract must consist of more than just the single term to marry each other. It must contain the further terms relating to the proprietary regime after marriage for the judicial discretion to be exercisable. It may very well be that a *lacuna* exists, but that is no reason for straining otherwise clear language so as to fill it. That amounts to legislation and not interpretation” (65A – C).

Regter Coetzee meen dus dat regter Stegmann se beslissing rakende die betekenis van “huweliksvoorwaardeskontrak” in artikel 7(3) duidelik verkeerd is (65D). Regter Coetzee swyg oor die notariële verlyding en registrasie van die huweliksvoorwaardeskontrak. Dit wil egter voorkom of hy van oordeel is dat ’n huweliksvoorwaardeskontrak nie net ’n formele, notarieel-verlyde en geregistreerde kontrak is nie, maar ook enige ooreenkoms tussen die partye insluit wat die vermoënsregtelike gevolge van hulle huwelik reël (sien Jordaan “Oordrag van bates in geval van egskedding ingevolge artikel 36 van die Wet op Huweliks-goedere 88 van 1984” 1988 *THRHR* 112).

Dit blyk uit bogenoemde dat die howe meen dat artikel 7(3)(a) op die volgende persone van toepassing is:

- (a) Persone wat ’n notarieel-verlyde, geregistreerde huweliksvoorwaardeskontrak gesluit het waarin gemeenskap van goed en wins en verlies en enige vorm van aanwasdeling uitgesluit is.
- (b) Persone wat ’n informele ooreenkoms gesluit het waarin hulle die vermoënsregtelike gevolge van hulle huwelik reël, en waarin gemeenskap van goed, wins en verlies en enige vorm van aanwasdeling uitgesluit is.

Die vraag ontstaan of artikel 7(3) ook van toepassing is op gades wie se huwelike outomaties van regsweë buite gemeenskap van goed en van wins en verlies en sonder aanwasdeling is.

### 3 Huwelike wat outomaties buite gemeenskap van goed is

Gades wie se huwelike outomaties buite gemeenskap van goed is volgens die reg van die plek waar die man tydens huweliksluiting gedomisilieerd was, byvoorbeeld gades in huwelike gesluit volgens die Engelse reg, kan hulle oënskynlik nie op die bepalings van artikel 7(3) beroep nie. Dit was vroeër ook die dilemma van swartes wat ingevolge artikel 22(6) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 getroud is en wie se huwelike outomaties buite gemeenskap van goed en met behoud van die man se maritale mag was.

Regter Stegmann beslis in die *Mathabathe*-saak *supra* dat artikel 7(3) tot (6) van die Wet op Egskeiding wel op sulke huwelike van toepassing is maar, soos hierbo aangedui is, berus sy uitspraak op ’n besonder wye interpretasie van die begrip huweliksvoorwaardeskontrak. Alhoewel hierdie punt (naamlik of swartes se huwelike ingevolge artikel 22(6) gedek word) uitdruklik oopgelaat word deur regter Coetzee in die *Milbourn*-beslissing *supra* 65C, dui hy aan dat hy nie saamstem met regter Stegmann se wye interpretasie van die begrip nie. Die onduidelikheid oor die posisie van swartes is uit die weg geruim deur artikel 2 van die Wysigingswet op Huweliks- en Huweliksgoederereg 3 van 1988, wat

artikel 7(3)(b) in die Wet op Egskeiding invoeg. Soos hierbo aangedui is, bepaal hierdie artikel dat swartes wat voor die inwerkingtreding van Wet 3 van 1988 (1988-12-02) ingevolge artikel 22(6) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 getroud is, ook om 'n herverdeling van bates by egskeiding aansoek kan doen.

Wat betref gades wie se huwelike outomaties buite gemeenskap van goed is ingevolge die *lex loci domicilii* van die man tydens huweliksluiting, beslis regter Coetzee tereg in die *Milbourn*-saak dat hulle nie kragtens artikel 7(3) tot (6) vir 'n herverdeling van bates in aanmerking kan kom nie omdat die artikel net van toepassing is op huwelike wat buite gemeenskap van goed is as gevolg van die aangaan van 'n huweliksvoorwaardeskontrak, en nie van regsweë nie.

In *Bell v Bell supra* het hierdie aangeleentheid weer ter sprake gekom. Die eiseres het aansoek gedoen om 'n egskeidingsbevel en dat sekere van die verweerder se bates aan haar oorgedra word ingevolge artikels 23 en 24 van die tweede deel van die Engelse Matrimonial Causes Act van 1973 (soortgelyk aan maar wyer as artikel 7(3) tot (6) van die Wet op Egskeiding). Die partye is in Engeland getroud en die verweerder was ten tyde van huweliksluiting daar gedomisilieerd. Die verweerder werp 'n eksepsie op teen die eiseres se eis op grond daarvan dat die hof nie vermoënsregtelike geskille tussen partye volgens die Engelse reg kan bereg nie. Namens die verweerder word aangevoer dat die toepaslike regstelsel nie die *lex loci domicilii* van die man tydens huweliksluiting is nie maar die *lex fori*.

Die hof verwys na die reël van die internasionale privaatreë dat die vermoënsregtelike gevolge van 'n huwelik wat sonder huweliksvoorwaardeskontrak gesluit is, gereël word deur die reg van die plek waar die man tydens huweliksluiting gedomisilieerd was. Die aansprake van partye op die huweliksgoedere word geklassifiseer onder die vermoënsregtelike gevolge van die huwelik. Hierdie beginsels is reeds in 'n aantal appèlhofbeslissings bevestig, onder andere *Sperling v Sperling* 1975 3 SA 707 (A). Waarnemende regter Kuper hou haar by dié beslissing en bevind dat die aangeleentheid met verwysing na die Engelse reg bereg moet word. Sy laat haar soos volg daaroor uit (199G – 200A):

“Even if the powers accorded to an English Court are broader than those conferred under s 7 (a proposition not raised in argument) I can find nothing in them which would violate some fundamental principle of justice or some prevalent conception of good morals or some deep-rooted tradition of the common weal as we know it and understand it in the Republic. Indeed, as it seems to me, all these policy considerations point to the recognition of the plaintiff's claim. I say that not least because counsel for both parties commenced their argument in this matter by referring to the decision in *Milbourn v Milbourn* 1987 (3) SA 62 (W). That case holds that the provision of s 7(3) of the Divorce Act cannot apply to parties domiciled and married in England because the section covers only marriages out of community of property which have been created by way of antenuptial contract, and not by the operation of law. If that decision is correct (and I think with respect that it is, notwithstanding the judgement in *Mathabathe v Mathabathe* 1987 (3) SA 45 (W)), then it would mean – assuming the exception to be well-founded – that a person in the plaintiff's position would not enjoy her rights under the English law and would simultaneously be barred from enjoying like rights under the South African law. As I see the position, that consequence does not flow, because recognition can be given to ss 23 and 24 of the English legislation.”

Forsyth (*Private international law* (1990) 253 ev) verwys na sekere punte van kritiek wat teen bogenoemde reël van die internasionale privaatreë opgewerp kan word. Die reël is volgens hom onbuigsam en nie vatbaar vir uitsonderings nie. Hy noem die voorbeeld van partye wat in land X trou maar geen voorneme



het om hulle daar te vestig nie en hulle in land Y domisilieer. Hulle verbreek alle bande met land X en dit is soms vir hulle selfs onmoontlik om daarheen terug te keer. Soms het die vrou hoegenaamd geen bande met land X nie: sy was nie voor huweliksluting daar gedomisilieer nie en soms was sy nog nooit tevore in die land nie. In sodanige gevalle kan die toepassing van die reg van die man se domisilie onvanpas wees.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het sekere aanbevelings gemaak betreffende die wysiging van artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (*Verslag oor die wysiging van artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979* Projek 12 1990). Volgens die regskommissie moet die volgende in ag geneem word by vreemde huwelike wat in Suid-Afrika ontbind word:

- Die vermoënsregtelike gevolge van die huwelik word bepaal deur die reëls van die internasionale privaatreë.
- As daar met behulp van die reëls van die internasionale privaatreë vasgestel is dat die vermoënsregtelike gevolge van 'n huwelik deur die vreemde reg gereël word, kan die probleem ontstaan dat die vreemde regstelsel nie die judisiële diskresie betreffende oordrag van bates by ontbinding van huwelike klassifiseer as 'n vermoënsregtelike gevolg van die huwelik nie. Die resultaat kan wees dat die Suid-Afrikaanse howe nie dié judisiële diskresie mag uitoefen nie.

Na aanleiding van die regskommissie se verslag is 'n wetsontwerp opgestel wat subartikel 9 invoeg ná artikel 7(8) van die Wet op Egskeiding. Artikel 1 van die Wysigingswetsontwerp op Egskeiding 40 van 1992 (wat tot op hede nog nie goedgekeur is nie) bevat die voorgestelde bepaling:

“Artikel 7 van die Wet op Egskeiding, 1979, word hierby gewysig deur die volgende subartikel by te voeg:

“(9) Wanneer 'n hof 'n huwelik waarvan die vermoënsregtelike gevolge volgens die reëls van die Suid-Afrikaanse internasionale privaatreë deur die reg van 'n vreemde staat beheers word, deur egskeiding ontbind, dan het die hof dieselfde bevoegdheid wat 'n bevoegde hof van die betrokke vreemde staat op daardie tydstip sou hê om te gelas dat bates van die een gade na die ander gade oorgedra word.”

Die oogmerke met hierdie wetsontwerp blyk uit die volgende aanhaling uit die memorandum daarvan:

“Dit gebeur soms dat die hof 'n egskeidingsbevel verleen in 'n geval waar die vermoënsregtelike gevolge van die huwelik volgens die reëls van die internasionale privaatreë deur die reg van 'n vreemde staat beheers word, in welke geval die huwelik outomaties buite gemeenskap van goed plaasgevind het. Omdat die gevolge van die huwelik in so 'n geval deur regswerking gereël word, en nie deur die *aangaan* van 'n huweliksvoorwaardekontrak nie, het die hof beslis dat 'n oordrag van bates van een gade na 'n ander nie ingevolge artikel 7(3) van voormelde Wet beveel kan word nie.

Die Wetsontwerp beoog om dié posisie reg te stel deur die hof ook in dié geval met 'n wyer bevoegdheid te beklee.”

#### 4 Slotopmerking

Die interpretasie wat die hof in die *Lagesse*-beslissing aan die begrip huweliksvoorwaardekontrak in artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding gee, is billik en duidelik en word onderskryf. Die Wysigingswetsontwerp op Egskeiding 40 van 1992 word verwelkom in soverre dit gades tegemoetkom wie se huwelike outomaties buite gemeenskap van goed kragtens die bepalings van die een of ander buitelandse regstelsel is.

JM KRUGER  
*Universiteit van Suid-Afrika*

**DIE OPTREDE VAN 'N REGSPRAKTISYN BY DIE AANVRA  
VAN DRINGENDE REGSHULP EN DIE VERPLIGBAARHEID  
VAN 'N NARKOTISEUR OM INLIGTING AANGAANDE  
GEBEURE IN 'N OPERASIESAAL BEKEND TE MAAK**

**Van Rensburg v Milliner 1990-09-28 saaknr 19526/90 (W)**

### **Inleiding**

Indien 'n kliënt sy prokureur opdrag gee om namens hom 'n hof te nader ten einde sekere regshulp aan te vra, kan aanvaar word dat die kliënt ver wag dat die prokureur alles in sy vermoë sal doen om te verseker dat die gevraagde regshulp toegestaan word. Hierdie "vermoë" van 'n prokureur is egter nie onbegrens nie, met ander woorde sou sy optrede en gedrag oneties wees of in ander opsigte te kort skiet, sal die betrokke hof *mero motu* ingryp en nie die gewraakte gedrag van die prokureur ongesiens laat verbygaan nie. In *Van Rensburg v Milliner* is regter Spoelstra gekonfronteer met die situasie waar die gedrag van die applikant se prokureur nie in alle opsigte na wense was nie.

Ten einde die betrokke prokureur (X) se optrede en gedrag in die regte perspektief te plaas, is dit nodig om die gebeure en die korrespondensie wat die aansoek *in casu* voorafgegaan het, taamlik breedvoerig uiteen te sit.

### **Die feite**

Die applikant is die seun van 'n pasiënt op wie 'n oftalmoloog (L) 'n operasie vir die verwydering van 'n katarak uitgevoer het. Die betrokke operasie was oënskynlik betreklik eenvoudig en kon binne 20 minute uitgevoer word. Die respondent is die narkotiseur wat die pasiënt 'n algemene narkose toegedien het. Gedurende die operasie het die pasiënt se hart gaan staan. Sy is bygebring maar het nie weer haar bewussyn herwin nie.

As gevolg van die hartstilstand en die daaropvolgende verlies aan suurstof het die pasiënt breinskade opgedoen. Haar prognose is nie gunstig nie. Sy is egter nie breindood nie en daar kan ook nie vasgestel word of sy besig is om te sterf nie. Die oorsaak van die pasiënt se toestand asook die prognose is deur L en twee van sy kollegas by die betrokke hospitaal se intensiewe sorgeneheid aan die applikant verduidelik; die nuus was uiteraard vir hom 'n geweldige skok.

Laasgenoemde het erken dat L hom die aand van die operasie meegedeel het dat die pasiënt se hart gaan staan het, dat sy nie weer haar bewussyn herwin het nie en dat sy in die intensiewe sorgeneheid is. L kon hom egter nie meedeel hoe lank dit geneem het voor die pasiënt weer bygebring is nie aangesien hy besig was om die operasie uit te voer. Die applikant het sedert die datum van die operasie geensins die respondent genader vir 'n verduideliking aangaande die pasiënt se toestand of om inligting met betrekking tot haar hartstilstand of oorsaak van haar toestand te bekom nie.

Die operasie is op 30 Julie 1990 uitgevoer en op 6 Augustus 1990 het die applikant met X gekonsulteer en hom opdrag gegee om inligting aangaande die gebeure in die operasiesaal te bekom. X het die respondent telefonies gekontak

en daarna 'n fonogram aan hom gestuur. Volgens X se ondersteunende eedsverklaring was die respondent aggressief teenoor hom en het hy X versoek om met die geneeshere van die hospitaal se intensiewe sorgeneheid in verbinding te tree aangesien hulle X van die nodige inligting sou kon voorsien. Die respondent het hierdie gesprek tussen hom en X onder andere soos volg beskryf (7):

“15. . . . I was very surprised and threatened by the fact that a lawyer had been instructed to approach me for information. I thought that this was very unusual and held implications I did not fully appreciate and therefore decided not to discuss the condition of the patient with him . . .

17. Naturally I was aware of the possibility that events that had led to the patient remaining unconscious for a week, and in all probability with an amount of brain damage, could have serious legal consequences. For that reason I decided not to discuss the matter with [X] and referred him to the doctors in charge of the ICU who could explain to him the purpose of the procedure.”

Die hof het hierdie optrede van die respondent as natuurlik beskou (8). Die inhoud van die fonogram wat X daarna aan die respondent gestuur het, bevat die volgende belangrike gedeelte (8–9):

“I telephoned you today and requested that you tell me the cause of the illness or accident which results in the patient being critically ill in the Intensive Care. You refused to give me that information, as you have refused to the patient's family, and to the doctors in charge of the Intensive Care Unit. You told me to telephone the doctor in charge, which I did, and I spoke to Dr Idelman, who indicated that the intensive care doctors themselves are completely in the dark and that you too refused to give any indication as to what took place in the operating theatre. The patient's condition is terminal and she has to be treated by physicians who are totally unaware of the cause of her present illness. We demand from you by 9 o'clock tomorrow morning a written report to the head of the Intensive Care Unit and to the patient's family as to what took place in the operating theatre, and as to why the patient is presently comatose. Your refusal to give such information, which might itself lead to the patient's death, will result in an urgent application being made to the Rand Supreme Court for an order compelling you to divulge the information which you presently unlawfully refuse to do.”

Die enigste wyse waarop hierdie fonogram verstaan kan word, is volgens die hof dat dit die respondent van ernstige wangedrag beskuldig (9). Die uitdrukking “something untoward took place” kan volgens die hof in die konteks waarin dit gebruik is, nie as 'n onskuldige en argelose uitdrukking vertolk word nie. Dit is 'n onregstreekse beskuldiging dat die respondent skuldig was aan onbehoorlike of onbevoegde gedrag gedurende die operasie en dat hy vir die pasiënt se toestand verantwoordelik was. Met die uitsondering van hierdie ongestaafde beskuldiging het die fonogram volgens die hof ook die volgende vals bewerings bevat:

- die respondent het geweier om die gevraagde inligting aan die pasiënt se familie te verstrek
- die respondent het geweier om die inligting aan die geneeshere in beheer van die intensiewe sorgeneheid te verstrek
- die geneeshere in beheer van die intensiewe sorgeneheid was volkome in die duister
- die pasiënt moes behandel word deur geneeshere wat heeltemaal onbewus van die oorsaak van haar huidige toestand was.

Op 7 Augustus 1990 het die respondent sy eie prokureur (H) om regsadvies genader en 'n skrywe met onder andere die volgende inhoud is aan X gefaks (10):

“You would indicate to us exactly what information you require, for what purpose the information is required and the basis for the alleged urgency of your request.”



In sy antwoord op hierdie skrywe het X bogenoemde beskuldigings en onwaarhede in meer besonderhede herhaal. Dit is nodig om volledig uit hierdie antwoord aan te haal (10 – 13):

- “ 6. The surgeon concerned, as we have said, maintained that he was too busy performing the operation to know what happened to our client during the operation. He told the family he regretted what has happened but according to him the answer lay in your client’s mouth as the anaesthetist, which indeed it does, and that notwithstanding your client refused, and has consistently since Monday of last week refused, to impart any information whatsoever to either Dr Idelman or to Dr Roos and indeed to the patient’s family, who are now being asked to sign in writing on her behalf to further surgical procedures which all arise from a cause which is uniquely known to your client and to your client alone and in respect of which your client refuses to give an explanation to either the patient’s family or to the doctors and nursing staff presently involved in saving our client’s life.
7. Even last night, when the writer spoke to your client, your client had the absolute impertinence to refuse to answer any questions, and referred the writer to the ‘Intensive Care doctors’ who, low and behold, via Dr Idelman, confirmed precisely what is set out above, namely that they knew nothing about what happened in the theatre, and that your client had refused to reveal that information to them.
8. Again, when the writer spoke to your client this afternoon, your client’s story had by then changed and we were told that [H] would give the explanation, which is obviously the point which your client expected was to be made in your letter to us of earlier today.
9. Because of the state of confusion and because of the fact that the life of a human being is at stake we again spoke to Dr Idelman, who indicated that as a result of our telegram there has been, what appeared to us, to be a garbled exchange which took place between he, Dr Idelman and your client this morning, and for the very first time mention had been made of a second anaesthetist who apparently took a role and played a part in the anaesthesia or resuscitation of our client whilst on the operating table. Suffice it to be said that Dr Idelman had not spoken to the second anaesthetist yet although he did indicate that as a result of our cohesion on your client he, Dr Idelman, was somewhat more enlightened as to the original cause of our client’s complaint.
10. Need we say more. A lady lies dying in a major Johannesburg hospital (she may already be brain-dead but still breathes spontaneously); she is delivered to the Intensive Care Unit via an anaesthetist who won’t disclose why his patient is in such a terminal condition, and it takes a lawyer 8 days later to force a doctor to react to his own colleagues and do no more than give those colleagues some inkling of what is taking place, at the time refusing to give the family any information at all, and simply passing on their requests to attorneys who happen to act for the Medical Defence Union.”

Die tweede laaste paragraaf van X se brief lui soos volg (13):

“How, pray tell us, does your client expect our client’s family to consent to further medical procedures under the current circumstances? Is [the patient] clinically dead or alive? Has she hope of recovery or has she not? Must her family allow further trauma to take place to their mother, or withhold permission to grant further procedures? Must they regard their mother as a human being or a vegetable? If the surgeon can’t say, and the anaesthetist won’t say what is happening, then all we can suggest is that a court will order the anaesthetist to disclose the facts.”

H het hierop gereageer deur sy kliënt te adviseer om ’n feitelike verslag aangaande die toediening van die narkose aan X beskikbaar te stel. H het dan ook skriftelike toestemming van X versoek ten einde sodanige inligting bekend te maak, by ontvangs waarvan die verslag beskikbaar gestel sou word. X was egter nie hiermee gediend nie aangesien ’n feitelike verslag nie was wat hy verlang het nie. Sy kliënt wou geweet het wat in die operasiesaal gebeur het. Na

aanleiding van 'n verdere telefoongesprek tussen H en X op 8 Augustus 1990 het H onderneem dat die verslag die volgende dag beskikbaar sou wees.

### Dringende aansoek deur applikant

Op die aand van 8 Augustus 1990 het die applikant egter 'n dringende aansoek gebring. Hy het onder meer versoek dat die respondent die gevraagde inligting in die vorm van 'n "full, proper and comprehensive statement" (19) binne drie uur na betekening van die bevel aan hom beskikbaar stel. Die hof, by monde van regter Van Schalkwyk, verleen egter 'n bevel *nisi* met onder andere die volgende inhoud (1-2):

- "1. That the respondent provide the applicant with the following information provided however that he shall not be required to incriminate himself in regard to any possible criminal prosecution, nor that he may be required to provide information in respect whereof a legal privilege may legitimately be claimed.
  - 1.1 The medical cause of the present comatose condition of . . . the patient.
  - 1.2 The duration of the period of the patient's cardiac arrest if suffered under anaesthetic.
  - 1.3 The measures undertaken to resuscitate the patient and the medication utilised or applied for the purpose.
  - 1.4 If known, the cause of such cardiac arrest."

Die dringendheid van applikant se aansoek was onder andere op die volgende feite gebaseer: tien dae het sedert die operasie verloop en die respondent was steeds nie bereid om enige verduideliking hoegenaamd ten opsigte van die toestand van die applikant se moeder te gee nie. Intussen word van die applikant verwag om 'n besluit te neem wat sy moeder en sy eie lewe en toekoms kan beïnvloed.

### Standpunt van die hof op die keerdag

Regter Spoelstra stel dit van meet af aan duidelik dat die feite waarop die aansoek gebaseer was, in verskeie opsigte foutief is, naamlik (20-21):

- dit impliseer dat die applikant totaal onkundig was aangaande die feite en omstandighede met betrekking tot sy moeder se toestand, en dit is onwaar
- dit is onwaar dat die oorsaak van die pasiënt se toestand onbekend was aan die geneeshere wat haar behandel het
- dit is onwaar dat die geneeshere in die intensiewe sorgeneheid enige inligting benodig ten einde die pasiënt te behandel of dat die respondent weier om inligting wat hulle benodig, te verskaf
- dit is onwaar dat die applikant versoek was om toe te stem tot verskeie verdere mediese ingrepe en dat die inligting dringend benodig was ten einde die applikant in staat te stel om ingeligte toestemming tot sodanige verdere ingrepe te gee
- hierdie wanvoorstelling het regter Van Schalkwyk daartoe beweeg om die geval op 'n basis van dringendheid te beoordeel. Sou H se onderneming aan X om 'n feitelike verslag beskikbaar te stel ten volle en in die regte konteks geopenbaar word, bestaan daar twyfel by die hof of die bevel *nisi* inderdaad verleen sou gewees het
- dit was voorts moeilik vir die hof om in te sien hoe die verlangde inligting enige uitwerking op die applikant se eie lewe en toekoms kon gehad het.

### Afkeuring van die gedrag van X

Die hof het nie simpatie met die optrede en gedrag van X nie en het dit ook onomwonde uitgespel. X se weergawe van die gesprek tussen homself en H (uiteengesit in 'n ondersteunende eedsverklaring) is volgens die hof "obviously a nicely tailored one" (22). X se versuim om die feite te behandel soos deur H uiteengesit is, lei volgens die hof slegs tot die redelike afleiding dat X nie by magte is om dit te kan ontken nie. Die feit dat daar nie in daardie stadium van die applikant verwag was om toestemming tot enige mediese ingrepe te gee nie, beteken volgens die hof dat X se daarstelling van onmoontlike spertye aan H en die respondent buitensporig onredelik was. Tyd was nie so 'n belangrike faktor as wat X gepoog het om voor te gee nie — dit was volgens die hof intendeel geen faktor nie (22).

Die hof (*ibid*) is voorts van mening dat X se ondersteunende eedsverklaring

"was deliberately framed and worded in a manner to create in the mind of the reader the impression that the applicant had to consent urgently to a number of medical treatments, or procedures, or interventions. Throughout the applicant's case he persisted in saying or suggesting, or insinuating, that the respondent was guilty of improper conduct or negligence, which directly caused the patient's present condition. It is expressly stated that the respondent refused to reveal any information on the cause and circumstances which are responsible for, or which led up to, the patient's comatose condition".

Die hof huldig die mening dat in die stadium toe X die applikant se eedsverklaring opgestel het, X gewet het dat hierdie feite óf verkeerd weergegee óf oorbeklemtoon word en dat die leser van die eedsverklaring deur hierdie wanvoorstellings mislei sou word. Die opsetlike wanvoorstelling van die feite op hierdie wyse was so ernstig dat die hof sy afkeer jeens sodanige gedrag van X moet toon. Het X die aangeleentheid objektief benader (soos hy dit moes doen) en nie persoonlik en emosioneel betrokke geraak nie, sou hy die feite versigtig kon ontleed het ten einde te bepaal of 'n verslapping van die hofreëls, deur 'n dringende aansoek te bring, nodig was (sien ook *Luna Meubel Vervaardigers v Makin* 1977 4 SA 135 (W)). Die wyse waarop die aansoek *in casu* gebring is, kom volgens die hof op 'n misbruik van die reëls betreffende die bring van 'n dringende aansoek neer (23).

Die verweer dat X bloot in opdrag van sy kliënt opgetree het en nie op enige wyse vir hierdie toedrag van sake verwyt kan word nie, word deur die hof verwerp. Alle besluite rakende die maak van die eedsverklarings in hierdie geval is volgens die hof duidelik deur X geneem. Die applikant is, sover dit die reg betref, 'n leek. X het dit na alle waarskynlikheid op sy skouers geneem om sy kliënt te adviseer oor die wyse waarop die aangeleentheid voortgesit behoort te word, die regshulp wat verlang word en die feite waarop hierdie regshulp gebaseer is. Hierdie is nie 'n geval van 'n prokureur wat agter sy kliënt kan skuil nie.

Die hof is tevrede dat die aansoek prematuur en op 'n vals grondslag gebring was. Die hof betoon voorts sy afkeer van die gedrag van X deur hom te beveel om die koste van die aansoek *de bonis propriis* te betaal. Regter Spoelstra wys die aansoek gevolglik van die hand maar laat hom verder oor die gedrag van die respondent in die algemeen uit.

### Optrede van die respondent

Die applikant het beweer dat daar 'n regsplig op die respondent gerus het om met die pasiënt se familie in verbinding te tree en hulle ten volle oor al die



relevante feite in te lig. Die hof ag dit nie nodig om hieroor te beslis nie maar is bereid om te aanvaar dat 'n geneesheer 'n plig het om 'n pasiënt, of, soos in hierdie geval, die naasbestaandes oor al die wesenlike feite wat op 'n verlegting van die toestand van die pasiënt betrekking het, in te lig. Die hof is egter nie bereid om te aanvaar dat 'n geneesheer onder enige verpligting staan om 'n pasiënt se naasbestaandes *mero motu* op te soek en hulle in te lig aangaande wat in die operasiesaal plaasgevind het nie. Indien 'n pasiënt of naasbestaandes inligting wil hê, moet hulle die geneesheer met so 'n versoek nader. As gevolg van die feit dat 'n narkotiseur gedurende 'n operasie hoofsaaklik op die agtergrond is (die hof het hom as 'n "backstage player in the operation" beskou (24)), is die geneesheer in beheer van die operasie primêr die persoon om met die pasiënt of naasbestaandes te kommunikeer. In die huidige geval, met die uitsondering van X se kommunikasie met die respondent, het niemand die respondent vir enige inligting rakende die pasiënt genader nie.

### Gevolgtrekking

Hierdie beslissing laat weer eens die soeklig op die belangrikheid van die *Luna Meubel Vervaardiger*-beslissing *supra* val. In laasgenoemde beslissing het regter Coetzee Hooggeregshofreël 6(12) wat met dringende aansoeke handel, as die mees misbruikte reël in die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling beskou. Sodra 'n aansoek 'n element van dringendheid bevat, versoek sommige regspraktisyns enige dag van die week en enige tyd van die dag (of nag) 'n verhoor. Volgens regter Coetzee bestaan "dringendheid" (in Engels "urgency") uit die volgende twee elemente, naamlik

"mainly the abridgement of times prescribed by the Rules and, secondarily, the departure from established filing and sitting times of the Court" (136H).

Die *Van Rensburg*-beslissing sal na alle waarskynlikheid tot gevolg hê dat regspraktisyns die dringendheid van 'n aansoek in heroerweging sal neem alvorens so 'n aansoek gebring word. Dit sal weer tot gevolg hê dat slegs aansoeke wat inderdaad dringend is en aan die faktore voldoen wat in die *Luna Meubel Vervaardiger*-beslissing genoem word, kragtens Hooggeregshofreël 6(12) deur regspraktisyns gebring sal word.

'n Ander belangrike aspek van die *Van Rensburg*-beslissing is dat die hof (al is dit bloot 'n terloopse opmerking), voorstel dat die geneesheer in beheer van 'n operasie die aangewese persoon is wat inligting rakende die operasie en die pasiënt se toestand aan die pasiënt self of sy naasbestaandes moet verskaf. So 'n toedrag van sake moet verwelkom word. Indien dit in die toekoms nodig sou wees, weet die pasiënt of sy naasbestaandes wie om te nader vir inligting rakende die pasiënt of die operasie en bestaan daar sekerheid oor watter geneesheer hierdie inligting aan die pasiënt of sy naasbestaandes bekend moet maak.

Die *Van Rensburg*-beslissing is ten slotte egter nie gesag vir die bewering dat 'n voornemende eiser in 'n siviele geding 'n verweerder kan verplig om inligting wat vir die eiser van belang is by 'n aksie wat nog in die toekoms ingestel staan te word, aan hom bekend te maak nie (sien ook De Klerk "Should a patient have access to his medical records?" 1989 *Medicine and Law* 481; Strauss "Court refuses to compel anaesthetist to disclose facts on events in operating theatre" 1991 *South African Practice Management* 13).

ANTON DE KLERK  
*Regsadviser, Transnet Beperk*

**LIABILITY FOR NEGLIGENT MISSTATEMENT  
INDUCING A CONTRACT**

**Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost 1991 4 SA 559 (A)**

The South African courts and academics (see Hunt "No damages for innocent misrepresentation inducing contract?" 1968 *SALJ* 379; Hutchison "Damages for negligent misstatement made in a contractual context" 1981 *SALJ* 486) have over a long period of time been grappling with whether there should be an action for pure economic loss arising out of a negligent misstatement inducing a contract. In *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A) the Appellate Division confirmed the existence of a delictual action arising from a negligent misstatement. The court, however, expressly excluded the application of its decision from instances where loss was caused by a negligent misstatement inducing a contract. Freedom or liberty of contract seems to have had a strong influence on the courts at the early stages of the development of delictual liability in this regard.

Before *Hamman v Moolman* 1968 4 SA 340 (A) the courts were divided on the question whether our law recognises an action for loss caused by a negligent misstatement inducing a contract. The rule against allowing such action was, however, confirmed in an *obiter dictum* by the Appellate Division in *Hamman v Moolman supra*. Wessels JA stated (348) that

"the practical difficulties involved in any general and unqualified extension of our law of negligence, as applied to negligent conduct causing injury to persons or property, to honest but carelessly made misrepresentations are referred to in *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A). I am by no means satisfied that the practical necessity of a remedy of the kind contended for has been demonstrated, nor that its recognition might not result in more ills than the one it is intended to remedy, namely, the failure of the unwary representee to have proper regard to his own interest in the field of contract".

This decision was followed in *Latham v Sher* 1974 4 SA 687 (W). Margo J, while accepting the value of introducing the principle of delictual liability for pure economic loss arising out of a negligent misstatement inducing a contract, was not bold enough to move away from the decision of *Hamman v Moolman supra*. The court found (694) that there was no "proper basis upon which that policy can be circumvented or disregarded". This decision was further approved and followed in *Du Plessis v Semmelink* 1976 2 SA 507 (T).

In analysing the legal situation concerning liability for negligent misstatement inducing a contract, one can summarise the objections to such a remedy into two categories:

- (a) The general fear that an unqualified extension of our law of negligence would lead to limitless liability (see *Hamman v Moolman supra*); and
- (b) in particular a reluctance to grant an action where a negligent misrepresentation induces a contract because it is generally regarded as undesirable to have a delictual action in the area of contract (cf Neethling, Potgieter and Visser

*Deliktereg* (1992) 12 fn 62 265 fn 65; *Lillicrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers (SA) (Pty) Ltd* 1985 1 SA 475 (A) 499–500).

In the decision of the Cape Provincial Division in *Kern Trust (Edms) Bpk v Hurter* 1981 3 SA 611 (C), Friedman J, however, took the most welcome and bold step in the opposite direction. Although he acknowledged the strong persuasive nature of *Hamman's* case, he refused to elevate the decision to an affirmed judicial policy. The court further questioned whether Wessels JA's statement in the *Hamman* case created an absolute principle regarding a cause of action for negligent misstatement inducing a contract. In dealing with this issue, Friedman J held that the determining factor should be whether all the elements of delictual liability are present or not. Relying on the decision in *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk supra*, the court came to the conclusion that there was no basis in either principle or logic why an action should not avail for negligent misstatement inducing a contract in the same way as applied in negligent misstatement outside of the law of contract. The uncertainty about the scope of the action was also rejected by the court as insufficient reason for refusing to acknowledge the existence of the action in principle (see in general also Neethling *et al* 304–305).

Finally, in *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* the Appellate Division was called upon to pronounce upon the long-standing issue of whether a negligent misstatement inducing a contract was actionable. The facts of the case were that the respondent had leased three farms from the appellant. One of the farms had vineyards and cash-crop lands, which were adjacent to each other. For the upkeep of the vineyards it was necessary to remove weeds by means of chemical herbicides. The respondent sprayed the herbicides using the boom of a tractor. Later, the respondent decided to use a different kind of herbicide, known as "Sting", which was sold by the appellant. "Sting" was sprayed from a helicopter. During a spraying operation with "Sting", some of the herbicide landed on the cash crops, causing damage estimated at R55 000.

The respondent (plaintiff) instituted an action in the Cape Provincial Division claiming damages for the destroyed crops. The respondent based its action on the fact that it was induced by appellant's (defendant's) representatives into buying "Sting", who assured him that "Sting" was more conveniently applied by using a helicopter since it would leave clear cut-off lines from the edge of the vineyards; that the appellants failed to indicate the possible risk of damage to adjacent crops as a result of the herbicide being sprayed from a helicopter; and that the appellant's representatives had given the impression that they would supervise the whole spraying operation. The respondent argued that the appellant had a legal duty to ensure that such representations were true. Since the representations had not been correct and since they had been the direct and/or foreseeable cause of the damage suffered by the respondent, appellant should be held liable. Hodes AJ found for the respondent.

On appeal the decision of Rumpff CJ in *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk supra* was followed. There the court found (832–833) that in order to limit the scope of liability, it had to—

(a) decide whether, on the particular facts of the case, there rested on the defendant a legal duty not to make a misstatement to the plaintiff (or, to put it another



way, whether the making of the statement was in breach of this duty and therefore unlawful) and whether the defendant in the light of all the circumstances exercised reasonable care to ascertain the correctness of the statement; and

(b) pay proper attention to the nature of the misstatement and the interpretation thereof, and to the question of causation; if this was done, then, according to Rumpff CJ, there was no cause for concern about limitless liability.

Delivering the judgment of the Appellate Division in *Bayer's* case, Corbett CJ emphasised that the facts of a particular case would determine the issues of unlawfulness and causation, and found no justification for distinguishing between a negligent misstatement inducing a contract and one falling outside the scope of the law of contract. Corbett CJ stated (568G – I) that

“in many instances the contractual negotiations between the parties and the subsequent conclusion of the contract will in themselves provide the circumstantial matrix for a finding that there existed a legal duty upon the party concerned not to make a misstatement to the other. If justice requires a remedy for a negligent misstatement made by and to persons who are not in any contractual relationship, then it seems to me that justice equally requires that there be a remedy for a negligent misstatement which is made by one contracting party to the other and which induces the contract”.

The court confirmed the decision of the court *a quo* and held that an action for delictual liability may lie in cases where a negligent misstatement induces a contract. Corbett CJ further said (570E – F) that

“the circumstances will determine the vital issues of unlawfulness and whether there is a causal connection between the making of misstatement and the loss suffered by the plaintiff”.

It can be concluded, on the basis of what has been said above, that the court in *Bayer's* case dealt with both objections to the present action. The court (568G – I, cited *supra*) authoritatively rejected the objection that it is *per se* undesirable for contractual and delictual remedies to co-exist. Corbett CJ (570E – F, cited *supra*) also laid the fear of unlimited liability to rest by stating that the normal and general requirements of delictual liability will suffice to ensure that liability in such circumstances would not be unreasonably wide.

*Bayer's* decision confirmed that the South African law of delict is increasingly subject to a generalising approach (see Neethling *et al* 4 – 5 11 – 13). (See also *McLelland v Hulett* 1992 1 SA 456 (D) where the court concluded that there is a legal duty on directors of a company not to cause pure economic loss to its minority shareholders by negligently handling the affairs of the company; furthermore that the rule in *Foss v Harbottle* is no bar to a claim in delict against the company.)

It is to be welcomed that the law of delict is gradually developing away from remaining rigid and casuistic approaches which inhibit this area of our law, so that in principle, all patrimonial loss caused wrongfully and culpably will eventually be actionable via the Aquilian action.

NP MNGQIBISA  
Vista University

**BELASTERING VAN 'N POLITIEKE OPPONENT: *PRIMA FACIE*  
ONREGMATIGHEID, REGVERDIGINGSGRONDE EN OPSET**

**Beesham v Solidarity Party 1991 3 SA 889 (N)**

Die eiser is tydens 'n parlementêre verkiesingsveldtog in 'n pamflet wat deur 'n kandidaat (tweede verweerder) van die Solidarity Party (eerste verweerder) versprei is, geïdentifiseer met die "corrupt nature" van die leier van sy (die eiser se) party ten opsigte van wie onder meer die volgende bewerings in die pamflet gemaak is: dat hy deur 'n regter onbevoeg verklaar is om 'n openbare amp te beklee; dat hy deur die staatspresident as minister afgedank en sy dienste as parlamentslid opgeskort is; en dat hy deur die prokureur-generaal van laster, bedrog en oortredings van die Strafproseswet aangekla is.

Die eiser beweer dat hierdie identifisering *per se* lasterlik ten opsigte van hom is (892C – D). Hierteenoor opper die verweerders die volgende drie verwere: eers- tens word ontken dat die pamflet lasterlik is; tweedens, as alternatief, 'n "potpourri"-verweer wat klaarblyklik regverdigingsgronde betrek en soos volg lui: "that the words used were 'true and in the public interest', being made with a legitimate purpose, without malice, and by way of fair comment"; en derdens dat die verweerders nie die opset gehad het om die eiser te belaster nie (892B – C).

Regter Alexander se uiteindelijke bevinding is dat die eiser sonder regverdiging belaster is en verwys die saak terug na die landdroshof om die omvang van vergoeding te bepaal. Ten einde tot hierdie slotsom te kom, behandel die regter verskillende aspekte van die lasterreg wat kommentaar verdien.

### **1 Prima facie lasterlikheid**

Eerstens kritiseer die regter die feit dat albei partye getuies geroep het ten einde aan te toon hoe hulle die gewraakte woorde verstaan het. Hy verklaar (892F – G):

"What becomes the more curious – indeed inexplicably so – is that the evidence that was led by both sides was designed in the main to show how their witnesses understood the words in question. One would think that by now that practitioners would know that such evidence is inadmissible where the issue is whether or not the statement is defamatory *per se* . . ."

Die feite van die saak illustreer dan ook die *ratio* van hierdie beginsel, naamlik dat dit sinloos is om getuies toe te laat om hulle subjektiewe oordeel oor beweerde lasterlikhede te vel: terwyl die getuies van die eiser benadruk het hoe lasterlik die pamflet na hulle mening was, het die getuies van die verweerder met eweveel oortuiging die teendeel beweer (892G – I). In die lig hiervan kan die regter se ontsteltenis gedeel word dat die praktisyns weens onkunde van so 'n bekende regsreël onnodige tyd en koste verspil het; daarom is hy tereg van mening dat so 'n "unnecessary exercise" die kwessie van koste moet beïnvloed (*ibid*).

Hoe dit ook al sy, daar bestaan 'n oënskynlike teenstrydigheid tussen die beginsel dat getuies nie mag verklaar hoe hulle die gewraakte woorde subjektief ervaar het nie, en een van die basiese toetse vir onregmatigheid in ons reg,

te wete skending van 'n subjektiewe reg (Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 44 ev, veral 48 – 49; Neethling *Persoonlikheidsreg* (1991) 56 – 57). Hiervolgens is naamlik 'n tweeledige ondersoek nodig om te bepaal of 'n subjektiewe reg aangetas is: eers word vasgestel of die reghebbende se genot en gebruik van sy objek inderdaad gekrenk is, oftewel of feitelik (nadelig) op die objek van die reg ingewerk is. Indien wel, word in die tweede plek nagegaan of die gewraakte aantasting onredelik of *contra bonos mores* (normstrydig) was. Om dienooreenkomstig as onregmatige laster in aanmerking te kom, moet die gewraakte publikasie nie alleen die goeie naam feitelik aantas nie (die eiser se aansien of agting moet met ander woorde inderdaad by mense gedaal het), maar tegelykertyd ook onredelik wees (Neethling 130 – 131).

Nou is dit in die geval van laster opmerklik dat die howe, genoop deur die feit dat nie gewaag kan word om aan 'n getuie van die eiser of verweerder te vra hoe hy die beweerde laster verstaan het nie, die vraag na feitelike persoonlikheidskrenking op die oog af geheel en al negeer. Die howe is naamlik nie in die eerste plek geïnteresseerd in die vraag of die eiser se aansien in die oë van enige besondere lid van die gemeenskap inderdaad (subjektief) gedaal het nie, maar slegs, objektief gesien, of volgens die opvatting van die redelike man die betrokke se aansien nadelig beïnvloed word: volgens die howe is die publikasie van woorde of gedrag wat volgens die oordeel van die redelike man met normale verstand en ontwikkeling die *strekking* het om 'n persoon se goeie naam in die gemeenskap te ondermyn, *prima facie* onregmatig jeens hom (Neethling 130 en gesag daar aangehaal; Burchell *The law of defamation in South Africa* (1985) 82 ev 96; sien ook *in casu* 897D – E waar Alexander R die waarskynlike uitwerking van die pamflet op die gewone kieser bepaal). Nietemin word deur middel van hierdie benadering die oënskynlike negering van die vraag na feitelike persoonlikheidskrenking in 'n mate met 'n omweg oorkom deurdat die howe aanvaar dat

“those to whom it is addressed, being persons of ordinary intelligence and experience, will have understood the statement in its proper sense” (*Sutter v Brown* 1926 AD 166 163).

Dit is egter belangrik om in gedagte te hou dat daar 'n uitsondering geld op die algemene reël dat die betekenis wat 'n omstander werklik aan die gewraakte publikasie geheg het, vir die hof irrelevant is. Die oorwig van mening skyn naamlik te wees dat in die geval van 'n *innuendo* 'n getuie wel gevra mag word hoe hy die publikasie verstaan het (sien bv *Sutter v Brown supra* 164 – 165; *Ngcobo v Shembe* 1983 4 SA 66 (D) 70; Neethling 134 vn 81). In hierdie omstandighede blyk dit wel noodsaaklik te wees om getuies oor die lasterlikheid van die bewerings te ondervra aangesien die party wat hom op die *innuendo* beroep, die besondere omstandighede wat hierdie sekondêre betekenis rugsteun duidelik in sy pleitstukke moet uiteensit en bygevolg deur middel van getuienis moet bewys (*Ngcobo v Shembe supra* en die beslissings aangehaal deur Neethling 134 vn 77 78; Burchell 91 ev).

Om terug te keer tot die onderhawige saak, pas regter Alexander ook die redelike man-toets toe ten einde die lasterlikheid van die pamflet te bepaal. Hy verwoord sy gevolgtrekking in hierdie verband soos volg (898E – G):

“The message being put over, to my mind, is clear. This sort of behaviour should be repugnant to decent and upright men . . . This is not fair comment. It goes much further than suggesting one party is inferior to another, or that its candidates should be supported for that reason. It says of the plaintiff that he is prepared to stand on a



platform tainted by the corrupt image attaching to his leader; and in so doing, makes common cause with it. In my opinion the plaintiff's character has been besmirched without justification. He was not wrong in asserting that in the view of sensible people he is being held out as a man unconcerned about corruption. He was defamed and the magistrate was wrong in holding otherwise."

Ten einde hierdie gevolgtrekking te bereik, onderneem die regter 'n betreklik wye ondersoek na die kwessie van vryheid van spraak tydens 'n politieke verkiesingsveldtog (893F – 897C). Sy uitspraak bevestig die regsposisie, soos Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 398 dit stel, dat die howe geneig is

"om meer speelruimte aan die politieke beriggewer of spreker toe te laat en nie geredelik 'n bevinding van onregmatigheid [lees: lasterlikheid] te vel nie, juis omdat die gemeenskap hier genoeë neem met 'n ietwat meer onverbloemde aanval as wat gewoonlik aanvaarbaar is".

Die grense van hierdie vryheid word in die reël egter oorskry deur bewerings dat die eiser met oneerlike, korrupte, gemene, onbehoorlike of veragtelike motiewe opgetree het (sien bv *Greeff v Raubenheimer* 1976 3 SA 37 (A) 43; *Botha v Marais* 1974 1 SA 44 (A) 49). In *Minister of Justice v SA Associated Newspapers Ltd* 1979 3 SA 466 (K) 475 word dit soos volg gestel:

"It is the right of every citizen to concern himself with the affairs of the country by expressing his views, approving or disapproving, of the actions of the persons concerned directly in the government of the country and, as long as he does not impute to them improper motives or dishonourable conduct, his words are not defamatory, however unfair or unfounded his criticism or condemnation may be" (sien ook *in casu* 897A – B).

*In casu* was dit dan ook die geval: omdat die eiser hom volgens die pamflet met sy leier se korrupte beeld en optrede geïdentifiseer het, "he is tarred by the same brush" (894D) en is hy gevolglik belaster.

## 2 Regverdigingsgronde

Uit die "potpourri"-verweer soos hierbo aangehaal is, kom dit voor of die verweerder hom op sowel die regverdigingsgrond waarheid en openbare belang ("justification") as billike kommentaar beroep. Die regter onderskei egter nêrens in sy uitspraak duidelik tussen hierdie twee regverdigingsgronde nie. Nietemin skyn dit uit sowel sy bespreking as die gesag waarna hy verwys of hy hom by uitstek met billike kommentaar besig hou. Maar selfs vir sover dit die geval mag wees, is dit ook nie altyd seker of die regter met hierdie regverdigingsgrond dan wel die vraag na *prima facie* onregmatigheid (sien par 1 hierbo) besig is nie (vgl bv sy woorde by 898F, hierbo aangehaal). Hierdie ietwat verwarrende werkswyse kan tot die vertroebeling lei van die algemene beginsels van die lasterreg wat nou al by herhaling duidelik deur die appèlhof neergelê is.

Die korrekte posisie in die huidige verband sien soos volg daaruit: indien die eiser bewys het dat volgens die toets van die redelike man die gewraakte publikasie lasterlik is (en op hom betrekking het), lewer hy *prima facie* bewys van onregmatigheid. Trouens, dan ontstaan daar 'n *vermoede* dat die publikasie onregmatig is (asook 'n vermoede dat dit met opset of *animo iniuriandi* geskied het) en dit plaas 'n weerleggingslas (vir die jongste gesag sien *Iyman v Natal Witness Printing & Publishing Co (Pty) Ltd* 1991 4 SA 677 (N); vgl nietemin *Joubert v Venter* 1985 1 SA 654 (A) 696 – 697) op die verweerder om die vermoede te weerlê. Dit kan hy doen deur die aanwesigheid van 'n regverdigingsgrond (soos privilegie, billike kommentaar en waarheid en openbare belang)

vir sy optrede aan te toon. Slaag hy nie daarin nie, staan die onregmatigheid van die publikasie vas (sien *SAUK v O'Malley* 1977 3 SA 394 (A) 401–403; *Borgin v De Villiers* 1980 3 SA 556 (A) 571; *May v Udwin* 1981 1 SA 1 (A) 10; *Marais v Richard* 1981 1 SA 1157 (A) 1166–1167; *Joubert-saak supra* 695–697; Neethling 139–140; Burchell 205 ev).

In die lig hiervan kon regter Alexander die onderhawige saak eerder soos volg hanteer het: nadat hy bevind het dat die pamflet *prima facie* lasterlik is, moes hy vasgestel het of die regverdigingsgrond billike kommentaar aanwesig is. Die vereistes vir hierdie verweer is die volgende: die lasterlike bewering moet op kommentaar – en nie op 'n selfstandige feit nie – neerkom; die kommentaar moet billik (“fair”) wees; en die feite waarop kommentaar gelewer word, moet waar en in die openbare belang wees (sien bv *Marais v Richard supra* 1167–1168; Neethling 154–156; Burchell 221 ev). 'n Mens kan aanneem, soos die regter waarskynlik stilswyend gedoen het, dat die identifisering van die eiser in die pamflet met die korrupte persoonlikheid van sy partyleier op kommentaar neerkom en dat die feite waarop dit berus het, waar en in die openbare belang was. Die enigste vraag is dus of die kommentaar billik was. Kommentaar is billik as dit, objektief beskou, eerstens relevant is tot of verband hou met die feite waarop kommentaar gelewer word, en tweedens die eerlike en *bona fide* mening van die kommentator weergee (*Crawford v Albu* 1917 AD 102 115: “[A]ny genuine expression of opinion is fair if it is relevant, and if it is not such as to disclose in itself actual malice”; sien ook Burchell 226–229; Neethling 155). In laasgenoemde verband kon die regter daarop gewys het dat selfs kommentaar waarin 'n persoon van oneerlike of korrupte motiewe beskuldig word, billik geag kan word indien “such imputations are reasonable inferences from the facts truly stated” (*Crawford v Albu supra* 115 ev 117). In die lig hiervan was die gevolgtrekking wat die regter bereik het, naamlik dat die kommentaar nie billik was nie (898F, hierbo aangehaal), waarskynlik korrek: die blote feit dat 'n persoon hom vir 'n bepaalde party verkiesbaar stel, regverdig beslis nie die redelike afleiding dat hy hom met die laakbare optrede van die partyleier vereenselwig nie; sy oogmerk kan byvoorbeeld juis wees om die korrupte partyleier uiteindelik uit die kussings te lig. So gesien, kom dit nie voor of die lasterlike kommentaar *bona fide* was nie – trouens, weens die onredelikheid daarvan het dit waarskynlik met “malice” geskied (wat die onbillikheid daarvan bo enige twyfel sou stel: sien weer die *Crawford-saak supra*; *Marais v Richard supra* 1167 1170; Neethling 155). Die perke van die onderhawige regverdigingsgrond is dus oorskry.

### 3 Opset (*animus iniuriandi*)

Die bevinding dat die verweerders ongetwyfeld onregmatig opgetree het, beteken nog nie dat hulle vir die laster aanspreeklik is nie. Opset of *animus iniuriandi* is, uitgesonderd die aanspreeklikheid van die media, 'n verdere vereiste. Soos blyk uit wat hierbo gesê is (par 2), hoef die eiser egter nie opset te bewys nie maar skep die *prima facie* onregmatigheid ook 'n vermoede dat die laster met opset geskied het. Die *onus* is dan op die verweerder om die vermoede te weerlê. 'n Blote ontkenning van opset, soos *in casu* gebeur het waar die verweerders in hulle pleitstukke net ontken het dat opset aanwesig was, is vanselfsprekend nie voldoende nie. Dit is waarskynlik om hierdie rede dat regter Alexander net terloops na die verweer van afwesigheid van opset verwys (897B–C) en nie verdere aandag daaraan skenk nie. In elk geval dui die feit dat die kommentaar

waarskynlik nie *bona fide* was nie, trouens met “malice” geskied het, daarop dat die verweerders waarskynlik nie die vermoede van opset sou kon weerlê nie (waarmee nie gesê word dat “malice” en opset begripsmatig dieselfde is nie, maar bloot dat motief as materiaal kan dien om opset te bewys: Neethling, Potgieter en Visser 120 – 121).

#### 4 Slot

Alhoewel met die resultaat van die onderhawige beslissing saamgestem word, is dit tog jammer dat die hof nie op dieselfde sistematiese en teoretiese korrekte wyse met die beginsels van die lasterreg omgaan as wat hulle deur die appèlhof ontwikkel is en toegepas word nie. Sodanige werkswyse kan die verdere ont-plooiing van die lasterreg ten goede kom en bydra tot die ontwikkeling van verdere duidelike en doeltreffende beginsels wat regsekerheid in die hand sal werk.

J NEETHLING

JM POTGIETER

*Universiteit van Suid-Afrika*

*I am not dealing with competition between businesses in the commonly understood sense of the word. Education, generally speaking, is not regarded as a business. Traditionally, like nursing, or an appointment to the Bench, it has been regarded as somewhat of a calling in which financial reward is not the primary motivation. The motivation is service to the student, not profit for the owner of the school (per Cloete AJ in Aetiology Today CC t/a Somerset Schools v Van Aswegen 1992 1 SA 807 (W) 819).*



# BOEKE

## REGSGESKIEDENIS

deur WOUTER DE VOS

*Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1992; xx en 294 bl*

Prys R94,60

Dit is met groot waardering dat die leser van hierdie werk kennis neem. In sy voorwoord noem die skrywer dit 'n uitgebreide weergawe van sy lesings. Dat dit uitgebrei is, blyk eerstens uit die omvang van die boek en verder uit die ryk dokumentasie wat in die voetnote verskyn. Die boek is stimulerend. Daarom is hierdie bespreking langer as gebruikelik. Daar word baie inligting gegee en uit die aard van die saak beteken dit dat 'n mens dit nie altyd met die skrywer eens hoeft te wees nie.

Dit is ook met groot waardering dat 'n mens 'n verdere opmerking in die voorwoord lees, naamlik dat daar nogal heelwat oor die Europese geskiedenis in die werk voorkom. Ek dink die meeste lesers sal saamstem "dat ons hedendaagse jong mense bitter min geskiedenis ken". Die vraag is of hierdie woorde slegs op jong mense van toepassing is. Soos sal blyk, is so 'n onderneming om die geskiedenis en agtergrond weer te gee, nie 'n eenvoudige taak nie. Die Europese geskiedenis vanaf ongeveer die vyfde eeu (en vroeër) tot ongeveer die agtiende eeu is 'n verwarrende storie en moeilik om binne 'n boek van hierdie geaardheid en omvang saam te vat; en om dan nog almal tevrede te stel, is nie eenvoudig nie. Die skrywer se objektiwiteit moet ook aangeprys word. Sodanige objektiwiteit word aangeprys vanaf die geskrifte van Xenophon of Polibius, en dit beteken geensins dat 'n skrywer nie sy eie mening oor die feite kan gee nie. Maar objektiwiteit moet nou, blykbaar volgens meerdere geskiedskrywers, wyk voor 'n behoefte om alle geskiedenis te "hernieu"; en dan kom vandag ook nog 'n ander benadering sterk na vore, naamlik "debunking". (Ek is jammer dat ek nie 'n Afrikaanse woord ken wat hierdie betekenis so pittig kan weergee nie.)

In die eerste sewentien bladsye gee die skrywer 'n kort maar betekenisvolle algemene inleiding tot die regstudie en dit kan gerus ook deur ander persone as regstudente gelees word. Hy verduidelik dat hy oor die geskiedenis van die materiële privaatregtelike gemeenereg van Suid-Afrika skryf. Daar skuil egter 'n gevaar in die gebruik van die begrip "gemenereg". As oor die reg van Suid-Afrika gepraat word, staan dit vas dat die gemeenereg nie dieselfde as gewoontereg is nie (3), want gemeenereg, net soos die ou Romeins-Hollandse reg, sluit ook die wettereg en die reg wat deur die howe geskep word, in. Gewoonlik word van die ou Romeins-Hollandse reg ook as ons gemeenereg gepraat, maar dit is natuurlik geensins dieselfde as wat ons die huidige reg noem nie. (Kyk na die menings op 271.) Daarbenewens praat die skrywer van 'n Europese gemeenereg of *ius commune* – wat weer iets anders aandui en wat later weer ter sprake kom – asook van die *ius commune* wat weer na die Romeinse reg verwys.

Die skrywer stel dit ronduit dat hy hom op die positivistiese standpunt stel. Gelukkig. Na my mening word daar vandag te veel vanuit suiwer politieke oorweginge oor "equity", "justice", "the rule of law" en die "natuureg" gepraat en geskryf, al asof die reg

van Suid-Afrika aan sulke begrippe ondergeskik staan. Selfs die howe neem reeds van sodanige begrippe kennis. Hierdie is nie regsbegrippe nie en het niks met die reg te doen nie. Die begrippe is te vaag en omstrede om as regsvoorskrifte te dien. Hulle hang suiwer van 'n persoon of groep se politieke of morele houding af. Ek kan byvoeg dat die skrywer gelukkig nie die eensame stem des roepende in die woestyn is nie. Hy vind steun, na my eerbiedige mening, by regter Van Dijkhorst wat in die bekende saak *Cerebos Food Corporation, Ltd v Diverse Foods SA (Pty) Ltd* 1984 4 SA 149 (T) 1711 – 172B die volgende sê:

“The Supreme Court is entrusted with the power to enforce the law of the land. This entails doing justice between man and man and the State. Not in the sense of equity which the English Courts of Chancery apply. Not as some vague concept to be interpreted by each according to his background and the political and religious beliefs of the day. But justice administered by protecting and enforcing the substantive rights of the individual and the laws enacted for the common weal.

It follows that the Court engaged in its task of enforcing rights must grant a remedy where a right exists. The obverse is also true. Where there is no right the Court has no function; moreover, the Court cannot override a right, where no stronger right exists. It cannot usurp the function of Parliament and become a law-maker, attractive as that course may be.”

'n Mens kan jou moeilik voorstel dat, *mirabile dictu*, selfs in die VSA 'n soortgelyke geluid gehoor kon word, ook al kom dit uit die gryse verlede uit die regspraak aldaar; naamlik in 1877, by monde van Chief Justice Waite: “For protection against abuses by legislatures, the people must resort to the polls, not the Courts.” Diegene wat die leer van die skeiding van die staatsgesag (die *trias politica*) van Charles de Secondat Montesquieu aanhang, sal hiermee saamstem. Die skrywer se standpunt en opmerkings in hierdie verband is so verfrissend soos wanneer 'n venster in 'n kamer wat te lank toe was, oopgemaak word.

Die uitgangspunt of *motif* van die skrywer, wanneer hy tot die regsgeskiedenis oorgaan, word na my mening in die woorde op 18 saamgevat:

“Die Romeins-Hollandse reg is lid van 'n familie van sterk verwante regsreëls met 'n geskiedenis wat in 'n groot mate 'n gemeenskaplike geskiedenis is.”

Dit is 'n stelling wat nie maklik betwis kan word nie. Die vraag is egter hoe nou die verwantskap is: wat is die element of elemente van die verwantskap tussen die lede van die “familie”? Maar hieroor meer later.

Tereg gaan die skrywer in sy eerste hoofstuk oor die regsgeskiedenis van die standpunt uit dat die “Romeinse element van die Romeins-Hollandse reg . . . sy vernaamste element [is]” (20) en word die geskiedenis van hierdie stelsel, tot by die *Corpus iuris civilis* en daarna, kort weergegee. (Ek meen die kritiek op die *Digesta* is skerp (25). Daar moet onthou word dat dit op die lees van die *Edictum perpetuum* geskoei is, dat dit amper vyftien honderd jaar gelede opgestel is en dat daardie opstellers nie die voorreg had om die hedendaagse geleerdheid oor die reg te ken nie. By die uitgawes van die *Corpus iuris civilis* wat op 26 genoem word, kon miskien die uitgawe van die *Digesta* van Haloander vermeld word – kyk egter 103 – en ook die uitgawe van die *Corpus iuris civilis* van Van Leeuwen – kyk egter 183 – en beslis die baie belangrike uitgawe daarvan van Gebauer-Spangenberg.)

'n Verdere uitgangspunt of *motif* wat dwarsdeur die boek loop, is dat op die *Digesta* (25) “'n nuwe *jus commune* van Wes-Europa in later eeue gebou” word. Hierdie standpunt is, na my beskeie mening, nie heeltemal aanvaarbaar nie, soos later verduidelik sal word.

Vervolgens bespreek die skrywer kortliks die *Völkerwanderung* (ander noem dit 'n “volksverhuising” en ander weer die “inval van die barbare”) en die nuwe state. Daar moet egter in ag geneem word dat om van “state” in die moderne sin van die woord te praat, bedenklik is. Die volksverhuising van Germaanse stamme, vanweë druk van ander stamme en volke, begin vroeg. Reeds Iulius Caesar het die Helvetii uit Gallië na

die huidige Switserland teruggeja en mettertyd is die druk nog daar, afkomstig egter van die Hunne en nog later van Slave en Magjars. Die Germaanse stamme kom woonplek soek en daarom kom hulle die Romeinse Ryk binne, óf met goedkeuring van die Romeine, óf eenvoudig gewelddadig. Maar baie van hierdie “barbare” was geensins barbare nie, maar soos die skrywer tereg daarop wys, in ’n meerdere of mindere mate verromaniseer; baie van hulle leidende figure het belangrike poste onder Romeinse keisers beklee en het hulself as ondergeskiktes van die keiser in die Weste of die Ooste beskou. So was daar Stilicho (*nota bene* ’n Vandaal) wat die Wes-Romeinse Ryk aan die gang gehou het tot hy in 408 deur die keiser vermoor is. Dan is daar Aetius die generaal wat, as Romeinse generaal, eers teen die Boergondiërs en toe teen die Franke die Romeinse Ryk verdedig het; en ten slotte, saam met die Franke en die Oos-Gote, vir Attila naby Châlons-sur-Marne in 451 verslaan het – waarna hy in 454 dieselfde lot as Stilicho ondergaan.

Met die volksverhuising het die Germane grondgebied gesoek (en daar was taamlik baie beskikbaar) en kom plunder. Hulle het egter nie juis die verromaniseerde Galliërs (in die huidige Frankryk) of inwoners van die ander gebiede uitgeroei nie. Hulle het op die ou bevolking ’n invloed uitgeoefen wat groter (oos van die Ryn) of geringer (wes van die Ryn) was. Destyds was grondbesit die ware rykdom; handel het eintlik geen noemenswaardige rol gespeel nie. Die lewe was nogal onveilig met die gevolg dat die swakere persoon by die sterkere beskerming gesoek het.

Daardeur het die feodale stelsel mettertyd vorm gekry. Jy moes dus grond hê en dit verkry jy met geweld, deur die huwelik, deur dit te erf of op watter ander manier ook al.

Daar moet in ag geneem word dat, alhoewel daar van konings (bv van die Franke), van prinse of van hertoë ensovoorts melding gemaak word, dit nie beteken dat hulle “state” in die moderne sin van die woord regeer het nie. Dit gaan oor die grond wat so ’n persoon as eiendom of as leengrond gehad het. (Eintlik kan ’n mens eers na die elfde eeu van state praat.) Jy kon ook koning, graaf of prins ensovoorts van verskeie streke wees. So was daar die gebied van die Franke wat Clovis (481–511) as koning had. Sy gebied het ten slotte oor Gallië (die gebied oos van die Ryn) gestrek en hy was deur die keiser van die Oos-Romeinse Ryk met die titel Patrisiër vereer. Hy is in 496 deur die Biskop van Rome (pous) gedoop. Sy gebied is tussen sy vier seuns, volgens die gebruik van die Franke, verdeel. Aansienlik later is Pippyn die Korte (714–768; hy is in die huidige België gebore) die koning van die Franke (751) wat die gebied aansienlik uitgebrei het as gevolg van verowering en huwelik. (Sy vader was Karel die Hamer (Charles-Martel) (689–741) wat die Sarrasyne in 732 by Poitiers verslaan het en so die weste van Europa vir die Christendom verseker het.) Dan kom Charlemagne (742–814) (Karel die Grote of *Carolus Magnus* – hy het homself met die *epitheton ornans* van *Magnus* bejeën) wat die seun was van Pippyn die Korte. Hy was keiser van die weste en koning van die Franke. Hy het die gebied van die Franke baie uitgebrei. Dit het oor die Frankenland in die huidige Duitsland gestrek, oor Gallië en Italië; hy het die Saksers met vuur en swaard “gekersten”. Hy is gekroon as koning van die Lombarde. Verder het hy die Beiere en die Avere verslaan en as bondgenoot van die Kalief Haroen-al-Rachid die eerste Frankiese protektoraat in die Heilige Land gevestig. Sy gesag het oor die gebied tussen die Noordsee en die Elbe, oor Boheme tot die Middellandse see en die Pireneë gestrek. (Hy kon nie veel in Spanje teen die More uitrig nie. Hy moes daaruit terugtrek. Sy agterhoede, onder een van sy twaalf Paladynes of “Pairs”, Roeland (Roland), is te Roncevaux deur die Baske uitgeroei. Roeland het met sy swaard Durandel ewigdurende roem verwerf en Ganelon, die verraaier, moet ook nie vergeet word nie. Die legende is in die *Chanson de Roland* verewig. Die geskiedenis is te mooi om nie aan te haal nie. Dit herinner weer aan die legende van koning Arthur wat miskien gebaseer is op die verdrywing van die Kelte na Wallis en Ierland deur die Angele en Saksers: toe Arthur in ’n slag die oorwinning behaal het, het hy gesterf. Die legende, sy swaard Excalibur en die verraaier, sy ridder Mordred, is weer verewig in die *Cycle d'Arthur* of *Cycle Breton* of *Cycle de la Table Ronde*. Al twee geskiedenisse of legendes is in meerdere tale vertaal of verwerk.)



Charlemagne is verder bekend vir die feit dat hy deur Pous Leo III op Kersdag in 800 te Rome gekroon is as keiser van die Heilige Romeinse Ryk (*Sacrum Imperium Romanum*) of Tweede Ryk van die Weste wat voortbestaan het tot 911. Hierdie benaming is oorgeneem en verander deur Otto I die Grote, koning van Duitsland (Germanië) (912–973) en hy word verder as keiser van die Duitse Ryk gekies, wat dan die Heilige Romeinse Ryk van die Duitse Nasie (*Sacrum Imperium Romanum nationis Teutonum* of *nationis Teutonicae*) genoem word.

Die skrywer vra wat die kroning van Charlemagne deur die pous beteken het, en of die keiser uitgevang is toe die pous die kroon op sy kop gesit het of nie. Kennelik het die pous probeer om sy oppergesag oor die wêreldse keiser daardeur aan te dui. In ieder geval, toe Charlemagne se seun Lodewyk I in 814 as keiser van die ryk gekroon word, is die kroon op die altaar geplaas en het Lodewyk self die ding op sy kop gesit en so getoon dat die pous nie sy baas is nie. Napoléon het op dieselfde manier die kroon (*nota bene* die simbool: dieselfde kroon as wat Charlemagne gedra het) in Parys uit die hande van die pous geneem en homself daarmee gekroon. Terloops kan genoem word dat Lodewyk I ook koning van die Duitsers (as Lodewyk die Duitser) was, en bekend was as Lodewyk die Vrome (of *le Débonnaire* – die Hoflike), die koning van die Franke (814–840). Dit hoef nie herhaal te word nie dat Charlemagne se gebied uiteindelik in 843 te Verdun onder sy drie kleinseuns verdeel is.

'n Belangrike punt is dat die ryk nie Duits in die gewone sin van die woord was nie. Die Duitse nasionaliteit het natuurlik tussen die Duitsers bestaan, maar het nie 'n politieke of selfs 'n emosionele betekenis gehad nie. Nasionalisme (of Chauvinisme) in die moderne betekenis ontstaan uit die Franse Rewolusie en die Napoléontiese tydperk. (Wel was die *patria* iets besonder. Nog meer as by ons vandag was die meeste mense geheg aan hulle dorp of streek aangesien die gemaklike kommunikasiemiddels nie daar bestaan het nie; handel was baie beperk en om rond te reis was doelloos en selfs gevaarlik. Dit verander eers later.) Soos dit blyk, het die gebied van die *Imperium* mense van alle volke bevat. Die eintlike gesag was in der waarheid in die hande van die plaaslike prinse, hertoë ensovoorts wat hulle in die reël weinig gesteur het aan die feit dat hulle deel van die ryk vorm.

Om dus 'n voorbeeld of twee te noem, was daar die hertog van Boergondië, die koning van Spanje, Willem, prins van Oranje en graaf van Holland, om nie te praat van die vorste en keurvorste wat die keiser as sodanig moes kies nie. Bowendien was die keiser self dikwels maar net by benadering van die Duitse nasie: Karel V (1500–1558) kom van die Nederlande (die huidige België) en kon geen Duits praat nie en ook nie Spaans nie. Hy het meer Frans gepraat as iets anders. Sy enorme ryk het hy grotendeels geërf. (Daarom was daar later die Spaanse Nederlande aan die een kant, en die Oostenrykse Nederlande aan die ander kant.) Sy opvolger is Philips II (1527–1598), koning van Spanje ook hy is nie 'n Duitser nie. In 'n later eeu was daar Frederik II die Grote, koning van Pruise (*der Alte Fritz*): volkome Frans in sy kulturele lewe (ook al het hy oorlog teen Frankryk gevoer). Hy het by Sans Souci vir Voltaire en verskeie ander Franse skrywers en filosowe verwelkom. Kortom, die gebiede van Europa (en daarom ook die *Sacrum Imperium*) staan onder die heerskappy van vorste wat hulle gebiede uitbrei of verloor; wat heersers oor inwoners van 'n bepaalde gebied is maar weer heersers en vreemdelinge in ander gebiede; wat begerig is om grond te hê; en somtyds is daar magtige vorste wat hulself vir 'n tyd lank kan handhaaf. (In die ryk kan Charlemagne met Clovis as sy voorganger genoem word, en verder kom daar Karel V en Philips II, beide konings van Spanje.)

Die titel van keiser is slegs 'n skyn. Inderdaad is daar 'n koning van Duitsland, net soos daar 'n Duitse volk en 'n Duitse kultuur is wat van belang is. Hierdie koninkryk kom na Verdun aan die sogenaamde Karlomanne toe wat hier tot die tiende eeu regeer het. Met die uitbreiding van die feodaliteit word dit 'n koninkryk waarvan die koning gekies word. Keiser Otto I die Grote (912-973) verower Italië en laat hom in 936 as keiser van die Heilige Romeinse Ryk van die Duitsers kroon. Maar hierdie ryk kom steeds in botsing met die pous; somtyds is die keiser sterker en dan weer seëvier die wêreldlike

mag van die pous. Die Canossagang van Hendrik IV (1077), na die sogenaamde investituurstryd, is bekend; ook die moeilikhede van Frederik II met die pous en hoe die banvloek twee keer (1227 en 1239) oor hom uitgevaardig is. (Hy is deur die pous as die Antichris, as die Bees van die Openbaringe en die Bediende van Satan bestempel. Hy was ook nie Duitssprekend nie.) By die verkiesings gaan die kroon oor van huis tot huis. (Dié van Sakse, dié van Beiere, dié van Frankenland, die Hohenstaufsens (1138 – 1250) – oorspronklik van Wurtemberg met as die belangrikste keiser seker Frederik I (Barbarossa) (1152 – 1190); hy het die meeste van sy tyd in Italië oorlog gevoer en is uiteindelik te Legano (1176) verslaan. Ten slotte kom die huis van Habsburg wat vanuit Oostenryk sy gesag laat geld het.) Dit is eintlik eers in 1871 dat daar 'n werklike staat ontstaan toe die koning van Pruise te Versailles as keiser van Duitsland gekroon is. Tye verander. Wat gedurende een tyd of op een plek van belang geag word, is nie meer so belangrik gedurende 'n ander tyd of op 'n ander plek nie.

Soos reeds gesê is, is die geskiedenis van Europa so bewoë en so veelomvattend dat dit onmoontlik is om kort weer te gee. Dit is al moeilik genoeg om, soos die skrywer en ander, dit hoofsaaklik tot die Heilige Romeinse Ryk en tot Duitsland te beperk. Dit beskou hulle dan as die bakermat van 'n Europese *Ius Commune*, wat weer die fondament van die Romeins-Hollandse reg sou vorm. (Dié standpunt kom weer ter sprake.)

Daar is miskien te lank by die “staatkundige” geskiedenis stilgestaan. Ek doen dit omdat, na my beskeie mening, te veel klem op die Duitse ryk en die Duitse reg, asook op die invloed daarvan op die Romeins-Hollandse reg, gelê is. (Dit is skynbaar die skrywer se standpunt en ook dié van so baie ander.) Ek meen verder dat dit baie oordrewe is om van 'n Europese *Ius Commune* te praat (so verstaan ek die skrywer en baie ander geleerdes) en hierdie *Ius Commune* dan baie heg aan Duitsland, die Heilige Romeinse Ryk en die Duitse reg te koppel. (Hierop kom ek ook later terug.) Soos ek dit verstaan, is die *Ius Commune* (van Europa) die Romeinse reg. Ek is ook van mening dat daar nog ander faktore by die groei en ontwikkeling van die reg, en meer bepaald die Romeinse deel van ons Romeins-Hollandse reg is wat besondere aandag verg – almal faktore wat met die Europese geskiedenis verband hou. (Na my mening tereg, word die Germaanse en Romeinse reg se lotgevalle gedurende die vroeëre Middeleeue baie kort deur die skrywer behandel.)

Een element is reeds genoem, naamlik dat die vorste hulle gebied as hul privaateiendom beskou en so beheer het, met die feodale stelsel as gevolg (45 ev). Die stelsel ontstaan eers in Frankryk, word vandaar na Engeland uitgevoer (waar dit nog basies die Engelse *law of property* vorm), word van oorweënde betekenis in die Heilige Romeinse Ryk en duur in die Nederlande voort tot 1795. Om hierdie rede skryf onder andere Voet en Van der Keessel uitvoerig oor die stelsel. (By ons is die woord “hereregte” nog 'n erfenis uit daardie stelsel.) Daar moet dan onthou word dat die mense van die afsonderlike gebiede by uitstek volgens die gewoontereg wat in die betrokke streek groei en ontwikkel, leef. Dit is hulle eie gewoontereg wat van streek tot streek kan wissel, na gelang van die leefwyse wat in so 'n streek heersend is. 'n Mooi voorbeeld van die beperkte gebied waarin 'n gewoonte kan geld, is dié van die Aasdoms- en Skepdomsreg wat in beperkte gebiede binne die Hollandse gebied geheers het. Dit is verder algemeen bekend dat die reg van Friesland baie meer Romeins-geïntenteer is as byvoorbeeld dié van Holland (152). Dit is ook bekend dat gedurende die vroeë Middeleeue die sogenaamde *Leges Barbarorum* (ook vir hulle eie mense) tot stand gekom het (39 ev) en in 'n baie later stadium is daar gepoog (met gedeeltelike sukses) om die plaaslike reg van verskillende streke op skrif te stel (homologasie: 151 vn 90 156). Dit toon dat die mense onder verskeie regstelsels geleef het – regstelsels wat in 'n meerdere of mindere mate met mekaar kon ooreenstem – want die mense leef afgesonder en word Middeleeuers met weinig handel en kontak buite hulle gebiede. Daar moet onthou word dat die Mohammedaanse wêreld die Middellandse seegebied tot ongeveer die tyd van die Kruistogte beheer het. Daarna kom 'n opbloeit in die handel, hoofsaaklik in die Italiaanse stede. Dit gee aanleiding tot die ontwikkeling (met verloop van tyd) van die handelsreg (wisselreg, seereg,

versekeringsreg) wat in 'n groot mate aanpassings van Romeinse reg was. (Dit is vandag grotendeels vergete maar steeds die moeite werd om te sien wat skrywers oor hierdie gebiede, as deel van die Romeins-Hollandse reg, vertel.) Die punt is dat ek nie juis verstaan waar 'n gemeenskaplike Europese reg in die storie inpas nie – ten minste as ek die standpunt van die skrywer goed raaksien.

In hierdie verband is dit ook interessant dat die fundamente van wat ons vandag internasionale privaatreëg noem (58), op die statuutreg van die vroeëre Kommentatore (Baldus) gelê is. Die doel was om die botsings tussen veral die verskillende gewoonteregstelsels van die Italiaanse stede wat met die opkoms van handel floreer en meer onderlinge kontak gehad het, op te los.

Daar moet verder in ag geneem word dat die vorste se “staatkundige” mag nie altyd dieselfde gebly het nie. Daar is reeds gemeld dat Clovis as koning van die Franke 'n magtige (en “Christelike”) heerser was; dat daarna die “Christelike” Charlemagne kom by wie die magtige *Sacrum Imperium Romanum* begin. Maar later was die koning van Frankryk ook 'n magtige heerser; die Engelse het op hulle beurt vir 'n lang tyd in Wes-Europa baagespeel; van uiterste belang was die Boergondiese Ryk; weer moet die Heilige Romeinse Ryk van Karel V, koning van Spanje, genoem word; daarna volg die Spaanse koning (Philips II) hom op: hulle heers in die Spaanse Nederlande (later word dit die Oostenrykse Nederlande) en vervolg die Gereformeerdes. (Karel V het dit nie gewaag om die Hervormdes in sy Duitse gebiede te vervolg nie.) Die groot name van die Hertog van Farnese, die Hertog van Alva en die Hertog van Parma is bekend vanweë hulle rolle in die Nederlande, maar hulle was nie Nederlanders of Duitsers nie – twee van hulle kom uit Italië.

'n Ander element van groot belang vir die groei en ontwikkeling van Europa na die “val” van die Romeinse Ryk en met groot betekenis vir die regsontwikkeling, is die Christendom. Gedurende die bestaan van die Romeinse Ryk het die Christendom maar 'n moeilike bestaan gevoer, grotendeels omdat die Christene nie die keiser as 'n godheid kon of wou erken nie. Dinge verander met keiser Constantinus I die Grote (274–337) wat “bekeer” raak en 'n “Christen” word. (Hy het nie van moord weggedeins nie en sy “Christelikheid” sou vir die hedendaagse priester of predikant maar baie twyfelagtig voorkom, maar dieselfde moet gesê word van verskeie ander “Christelike” keisers, soos Clovis of Charlemagne.) Die Christelike (Roomse) kerk word egter die heersende in die ryk (ten spyte van 'n keiser Iulianus Apostata (363–331)) en dit bly so ook na die invalle van die Barbare. Hierdie invalle het die posisie van die kerk en die Biskop van Rome (die pous), *mirabile dictu*, versterk. Die keiser het uit Rome gevlug en ten slotte was Bisantium die setel van die ryk. Die pous was dus die toonaangewende figuur (soos deur die skrywer op 31, in besonder, gestel is) wat met die Wes-Gote (Alaric in 510), die Vandale (in 455), die Oos-Gote, die Franke, die Lombarde en selfs die Hunne kon onderhandel. Sy wêreldse gesag het dus aansienlik toegeneem. Bowendien was die kerk ryk. Die kerk het sy uitgestrekte grond (rykdom!) behou en dit beteken mag. Hierdie kerk was destyds meer wêrelds as wat dit die kerk betaam maar reeds vroeg kry ons diegene wat na die geestelike lewe smag. Hulle isoleer hulle as senobiete en soek die verlate streke op. Daarom vind ons baie sulke monnike in Ierland en Ysland. Eers is die monnike nie georganiseer nie, maar die Heilige Benedictus stel reëls vir die vroegste orde op, en in die sesde eeu word die eerste orde te Monte Cassino gestig. Dit is dus nie vreemd nie dat Pous Gregorius I die Grote die ordes onder sy beheer stel en dan die apostolaat aan monnike toevertrou. So gaan die Heilige Augustinus die Angele en Saksers (vanuit Ierland!) en eweneens die Heilige Bonifacius die heidene oorkant die Ryn bekeer.

Maar pous en keisers het mekaar oorspronklik oor en weer nodig. Die pous gaan egter vir homself die oppergesag toeëien en dit lei mettertyd tot botsings wat eeue geduur het. (Die botsing was nie beperk slegs tot die keisers van die *Sacrum Imperium Romanum* nie; die botsing tussen hulle en die pous was vernameklik daaraan te wyte dat die keisers groot gedeeltes van Italië onder hulle mag had of wou hê, terwyl die pous baie graag sy mag wou uitbrei. Ek meen dan ook dat die woorde van Odofredus wat op 80 vn 22



aangehaal word, vertaal kan word as “in daardie gebiede waar die pous een van die twee swaarde (*utrum gladium*) besit”. Die pous wou steeds die heerskappy oor die wêreldse vorste vir homself aanmatig – ook dus in streke wat nie kerklike gebied was nie.)

Die Roomse Kerk was origins van uitermate groot belang vir die handhawing van die *Romidee* of *Romgedanke* (kyk 33 en 100) in die ganse Wes-Europa. (Die Ooste sal nie genoem word nie.) Ten eerste het die kerk, na die “val” van die Wes-Romeinse Ryk, sy rykdom (grond) en daardeur sy wêreldse mag behou en uitgebrei, juis deur die noue verhouding tussen keiser (en die konings) en die kerk. So het die kerk se organisasie Romeins gebly (administrasie van sy gebiede, sy geregshoue – huweliksreg word daar toegepas, testamentêre erfreg kom tot stand, ensovoorts – en die kerklike reg). Die kerklike reg – die Kanonieke reg – begin reeds by die *Codex Theodosianus*. (En wat die Ooste betref, kan ’n mens kennis neem van Justinianus se *Codex*.) Die skrywer behandel die Kanonieke reg in sy agste hoofstuk. Hy wys op die samestelling en totstandkoming van die *Corpus iuris canonici*, die skrywers en kommentatore daaroor; dan ook op die “infiltrasie” daarvan in die wêreldse reg, ook in die lande waar die hervorming die Roomse Kerk verdring het. Natuurlik het hierdie regstelsel nie dieselfde betekenis vir ons vandag as wat dit vir sommige van ons ou skrywers had nie. Vir Brouwer in sy *De iure connubiorum* speel dit nog ’n baie belangrike rol en hy wy baie aandag daaraan. Daar kan ook genoem word dat De Groot se *De iure belli ac pacis* nie juis baie op die *Corpus iuris canonici* steun nie, maar dat sy interpretasie van wat die natuurreg beteken (en waarop hy sy volkereg en ten dele selfs sy privaatreë baseer) baie aan die Spaanse teoloë en hulle filosofie verskuldig is.

Om die saak gebalanseerd weer te gee, moet gemeld word dat die wêreldse aspek tot op ’n sekere hoogte ook die kerk se swakheid geword het. Die botsings tussen die wêreldse heersers (vernaamlik dié van die *Sacrum Imperium Romanum nationis Teutonicae*) begin vroeg; soos enige politieke régime het die Roomse Kerk die slagoffer van verregaande korrupsie en magmisbruik geword. Die lewenswandel van verskeie prelate is berug en hulle het hul aan ontsettende onchristelike optredes skuldig gemaak. (Dit is alleen maar billik om op die pogings te wys wat gerig was om sodanige misstande uit te wis: daar was die hervorming wat in die Roomse Kerk plaasgevind en vanuit Cluny gegaan het; die asketiese lewe van ’n menigte monnike en monnikordes; asook die godvrugtigheid van baie individue wat selfs tot heiliges verklaar is, soos pous Gregorius I die Grote, Bonifacius, Benedictus, Dominicus, Franciscus van Assisi en koning Lodewyk IX van Frankryk wat in 1297 tot heilige verklaar is. Later kom nog die Renaissance wat die Humanisme inlei en wat ook op die reg (hoofsaaklik die Romeinse reg) ’n aansienlike invloed had. Die Humanisme bring die gedagte dat dit die mens is wat in die eerste plek staan: die mens wat nie die kerk en sy dogma blindelings volg nie, maar wat (baie in navolging van die Grieke van ouds) hulle gedagtes ’n vrye loop gee en wat die deugdelike mens probeer daarstel. So is daar Erasmus van Rotterdam (*Moriae encomium*), of Thomas More, die *Imitatio Christi* (van Anon of miskien van Thomas à Kempis) en dan nog sommige van die pouse ook: alhoewel hulle Christene en lidmate van die Roomse Kerk bly, aanvaar hulle nie meer dat die teologie bo die moraliteit en die gewete staan nie. Dit is natuurlik maar weer die standpunt van ’n intellektuele élite – ’n lewensvisie wat vandag ook grotendeels uit die bouse geag word. Noodgedwonge moes hierdie misstande tot die Hervorming lei en dit is amper vanselfsprekend dat dit binne die Heilige Romeinse Ryk plaasgevind het, ook al het Wycliffe (in Engeland), Huss (’n Tjieg) en Savonarola (’n Italianer) vir Luther (1517) vooruitgeloop. Dat Calvyn hom opgevolg het, verander nie die saak nie: die Hervorming het nie die Romeinse invloed of die Romeinse reg en die invloed wat dit uitgeoefen het, tot niet laat gaan nie.

Om meer in besonder tot die boek onder bespreking terug te kom: op 51 ev word die werksaamhede en rol van die Glossatore en Kommentatore behandel, nie alleen wat die Vasteland van Europa betref nie, maar ook wat Brittanje aangaan. Daar is reeds eerder daarop gewys dat die skrywer van ’n Wes-Europese *Ius Commune* praat (kyk bv 3 onderaan; 16: “Die gemene reg bestaan uit Wes-Europese *Ius Commune*”; 56:

“Wes-Europa sy *Jus Commune* sou opbou”; 48: “’n soort van *jus commune* vir Wes-Europa”; 119: “ons Romeins-Hollandse reg . . . ’n vertakking van die ou Wes-Europese *Jus Commune*”; 234: “die Wes-Europese *Jus Commune* in die gedaante van die Romeins-Hollandse Reg”; 267: “uit Wes-Europese *Jus Commune*”; 272: “die algemene Wes-Europese *Jus Commune*; “the universalist common law of western Europe”; “’n algemene Wes-Europese regs wetenskap”). Daarteenoor is daar ook ’n ander geluid wat skynbaar die Romeinse reg as die *Ius Commune* wil aandui en wat in ’n groter of geringer mate as subsidiêre reg vir die verskeie plaaslike gewoonteregstelsels van Europa gedien het. (Kyk bv 50: “Elke gebied het sy eie reg, erg verbrokkel . . . gewoontereg”; 51: “Romeinse reg . . . ’n subsidiêre gemene reg (*jus commune*)”; 57: “’n ware *jus commune* vir Italië”; 147: “*Dat die Romeinse reg ook die ‘ius commune’ van die Nederlandse geweste geword het . . .*”; 190: “verskille . . . tussen die gemene reg . . .”; 193: “die reg van ander Nederlandse geweste”; 196: “ook na die reg van die ander provinsies”; 210: “dat ’n mens nie van ’n algemene ‘Nederlandse’ gemene reg kan praat nie”; 230: “dat daar in 1620 nie ’n algemene Nederlandse privaatre reg was nie”). Na my beskeie mening vind daar ’n verwarring plaas. Inderdaad kan van die *Ius Commune* van Europa gepraat word, maar dan is dit die Romeinse reg van die *Corpus iuris civilis* soos dit van tyd tot tyd geïnterpreteer is. Die invloed van hierdie reg (wat dan uiteindelik in die Romeins-Hollandse reg as subsidiêre reg geresipiëer is) het vanaf ongeveer 1100 geleidelik oor Europa bekend geword. (Daar moet onthou word dat die drukkuns eers ongeveer 1450 deur Gutenberg en Caxton – met voorafgaande “medewerkers” – “uitgevind” is, altans in Europa. Voorheen het daar slegs manuskripte ontstaan en moes die meeste mense dus hulle kennis in hulle geheue rondra.) Die Glossatore (die *doctores*) se groot verdienste is dat hulle die *Corpus iuris civilis* verstaanbaar gemaak het; die Kommentatore het daardie Romeinse reg van die *Corpus iuris civilis* in die praktyk begin invoer – oorspronklik in Italië – maar met verloop van tyd word hulle geskrifte – en ook soos hulle gedruk is – baie wyer bekend. Daar kom selfs ander skrywers, ook uit ander lande as Italië, wat hulle voorbeeld van die dialektiese metode volg – al is dit nie op presies dieselfde manier nie, soos merkbaar is by die skrywers van die skool van Orléans – en dan kom nog ander beoefenaars van die Romeinse reg, soos nog genoem sal word. Die gevolg was dat die Romeinse reg, soos die Glossatore en die Kommentatore dit verstaan het, tot in die Nederlande, *via* Frankryk (waarskynlik eers in die dertiende eeu) deurgedring het (148). Die skrywers in die Nederlande (eers in die suide – 162 ev) begin hulle werksaamhede ongeveer in die middel van die vyftiende eeu en dit spreek vanself dat die vroeë, geleidelike resepsie voorgekom het in die sin waarin die Kommentatore (in hoofsaak) die Romeinse reg verstaan en toegepas het.

Die belangrikste skrywers oor die Romeins-Hollandse reg (en ek meen dat dit die reg is, soos hulle dit geken en weergegee het, wat hier in Suid-Afrika ingevoer is) begin hulle werksaamhede ongeveer aan die end van die sestiende en begin van die sewentiende eeu (169 ev). Oorspronklik is hulle siening van die Romeinse reg (wat besig was om inburger te raak) soos dit deur die Glossatore en Kommentatore uiteengesit is. (Aangesien daar darem tyd tussen die Glossatore en Kommentatore en ons ou skrywers verloop het, spreek dit vanself dat hulle ook ander leermeesters had wat hieronder genoem word.)

Maar vanaf ongeveer die begin van die sestiende eeu kom daar ook ’n ander siening en uitleg van die Romeinse reg, naamlik dié van die Humanistiese skool (85 ev) van Bourges in Frankryk. In die Nederlande was daar ’n uitloper wat as die Elegante skool bekend staan. Na my mening het die interpretasie van hierdie skrywers grotendeels die interpretasie van die latere ou skrywers gevestig. (Ek verwys by uitstek na skrywers soos Vinnius, Voet, Van Bijnkershoek en Van der Keessel.) In ’n meer beskeie mate het die Romeins-Hollandse skrywers ook kennis geneem van die Duitse skrywers wat in baie opsigte as die opvolgers van die Kommentatore beskou kan word, ook al klop hulle metodes nie met dié van die Kommentatore nie. Hierdie Duitse skrywers is die skrywers oor die *usus modernus iuris Romani* (103 ev) wat ook vir die praktiese toepassing van die Romeinse reg in Duitsland gesorg het. In Frankryk was daar ook skrywers wat die Romeinse reg vir doeleindes van die praktyk behandel het. Hulle was ook nie onbekend

aan die Romeins-Hollandsregtelike skrywers nie. (Om 'n aantal te noem: Autumnus, D'Argenté, D'Aguesseau, Antonius Faber, Paponius, Mornacius, Bugnonius, Chas-senaeus, Charondas. Pothier mag ook nie vergeet word nie. Sy invloed op Van der Linden en die *Code Civil* was groot. Hulle het die Romeinse reg in 'n groot mate vanuit die Humanistiese oogpunt geïnterpreteer terwyl hulle die Franse reg benader.)

Dit spreek vanself dat die skrywers vanuit Duitsland aangaande die *usus modernus*, en so ook die ouere skrywers oor die Romeins-Hollandse reg, hulle lig by die Kommentatore gaan opsteek het wanneer hulle die geresipiëerde Romeinse reg moes verduidelik en interpreteer. Enige juris wat sy sout werd is, of hy regsgeleerde of praktisyn is, maak immers soveel moontlik van die jongste gesag gebruik. Dit is dus amper net so vanselfsprekend dat die latere Romeins-Hollandse skrywers (soos hierbo genoem) ook die latere Romaniste vir hulle eie doel gebruik, raadpleeg en interpreteer. (Die Engelse sal later van die gebruik van *best evidence* praat.)

Ek het ongelukkig nie dieselfde hoë dunk van die Kommentatore as wat van ons huidige skrywers dikwels vir hulle het nie – ook al word hulle in ons howe somtyds hoog aangeskryf. Die rede vir hulle hoë aansien is hoofsaaklik te danke aan die hoë agting (reg of verkeerd) wat daar vir die Duitse reg bestaan. Die Duitse reg (waarin die Romeinse reg inderdaad resipiëer is en dan hoofsaaklik soos deur die Kommentatore beskou – 96 ev) word as die ware Wes-Europese *ius commune* geag (kyk die aanhaling uit Sohm op 58 en 59). Soos die skrywer dit sien, is die Duitse gewoontereg verdring en het Duitsland in 'n Romeinse regskring beland waarin Duitsland die oorheersende rol sou speel: “Die Romeinse reg het inderdaad die gemenerereg van Duitsland geword” (97). (Bots die woorde op 95 vn 3 nie met hierdie stelling nie? Kyk ook na Sohm se woorde op 104 vn 59.) Ek glo nie dat daar so algemeen in die wêreld aanvaar word dat Duitsland destyds so 'n oorweënde rol op regsgebied gespeel het nie. Uit wat ek reeds hierbo gesê het, is dit duidelik dat ek nie daardie oorheersende rol kan aanvaar nie – beslis nie wat die Romeins-Hollandse reg betref nie. In hierdie verband vind ek selfs steun by wat die skrywer oor die resepsie van die Romeinse reg as subsidiêre reg in die Nederlandse verhaal (147 ev).

Hierdie benadering het 'n verdere gevolg, naamlik dat die werk van die Humaniste (en dan ook die moderner beoefening van die Romeinsregtelike wetenskap) as minder verdienstelik beskou word (kyk die aanhaling uit De Wet op 87). Dit is egter nie 'n opvatting wat wêreldwyd aanvaar sal word nie. Die boek van Andersen word dan ook skerp gekritiseer deur Troje (en deur De Wet op 61 vn 57 aangehaal), te wete “dat dit [Andersen se boek] darem al te veel as 'n propagandistiese traktaat voorkom”. *Pace*, my goeie, wyle vriend De Wet, maar kan hy en andere nie op hulle beurt as propagandiste vir die Duitse reg en dan die Kommentatore aangedui word nie? (Andersen se boek is natuurlik nie van foute vry te spreek nie. Op 102 vn 46, betreffende die *sg Lotharfabel*, maak hy foute: dit kan wees dat dit skryf-, tik- of drukfoute is – soos die armes, is hulle mos altyd by ons. Dit is 'n baie verwarrende storie en, na my beskeie mening, nie baie belangrik nie, ten minste wat ons regsgeskiedenis betref. Soos ek die storie ken (en vir sover as wat my wysheid betekenis het) was daar vier vorste met die naam Lotharius (Lothaire, volgens die Franse; Lothar, volgens die Duitsers). Toe Charlemagne sterf, gaan die Frankiese ryk of *Sacrum Imperium Romanum* op sy seun Lodewyk oor. Hy was *Louis I, le Débonnaire of le Pieux* (die Goedgeaarde of Hoflike of Vrome), koning van die Franke (hy was in Frankryk gebore), keiser van die Weste (814 – 840). Ook was hy koning van Duitsland. Drie van sy seuns (soos dit onder die Franke gebruiklik was) het sy grondbesit verdeel met die Verdrag van Verdun (843). Die een seun was Lotharius I, keiser van die Weste (795 – 855). Die tweede was Lodewyk II, die Duitser (gebore ongeveer 805), koning van Duitsland (817 – 879). Die derde was Pippyn I, koning van Aquitaanië (814 – 838). Die eerste met die naam Lotharius is dus Lotharius I, keiser van die Weste, wat in 1814 deur sy broers te Fontenay of Fontanet verslaan is (795 – 855). Sy seun was Lotharius II, maar slegs 'n koning van Lotharinge (ongeveer 826 – 869). Daar was nog 'n Lotharius: koning van Frankryk van 954 tot 986. Hierdie drie het niks met



die *Lotharfabel* van 1135 uit te waai nie. Maar dan kom die vierde Lotharius, hertog van Sakse, ongeveer 1060 te Supplinburg gebore (kyk Wieacker soos in die voetnoot aangehaal) wat van 1125 tot 1137 keiser van Duitsland (die *Sacrum Imperium Romanum*) was. Hy is dus die ware Jakob.)

As dit aan my toegestaan sal word, wil ek kortliks my eie interpretasie van die feite stel. Europa het, na die inval van die Barbare, die Middeleeue of die Donkereeeue ingegaan. Dit het so donker gebly tot die geestelike oplewing van die Renaissance. Maar wat die regsweese betref, het die "Renaissance" vroeër begin, naamlik toe die Glossatore begin het om die *Corpus iuris civilis* te bearbei. Tot dié tyd was die plaaslike gewoontereg dwarsdeur Europa in hoofsaak van toepassing. (Wettereg kan maar vergeet word.) Dit was dan gewoontereg wat plaaslik ontstaan het omdat die mense grotendeels aan hulle *patria* gekluister was. Sodanige gewoontereg het somtyds in breë trekke ooreenkoms met die gewoontereg van naburige streke vertoon; dit het afgehang van die aard van die leefwyse van die mense van die betrokke streke. Daarom kon die gewoontereg ook maklik verskil. Met die "Renaissance" van die regsweese, omdat daar stadig uit die Middeleeue wegbeweg word, begin die Romeinse reg, soos in die *Corpus iuris civilis* vervat en met die interpretasie daarvan, 'n *ius commune* te word wat dan, stadig maar seker, in 'n meedere of mindere mate deur die gewoonteregstelsels geabsorbeer word. Dit geld ook die reg van Holland. (Die reg van die buurland Seeland het baie naby aan dié van Holland gestaan.) Die Romeins-Hollandse reg staan dus op eie voete, ook al is daar beïnvloeding deur en ooreenkoms met die reg van ander gemeenskappe; en ook al is die Romeinse reg, soos die tye verander, in die verskillende streke van Europa en gedurende verskillende tydperke op verskillende maniere geïnterpreteer en geassimileer.

Die skrywer behandel die Duitse reg uitvoerig en betrek die Natuurregskool asook die Historiese skool en die Pandektiste daarby. (Daar sal op die Historiese skool en die Pandektiste teruggekom word.) Wat die Natuurregskool betref, sluit die skrywer tereg by sy woorde op 2 aan, naamlik dat die Natuurreg 'n hersenskim is (107). Dit is goed dat die skrywer hierop nadruk lê. Dit is 'n gebied wat miskien eerder by die regsfilosofie as by die regsgeskiedenis tuishoort. Die storie oor die Natuurreg (somtyds gekoppel aan die Goddelike reg wat dan uit die Bybel geput word) gaan na die Grieke (Zeno, Epikuros, oa), die Romeine (Cicero in besonder) en die Middeleeuse teoloë (bv Thomas *ab Aquino*) terug. Tot hede ten dae kom dit ter sprake. Niemand kan egter by 'n bevredigende en presiese manier uitkom om te verklaar wat dit beteken nie. Dit is so omdat die Natuurreg niks met die reg uit te waai het nie, maar slegs die individu (of dit nou meneer A of meneer B of meneer C is) se heilige oortuiging van dit wat reg en geregtigheid is, van geval tot geval weergee. En dan word dit maar baie vaag geformuleer. (Bv "the pursuit of happiness" op 108 – kan beteken dit wat ék as "happiness" interpreteer of dit wat 'n ander so interpreteer.) Dit is dus tog maar weer 'n politieke opvatting (ten minste in die moderne tyd), net soos die begrippe "justice" of "equity" (elkeen beskou sy standpunt mos as "reg") of "liberty" (waarom moet die misdadiger dan tronk toe gaan?) of "human rights". (En weer meen iedereen hy het onbepaalde regte: as 'n bobbejaan of 'n donkie of 'n muis kon praat, sou hy ongetwyfelf van sy bobbejaan-, donkie- of muisregte praat sonder om te kan verduidelik waar sodanige regte vandaan kom – daar is immers nie 'n bobbejaan of donkie of muis se Bybel of Koran of Rooi Boek van Voorsitter Mao Tse Tung of die werk van meneer Karl Marx nie; ja, selfs nie 'n Parteiprogramm of 'n Amerikaanse Konstitusie of die beleidsverklaring van nog een of ander politieke party nie. Moet ons miskien reken dat die "rule of law" die "law" van die Natuurreg is of is dit dit wat Dicey oorspronklik as die "law" beskou het, nl "the Law of England"?)

Daar moet egter in ag geneem word dat die geleerdes van die Natuurregskool (en waarna verwys is) die saak anders aangeroe het. Hulle het inderdaad gepoog om die Natuurreg as 'n presies omskrewe regstelsel uit te bou. (Kyk ook maar na Domat (90) se werk.) Hulle is dit nie heeltemal eens met mekaar oor hoe dit presies moet lyk nie maar dit is tog treffend hoe baie dit na die Romeinse reg lyk.

Wat die Romeins-Hollandse reg betref, begin die skrywer se uiteensetting op 126. Die eerste gedeelte het betrekking op die staatkundige geskiedenis. Ek het reeds my bedenkinge uitgespreek wat die begrip “staat” betref; ook wat die betekenis van die *Sacrum Imperium Romanum* vir die Nederlande mag wees. (Op 128 sê die skrywer ook, met betrekking tot Karel die Stoute (1433 – 1477), hertog van Boergondië en dus die heerser oor Vlaandere en Holland, dat die band met die Ryk “skaduagtig” was.) Wat betref “’n afsonderlike nasionale identiteit” (130) kon dit miskien deur die vervolging van die Hervormdes onder Karel V en Philips II (altwee Katolieke konings van Spanje), destyds ’n aanvang geneem het, maar daar was beslis nie so ’n “nasionale identiteit” binne die ganse *Sacrum Imperium* nie. Ek meen dat daar eerder van ’n eenheid en identiteit van godsdiens in die Noord-Nederlande gepraat kan word.

Wat die regsgeeskiedenis self betref (140 ev), wys die skrywer uitvoerig op die “infiltrasie” en “resepsie” van die Romeinse reg wat vanuit die Suidelike Nederlande plaasgevind het.

Die Nederlandse skrywers en ander bronne van die reg in die Nederlande word uitvoerig behandel. (Let daarop dat die skrywer duidelik aandui dat die reg van streek tot streek gewissel het – 140 en 210.) Eers kom die suide aan die beurt, vanaf Wieland en Everhardus (na my mening sien ons by hom die oorgang van die metode van die *Scolastici* van die Middeleeue – waaronder die Kommentatore in besonder behoort het – tot die Humanistiese skool). Daarna kom die skrywers van die noorde, vanaf Montanus tot Van der Linden, en die kodifikasie van die reg in die Nederlande. Ek neem die vrymoedigheid om by enkele van hierdie skrywers stil te staan. Dit is interessant dat daar nog nooit eenstemmigheid oor die waarde van sommige van hulle bestaan nie (kyk bv oor Munniks, 211).

Ten eerste De Groot. Sy internasionale roem het hy verdien met sy *De iure belli ac pacis*. Sy *Inleidinge* is van besondere betekenis, eerstens vanweë die taal waarin dit geskryf is. Dit is egter ’n kort, oorsigtelike maar baie deeglike geskrif oor die Romeins-Hollandse reg en het tereg groot betekenis vir ander ou skrywers gehad. Daarom die aantekeninge van Schorer en van Groenewegen daarop; die gebruik daarvan as basis vir die lesings deur Voet, Van der Keessel en Scheltinga; en sy aansienlike aansien, ook in Suid-Afrika. Dat sy *Inleidinge* onvolledig is, blyk uit die geskrifte van bogenoemde skrywers en ook uit die tweede band van Van Apeldoorn se uitgawe van die *Inleidinge*. Die werk is gebaseer op die *Institutiones* van Justinianus (*pace* Wessels, soos aangehaal op 176) wat weer Gaius nagevolg het. Die skrywer noem De Groot (op 172) as een van die drie grootste regsgeleerdes wat die wêreld nog opgelewer het. Dit is natuurlik ’n subjektiewe oordeel. Ek sou nog verskeie ander name wil byvoeg sonder om De Groot te na te kom.

Ek meen dat Groenewegen ook besondere melding verdien. Hy maak gebruik van die meeste Franse skrywers wat hierbo genoem is (wat bewys dat die Duitse reg nie alles was nie) en deur middel van sy *De legibus abrogatis* kan ’n mens onmiddellik sien hoe groot die Romeinse invloed op die Romeins-Hollandse reg is. Deur die gebruik van sy bronne toon Groenewegen ook hoe die Romeinse reg die *ius commune* van Europa was, altans soos die *Corpus iuris civilis* gebruik en geïnterpreteer is.

Van Leeuwen is ’n omstrede maar belangrike figuur. Sy *Roomsch-Hollandsch recht* kan ’n mens buite rekening laat. Sy *Censura forensis* toon dat hy ’n man van die praktyk is en nie bang is om vergelykend op te tree nie. Sy werk is nie net *Professoren recht* nie. Tot vandag word hy deur sommige skerp gekritiseer. Ek meen dat die kritiek grotendeels aan Voet (*Comm ad Pand 2 14 9*) se woorde te wyte is, naamlik “Lapsus ergo est van Leeuwen *censur. parte I. lib 4. c. 2. n. 2*”. Ek wil eerbiedig met wyle regter Kotze, in sy bespreking van wyle Wessels se werk, saamstem dat die kritiek onnodig skerp is. (Dit is nie nodig om nou die polemieë hier voort te sit nie.) Geeneen van ons ou skrywers is altyd volkome reg nie. Selfs Voet is nie altyd vry van kritiek nie.

Voet se werk (of miskien eerder wyle regter Gane se vertaling) kan vandag amper as die Bybel van Romeins-Hollandse reg gesien word. Sy metode is gewoonlik om eers die

Romeinse reg weer te gee en hy volg die sisteem van die *Digesta*. Dan vertel hy gewoonlik wat die Romeins-Hollandse reg van sy tyd aangaande die betrokke onderwerp is. Sy woorde is gewoonlik *hodie* of *moribus nostris*. Dit toon weer hoe die Romeinse reg gerespieer is en hoe die Romeinse reg, soos dit destyds verstaan is, die *ius commune* is, naamlik die reg van die *Corpus iuris civilis*. Hy gee die Romeinse reg weer, merendeels aan die hand van die Humaniste (Cuiacius), maar hy gebruik ook ander Romeins-regtelike skrywers van sy tyd (bv Wesenbecius); dit wil egter nie sê dat daar 'n Europese *ius commune*, in die sin van 'n algemene Europese regstelsel, bestaan het nie. Ook al is hy na my beskeie mening nie altyd reg nie, blyk sy waarde duidelik uit die feit dat hy in Suid-Afrika so hoog geag word. Dit gebeur trouens dat hy as een van die skrywers van die *usus modernus* geannekseer word, selfs al is hy nie 'n Duitse skrywer nie.

Van Bijnkershoek is seker een van die grootste Nederlandse (indien nie Europese nie) regsgeleerdes van sy tyd. As 'n man van die praktyk toon sy *Observationes tumultuariae* wat hy werd is, maar daar is ook sy *Quaestiones iuris privati*. Sy tydgenote en latere skrywers het hom dikwels aangehaal. Sy waarde vir die volkereg blyk uit sy *Quaestiones iuris publici*. Dit is van primêre belang. Hy was 'n hoogstaande Romanis, soos blyk uit sy *Observationes iuris Romani* asook uit die gebruik wat Spangenberg van Van Bijnkershoek gemaak het vir eersgenoemde se uitgawe van die *Corpus iuris civilis*. Van Bijnkershoek het oor die Romeinse reg in navolging van die Humanistiese skool geskryf. (Hy was dan ook lid van die sg Elegante skool van die Nederlande.) Dit wys weer hoe die Humanistiese skool nie vergeet mag word sover dit die Romeins-Hollandse reg betref nie. In alle beskeidenheid kan ek nie soos De Wet (aangehaal op 201) jammer wees dat Van Bijnkershoek nie sy verstandelike gawes liever meer vir die Romeins-Hollandse reg aangewend het nie. (Dalk is ek bevooroordeeld, maar ek glo tog nie dat ek in hierdie opsig die stem des roepende in die woestyn is nie.) Van Bijnkershoek was 'n man van sy tyd en 'n Europeaan en het die Romeinse reg (die *ius commune*) beskou as die hoogtepunt van die reg, as die suiwer bron van die manier om juridies te dink en as die juiste benadering tot die regswese – na my mening beslis nie ten onregte nie.

Wat Van der Linden betref, is dit van belang dat sy *Koopmans handboek* die laaste noemenswaardige geskrif oor die Romeins-Hollandse reg is. Dit is opvallend hoe groot die invloed van Pothier by hom is. (As laat skrywers oor die Romeins-Hollandse reg is hy en Van der Keessel van die weinige wat na Pothier verwys.) Ook is die invloed van die *Code Civil* groot. Dit spreek amper vanself. Die *Code Civil*, wat baie aan Pothier verskuldig was, het destyds die regswese volkome oorheers (91).

Soos vanselfsprekend is, sluit die skrywer met 'n uitvoerige afdeling oor die geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika af. Hierdie geskiedenis strek vanaf Van Riebeeck tot vandag. Die beskouing van die skrywer oor die teenstelling tussen die sogenaamde Puriste en Pragmatiste verdien besondere aandag want die stryd is nog nie finaal besleg nie. Dit hou verband met die invoer van Engelse reg en die beïnvloeding van die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika deur die Duitse reg. (Wil niemand die reg van Sjina of Borneo by ons invoer nie?)

Niemand sal betwyfel dat die Engelse reg in 'n groot mate hier ingevoer is nie. Ten dele het dit met opset gebeur, ten dele omdat dit vir baie geleerdes en regters makliker bekombaar was en ten dele uit gemaksug. Gelukkig hou ons nie meer so streng aan die presedenteleer vas nie. (In Engeland self is dit al in 'n mate prysgegee.) Ons prosesreg dank sy oordrewe formalisme daaraan (soos ek dit beskou) dat die praktyk uit Engeland ingevoer is. Ek glo egter nie dat baie sal kla oor die etiek van ons regsberoep wat nie vreemd aan die Engelse etiek is nie. Ek stem saam met die skrywer dat ons bewysleer of bewysreg uit die bose is. Dit is in Engeland geskep omdat leke (somsyds in der waarheid morone) as jurielede so 'n belangrike rol by die regsinding gespeel het. 'n Mens kan aanvaar dat die opgeleide regter of landdros van vandag darem nie sy subjektiwiteit bobaas sal laat speel nie. Natuurlik is die Engelse regsisteem volkome anders as die Romeins-Hollandse regstelsel en ek vind dit baie jammer dat laasgenoemde in 'n groot



mate deur Engelse reg vervang is. Die Engelse reg is nie op die Romeinse reg gevestig nie maar op die Germaanse reg van vroeëre eeue.

Vir die Puriste is hierdie ontwikkeling dan ook 'n groot steen des aanstoots wat hulle uit die pad probeer stoot deur na die Duitse reg te gryp – na my beskeie mening egter ook ten onregte. (Myns insiens – reg of verkeerd – gaan die neiging om Duitse reg in te voer terug na professor Malherbe wat om en by 1900 in Europa studeer het. Die *BGB* het vanselfsprekend in daardie tyd baie groot belangstelling in die hele Europa geniet (vgl 118). Malherbe, Bodenstern en later De Wet – om slegs 'n paar leidende figure te noem en daarbenewens moet die Engelse vertaling van Sohm se boek onder geen omstandighede vergeet word nie – het op hierdie trant voortgegaan.) Hoe dit ook al mag wees, dit staan vas dat die Duitse reg vir die Puriste net so heilig is as die Engelse reg vir die Pragmatiste. Natuurlik bestaan daar ook ander wat nie so radikaal is nie: die skrywer sê (268): “Indien ek myself dan nou 'n etiket om die nek moet hang, sou ek sê ek is – ‘n pragmatiese puris!’”

Miskien stel ek die standpunt van die Puriste te simplisties, maar ek baseer dit eersens op die woorde van die skrywer (34) ten aansien van die kroning van Charlemagne in 800: “Ons moderne siening . . . is anders. Ons sien dit as die begin van 'n nuwe ryk – die Duitse Ryk.” Hieruit volg ook die gedagte van 'n Europese gemene reg of 'n “Wes-Europese *Jus commune*, en, meer spesifiek, hierdie reg in die gedaante van die Romeins-Hollandse reg . . .” (16). Voorheen het ek gesê dat na my mening die gemene reg of die *ius commune* iets anders is, naamlik die Romeinse reg van die *Corpus iuris civilis* soos die geleerdes dit verstaan het – Glossatore, Kommentatore, Humaniste, geleerdes van die Elegante skool, geleerdes wat die *usus modernus* verklaar het en, les bes, soos deur ons Romeins-Hollandse regsgeleerdes van (hoofsaaklik) die sewentiende eeu tot by die vervanging van die Romeins-Hollandse reg deur die *Code Civil*, gerespieer is. Ek kan ook nie verstaan hoekom die reg van Duitsland so 'n voorrangposisie moet inneem nie.

Dit is nodig om nou terug te gaan tot die geskiedenis van die ontwikkeling van die reg in Duitsland (95 ev). Daar word na die *Sachsenspiegel* (97) en die *Reichskammergericht* (101) verwys. Die invloed van altwee instellinge in die Nederlande was, na verhouding, gering. Die *Groot Raad van Mechelen* (145) wat op die *Parlement de Paris* (145 vn 43) geskoei was, had seker 'n groter invloed (al is dit nou ook nie so groot nie) as die *Reichskammergericht*. Die skrywers oor die *usus modernus iuris Romani* kom ter sprake (105), maar hulle is vir die skrywers oor die Romeins-Hollandse reg hoofsaaklik van belang vir sover hulle die Romeinse reg geïnterpreteer het. Hierdie punte het reeds vroeër ter sprake gekom.

Na my mening is die negentiende eeu die tydperk waarin Duitsland 'n uiters belangrike rol in Europa speel. Daar kom groot filosowe, skrywers, komponiste en regsgeleerdes op die voorgrond. Daar moet in ag geneem word dat daar binne Duitsland voorheen twee gebiede was wat die leiding geneem het, naamlik Oostenryk-Hongarye (onder die Habsburgs in besonder) en Pruise (onder die huis van Hohenzollern). Sover ek kan uitmaak, glo ek nie dat die reg en skrywers oor die reg van Pruise of Oostenryk van destyds soveel betekenis vir die Puriste het nie. Sover ek weet, ken nóg die Romeins-Hollandse ou skrywers, nóg ons hedendaagse howe die reg van óf Oostenryk óf Pruise, behalwe vir sover die heerser van daardie gebiede miskien ook die vors in die Nederlande was. Maar dan het ons te make met wetgewing wat deur so 'n vors in die Nederlande van toepassing gemaak is, byvoorbeeld die *Constitutio criminalis Carolina* van Karel V in sy hoedanigheid van keiser van die *Sacrum Imperium* (en koning van Spanje) wat die Nederlande beheer het.

Aan die begin van die negentiende eeu kom die Historiese skole in Duitsland op die voorgrond. Hulle ontstaan is te danke aan 'n strewe om die invloed van die *Code Civil* te bestry en om eenheid op regsgebied in Duitsland te verkry. (Weer wil dit voorkom dat daar nie so iets soos 'n gemeenskaplike Europese (of selfs Duitse) reg as *ius commune* bestaan nie.) Verder hou die skole verband met 'n strewe na politieke of staatkundige

eenheid en ook as gevolg van die gevoel van Nasionalisme wat (soos eerder gestel is), 'n voortvloeiende van die Franse Rewolusie en die Napoléontiese tydperk is.

Daar ontstaan twee Historiese skole: die eerste streef daarna om die ou Germaanse reg na te spoor. Vir ons doeleindes is dié skool van minder belang. Die tweede het Von Savigny as grondlegger. (Die lof wat die skrywer en die Puriste hom toeswaai, is beslis verdien. Om sy gehalte aan te dui, kan ek 'n storie byvoeg: Hy het na Parys gegaan om die manuskripte van die Glossatore en ander te bestudeer. Hy het uitvoerig notas gemaak en dele afgeskryf – destyds was fotostate onbekend. Op sy terugreis het 'n koffer, vol (of deels vol) van daardie materiaal, verlore gegaan. Nogtans kon hy sy *Geschichte der römischen Rechts im Mittelalter* skryf (en dit gebeur amper 'n eeu en 'n half gelede) wat steeds 'n standaardwerk op hierdie gebied is en wat vandag algemeen as sy waardevolste produk beskou word.)

Von Savigny se uitgangspunt of aksioma was die “Volksgeist”. Sy filosofie was dat die reg binne 'n “volk” leef, net soos sy taal en die ander elemente van sy kultuur. Hy het egter die “volk” nie net as 'n etniese eenheid beskou nie maar as 'n bepaalde gemeenskap met sy eie identiteit. Daarom begin hy by die Romeinse reg wat in sy oë die fondament van die reg van Duitsland daarstel. Verder is sy uitgangspunt dat die reg of 'n regsbegrip of regsreël slegs verstaan kan word as die historiese ontwikkeling daarvan grondig begryp word. Daarom skryf hy ook sy *Geschichte*. In hoeverre hierdie abstrakte leer geheel of gedeeltelik korrek of foutief is, is nie ter sake nie.

'n Mens kan begryp waarom die Puriste na die Pandektiste terugryp: hulle is die dissipels van die profeet Von Savigny. Die Romeinse reg, volgens Von Savigny se standpunt, bereik sy eindpunt by die *Corpus iuris civilis* (daar kan begryp word waarom hy nie verder, soos die Humaniste, na die historiese ontwikkeling van die *Corpus* teruggaan nie) en daaruit skep hy dan sy *System des heutigen römischen Rechts*: 'n *System* wat die Romeinse juriste en keiser Justinianus nooit sou herken het nie. Die feit bly dat sy stelsel, en wat die latere Duitse Pandektiste daarvan gemaak het, gedurende die vorige eeu voortgeleef en groot opgang gemaak het tot met die totstandkoming van die *BGB* wat al die eienskappe van die Pandektistiese sisteem oorgeneem het.

Hierdie regstelsel of sisteem (en dit is nie my taak om dit hier aan te prys of te kritiseer nie) is daardie “Europese gemenerereg” wat die Puriste met 'n mate van sukses in die Suid-Afrikaanse reg ingevoer het en wat die Pragmatiste op stang geja het. Daar kan bygevoeg word dat 'n baie belangrike Pandektis – indien nie die belangrikste van Von Savigny se opvolgers nie – seker Von Ihering is. Hy het in 'n mate van die Historiese skool weggedraai en die oordrewe teoretiese benadering (die *Begriffsjurisprudenz*) wat die geleerdes in die *Begriffshimmel* voer – maar vergelyk ook 119–120 – sterk gekritiseer. In ieder geval, die Pandektiste en hulle sisteem en teorieë is vandag feitlik orals vergeet – behalwe in Suid-Afrika. (Daar moet egter verder ter ere van Von Savigny gemeld word dat hy 'n betekenisvolle weergawe van die besitreg gegee het. Hy gee die Romeinse reg op hierdie gebied weer en het sy uiteensetting vanuit die *Corpus iuris civilis* opgebou. Hy het ook met die begrippe *corpus* en *animus* gestoei maar dit verstaan. Hy het nie, soos die Pandektiste in die algemeen, die kluts kwytgeraak nie en sy eie leerstelling stem in 'n groot mate ooreen met wat die moderne Romeinsregtelike wetenskap daaromtrent vir die Romeinse reg uitgewerk het.)

Daar moet ten slotte vermeld word dat die Duitse regsgeleerdes, en in besonder die Pandektiste, maar bra min kennis van die Romeins-Hollandse reg geneem het. Weliswaar het die ou Romeins-Hollandse skrywers in 'n mate van die Romeinse reg, soos dit deur die Duitse skrywers verstaan is, kennis geneem. Maar hulle het onder geen omstandighede van die Pandestiek kennis geneem nie: hulle het nie kans gesien om in die toekoms te kyk en die wysheid van die negentiende eeu in Duitsland te lees nie. Na my mening is die Duitse reg dus net soseer vreemde reg as wat die Engelse reg vir die Romeins-Hollandse reg vreemde reg is. Bowendien meen ek dat die Romeins-Hollandse reg, hoofsaaklik danksy die *ius commune* (die Romeinse reg), sy man kan staan sonder die hulp van óf die Engelse óf die Duitse reg. Nie dat die Romeins-Hollandse reg perfek is nie,

maar ek meen dat ons goed sonder verskeie ingevoerde dinge kan klaarkom. Ons kon op die Romeins-Hollandse reg van vroeër voortgebou het as ons eenvoudig daardie sisteem gehandhaaf het, en ons kan steeds daarop voortbou. Na my mening het die Puris en die Pragmatis net soveel gelyk (of ongelyk) as die ander. Ek weet ek is maar die stem des roepende in die woestyn (miskien in sekere opsigte saam met die skrywer!) en ek roep “*petere fontes*” en “begin om daarop voort te bou”. Ek begryp baie goed dat ’n mens nie die klok kan terugdraai nie maar waarom in die toekoms sonder meer op die Puristiese of Pragmatistiese pad voortgaan? Dit wil geensins sê dat ek alle “vreemde” reg verwerp nie. Ek kan my heelhartig vereenselwig met die woorde van De Wet soos aangehaal op 266 vn 203. (Ek vermoed dat met die nuwe Suid-Afrika in die vooruitsig myne maar weer iets is wat in ’n salige *Begriffshimmel* tuishoort.)

In verband met die invloed van die Engelse (of Anglo-Amerikaanse) reg, wil dit voorkom of hierdie invloed sal groei. Ek het reeds verwys na “equity”, “rule of law” ensovoorts wat, na my gevoel, slegs politieke waarde het maar tot in die howe ’n merkbare invloed het. Dit is miskien nie vreemd nie. Die hele wêreld kom steeds meer onder Amerikaanse beheer en dit wil vir my voorkom of selfs in gemeenskappe wat tradisioneel buite die kring van die Anglo-Amerikaanse reg geval het, daar langamerhand ’n infiltrasie van Engelse reg, of ten minste van die Anglo-Amerikaanse denkraam, plaasvind. Dit is ’n gebied wat nog met vrug ondersoek moet word – sowel in Suid-Afrika as elders.

Ek meen dit is nodig om nog enkele los op- of aanmerkings met betrekking tot die werk te maak. Om te begin:

Dit is interessant dat die skrywer (2 vn 2) na die sogenaamde Neurenbergse verhoor verwys wat natuurlik op die sogenaamde Natuurreg gebaseer is. Diegene wat uitgaan van die Romeins-Hollandse beginsels (en wat vroeër as algemene beginsels vir alle regstelsels daargestel is), soos *nullum crimen sine lege* en dat strafregsreëls nie juis terugwerkende krag behoort te hê nie, sal met die skrywer saamstem. Daar moet egter ongelukkig met die mens en sy geaardheid (*homo homini lupus*, om Hobbes aan te haal) rekening gehou word. Die behoefte om wraak uit te oefen en die houding dat die vyand wat verslaan is dit moet ontgeld (*vae victis*), is so oud soos die mens self. En jy sien die “oorlogsmisdadiger” slegs by die vyand raak. (Die verskriklike misdade – ten minste na my mening – wat aan die kant van die oorwinnaar voorkom, word nooit raakgesien nie. Dit is genoeg om na die gebruik van gas, gifstowwe, chemiese wapens, kernwapens en napalm te verwys; en daar was diegene wat verantwoordelik was vir konsentrasiekampe, hier en elders. Diegene wat vir sodanige optredes verantwoordelik is, en dit is maar slegs ’n paar van die verskrikkinge van ’n oorlog, word nooit as “oorlogsmisdadiger” gebrandmerk nie, ten minste nie as hy of hulle aan die regte kant staan nie.) Wat dus by Neurenberg gebeur het, is volkome menslik maar die huigelagtigheid om van “geregtigheid” en “howe” te praat, kan ’n mens teen die bors stuit. Ek kan my eerder vereenselwig met die houding van daardie monster (soos hy vandag feitlik orals bestempel word), kameraad Stalin (ons moet egter nie vergeet nie dat hy destyds die hooggeagte en beminde “Uncle Joe” was – en tereg, aangesien hy die oorlog vir Amerika gewen het), wat oorspronklik verlang het dat vyftig duisend lede van die hoër range van die Duitse militêre mag voor die voet doodgeskiet moet word. Uit sy oogpunt gesien, kan ek dit verstaan, in aanmerking nemende wat met sy land en sy mense gebeur het danksy die optrede van sy vyand.

Die vraag is dus of die Neurenbergse gebeure nie slegs die basis is – aangesien die wêreld weer tot Barbarisme terugkeer – van ’n nuwe volkeregtelike stelsel nie. Per slot van sake het die Duitsers ’n soortgelyke optrede in gedagte gehad. Daar was gepraat van ’n verhoor van “oorlogsmisdadigers” onder die geallieerdes (’n mens kan jou maklik voorstel wie hulle sou gewees het) wat verhoor sou word as die oorlog verby en gewen was; en die hof sou natuurlik te Versailles gesit het. Ook hoor ons vandag weer van “Neurenbergse” of soortgelyke prosesse maar hierdie keer in verband met die Golfoorlog. Daar is ook die moontlikheid van verdere prosesse teen sommige Duitsers wat Neurenberg vrygespring het en selfs sommige Oos-Duitsers sal in die nuwe Duitse bedeling



deurloop. En daar word reeds nou gefluister van soortgelyke prosesse wanneer die nuwe Suid-Afrika daargestel is.

Dit moet dus duidelik wees dat die belangrikste bron van die volkereg, afgesien van dit wat die VVO vir homself as regskepper aangematig het, die gewoonte is. Gewoontereg kan maklik verander word en op dié manier sou 'n nuwe volkeregtelike reëling in verband met "oorlogsmisdadigers" van die oorwonne party geskep word.

Die skrywer bespreek (15 ev) die gesag wat aan die geskrifte van moderne skrywers toebedeel word. Ek stem saam dat daardie gesag maar versigtig bejeën moet word. Dit is miskien ouderwets om dié geskrifte so te benader. Die feit bly egter dat daar baie kaf gepubliseer word en baie bydraes skeep eerder slegte as goeie gevolge. Hoofsaaklik is dit daaraan te wyte dat die eintlike bronne van die reg nie altyd maklik beskikbaar is of beheer kan word nie. Dus word maar deur die gebruiker van die moderne literatuur gehoop dat die skrywers darem bruikbare werk lewer.

Op 70 stel die skrywer dit dat "daardie algemene beginsels" (van die reg in die algemeen, of slegs van die Romeinse reg?) deur die Kommentatore aan die lig gebring is. Dit is 'n stelling wat hoofsaaklik op Sohm se woorde (soos in die vertaling van Ledlei, *nota bene* van 1903, op 58 ev weergegee) berus. Ek meen dit kan betwyfel word. Ek meen dat sodanige "algemene beginsels" daargestel en miskien geformuleer is omdat die Pandestiek hulle uitgevind het – inderdaad uit die *Corpus iuris civilis* – maar 'n mens moet onthou dat die Romeinse juriste en ook Justinianus se *compilatores* hulle nie juis oor algemene beginsels moeggemaak het nie. Hulle was juriste uit die praktyk en het 'n regstelsel vir die praktyk opgebou. Natuurlik was daar ook die teoretici onder hulle, in besonder onder die *compilatores*, aangesien hulle regsdosente was. 'n Regsdosent (kyk maar na Gaius) moet probeer om die kennis sistematies aan sy studente oor te dra en so kan 'n mens by "algemene beginsels" uitkom. Die Kommentatore was by uitstek mense van die praktyk, soos eerder gestel.

Die *Codex iuris canonici* het in 1917 in werking getree (78). Die skrywer sal my nie verkwalik dat ek sy standpunt en oordeel op 87 vn 7 afwys nie. (Die oordeel van De Wet aangaande die Humaniste, en wat bo-aan die bladsy gemeld word, is na my beskeie mening foutief. Ek glo nie dat die Humaniste probeer het om iets op die praktyk af te dwing nie.) Ek glo nie dat daar baie ander persone met kennis van die Romeinse reg is wat die klassieke reg onder die reg van Justinianus sal stel nie.

Op 97 word gemeld dat "van die Middeleeuers se werke in iedergeval in biblioteke in Duitsland beskikbaar was". Die Glossatore en die Kommentatore (vir 'n belangrike gedeelte) se wysheid was in handskrifvorm bekend. So ook die *Corpus iuris civilis* self. Die drukkuns het eers teen die einde van die vyftiende eeu in Europa gangbaar geword: dus lank na die einde van die "Middeleeue" wat die Romeinse reg en die kennis daarvan betref. Die ou handskrifte is merendeels in Italië en Frankryk te vinde. Natuurlik, nadat baie van die werke gedruk is, word die wysheid oor die hele Europa versprei.

Ek meen om Carpzovius II as 'n grondlegger van Romeins-Duitse reg te noem (105), die saak enigsins skeef stel. Sy bydrae tot die strafreg (*Constitutio criminalis Carolina*) was groot en sy invloed op die Hollandse strafreg ook.

Op 110 word Van Zyl aangehaal: "die interafhanklikheid van mens teenoor medemens (*imbecillitas*)". Ek sou die woord eerder as "swakheid" omskryf – fisies of geestelik.

Op 259 word die Engelse reg se invloed op die Suid-Afrikaanse reg genoem en word gesê dat dit nog op 'n deurtastende ondersoek wag. Ek dink dat iedereen dit met die skrywer roerend eens sal wees. Afgesien daarvan wag ek nog daarop dat die bydrae van sommige individuele regters nader ondersoek moet word. (Sonder om my kop op 'n blok te sit, meen ek dat Lord de Villiers meer vir die Suid-Afrikaanse reg beteken het as wat gewoonlik aanvaar word; ook is dit my gevoel dat regter Kotze een van die groot kenner van die Romeins-Hollandse reg was. Dit egter terloops.)

Ek meen dat die skrywer gerus na die boek van Spiller kon verwys het ten aansien van Sir Henry Connor (263) en die Natalse regters van destyds in die algemeen.

Op 273 behandel die skrywer die vraagstuk betreffende kodifikasie en of dit in Suid-Afrika wenslik is. Dit is 'n vraagstuk waaromtrent die argumente voor en teen genoegsaam genoem en bespreek is. Laat ek net byvoeg dat ek nog nie van enige land met 'n kodifikasie gehoor het wat die ding kwyt sou wou raak nie. Saam met Portalis – toe die *Code Civil* tot stand gekom het (en waarby hy 'n uiters belangrike rol gespeel het) – stem ek egter in alle beskeidenheid saam dat 'n kode tot stand kom en eintlik nie gemaak word nie. Dit beteken dat 'n kode tot stand kom as die tyd daarvoor ryp is. Ek twyfel of die tyd (hier of elders) nou ryp is vir kodifikasie. (Ek het reeds eerder gesê dat die gees van die Anglo-Amerikaanse reg na my mening vandag oral infiltrer.) In ieder geval, in Nederland is op 1 Januarie 1992 'n nuwe *BW* ingevoer (met uitsondering van 'n klein gedeelte). Laat dit maar vir ons 'n proefkonyn wees om dop te hou.

Die boek is verder voorsien van 'n uitvoerige bibliografie. In sy voorwoord meld die skrywer dat hy nie altyd die jongste uitgawes geraadpleeg het nie omdat hulle nie almal vir hom beskikbaar was nie. (Ek ken hierdie probleem self, en kan met hom simpatiseer!) Sommige werke is inderdaad baie oud en dit is jammer dat jonger werke nie beskikbaar was nie (kyk by Maasdrorp, Modderman, Sergeant, Sohm – in die Engelse vertaling van Ledlie wat maar 'n herdruk van die 1903-uitgawe is). Die skrywer het baie steun by Hahlo en Kahn, Hosten, DH van Zyl, Wessels en, les bes, De Wet gekry. Daar kom natuurlik 'n inhoudsopgawe, 'n lys van aangehaalde gewysdes en 'n alfabetiese register by. Laasgenoemde het ek baie nuttig gevind.

Soos reeds vroeër gesê is, is dit 'n waardevolle en bruikbare boek. Ek kan my voorstel dat daar in een of ander stadium 'n herdruk of tweede uitgawe kan kom. In so 'n geval is dit miskien nuttig vir die skrywer om kennis te neem van 'n aantal skryf-, tik- of drukfoute wat ek opgemerk het. Ek vermeld hulle vir sy gerief:

Op 24, 8 reëls van onder: moet dit “hy” of “sy” wees? Op 30 vn 5, laaste reël: “grondveste” vir “grondbeste”. Op 34, 4 reëls van bo: moet dit nie “*piisissimo*” wees nie? Op 43, 19 reëls van bo: moet dit nie “*Papinianus*” wees nie? Op dieselfde bladsy, 4 reëls van onder moet dit seker “Wes-Romeinse Ryk” lees. Op 72, 9 reëls van bo: die eerste woord moet seker “as” wees en nie “is” nie. Op dieselfde bladsy, 15 reëls van onder moet seker “gesterf” gelees word. Op 75, 5 reëls van onder moet “teengaan” vir “teengaan” gelees word. Op 90, 7 reëls van onder moet “Ordre” vir “Orde” gelees word. Op 95, vn 3: die tweede reël moet inspring. Op 114, 11 reëls van bo: lees “teorie” pleks van “toerie”. Op 124, 12 reëls van onder moet dit seker lees: “Wanneer hy dan by Duitsland kom maak hy . . .” Op 141, 3 reëls van onder: die eerste “nie” moet verdwyn. Op 156, 10 reëls van bo: dit moet seker “*bescheidenheid*” wees. Op 159, 24 reëls van bo: dit moet natuurlik “Van der Linden” lui. Op 162 vn 132: in die eerste reël moet seker “*verwarde*” gelees word en in die tweede reël van dieselfde noot moet seker “*subsidiare*” gelees word. Op 165, 18 reëls van bo: moet dit nie “*elegantissimis*” wees nie? Op 192, 3 reëls van bo moet seker “*Annotationes*” en op die tweede reël van onder “*Commentarius*” gelees word. Op 198, eerste reël bo: die plek se naam is “Harderwijk”. Op 202, 10 reëls van bo: dit moet seker “beslissings van die Hoë Raad” lui. Op 210, laaste reël: “en” moet seker kursief gedruk word. Op 211, reël 2: “bejalwe” moet “behalwe” wees. Op 219, reël 18 van bo: dit moet seker “*Instructoire*” wees. Op 224, die tweede reël van bo: dit moet seker “*subsidiare*” lui. Op 236, 12 reëls van onder: moet dit “waarvan ons bewus is” of “waarvan ons bewus was” lui? Op 245: dit wil vir my voorkom of die hele eerste reël weggeval het, of lees ek verkeerd? Op 248, 5 reëls van bo: daar moet “ongetwyfeld” gelees word. Op 253, 5 reëls van bo: moet “bejeen” nie deur “geniet” of 'n soortgelyke woord vervang word nie? Op 259, reël 22 van onder: daar moet 'n punt aan die end van die reël kom. Op 265, reël 15 van bo: die laaste woord moet seker “die” pleks van “nie” wees. Op 282, onder die trefwoorde “Kodifikasie van Suid-Afrikaanse reg,” ensovoorts het dit my opgeval dat die teks nie tot 275 loop nie – dan begin die alfabetiese register.

**BUTTERWORTHS SELECTION OF STATUTES:  
CONSTITUTIONAL LAW**

Editors JC BEKKER and G CARPENTER

*Butterworths Durban 1990; 158 pp*

Price R45,10 (soft cover)

This is a further addition to the Butterworths student legislation series and consists of a selection of statutes or excerpts from statutes which in general are relevant to a course in constitutional law. No comments or references to applicable regulations and court cases are made.

The following statutes or parts thereof are included in the book: South African Citizenship Act 44 of 1949; State Liability Act 20 of 1957; Provincial Government Act 32 of 1961; Powers and Privileges of Parliament Act 91 of 1963; Prohibition of Foreign Financing of Political Parties Act 51 of 1968; National States Citizenship Act 26 of 1970; National States Constitution Act 21 of 1971; Payment of Members of Parliament Act 40 of 1974; Status of the Transkei Act 100 of 1976; Borders of Particular States Extension Act 2 of 1980; Foreign States Immunities Act 87 of 1981; Republic of South Africa Constitution Act 110 of 1983; Constitutional Affairs Amendment Act 104 of 1985; and Provincial Government Act 69 of 1986.

It should be clear from the contents listed above that, first of all, the selection of statutes, although it could not have been an easy task, might not suit everybody's needs and that, secondly, as a result of the current constitutional negotiation process, most of the statutes contained in the book would in the foreseeable future probably either be scrapped or substantially amended. In view of this, it is believed that a loose-leaf publication would have served the aims and purposes of the book better. Nevertheless, for the time being both student and teacher might find it a useful publication.

The book is technically well-produced.

GERRIT FERREIRA

*Potchefstroom University for CHE*

**ARBEIDSREG – DIE VERNAAMSTE WETTE EN REGULASIES  
LABOUR LAW – THE KEY STATUTES AND REGULATIONS**

Redakteur CR THOMPSON bygestaan deur V de VRIES

*Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1991; v en 315 bl*

Prys R49,00

Hierdie tweetalige werk bevat die volledige teks van die drie belangrikste stukke wetgewing op arbeidsgebied, naamlik die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 3 van 1983, die Wet op Masjinerie en Beroepsveiligheid 6 van 1983 en die Wet op Arbeidsverhoudinge 28 van 1956. Wat die Wet op Basiese Diensvoorwaardes betref, word die betrokke



regulasies ook volledig weergegee. Die magdom regulasies ingevolge die ander twee wette moes noodwendig selektief hanteer word. Die werk bevat die algemene administratiewe en veiligheidsregulasies ingevolge die Wet op Masjinerie en Beroepsveiligheid, maar nie die groot hoeveelheid regulasies oor tegniese standaarde nie. Die regulasies ingevolge die Wet op Arbeidsverhoudinge word volledig weergegee, met dien verstande dat slegs die belangrikste aanhangsels tot die regulasies in die werk vervat is.

In verband met die Wet op Arbeidsverhoudinge verdien twee aspekte van hierdie werk besondere vermelding. Die eerste is dat die reëls van die Nywerheidshof volledig weergegee word. Tweedens vind 'n mens (233 – 237) 'n handige weergawe van die geskiedkundige verloop van die omskrywing van “onbillike arbeidspraktyk”. Aangesien die afsnydatum van hierdie werk 31 Julie 1991 was, bevat dit ongelukkig nie die onlangs afgekondigde reëls van die Arbeidsappèlhof nie (sien RK R161 van 1992-01-10 in SK 13717 van daardie datum).

Hierdie werk sal sekerlik deur almal wat op die gebied van die arbeidsreg bedrywig is, verwelkom word as 'n handige en maklik hanteerbare weergawe van die belangrikste wetgewing en regulasies op hierdie gebied.

AN OELOFSE  
*Universiteit van Suid-Afrika*

**BUTTERWORTHS FORMS AND PRECEDENTS:  
VOLUME 3: COMPANIES**

by MM KATZ and MJ BARKER

Managing Editor JP NAUDÉ

*Butterworths Durban 1991; 327 pp*

Price R165,00 (hard cover)

This work succeeds the *Butterworths South African Company Precedents Volume 3*, which appeared in 1973 and still referred to the previous Companies Act 46 of 1926.

The book is divided into two main sections. The preliminary note comprises seven chapters, the first of which contains general notes on the use of the volume. The second chapter is an introduction to company law and its sources, and also lists the intended work programme of the Standing Advisory Committee on Company Law in approximate order of priority. Chapters three to seven deal with specific aspects, namely the advantages and disadvantages of incorporation, the Companies Act 61 of 1973, acting for the pre-natal company, the company name and the birth of the company. The discussion is, for obvious reasons, focussed on practical aspects in relation to the company documents.

By far the larger part of this work consists of company precedents in both official languages. Useful explanations and comments on the particular precedent are supplied in footnotes. Reference is also made to relevant case law and to the applicable section of the Companies Act.

*Company Precedents* will undoubtedly be welcomed by lawyers concerned with the drafting of company documents.

MICHELE HAVENGA  
*University of South Africa*

**DRANKWET 27 VAN 1989**

*Juta Kaapstad Wetton Johannesburg; Oorspronklike diens 1991;  
losblad*

Prys R92,40

*Die Drankwet* is 'n verdere publikasie in Juta se reeds bekende Wetgewingsdiens. Hierdie publikasie bevat nie net die Drankwet 27 van 1989 nie, maar ook die regulasies wat daarkragtens uitgevaardig is. Die wet en die regulasies verskyn in afsonderlike afdelings in die losbladbinder. 'n Verdere voordeel is dat die wet en regulasies op teenoorstaande bladsye in Engels én Afrikaans weergegee word. Die binder bevat ook 'n afdeling wat voorsiening maak vir 'n sakeregister. Aangesien die wet op 2 April 1990 in werking getree het, word daar tans in die sakeregister slegs verwys na sommige van die belangrikste beslissings onder vergelykbare artikels van die herroepe wetgewing. Voorts is daar 'n afsonderlike afdeling waarin 'n volledige woordregister in Afrikaans en Engels vervat is.

Soos die gebruik in Juta se Wetgewingsdiens is, is die publikasie ook 'n losbladuitgawe wat deur middel van 'n hersieningsdiens op datum gehou word. Die prys van die diens hang af van die aantal bladsye wat dit behels. Die losbladuitgawe het 'n aantreklike omslag, hanteer maklik en is geset in 'n leesbare lettertipe.

*Die Drankwet* is 'n nuttige publikasie vir enige praktisyn wat op die hoogte wil bly van statutêre ontwikkelings op dié gebied. Die sakeregister is 'n waardevolle hulpbron by die gebruik van die wet en die regulasies. Die publikasie word van harte verwelkom.

INA MEIRING

*Universiteit van Suid-Afrika*

**THE INTERNAL CONFLICT OF LAWS IN  
SOUTH AFRICA**

Edited by AJGM SANDERS

*Butterworths Durban 1990; ix and 132 pp*

Price R58,30 (soft cover)

This publication consists of a selection of papers delivered at the "Colloquium on legal cultures" (1988-05-05) and the "Workshop on the internal conflict of laws" (1988-06-10) at the University of Pretoria.

Papers on the following topics are included: "The future of African customary law" by CRM Dlamini; "Towards the recognition of Islamic personal law" by S-H Hacq Nadvi; "The influence of recent legislation and constitutional changes on the application of African customary law" by JC Bekker; "The judicial application of African customary law" by NJJ Olivier; "The role of comparative law in the internal conflict

of laws" by AJGM Sanders; and "The role of legal education in the internal conflict of laws" by DP Visser.

The book contains a foreword by Sanders, a table of cases, a table of legislation as well as two appendices (KwaZulu Government Notice No 105 of 1986 and The Botswana Customary Law 51 of 1969).

E SCHOEMAN  
*University of South Africa*

*A legal rule does not cease to operate when its origins become shrouded in the mists of history. Nor does the inability of the researcher to find clues or proof of the process of creation of a legal rule entitle a modern court to substitute its own perceptions of logic and fairness for established law. That is salutary and welcome where opinions may differ about logic, and about absurdity and fairness or otherwise, matters which are not the exclusive prerogative of lawyers (per Flemming DJP in *Glass v Santam Insurance Ltd* 1992 1 SA 901 (W) 905).*



# Unlawfulness or wrongfulness in the Aquilian action: some terminological and conceptual problems

AJ Kerr

BA LL.M PhD

Professor Emeritus of Law and Honorary Research Fellow,  
Rhodes University

## OPSOMMING

### Onregmatigheid in die *actio legis Aquiliae*: sommige probleme oor terminologie en begrippe

Die woord *iniuria* in die uitdrukking *damnum iniuria datum* kan as “onregmatig” vertaal word. In die oorspronklike konteks kan die uitdrukking slegs gebruik word indien die verweerder die tipe skade veroorsaak het wat binne die raamwerk van die *lex Aquilia* val en hy nie ’n geldige verweer gehad het nie. Verskeie moderne skrywers gebruik die woord “onregmatig” om een van die elemente van die delik *damnum iniuria datum* aan te dui. Dit het tot gevolg dat daar nou gesê kan word: “Die verweerder het onregmatig opgetree maar omdat hy ’n geldige verweer gehad het, het hy nie onregmatig opgetree nie.” ’n Sin van hierdie aard is verwarrend en behoort vermy te word. Weens die geskiedenis van die uitdrukking *damnum iniuria datum* en die toepaslikheid van die woord “onregmatig” om die eindresultaat aan te dui, word aanbeveel dat die oorspronklike betekenis gehandhaaf en dat ’n ander uitdrukking in plaas van die moderne betekenis gebruik word. Sodanige uitdrukking word uiteengesit.

*Damnum iniuria datum*<sup>1</sup> may be translated as “damage unlawfully caused” or as “damage wrongfully caused”.<sup>2</sup> This example (there are others)<sup>3</sup> shows that

1 For *damnum iniuria* see, eg, *D 9 2 1pr*; *Inst 4 3pr*. Innumerable authorities use the full phrase *damnum iniuria datum*. For an example in the Appellate Division see *Matthews v Young* 1922 AD 492 504 507. Note that in *D 9 2 5 1* Ulpian says: “By *iniuria*, we must not here understand some kind of insult, as we do in connection with an action for *injuriae*, but something which is done not according to law, in short, against the law, that is to say a case in which a man kills by negligence (*culpa*) [*sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit*] . . .” (Monro’s translation).

2 Compare the translation of *iniuria* as “unlawful” in *D 9 2 1pr* by Van den Heever *Aquilian damages in South African law* (1945) 50 (Van den Heever *Aquilian damages*) and Kolbert in *Watson’s edition of the Digest of Justinian* (1985) (*Watson’s edition*) with that of the same word as “wrongful” in *Inst 4 3pr* by Thomas *The Institutes of Justinian* (1975). See also the use of “unlawful” in *Indac Electronics (Pty) Ltd v Volkskas Bank Ltd* 1992 1 SA 783 (A) 793I–794A 797D, E and “wrongful” in the same case 794C–D 796H–I.

3 Among them *Coronation Brick (Pty) Ltd v Strachan Construction Co (Pty) Ltd* 1982 4 SA 371 (D) 377D–E; *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 678F–G; Boberg *The law of delict 1 Aquilian liability* (revised reprint 1989) (Boberg *Delict*) the opening sentence on 30.

the words "unlawful" and "wrongful" may be regarded as synonymous when the Aquilian action is under discussion. Whenever either word is used in this article (in quotations the use in the original is retained and in discussion of others' points of view their terminology is often adopted) readers may substitute the other if they prefer it, as they may if either "unlawfulness" or "wrongfulness" is referred to. Whichever word is preferred difficulties are likely to be encountered in the context of the Aquilian action.<sup>4</sup> In such circumstances it is best to begin with Roman law.

When, in or about 287 BC,<sup>5</sup> *Aquilius* introduced the *plebiscitum* which later became known as the *lex Aquilia*,<sup>6</sup> it was in relatively simple terms and had three chapters<sup>7</sup> which would be called sections today. Chapter 2; which apparently concerned a joint creditor in a stipulation who intentionally caused the principal creditor loss,<sup>8</sup> became obsolete at an early date.<sup>9</sup> The text of chapters 1 and 3 is given in the *Digest* as follows:

Chapter 1:

"If anyone kills unlawfully [*iniuria occiderit*] a [slave of either sex]<sup>10</sup> belonging to someone else or a four-footed beast of the class of cattle [*pecudes*],<sup>11</sup> let him be condemned to pay the owner the highest value that the property had attained in the preceding year."<sup>12 13</sup>

- 
- 4 Both words may be used in many contexts other than that of the Aquilian action. Insulting words do not fall within the *lex Aquilia* but they are "unlawful": *D* 47 10 1pr; *Inst* 44pr. There is an overlap between some breaches of contract and the law of delict: *Lillcrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers (SA) (Pty) Ltd* 1985 1 SA 475 (A) 495I – 496H 498C – 500E. Many breaches of contract are not delicts, though they may be described as "unlawful" in the wide sense that the conduct of one of the contracting parties does not come up to the standard required by law, eg failure by a purchaser to pay the price or failure by the lessor to deliver the property let. "Unlawful" conduct in this wide sense does not fall within the topic dealt with in this article which is confined to the problem in the context of the Aquilian action.
- 5 This is the generally accepted date. Some authorities dispute it: see Zimmermann *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (1990) 955 – 957 (Zimmermann).
- 6 *D* 9 2 1pr. A *plebiscitum* was a resolution of the *concilium plebis*, the assembly of the common people: *Inst* 1 2 4. A *lex* was a statute binding all Roman citizens: *ibid*.
- 7 The statute may have had provisions additional to those of which we know: see, eg, *D* 9 2 2 1. Van den Heever *Aquilian damages* 5 thinks that this may be a later interpolation. On the other hand Crook "*Lex Aquilia*" 1984 *Athenae* 75 – 76 considers that "the '*lex Aquilia*' may have been a much longer statute than initial impressions might suggest, much having been lost beyond reconstruction".
- 8 Van Warmelo *An introduction to the principles of Roman civil law* (1976) par 561 (Van Warmelo); Zimmermann 954 957.
- 9 *D* 9 2 27 4.
- 10 Monro's translation of *seruum seruamue*. See also Van den Heever *Aquilian damages* 50. In *Watson's edition* one finds "slave or servant girl"; but it is better to translate *seruam* as "female slave", one of the meanings of the word. If the person in question was not a slave she would not "belong to some-one else" nor be "property" with a "value" in the preceding year.
- 11 This class included cattle, sheep, goats, horses, mules, asses and pigs: *D* 9 2 2 2. It did not include dogs or wild animals: *ibid*. The statute did, however, apply to animals which, though wild by nature, are used as draft animals, eg, elephants and camels: *ibid*.
- 12 *D* 9 2 2pr. Unless otherwise indicated, all translations of the *Digest* are from *Watson's edition*.
- 13 Pauw "Once again on the origin of the *lex Aquilia*" 1978 *SALJ* 189 advances the view that this phrase set a maximum and did not mean that the highest value in the preceding year was automatically granted. For a discussion of the possible reasons for the reference to the preceding year see Zimmermann 961 – 962.

## Chapter 3:

"In the case of all other things apart from slaves or cattle<sup>14</sup> that have been killed, if anyone does damage to another by wrongfully burning, breaking, or spoiling his property [*quod usserit fregerit ruperit iniuria*],<sup>15</sup> let him be condemned to pay to the owner whatever the damage shall prove to be worth in the next thirty days."<sup>16</sup>

Earlier, in the *Twelve Tables*, there had been a reference to the fact that if a thief came by night and was killed, the killing was considered to be lawful, *iure*.<sup>17</sup>

It seems that *culpa* (used in an extended sense to include both *dolus* and *culpa* in the narrower sense of negligence)<sup>18</sup> was not a requirement when the *lex Aquilia* was first introduced.<sup>19</sup> Hence there were at that time two fundamental questions: (i) Did the act complained of fall within the meaning of the terms *occidere*, *urere*, *frangere* or *rumpere* and (ii) did the defendant have a good defence,<sup>20</sup> for example, had he killed a thief who came by night? If he had

14 See fn 9 above for the meaning of the word "cattle". On the possible history of the opening phrase of ch 3, see Zimmermann 959–961.

15 Linguistically *frangere* and *rumpere* are similar in meaning though *frangere* may more strongly suggest a fracture and *rumpere* a breaking through or bursting or destroying. Daube "On the Third Chapter of the *lex Aquilia*" 1936 *LQR* 255–260, followed by Watson *The law of obligations in the later Roman republic* (1965) 244–245 and commented on by Zimmermann 964–966, suggests that the words echo those used in the *Twelve Tables* where *os fractum* referred to a broken bone and *membrum ruptum* to a wound. The linguistic distinction becomes unimportant when *rumpere* is interpreted, as it soon was, as *corrumpere* (*D* 9 2 27 13; *Inst* 4 3 13), because *corrumpere* refers to all forms of physical damage: Daube 1936 *LQR* 265–266; Watson 245; Pauw 1978 *SALJ* 189; Van Warmelo par 562; Thomas *Textbook of Roman law* (1976) 367; Zimmermann 983–987.

16 *D* 9 2 27 5. For difficulties concerning the interpretation of ch 3, see Zimmermann 962–969.

17 Riccobono *Fontes iuris Romani ante Justiniani pars prima* (1941) 57 gives the text: *Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*. Scott translates as follows: "Where anyone commits a theft by night, and having been caught in the act is killed, he is legally killed." (Scott puts this in Table 2 but Riccobono in Table 8.) Another translation, of whose author I do not have a note, reads: "If a theft is committed at night and the owner kills the thief, the killing is deemed lawful." As the word in the text is *iure*, "lawfully" appears to be better than "legally", though the words have much in common. The rule was modified later. Thus Gaius (*D* 9 2 4 1) says: "The law of the Twelve Tables permits one to kill a thief caught in the night, provided one gives evidence of the fact by shouting aloud, but someone may only kill a person caught in such circumstances at any other time if he defends himself with a weapon, though only if he provides evidence by shouting." So also Ulpian in *D* 9 2 5 *pr*: "[I]f for fear of death someone kills a thief, there is no doubt that he will not be liable under the *lex Aquilia*. But if, although he could have acted unlawfully (*injuria*), and therefore he will also be liable under the *lex Cornelia*." On the *lex Cornelia de sicariis* see *Inst* 4 18 5.

18 On the point that in delict *culpa* had a wider as well as a narrower meaning, see Buckland *A text book of Roman law from Augustus to Justinian* (1963) revised by Stein 556 fn 3; Zimmermann 1004–1007; MacCormack "Aquilian *culpa*" in Watson (ed) *Daube noster* (1974) 201; Beinat "The relationship of *injuria* and *culpa* in the *lex Aquilia*" 1952 (1) *Studi Arancio-Ruiz* 281–285. MacCormack considers that "negligence" is not altogether appropriate as a translation of "culpa" in the narrower sense, but it is the most usual one (for an example see *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* 1991 4 SA 559 (A) 571A 575E–G) and it has to be borne in mind that Gaius said: *Imperitia culpa adnumeratur* (*D* 50 17 132). See also *Inst* 4 3 7.

19 Van Zyl *History and principles of Roman private law* (1983) 340; MacCormack 201.

20 Zimmermann 998–999; Beinat 289. Beinat, referring to the manner in which "the term *injuria* is expounded in title 9 2 of the Digest", says: "To Ulpian it . . . appears that the main significance of the earlier meaning of *injuria* was to explain the older defences."



committed an act within the statute and had no valid defence he had acted unlawfully. It may be noted that owing to the nature of the acts which fell within the terms of the statute when first introduced, questions of causation and of loss did not need to be discussed.

In classical times *rumpere* was interpreted as *corrumpere*,<sup>21</sup> so if the other requirements were met, many more acts fell within the *lex Aquilia*; the scope of the action was extended by *actiones in factum* and *actiones utiles*;<sup>22</sup> the word *iniuria* continued to be used;<sup>23</sup> and *culpa* in the extended sense referred to in the previous paragraph became a requirement. To what extent there was an overlap between *iniuria* and *culpa*<sup>24</sup> is a question on which authorities differ. Zimmermann<sup>25</sup> says with regard to classical law:<sup>26</sup>

“This more refined criterion [whether or not the defendant had in fact behaved as he should have behaved] must soon have superseded or swallowed the older concept of *iniuria*: *damnum iniuria datum* was replaced, for all practical purposes, by *damnum culpa datum*. And, indeed, as long as the notion of *culpa* was not converted into the equivalent of our modern idea of negligence, it was perfectly possible to make it cover the same ground as the earlier ‘*iniuria*’ concept.”

If this is correct there was little, if any, room for two separate requirements for the *actio legis Aquiliae*: (i) *iniuria* and (ii) *culpa*. Beinart,<sup>27</sup> on the other hand, says that the influence in classical as well as Justinian’s law of the earlier meaning of *iniuria*

“was much greater than is generally imagined. Not only did it truly lie at the base of many of the *faits d’excuse*, but it acted in a more positive way in relation to the exercise of private right”.

Some support for Beinart is to be found in the use of both the terms *iniuria* and *culpa* in the discussion in Justinian’s *Institutes*.<sup>28</sup> Hence it appears that in Roman law, as in modern law, a distinction may be made between *iniuria* and *culpa* in the wide sense.

The Roman-Dutch writers do not enter into the question under discussion here in any detail. Grotius<sup>29</sup> says that

”[d]elict is an act or omission which is from its own nature unlawful or which is prohibited by some law”.

21 On *corrumpere* see fn 15 above.

22 Eg, *D* 9 2 7 3; 9 2 7 6; 9 2 9 3; 9 2 11 1 (*actiones in factum*); 9 2 27 9 (*utilis actio*).

23 See, eg, *D* 9 2 3 where Ulpian says that “the killing [of a slave] must be unlawful [*iniuria*]; for killing alone is not enough; it must be done unlawfully [*iniuria*]”.

24 That there was a considerable overlap is clear from the fact that some texts refer to the delict as *damnum culpa datum*: *D* 9 2 5 1; 44 7 34pr; 47 10 1pr; 47 10 15 46.

25 1006.

26 On the point that this is the period referred to, see 1004.

27 301.

28 Book 4, the whole of title 3. To give one example: if *iniuria* had been replaced by *culpa*, the three joint authors would not have written in *Inst* 4 3 2: *Iniuria autem occidere intellegitur, qui nullo iure occidit*.

29 Lee’s translation of *Inleidinge* 3 32 3. The original is: *Misdaet is een doen ofte laten, zijnde uit zich zelve ofte door eenige wet ongeoorloft*. See also *idem* 3 32 12; 3 33 2; 3 33 7–9. In *De iure belli ac pacis* 2 17 1 Grotius says (Kelsey’s translation): “By a wrong [*maleficium*] we here mean every fault [*culpam omnem*], whether of commission or of omission, which is in conflict with what men ought to do, either from their common interest or by reason of a special quality. From such fault, [*culpa*] if damage has been caused, by the law of nature an obligation arises, namely, that the damage should be made good.” On the “natural” law of delict, see further Zimmermann 1032.

Groenewegen<sup>30</sup> refers to “a person who culpably inflicted damage” as liable under the *actio legis Aquiliae*. Voet follows the *Digest*.<sup>31</sup> Van der Keessel appears to adopt the same approach though he does not confine himself to one form of words.<sup>32</sup> Van der Linden<sup>33</sup> disposes of the whole question of delictual responsibility for damage to property in a single sentence in which he refers to the *Digest* text on the *lex Aquilia* and to Grotius.

Modern authorities divide the requirements for liability into a number of categories. That loss (or harm or damage) is one of them seems to be agreed by all.<sup>34</sup> Some regard causation as a single category with two sub-divisions;<sup>35</sup> others as two separate requirements;<sup>36</sup> a third view is that either approach is acceptable.<sup>37</sup> <sup>38</sup> Authorities differ markedly on the remaining requirements. Believing that the requirement of *dolus* or *culpa* involves a finding that “the act complained of must be wrongful”, McKerron<sup>39</sup> prefers only one other category, namely “fault on the part of the defendant”; Boberg<sup>40</sup> two: (i) “a wrongful act or omission” and (ii) “fault”; and Van der Walt,<sup>41</sup> Van der Merwe and Olivier,<sup>42</sup> Neethling, Potgieter and Visser,<sup>43</sup> and Visser<sup>44</sup> three: (i) wrongfulness, (ii) an act (or “conduct”), and (iii) fault.<sup>45</sup>

It seems to be clear that in modern law the words “unlawful” and “wrongful” are being used in two different senses. The first, as in the translation of *iniuria in damnum iniuria datum*<sup>46</sup> and in the description in Boberg<sup>47</sup> of a delict as a “civil wrong”, refers to the overall result when all the separate elements (or requirements), including the absence of a defence,<sup>48</sup> are present. In this

30 *Ad Inst* 4 3 9 and 15 (Beinart’s translation vol 1 88). The original is: *qui culpa damnum dedit*.

31 Compare, eg, Voet 9 2 4 and 9 2 6 with *D* 9 2 2pr and 9 2 27 5.

32 See his discussion of the texts in Grotius referred to in fn 29 above.

33 *Institutes* 1 16 5.

34 For references see the following footnotes.

35 Van der Walt 8 *LAWSA* par 46–49 (Van der Walt).

36 Visser in Hutchison (ed) *Wille’s principles of South African law* (1991) 645 650 655 (Visser in *Wille’s principles*).

37 Neethling, Potgieter and Visser *Law of delict* (1990) 4 fn 9 (Neethling, Potgieter and Visser).

38 McKerron *The law of delict* (1971) (McKerron) does not mention causation at 13 but lists it at 52.

39 13.

40 *Delict* 24.

41 Par 18 19 35 36.

42 *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 24 (Van der Merwe and Olivier).

43 4.

44 In *Wille’s principles* 647.

45 Van der Walt lists wrongfulness first, conduct second, and fault third while Van der Merwe and Olivier, Neethling, Potgieter and Visser, and Visser in *Wille’s principles* list an act (or conduct) first, wrongfulness second and thereafter fault (the first two works have fault third whereas Visser lists it fourth after factual causation). For references see fn 41–44.

46 See above fn 1 and 2.

47 *Delict* 1, the opening sentence.

48 Some defences have been described as “general defences excluding or limiting liability” (McKerron 58) or as “recognised defences” (Boberg *Delict* 645) or as “stereotyped defences” (Burchell *The law of defamation in South Africa* (1985) 205); or as “grounds of justification” (Van der Walt par 26; Neethling, Potgieter and Visser 61; Visser in *Wille’s principles* 660). It must be remembered, however, that the proof of the absence of any element, eg of the absence of *culpa* or of a causal link or of loss, can be described as a “defence”. It also needs to be noted that the phrase “grounds of justification” is open to criticism in that it assumes that there is something to be “justified”.

sense to say that the defendant acted "unlawfully" or "wrongfully" is to say that he committed a delict within the scope of the *lex Aquilia* in its modern form and is liable to the plaintiff.

The second sense in which the words are used in modern law is to describe one only of the elements, or requirements, of liability under the *lex Aquilia* in its modern form.<sup>49</sup> Thus Van der Walt says:<sup>50</sup>

"Wrongfulness is not part of the requirement that the defendant's conduct must have been intentional or negligent; the question as to the wrongfulness or not of the defendant's conduct is logically anterior to the question of the existence of fault on the part of the defendant. Only when it has been established that the defendant has acted wrongfully, does the question arise whether the objectively wrongful conduct can be imputed to the defendant. The imputation of accountability for wrongful conduct is founded on the existence of intent or negligence on the part of the defendant."

In delict, as in all other branches of the law, confusion is likely to result if the same word is used for two different concepts. This may be illustrated by the following sentence which is a contradiction in terms: "The defendant's conduct was unlawful; but because of the absence of one or more of the other elements of the delict his conduct was not unlawful and he is not liable to the plaintiff in damages." Such a statement, which is the logical outcome of present usage, should be avoided even by lawyers who know that in the statement the first time the word "unlawful" is used, it is to be understood in the second sense described above and the second time it is used, it is to be understood in the first sense described above. There is a similar contradiction in terms if one says that "the defendant's act was unlawful but justifiable in law".

If clarity of thought and exposition is to be achieved, one or other of the senses in which "unlawful" or "wrongful" is used, should be abandoned. The first sense referred to above should be retained because of the antiquity of the phrase *damnum iniuria datum* and the suitability of the use of the words "unlawfully" or "wrongfully" to describe the overall result when it has been determined whether or not all the elements (including the absence of a stereotyped defence) are present. Thus in *Mabaso v Felix*<sup>51</sup> the court pointed out<sup>52</sup> that "the unlawfulness or otherwise of the defendant's alleged wrongdoing is a legal issue" and then went on to show that if a defendant raises a plea of self-defence, the *onus* of proving the facts on which he relies, is on him.<sup>53</sup> If the defendant succeeds in proving, on the facts, that he was entitled to take the action he did he has acted lawfully, as the *Twelve Tables* said.<sup>54</sup> Had the defendant in *Mabaso's* case succeeded in discharging the *onus* of proof (which he did not) and the situation had then been analysed, the result would have been that there were the following elements of a delict: (i) conduct of a kind which the law regards as falling within the scope of the *lex Aquilia* in its modern form (he shot the plaintiff in both legs); (ii) intention (he intended to do what he did); (iii) causation; and (iv) harm to the plaintiff; but, had he discharged the *onus*

49 The words may be used to describe the act as "a wrongful act" (McKerron 13; Boberg *Delict* 24) or to describe a separate element which has a status similar to that of the other elements (Van der Walt par 18 19; Van der Merwe and Olivier 24; Neethling, Potgieter and Visser 4; Visser in *Wille's principles* 647.

50 Third par of par 19.

51 1981 3 SA 865 (A).

52 874G - H.

53 875G - H.

54 See the concluding sentence in par 2 above.



of proof, he would have shown that he had a valid defence and, on an overall view, that he had acted lawfully.

Similarly, in *Minister of Forestry v Quathlamba (Pty) Ltd*<sup>55</sup> a fire, which was not started by the appellant (defendant in the court below), broke out on appellant's property. After discussing the circumstances, Ogilvie Thompson CJ said:<sup>56</sup>

"Once [an owner or occupier of landed property in a rural area which is either personally or through his servants under his control] becomes aware that fire has broken out on or spread to his property, and he foresees or ought reasonably to have foreseen, the likelihood that, if not controlled or extinguished, it might spread to and cause damage to or on another's property . . . our law requires him, with such means as are at his disposal, to take reasonable steps to control or extinguish the fire."

Having thus determined that the omission was conduct of a kind which the law regards as falling within the scope of the *lex Aquilia* in its modern form ("our law requires him"), the court went on to enquire whether, on the facts, the appellant had failed to take the reasonable steps referred to. It found that the appellant had not been negligent<sup>57</sup> and was not liable to the plaintiff. This can be expressed as saying that on an overall view he had not acted unlawfully, he had not committed a delict.

The approach in the majority opinion<sup>58</sup> in *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost*<sup>59</sup> shows clearly that the court considered separately (i) whether the conduct complained of was of a kind which the law regards as falling within the scope of the *lex Aquilia*;<sup>60</sup> and (ii) whether the appellant (defendant in the court of first instance) had been negligent.<sup>61</sup> In *Hamman v Moolman*<sup>62</sup> the Appellate Division had suggested, *obiter*, that negligent misrepresentation inducing a contract was not actionable in delict. In the *Bayer South Africa* case, however, Corbett CJ, after analysing the position, said:<sup>63</sup>

"I hold that in principle a negligent misstatement may, depending on the circumstances, give rise to a delictual claim for damages at the suit of the person to whom it is made, even though the misstatement induced such person to enter into a contract with the party who made it."

Following this authoritative pronouncement on the fact that conduct of this kind falls within the scope of the *lex Aquilia* in modern times (that is, is unlawful in the second sense referred to above) the learned Chief Justice continued:<sup>64</sup>

- "In the light of the foregoing principles the questions which arise in this case are:
- (1) whether appellant's representatives made the statements attributed to them in respondent's pleadings;
  - (2) whether these statements were materially false;

55 1973 3 SA 69 (A).

56 81G - H.

57 This is the word used at 83G - H in relation to non-statutory law and at 84ff in so far as the presumption in s 23 of the Forest Act 72 of 1968 was concerned.

58 Corbett CJ, Friedman and Preiss JJA. Those in the minority (Kumleben and Hefer JJA) agreed that a negligent misstatement inducing a contract gives rise to a cause of action in appropriate circumstances (576A - B 585G), but considered that in the case before the court there had been no negligent misstatement (576A 585G - H).

59 1991 4 SA 559 (A).

60 566G - 570F.

61 571A 575E - F.

62 1968 4 SA 340 (A) 347H - 348H.

63 570D - E.

64 570I - 571B.

- (3) whether there rested upon appellant's representatives a legal duty to take reasonable steps to ensure that the statements made were correct (this being pertinent to the question of unlawfulness);
- (4) whether appellant's representatives failed to carry out this legal duty, ie acted negligently in the making of the statement; and
- (5) if appellant's representatives did negligently fail in the carrying out of the legal duty referred to in (3) above, whether such failure caused respondent's loss."

Question (1) relates to the conduct of appellant's representatives, and (2) to the truth or falsity of the statements, while (4) and (5) deal with the requirements of negligence, causation and loss. Loss had been common cause from the beginning,<sup>65</sup> and causation was "not really in dispute";<sup>66</sup> but something more needs to be said about (3).

That "unlawfulness" in (3) is to be understood in the first of the senses referred to above (that is as referring to the overall result), appears from the fact that when he came to discuss the question of the "[l]egal duty (unlawfulness)"<sup>67</sup> the learned Chief Justice said that in the circumstances of the case before the court there was a legal duty on the appellant's representatives to take reasonable steps to ensure that the representations were correct, and added:<sup>68</sup>

"A failure on appellant's part to take reasonable steps to ensure the accuracy of its representation (ie negligence) would consequently render its conduct unlawful."

Here "unlawful" seems to refer to the final outcome: *if* the only other element of the delict<sup>69</sup> which was in dispute (negligence) was present,<sup>70</sup> the appellant (defendant in the court of the first instance) had committed a delict and was liable to the respondent (plaintiff in the court of first instance).<sup>71</sup>

Instances of the use of "unlawfulness" or "wrongfulness" in the second sense referred to above are likely to be found in cases on exception, the facts in such cases not yet having been established and the overall result not being in issue. An example is *Indac Electronics (Pty) Ltd v Volkskas Bank Ltd*.<sup>72</sup> The

65 564J.

66 575G per Corbett CJ.

67 574J.

68 575D.

69 Including the absence of a stereotyped defence: see 568B – D where the learned Chief Justice first referred to the elements required to establish a *prima facie* cause of action and then went on to say: "The defendant may, of course, have some special defence in law . . ."

70 The facts and the question whether the kind of conduct fell within the scope of the *lex Aquilia* had already been dealt with. Causation was yet to be mentioned (575G – I) but was not really at issue (575G).

71 "Unlawful" in the statement last quoted (575D), does not appear to have been used in the second sense because at this point the learned Chief Justice was not making a statement about the kind of conduct which the law regards as falling within the scope of the *lex Aquilia* (that had been dealt with at 570D – E), but was dealing with the facts of the case before the court which placed a legal duty upon the appellant (574I – J), and was about to go on to enquire (575E – G) whether or not the appellant's representatives had been negligent. Hence, as stated in the text above, "unlawful" seems to refer to the final outcome. This is in line with what the learned Chief Justice said (570E – F): "There is no ready formula for determining unlawfulness. Each case must be decided on its own facts in the light of the principles discussed in *Administrateur, Natal [v Trust Bank van Africa Bpk 1979 3 SA 824 (A)]* at 832H – 833B . . ." When a case is "decided on its own facts", clearly what is being decided is the final outcome and not the presence or absence of one of the elements of the delict, which element, if one adopts Van der Walt's approach (see the quotation fn 50) has to be determined *before* the question of fault is dealt with.

72 1992 1 SA 783 (A).

question which arose for decision was (in the words of Vivier JA, with whom Joubert, Hefer, Goldstone and Van den Heever JJA concurred)<sup>73</sup>

“whether a collecting banker, who negligently collects payment of a cheque on behalf of a customer who has no title thereto, can be liable under the *lex Aquilia* for pure economic loss sustained by the true owner of the cheque who is not its customer”.

After noting that it had long been thought that earlier decisions in lower courts had answered this question in the negative,<sup>74</sup> that courts in Zimbabwe had answered it in the affirmative,<sup>75</sup> and that the change introduced in *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk*<sup>76</sup> needed to be borne in mind,<sup>77</sup> Vivier JA said:<sup>78</sup>

“There can now be no reason in principle why a collecting banker should not be held liable under the extended *lex Aquilia* for negligence to the true owner of a cheque, provided all the elements or requirements of Aquilian liability have been met. . . In a situation such as the present a delictual action for damages would accordingly be available to a true owner of a cheque who can establish (i) that the collecting banker received payment of the cheque on behalf of someone who was not entitled thereto; (ii) that in receiving such payment the collecting banker acted (a) negligently and (b) unlawfully; (iii) that the conduct of the collecting banker caused the true owner to sustain loss; and (iv) that the damages claimed represent proper compensation for such loss . . .

In the case before us only the element of unlawfulness is presently in issue: the exception has been taken solely on the ground that the facts alleged by the plaintiff do not give rise to a legal duty on the part of the defendant not to act negligently so that the defendant’s conduct as the collecting banker was consequently not unlawful.”

The learned judge then referred to a number of policy considerations<sup>79</sup> which favoured the recognition of the existence of a legal duty in the circumstances under consideration<sup>80</sup> and said:<sup>81</sup>

“However, at the stage of deciding an exception a final evaluation and balancing of relevant policy considerations which have been mentioned above should not be undertaken.”

Clearly, in this case the court was concerned with the question whether the kind of conduct referred to fell within the scope of the *lex Aquilia*, not with the overall result in the case then before the court.

I suggest that when modern authorities, using the words in the second of the senses indicated above, ask whether conduct, whether it be an act or omission, is “unlawful” or “wrongful”, a better approach is to ask if the conduct is of a kind which the law regards as falling within the scope of the *lex Aquilia* in modern times,<sup>82</sup> something achieved in regard to the *lex Aquilia* in Roman times by enquiring whether the act or omission fell within the meaning of the

73 789D.

74 789E–792E.

75 792E–796B.

76 1979 3 SA 824 (A).

77 796F–797A.

78 797A–E.

79 797F–800A.

80 801A.

81 801B.

82 Thus Visser in *Wille’s principles* 648 correctly says of wrongfulness used in the second sense referred to above (emphasis added): “[T]he purpose of this element is to determine only whether society disapproves of the type of damage producing conduct in general, without, if it does disapprove, thereby deciding that the defendant will necessarily be liable, that being a matter which depends on all the elements of the delict being present.”



words *occidere, urere, frangere* and *rumpere* or, later, *corrumpere*.<sup>83</sup> Hence it is both possible and desirable to abandon the use of the words “unlawful” or “wrongful” when the second of the meanings indicated above is in issue. Thus using the word “unlawfully” in the first of the senses indicated above and avoiding the use in the second sense, it can be said that one who by conduct of a kind which the law regards as falling within the scope of the *lex Aquilia* in its modern form intentionally or negligently causes harm to another is, unless he is able to raise a defence, liable to that other in damages. Such a person may be said to have acted unlawfully.

The above exposition, limited as it is to article length, does not exhaust all that needs to be said about unlawfulness. In particular, it does not discuss all the cases in which the boundaries of conduct falling within the scope of the *lex Aquilia* have been, or are sought to be, extended, cases which many authorities discuss under the heading “unlawfulness”. Rather, the above lays the foundations for a subsequent enquiry or subsequent enquiries, into such topics, or into aspects of such topics, in future.

---

83 See par 3 and 4 above.

#### 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

# Kredietdiskriminasie

L Jacobs

*BCom BLC LLB*

*Lektrise in die Handels- en Arbeidsreg, Universiteit van Pretoria*

NJ Grové

*BA LLM LLD*

*Professor in die Privaatreg, Universiteit van Pretoria*

## SUMMARY

### Credit discrimination

Credit plays a vital role in a free-market economy, since it enables a person who has energy and a spirit of enterprise, but lacks capital, to compete in the economy with others who have access to the necessary capital. A lack of capital largely excludes one from participating in the free market. For this reason most of the free-market democracies legislate against credit discrimination. Thus, for example, the United States Federal Equal Credit Opportunity Act prohibits discrimination against applicants for credit on the ground of race, colour, religion, natural origins, sex, marital status, age or receipt of public assistance benefits. The American experience may be of some assistance when proposals for a South African solution to this problem are eventually made.

## 1 WIE KWALIFISEER VIR KREDIET?

Daar word algemeen aanvaar dat 'n persoon nie op krediet aanspraak kan maak as gevolg van die een of ander inherente eienskap wat elke mens sou besit nie.<sup>1</sup> 'n Persoon kan andere slegs op grond van sy kredietwaardigheid oorreed om aan hom krediet te verleen. Die begrip "kredietwaardigheid" kan uit twee verskillende gesigspunte benader word. Uit die oogpunt van 'n kredietopnemer meet hy sy eie kredietwaardigheid aan sy vermoë om goedere en dienste op krediet te bekom. Uit die oogpunt van die kredietgewer word die kredietopnemer se kredietwaardigheid gemeet aan die vertroue wat die kredietopnemer by die kredietgewer opwek dat eersgenoemde oor (a) die wil en (b) die vermoë beskik om die krediet te kan terugbetaal.<sup>2</sup>

Vir 'n kredietgewer om te bepaal of 'n kredietopnemer wel oor die wil en die vermoë beskik om krediet te kan terugbetaal, word kredietinligting benodig. Dit bestaan gewoonlik uit die status van die kredietopnemer, sy of haar inkomste, werk, woonplek, bates, betalingsrekords en kredietverwysings asook verpligtinge waaraan nog nie voldoen is nie.<sup>3</sup> Hierdie inligting kan uit diverse bronne

1 Sien Klopper *Die beskerming van kredietwaardigheid in die Suid-Afrikaanse reg* (LLD-proefskrif UOVS 1985) 14. Sien ook in die algemeen McQuoid-Mason *The law of privacy in South Africa* (1978) 195 ev.

2 Klopper 14.

3 *Idem* 25 – 27.

bekom word, byvoorbeeld van die voornemende kredietopnemer self, van kredietburo's en van ander instansies en instellings wat voorheen aan die voornemende kredietopnemer krediet verskaf het.<sup>4</sup>

Diverse regspolitiese oorwegings kom ter sprake in die proses van insameling, prosessering en verspreiding van kredietinligting.<sup>5</sup> Eerstens is dit regtens relevant hoe hierdie inligting bekom word. Tweedens is dit regtens belangrik dat slegs relevante inligting aangewend word om te bepaal of 'n persoon kredietwaardig is. Derdens moet 'n voornemende kredietopnemer tot kredietrekords toegang hê ten einde die inligting wat daarin vervat is, te kan verifieer. Vierdens is dit belangrik dat beheer uitgeoefen word oor die verspreiding van hierdie inligting.<sup>6</sup>

Hieronder word 'n enkele aspek behandel wat op die aangeleentheid betrekking het, naamlik watter inligting regtens relevant behoort te wees by die beoordeling van 'n persoon se kredietwaardigheid.

## 2 KREDIETDISKRIMINASIE

### 2 1 Algemeen

'n Verbruiker se toegang tot krediet is 'n belangrike ekonomiese bate.<sup>7</sup> Hoe meer krediet in 'n betrokke gemeenskap beskikbaar is en aangewend word, hoe meer afgesonderd word 'n lid van daardie gemeenskap wat nie tot krediet toegang het nie. In vergelyking met ander lede van 'n gemeenskap, wie se vermoë om duursame verbruikersartikels aan te koop moontlik gemaak word deur hulle toegang tot krediet, is 'n persoon wat hiervan uitgesluit word effektief in 'n staat van armoede.<sup>8</sup> Derhalwe is dit nie vreemd nie dat die faktore wat in ag geneem moet word indien 'n persoon se kredietwaardigheid beoordeel word, regtens onder die soeklig gekom het.

4 McQuoid-Mason 197.

5 Sien by *Consumer credit in the United States: Report of the National Commission on Consumer Finance* (1972) (voorsitter IM Millstein) (hierna die Millstein-verslag) wat hulle soos volg hieroor uitlaat: "The future of consumer credit will be materially affected by the nature and control of the information system." Die betrokke kwessie is al in 1967 deur die *Report on the Committee of Inquiry into the Usury Act* (voorsitter DG Franzsen) (hierna die Franzsen-verslag) behandel (7): "The problem of excessive credit extension to irresponsible consumers who often try to obtain as much credit as possible from as many institutions as possible, may, however, possibly be combated by means of a system of credit rating through which the credit histories of prospective customers can be better determined than is at present possible . . . It would appear, therefore, that money-lenders and credit grantors could devote more attention to the establishment of a uniform and country-wide system of credit rating."

6 McQuoid-Mason 198; Neethling *Persoonlikheidsreg* (1991) 282–289.

7 Sien Klopper 249 wat kredietwaardigheid as 'n afsonderlike immateriële regsgoed beskou. Die betrokke afleiding regverdig hy uit die wyse waarop die howe aan die benadeelde beskerming verleen het waar 'n aantasting van kredietwaardigheid plaasgevind het. Sien *Piering v Bridger* 1884 CLJ 289; *Conroy v Bennett* 1886 HCG 201; *Pickard v SA Trade Protection Society* 1905 22 SC 89; *Coomer v Moorosi* 1936 EDL 233; *Hain v De Nederlandsche Bank voor Zuid-Afrika* 1924 WLD 139; *Van Vliet's Collection Agency v Schreuder* 1939 TPD 265; *Inforna Confidential Reports (Pty) Ltd v Abro* 1975 2 SA 760 (T); *Kritzinger v Perskorporasie van SA (Edms) Bpk* 1981 2 SA 373 (O); *Suttonmere (Pty) Ltd v Hills* 1982 2 SA 74 (N). Sien Neethling 18 ev.

8 Goode "Introductory survey" in Goode (red) *Consumer credit* (1978) 99 (hierna Goode *Consumer credit*).



In Suid-Afrika bestaan daar tans geen statutêre of gemeenregtelike basis waarop kredietgewers verplig kan word om nie by kredietverlening te diskrimineer nie. Inteendeel, een van die hoekstene van kontrakteervryheid is die feit dat 'n persoon nie gedwing kan word om te kontrakteer nie.<sup>9</sup> Die redes waarom 'n persoon nie wil kontrakteer nie is regtens irrelevant.

Aan die ander kant is dit egter so dat die regering van die dag probeer om die vryemarkstelsel in Suid-Afrika uit te bou. Om dit te bewerkstellig, sal alle bevolkingsgroepe dieselfde toegang tot die voordele van die vryemarkstelsel moet hê. Dit beteken onder andere toegang tot krediet. Daarsonder is dit bykans onmoontlik om woonhuise en ander duursame verbruikersartikels te bekom in tye waar inflasie en negatiewe reële beleggingsrentekoerse aan die orde van die dag is.<sup>10</sup>

Regspolities behoort geen finansiële instelling 'n voornemende kredietopnemer krediet te weier op gronde wat nie met kredietwaardigheid verband hou nie. So behoort ras, geslag, godsdienslike oortuigings, nasionaliteit of ouderdom (uitgesonderd jeugdigheid) nie 'n rol te speel by die vraag na kredietwaardigheid nie.

'n Aantal Suid-Afrikaanse finansiële instellings se kredietaansoekvorms is nagegaan. Vrae oor ras, geslag, inkomste van eggenoot (waar daar nie op die inkomste staatgemaak word vir doeleindes van kredietwaardigheid nie), nasionaliteit en getal kinders kom in talle van die aansoekvorms voor. Die enigste sinvolle afleiding wat gemaak kan word, is dat die gegewens wat uit die antwoorde op dié vrae ingewin word wel 'n invloed het op kredietgewers se besluite om krediet toe te staan of nie.

Die vraag ontstaan of dit toelaatbaar behoort te wees dat kredietgewers inligting van dié aard gebruik (of misbruik) om sekere klasse kredietgewers toegang tot krediet – en in 'n groot mate toegang tot die vryemarkstelsel – te weier. 'n Hele aantal Westerse regstelsels bepaal dat 'n afwysing van krediet nie op hierdie inligting gebaseer mag word nie en het wetgewing in dié verband aanvaar. Soos Goode<sup>11</sup> tereg opmerk: “There is thus a growing movement towards statutory protection for the consumer in gaining access to the credit market.”

## 2 2 Die begrip “kredietdiskriminasie”

Soos reeds vantevore gemeld is, kan 'n individu nie eis dat krediet aan hom verskaf word nie.<sup>12</sup> Krediet word verleen aan persone wat kredietwaardig is.<sup>13</sup> Wanneer kan daar dus van kredietdiskriminasie gepraat word?

9 Sien *Levin v Drieprok Properties (Pty) Ltd* 1975 2 SA 397 (A) 407 waar Corbett AR goedkeurend verwys na die volgende aanhaling: “Moreover, as pointed out in *American Jurisprudence* 2nd ed, vol 17, s 42 – ‘. . . everyone has a right to select and determine with whom he will contract and another cannot be thrust upon him without his consent, regardless of whether the offeror had special reasons for contracting with the offerree rather than with someone else’.”

10 Sien *Financial Mail* (1988-11-27). Sien die *Report on the Committee on Consumer Credit* (voorsitter Lord Crowther) (hierna die Crowther-verslag) Cmnd 4596 par 3 2 5: “The use of consumer credit for this purpose [eg the accumulation of ‘capital equipment’] confers various benefits on the borrower. First, it enables individuals to enjoy services of consumer durable goods sooner than they otherwise would and in a period of inflation offers them a real prospect of acquiring them more cheaply.”

11 *Consumer credit* 61.

12 Millstein-verslag 151: “The Commission views credit not as an universal right, but as a privilege for the deserving.” Sien ook Klopper 14.

13 Sien *supra* par 1.

Webster se *Third new international dictionary of the English language*<sup>14</sup> verskaf twee definisies vir die woord "discriminate" of dan diskriminasie:

"a. [T]o make a distinction: distinguish accurately . . . to use discernment of good judgment . . .

b. to make a difference in treatment or favor on a class or categorical basis in disregard of individual merit."

Beide bogenoemde betekenisse van die woord "diskriminasie" is vir hierdie ondersoek van belang. Daar bestaan geen twyfel nie dat dit in die belang van alle kredietgewers en -opnemers is om persone wat kontrakbreuk gaan pleeg vroegtydig te identifiseer. In die afwesigheid van slegte skulde sal die koste van krediet vir alle gebruikers verlaag.<sup>15</sup> Die ideaal behoort te wees dat stelsels ontwikkel word ingevolge waarvan persone se kredietwaardigheid op 'n individuele basis beoordeel kan word. Tans is dit egter nie die geval nie. 'n Persoon se kredietwaardigheid word beoordeel met verwysing na die groep waarvan hy deel vorm. Groepe bestaan uit kredietopnemers wat op sterkte van sekere eienskappe saamgevoeg is. Kredietkeuring vind dus op 'n groepsbasis plaas. Indien kredietgewers in staat sou wees om in elke individuele geval betalings van wanbetalers te onderskei, sou diskriminasie op 'n groepsbasis nie nodig gewees het nie.

Die persoonereg leer dat dit regspolities geoorloof is om tussen groepe regs-subjekte te onderskei indien die gronde vir die onderskeid juridies relevant is.<sup>16</sup> So word onder andere onderskei tussen minderjarige en volwassenes, geestesgebreklike en geestesgesondes, solvente en insolvente persone, misdadigers en nie-misdadigers. In al hierdie gevalle is daar juridies relevante redes waarom groeperings van dié aard bestaan. Wat kredietverskaffing betref, is daar vorme van kredietdiskriminasie tussen groepe wat juridies wel regverdigbaar is.

'n Analogie kan hier met die versekeringsbedryf getrek word. So word gevind dat 'n familie met 'n enkelkind wat almal dieselfde motorvoertuig gebruik meer vir korttermynmotorversekering betaal indien die kind 'n seun is as in die geval waar die kind 'n dogter is.<sup>17</sup> Dit is so omdat aktuariële getuienis aandui dat jong mans oor die algemeen meer motorongelukke veroorsaak as jong vroue. Indien dit egter vir versekeringsmaatskappye moontlik sou wees om van geval tot geval akkuraat te voorspel wie ongelukke sal maak en wie nie, sal groepsdiskriminasie van dié aard onnodig wees.

Kredietgewers ervaar dieselfde probleme as versekeraars. So is 'n groep kredietopnemers wat meer as agt jaar vir hulle onderskeie werkgewers gewerk het meer kredietwaardig as 'n ander groep werknemers wat minder as 'n jaar vir hulle onderskeie werkgewers gewerk het. Dit is aktuarieel bewys dat eersgenoemde groep persentasiegewys minder slegte skuldenaars oplewer as laasgenoemde groep. 'n Individuele kredietopnemer se kredietwaardigheid word dus gemeet aan die prestasie van die groep waarvan hy deel vorm.

14 (1936) 745.

15 Millstein-verslag 151.

16 Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* (1991) 57–58.

17 In die Millstein-verslag (151) kom die volgende voorbeeld voor:

	Ouderdom van kind			
	16	17	18	19
Ouers en een seun	\$196	\$187	\$179	\$170
Ouers en een dogter	\$110	\$106	\$101	\$96
Verskil	\$86	\$81	\$78	\$74

Dienststabiliteit is maar een van die faktore wat 'n kredietgewer in ag neem wanneer bepaal moet word of 'n persoon kredietwaardig is of nie. Van die ander faktore wat in ag geneem word, is die voornemende kredietopnemer se bates; die verhouding van inkomste tot bestaande skuld; ouderdom; huwelikstaat en kinders; kredietverwysings; bestaande rekeninge en kredietkaarte; werkgewer; die tipe huisvesting waaroor die aansoeker beskik; burgerskap; telefoon; pensioenfondsinligting en so meer.

Hierdie inligting stel die kredietgewer in staat om met 'n mate van sekerheid te bepaal of 'n voornemende kredietopnemer sy verpligtinge sal nakom of nie. Daar is egter gevalle waar sekere klasse persone sonder juridies relevante redes krediet geweier word. Dit kan substantiewe diskriminasie genoem word. Vervolgens word kortliks gekyk hoe substantiewe diskriminasie in die Verenigde State van Amerika behandel word, synde die toonaangewende regstelsel op dié gebied in die Anglo-Amerikaanse tradisie.<sup>18</sup>

## 2 3 Verenigde State van Amerika

### 2 3 1 Algemeen

Die regstelsel wat substantiewe kredietdiskriminasie die omvattendste by wyse van statuut aanspreek, is dié van die Verenigde State van Amerika. Hierdie aanleentheid is reeds in 1972 deur die Millstein-komitee in 'n hoofstuk in hulle verslag getiteld "Special problems of unavailability" behandel.<sup>19</sup>

Dit het daartoe aanleiding gegee dat die Amerikaanse kongres die Equal Credit Opportunity Act<sup>20</sup> in 1974 aanvaar het, welke wet die bestryding van substantiewe kredietdiskriminasie op grond van geslag en huwelikstaat ten doel gehad het.<sup>21</sup> In 1976 is die toepassingsgebied van hierdie wet uitgebrei om ook diskriminasie op grond van kleur, godsdienstige oortuigings, burgerskap en ouderdom in te sluit.<sup>22</sup>

Die wet lê nie standarde neer waarvolgens bepaal kan word wanneer 'n kredietgewer krediet moet toestaan en wanneer nie. Die Amerikaanse kongres het erkenning verleen aan die beginsel dat krediet slegs aan kredietwaardige persone toegestaan moet word en dat die kredietindustrie toegelaat moet word om

18 Sien in die algemeen Goode *Consumer credit* 61 – 64. Sien Chamness *Regulation B Equal Credit Opportunity Comprehensive Compliance Manual* (1986). Wat Groot Brittanje betref, sien a 1(1) en 20 van die Race Relations Act van 1976; a 29 van die Sex Discrimination Act van 1975 en a 25(2) en (3) van die Consumer Credit Act van 1974; Goode *Consumer Credit Law* (1989) par 11.34.

19 151.

20 PL 93 – 495, 88 Stat 1521 (1974), 15 USCA 1691 ev.

21 Die doelstelling van die wet word soos volg deur die kongres geformuleer: "It is the purpose of this Act to require that financial institutions and other firms engaged in the extension of credit to make that credit equally available to all credit-worthy customers without regard to sex or marital status."

22 PL 94 – 239, 90 Stat 251 (1976), 15 USCA 1691 – 1699(f) (1976). Vir 'n algemene bespreking van die Equal Credit Opportunity Act sien die volgende: Ziino "A review of the Federal Equal Credit Opportunity Act" 1977 *Drake LR* 1; Maltz en Miller "The Equal Credit Opportunity Act and Regulation B" 1978 *Oklahoma LR* 1; Hsia "Credit scoring and the Equal Credit Opportunity Act" 1978 *Hastings LJ* 371; Baer "The Equal Credit Opportunity Act and the effects test" 1978 *Banking LJ* 241; Raser *Consumer Finance Law* (1985) 96; Chamness (1986); Lapine en Bash *Banking law* 8A (1987).



redelike en geldige kriteria aan te wend om 'n persoon se kredietwaardigheid te toets.<sup>23</sup> Hulle het ook aanvaar dat die proses waarvolgens persone vir krediet gekeur word in wese diskriminerend van aard is omdat 'n kredietgewer moet vasstel wat 'n voornemende kredietopnemer se besteebare inkomste in verhouding tot sy laste of toekomstige laste is. Hierdie tipe diskriminasie word as regtens relevant beskou waar *kredietkriteria* die deurslag gee.<sup>24</sup> Volgens die kongres is daar egter sekere vorme van diskriminasie wat nie betrekking het op 'n bepaalde persoon se kredietwaardigheid nie en derhalwe is hierdie diskriminerende praktyke statutêr verbied.

Die Equal Credit Opportunity Act lê breë beleidsriglyne neer wat in dié verband gevolg moet word.<sup>25</sup> Aan die Federal Reserve Board is opdrag gegee om regulasies uit te vaardig om die praktiese dag-tot-dag-werking van die wet toe te pas.<sup>26</sup> Die regulasies wat na aanleiding hiervan uitgevaardig is, staan bekend as Regulation B.<sup>27</sup> Dieselfde liggaam het ook 'n amptelike kommentaar op die wet en Regulation B uitgevaardig waarin sowel die wet as die regulasies gesaghebbend geïnterpreteer word.<sup>28</sup>

### 2 3 2 Die toepassingsgebied van die Equal Credit Opportunity Act

In teenstelling met ander federale kredietwette handel die Equal Credit Opportunity Act nie net met verbruikerskrediet nie maar ook met handelskrediet vir besigheidsdoeleindes.<sup>29</sup> Die persone wat beskerming ingevolge die wet geniet, word "applicants" genoem en word gedefinieer as "any person who requests or who has received an extension of credit from a creditor".<sup>30</sup> 'n "Creditor" word daarenteen gedefinieer as 'n persoon wat in die gewone loop van besigheid "regularly participates in the decision of whether or not to extend credit".<sup>31</sup>

### 2 3 3 Die kredietaansoek

#### 2 3 3 1 Algemeen

In die eerste plek verbied Regulation B en die Equal Credit Opportunity Act kredietgewers om voornemende kredietopnemers op sekere wyses te ontmoedig om aansoek te doen vir krediet. Die wet bepaal dat kredietgewers nie 'n persoon op 'n statutêr verbode wyse mag ontmoedig om aansoek te doen vir krediet nie.<sup>32</sup> Daar mag dus byvoorbeeld nie geadverteer word dat lenings nie aan byvoorbeeld bejaardes of vrouens toegestaan sal word nie.

23 Sien Lapine en Bash 8A par 172.03. Sien ook 12 CFR 202.

24 *Ibid.*

25 Sien Maltz en Miller 1978 *Oklahoma LR 2*.

26 A 503 Equal Credit Opportunity Act.

27 42 Fed Reg 1251 (1977) (opgeneem as 12 CFR 202) (hierna Regulation B).

28 Sien die *Official Staff Commentary on Regulation B* 12 CFR 202.2.

29 Nie alle aansoeke vir krediet is egter aan dieselfde vereistes onderworpe nie. So is daar spesifieke reëls wat handel met diskriminasie by die verlening van "utilities credit" (12 CFR 202.3(a)(1)); "securities credit" (12 CFR 202.3(a)(2)); "incidental consumer credit" (12 CFR 202.3(a)(3)); "business or commercial credit" (12 CFR 202.3(a)(4)); en "credit extended to governmental units" (12 CFR 202.3(a)(5)). In die bespreking sal egter slegs aandag gegee word aan die bepaling van die Equal Credit Opportunity Act wat op verbruikerskrediet betrekking het.

30 12 CFR 202.2(e).

31 12 CFR 202.2(1). Vir 'n volledige bespreking, sien Ziino 1977 *Drake LR 1*.

32 12 CFR 202.5(a): "[Statements that] would discourage on a prohibited basis a reasonable person from making or pursuing an application." Die woorde "discourage" en "reasonable person" word nie gedefinieer nie. Sien Lapine en Bash 8A par 171.03[1].

### 2 3 3 2 Verlangde inligting in die aansoek

Die algemene reël is dat 'n kredietgewer ingevolge die Equal Credit Opportunity Act en Regulation B geregtig is om enige inligting te bekom wat hy benodig om te bepaal of 'n kredietopnemer kredietwaardig is of nie.<sup>33</sup> Sekere inligting wat betrekking het op bepaalde eienskappe van voornemende kredietopnemers mag egter nie ingewin word nie.<sup>34</sup> So is daar 'n totale verbod op die inwin van inligting wat betrekking het op die ras,<sup>35</sup> kleur,<sup>36</sup> geloofsoortuigings,<sup>37</sup> nasionaliteit,<sup>38</sup> geslag<sup>39</sup> en getal kinders van die applikant<sup>40</sup> (ook hierby ingesluit is vrae oor die applikant se voorneme om kinders te verwek of vrae oor geboortebeperkingspraktyke).<sup>41</sup>

In ander gevalle weer is daar 'n gedeeltelike verbod op die inwin van sekere inligting. In die meeste van hierdie gevalle word die voornemende kredietopnemer die keuse gegee om inligting van dié aard te openbaar. So verbied Regulation B 'n kredietgewer om inligting in te win oor die gade van 'n kredietopnemer behalwe waar die partye binne gemeenskap van goed getroud is<sup>42</sup> of waar die voornemende aansoeker vir die sukses van die aansoek op die bates van die gade steun.<sup>43</sup> Dieselfde reëling geld vir gelde wat as onderhoud betaal word.<sup>44</sup> Die kredietgewer mag nie inligting van dié aard versoek nie maar die kredietopnemer mag dit verskaf indien hy verkies dat dit in oorweging geneem moet word by die beoordeling van sy kredietwaardigheid.<sup>45</sup>

### 2 3 3 3 Die aansoekvorm

'n Kredietgewer mag skriftelike of mondelinge kredietaansoeke ontvang.<sup>46</sup> Die meeste kredietgewers sal egter van aansoekvorms gebruik maak al is dit net om te kan bewys dat die tersaaklike wet se bepalings nagekom is. Indien die kredietgewer op skriftelike aansoeke sou besluit, kan hy sy eie óf die modelvorms wat deur die Federal Reserve Board opgestel is, gebruik.<sup>47</sup> Die gebruik van laasgenoemde in ongewysigde vorm bied aan 'n kredietgewer groot voordele omdat dit dan geag word dat hy voldoen aan die voorskrifte oor watter inligting nie bekom mag word nie.<sup>48</sup> So 'n kredietgewer is ook gevrywaar teen straf- en sivielregtelike aanspreeklikheid ingevolge die "good faith in conformity"-reël.<sup>49</sup>

33 12 *CFR* 202.6(a). Sien Lapine en Bash 8A par 172.03[1].

34 12 *CFR* 202.5.

35 12 *CFR* 202.5(d)(5).

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

38 *Ibid.*

39 'n Applikant kan wel gevra word om op 'n opsionele basis beleefdheidsaanspreekvormte soos mev, mej, mnr en so meer te verskaf. Sien 12 *CFR* 202.5(d)(3).

40 Sien 12 *CFR* 202.5(d)(4). Die kredietgewer mag egter verneem na die aantal afhanklikes waarvoor die kredietopnemer moet sorg.

41 12 *CFR* 202.5(c)(1).

42 12 *CFR* 202.5(d)(1).

43 *Ibid.*

44 12 *CFR* 202.

45 *Ibid.*

46 Sien die definisie van "application" in 12 *CFR* 202.2(f). Sien ook Lapine en Bash 8A par 171.03[3].

47 Die Federal Reserve Board het vyf modelvorms opgestel. Sien Bylae B "Model Application Forms" 12 *CFR* 202.

48 15 *USCA* par 1691e(e); 12 *CFR* 202.1(c)(2).

49 *Ibid.* Sien ook Lapine en Bash 8A par 171.03[5].

## 2 3 4 *Evaluasie van die aansoek*

### 2 3 4 1 Algemene reëls

Die Equal Credit Opportunity Act het, soos hierbo aangedui is, 'n effek op die inhoud van 'n krediet aansoek. Dit het ook 'n effek op die wyse waarop 'n krediet aansoek beoordeel moet word.<sup>50</sup> Die algemene reël is dat 'n kredietgewer alle inligting tot sy beskikking mag aanwend in die proses van evaluasie behalwe inligting wat as statutêr verbode beskou word.<sup>51</sup>

Die bepaling van die sogenaamde "effects test" werp sy skaduwee oor hierdie algemene bepaling.<sup>52</sup> Die "effects test" is oorspronklik deur die Amerikaanse Supreme Court op die gebied van die arbeidsreg ontwikkel in sake soos *Griggs v Duke Power Co*<sup>53</sup> en *Albermarle Paper Co v Moody*.<sup>54</sup> Genoemde toets is deur Regulation B ingevoer omdat die opstellers daarvan die mening toegedaan was dat dit die bedoeling van die kongres was dat 'n soortgelyke toets as dié wat in die arbeidsreg aangewend word, ook in geval van kredietdiskriminasie aangewend moet word.

Die "effects test" kom in wese daarop neer dat kredietverleningspraktyke wat op die oog af nie diskriminerend voorkom nie, wel in stryd met die bepaling van die Equal Credit Opportunity Act is indien die *effek* van die praktyke is om te diskrimineer op 'n wyse wat nie in ooreenstemming met die bedoeling van die wet is nie.<sup>55</sup> Hieronder sou dus val kredietverlening op verswarende

50 Sien Lapine en Bash 8A hfst 172.

51 12 CFR 202.6(a).

52 Sien Baer 1978 *Banking LJ* 241; "Note" 1979 *Yale LJ* 1852; Lapine en Bash 8A par 172.03[1].

53 401 US 424 (1971). *Griggs* was 'n swart werknemer van die verweerder. Die eiser het die verweerder gedagvaar ingevolge "Title VII" van die Civil Rights Act van 1964. Om sekere werk te verrig, het die verweerder 'n "high school diploma" vereis en dat 'n sekere standaard in 'n intelligensietoets behaal moes word. A 703(a) van genoemde wet het dit onwettig gemaak om werknemers te klassifiseer of hulle bevorderingsmoontlikhede te koppel aan ras, kleur, geloofsoortuiging, geslag of nasionaliteit. Die hof beslis dat 'n indiensnemingspraktyk, -toets of -prosedure wat op die oog af nie diskriminerend voorkom nie, maar wat tot gevolg het dat 'n substansiële getal swartes in verhouding met blankes nie aan die vereistes voldoen nie, en daardie toets, praktyk of prosedure nie direk verband hou met die vereiste vlak van vaardigheid om die werk te kan doen nie, verbied word. Die hof het hom soos volg hieroor uitgedruk: "[D]iscriminatory preference for any group, minority or majority, is precisely and only what Congress has proscribed. What is required by Congress is the removal of artificial, arbitrary and unnecessary barriers to employment when the barriers operate invidiously to discriminate on the basis of racial or other impermissible classification. . . the touchstone is business necessity. If an employment practice which operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to job performance, the practice is prohibited." Opset om te diskrimineer, is nie 'n vereiste nie.

54 422 US 405 (1975).

55 Baer 1978 *Banking LJ* 241. Die doel hiermee is om die gebruikmaking van sg "surrogates for the prohibited categories" te kontroleer. Calabresi *Ideals, beliefs, attitudes and the law: Private law perspectives on a public law problem* (1985) 36 verduidelik die probleem soos volg: "When states prohibit discrimination in insurance by sex, age, or race the effect is that the discrimination persists but the higher premiums are paid mainly by groups that are surrogates for the group previously charged. . . [I]nsurance companies charge more to those who live in large metropolitan areas. Again it is not because this identifies a greater risk; if anything such people drive less and ought to have fewer accidents. Rather it is a good surrogate for prohibited categories, and charges more to supposedly high risk ethnic and racial groups who predominantly live in inner cities."



terme waar die kredietopnemer in 'n rasgemengde woonbuurt woon,<sup>56</sup> die praktyk van "lending redlining",<sup>57</sup> onrealistiese lae waarderings van eiendom in sekere woonbuurte vir sekerheidsdoelstellings, en so meer.<sup>58</sup>

## 2 3 4 2 Die kredietgewer en beoordeling van kredietwaardigheid

'n Krediet aansoek kan op twee metodes geëvalueer word. Die eerste metode is die sogenaamde "judgmental system" of stelsel wat gebaseer is op die kredietgewer se persoonlike ervaring en beleidsoogmerke.<sup>59</sup> Gewoonlik bestaan dit uit 'n onderhoud wat deur die kredietgewer met die aansoeker gevoer word en waarin die aansoeker sekere vrae moet beantwoord. Hierdie betrokke stelsel van krediet aansoek evaluasie het diverse tekortkominge. Die meeste van die tekortkominge is te wyte aan die subjektiewe vooroordele van die spesifieke persoon wat die beoordeling doen. So kan 'n enkele insident so 'n persoon se houding teenoor 'n hele groep aansoekers kleur.<sup>60</sup> So ook kan beleidsoogmerke van 'n betrokke kredietgewer nie 'n empiries getoetste ondersoek weerstaan nie.<sup>61</sup> Omdat kredietbeoordeling van dié aard gewoonlik plaasvind op die basis dat 'n kredietgewer alle beskikbare inligting subjektief beoordeel en dan tot 'n besluit kom, kan dit wees dat te veel of te min gewig aan spesifieke aangeleenthede geheg word, met die gevolglike verwringing van die applikant se werklike kredietwaardigheid.<sup>62</sup>

Die alternatief is die sogenaamde "credit scoring"-stelsel.<sup>63</sup> So 'n stelsel het twee komponente. Die eerste bestaan uit 'n tabel wat gebaseer is op 'n statistiese analise van die kredietgeskiedenis van 'n groot aantal kredietopnemers. Die doel met die analise is om 'n stelsel te ontwerp wat tydens kontraksluiting aangevend kan word om so korrek moontlik te voorspel of 'n kredietopnemer sy skuld sal betaal of nie. Sekere inligting wat tydens kontraksluiting beskikbaar is, kan aanduidend daarvan wees dat 'n persoon sal betaal terwyl ander inligting weer die teenoorgestelde aandui. Aan alle faktore wat oorweeg word, word punte toegestaan na gelang van die positiewe of negatiewe afleidings wat op

56 Lapine en Bash 8A 172.03[1]. Sien *Harrison v Heinzeroth Mortgage Co* 414 F Supp 66 (N D Ohio 1976), 430 F Supp 893 (N D Ohio 1977).

57 "Lending redlining" is die praktyk waarvolgens verbandlenings vir kredietopnemers wat in sekere woongebiede woon glad nie toegestaan word nie alhoewel die individu andersins kredietwaardig is. Sien *Laufman v Oakley Building & Loan Company* 408 F Supp 489 (S D Ohio 1976). Dit is egter nie meer net tot verbandlenings beperk nie. Sien *Delta Air Lines Inc* "Civil Aeronautics Board ('CAB') Order" 78-08-101 (1978-08-17); *Cherry v Amoco Oil Co* 490 F Supp 1026 (N D Ga 1980).

58 Lapine en Bash 8A 172.03[1]; sien *United States v American Institute of Real Estate Appraisers* 422 F Supp 1072 (N D 111 1977).

59 Sien Lapine en Bash 8A 172.03[1]; Hsia 1978 *Hastings LJ* 372.

60 Sien Culbertson *Money and banking* (1977) 507 – 577.

61 Hsia 1978 *Hastings LJ* 374.

62 *Ibid.* Stelsels van dié aard kan nie sonder meer verwerp word nie. Soos Hsia 1978 *Hastings LJ* 375 tereg opmerk: "Indeed, despite the possible failings . . . judgmental systems provide their users with a relatively effective approach to credit analysis. Many judgmental systems enjoy extremely accurate predictions of creditworthiness, especially if operated by an experienced group of officers using well-tried institutional guidelines."

63 Lapine en Bash 8A 172.03[1]. Sien ook Hsia 1978 *Hastings LJ* 375; Capon "Credit scoring systems: A critical analysis" 1982 *Journal of Marketing* 83 – 86.

sterkte van statistiese analises gemaak kan word.<sup>64</sup> Die meeste punte word toegeken aan daardie faktore wat in die verlede aanduidend daarvan was dat 'n betrokke kredietopnemer sy verpligtinge sal nakom.<sup>65</sup> Geen of min punte word toegeken aan faktore wat op die teenoorgestelde dui. Elke aansoek word vervolgens met genoemde tabel vergelyk, aan alle faktore word punte toegeken en op die einde word die somtotaal bepaal.

Die tweede komponent bestaan uit 'n tabel waarvolgens die totale punt wat hierbo bereken is, omgewerk kan word na 'n persentasiepunt wat aandui wat die waarskynlikheid is dat die betrokke kredietopnemer sy skulde sal betaal.<sup>66</sup>

Regulation B dui nie aan watter van bogenoemde twee benaderings gevolg moet word nie.<sup>67</sup> Wat die "credit scoring"-stelsel betref, vereis Regulation B dat die stelsel moet kwalifiseer as 'n "demonstrably and statistically sound, empirically derived credit system" alvorens dit as 'n "credit scoring"-stelsel aangemerkt kan word.<sup>68</sup> Indien dit nie aldus kwalifiseer nie is dit outomaties 'n "judgmental" stelsel.<sup>69</sup> Die belang van die onderskeid is dat in 'n "credit scoring"-stelsel ouderdom in ag geneem mag word maar nie in 'n "judgmental" stelsel nie.<sup>70</sup>

Die "credit scoring"-stelsel het 'n hele aantal voordele bo die "judgmental" stelsel. "Credit scoring"-stelsels, in teenstelling met "judgmental" stelsels, is totaal analities van aard, skakel raaiwerk uit en is koste-effektief.<sup>71</sup>

64 Sien Raser 115; Hsia 1978 *Hastings LJ* 375. 'n Voorbeeld van so 'n (hipotetiese) tabel is die volgende:

Ouderdom	0-35	36-61	62 en bo	
Punte	3	6	7	
Inkomste	\$0-8 000	\$8-12 000	\$12-24 000	Bo
Punte	9	4	3	8
Rekeninge	Geen	Tjek	Spaar	Beide
Punte	0	1	6	9

65 Hsia 1978 *Hastings LJ* 376 377.

66 *Ibid.* 'n Voorbeeld van so 'n (hipotetiese) tabel is die volgende:

Terugbetalings Tabel	
Totale punt	Waarskynlike terugbetaling
24	99%
21	97%
18	93%
15	89%
12	73%
...	.....

Indien 'n kredietgewer besluit dat 21 punte sy afsnypunt is, is die kans 97% dat 'n besondere kredietopnemer die krediet sal terugbetaal (indien die kredietgewer se tabelle statisties geldig is). So kan gevind word dat 'n 26-jarige met 'n inkomste van \$25 000 en 'n spaarrekening 17 punte verdien. Dit sal tot gevolg hê dat sy aansoek verwerp word. 'n Persoon wat 62 jaar oud is met dieselfde salaris as die 26-jarige, wat oor sowel 'n tjek- as 'n spaarrekening beskik, verdien 24 punte. Krediet sal wel aan hom toegestaan word.

67 12 *CFR* 202.2(t).

68 Die akroniem wat in die Amerikaanse literatuur hiervoor gebruik word, is "DSSEDCS". Die vereistes vir so 'n stelsel word uiteengesit in 12 *CFR* 202.2(p)(2) en (3).

69 12 *CFR* 202.2(t).

70 Wanneer 'n "DSSEDCS" gebruik word, mag ouderdom in ag geneem word solank dit in die applikant se guns tel of soos dit gestel word, daar nie 'n "negative factor or value" aan toegeken word nie. Sien 12 *CFR* 202.2(v).

71 Hsia 1978 *Hastings JL* 372 377 379. So kan stelsels van dié aard meer aansoeke per dag hanteer as wat die geval met "judgmental" stelsels is. Ook kan dit die gebruik van kredietverslae inkort.

“Credit scoring”-stelsels laat ’n kredietgewer verder toe om beter beheer uit te oefen oor die hoeveelheid krediet wat toegestaan word.<sup>72</sup> Dit bied ’n mate van beskerming teen die werking van die “effects test” deurdat die stelsel statisties geldig moet wees om te kwalifiseer as ’n “credit scoring”-stelsel.<sup>73</sup> Stelsels van dié aard kan van tyd tot tyd by veranderende omstandighede aangepas word.<sup>74</sup> Laastens het dit tot gevolg dat die kwaliteit van die kredietgewer se leningsportefeuljes verbeter omdat dié stelsels tot gevolg het dat daar ’n afname in slegte skulde is.<sup>75</sup>

### 2 3 5 *Afwysing van die aansoek*

Regulation B verplig kredietgewers om binne dertig dae nadat ’n voltooid aansoek om krediet ontvang is, die voornemende kredietopnemer in kennis te stel van die sukses van die betrokke aansoek.<sup>76</sup> Indien die aansoek afgewys word,<sup>77</sup> moet die kredietgewer ’n skriftelike kennisgewing<sup>78</sup> aan die onsuksesvolle applikant stuur wat die volgende inligting bevat: Eerstens moet daar redes verskaf word hoekom die betrokke aansoek onsuksesvol was.<sup>79</sup> Tweedens moet ’n sogenaamde “ECOANOTICE” verskaf word wat in wese daarop neerkom dat die onsuksesvolle aansoeker daarop gewys word dat daar nie teen hom op sekere wyses gediskrimineer mag word nie.<sup>80</sup> Hierdie kennisgewing moet ook die naam en adres bevat van die federale agentskap wat belas is met die administrasie van die Equal Credit Opportunity Act. ’n Modelkennisgewing word voorsien.<sup>81</sup>

“The Federal Equal Credit Opportunity Act prohibits creditors from discriminating against credit applicants on the basis of race, colour, religion, national origin, sex, marital status, age (provided the applicant has the capacity to enter into a binding contract); because all or part of the applicant’s income derives from any public assistance program; or because the applicant has in good faith exercised any right under the Consumer Credit Protection Act. The federal agency that administers compliance with this law concerning this creditor is (name and address as specified by the appropriate agency listed in Appendix A).”

### 2 3 6 *Aanspreeklikheid van ’n kredietgewer vir nie-nakoming*

’n Kredietgewer wat die Equal Credit Opportunity Act se bepalings insake diskriminasie oortree, kan óf deur individuele kredietopnemers óf by wyse van ’n groepsaksie aangespreek word.<sup>82</sup> In beide gevalle is so ’n kredietgewer verplig om aan die benadeelde skadevergoeding te betaal.<sup>83</sup> Benewens hierdie bedrae kan so ’n kredietgewer verder verplig word om bestraffende skadevergoeding te betaal. Laasgenoemde is in die geval van ’n enkele eiser beperk tot

72 Hsia 1978 *Hastings LJ* 381.

73 Lapine en Bash 8A 172.03[1].

74 Hsia 1978 *Hastings LJ* 388.

75 Lapine en Bash 8A 1972.03[1].

76 12 *CFR* 202.9(a)(1)(i).

77 Die terminologie wat in die verband gebruik word, is “adverse action”. Sien 12 *CFR* 202.2(c).

78 12 *CFR* 202.9(a)(2).

79 12 *CFR* 202.9(a)(2)(i). Alternatief hoef geen redes verskaf te word nie maar moet die skriftelike kennisgewing vermeld dat die onsuksesvolle applikant aansoek mag doen om die redes waarom die aansoek afgewys is.

80 12 *CFR* 202.9(b)(1) en (2).

81 12 *CFR* 202.9(b)(1).

82 15 *USCA* par 1691e(a). Sien Ziino 1977 *Drake LR* 4–5.

83 15 *USCA* par 1691e(b). Sien Ziino 1977 *Drake LR* 4–5.



'n bedrag van \$10 000.<sup>84</sup> In groepsaksies word daarenteen die bedrag bestraffende skadevergoeding beperk tot \$500 000 of alternatief 1% van die totale bates van die kredietgewer.<sup>85</sup> Die Equal Credit Opportunity Act dui óók aan watter faktore by die bepaling van 'n bedrag bestraffende skadevergoeding in ag geneem moet word: (a) die bedrag skadevergoeding wat reeds toegestaan is; (b) die aard en omvang van die kredietgewer se diskriminerende optrede; (c) die kredietgewer se finansiële vermoë; (d) die aantal persone wat benadeel is deur die kredietgewer se optrede; en (e) die mate waarin die kredietgewer se optrede opsetlik plaasgevind het.<sup>86</sup> Benewens hierdie faktore mag 'n hof ander faktore ook in ag neem.<sup>87</sup>

Die onderhawige wet skep egter ook 'n regverdigingsgrond vir 'n kredietgewer. Die wet bepaal naamlik dat 'n kredietgewer geen aanspreeklikheid opdoen nie vir enige handeling wat te goeder trou verrig is in ooreenstemming met 'n amptelike reël of regulasie of interpretasie van die Federal Reserve Board, selfs al sou dit later duidelik word dat die amptelike reël, regulasie of interpretasie verkeerd of nietig is.<sup>88</sup>

### 2 3 7 *Berging van rekords*

Die Equal Credit Opportunity Act maak ook voorsiening vir 'n stelsel van rekordberging.<sup>89</sup> So is 'n kredietgewer verplig om alle dokumente wat op 'n betrokke kredietaanzoek betrekking het vir 'n termyn van 25 maande te bewaar.<sup>90</sup> Die doel hiervan is om kredietopnemers behulpsaam te wees indien hulle van mening is dat 'n oortreding van die Equal Credit Opportunity Act plaasgevind het.<sup>91</sup>

### 2 3 8 *Probleme met die Equal Credit Opportunity Act*

Die aanvaarding van die Equal Credit Opportunity Act is aanvanklik as 'n waterskeiding beskou in die proses om krediet toegankliker te maak.<sup>92</sup> In die eerste dekade nadat dit gepromulgeer is, is minder as 50 sake ingevolge die wet gerapporteer.<sup>93</sup> Die Federal Reserve Board het egter in 1978 tydens 'n roetine ondersoek van sekere bankinstellings 17 000 oortredings van die wet aangeteken.<sup>94</sup>

Die vraag ontstaan waarom privaatregtelike litigasie ingevolge die wet so selde plaasvind. Matheson bied die volgende redes aan:<sup>95</sup>

84 15 *USCA* par 1691e(b).

85 *Ibid.* Sien Ziino *Drake LR* 1 4–5.

86 *Ibid.*

87 *Ibid.*

88 15 *USCA* par 1691e(e) saamgelees met 12 *CFR* 202.1(c)(2).

89 12 *CFR* 202.12(b)(1). Die termyn word verleng waar daar 'n saak oor die aangeleentheid hangende is of waar 'n federale ondersoek gelas is. Sien 12 *CFR* 202.12(b)(4).

90 *Ibid.*

91 Ook word die rekords benodig om die effek van die wetgewende maatreëls van tyd tot tyd te monitor. Sien 12 *CFR* 202.13; Maltz en Miller 1978 *Oklahoma LR* 59.

92 Note "The Equal Credit Opportunity Act Amendments of 1976: A meaningful step toward the elimination of credit discrimination" 1976 *Catholic University LR* 149; Comment "Equal credit for all – An analysis of the 1976 Amendments to the Equal Credit Opportunity Act" 1978 *St Louis University LR* 326.

93 Sien Matheson "The Equal Credit Opportunity Act: A functional failure" 1984 *Harv J on Legislation* 371.

94 "Statement to Congress" 1978 *Federal Reserve Bulletin* 742–743.

95 1984 *Harv J on Legislation* 371–378.

- (a) Die wet bevat nie 'n statutêre minimumbedrag wat outomaties by oortreding daarvan verhaal kan word nie.<sup>96</sup>
- (b) Die wet se bepalings met betrekking tot "adverse action"<sup>97</sup> is nie effektief nie. Hierbo is aangedui dat waar 'n voornemende kredietopnemer se aansoek afgewys word, die kredietgewer oor die keuse beskik om die kredietopnemer skriftelik van die feit in kennis te stel en hom mee te deel dat die redes vir die stap op aanvraag beskikbaar is.<sup>98</sup> Alternatief kan die redes vir afwysing direk aan die kredietopnemer verskaf word.<sup>99</sup> Die oorspronklike wetsontwerp het outomatiese kennisgewings vereis maar kredietgewers het geargumenteer dat dit geweldige koste-implikasies het.<sup>100</sup> Gevolglik is die wetsontwerp gewysig en is daar van outomatiese kennisgewings afgesien. Matheson se standpunt hieroor is dat dit teoreties gesproke so is dat 'n onsuksesvolle kredietopnemer wel geregtig is om inligting te bekom van waarom sy aansoek afgekeur is. Prakties gesproke is daar egter min kredietopnemers wat tyd sal afstaan om inligting van dié aard te bekom.<sup>101</sup>
- (c) Waar daar onsekerheid bestaan oor die wyse waarop die wet en regulasies geïnterpreteer moet word, bevoordeel die "good faith in conformity"-reël die kredietgewer want solank hy in ooreenstemming met die amptelike interpretasies van die Federal Reserve Board optree, spring hy enige aanspreeklikheid vry.<sup>102</sup>
- (d) Die aard van die kredietmark het ook tot gevolg dat litigasie oor kredietdiskriminasie tot die minimum beperk word. In dié verband is dit van belang dat daar in die Verenigde State van Amerika voldoende alternatiewe kredietbronne beskikbaar is.<sup>103</sup>
- (e) Kredietopnemers ondervind probleme om substantiewe diskriminasie te bewys. Substantiewe diskriminasie kan op drie wyses bewys word. Eerstens kan bewys word dat 'n kredietgewer opsetlik diskrimineer.<sup>104</sup> Indien dit nie bewysbaar is nie is daar twee alternatiewe wyses waarvolgens substantiewe diskriminasie bewys kan word, naamlik die sogenaamde "disparate treatment"- of ongelyke behandeling-toets en die "disparate impact"- of ongelyke impak-toets.<sup>105</sup>

96 Matheson 1984 *Harv J on Legislation* 378 stel dit soos volg: "Existence of a statutory minimum is especially important in discrimination cases, because actual damages are often speculative. Congress recognized this in the Truth in Lending Act, under which a creditor is liable for a minimum of \$100 in addition to court costs, legal fees and actual damages."

97 Sien vn 79.

98 *Ibid.*

99 Sien hierbo.

100 Sears, Roebuck & Co het data voorberei wat aandui dat elke afwysingsbrief \$5 kos om op te stel en te versend. Sien Matheson 1984 *Harv J on Legislation* 379.

101 Sien Matheson 1984 *Harv J on Legislation* 379. Die redes vir die afwysing van die aansoek is gewoonlik ook uiters tegnies van aard, veral in gevalle waar statistiese metodes van keuring gevolg is. Sien Taylor "Meeting the Equal Credit Opportunity Act's specificity requirement: Judgmental and statistical scoring systems" 1980 *Buffalo LR* 73.

102 15 *USCA* par 1691e(e) saamgelees met 12 *CFR* 202.1(c)(2).

103 Sien Matheson 1984 *Harv J on Legislation* 380.

104 Getuienis van dié aard is om verstaanbare redes nie volop nie. Die gerapporteerde beslissing wat die naaste hieraan gekom het, is *Morgan v First National Bank of Springdale* Civ No 77 - 5055 (WD Ark Jan 16 1979) waar die eiser, 'n swart man, meegedeel is dat die "bank al hulle geld uitgeleen het".

105 Sien in die algemeen Lamber, Reskin en Dworkin "The relevance of statistics to prove discrimination: A typology" 1983 *Hastings LJ* 553.

“Ongelyke behandeling” vind plaas wanneer sommige persone minder gunstig as ander behandel word weens ’n identifiseerbare eienskap soos ras, geslag of nasionaliteit. Opset om te diskrimineer, word afgelei uit die feit dat ander persone wat nie oor genoemde eienskap beskik nie maar origins in dieselfde posisie as die benadeelde is, nie afgewys word nie. In wese kom “ongelyke behandeling” dus neer op ’n poging om opsetlike diskriminasie by wyse van omstandighedsgetuienis aan te toon.<sup>106</sup>

In gevalle van “ongelyke impak” daarenteen hoef die eiser nie aan te toon dat die kredietgewer opsetlik diskrimineer nie. Die vraag of “ongelyke impak” aanwesig is, word met behulp van die sogenaamde “effects test” beantwoord.<sup>107</sup> Hiervolgens moet die eiser bewys dat keuringspraktyke wat deur die kredietgewer gevolg word en wat op sig ’n neutrale standaard daarstel, *in werklikheid* tot gevolg het dat aansoekers op ’n diskriminerende patroon gekeur word.<sup>108</sup> Om “ongelyke behandeling” of “impak” by kredietverlening te bewys, word sekere inligting benodig. Hierdie inligting bestaan egter nie, juis omdat dit dieselfde inligting is wat ingevolge Regulation B nie ingewin mag word nie.<sup>109</sup>

### 3 GEVOLGTREKKING

Waar die Woekerwet<sup>110</sup> tans hersien word, word aan die hand gedoen dat die probleme rondom kredietdiskriminasie óók in oorweging geneem moet word.<sup>111</sup> Die regering van die dag het reeds by monde van die gewese Minister van Finansies, meneer BJ du Plessis, aangedui dat hulle van mening is dat geen kredietwaardige persoon op die basis van ras, geslag of godsdienstige oortuigings toegang tot krediet ontse moet word nie.<sup>112</sup>

106 Sien Matheson 1984 *Harv J on Legislation* 383.

107 Sien hierbo.

108 *Ibid.*

109 Slegs in een geval is die kredietgewer verplig om inligting in te win oor die aansoek se ras, geslag, nasionaliteit ens. Hierdie inligting word vir monitordoeleindes verlang in gevalle waar die bedrag aangewend moet word ter finansiering van die kredietopnemer se woonhuis. Sien 12 *CFR* 202.13(a). In ander gevalle het die kredietgewer ’n *keuse* of hy inligting van die aard vir monitordoeleindes wil bekom. Sien 12 *CFR* 202.13(b). Daar was al versoeke dat die regulasies so gewysig word dat hierdie inligting in alle gevalle vir monitordoeleindes bekom moet word. Sien Matheson 1984 *Harvard Journal on Legislation* 403. Sien egter die (lakoniese?) opmerking van die Federal Reserve Board in “Equal Credit Opportunity” 1977 *Federal Reserve Bulletin* 103: “When the earlier version of Regulation B was being drafted, feminist groups fought hard for a provision banning questions about applicant’s sex or marital status on application forms. They believed that a ban on keeping this information would reduce discrimination against women. Such ban also was viewed as a way to re-educating those who still thought that these factors were crucial to the credit decision. But a year later these same groups were supporting civil rights groups in calling for a provision in Regulation B requiring creditors to ask the sex and race of applicants for credit. This change was based on the realization that these data constituted an important enforcement tool.”

110 73 van 1968.

111 Die Suid-Afrikaanse Regskommissie ondersoek tans alle Suid-Afrikaanse verbruikerskredietwetgewing. ’n Werksverslag is nog nie gepubliseer nie. Sien Coetzee “Woeker: instellings onder die vergrootglas” *Finansies en Tegniek* (1989-12-09) 12.

112 Mathews “New steps to improve credit access” *Business Day* (1990-08-07) 3. Die huidige Staatspresident, mnr FW de Klerk, het in 1991 tydens die opening van die parlement aangedui dat finansiering om grondbesit te bekom op ’n nie-diskriminerende wyse vir almal toeganklik moet wees. Sien *Hansard* (1991-02-01) kol 12.



Die aangeleentheid is egter nie sonder probleme nie. Van die belangrikste finansiële instellings in die land is nie bereid om behuisingsfinansiering aan inwoners in sogenaamde "swart" woongebiede toe te staan alvorens die politieke situasie in Suid-Afrika genormaliseer het nie. So het meneer Piet Badenhorst, die uitvoerende hoof van ABSA, daarop gewys dat daar nie van die finansiële instellings verwag kan word om behuisingslenings in "swart woongebiede" toe te staan waar normale regsprosesse net nie meer geld nie. Hy word aangehaal as sou hy die volgende gesê het:<sup>113</sup>

"Die mense weier om hulle paaielemente te betaal en die gemeenskappe wil ons nie toelaat om die mense uit hulle huise te sit nie. Dit sal in geen normale gemeenskap in enige plek in die wêreld gebeur nie."

Dit sal ongetwyfeld 'n onhoudbare situasie skep indien die staat kredietgewers by wyse van wetgewing sou dwing om onder andere behuisingsfinansiering op 'n nie-diskriminerende basis beskikbaar te stel sonder om kredietgewers by te staan om vorderingsregte voortspruitend uit dié kontrakte af te dwing. Sonder staatsanksie kan die verbintenisreg doodgewoon nie funksioneer nie.<sup>114</sup> Sonder die verbintenisreg kan daar kwalik sprake wees van 'n funksionele toedeling van goedere en dienste in hierdie gebiede.

Aan die ander kant is dit ongetwyfeld so dat die verlening van krediet op 'n diskriminerende basis drastiese gevolge inhou vir die vestiging van 'n vryemark in Suid-Afrika.<sup>115</sup> Soos hierbo opgemerk is, is 'n persoon wat uitgesluit is van die kredietmark in 'n groot mate uitgesluit van die werking van die vryemark. As groepe persone in die samelewing nie deur middel van die vryemark toegang tot kapitaal kan bekom nie sal hulle poog om dit deur die politieke proses te bekom.<sup>116</sup>

Die antwoord sou wees om kredietdiskriminasie op grond van onder andere ras, kleur, geloofsoortuigings, nasionaliteit en geslag statutêr te verbied. As teenpool moet die staat egter onderneem om kredietverskaffers by te staan om hulle vorderingsregte by wyse van die gewone hof- en eksekusieprosedure te beskerm en af te dwing. As die staat weens onmag, onwilligheid of gebrek aan gemeenskapsamewerking nie by magte is om laasgenoemde te vermag nie, sou dit ongelukkig net so bedenklik wees om kredietdiskriminasie te verbied as om dit nie te verbied nie.

Die regering van die dag besef die dilemma waarin hulle verkeer. 'n Politieke oplossing in die land sal waarskynlik baie van die probleme wat tans bestaan, besweer. In afwagting van 'n politieke skikking word daar tans diverse pogings aangewend om dit vir finansiële instellings moontlik en lonend te maak om lenings aan alle Suid-Afrikanners toe te staan. So is die Woekerwet in 1990 gewysig om dit vir finansiële instellings moontlik te maak om klein lenings net so winsgewend as groter lenings te bedryf.<sup>117</sup> Finansiële instellings kan ook in sekere gevalle deur middel van SASRIA (South African Special Risk Insurance Association) versekeringsdekking teen wanbetaling bekom. Die risiko waarteen verseker

113 Anoniem "Behuising: gesindheid sal eers moet verander" *Die Transvaler* (1991-10-02) 19.

114 Sien in die algemeen Joubert *General principles of the law of contract* (1987) 11 ev.

115 Sien in die algemeen Jacobsz Swartes in die *PWV-gebied se persepsie van die vryemarkstelsel* (RGN-verslag MM 12) (1985).

116 Dmv bv nasionalisering.

117 Sien bylae 1 van die Woekerwet soos ingevoer deur die Woekerwysigingswet 67 van 1990.

kan word, is onder andere wanbetaling van verbandpaaieente met 'n politieke motief, wanbetaling van verbandpaaieente wat die gevolg van intimidasie is en so meer.<sup>118</sup>

---

118 Sien die woordomsrywings van "verlies ten opsigte van 'n verbandlening" en "verlies van of skade aan eiendom" in die Wet op Herversekering van Skade en Verliese 56 van 1989. Vir 'n algemene bespreking van bg, sien Itzikowitz "Financial institutions and stock exchanges" 1990 *ASSAL* 340.

#### **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

# Judicial appointments: some reflections

Adrienne E van Blerk

*BLur LLM LLD*

*Professor of Law, University of South Africa*

## OPSOMMING

### Regterlike aanstellings: enkele gedagtes

In hierdie tyd waarin Suid-Afrika in die rigting van een of ander vorm van demokrasie beweeg, is dit natuurlik dat die debat ook op die toekoms van die regbank, met inbegrip van aanstellings daarop, sal fokus. Indien die verstaanbare begeerte van nuwe leiers om die rassewanbalans op die regbank aan te spreek, daartoe sou lei dat aanstellings van buite die geledere van die balie, in teenstelling met die gevestigde konvensionele patroon, gemaak word, sal dit nie 'n algeheel nuwe tendens wees nie. Selfs indien die resultaat van sodanige afwyking van gevestigde gebruik die ongeskiktheid van sekere ampsbekleërs sou wees, sal dit ook nie 'n presedent skep nie. Die doel met hierdie artikel is om die aangeleentheid teen vorige aanstellings op die regbank te projekteer ten einde sowel afwykende aanstellings as die gelyktydige reaksie daarop, indien enige, uit te lig. Hierdie oorsig dek nie net die aanstellings van die afgelope veertig jaar (soos besprekings ten aansien van aanstellings op die regbank in Suid-Afrika neig om te doen nie) maar ook dié van 'n vroeër era. Incidente wat aan spesifieke eras 'n pikante geur verleen het, word ook uitgelig.

## 1 INTRODUCTION

Today, when South Africa is moving towards some or other form of democracy, it is only natural that the debate should also focus on the future of the judiciary; indeed, on the whole judicial system. Thus the debate has included assessments of the past performance of the judiciary, the Bar and the Attorneys' profession; the advantages and disadvantages of fusion; the pros and cons of the re-introduction of the jury system; the establishment of a constitutional court with a justiciable bill of rights; and so on.

Not unexpectedly, the debate has also turned on judicial appointments. To what extent will the new leaders be satisfied, even in the short term, with a handful of black judges? Will the understandable aspiration to redress the racial imbalance lead to appointments being made outside the conventional pattern? Or will the judiciary, as presently composed, necessarily continue into the new dispensation until pluralism on the Bench is achieved through the slow process of recruitment from the Bar as in the past? And is the latter possibility an inarticulate consideration in the hopes which the South African government has pinned on a future bill of rights? If regard is had to the constitution-making process that formed part of the decolonisation experience in Africa,<sup>1</sup> it is clear that an expectation on the part of the out-going colonial rulers was that the non-African

---

1 See Van Blerk "The Botswana Court of Appeal: a policy of avoidance?" 1985 *CILSA* 386.



complexion of the expatriate judges, who continued to man the Bench long after independence, would serve to uphold the constitutional guarantees (although in practice they did not). Thus although the lack of ethnic divisiveness and absence of minority groups in Tanganyika (Tanzania) was the main reason why that country did not include the customary bill of rights in its independence constitution, the fact that most superior court judges would necessarily be non-African was an important contributing factor. Suspicion was also rife in that country, as in other soon-to-be-independent colonies in Africa, that the departing powers were attempting to continue ruling through non-African expatriate judges.<sup>2</sup> However, "the best laid plans o' mice an' men gang aft a-gley" and a new government in South Africa may deviate from the existing established pattern of judicial appointment. Should this be the case, it will not be an entirely new trend. If such deviance also results in a lack of suitability of some incumbents, this too will not set a precedent. For this reason, it may be instructive to reflect on past appointments to the Bench, not only of the previous forty-four years, as has been the tendency, but also on those of an earlier era. It is hoped that in what follows the contemporary incidents and reactions which lent the particular eras a piquant flavour, will also be highlighted.

## 2 THE DECADES PRIOR TO UNION

In South Africa, as elsewhere where judges are appointed by the executive, the issue of political preferment has always been the focus of public debate or interest and, often, controversy.

Prior to the adoption of legislation providing for greater security of judicial tenure and adequate remuneration, public concern<sup>3</sup> about the possible lack of independence of the judiciary on these grounds was open and very often vehement. At the time, the concurrent involvement of many of the incumbents of the Bench in political and government office also aided in fostering suspicion. Initially the courts reacted with equal acrimonious vigour. The new High Court of the Transvaal, established just one month after British annexation in 1877, with Mr Justice Kotzé as the single judge holding office, seems to have been particularly offended by the tenor of such allegations. Thus in *In re Phelan*,<sup>4</sup> Kotzé J had punished the writer of a paragraph in *The Goldfields Mercury* attributing partiality on the part of Kotzé J towards the Attorney-General in awarding costs. That the court would not let the matter go unpunished, was foreshadowed in this instance by the fact that the court itself drew the attention of the Attorney-General to the offending paragraph. Respondent had asked and was granted permission to read a few excerpts from *The Daily News* and other leading London newspapers to highlight the liberty granted to the press in that country. But Kotzé J would not be persuaded. He made it clear that such allegations would not be tolerated in future.<sup>5</sup>

---

2 See Hahn "The British influence on the initiation and introduction of Commonwealth bills of rights" 1988 *Journal of Commonwealth and Comparative Politics* 59; see also Mubako "Fundamental rights and judicial review: the Zambian experience" 1983-1984 *Zimbabwe LR* 102. Apropos of Uganda, the Munster Commission stated that "we believe that by far the best guarantee for the entrenched provisions will be found in the courts of law": see Ghai "Constitutions and the political order in East Africa" 1972 *ICLQ* 412.

3 And professional concern as well: see Anon 1894 *CLJ* 176; Anon 1892 *CLJ* 106.

4 1877 Kotzé 5.

5 *Idem* 9-10.

Fourteen years later, in *In re Dormer*,<sup>6</sup> Kotzé, now sitting as Chief Justice of the High Court of the Transvaal Republic, upheld contempt proceedings against the Argus Company for an article appearing in *The Star*<sup>7</sup> entitled "Drifting". The article had suggested that because some of the judges of the High Court were in financial difficulties, they were incapable of judging impartially when deciding on "rival claims of parties, to one of whom such a judge was indebted"; moreover, that because the judges could only be dismissed by the executive, cases in which the executive had an interest could be, and indeed were, set aside by the latter without judicial protest.<sup>8</sup>

Such an imputation against a small group of judges is a grave one and would undoubtedly not be publishable today – here or elsewhere – if only because it would, for obvious reasons, be seen as a gross distortion of the facts in most countries. In 1891, however, with the exception of Kotzé, there were few judges of distinction on the Transvaal Bench. In this regard it has been remarked that

"at times appointments could be explained only on the basis of nepotism or favoured treatment of 'sons of the soil'".<sup>9</sup>

Allegations of the judges' predisposition to prefer the interests of the well-to-do when these were in dispute before them, were also not allowed to go unpunished. Thus in *R v Hardy*,<sup>10</sup> the accused, who was the publisher and printer of *The Prince*, had charged the Natal Supreme Court, which had interdicted him from publishing certain passages in his newspaper, with servilely deferring to the caprice of one individual in order to interfere with press liberty. Thus, according to *The Prince*:

"It is . . . a sad and sorrowful state of affairs when, in a British Colony, a man like Weil can wave his hand and even judges do his bidding . . ."<sup>11</sup>

Since the establishment of the Union in 1910, there has only been one conviction for contemptuous utterances relating to the type of person appointed to the Bench. In *Attorney-General v Stark*<sup>12</sup> the contempt arose from a remark by the accused at a committee meeting of a Municipal Council which had lost an action against a large company. The offending remark was that the judge in question always decided cases "in favour of the big financial concerns". He added that he protested against municipal cases being decided by the particular judge.<sup>13</sup>

These cases apart, it seems that the judges of this period viewed criticism of their possible lack of independence, with the proverbial "judicial shrug". An instance of an allegation of corruption where such a shrug was forthcoming is related by Mr Justice Broome in his autobiography.<sup>14</sup> It concerned a conversation overheard by Mr Justice Barry while lunching at the Rand Club. It seems that in the mid 1930s the Appellate Division had set aside the convictions of a number of Johannesburg financiers who had been convicted of fraud

6 (1891) 4 SAR 64.

7 1891-02-18.

8 Morice J, in dissent, had found that the allegations contained in the article ought not to be punished for contempt, since they were intended to bring about, rightly or wrongly, a reform in the constitution: *In re Dormer supra* 69.

9 See Hahlo and Kahn *South Africa: The development of its laws and constitution* (1960) 235.

10 (1906) 27 NLR 206.

11 *Idem* 208–209.

12 1932 TPD 24.

13 *Idem* 26.

14 Broome *Not the whole truth* (1962) 266–267.

in relation to the company of which they were directors. The conversation overheard by Barry was, according to Broome, "not whether the Appeal Court had been bribed [that was taken for granted], but the precise amount which each judge had received!"

Apart from the concern over the judges' possible lack of independence, judicial appointments in the decades before Union were also deplored on the ground of the lack of suitability of the incumbents. Where these officers of the court were in fact qualified, they were often inexperienced. In these years, too, the tendency was to regard the Bench as a temporary stepping stone to public office. The low remuneration of the judges was assumed to be one of the reasons.<sup>15</sup> A cursory scanning of some of the contemporary criticism will provide an illustration of the prevailing atmosphere.

After the elevation of Henry de Villiers to the office of Chief Justice in 1873, appointments to the Cape Bench were made from the local Bar. Lord de Villiers apart, the Cape Bench was not distinguished in these early years.<sup>16</sup> The appointment of Lord De Villiers – from the office of Attorney-General to the Chief Justiceship of the Cape Colony – had itself elicited controversy and it was openly rumoured that the puisne judges would refuse to administer the oath of office. In the event, Lord De Villiers, in order to avert any such incident, administered the oath to himself. A contemporary newspaper, the *Eastern Star* of Grahamstown, referred to the youthful new Chief Justice as "the boy in ermine".<sup>17</sup> Later it was frequently to be remarked that his career as a judge had fully justified the appointment.

Complaints about the mediocrity of the Natal Bench were very common. There was a reason, apart from low remuneration, for this. Unlike the Republics of the Transvaal and Orange Free State, Natal had not seen fit to appoint its members of the Bench from amongst Cape practitioners but rather chose British colonial civil servants as its early judges.<sup>18</sup> Matters did not improve much when judges were subsequently appointed from the ranks of local dual practitioners or civil servants.<sup>19</sup> Complaints of ineptitude and misconduct were frequent. Thus according to a comment about Natal's first Chief Justice, Mr Justice Harding, the administration of justice in Natal "was like a game of chance" and on one occasion the press even wrote of bets being placed on the outcome of a particular judgment of the Chief Justice.<sup>20</sup>

Natal, it seems, got the judges it deserved and the judges the press they deserved. Thus one editorial commented stridently on

"the system of judges interrupting advocates, judges interrupting judges, advocates

15 See Anon 1884 *CLJ* 184; Anon 1892 *CLJ* 106; Anon 1893 *CLJ* 217 292; Anon 1894 *CLJ* 183; Anon 1893 *CLJ* 18 167. The lure of government office, it seems, was more prevalent in the republics: Anon 1892 *CLJ* 107; Anon 1896 *CLJ* 18.

16 See Hahlo and Kahn 209.

17 An account of the episode is given in Anon 1901 *SALJ* 3–4. See also Blackwell "Fifty years at the Bar" 1959 *SALJ* 79; Devenish "Our legal heritage: Lord de Villiers and the Cape Colony 1828–1910" 1978 *De Rebus* 487.

18 See Hahlo and Kahn 222. There were prominent exceptions such as Connors and Cloete JJ.

19 *Ibid.*

20 Quoted in Spiller *The Natal Supreme Court: its origins and early development* (1982) 116 117. Harding J was a man without legal education or training in the profession: *idem* 109.



interrupting judges, and advocates on one side interrupting advocates on the other, which obtains here".<sup>21</sup>

The largely undistinguished Transvaal Bench was also frequently the target of contemporary press criticism. One appointment to the High Court which smacked blatantly of nepotism, according to the editor of *Land en Volk*, Eugene Marais, was that of AF Kock. The application for judicial appointment, which was made by Kock himself was, it seems, supported by a regulation issued by the first Volksraad providing that when appointments were considered for government posts, preference was to be given to fully franchised inhabitants of the ZAR burghers as opposed to uitlanders.<sup>22</sup>

Amongst other incidents from this particular period was the press campaign against Judge de Korte for apparent "bias and ineptitude".<sup>23</sup> In the subsequent criminal libel action laid by De Korte J against the weekly newspaper, the *Critic*, the stern "law and order" attitude which prevailed in the Transvaal in regard to press comment,<sup>24</sup> was revealed in the dissatisfaction expressed by both Kotzé CJ and Ameshoff J at the State-Attorney's apparently half-hearted presentation of the case. The editor of the *Critic* was found not guilty, but Kotzé and Ameshoff regretted that a conviction had not been secured in order to vindicate the good name and reputation of the court.

After 1902, the Transvaal Bench was greatly strengthened and this was generally commented upon with some relief.

By and large, the reputation of the Orange Free State Bench after the establishment of the High Court in 1876 was higher than that of the Transvaal Bench, but again the tendency to regard judicial office as a stepping stone to public office was manifest.<sup>25</sup> Perhaps this was not surprising in the light of the extreme youth of the initial incumbents. Thus the High Court's Chief Justice, Reitz CJ (later to become President of the Orange Free State) was only 31, Buchanan J (previously State-Attorney of the Transvaal) was 34, while Melius de Villiers, who was to succeed Reitz as Chief Justice in 1889, was only 26.<sup>26</sup> Then too, the facility with which incumbents of the Bench returned to government appointments and private practice, also did not go unnoticed. Thus, the resignation of Mr Justice Gregorowski in 1892 after ten years on the Orange Free State Bench, to take up the office of State-Attorney with the right of private practice, was noted with disapproval in the *Cape Law Journal*:<sup>27</sup>

"Fixity of judicial tenure was essential. The Bench might otherwise be used for the purpose of obtaining popularity in some quarters to secure some ulterior object . . ."<sup>28</sup>

21 *Idem* 119. The dual practice in Natal was also undoubtedly the reason for the disapproval voiced about the appointment of Mason J from the Natal Bench to the Transvaal Bench in 1902: see Blackwell 1959 *SALJ* 80. Later, it was hoped that the appointment of Dove Wilson J from the Scottish Bar in 1904 would improve matters in the Natal Colony: Anon 1904 *SALJ* 372.

22 See Van der Merwe "The extraordinary life of judge Antonie Francois Kock" 1981 (22) *Codicillus* 9.

23 The episode is described by Van der Merwe "Enigmatic Ewald Esselen" 1984 (25) *Codicillus* 21ff.

24 See above.

25 See Hahlo and Kahn 243.

26 *Ibid* and fn 71.

27 Anon 1892 *CLJ* 106. Rumour had it that Gregorowski J had retired because some of his recent decisions had failed to give satisfaction: *idem* 107.

28 *Ibid*.

Later, in the aftermath of the Jameson trial over which Gregorowski J presided, epithets such as "the hanging judge" were attributed to him by an eager public and legal press.

### 3 FROM UNION TO 1948

In 1910, a single Supreme Court of South Africa, consisting of provincial and local divisions came into being together with the Appellate Division.<sup>29</sup> Conjecture about the appointment of judges was rife; to such an extent that the *Union Law Review* cautioned that though there were certain personages whose appointments could easily be predicted because of their qualifications for the position, speculation should not pressure the new ministry into anything but a "free and unfettered" choice.<sup>30</sup> It was also hoped that the vacancies created in the provincial divisions by the appointment of judges of appeal would not be filled by appointments made solely on the ground of political success. It seems that the names of certain persons had been mentioned "whose services to the political parties to which they belonged [had] to be rewarded".<sup>31</sup>

Only one of the appointments to the Appellate Division disappointed, that of Jacob de Villiers, as Judge President of the Transvaal and as additional judge of appeal. The feeling, it appears, was that he had not yet "won his spurs", having been appointed straight from the post of Attorney-General of the Transvaal. The by-passing of Kotzé for elevation to the highest court was also regretted. The elevation to judges of appeal of Rose Innes and Solomon and that of CG Maasdorp as Judge President of the Cape and additional judge of appeal had been anticipated and were generally welcomed. Nor was there any quarrel with the choice of Lord de Villiers as the first Chief Justice.<sup>32</sup>

The smug consensus which emerged in the English press about the initial appointments continued in the years after Union until 1948 when the National Party government came to power, although there were blatant departures from the established pattern of appointing judges.

Thus appointments made during this period not infrequently deviated from the conventional pattern of appointing judges from the ranks of practising advocates, and could therefore be described as political.<sup>33</sup>

29 South Africa Act 1909 (9 Edw 7 chap 9) part VI, now superseded by the Supreme Court Act 59 of 1959.

30 Anon 1910 *Union LR* 171.

31 *Idem* 172.

32 Anon 1910 *Union LR* 275–276. Lord De Villiers had been Chief Justice of the Cape for over three decades during much of which time he had been striving for a single Appeal Court. He occupied the position of Chief Justice of the Union until his death in 1914: see generally Corder *Judges at work: the role and attitudes of the South African appellate judiciary 1910–1950* (1984) 15–16.

33 These were those of Gardiner J in 1914 (under the Smuts government), Mathews J in 1926 (under the Hertzog government), Bok J in 1930, Lansdown J in 1931 and FP van den Heever J in 1933 (under the Hertzog-Smuts government). On appointment, Mathews J had been a senior government law adviser, Bok J and Van den Heever J had been Secretaries for Justice, while Gardiner J and Lansdown J had both been one-time Attorneys-General. See in this regard Kahn "Appointment of magistrates as judges" 1971 *SALJ* 514; "Appointments to the Supreme Court Bench from outside the ranks of practising advocates" 1972 *SALJ* 245.

Traditionally the senior puisne judge of a division is promoted to the Judge Presidency. Here, too, there were a number of early exceptions, for example, the appointment from the office of Attorney-General of Jacob de Villiers to Judge President of the Transvaal Bench in 1910<sup>34</sup> and of Juta, direct from the Bar, to Judge President of the Cape Bench in 1914.<sup>35</sup>

Judges of appeal have usually been appointed from judges of the provincial divisions although elevation has not always been based on seniority, and, as one author has pointed out, “rightly so, for not all trial judges make good judges of appeal”.<sup>36</sup> Only twice have persons been promoted to the Appellate Division who were not incumbents of a provincial division at the time. They were Roos JA in 1929 (who had previously been Minister of Justice and Deputy Prime Minister) and FW Beyers JA in 1932 (who had been a Cabinet member and had not been in active legal practice for several years). Roos retired in 1932 and Beyers in 1937. Both were appointed under the Hertzog-Smuts government and both returned to politics.<sup>37</sup>

Until 1957, when Schreiner JA was overlooked,<sup>38</sup> it has always been the most senior judge of appeal who was appointed as Chief Justice.

The organised Bar protested at many of these appointments although, it seems, only with any great vigour at the appointments of Beyers and Roos (and, later, of course in the case of Schreiner). That the appointments of Roos and Beyers also elicited the disapproval of contemporaries on the Bench is evident from the correspondence of certain of the incumbents. So, according to Wessels, writing to Innes at a time when he (Wessels) was Chief Justice:

“If [one] knew that Beyers’ appointment would not be repeated it would be alright, but [one] does not want a court full of disgruntled politicians with no judicial experience.”<sup>39</sup>

The law journals, on the other hand, found no reason to disapprove of the aberrant appointments. Thus in 1932, the *South African Law Times* doubted the wisdom of the Bar Council’s protest against the appointments of Roos and Beyers. The Appellate Division, it stated, had been in existence for too short a period – twenty-two years – for any tradition to have hardened in this connection.<sup>40</sup> It was also pointed out that in Britain several appointments to the highest tribunal had been made without the incumbents having held judicial office. “In the United States”, the *South African Law Times* continued, “Mr Justice Brandeis, a jurist of great eminence, was appointed direct from the Bar”, and several parallel cases could, according to the *South African Law Times*, also be found in Australia.<sup>41</sup> The *Union Law Review* agreed, stating that the government was “fully justified by the precedent of England, where every legal appointment is invariably the reward of political services”.<sup>42</sup>

34 See above the text to fn 32.

35 See Hahlo and Kahn 266–267 and fn 38.

36 See Kahn “Oliver Deneys Schreiner: a South African” in Kahn (ed) *Fiat iustitia: essays in memory of Oliver Deneys Schreiner* (1983) 31.

37 See Hahlo and Kahn 266 fn 36.

38 In this regard see further below.

39 See letter of Wessels to Innes 1933-04-26, quoted in Corder *Judges at work* 40. Innes again “deplored” the re-entry into politics of Tielman Roos after only three years on the Appellate Division: Corder *Judges at work* 39 fn 105.

40 Anon 1932 *SA Law Times* 213.

41 *Ibid.*

42 Anon 1911 *Union LR* 342–343.



Then, too, in the period before 1948, the English public press, like the law journals, also did not seem unduly dismayed by any of the overtly political appointments of this time, or by the involvement of many of the early incumbents of the Bench in political office at various times.<sup>43</sup> Only the appointments of Beyers and Roos, referred to above, fell outside the general pattern of public press inertia, and then, one suspects, it was the heated exchange of views between the then Minister of Justice, Mr Oswald Pirow, and the various Bar Councils which captured the headlines. Thus in a letter from the Department of Justice, acknowledging the Natal resolution *apropos* of the Roos/Beyers appointments, it was stated that, although the minister would have liked to interpret the resolution as a serious submission, its reference to "political considerations" made it clear that the real intention was to be impertinent.<sup>44</sup>

Tellingly indicative of the uncritical attitude of the English dailies was the lack of concern about the passing over, on three occasions, of JER de Villiers to the Appellate Division from the Judge Presidency of the Orange Free State Provincial Division. De Villiers had been Judge President from 1920. The unexpected appointment of Beyers and Roos and, earlier, that of his more junior colleague, Stratford, to the Appellate Division, had put paid to the legitimate expectations of De Villiers until his appointment to fill the vacancy created by the resignation of Roos occurred.<sup>45</sup>

The elevation of Centlivres to the highest court over the heads of both Greenberg and Feetham both respectively some eleven and twelve years senior to Centlivres, also seems to have elicited no press dissatisfaction.<sup>46</sup> At least here, it seems, the factors which led to the by-passing of Greenberg and Feetham ought to have elicited a less complacent attitude: in regard to Greenberg J it was freely rumoured in the profession that a future Jewish Chief Justice could not be countenanced at the time<sup>47</sup> while in the case of Feetham J the overt political consideration came into play that, should Feetham be elevated, Broome, who was also a Member of Parliament, would have to succeed him, and the government would thereby be involved in a chancy by-election.<sup>48</sup>

One suspects that a major reason for the general attitude of complacency of the English section of the press about judicial appointments before 1948 was the degree of "Anglicism" which characterised the Bench during the period, although many of the incumbents were Afrikaans-speaking. Thus the vast majority of the judges of the time, including Afrikaans-speaking judges, had strong links with the Cape, were educated or had received their professional training in England and tended to write their judgments in English.<sup>49</sup>

43 Before 1950, ten judges were involved in politics before their promotion to the Bench. They were Lord de Villiers, Innes, Maasdorp, JAJ de Villiers, Juta, Roos, Beyers, De Wet, Feetham and Fagan. Eight judges returned to politics or became involved after retiring. These were Innes, Roos, Beyers, De Wet, Centlivres, Feetham, Schreiner and Fagan: see Corder *Judges at work* 46 and fn 159 160.

44 See *Rand Daily Mail* 1932-10-18. In regard to the heated exchange of views between the minister and the other Bar Councils, see *Rand Daily Mail* 1932-10-06, 11, 15, 17 and *The Star* 1932-10-11, 12.

45 See *Sunday Times* 1932-12-25.

46 *Rand Daily Mail* 1939-01-27, 1939-02-11.

47 See Blackwell *Are judges human?* (1962) 6-7; see further below fn 111.

48 See Broome *Not the whole truth* 175-176.

49 See Corder *Judges at work* 45-47.

The extent of anglicisation on the South African Bench at the time is underscored by the reaction of the Afrikaans press to the elevation of Wessels to the Chief Justiceship in 1932. In this regard the leading Afrikaans newspaper, *Ons Vaderland*, criticised the appointment on the ground that Wessels "was hostile to the Afrikaans language and, by inference, to the people who were Afrikaans-speaking". The criticism was also pointedly made that the new Chief Justice had, during an earlier era, accepted a knighthood.<sup>50</sup> And at a public meeting, addressed by the Minister of Justice, Mr Oswald Pirow, the matter was again raised:

"We Nationalists would like to know why Sir John Wessels, a man of much the same calibre as Colonel Reitz, an anti-Afrikaner, should have been appointed to the post of Chief Justice?"<sup>51</sup>

Other contemporary incidents and reactions were indicative of the pervasive atmosphere of English leadership. Thus the jurymen were hailed in 1939 by the usher of the Supreme Court in Cape Town in Afrikaans for the first time to the surprise and astonishment of the presiding judge.<sup>52</sup> And as late as 1945, the *Transvaler* commented on the small proportion of Afrikaans advocates at the Transvaal Bar, which, it said, would soon resemble "a Jewish Sanhedrin". The *Transvaler* also stated that an Afrikaans advocate had little chance of being consulted by a British or Jewish firm, and it was therefore incumbent on Afrikaners to support their own race. The *Transvaler* predicted that the usual accusation of a "racial bloc" would be made, but it said that others has already formed their own "racial bloc".<sup>53</sup>

#### 4 1948 AND AFTER

In 1948 the National Party government came to power against the backdrop of Afrikaner grievances of inequality *vis-à-vis* the previously dominant English-speaking group of whites, both in the private sector and the public service.<sup>54</sup> A deliberate strategy of the new Minister of Justice, Mr CR Swart, who held the portfolio for more than eleven years, was to establish bilingualism in the courts and to this end, and to restore the numerical imbalance in the proportion of English-speaking judges to Afrikaans speakers (at the time thirty of the forty-two judges were English-speaking) he began to appoint Afrikaans-speaking advocates as judges. As was revealed in Swart's biography<sup>55</sup> some twelve years later, this approach was widely criticised in the contemporary English public media and in parliament.<sup>56</sup>

Today, there is surely little doubt that the progress made by the Afrikaner in the socio-economic sphere alone accounts for the fact that the proportion of Afrikaans-speaking judges is in line with the numerical proportion of the two language groups; it is thus inconceivable – and has been for some considerable time – that such a major tactic could or would be resorted to today.

50 Anon 1932 *SA Law Times* 213.

51 See *Rand Daily Mail* 1932-10-13; *The Star* 1932-10-17.

52 *The Star* 1939-08-04.

53 *Transvaler* 1945-06-14; see also *The Star* 1945-06-15.

54 At the time little Afrikaans was spoken either in the public service or in the courts. In the public service it was widely felt by Afrikaners that they had been overlooked for promotion on the strength of language and political considerations.

55 Kruger *President CR Swart: a biography* (1961).

56 See *ia The Star* 1959-11-23; *Rand Daily Mail* 1960-02-13.

Yet Swart's policy is still regarded as having considerably weakened the Transvaal Bench at least for a time.<sup>57</sup>

The appointment of LC Steyn to the Transvaal Provincial Bench from public office in 1951 provoked wide dispute despite the precedent which had been set on five occasions before 1948.<sup>58</sup> Initially the controversy emanated from the Bar. The reason advanced then was that he had not participated in the fierce conflict of the courts; that he could not be inured with that fearless independence and detachment of mind which only years of training at the Bar fosters.<sup>59</sup> According to a statement by the General Bar Council the appointment was made even more incomprehensible in the light of the number of members of the Transvaal Bar who were suitable for appointment.<sup>60</sup>

Contemporary newspapers recorded the decision of the Johannesburg Bar to boycott the new judge's court for the first twenty-one days of his appointment to express the Bar's strong disapproval and deep concern.<sup>61</sup> The General Bar Council sought an interview with the minister with a view to avoiding the proposed action. The minister is reported to have interpreted the last statement as a threat to the government and refused to grant the interview.<sup>62</sup> In the event the Johannesburg Bar decided not to persist in its boycott of Steyn, the decision apparently being taken after a request by the Judge President of the Transvaal to avoid continued dislocation of the work of the courts.<sup>63</sup>

Steyn's elevation to the Appellate Division in 1955,<sup>64</sup> just three and a half years later, was made before the appointment of the five new judges to the Appellate Division preceding the adoption of the Appellate Division Quorum Act 27 of 1955, requiring eleven judges of appeal to sit when the validity of an act of parliament was in question. Again the appointment was controversial. Although promotion to the Appellate Division had never been based on seniority,<sup>65</sup> the by-passing of Murray and Ramsbottom, both senior to Steyn (in terms of service), was deplored.<sup>66</sup>

Early in 1959, Steyn assumed the office of Chief Justice in the place of Fagan. The appointments of both Fagan in 1957 and Steyn were made over the heads

57 See Kentridge "The Bar - a pathway or a barrier to justice" 1991 *Consultus* 103.

58 See above fn 33 and the text to that note.

59 See *Rand Daily Mail* 1951-07-18, 1951-07-31, 1951-08-02; *Sunday Times* 1951-08-03; *Sunday Express* 1951-08-05; *The Star* 1951-07-30, 1951-08-10, 1951-08-22.

60 Reported in *The Star* 1951-08-22.

61 According to the *Rand Daily Mail* of 1951-08-02, 125 members of the Johannesburg Bar voted on the question and a majority of more than two-thirds favoured the boycott. The Pretoria Bar, as a sign of solidarity, had unanimously decided that during the 21 days of the boycott by the members of the Johannesburg Bar, members of the Pretoria Bar would not accept any briefs calling for them to appear before the Witwatersrand Local Division: see *The Star* 1951-08-02; *Rand Daily Mail* 1951-08-03.

62 See *The Star* 1951-07-30; *Rand Daily Mail* 1951-07-31, 1951-08-23.

63 *Rand Daily Mail* 1952-02-02.

64 On the retirement of Greenberg JA on reaching the age of seventy.

65 See above the text to fn 36.

66 See in this regard Kahn *Fiat iustitia: essays in memory of Oliver Deneys Schreiner* 37; Forsyth *In danger for their talents: a study of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa from 1950 - 80* (1985) 14. Curiously, the point is never made that Murray had declined an offer of a seat on the Supreme Court in 1933. See *Rand Daily Mail* 1933-01-18. Kahn has asked the question, although in a different context, whether "if the Bar is to have a monopoly of judgeships, there is not a moral obligation on an advocate to accept an offer of appointment": 1971 *SALJ* 514.



of the more senior judges of appeal, Schreiner and Hoexter. The snubbing of Schreiner on the first occasion, in favour of Fagan, was indignantly reported in the English press. Thus, for example, the *Sunday Express* carried a lengthy statement by Mr Justice FAW Lucas, formerly a judge of the Transvaal Bench, saying that the passing over of Schreiner was “a scandal and an injustice” and that the only reason for it was that the government resented Schreiner’s dissenting judgment in *Collins v Minister of the Interior*.<sup>67</sup>

However, contrary to popular belief, the step of passing Schreiner over was contemplated before the judgment was given. Be this as it may, the second passing over of Schreiner, in favour of Steyn, produced even greater reaction. An article by Arthur Suzman QC said that the only inference was that “political motives and sectional considerations” had prevailed.<sup>68</sup> The issue of Schreiner’s passing over was also questioned in parliament.<sup>69</sup>

Critical assessments of the passing over of Schreiner in favour of Steyn have been made in the context of Schreiner’s lack of suitability to the new Nationalist government. Factors which, it has been frequently alleged, had not commended Schreiner to the government were his English training, the sentence of death for treason imposed by him on Robey Leibbrandt, his predilection for English law and above all his dissenting judgment in *Collins v Minister of Interior*<sup>70</sup> which finally settled the constitutional crisis. On the other hand, it has been alleged, Steyn was eminently suitable in Nationalist eyes.<sup>71</sup>

One can sympathise with the sentiments expressed about Schreiner JA and understand the reasons for the sometimes excessive praise heaped on him. If, as was suggested at the time, and still is today, that Steyn’s appointment and expeditious elevation savoured of political nepotism, that was and is a reproach against the system; the criticism is therefore justified. However, what seems patently clear is that if political preference was the motive for Steyn’s elevation, then political considerations also lay behind the feeling that Schreiner’s loyalty to and sympathy with the old order had been lost.<sup>72</sup>

This emerges even more clearly when it is considered that the vexation of the existing members of the Appellate Division<sup>73</sup> did not arise from suspicion of political partisanship on the part of Steyn and the other newcomers.<sup>74</sup> It

67 1957 1 SA 552 (A); and see *Sunday Express* 1956-12-02. According to Mr Justice Lucas this was merely the latest “glaring case” of an able judge being passed over.

68 See *The Star* 1959-04-07; *Rand Daily Mail* 1960-12-31. See also *Sunday Times* 1960-12-11; Kahn *Fiat iustitia: essays in memory of Oliver Deneys Schreiner* 54.

69 See Kahn *ibid.*

70 *Supra* fn 67.

71 See in particular Cameron “Legal chauvinism, executive-mindedness and justice – LC Steyn’s impact on South African law” 1982 *SALJ* 41–43. But see also Dugard *Human rights and the South African legal order* (1978) 286; Forsyth *In danger for their talents* 25–26.

72 See Dyzenhaus “LC Steyn in perspective” 1982 *SALJ* 385: “But was he [Schreiner] above the battle? Surely not. For it is precisely the loss of the strategic position he would have occupied as Chief Justice that was mourned.”

73 Centlivres, Van den Heever, Schreiner, Hoexter and Fagan.

74 Appointed to bring the number of the Appellate Division up to the required eleven in terms of the Appellate Division Quorum Act 27 of 1955. See also above. The five new judges of appeal were: De Beer (Judge President of the Orange Free State); Reynolds (Judge President of the Eastern Districts Local Division); Brink (second in seniority to De Beer in the Orange Free State Provincial Division); De Villiers (second in seniority to Reynolds in the Eastern Districts Local Division); and Hall (the sixth most senior judge in the Cape Provincial Division).

seems rather that party-political considerations and, if the truth be known, an intellectual snobbery, occasioned the pique of the Old Guard. What will be represented below to justify the above suspicion is based on Kahn's study on Schreiner,<sup>75</sup> although it is not that author's view.

That there was more than just a tinge of intellectual snobbery on the part of the original members of the Appellate Division, may be seen in the fact that the "newcomers" clearly represented, for the "Old Guard", the end of an era – a departure from the previous "glory". This is obvious from the letters of Schreiner to his wife, Edna. Thus the new incumbents early acquired epithets such as "new boys", "newcomers", "the second team" and "the B team".<sup>76</sup> Then again, although the "newcomers" were senior members of the judiciary,<sup>77</sup> little chance was afforded to them to show their ability. Thus the "Old Guard" rarely allowed them to give judgments and saw to it that they always constituted a minority on the five-member courts. That this attitude derived from more than mere misgivings on the part of the original members of the "newcomers'" inexperience, seems evident from the excessiveness of the remarks, at least of those of Schreiner, relating to the "newcomers'" apparent deficiencies in ability and industry. A few examples must suffice: thus, according to Schreiner:

"I've little doubt that most of the cases will be decided fairly rightly – the job isn't so difficult that every case calls for high quality, thank Heaven";<sup>78</sup> "[W]e've had our first day of the 11 judge system . . . One can't help thinking of the shades of Innes and Solomon and the other giants of the past . . .";<sup>79</sup> "It makes one feel a little sick when one has to arrange for courts that do not look like the stuff that used to be there . . .";<sup>80</sup>

A spate of similar condemnatory sentiments were to follow in short succession:

"The new boys naturally can't be entrusted with the heavy stuff . . .";<sup>81</sup> "Albert . . . does far more work than anyone else. The new boys cannot (between ourselves) for the most part be entrusted with the writing of judgments";<sup>82</sup> "Some of the new boys are very conscientious about reading all the records from cover to cover but it doesn't necessarily produce better results";<sup>83</sup> "I remember that old Ben [Tindall], when I first came to this court, used to speak of 'The Big Five' . . . Can one now talk of 'The Big Eleven', without a mixture of laughter and tears?";<sup>84</sup> "We'll make more mistakes than this court used to make forty years ago, or perhaps more recently, but we must just do our best to prevent the sky from falling";<sup>85</sup> "We had conference this morning . . . they are not the old battlefields they used to be. It is just a matter of spelling and punctuation";<sup>86</sup> "The rest of the day I've spent doing the judgment in the case we heard on Monday and Tuesday . . . There may be some dissent, if they have the energy to write dissenting judgments, which is doubtful."<sup>87</sup>

75 See Kahn *Fiat iustitia: essays in memory of Oliver Deneys Schreiner* 1.

76 *Ibid passim*.

77 See above fn 74.

78 See Kahn *Fiat iustitia: essays in memory of Oliver Deneys Schreiner* 40.

79 *Ibid*.

80 *Idem* 39–40.

81 *Idem* 41.

82 *Idem* 42.

83 *Ibid*.

84 *Idem* 44.

85 *Idem* 60.

86 *Idem* 60–61.

87 *Idem* 60.

In the light of the tone of Schreiner's comments, the alternative interpretation of Forsyth<sup>88</sup> that, "the 'first team' did not keep them [the 'newcomers'] in obscurity out of pique but out of a desire to preserve the standing of the court that they loved and had served so well", is, at the least, debatable. The further statement of the same author that, "[t]here can be little doubt that [the] qualms about the abilities of the 'second team' were well founded, for none of the five judges succeeded in establishing a reputation in the Appellate Division . . .",<sup>89</sup> seems unfair in view of the assiduous efforts of the "Old Guard" to dominate the Bench.<sup>90</sup>

The suspicion that the assumed intellectual gulf, more than any other reason, was also at the root of the social boycott of the new incumbents, also seems apparent from the tenor of Schreiner's letters. Thus with reference to the customary Wednesday afternoon game of bowls, Schreiner stated to his wife: "I really don't feel inclined to team up with the new boys."<sup>91</sup> And again later:

"I was glad to get your support for the view that we should be reasonably firm about extra-judicial associations with the newcomers. Whether there will be modifications over the years remains to be seen; but for the present, and especially with the *most thick-skinned of them*, it is clearly necessary to maintain a reasonable distance . . . My dear, the ivory tower isn't so blissfully secluded as it was . . ."<sup>92</sup>

Schreiner, it seems, was particularly adamant as regards the social boycott:

"I've just heard Hein [de Villiers] – who has strolled into the [Bloemfontein] Club – ask the Chief [Centlivres] whether there was bowls arranged for tomorrow . . . Albert [Centlivres] said nothing had been arranged yet! I shall do my best to stiffen the CJ's back . . ."<sup>93</sup>

Of Malan, Schreiner wrote, "[u]seful but hardly clubbable".<sup>94</sup> And on the arrival of Price to the Appellate Division, and the Bloemfontein Club, Schreiner said:

"At present I sit at one table, Reynolds sits alone at another. Price may expect to sit with me but I intend that he shall sit with Reynolds or alone at a third table . . ."<sup>95</sup>

That there was more than a hint of party political feeling on the part of the "Old Guard", also appears from Schreiner's correspondence. Thus writing of Centlivres's refusal to stay on for another year, as acting Chief Justice, on retirement (it seems that the suspicion was that the government felt that Steyn needed another year's experience before being elected to the Chief Justiceship), Schreiner stated:

"I am glad that Albert has turned it down, not for any effect on my prospects of being appointed . . . but for the effect it may have in making it difficult for the Government . . ."<sup>96</sup>

88 *In danger for their talents* 23.

89 *Ibid.*

90 For tributes to De Beer, see Anon "Death of Mr Justice EM de Beer" 1961 *SALJ* 134; for Hall, see MAB "The Honourable Mr Justice CG Hall" 1950 *SALJ* 113–114 and Anon "Two recent judicial retirements" 1961 *SALJ* 15–16; for De Villiers, see Anon "In Memoriam: The Hon Heinrich de Villiers" 1974 *SALJ* 236–237.

91 See Kahn *Fiat iustitia: essays in memory of Oliver Deneys Schreiner* 40. The "newcomers" had not been asked to participate in the traditional Wednesday afternoon game of bowls.

92 *Ibid.* My emphasis.

93 *Ibid.*

94 *Idem* 55. Malan filled the vacancy caused by the retirement of Centlivres in 1957.

95 *Idem* 63.

96 *Idem* 43.



Later, with reference to Fagan's accepting the appointment of Chief Justice,<sup>97</sup> Schreiner was to comment:

"[M]y only regret is that if Henry had not been appointed the position of the government might have been a little shaken by the probable next one on the taxi rank [LC Steyn], while there won't be any objection in the general mind of the unprejudiced voters, if such exists, to Henry's appointment."<sup>98</sup>

Perhaps the extravaganza provided a balm for seared feelings at the time, even a form of documentation for history. Nevertheless even if, as others have argued, the extreme chagrin of Schreiner was prompted by the belief that the "new appointees" had acted discreditably in accepting the appointments, the vituperative berating of them on other considerations, as has been seen, as being deficient in intellectual and social stature, could demonstrate that in the final analysis, the issue was seen in personal terms rather than as a concern about the standing of the court.

Today, no doubt, there are many, including supporters of the present government, who would feel that the scheme to strip the coloured voter of his franchise rights was achieved at too high a cost in damage to the image of the judiciary.

The story of the constitutional crisis is well documented.<sup>99</sup> Suffice it to say that the Appellate Division Quorum Act 27 of 1955, enlarging the Appeal Court from five to eleven judges, had been widely condemned as part of the government's manoeuvre to obtain an overruling of the Appellate Division's two previous decisions<sup>100</sup> that the parliamentary enactments by which the government sought to remove the coloured voters from the common roll<sup>101</sup> were invalid. The effect of the new appointments, it was assumed, would be to quell the existing opposition in the Appellate Division. Thus the Johannesburg Bar urged the government to realise that it was "dangerous and unpatriotic to imperil for the sake of mere political advantage the great esteem in which our highest court is held".<sup>102</sup> The rapid ascent of Steyn who, in his capacity as law adviser, had advised the government that the entrenched clauses could be repealed without a two-thirds majority, did not, said the Bar Council, allay misgivings about the government's action in enlarging the appeal court.<sup>103</sup>

The English press drew attention to pointed references in the Afrikaans press to the system prevailing in America whereby the executive is able to protect itself against the testing right of the courts by nominating judges who support

97 See further below in this regard.

98 See Kahn *Fiat iustitia: essays in memory of Oliver Deneys Schreiner* 50.

99 For a history of the legal battle, see *inter alia* Hahlo and Kahn 151; Dugard *Human rights and the South African legal order* 28ff; Kahn *Fiat iustitia: essays in memory of Oliver Deneys Schreiner* 35ff; Forsyth *In danger for their talents* 13ff.

100 In *Harris v Minister of Interior* 1952 2 SA 429 (A); *Minister of Interior v Harris* 1952 4 SA 769 (A).

101 The Separate Representation of Voters Act 46 of 1951 and the High Court of Parliament Act 35 of 1952.

102 *Rand Daily Mail* 1955-04-23.

103 *Ibid.* In the subsequent crossfire between the Prime Minister, Mr JG Strijdom, and the Johannesburg Bar, the Bar took offence at the Prime Minister's statement that "all decent members" of the Johannesburg Bar would dissociate themselves from the attitude conveyed in the Bar's statement. Replying that its members were "in every way as decent as any member of Parliament", the Bar reminded Mr Strijdom of the government's open and unabating criticism of the Appellate Division's 1952 constitutional judgment and its insulting references to the five Appeal Court judges as "the five old men of Bloemfontein": *Rand Daily Mail* 1955-04-27.

its policy.<sup>104</sup> This, stated the English press, was clear indication that the persons appointed to the proposed additional posts in the Appellate Division were in accord with the government's view of the constitutional and legal position.

In parliament, the opposition asked whether the minister was "going to provide for the appointment of judges from the former High Court of Parliament?" Opposition members of parliament also drew attention to the 1953 election statements of Dr TE Dönges that

"[u]nless Parliament can be assured that its act will not be declared invalid it will be compelled to use the American expedient of appointing judges who share its view".<sup>105</sup>

A point which is never made in contemporary critical assessments of the court's life during this period, is the slender recompense on the costly outlay by the government. For, rather than subservience, there proved to be a perceptible obduracy on the part of the new appointees in the ensuing events of the constitutional crisis and the passing over of Schreiner. Thus, in the first place, the dismay of certain of the new appointees, Otto Beyers, De Beer and Malan, to the passing over of Schreiner, is not consistent with an attitude overly observant of political favour. At the time, it is said, Malan was *persona non grata* with the government for his outspoken criticism of certain appointments to the Transvaal and Appellate Benches.<sup>106</sup>

Nor, it seems, was the open distress of Fagan to the offer of appointment to the Chief Justiceship indicative of such a compliant attitude. Although Fagan was one of the "Old Guard", and no supporter of the government,<sup>107</sup> the tendency in critical assessments is to emphasise his Afrikaner background; thus his education at Stellenbosch, his contribution to the Afrikaans language and his failure to support Smuts on the question of South Africa's entry into the war. Yet Fagan had written to the Minister of Justice to say that if, as rumour had it, the offer was to be made to him, the minister should reconsider the matter in the light of the seniority of Schreiner and Hoexter. When the offer came through, Fagan attempted once again, by telephone, by letter and eventually through direct confrontation, to persuade the minister to change his mind. The latter, however, was adamant and Fagan accepted, "lest worse befall".<sup>108</sup> Clearly, in the light of the above attempts of Fagan, the latter reference, "lest worse befall", would not have embraced either Schreiner or Hoexter, and therefore it could only have been a reference to the "second team" members and quite probably to Steyn. It is therefore untenable to suggest, as one critic has, that a factor which persuaded Fagan to accept the appointment was to "create a credible bridge to the Chief Justiceship of Steyn".<sup>109</sup>

104 *The Star* 1955-09-18.

105 *Rand Daily Mail* 1955-09-19 and *Sunday Times* 1955-03-27. In Parliament, too, Mr Swart was asked for a list of appointments to the Supreme Court since 1954, the divisions to which they had been appointed, the date of call to the Bar, the date of appointment as Queen's Counsel and the date of appointment as judge in each case. So, too, the question was put to Swart whether it was the practice to consult the Chief Justice before submitting recommendations to the Governor-General-in-Council for the appointment of judges of the Supreme Court: *Rand Daily Mail* 1956-02-02.

106 See Kahn *Fiat iustitia: essays in memory of Oliver Deneys Schreiner* 52-56.

107 After his retirement he was to enter politics in opposition to the government.

108 See Kahn *Fiat iustitia: essays in memory of Oliver Deneys Schreiner* 48 and fn 125; Forsyth *In danger for their talents* 26. Fagan had also attempted to persuade the government to appoint Ramsbottom to the Appellate Division.

109 Forsyth *In danger for their talents* 28.

Steyn is accused of having remained silent in the face of the passing over of Schreiner and of having "reaped his reward".<sup>110</sup> But against this must be set Schreiner's admission, also not publicly articulated at the time, of his own luck under the old order:

"I am only as senior as I am by having lucky appointments at earlier stages. In front of Phillip [Millin] to the TPD, in front of RPB Davis to the AD . . . Helped by this advancement I certainly was, by the fears of governments that their followers were more anti-Semitic than themselves. Had there been a perfect choice of the best men all the way through I should not have been in a position to be passed over now."<sup>111</sup>

It has rightly been said that this admission in the face of the distress which Schreiner justifiably felt, is to his "everlasting credit".<sup>112</sup> What is important in the present context is that, as Schreiner also conceded with reference to his being by-passed by Fagan, that his (Schreiner's) taking appointment ahead of Millin in particular, had not been very different.<sup>113</sup> In the zeal to champion Schreiner in relation to his new colleagues, this point is almost always overlooked.<sup>114</sup>

As will have been seen, political appointments have been made under both "English" and "Afrikaans" governments and they will continue to be made under future regimes. In the light of the small number of black advocates presently at the Bar, a new government may have to go further than Swart in the search to correct the numerical imbalance which will prevail on the Bench. In such a case the Bar may not continue to be the mainspring of supply of judges. This may be unfortunate but necessary in the short-term. What would be more unfortunate, however, in the absence of other short-term options, would be to categorise and censure all appointees – without exception – who did not rise through the ranks of the Bar as "judicial blimps", as has been the case in the past. With a view to the long term, it is to be hoped that the racial disparity presently existing at the Bar can be corrected by active measures such as have been suggested by others, for example, active recruitment from among university graduates, the award of bursaries, and so on so that the Bar will eventually again be the main source from which judges are appointed.

110 See *idem* 39.

111 See Kahn *Fiat iustitia: essays in memory of Oliver Deneys Schreiner* 50. And no less, it seems, was Centlivres willing to admit to the events which propelled him into the Chief Justiceship ahead of Greenberg. Thus, as has been seen, if Centlivres had not been promoted to the Appellate Division over the head of Greenberg who was senior in service at the time by many years, it would have been Greenberg who would have succeeded to the position of Chief Justice: see above the text to fn 46. Yet in a letter to Schreiner, after the appointment of Steyn, the fact that his (Centlivres's) promotion to the Appellate Division over Greenberg was on account of the latter's Jewishness is not mentioned by Centlivres, although it must have been patently clear: see Kahn *Fiat iustitia: essays in memory of Oliver Deneys Schreiner* 65 fn 168.

112 *Ibid.*

113 *Ibid.*

114 The controversial start to Mr Percy Yutar's working life under previous governments is also always overlooked. In 1933, Yutar had graduated from the University of Cape Town with an LL.M, but the Department of Justice would not let him join the Attorney-General's office in Cape Town. It seems that the idea of a Jew appearing for the state in court was anathema to the powers at the time. He was given instead a position in the Post Office where he worked until shortly after he gained his doctorate, in 1938. Only then, under pressure from the Public Service Commission, was he allowed to join the Department of Justice. On his own account, it was this treatment that made Yutar decide to reach the top of his career which he duly did, under the present government: *Rand Daily Mail* 1976-06-10.



# Doelgerigte straftoemeting: 'n regsvergelykende ondersoek na wyses om straftoemetingsdiskresie te reguleer (vervolg)\*

Jan H van Rooyen  
BA LLB MCL

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

## 4 DUITSLAND

Die doel van hierdie oorsig is nie om 'n volledige uiteensetting van straftoemeting in Duitsland te gee nie – dit sou uit die aard van die saak 'n veel omvattender studie verg – maar om sekere oorspronge, kernmomente en beleidsaspekte van die moderne Duitse straftoemetingsbenadering aan te dui. Dit sal ongetwyfeld mettertyd opgevolg moet word deur 'n meer indringende en volledige studie.

### 4 1 Die Duitse strafwetboek

Die Duitse *Strafgesetzbuch* (*StGB*) geld sedert 1 Januarie 1975 in sy huidige vorm.<sup>64</sup> Die voorganger van hierdie wetboek was die *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich* van 1871 met sy talle wysigings. Dié was weer op die ou 1851-strafwetboek van Pruise gebaseer. Hierdie ouer strafwetboeke – en veral hul sanksiesisteme (te wete die bepalings insake straf en die ander regsgevolge van 'n kriminele veroordeling) – was veranker in die “vergeldingsgedagte van die Duitse idealisme”, sterk onder die invloed van die leerstellings van Kant en Hegel (waarby strafteorie, strafwetgewing, strafregsdogmatiek en strafregspraktyk sig uiteindelik feitlik uitsluitlik met die vergelding van 'n suiwer juridies bepaalde *daad* besig gehou het, en nie met die *dader* in sy kompleksiteit as mens in 'n bepaalde gemeenskap nie; die oortreder word gestraf omdat hy oortree het; geen ander “doel” – byvoorbeeld individuele voorkoming of hersosialisering – word met straf nagestreef nie) en prakties ook sterk onder die invloed van die sogenaamde “outoritêre gees” van die Franse *Code pénal* van 1810.<sup>65</sup>

\*Sien 1992 *THRHR* 386 ev.

64 Sedertdien was daar ook al weer wysigings – kyk bv die lys in Beck-Texte im DTV *Strafgesetzbuch* (1981) 27.

65 Die geskiedkundige gedeelte wat volg, is gebaseer op Schmidt *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (1965); Kiwull *Kurzfristige Freiheitsstrafen und Geldstrafen vor und nach der Strafrechtsreform* (1979); Jescheck “Einführung” *Strafgesetzbuch* (*supra* vn 64) 9 ev; Jescheck “Strafrechtsreform in Deutschland: allgemeiner Teil” (1975) *Schw Z Str* 1; Baumann “Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens” in Baumann *Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform* (1965) 135 veral 137 – 141.

Die algemene strafssoort sedert die *Aufklärung* in die 18e eeu was gevangenisstraf, wat meer en meer in die plek van die vroeër strafvorme (doodstraf, verminking, lyfstraf) veld gewen het. Soos 'n mens kon verwag, het die koppeling van die absolute vergeldingsgedagte aan gevangenisstraf as primêre strafssoort daartoe gelei dat talle groot gevangenisgeboue mettertyd dwarsoor Duitsland verrys het – wat later deur Eberhard Schmidt die *steingewordenen Riesenirrtömer* (“versteende reuseflaters”) van die Duitse strafregspleging genoem is.<sup>66</sup>

Teenoor die absolute vergeldingsteorie het veral Franz von Liszt (1851-1919) as ywerige voorstander van die relatiewe of doelteorieë gestaan. Hy het sy strafregspolitiese beskouings in sy beroemde “Marburgse program” (1882) uiteengesit. Hy het 'n “rasionele” strafregspolitiese voorgestaan waarin doelgerigte beleidsoorwegings elke algemene beginsel, besondere reël of strafbepaling ten grondslag lê. Hy het op die gebreke van die geldende strafregsplegingstelsel gewys (onder andere aan die hand van statistiek) en daarop aangedring dat die misdaadverskynsel in sy totale maatskaplike konteks beskou moet word. Die deurslaggewende rol wat die kriminologie in hierdie verband gespeel het, word só deur Baumann<sup>67</sup> beskryf:

“In die stewige struktuur [van 'n strafreg gebaseer op die absolute vergeldingsidees van Kant en Hegel] het die eerste skeur verskyn toe daar begin is om die *wortels van misdaad* na te spoor en opgemerk is dat elke misdaad besliste oortredingsbevorderende oorsake gehad het wat nie net in die individuele persoonlikheid nie maar ook in die maatskaplike omgewing gesetel was. Die begin van die misdaadetiologie (veroorsakingsleer) en die eerste rondtastende samevatting van oorsaaklikheidsfaktore in 'n area wat voorheen as 'n besondere gebied van menslike wilsvryheid beskou was, het die eerste vertwyfeling gebring: die wilsvryheid-grondslag het geblyk nie so seker te wees nie.”

Dit was veral Von Liszt se doelteoretiese benadering (*Strafzweckgedanke*) wat hom tot die gevolgtrekking laat kom het dat korttermyngevangenisstraf wortel en tak uitgeroei moes word. Sekere wetswysigende maatreëls in dié rigting is dan ook met verloop van tyd uitgevaardig.

Von Liszt se beskouings het hewige weerstand uitgelok. Hierdie stryd – wat natuurlik nie net oor korttermyngevangenisstraf gegaan het nie maar oor die grondslag, wese en doel van die strafreg en straf, met die gepaardgaande praktiese implikasies – word die *Schulenstreit* (skolestryd) in die Duitse strafreg genoem. Dié stryd het tot in die Weimar-tydperk voortgeduur en is uiteindelik in die Nazi-tydperk beëindig deurdat die strafreg toe tot 'n politieke instrument omvorm is wat op só 'n radikaal-verskillende grondslag berus het dat beide kante van die ou skolestryd prakties irrelevant geword het.

Ná die Tweede Wêreldoorlog is 'n grootse poging tot totale strafregshervorming in Duitsland van stapel gestuur. Die *Grosse Strafrechtskommission*, saamgestel uit parlamentslede, strafregspessore, regters, aanklaers, regspraktisy en staatsamptenare, het in 1954 met sy werksaamhede begin wat op die amptelike wetsontwerp van 1962 (*Entwurf 1962*, afgekort *E 1962*) uitgeloop het. Die grootste kritiek op hierdie ontwerp, die regsgevolgesisteam waarvan nog steeds hoofsaaklik rondom gevangenisstraf as hoofstraf gebou was, was dat dit aan 'n moderne strafpolitiese begrip ontbreek het. 'n Groep van veertien Duitse en Switserse akademici het gevolglik in 1966 'n alternatiewe ontwerp gepubliseer (die *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, afgekort *AE*) wat veral daarop gemik was om (i) 'n konsekwente, rasionele sanksiesisteam wat op die

66 Schmidt *Zuchthäuser und Gefängnisse* (1960) 5.

67 139 (my vertaling).

hersosialiseringsgedagte gebaseer is en (ii) 'n strafreg wat tot werklike sosiaal-skadelike gedrag beperk is, daar te stel. Die *AE* is in 1968 deur die FDP-party in die parlement voorgelê as wetsontwerp en is uiteindelik saam met *E* 1962 deur 'n parlamentskommissie verwerk tot 'n sintese, die resultaat waarvan die huidige *StGB* is.<sup>68</sup> Die swaartepunt van die hervorming van die algemene leerstukke van die Duitse strafreg lê nie in die dogmatiese struktuur nie, maar in die sanksiestelsel – die sogenaamde “regsgevolge van die daad”. Die invloed van die *AE* is duidelik. Volgens Jescheck<sup>69</sup> kan die wese van die hervorming met dié spreuk so saamgevat word:

“So min straf as wat noodsaaklik is, so veel sosialiseringshulp as wat moontlik is.”

Nogtans is die *StGB* heelwat meer “konserwatief” as die *AE*. Só is in die nuwe *StGB* die “geregtigheidsmodel” behou, waar die “skuld van die dader” die grondslag van straf is; korttermyngevangenisstraf is sterk ingekort maar nie geheel en al afgeskaf nie; en sowel die sogenaamde waarskuwing met voorbehoud van straf as “parool”-vrylating is in beperkter vorm as wat die *AE* voorgestel het, ingevoer.<sup>70</sup>

Eser<sup>71</sup> verklaar dat die eindproduk, hoewel sekerlik nie volmaak of onomstrede nie, nogtans ongetwyfeld die Duitse strafreg 'n groot stap vooruit gebring het in die rigting van 'n strafreg wat beperk is tot werklik sosiaal-skadelike gedrag en wat 'n rasionalisering en humanisering van die sanksiesisteam nastreef, sonder egter om hierdeur óf sy maatskaplike beskermingsfunksie óf sy regstaatlike grondslae prys te gee. As sodanig moet die Duitse strafregshervorming gesien word as deel van 'n breë *internasionale* hervormingsbeweging sedert die laat- vyftigerjare ter liberalisering en humanisering van die strafreg.<sup>72</sup>

## 4 2 Grondbeginsels

Die Duitse strafregshervorming, wat op die *StGB* van 1975 uitgeloop het, word deur die volgende algemene eienskappe gekenmerk:<sup>73</sup>

(a) Die erkenning dat die strafreg maar *slegs één van die middele* vir maatskaplike beheer is. Hiermee hang saam die besef dat aanwending van die strafreg nie slegs voordele nie maar ook besliste nadele inhou. Die strafreg, as uiterste middel van maatskaplike beheer, behoort suinig aangewend te word. Wydlopende dekriminalisering is dan ook 'n kenmerkende eienskap van die Duitse strafregshervorming (net soos in vele ander lande). Afgesien van totale dekriminalisering (dit wil sê skrapping) is ook minder drastiese alternatiewe geskep, soos die verskuiwing van talle kleinere misdade (die voormalige “*Uebertretungen*” van hoofstuk 29 van die ou *StGB*) uit die strafwetboek na die *Ordnungswidrigkeiten* (reguleringsmaatreëls) wat nie met gevangenisstraf nie maar slegs met 'n geldboete strafbaar is.<sup>74</sup>

(b) Die handhawing van 'n *geregtigheidsmodel* waarby *regstaatbeginsels* ook ten volle erkenning geniet. Dat hierdie eienskap die resultaat van 'n diepliggende

68 *Alternativ-Entwurf (AE)* (1969). Die veertien deelnemers se name verskyn oa in Jescheck 1975 *Schw Z Str* 8.

69 *Idem* 33: “So wenig Strafen wie nötig, so viel Sozialisationshilfen wie möglich.”

70 Vir vergelykings tussen die *AE* en die *E* 1962, kyk veral Gallas 1968 *Z St W* 1; Kaufmann 1968 *Z St W* 34; Jescheck 1968 *Z St W* 54; Grünwald 1968 *Z St W* 89.

71 In Schönke-Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar* (1982) se inleiding tot hierdie afdeling.

72 Kyk in hierdie verband die besonderhede tov Engeland, die VSA, Frankryk, Swede en ander lande in Jescheck 1975 *Schw Z Str* 4 ev.

73 Vgl veral *idem* 12 ev.

74 Jescheck *idem* 19 skryf dramaties: “[D]er Gesetzgeber . . . [hat] mit einem Federstrich den gesamten 29. Abschnitt über die Uebertretungen aufgehoben.”



en wydlopende beleidsoortuiging in die teenswoordige Duitsland is, blyk uit die Duitse strafprosesreg, materiële strafreg, straftoematings- en strafvoltrekkingsreg. 'n Paar van die kenmerkende aspekte is:

- Die erkenning en behandeling van die beskuldigde as 'n volwaardige regsubjek en nie 'n blote objek van die ondersoek nie; dit sluit maatskaplike en regshulp aan die beskuldigde op alle vlakke in.
- Duidelike, konkrete definisies, regsreëls of riglyne wat in alle komponente van die strafregsplegingstelsel geld met regterlike beheer op alle betekenisvolle stadia; ook die regterlike beamptes is gebonde aan hierdie reëls.
- Die afskaffing van onbepaalde gevangenisstraf.
- Straf gebaseer op die skuld van die beskuldigde en beperk deur die proporsionaliteitsbeginsel.

(c) Die erkenning en handhawing van die *humaniteitsbeginsel* is onder andere aangehelp deur navorsing en kritiek vanuit kriminologies-sosiologiese rigtings. Betekenisvolle insigte sluit in:

- Die medeverantwoordelikheid van die gemeenskap (insluitend die staat) vir die veroorsaking van misdaad.
- Die kriminogene uitwerking van gesinslewe en ander probleme wat eie is aan sosio-ekonomiese en politieke minderbevoorregtes.
- Dat selektiwiteit en diskriminasie wydverspreid in die strafregsplegingstelsel voorkom.

(d) Die toenemende erkenning van 'n *doelmatigheidsbeginsel* (*Effizienzprinzip*). Hoewel die geregtighedsmodel aanvaar dat die *grondslag* van straf verdienende vergelding is ("skuldstraf"; vergelyk (b) hierbo), beteken dit nie dat vergelding op sigself 'n genoegsame *doelstelling* van straf is nie: binne die perke van die vergeldingsteorie moet gevra word watter maatskaplike nut straf in elke geval behoort te hê en waarskynlik sal hê. Vrae en navorsing word gevolglik gerig op sowel algemene afskrikking as individuele voorkoming, met die klem op die besondere strawwe, hul (relatiewe) doeltreffendheid, voor- en nadele ensovoorts.<sup>75</sup>

By misdaadwetgewing bring die doelmatigheidsbeginsel 'n mens natuurlik terug by (a) hierbo. Daar moet voortdurend gevra word watter ander metodes (waarby 'n moontlike besluit om niks te doen nie en die probleem dus aan die normale dinamiese magte in die samelewing oor te laat, ingesluit moet word!) beskikbaar is; of die handeling só omskryfbaar en afdwingbaar deur die strafvervolgingsorgane (polisie, aanklaer) is dat regstaat- en humaniteitsbeginsels nie in die slag bly nie; en of "verdienende" straf (welke strafvorme?) 'n bydrae tot die oplossing van die probleem kan lewer sonder bepaalde nadele (soos gevangenisoorbevolking) wat buite verhouding tot die verwagte voordele is. Empiriese toetsing behoort voortdurend aan die gang te wees.

Die grondslag van die "nuwe" straftoematingsreg van Duitsland is te vinde in artikel 46(1) *StGB* wat soos volg lui (my vertaling):

"Die skuld van die dader is die grondslag vir die toemeting van die straf. Die uitwerking wat die straf op die toekomstige lewe van die dader in die gemeenskap kan uitoefen, moet in ag geneem word."

75 Die haas onoorsigtelike literatuur gaan nie hier aangehaal word nie!

Dan volg daar in subartikel (2) 'n lys van (verswarende en versagtende) omstandighede wat in ag geneem moet word. Met verwysing na die formulering van subartikel (1) verklaar Jescheck<sup>76</sup> bondig dat die strafregspolitiese grondbegrip van die nuwe Duitse reg met betrekking tot straf uit 'n kombinasie van die skuldversoeningsdoelstelling (*Strafzweck des Schuldausgleichs*) en die spesiaal-voorkomende uitwerking van die straf op die dader bestaan. Hy wys daarop dat die wetsbepaling só kort en bondig is dat 'n mens nie veel besonderhede daaruit kan aflei nie. Die sin "die skuld van die dader is die grondslag vir die toemeting van die straf" is volgens hom 'n blote bevestiging van die skuldbegrip.<sup>77</sup> Die volgende sin (kyk hierbo) dui ook nie aan in hoeverre die wetgewer bereid is om toe te laat dat spesiaal-voorkomende doelstellings op die skuldversoeningsoogmerk inbreuk maak nie.<sup>78</sup> Nogtans meen Jescheck<sup>79</sup> dat artikel 46 *StGB* darem nie "sonder enige waarde" is nie:

- Dit blyk duidelik dat 'n straf wat met die skuldbegrip onversoenbaar is, onreëlmatig sou wees.
- Só kan slegs bepaalde strawwe opgelê word; onbepaalde strawwe (soos onttrekking bloot op grond van die "gevaarlikheid" van die dader) sou onreëlmatig wees.
- By elke straftoemethingshandeling verlang die wetgewer nogtans dat oor die spesiaal-voorkomende uitwerking van die straf besin moet word; 'n suiwer terugkykende, vergeldende straf, waar in die keuse van die strafsoort en in die oorweging van alternatiewe vir gevangenisstraf geen toekomsgeoriënteerde oorwegings 'n rol speel nie, sou onreëlmatig wees.
- Algemene afskrikking word nie genoem nie; blykbaar aanvaar die wetgewer dat die "outomatiese" algemene afskrikkende uitwerking van straf genoegsaam is. Verskerping van 'n straf net op grond van algemeen-afskrikkende oorwegings (die sogenaamde *exemplary sentence*) is dus onreëlmatig.<sup>80</sup>

### 4 3 Struktuur van die *StGB*

Die Duitse Strafkode van 1871, in die hersiene weergawe van 1975 (die *StGB*), bevat nie alleen misdadaomskrywings in die besondere deel nie maar ook bepalinge met betrekking tot straf, te wete die toepaslike strafsoorte vir elke besondere misdaad.

In die verbygaan moet in hierdie verband opgemerk word dat dit uiters belangrik is dat die aard van die werkverdeling tussen wetgewer en regsprekende beampte ten opsigte van straftoemeting altyd in gedagte gehou moet word. Sinvolle strafregspiegeling vereis dat albei hulle deur dieselfde grondbeginsels moet laat lei.<sup>81</sup> Dit deug byvoorbeeld nie indien die howe hul straftoemeting op 'n geregtighedsmodel (waarin die oogmerke van straf onder die oorkoepelende

<sup>76</sup> 1975 *Schw Z Str* 16.

<sup>77</sup> Volgens Stratenwerth *Tatschuld und Strafzumessung* (1972) 13 is dié bewoording 'n "gesetzgeberische Fehlleistung von besonderem Rang"! (Stratenwerth was een van die outeurs van die *AE* – kyk vn 68 *supra*.)

<sup>78</sup> Jescheck 1975 *Schw Z Str* 17.

<sup>79</sup> *Idem* 17 – 19.

<sup>80</sup> Dit sou nie onreëlmatig wees nie indien die skuld van die dader verhoog is, bv deurdat hy 'n algemene noodsituasie uitgebuit en geplunder het, en derhalwe uit hoofde van die skuldbeginsel 'n stywer vonnis kry – wat terselfdertyd (hopelik/vermoedelik?) 'n sterker algemeen-afskrikkende uitwerking sou hê – *idem* 19.

<sup>81</sup> Bruns *Leitfaden des Strafzumessungsrechts* (1980) 35.

beskerming en beperking van die vergeldingsbeginsel verweselik moet word) baseer, terwyl die wetgewer wette met drakoniese strawwe wat op die algemene afskrikkingsteorie gebaseer is, uitvaardig nie. Die strafregspiegelingstelsel is naamlik 'n *stelsel*; dit beteken dat die verskillende komponente – wetgewer, polisie, vervolging, hof, strafvoltrekkings – insluitend gevangenis en nasorgdienste – interafhanklik van mekaar is en op 'n eenvormige en samehangende strafbeleidsgrondslag (waarby fundamentele beskouings ten opsigte van regstaatlikheid en menseregte inbegrepe is) gebaseer behoort te wees. Hierdie beleid en sy grondslae behoort nie alleen duidelik uiteen gesit te *kan* word nie, maar behoort inderdaad duidelik uiteengesit te word – soos die *StGB* dan ook poog om te doen.

Die benadering in die besondere deel van die *StGB* kan met 'n paar voorbeelde geïllustreer word. Artikel 303 (saakbeskadiging) lui vry vertaal soos volg:

- “(1) Wie wederregtelik 'n vreemde saak beskadig of vernietig, word met gevangenisstraf van tot twee jaar of met 'n geldboete bestraf.
- (2) Poging is strafbaar.
- (3) Die daad word slegs op versoek vervolg.”

*Poging* word in die algemene deel van die *StGB* in artikels 22 tot 24 gereël. Poging is altyd strafbaar by *Verbrechen*, maar by *Vergehen* slegs wanneer die wet dit uitdruklik bepaal (artikel 23(1)). *Verbrechen* is misdade waarvoor 'n minimum gevangenisstraf van een of meer jaar voorgeskryf is, terwyl *Vergehen* misdade is wat met 'n mindere minimum gevangenisstraf of slegs met 'n geldboete strafbaar is (artikel 12).<sup>82</sup>

Heelparty misdade, *Antragsdelikte* genoem, kan slegs “op versoek” (*auf Antrag*) van die benadeelde vervolg word. So 'n formele versoek moet gerig word binne drie maande nadat die benadeelde kennis van die daad en die persoon van die dader ontvang het. 'n Versoek kan op enige tydstip voordat 'n regsragtige bevinding in die strafsak gemaak word, teruggetrek word (artikels 77 tot 77e).

Artikel 223 (liggaamlike kwetsing) lui:

- “(1) Wie 'n ander liggaamlik mishandel of sy gesondheid skaad, word met gevangenisstraf van tot drie jaar of met 'n geldboete bestraf.
- (2) Indien die handeling teen verwante in die stygende linie gepleeg is, is die straf gevangenisstraf van tot vyf jaar of 'n geldboete.”

Ook hierdie misdade is 'n *Antragsdelikt* tensy die vervolgingsbeampte, weens die besondere openbare belang ten opsigte van vervolging, sy amptelike tussenbeidetrede as noodsaaklik beskou (artikel 232(1)).

Artikel 224 (ernstige aanranding) is nie 'n *Antragsdelikt* nie. As *Verbrechen* kan (of móét weens die sogenaamde *Legalitätsprinzip*)<sup>83</sup> dit regstreeks van ampsweë vervolg word:

82 Daar is relatief min “*Verbrechen*”. Dié kategorie sluit oa moord, vrywillige manslag, verkragting, ontvoering, meened en brandstigting in. Alle vorme van diefstal, gewone aanranding, inbraak, vervalsing, omkoperij, afpersing en die meeste geslagsoortredings is “*Vergehen*”. Slegs ongeveer 1% van alle misdade wat in 1978 aan die polisie bekend was, was “*Verbrechen*”. Om “*Verbrechen*” met “*felony*” en “*Vergehen*” met “*misdemeanour*” te vertaal, sou heeltemal misleidend wees – vgl Weigend “*Continental cures for American ailments: European criminal procedure as a model for law reform*” in Morris en Tonry (reds) 2 *Crime and justice* (1980) 401. Die Duitse terminologie word dus onvertaald in hierdie bydrae behou.

83 Waarvolgens die aanklaer móét vervolg wanneer die feite dit *prima facie* regverdig. Dié reël geld, anders as wat soms gemeen word, egter nie ongekwalfiseerd nie (vgl Kern-Roxin *Strafverfahrensrecht* (1976) par 14; Weigend 400 ev).



“(1) Indien die liggaamlike kwetsing tot gevolg het dat die beseerde persoon ’n belangrike liggaamsdeel, die sig van een of beide oë, die gehoor, die spraak of die voortplantingsvermoë verloor het, of permanent ernstig geskend is, of in krankheid, verlamming of geesteskrankheid verval, dan is die straf gevangenisstraf van een tot vyf jaar.

(2) In minder ernstige gevalle is die straf gevangenisstraf van tot vyf jaar of ’n geldboete.”

Spesifieke verswarende omstandighede, met implikasies vir straftoemeting, is dus hier in die materiële misdadaansoms krywing (*Tatbestand*) ingebou.<sup>84</sup>

Die tegniek wat die wetgewer by die daarstelling van die strafbepalings van die *StGB* gebruik het, omvat die skepping van ’n “strafraam” (*Strafrahmen*) vir elke misdaad (byvoorbeeld “gevangenisstraf van een tot vyf jaar”). Die hoogste straf van die strafraam reflekteer die ernstigste kategorie verskyningsvorme van die betrokke misdaad ten opsigte waarvan daar ook geen strafveragtingstronde aanwesig is nie. Bruns<sup>85</sup> dui aan dat dit uit die wetgewer se daarstelling van strafraamwerke ook duidelik is dat die *StGB* ’n strafbeleid volg wat primêr op ’n geregtighedsmodel – die erns van die daad en die skuld van die dader – gebaseer is. ’n Konsekwente individuele voorkomingsmodel sou nie “strafraam” by die afsonderlike misdade kon stel nie, of sou dit oor die boeg van ander kriteria (gevaarlikheid, herhalingsgevaar ensovoorts) gegooi het. Indien die onderliggende beleid op algemene voorkomingsoorwegings berus het, sou die bepaling ook anders daar uitgesien het, met die algemeenheid van die misdaad of verspreidingsgevaar as moontlike kriteria.<sup>86</sup>

Hierdie opmerkings beteken natuurlik nie dat voorkomingsoorwegings nie óók binne die bestaande strafraam nagestreef kan word nie.

#### 4 4 Tendense in moderne Duitse straftoemeting

Soos reeds vermeld is, is die Duitse strafregspiegelingstelsel in sy geheel deeglik onder oë geneem ná die Tweede Wêreldoorlog. Aan kritiek op die “ou bedeling” het dit nie ontbreek nie. So het een kommentator beweer dat die Duitse straftoematingsreg in ’n “beklaenswaardige toestand” is;<sup>87</sup> ’n ander het verklaar dat strafregters eers dié straf opleê wat volgens hul eie (subjektiewe) oortuiging reg is, en daarna die straftoematingsgronde wat regens toelaatbaar is mooi “regsny” vir die betrokke geval;<sup>88</sup> ’n derde het die erkende strafteorieë ’n “ideologiese wolkemuur” genoem wat net die irrasionaliteit en oneweredigheid (disproporsionaliteit) van die straftoemeting versluier.<sup>89</sup>

Die gevolg was ’n nuwe tendens in straftoemeting, naamlik ’n beweging weg van vrye, ongebonde regterlike diskresie in die rigting van sistematiese ordening deur middel van straftoematingsriglyne gebaseer op ’n sintese tussen regterlike gebondenheid en strafbeleidsdoelmatigheid; kortom, ’n “verregteliking” van straftoemeting.<sup>90</sup> Een van die aanbevelings van die Sewende Internasionale Strafrek Kongres in Athene was dan ook dat regsprekende beamptes by die

84 Hierdie vb (tw a 224) bevat in suba 2 sy eie “strafraam” vir “minder ernstige” gevalle. Mbt strafvermindering verwys talle ander artikels daarenteen na die bepaling van a 49 wat ’n algemene “verminderde strafraam” neerlê. Die artikels in die *StGB* waarin na a 49 verwys word, is 13(2) 17 21 23(2) 27(2) 28(1) 30(1) 35(1) 35(2) 239a(3) en 239b(3).

85 39.

86 *Ibid.*

87 Bruckmann 1973 *ZRP* 30.

88 Rasehorn 1972 *NJW* 83.

89 Ostermeyer *Strafrecht* (1971) 79.

90 Roxin *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1970) 10; Bruns 2.

uitoefening van hul straftoematingsdiskresie deur noukeurige en konkrete wetlike riglyne gelei behoort te word.<sup>91</sup> 'n Hiermee samehangende tendens is dat die deure vir hersienings- en/of appèlmoontlikhede (teen vonnis) ook oopgemaak, of wyer oopgemaak, word.<sup>92</sup> Hierdie ontwikkelinge beteken nie dat die regterlike straftoematingsdiskresie afgeskaf word nie maar wel dat dit *gestruktureer* word. Vanselfsprekend kan en word daar nie na matematiese presiesheid en eendersheid in straftoemeting gesoek nie.<sup>93</sup>

In Duitsland, soos elders, het nuwe ontwikkelinge nie alleen ten opsigte van straftoematingsreg en -kunde plaasgevind nie, maar ook met betrekking tot strafsoorte en -alternatiewe. Groot veranderinge het in sowel die (wette-)reg as in die praktyk ingetree. Hierdie veranderinge, hoewel uiters belangrik, kan nie volledig hier behandel word nie.

Twee van die belangrikste ontwikkelinge was die doelbewuste terugdringing van korttermyngevangenisstraf en die vervanging van gevangenisstraf as sodanig deur boetestraf as primêre straf. Dit kon alleen bewerkstellig word deur gebruikmaking van nuwe moontlikhede wat deur wetgewing geskep is, soos opgeskorte gevangenisstraf, opgeskorte boetes, die afsien van enige straf in sekere omstandighede, die afwending van sekere sake uit die strafprosesstelsel (soms na ander stelsels, soos medies, psigiatries of rehabilitatief) ensovoorts.<sup>94</sup>

Praktiese resultate het nie uitgebly nie. Die volgende veranderinge het mettertyd ingetree:<sup>95</sup>

- 'n Bestendige afname in die aanwending van gevangenisstraf, gekoppel aan toenemende gebruikmaking van opgeskorte vonnisse.
- 'n Toename in regterlike opskortings van die oorblywende straf nadat 'n deel daarvan uitgedien is ('n soort verregtelike parool).
- Die ontwikkeling van boetestraf tot die kwantitatief algemeenste straf. ('n Gesofistikeerde daggeld-boetestelsel is ingestel.<sup>96</sup>)
- 'n Dramatiese afname in die aantal onbepaalde vonnisse wat opgelê is.
- Die feitlik algehele terugdringing van korttermyngevangenisstraf. Laasgenoemde ontwikkeling word vervolgens van nader beskou.

#### 4 5 Korttermyngevangenisstraf

Voordat daar op die geskiedenis van en beleidsoorwegings met betrekking tot die terugdringing van korttermyngevangenisstraf in Duitsland ingegaan word,

91 Blau 1958 *GA* 81.

92 Soos die straftoematingsreg al hoe meer in hierdie rigting ontwikkel, moet 'n mens te wagte wees dat daar al hoe meer appèl/hersienings tov vonnis sal wees; dit kan as 'n teken van vooruitgang beskou word! Vgl Bruns 21: "Der Kreis der möglichen Rechtsfehler im Strafmass hat sich in den letzten 50 Jahren ständig und erstaunlich erweitert . . . und kennzeichnet damit die Fortschritte des Strafzumessungsrecht in Praxis und Lehre." Sô beskou, was *S v Holder* 1979 2 SA 70 (A) 'n terugwaartse stap; vgl 1979 *SASK* 48 159.

93 Bruns 3: "[N]iemand will den Strafzumessungsrichter . . . zum menschlichen Computer machen oder einen Rechenschieber für das Strafmass entwickeln." Selfs die Amerikaanse riglyne wat vroeër (386 ev) in hierdie studie behandel is (Minnesota), laat ruimte vir individuele aanpassings.

94 Kaiser *Kriminologie* (1976) *passim*.

95 *Ibid*.

96 Kyk Jescheck & Grebing *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht* (1978) 13-191; Albrecht *Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen* (1980).

word ter wille van helderheid gewys op die daadwerklike bewoording van die twee sleutelbepalings in hierdie verband, naamlik artikels 38 en 47 *StGB*.

#### 4 5 1 Artikels 38 en 47 *StGB*

Artikel 38 *StGB* bepaal soos volg (vry vertaling):

“Die duur van gevangenisstraf. (1) Gevangenisstraf is bepaald, tensy ’n wet lewenslange gevangenisstraf voorskryf. (2) Die maksimum bepaalde gevangenisstraf is vyftien jaar en die minimum een maand.”

Artikel 47 *StGB* lui vry vertaal soos volg:

“Korttermyngevangenisstraf slegs in uitsonderingsgevalle.

(1) ’n Hof mag gevangenisstraf van minder as ses maande slegs oplê indien daar besondere omstandighede bestaan wat op die daad of op die persoonlikheid van die dader betrekking het en welke omstandighede die oplegging van sodanige gevangenisstraf noodsaaklik (*unerlässlich*) maak ten einde op die dader in te werk of ter verdediging van die regsorde.”

Die bepaling van artikel 38 *StGB* dat die minimum gevangenisstraf wat opgelê mag word, een maand is,<sup>97</sup> het geweldige praktiese implikasies. Dit behels dat die “heel kort” korttermyngevangenisstraf, naamlik van een maand en minder, in Duitsland regtens nie meer as ’n strafssoort bestaan nie. Dit beteken dat alternatiewe, nie-vryheidsontnemende sanksies ten opsigte van alle ligter oortredings opgelê moet word. Uit hoofde van artikel 47 *StGB* geld gevangenisstraf van tussen een en ses maande nog wel regtens as ’n strafssoort, maar dit is deur middel van die bewoording van die artikel wat streng voorvereistes stel in die praktyk teruggedring ten gunste van nie-vryheidsontnemende sanksies. Penologies kan artikels 38 en 47 onder die belangrikste vernuwings van die *StGB* gereken word. As gevolg van die invoering van artikel 38 (wat die diskresie om ’n straf van minder as een maand op te lê, geheel en al afskaf) en artikel 47 (wat die diskresie om ’n straf van minder as ses maande op te lê, deur strukturering sterk beperk), kan gesê word dat korttermyngevangenisstraf (dit is gevangenisstraf van minder as ses maande) verander het van die reël<sup>98</sup> tot die seldsame uitsondering. In die plek daarvan het die geldboete gegroei tot die hoofstrafssoort; ’n hele spektrum ander nie-vryheidsontnemende strawwe het ook snel ontwikkel.<sup>99</sup>

#### 4 5 2 Die *Alternativ-Entwurf*

Soos reeds genoem is,<sup>100</sup> is die huidige *StGB* ’n kompromie-wet. Die radikaler voorstelle van die *Alternativ-Entwurf* (*AE*) het groot invloed uitgeoefen maar is nie heelhuids ingevoer nie.

Die *AE* het sterk standpunt téén korttermyngevangenisstraf ingeneem: géén gevangenisstraf van minder as ses maande mag opgelê word nie!<sup>101</sup> Die regspolitiese oorwegings is bondig soos volg gestel:

● Daar was al vir dekades internasionaal erken dat korttermyngevangenisstraf in die lig van spesiaal-voorkomende oorwegings meer skade doen as wat dit voordele inhou.

97 Kontrasteer die vier dae in Suid-Afrika!

98 Sien par 4 5 3 *infra*.

99 Die uitleg en toepassing van a 47 *StGB* deur die howe val buite die bestek van hierdie bydrae. Die bekende strafregkomentare kan daarvoor geraadpleeg word. Wat vir die huidige van groter belang is, is dat dié bepaling ’n dramatiese verandering in die praktyk bewerkstellig het.

100 Sien par 4 1 *supra*.

101 A 36 *AE*.



- Die oortreder moet sy werk en sy gesin verlaat.
- Kontaminasie deur ander (ernstiger) oortreders is 'n wesenlike gevaar.
- Hy word geëtiketteer as misdadiger (stigmatisering).
- Hersosialiserende pogings het weens die kort tydperk geen hoop op sukses nie.
- Die beskerming van die gemeenskap deur middel van die onttrekking van die oortreder kom nie ter sprake nie.

Daar is tot die volgende slotsom gekom:<sup>102</sup>

“Hierdie maatskaplike nadele, wat nie net die oortreder nie maar ook sy familie en onregstreeks die totale gemeenskap tref, is ten opsigte van die grootste gedeelte van die ongeveer 135 000 veroordeeldes wat in die *Bundesrepublik* jaarliks vir minder as ses maande gevangenis toe gestuur word, vermybaar, indien hulle genoegsame geleentheid en aansporing daartoe gegee word om op 'n ander wyse vir hul skuld te boet.”

Hoewel die spesifieke voorstelle van die *AE* nie ingevoer is nie, verteenwoordig die *AE* histories 'n respektable siening ten opsigte van strafbeleid, soos uit die volgende afdeling blyk.

#### 4 5 3 *Historiese beleidsoorwegings*

Soos reeds opgemerk is, was een van die uitwerkings van die *Aufklärung* in Europa op penologiese gebied teen die einde van die 18de eeu duidelik gevestig, naamlik die vervanging van die vroeëre stelsel van hardvotige strawwe (veral lyfstraf en doodstraf) deur gevangenisstraf as die nuwe “ruggraat” van die “verligte” strafstelsel.<sup>103</sup> Onder Duitse geleerdes bars egter gedurende die 19de en vroeë 20ste eeu 'n twisstryd oor feitlik alle aspekte van gevangenisstraf los. Veral Von Liszt<sup>104</sup> beywer hom vir die afskaffing van korttermyngevangenisstraf. Gedurende hierdie tyd was gevangenisstraf die enigste strafvorm van algemeen praktiese beduidenis; ongeveer 75% van alle strawwe wat opgelê was, was korttermyngevangenisstraf. Sedert Von Liszt se hervormingspogings het die aantal stemme wat krities teenoor korttermyngevangenisstraf stelling ingeneem het, haas onoorsigtelik geword. Hervormers het gepoog om die gebruikmaking van dié strafvorm veral deur middel van drie tipes voorstelle te beperk, naamlik dat

- die minimum duur van gevangenisstraf verhoog moet word;<sup>105</sup>
- korttermyngevangenisstraf tot spesifieke oortredings beperk moet word; en dat
- korttermyngevangenisstraf tot besondere dadertipes beperk moet word.<sup>106</sup>

Die tradisionele pragmatiese argumente wat teen korttermyngevangenisstraf geopper is – etlike waarvan oorvleuel – is soos volg:<sup>107</sup>

102 *AE* 75, my vertaling.

103 Vgl uitvoerig Lösener *Beitrag zum Problem der kurzen Freiheitsstrafen* (ca 1958); Kiwull; vgl ook Schmidt (1951).

104 Kyk *Strafrechtlichen Aufsätze und Vorträge* bd 1 (1905).

105 Wat beteken dat kleiner oortredings, wat nie sodanige minimumstraf “verdien” nie, met alternatiewe (dws nie-vryheidsontnemende) sanksies besoek moet word.

106 Lösener 7.

107 *Idem* 22 ev.

(a) *Opvoeding en hersosialisering*<sup>108</sup> Die “korthed” van korttermyngevangenisstraf maak betekenisvolle aanwending van opvoedkundige en opleidingsprogramme onmoontlik. Die gevangene is in die vroeë stadia van gevangenskap nog so onder die uitwerking van die strafverhoor, die aanpassingskok in die gevangenis en die skeiding van die “normale” lewe daarbuite, dat hy glad nie vir opvoedkundige inwerking vatbaar is nie. Teen die tyd dat hy aangepas het, word hy al weer vrygelaat. Voorts is die aandag van die gevangene, vanweë die korthed van die termyn gevangenisstraf voor hom, nog sterker en meer ten volle op die vrylatingsdag gerig as wat andersins die geval sou wees. Hy is as ’t ware tydelik in ’n kokon – en ’n mens in ’n kokon kan nie deur middel van opvoedings- en opleidingsprogramme gunstig beïnvloed word nie.

Daar moet in verband met hierdie beswaar teen korttermyngevangenisstraf natuurlik in gedagte gehou word dat daar hedendaags wydverspreide en diepliggende skeptisisme bestaan met betrekking tot opvoeding *überhaupt* binne gevangenisverband.<sup>109</sup> Eerstens word fundamenteel gevra of die staat homself hoegenaamd die mag behoort toe te eien om ’n gevangene in breë sin te wil “opvoed”; dit wil sê bepaald en binne ’n spesifieke mens- en wêreldbeskouing te beïnvloed met betrekking tot geestelike, karakterlike en sedelike ontwikkeling. In ’n totalitêre staat sou daar vanselfsprekend geen probleme hiermee wees nie, maar wat van ’n moderne, plurale regstaat waar géén konsensus heers nie maar waar verdraagsaamheid ten opsigte van heterogeniteit bestaan? Vereis die strafreg nie slegs dat die mens nie sy norme verbreek nie (dus ’n *negatiewe* prestasie)? Tweedens word dit deesdae as empiriese werklikheid erken dat van werklike opvoeding baie min in gevangenisverband tereg kom.

So gesien, is hierdie beswaar nie een wat uitsluitlik teen korttermyngevangenisstraf as sodanig gerig word nie, maar, soos Lösener tereg aantoon, teen alle gevangenisstraf. Nogtans verloor die beswaar myns insiens nie daardeur sy trefkrag nie, aangesien daar tog op praktiese vlak graadverskille tussen korttermyn- en langer-termyngevangenisstraf bestaan. Aangenome dat bovermelde fundamentele beswaar oorkomelik is, geld die *praktiese* beswaar veel sterker teen korttermyn- as teen langer-termyngevangenisstraf. Reeds in 1951 het die 39ste Wes-Duitse Juristekongres (*Juristentag*) ’n eenparige mosie aangeneem dat korttermyngevangenisstraf, wat (altyd) ondeugdelik vir hersosialisering is, sover moontlik teruggedring behoort te word.<sup>110</sup>

108 Daar dien hier opgemerk te word dat daar ook binne die raamwerk van die “geregtigheidsmodel” van straf ruimte is om oor die doeltreffendheid van opvoedkundige en (her-)sosialiserende (rehabiliterende) programme binne gevangenisverband te praat. Die geregtigheidsmodel gaan van die standpunt uit dat moontlikhede vir opvoeding en (her-)sosialisering *tydens* straf daargestel behoort te word (minstens behoort strafuitdiening in omstandighede plaas te vind wat opvoeding en (her)sosialisering nie skaad of teenwerk nie) en dat ’n oortreder aangemoedig behoort te word om vrywillig daaraan deel te neem (sonder nadelige sanksies indien hy verkies om dit nie te doen nie), maar dat sodanige opvoeding en (her)sosialisering nie ’n *doelstelling van straf* as sodanig is nie. Strafeconomie vereis dat soveel rasonale doelstellings as moontlik *met* en *tydens* straf bereik word, onder die oorkoepelende en beperkende vergeldings-“plafon”. Die bespreking wat in die teks hieronder volg, is by hierdie gesigspunt van die geregtigheidsmodel aangepas. Vgl Morris 1976 *CILSA* 57 ev en vn 13 *supra*.

109 Lösener 26 – 32.

110 “Die zur Resozialisierung untaugliche kurze Freiheitsstrafe ist tunlichst zurückzudrängen”: *idem* 32 – 33.

(b) *Kriminele kontaminasie* Die gevaar van kriminele infeksie of kontaminasie van die korttermyngevangene word gesien in die lig daarvan dat korttermyners dikwels *eerste* oortreders (of die korttermyngevangenisstraf is die eerste kennismaking met gevangenisstraf) en feitlik altyd (per definisie) ook nie-ernstige oortreders is. Die strafloopbane van langtermyners met vorige veroordelings dui ook dikwels aan dat korttermyngevangenisstraf 'n kenmerk van die aanvang van dié loopbane was.<sup>111</sup> Om hierdie redes het Von Liszt<sup>112</sup> beweer dat korttermyngevangenisstraf nie alleen “nutteloos” is nie maar inderdaad sosiaalskadelik – ja, selfs meer skadelik as wat die algehele nie-bestrafing van sodanige oortreders sou wees. Die gevaar van kontaminasie word vererger deur oorvol gevangenis wat betekenisvolle klassifikasie en skeiding van gevangenes bemoeilik of prakties onuitvoerbaar maak.<sup>113</sup>

(c) *Aanpassing by 'n gevangenisomgewing* Hierdie beswaar teen korttermyngevangenisstraf is gebaseer op die beginsel dat 'n mens die onbekende meer as die bekende vrees. Die korttermyners sien dat daar benewens hyself nog baie mense in die gevangenis is; hy leer die beamptes, selle, sale en gange ken. Dikwels kom sy eie skuld klein voor in vergelyking met dié van ander gevangenes.<sup>114</sup> Populêre “gevangenesielkunde” maak hom gou wys dat hy eintlik self die slagoffer van omstandighede of “die stelsel” is. Wanneer hy uiteindelik die gevangenis verlaat, is sy siening van die gevangenis heel anders as voorheen; die vrees vir die vreemde is weg. Daar word betoog dat hierdie nadele van korttermyngevangenisstraf swaarder weeg as die voordele (indien enige hoegenaamd).<sup>115</sup>

(d) *Die stigma van gevangenisstraf* Hierdie beswaar lui dat die maatskaplike stigma wat na die uitdien van korttermyngevangenisstraf aan 'n oud-gevangene kleef – en nadelige sosio-ekonomiese en sielkundige gevolge vir sy gesin en homself (sowel subjektief, byvoorbeeld negatiewe selfbeeld, as objektief, byvoorbeeld sy status in die gemeenskap en onder sy familie en vriende, en sy moontlikhede in die arbeidsmark) inhou – onaanvaarbaar buite verhouding staan tot sy relatief geringe oortreding en kort straftermyn.<sup>116</sup>

Vergelykenderwys skyn dit of nie-vryheidsontnemende strawwe nie sodanige erge newegevolge meebring nie.<sup>117</sup>

(e) *Residivisme* Veral Von Liszt het sterk beklemtoon dat die sterk toenemende herhalingskriminaliteit – residivisme – aan die oortollige gebruikmaking van korttermyngevangenisstraf te wyte is.<sup>118</sup> Die oplegging van korttermyngevangenisstraf het die toenmalige Duitse straftoemetingspraktyk dermate gedomineer dat gesê kon word dat die doeltreffendheidswaarde van die ganse strafregstelsel van die waarde van dié strafvorm sou afhang.<sup>119</sup> Eberhard Schmidt<sup>120</sup>

111 *Idem* 38 ev.

112 Von Liszt 374.

113 Lösener 41 ev.

114 “Ein ausgeprägter Pharisäismus ist in den meisten Anstalten zu finden. Die Meineidige will mit der Abtreiberin nichts zu tun haben, und der Raufbold verabscheut den Dieb und den Sittlichkeitsverbrecher”: *idem* 48.

115 *Idem* 46–48.

116 *Idem* 48–52.

117 *Idem* 50 en verwysings aldaar te vn 2.

118 Von Liszt 346.

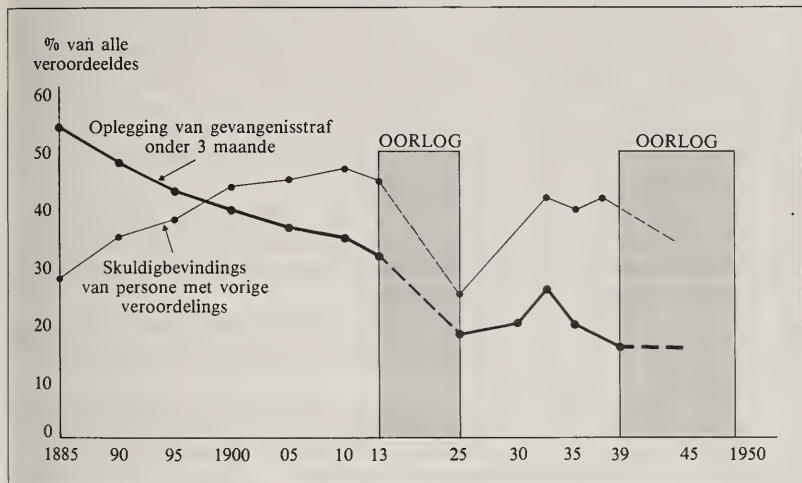
119 Lösener 53. In 1886 het gevangenisstraf van minder as drie maande 79,91% van alle gevangenisstrafopleggings in Duitsland uitgemaak: *ibid.*

120 67 Z St W 177 180.



verklaar in 1955 dat die gebruikmaking van korttermyngevangenisstraf die sigbare bankrotenskap van die Duitse strafregspleging tot gevolg gehad het.

FIGUUR 2: Lösener



'n Grafiese voorstelling deur Lösener<sup>121</sup> van (i) veroordeelde residiviste en (ii) die gebruikmaking van korttermyngevangenisstraf in Duitsland, dui aan dat dié twee gegewens sedert die tweede tot die vyfde dekades van hierdie eeu parallel met mekaar loop. 'n Mens moet egter versigtig wees om nie te veel hieruit af te lei aangaande die residivisme-veroorsakende uitwerking van korttermyngevangenisstraf nie, soos Lösener self tereg waarsku.<sup>122</sup> Trouens, dieselfde grafiek toon dat die twee gegewens gedurende die jare 1885 – 1920 *nie* parallel geloop het nie: die gebruikmaking van korttermyngevangenisstraf het gedaal terwyl die aantal veroordeelde residiviste gestyg het. Lösener se algehele verwerping van enige verband tussen residivisme en die gebruikmaking van korttermyngevangenisstraf *op grond van hierdie grafiek* gaan myns insiens egter te ver. Die oënskynlike negering van enige sodanige verband deur die grafiek gedurende 1885 – 1910 sou myns insiens moontlik deur die hipotese verklaar kon word dat, alhoewel die gebruikmaking van korttermyngevangenisstraf gedurende genoemde tydperk betekenisvol gedaal het, die prys vir die buitensporige gebruikmaking van dié strafssoort gedurende die *voorafgaande* tydperk (nie op die grafiek sigbaar nie) eers behoorlik gedurende genoemde tydperk betaal moes word.

Daar moet egter wel toegegee word dat oorvereenvoudigde afleidings uit die statistiek verkeerd sou wees. Residivisme het naamlik nie enkelvoudige nie maar komplekse oorsake. Een betekenisvolle veroorsakingsfaktor kan die oortollige gebruikmaking van korttermyngevangenisstraf wees, maar dan is dit myns insiens as deel van 'n komplekse, dinamiese, kriminogene proses waarby onder andere die oorwegings wat in die vorige afdelings genoem is, ook 'n rol speel.

121 Kyk 53 – 54 (figuur 2 *supra*).

122 *Idem* 54 – 59.

Meer nog: behalwe 'n kriminogene *faktor* behoort oormatige gebruikmaking van korttermyngevangenisstraf myns insiens tegelykertyd ook as *simptoom* gesien te word van 'n totale maatskaplike struktuur wat self 'n kriminogene uitwerking het en waarbinne die strafregstelsel (wan)funksioneer.

(f) *Oorbelaasting van gevangenis* Hierdie beswaar teen korttermyngevangenisstraf is nie soseer dat gevangenis as gevolg van die oormatige gebruikmaking van dié strafsoort *oorvol* is nie, maar dat gevangenis – insonderheid *gevangenisadministrasie* – daardeur buite verhouding *oorbelas* is. Hierdie beswaar is veral deur Eberhard Schmidt herhaaldelik met onvermoeide ywer geopper.<sup>123</sup> Die Duitse arbeidsgemeenskap vir die hervorming van die strafvoltrekking het dan ook in 1950 en 1951 mosies aanvaar dat gevangenisstraf algeheel bevry moet word van die las van korttermyngevangenes.<sup>124</sup>

(g) *Geen beskerming deur onttrekking nie* Per definisie kan geen noemenswaardige beskerming van die gemeenskap deur middel van die onttrekking (*incapacitation*) van die oortreder deur korttermyngevangenisstraf plaasvind nie: binne 'n kort tydjie is hy weer op straat.<sup>125</sup>

(h) *Algemene afskrikking* Die algemene afskrikkende (*general deterrent*) werking van die strafreg is 'n komplekse proses wat ook moeilik is om na te vors.<sup>126</sup> Die gevolgtrekking van Cook<sup>127</sup>

“that the criminal justice system, ineffective though it may seem in many areas, has an overall crime deterrent effect of great magnitude . . . ; the deterrents generated by the justice system have a large civilizing influence which is by no means minor in comparison to the influence of ‘root causes’ of crime”

kan sekerlik in die algemeen onderskryf word. Die vraag is of dieselfde gevolgtrekking van toepassing is op dié misdade ten opsigte waarvan korttermyngevangenisstraf gewoonlik opgelê word.

Lösener<sup>128</sup> spekuleer dat korttermyngevangenisstraf – afgesien van die heel kort strawwe van minder as 'n week – tóg 'n algemeen afskrikkende uitwerking moet hê, eerstens omdat gevangenisstraf 'n straf is wat deur onbestrafde burgers gevrees word (selfs al is dit korttermyngevangenisstraf) en tweedens omdat so 'n energieke verbodsuitdrukking misdaadvoorkomend op die algemene regsgevoel móet uitwerk deurdat dit die mens se neiging tot ligsinnigheid en tot die begaan van geleentheidsoortredings beperk. Hierdie gevolgtrekkings is myns insiens moeilik aanvaarbaar. Daar is in die afwesigheid van konkrete empiriese gegewens te veel algemene oorwegings daarteen.

Die meeste oortredings waarvoor korttermyngevangenisstraf opgelê word, word in die konteks van bepaalde sosio-ekonomiese omstandighede gepleeg deur persone wat tot marginale groepe of subkulture behoort. Kriminologiese interpretasies van oortredings op hierdie vlak sal wissel vanaf kultuurkonflik, ander

123 Kyk bv 1951 JZ 101 102; 67 Z St W 177 180; *Verhandlungen des 41. deutschen Juristentages* bd 2 (1956) 316.

124 Lösener 59.

125 *Idem* 61. In die oorgrote meerderheid gevalle is sodanige “beskerming” ook glad nie nodig nie aangesien die oortredings gering en die oortreders nie “gevaarlik” is nie.

126 Kyk in die besonder Zimring en Hawkins *Deterrence: the legal threat in crime control* (1973) en Cook “Research in criminal deterrence: laying the groundwork for the second decade” in Norval Morris en Tonry (reds) 2 *Crime and Justice* (1980) 211 en verwysings daar.

127 Kyk vn 126 *supra*.

128 62 – 66.

konflikteorieë, tot anomie ensovoorts. Die moreel-etiese infrastruktuur wat die strafregstelsel moet ondersteun, waarbinne die strafsanksie moet funksioneer en wat uiteindelik 'n misdaadvoorkomende (-afskrikkende) uitwerking het, ontbreek in hierdie omstandighede. Meer nog, dikwels is nóg die inhoud (materieel-regtelik) nóg die afdwingingsmetodes (prosesregtelik) moreel-eties verantwoordbaar: baie van die oortredings wat tot korttermyngevangenisstraf lei, is bloot *mala prohibita* omdat die wetgewer so sê. Swaarkry, verwerping en vernedering is daaglikse ervarings binne marginale groepe. Fatalisme en gebrek aan voorsorg, langtermynbeplanning en die opweeg van konsekwensies, is kenmerkend van 'n armoede-sindroom. Korttermyngevangenisstraf is vir die meeste dus nóg 'n onbekende nóg 'n vreesinboesemende begrip. Dit werk eerder verdere afstomping in die hand. Die algemeen afskrikkende werking van korttermyngevangenisstraf moet gevolglik vir sodanige groepe relatief gering wees.

Aan die rand- en oorgangsgebiede kan daar egter wel persone wees met genoegsame maatskaplike wortels en middelklas-homogeniteit sodat die algemeen afskrikkende werking van die strafregstelsel begin toeneem; nie *alle* persone ten opsigte van wie korttermyngevangenisstraf opgelê word, kom naamlik uit marginale groepe en subkulture nie. Hierdie feit bring 'n mens by die volgende punt, naamlik dat dit foutief is om die vraag met betrekking tot algemene afskrikking as 'n *absolute* te stel. Die vraag is *relatief*, naamlik "werk" die een sanksie relatief soveel doeltreffender as 'n ander dat dit die moeite werd is om dit te behou en energiek toe te pas?<sup>129</sup> 'n Koste-voordeelanalise moet gemaak word. In die lig van die bekende en genoemde nadele van korttermyngevangenisstraf en die uiters twyfelagtige, algemeen afskrikkende uitwerking daarvan behoort 'n breë spektrum en alternatiewe optredes – insluitend dekriminalisering! – eerder oorweeg te word.

Ten slotte kan die vraag dalk opduik of 'n "oplossing" nie moontlik in die teenoorgestelde rigting gesoek moet word nie: kan die algemeen afskrikkende uitwerking van korttermyngevangenisstraf nie miskien verbeter word deur eenvoudig swaarder (langer) te straf nie?<sup>130</sup> Daar is twee antwoorde hierop. Die *pragmatiese* antwoord is dat dit nie sal "werk" nie – dit sal eerstens die strafregstelsel ondraaglik oorlaai en tweedens nog steeds getref word deur baie van die nadele wat in hierdie afdeling vermeld word. Die *fundamentele* antwoord is dat so 'n "oplossing" onversoenbaar sou wees met die vergeldingsidee soos dit in die geregtighedsmodel voorgelê word: dit sou oneweredig (disproporsioneel) met die oortreding (en die daardeur veroorsaakte maatskaplike skade) wees.

(i) *Devaluasie van gevangenisstraf* Hierdie beswaar teen korttermyngevangenisstraf lui dat daar 'n belangrike kwalitatiewe onderskeid tussen vryheidsontnemende en nie-vryheidsontnemende strawwe bestaan wat nie genivelleer behoort te word deur onoordeelkundige gebruikmaking van vryheidsontnemende strawwe nie:<sup>131</sup> gevangenisstraf behoort ingevolge hierdie siening as strafvorm slegs vir ernstige misdade gebruik te word.

129 Dieselfde fout word mbt die doodstraf gemaak: 'n mens lees soms dat dit "geen" afskrikkende uitwerking het nie. Die eintlike vraag is of dit soveel beter afskrik as alternatiewe strawwe dat dit, indien al die maatskaplike kostes bybereken word, behou behoort te word.

130 Dit gebeur gereeld in gesprekke met straftoemeters in Suid-Afrika dat wanneer die argumente vir die beperking van korttermyngevangenisstraf geopper word, uitgeroep word: "So nou wil julle hê dat ons swaarder moet straf?!"

131 Lösener 66–68.



#### 4 5 4 Slot

Die stroom van kritiek teen korttermyngevangenisstraf wat veral deur Von Liszt begin is, het gegroei en uiteindelik tot ingryping deur die Duitse wetgewer gelei. Deur die bepalinge van die huidige *StGB* is dié strafvorm geheel en al deur ander nie-vryheidsontnemende strawwe vervang — ’n goeie voorbeeld van hoe ’n land se straftoemingspraktyk, asook die gevangenisbevolkingstatistiek, radikaal verander kan word deur die instelling van rigtinggewende gestruktureerde wetsbepalings in die plek van sogenaamde vrye diskresie.

### 5 KONKLUSIE

Die hooftema van hierdie artikel fokus op die gebruik van straftoemingsriglyne ten einde gewenste strafbeleid deur te voer. Dit beteken dat die straftoemingsdiskresie nie “vry” (ongebonde) moet wees nie maar gestruktureer.<sup>132</sup>

Daar word aan die hand gedoen dat die Suid-Afrikaanse Regskommissie ’n omvattende projek loods ten einde ’n samehangende (*coherent*) straftoemingsraamwerk daar te stel om die behoeftes van Suid-Afrika te dien. Daar moet omvattend regsvergelijkend te werk gegaan word (hierdie artikel is nie veel meer as ’n regsvergelijkende “steekproef” nie!), beleidsoorwegings moet duidelik uitgestippel word en projeksies oor die gewenste en verwagte empiriese resultate van sodanige nuwe voorskrifte moet vooruit gemaak word.

---

132 Vgl 1979 *SASK* 48 159; 1980 *SASK* 228.

*It must be recognised that translating personal injuries into money is equating the incommensurable; money cannot replace a physical frame that has been permanently injured. The task therefore of assessing damages for personal injury is one of the most perplexing a court has to discharge. This notwithstanding, certain broad principles have been laid down which govern the obligation (per Gubbay AJ in *Minister of Defence v Jackson* 1991 4 SA 23 (ZSC) 27).*

# The Goedemoed prison gulag: the uprising, its background and repercussions

Janos Mihalik

*BIur LLD*

*Professor and Dean of the School of Law, University of Bophuthatswana*

Daryl A Newton

*BA LLM*

*Senior Lecturer in Criminal Law, University of Bophuthatswana*

## OPSOMMING

### Die Goedemoed-gevangenis gulag: die opstand, agtergrond en gevolge

Van die min haalbare (en uiters noodsaaklike) oogmerke van gevangenisstraf is om respek vir die reg en geregtigheid by gevangenes in te skerp. Dit kan ten beste geskied deur praktiese demonstrasie hiervan deur die owerhede, howe en gevangenisdiens aan die gevangenes. Ongelukkig word gevangenes egter selde hieraan blootgestel, met die gevolg dat hulle in die algemeen meer verhard, verbitterd en gevaarlik by ontslag uit die gevangenis as tydens hul opname is. Die Goedemoed-gevangenis gebeurde word bespreek ter illustrasie van hierdie ongelukkige en gevaarlike toestand. Daar word aangetoon dat nóg 'n beroep op die hoogste wetgewende gesag nóg 'n strafsak in die hooggeregshof bydra om 'n beleid van onderdrukking en ontmening te verlig.

## INTRODUCTION

Those who have been convicted of breaking the law are most in need of having respect for the law demonstrated to them.<sup>1</sup> This, however, does not necessarily happen in our criminal justice system. Regard for the rule of law finds extensive application up to and including the stage of conviction, but beyond conviction, until the prisoner is released unconditionally from prison, arbitrary and largely unsupervised discretion holds sway.<sup>2</sup>

A well-known American jurist, Judge Marvin Frankel, blames sentencing for this malaise. His observations are equally applicable to our criminal justice system. The judge points out that sentencing, or "the meting out of justice", is largely lawless:

"Regardless of what the judge finally selects as a sentence, the process itself, with rare exception, is unscrutable. . . We do not allow each judge to make up the law for himself on other questions. We should not allow it with respect to sentencing."<sup>3</sup>

1 Cf Mattick quoted by Hawkins *The prison – policy and practice* (1976) 159.

2 Hawkins 133 139.

3 Frankel *Criminal sentences* (1973) 112.

The other, perhaps more important, cause of the failure of our criminal justice system to inculcate respect for the law by prisoners, is the failure of our prisons service to create and administer a prison system able to demonstrate and render justice to those who may be amenable to such inculcation or demonstration. This was recently highlighted in *S v Jansen*<sup>4</sup> by Van Deventer AJ (King J concurring), where it was held that as a result of the prevailing conditions in the prisons where coloured people<sup>5</sup> had to serve their sentences

“there could be no suggestion of rehabilitation; . . . a sensitive person could only suffer physical trauma there and an insensitive person would become a criminal if he was not one already”.<sup>6</sup>

These uncustomary observations of prison conditions by members of the judiciary are to be welcomed, since the prisons service has for some decades managed to nurture a false image of penitentiary bliss by applying the deterrent of criminal prosecutions against critics<sup>7</sup> while simultaneously relying on the judiciary's legal right to unannounced prison visits and their lack of initiative to state consequent negative findings publicly,<sup>8</sup> to confirm this purported “bliss”.<sup>9</sup>

The recent increase in focus on prison conditions for ordinary prisoners by human-rights organisations and sections of the organised legal profession renders his lordship's remarks all the more relevant. Mr Peter Leon MP, a past regional chairman of Lawyers for Human Rights, recently pointed out that

“[i]n the broad human rights struggle in this country, I believe that ordinary prisoners are perhaps the most neglected issue”.<sup>10</sup>

Mr Nelson Mandela, president of the African National Congress (ANC), perhaps demonstrated a more sectarian view on this issue in his address to the National Association of Democratic Lawyers (Nadel). He urged that something should urgently be done about prison conditions:

“For most blacks prison life is sheer hell. The inhumanity and degradation to which our people are subjected in prison is appalling and is a reflection on our sick society.”<sup>11</sup>

Against this background we propose to address some problems which render it difficult, if not impossible, for ordinary common-law prisoners to address their recognised and legitimate grievances and to consider some of the likely consequences of blocking or ignoring such communication channels on the public at large. Before we do so, it may be relevant in the light of Van Deventer J's

4 1990 1 SACR 694 (C).

5 “Coloured people” served their sentences in all South African prisons except for the few prisons or cells reserved for the fewer than 3% “white” prisoners before the scrapping of prison apartheid during October 1990.

6 *S v Jansen supra* 494 – 495. See also Van Rooyen “Criminal justice in the Supreme Court” 1990 SACJ 339 – 340 and Lund “Sentencing” 1990 SACJ 367 – 371.

7 See in general Mihalik “Restrictions on prison reporting: protection of the truth or a licence for distortion?” 1989 SAJHR 406 – 430; Van Rooyen “Artikel 44(1)(f) van die Wet op Gevangenisstraf – ’n betoeg ten gunste van sy skrapping” 1981 *De Rebus* 217 – 222.

8 See Van Niekerk “Judicial visits to prisons: the end of a myth” 1981 SALJ 417; cf Mihalik “Gevangenisstraf: die noodsaaklikheid vir alternatiewe strawwe” (LLD thesis Unisa 1986) 268 – 288.

9 Cf Mihalik 1989 SAJHR 418 – 222.

10 Leon “Let the majesty of the law rule again” *The Star* 1990-06-17; cf 1990 *Rights, Lawyers for Human Rights* 18.

11 “SA judiciary has no legitimacy” *The Star* 1990-08-07.



and Mr Mandela's reference to coloured and black prisoners to pause for a moment at the official announcement of the scrapping of prison apartheid.

## PRISON APARTHEID

According to the Minister of Justice, prison apartheid was to be scrapped in accordance with the other "separate amenities" on 15 October 1990.<sup>12</sup> The first indication of such plans was given in the 1986 parliamentary session.

It would, however, appear that the prisons service may not be implementing the desegregation of the facilities formerly reserved for the 3% white prisoners with undue enthusiasm. Their officially stated explanation is that "[t]he matter needs circumspection and cannot be enforced within a limited time".<sup>13</sup> This official reluctance may be difficult to comprehend for the white inmates of, for example, the Pretoria Central Prison, where prisoners with the best prognoses are detained. It is unlikely that even the most racist among them would object to sharing their overcrowded "privileged prison" (built at the turn of the century and still utilising the bucket system) and the section reserved for the most privileged prisoners (formerly black female section) with other prisoners.<sup>14</sup>

Ironically, the announcement was made in response to country-wide protests by black and coloured prison warders at racial discrimination against staff members. The warders threatened to reveal information about assaults on and murders of prisoners by white warders.<sup>15</sup> It may be far more difficult to implement desegregation amongst the prison warders, of which whites still constitute about 50%. A political right-wing party member recently (quite justifiably) pointed out in parliament that the prisons service will always need staff with a mere standard 6 qualification.<sup>16</sup> Unofficial bureaucratic attempts may therefore be made to retain white privilege for less educated whites with regard to appointments and promotions.

A Labour Party member claimed that on the day preceding the prisons vote debate in parliament, the officer in command of the Pollsmoor prison had summoned warders to a meeting and told them:

"Look here, you coloureds, the swimming pool is out of bounds for you. The bar is [also] out of bounds, because it was built with the white man's money."<sup>17</sup>

In an apparent attempt to counter these allegations and to demonstrate the "great strides" taken by himself to dismantle apartheid, the Minister of Justice announced that prison apartheid (with regard to the detention of prisoners) was to be scrapped.<sup>18</sup>

12 "Sharing the cold stone jug" *Financial Mail* 1990-08-03 31.

13 *Ibid.* See, however, "OB terror threat as three now on hunger strike" *The Citizen* 1991-01-15 for threats and hunger strike by awaiting trial right-wing terrorists as a reaction to possible transfer to a "multi racial prison".

14 See Mthombothi "Curtain lifted on prisons" *The Star* 1987-10-17. Cf in general reports by former inmates Mike Hoare *The Seychelles Affair* (1986) 139 141; Hugh Lewin *Bandiet* (1974) 109–117; Eschel Rhoodie *The real information scandal* (1983) 639–640.

15 See "We'll tell all, say warders" *The Weekly Mail* 1990-03-30–1990-04-04; "Warders threaten expose" *New Nation* 1990-03-11, 12.

16 *House of Assembly Debates* 1990-04-27 col 7408.

17 *Idem* col 7411.

18 Col 7456.

Prison integration should and could progress as smoothly as in the recent similar exercise in Namibia, despite the fact that some of the most racist, most political and least advantaged people would thus be brought together. There seems to be a strange bond of empathy amongst prisoners – the same bond that exists between those in the lowest levels of any community.<sup>19</sup>

We shall discuss events at the ill-named Goedemoed prison in this article to indicate why prisoners become cynical about the rule of law and justice. As a result, it is hardly surprising that such prisoners and former prison inmates form an important, and often violent, part of the “[m]ajority of South Africans [who] neither trust nor expect much from the legal system”.<sup>20</sup> Another, perhaps more disturbing, result is the important role which such former prisoners play in the continuing rising spate of senseless and brutally violent crimes often committed immediately on their release from prison.<sup>21</sup>

## OFFICIAL PROPAGANDA AND WARNINGS ABOUT LOOMING VIOLENCE

Two distinct and contrasting features mark the annual parliamentary prisons debates: On the one hand, one encounters the professionally researched and well-informed criticism by a few opposition members such as Mrs Helen Suzman, who for many years braved the ridicule and relentless attacks on her principled and well-informed contributions to these debates.<sup>22</sup> (In later and somewhat more “verligte” years even the Minister of Justice hesitantly admitted her role in the achievement of hard-fought limited penal reform.<sup>23</sup>) She was later assisted by others such as Dave Dalling<sup>24</sup> and subsequently by Lester Fuchs, Peter Leon<sup>25</sup> and some members of the Labour Party.

On the other hand, the prisons debates are characterised by lofty praise for the prisons service and its political figure-heads. Much of this praise is quoted from the Commissioner of Prisons’ annual report. It is perhaps of more than passing interest that both the Secretary General and the Deputy Secretary General of the State President’s Office are former prisons service generals<sup>26</sup> and that they are assisted by various other former prisons service members. It may accordingly not require too much praise in parliament to convince the executive that all is well in our prisons.

Some of the annual praise in parliament borders on the sublime; for example the “wonders achieved in the field of education and training”.<sup>27</sup> Other members of parliament refer *inter alia* to the following worn prisons service propaganda:

“The hon the Minister must also be complimented on maintaining a high standard of humanitarian values with regard to the treatment, nutrition and rehabilitation of prisoners. At present the Prisons Service has an 11-day menu.”<sup>28</sup>

19 See fn 12.

20 Du Plessis “Let justice be seen to be done” *Sunday Times* 1990-12-16.

21 See Rian Malan *My traitor’s heart* (1990) 161 – 163 165; Mihalik *Gevangenisstraf* 474 – 481.

22 *House of Assembly Debates* 1967-05-22 cols 6468 – 6469.

23 *Idem* 1988-05-11 col 9670.

24 *Idem* 1990-04-27 cols 7423 – 7427.

25 Cf *idem* 1990-04-27 cols 7451 – 7454; 1990-06-18 cols 12098 – 120104.

26 *Idem* 1990-04-27 col 7404.

27 *Idem* 1990-04-27 col 7440; cf Mihalik *Gevangenisstraf* 421 – 425.

28 *House of Assembly Debates* 1990-04-27 col 7449; cf Mihalik 1989 *SAJHR* 427 – 429 for an evaluation of the prison “menu” by well-known former prisoners.

Others opine that prisoners should be grateful for being in prison:

“Many an ex-prisoner will have cause to remember with gratitude the extraordinary opportunities for rehabilitation offered by the department. Of course, no prison can be a five-star hotel, but the strong moral guidance, discipline and rehabilitative emphasis of the department cannot be too strongly emphasised.”<sup>29</sup>

It seems that some parliamentarians are so taken in by the flood of prisons service propaganda<sup>30</sup> that they do indeed regard prisons as five-star hotels:

“Perhaps the time has come to turn our prisons into real prisons again! . . . Nobody should be able to spend a holiday in a five-star hotel at my expense and at the expense of other taxpayers.”<sup>31</sup>

(One may speculate with George Bernard Shaw<sup>32</sup> why such admirers do not commit serious crimes in order to qualify for prolonged residence in such pet paradises.)

All this propaganda is fuelled by the Minister of Justice and his deputy who describe the prisons service as a “military organisation” and their service as “tantamount to border duty”.<sup>33</sup> This is done in the full knowledge that serious assaults on and murders of warders by prisoners seldom occur<sup>34</sup> and that the only reported battle involving prison officers was the “battlefield” described by Mr Justice Vermooten in the Barberton “heat-exhaustion prison trial” of 1983 – a trial in which warders were charged with beating prisoners to death. We shall refer to this trial in due course.

#### A “SYSTEM SECOND TO NONE”

During the 1988 prisons vote the Minister of Justice embarked upon the customary propaganda campaign<sup>35</sup> about prison conditions. (The Barberton brutalities and various other assaults<sup>36</sup> and tortures on prisoners must have slipped his mind.) He assured the House that “[w]e are confident that things cannot go wrong [in prison] because we have a monitoring system second to none”.<sup>37</sup> Mrs Helen Suzman, deservedly entitled “our Lady of The Prisoners” by Breyten Breytenbach,<sup>38</sup> and who no doubt must have listened to many similar boasts over the years, urged the minister to be cautious.<sup>39</sup> Her instinctive scepticism was not unfounded.

#### A DESPERATE CRY FROM GOEDEMOED PRISON

Mr Abe Williams, Labour Party MP, commenced his speech during the 1988 prisons vote with the customary lauding of prison conditions.<sup>40</sup> After going

29 *House of Assembly Debates* 1988-05-11 col 7447.

30 See Mihalik *Gevangenisstraf* 289–310.

31 *House of Assembly Debates* 1990-04-27 col 7430.

32 *The crime of imprisonment* (1946) (1969 reprint) 91.

33 *House of Assembly Debates* 1990-04-27 col 7460; 1990-06-18 col 12166.

34 Cf Hanson & Theron “The South African legal system: statistics 1988–89” 1989 *SACJ* 377; 1990 *SACJ* 324; cf 1990 *Rights, Lawyers for Human Rights* 6 regarding the “alarming increase of reported assaults by warders on prisoners”.

35 See Mihalik 1989 *SAJHR* 422–427; cf *S v Staggie* 1990 1 *SACR* 669 (C) 672f–j.

36 Cf “Carole Charlewood interviews Wendy Orr” *Femina* 1990-04.

37 *House of Assembly Debates* 1988-05-11 col 9676.

38 *The true confessions of an albino terrorist* (1984) 182.

39 Fn 37.

40 *House of Assembly Debates* 1988-05-10 col 9510.



through the rituals he produced a letter addressed to "The Leader of the House of Representatives for the President"<sup>41</sup> which was smuggled out of Goedemoed prison and commenced to read it. It mentioned, *inter alia*:

(a) Assaults, illegal dietary punishment, lack of food and abuse of prisoners by warders.

(b) Warders were not prosecuted for assaulting prisoners<sup>42</sup> although a prisoner was allegedly beaten to death by warders during 1986.

(c) Prisoners' complaints were ignored and complainants victimised, opportunity to speak to "inspectors" was denied; privileges were alleged not to apply to so-called "farm prisons" and the resultant feeling of utter despondency allegedly drove a named fellow prisoner to suicide.

(d) Inmates believed that prison conditions had improved since the inauguration of Mr PW Botha as State President, with the exception of Goedemoed prison – the officer in charge had threatened them that "he could keep them on a reduced diet for as long as he wants, for this is not the Cape Province, this is the Free State".

(e) A mass jailbreak would have occurred if the warders did not find the key that was made:

"When the officer tested it, the key unlocked every prison gate inside to outside. The officer and staff have no way to encourage us to rehabilitate. They are purposely causing frustration among us and when they do have their routine search, they throw our belongings among our fellow inmates just to cause friction among us and if anyone can just complain while they are having a search, he gets severely beaten in front of the officer in charge."

(f) They had much more information to reveal, but a previous report was intercepted by the authorities:

"We know that this is not Vietnam, but the way we are handled we are like people in a Vietnam jungle. Please save us, stop this prison from becoming a second Barberton prison."

After reading the letter Mr Williams requested the minister to institute an investigation. The minister agreed to the request and in addition read a note received from the commissioner, which explained the proper communication channels to be utilised by prisoners.<sup>43</sup>

## CHANNELS OF COMMUNICATION FOR PRISONERS

According to the commissioner,

"[p]risoners have sufficient opportunity to lodge complaints and make requests and it is not necessary for them to make use of irregular channels".<sup>44</sup>

These channels for complaints were, according to the minister and the commissioner, something of which the prisons service was duly proud. In the words of the minister, "no one is prouder of their record than the members of the Prisons Service".<sup>45</sup> This may indeed be the case – it may also be true that no one else shares this pride. It is, however, noteworthy that the very commissioner

41 *Idem* cols 9498 – 9550.

42 Cf fn 34.

43 *House of Assembly Debates* 1988-05-10 col 9510.

44 *Ibid.*

45 *Idem* 1988-05-10 col 9511.

who so proudly referred to channels of communication had some years before, in his capacity as officer in command of Robben Island, placed a prisoner and former attorney in solitary confinement for having dared to complain about prison conditions.<sup>46</sup>

In fact, the channels of communication were so blocked and the complaining prisoner so securely locked in solitary confinement (in order to improve the conduct of other inmates) that only an application to the Supreme Court could release him from his illegal fate. Incidentally, the application was vigorously opposed by the prisons service, claiming that a provisional order by the Supreme Court would have a prejudicial effect on prison discipline.<sup>47</sup>

Even more revealing information about the prisons service's communication channels came to light in a subsequent parliamentary session. This time the issue was warders', and not prisoners', grievances. During 1990, coloured and black warders went on strike in protest against racial discrimination in the prisons service.<sup>48</sup> Serious allegations were made against the policies of the prisons service. Mr Dave Dalling MP explained:

"Pleas over the years through the proper channels – the hon the Minister keeps talking about proper channels – have failed to improve matters and attempts . . . have met with a brick wall of indifference. . . As usual, a greedy and insensitive administration has ignored their needs."<sup>49</sup>

He referred to the "corrupt manipulation of promotions policy" and "old-style avaricious, evil apartheid [which] still operates in the prisons service"<sup>50</sup> and concluded:

"I must emphasise that all – I underline the word 'all' – of these matters have been raised in terms of the procedures laid down by law, but all of these grievances have been ignored and they have certainly never been addressed. No wonder that the frustration level reached such a height that . . . Popcru [a union] was formed to work in the interests of those who despite years of service and years of following the rules found every door closed to them."<sup>51</sup>

So much for channels of communication. If warders, described by the minister as performing the equivalent of "border duty", found all channels blocked, how could inmates expect to find them open? Be it as it may, the minister's response to the Goedemoed prisoners' letter needs to be examined to establish how grievances are addressed when channels of communication are forced open.

## TURNING STONES

The traditional ministerial assurances were given in response to the Goedemoed letter. The minister insisted that "assaults would not be tolerated"<sup>52</sup> and that the complaints were "an isolated incident".<sup>53</sup> He thereupon assured the House

46 See Mihalik "The taming of the bad, or 'unspeakable cruelty'?" 1989 *SALJ* 331 fn 90; cf Mihalik 1989 *SAJHR* 420.

47 See Mihalik 1989 *SAJHR* 420.

48 Fn 17.

49 *House of Assembly Debates* 1990-04-27 cols 7425 – 7426.

50 Col 7426.

51 *Ibid.*

52 This assurance could safely be eliminated from standard ministerial replies. Would or could a minister ever admit that assaults are tolerated (despite the disturbing increase of such complaints of assaults)? Cf 1990 *Rights, Lawyers for Human Rights* 6.

53 This is also a standard response despite various findings by judges that such assaults are not isolated incidents – see Mihalik 1989 *SAJHR* 384 414 425 – 426.

that he would "leave no stone unturned in replying to . . . the letter". It would appear as if none too many stones were turned — some two months later, on 30 July 1988, the Goedemoed Medium prison erupted in violence and a special police task force was flown in from Pretoria to control the rioting inmates. Three helicopters and a military plane were used in the operation.

### THE GOEDEMOED PRISON RIOT

No immediate media reports followed the Goedemoed prison riot — true to prisons service practice of withholding important information.<sup>54</sup> Only four days later did an unusually bold report<sup>55</sup> appear in the most widely read government-supporting Afrikaans newspaper under the headline "Major causes jail amuck . . ."<sup>56</sup> The report revealed that the prison officer's conduct was presumably the biggest single contributing factor for the grievances of 22 coloured Goedemoed prisoners culminating in a hostage drama of more than ten hours. According to *Beeld's* source of information, he refused to convey to his superiors the grievances and complaints of the prisoners.<sup>57</sup>

Also revealed was how another major, the only "negotiator" apart from a "reporter" trusted by the rioting prisoners to approach the cell in which they were locked with their hostage, observed them through a small window while they were eating and shot in the head the prisoner guarding the hostage, killing him instantly. He also managed to wound another prisoner in the head. This enabled the police riot-squad to enter the cell and suppress the uprising.

Other options considered to free the hostage were to charge the cell and kill all 22 inmates or to wait until the prisoners slept and then to shoot them. From the various press reports it appears that these options were seriously considered, while the prisoners' demand to convey their grievances to one of the many prisons service generals and a reporter was ignored. This demand was not as preposterous as it may seem, as a general could easily have been flown in on the military plane or helicopters used in this exercise.<sup>58</sup> Although it appears from the judgment in the subsequent criminal trial that a "reporter" did speak to the prisoners, it seems that journalistic ethics did not play a part in his interview and mandate to publish the grievances, as no report appeared in the national press. The "reporter" seemed to be simply another tool of the prisons service.

Perhaps giving publicity to the prisoners' grievances may have revealed too much embarrassing information or kindled public interest in prison conditions. Still, the prisons service could not deny that the willingness of a former commissioner to visit the Bellville prison in 1970 to hear prisoners' grievances,

54 See Mihalik *Gevangenisstraf* 337 for similar delays regarding the deaths of Barberton prisoners.

55 Considering the scope of s 44(1)(f) of the Prisons Act 8 of 1959 and its deterrent effect on the media, it is obvious from its contents that the report was officially sanctioned. The accompanying photograph could only have been provided by the prisons service. The information contained in the article suggests that the prisons service must have believed that the shooting of prisoners at Goedemoed would evoke the same public interest as the Barberton prison unrest in 1983. The action was apparently taken to pre-empt accusations of furnishing misinformation, as was the case at Barberton.

56 *Beeld* 1988-08-04 (our translation). The Afrikaans heading read "'n Majoor die rede vir amok in tronk . . ."

57 *Ibid.*

58 See, *ia*, *Beeld* 1989-05-12; *Rapport* 1989-05-12; *The Star* 1989-05-12.



markedly diminished brutalities and murders in that prison. (However, prisoners who were subsequently transferred from Bellville to other prisons were invariably victimised by warders.<sup>59</sup>) The prisons service could also have considered how problems in Cape prisons escalated when prisoners' pleas for the commissioner to attend to their legitimate grievances were ignored and how this perpetuated the brutal prison murders, gross maltreatment of prisoners, serious miscarriages of justice in prison-murder trials and the eventual highly questionable report in 1971 by the Van Greunen Committee of Inquiry.<sup>60</sup>

The *Beeld* report contained two additional points of important information. Firstly, that Goedemoed was a farm prison housing 1 800 black and coloured "gedragsmoeilike" (recalcitrant) prisoners,<sup>61</sup> whose crimes ranged from possession of dagga to murder and who were transferred there for problem behaviour.

The Van Dam Committee of Inquiry which investigated the 1982/3 violence at the Barberton prisons identified (but underemphasised) as a major cause for prison violence the prisons service's solution of transferring recalcitrant prisoners to remote rural prisons.<sup>62</sup> Clearly such severing of ties with relatives and the outside community constitutes additional informal punishment by effectively isolating semi-literate and illiterate prisoners from their support groups. It also serves the encompassing Gulag policy of isolating prisoners who are "difficult" in terms of potential complaints of maltreatment.

Secondly, the report stated that three separate investigations would follow. The first was to be chaired by the Chief Magistrate of Bloemfontein, assisted, as in the Brandvlei and Barberton investigations, by a senior prisons officer. (This in itself would ensure – if previous investigations could serve as a yardstick – that the report would be most unlikely to criticise either the prisons bureaucracy or the commissioner.) The second was a "departmental investigation" – also unlikely to criticise the conduct of the masters of the tight prisons bureaucracy (including the minister and the commissioner) or their handling of the uprising. The third was to be a criminal investigation of charges of attempted murder and kidnapping against the prisoners who participated in the uprising. This investigation did not concern itself with the killing and wounding of prisoners by their "negotiator", or with establishing the legality of such instructions to kill. Apparently "criminal investigation" excludes the killing of

59 See *Report of the committee of the inquiry into the conditions in the Brandvlei-prison 1971* (Van Greunen Committee Report) 3 70 74 79. (This committee was named after its chairman, the then Chief Magistrate of Cape Town); cf *A survey of race relations* (1971) 77. The existence of the Van Greunen Committee Report was officially denied by the prisons service to one of the present writers, who subsequently managed to obtain a copy of it by other means. If the report has any value, it is only to illustrate how committees of inquiry should *not* conduct an inquiry.

60 The committee was appointed on the recommendation of a Cape judge. The minister appointed a senior Prisons Department officer to the committee (as his successor did with the Van Dam Committee following the Barberton prison violence). See also the warning against appointing commissions which may be perceived and tainted by political or executive bias in Kahn "Extra-judicial activities of judges" 1980 *De Jure* 188.

61 See Mihalik *Gevangenisstraf* 338 regarding this arbitrary and frequently vindictive official description.

62 See *Report of the committee of inquiry into the events at the Barberton maximum security prison (town) on 20 and 30 September and related matters* (Van Dam Committee Report) 56 59.

prisoners by warders, as was so vividly demonstrated by the Van Dam Committee, which exempted the unnamed warders from a charge of killing four prisoners – without awaiting the inquest report or consulting the numerous prisoner witnesses,<sup>63</sup> who were some years later paid compensation for torture and beatings following the incident.<sup>64</sup>

It appears that, as far as parliament was concerned, the allegations of prison murder, suicide and various other serious complaints seem to have been taken care of by the reading of the Goedemoed letter and the minister's undertaking to leave no stone unturned. Not even the poignant plea to the elected leaders not to allow the Goedemoed prison to become another Barberton, or the subsequent uprising and loss of life, elicited parliamentarian or media response until the 1990 session, when a Conservative Party member enquired from the Minister of Justice whether the injured Goedemoed warders had received any special pecuniary compensation.<sup>65</sup>

Two years after the Goedemoed riot the Minister of Justice mentioned it in passing:

"I also want to refer to the Goedemoed issue which perhaps escaped the notice of the other provinces, but which was an important issue in the Free State. . . . Hon members . . . are laughing. I do not know why they are laughing. It is said that generally speaking it is a major issue. The chief magistrate of Bloemfontein, Mr Loots, assisted by a senior officer, investigated the incident. His report was submitted to the Commissioner."<sup>66</sup>

Nobody queried the reporting of the committee to the commissioner instead of to parliament; nobody remarked that no stones were indeed turned by the minister; and nobody questioned an inquiry initiated by allegations of prisoner abuse being turned into an inquiry about the safety of the abusers (as was also the case at Barberton).<sup>67</sup> One cannot refrain from thinking that, had the Goedemoed events involved "political" prisoners, public outcry would have been deafening. In all fairness it should be added that the minister's brief announcement was (perhaps?) strategically timed for the end of the debate and towards the end of the parliamentary session.

The "Goedemoed issue", however, was not altogether settled. As the minister quite correctly predicted, some aspects did receive wide exposure during the well-publicised criminal trial in the Bloemfontein Supreme Court following charges brought against the rioting prisoners.

### *S v BROWN AND 18 OTHERS*<sup>68</sup>

Press reports recounted the rioting of 22 and the active participation of other prisoners at Goedemoed prison. One prisoner was killed. However, only 19 prisoners were charged before Van Coppenhagen J and assessors on one charge each of kidnapping, attempted kidnapping and attempted murder, and nine charges of assault.

63 See Mihalik *Gevangenisstraf* 377–378.

64 *Survey of race relations in South Africa* (1983) 540; (1984) 802.

65 *House of Assembly Debates* 1990-04-27 cols 7408–7409.

66 Fn 33. It would appear that despite the controversial release of tens of thousands of prisoners under amnesty, the practice of incarcerating inmates in remote prisons where they have no contact with their relatives is still in vogue – see letter by another Goedemoed prisoner in "Gevangene in nood" *Beeld* 1992-07-30.

67 Cf Mihalik *Gevangenisstraf* 382–387.

68 Case no 91/89 (O) unreported.

The court found that the prisoners had previously lodged complaints to no avail. According to the prisoners, they were subjected to illegal and inhuman treatment by warders from the time of their arrival at – and even under way to – Goedemoed prison. Some of the general complaints included assaults by warders, inedible food, inadequate clothing, unhygienic living conditions, harassment, destruction of personal belongings by warders and the ignoring of their requests to be detained in prisons where their relatives could visit them. Paradoxically, the court held that it was unnecessary to deal with the complaints<sup>69</sup> but that the “frustration resulting from the condition” would be considered as mitigation in individualising punishment. It also accepted that the grievances probably led to the events on 30 July 1988, but would not accept that such grievances justified the violence which ensued as follows:

The prisoners prepared sharp objects by *inter alia* cutting twelve sharp instruments from a tin mug and by sharpening pieces of porcelain obtained by lighting a fire in their toilet and thus shattering it. They planned to stab the warders with these in order to draw the authorities’ attention to their plight. A prisoner suggested that a warder be held hostage until the authorities addressed their grievances.

On the morning of the kidnapping, the communal cell of the accused was unlocked by ten prison officers under the command of the prison head, Major GW van Niekerk. The warders were armed with batons and covered by armed sentries and two guard dogs. The prisoners were marched from their cell to squat in the yard. (This obligatory squatting is reserved for non-white prisoners.)

At an arranged signal the prisoners attacked the warders, stabbing, kicking and beating four. Apparently they intended to take the particularly hated prison head hostage (the actual hostage later testified to this effect), but he was saved by the arrival of reinforcements. None of the warders sustained serious wounds except the hostage, Sergeant Van Greunen, who received numerous stab wounds, one of which was very serious.

The prisoners allowed a district surgeon to monitor Van Greunen’s medical condition and evidence was led that some of the assaults on him were triggered by the warders’ failed attempts to free their colleague by using teargas before fleeing from the cell. Evidence was led and accepted (although denied by the prisoners) that the prisoners had agreed to kill the hostage if attempts were made to liberate him. This was, considering the aborted rescue attempt, not an uncontroversial finding.

The accused prisoners were convicted as charged. His lordship emphasised the importance of individualising the punishment of the convicted offenders. The common-purpose doctrine was utilised to convict the prisoners, and this doctrine accordingly played an equally important part at the sentencing stage. Twelve of the nineteen prisoners were sentenced to effective prison terms of fifteen years each. In passing sentence his lordship remarked that, except for one minor stab by one of the accused, “none of these prisoners were connected

---

69 Our translation. The actual words used were: “Hoe dit ookal sy dit is nie vir hierdie hof nodig om op daardie aspekte in te gaan nie.” The available copy of the typed judgment is not paginated. It is therefore not possible to refer to the individual pages.



with any injury inflicted on anyone".<sup>70</sup> Their conviction and sentence were based on what his lordship described as their

"being part of a group which decided to take hostage and participate in the event to greater or lesser extent albeit to simply frighten or deter other warders".<sup>71</sup>

The remaining seven prisoners were sentenced to effective prison terms of twenty years each – justified by their active participation in inflicting "traumatic" injuries to the warders. As a matter of interest these sentences should be compared in terms of moral reprehensibility, harm caused, brutality and the danger of the offences, with a subsequent case tried by the same judge.

### *S v STEMMET AND MALEKA*<sup>72</sup>

Stemmet, a divorcee who resented a child maintenance order, planned over a period of fourteen days to kill his former wife. He promised an unsophisticated black man R2 000 to assist him, and together they abducted and killed her and then dumped her weighed-down body in a dam. Both accused were convicted of murder and sentenced to 25 years effective imprisonment each.

In passing sentence, Van Coppenhagen J found the following mitigating factors: Both accused were first offenders; Stemmet was of low intelligence and he loved his former wife in spite of the fact that she sometimes ridiculed him; Maleka was unsophisticated, influenced by Stemmet and a witch doctor, and when he wanted to abandon the plan he was weakened by the ransom, Stemmet's persuasive powers and the effects of smoking dagga.

The following aggravating circumstances were noted: Maleka was prepared to kill for money; Stemmet behaved abominably and unscrupulously in falsely besmirching his ex-wife after her death; and

"the blatant conduct of the two men to conceal their evil deed . . . They were not content merely to kill their victim; they wanted to hide her death by burning her personal possessions and throwing her body into the water – they did not even grant her an honourable burial".<sup>73</sup>

This final finding highlights the effect of a sentencer's personal convictions in terms of the realities and circumstances surrounding the commission of crimes. The cases of the Goedemoed prisoners and Stemmet also illustrate the serious problems flowing from the wide sentencing discretion vested in our courts. To put it simply: If, in passing sentence, a sentencing officer states that he had considered various mitigating circumstances and that he has individualised the punishment by considering the various punishment theories and/or the "trits",<sup>74</sup> then, even if the sentence seems grossly unfair, there is very little that the convicted offender can do about it.<sup>75</sup> The sentences imposed on the Goedemoed prisoners call for some comments in this regard.

### **A PROPER UNDERSTANDING OF PRISON CONDITIONS**

The sentences imposed on the Goedemoed prisoners were harsh by any standards. The case also revealed disturbing aspects of our criminal justice system – particularly in terms of substantive justice meted out to prisoners.

70 Our translation.

71 *Ibid.*

72 Case no 81/90 (O) unreported.

73 "Jail for killer whose love turned evil" *Sunday Star* 1990-11-25.

74 See in general Hiemstra "Die trits in Zinn" 1980 *SACC* 203.

75 See in general *S v Vokes* 1971 2 PH H119 (C); *S v Snyders* 1982 2 SA 694 (A).

In his 1989 address to the Law Society of the Cape of Good Hope, the Chief Justice, Mr Justice Corbett, referred to “our very high rate of homicide and often senseless violence which produced it” and observed that law reform was only part of the solution. His lordship pointed out that another aspect (besides social and political reform) lies at the heart of the problem, namely for our courts to administer criminal justice fairly and with “*a proper understanding of the problems and tensions within our society*”.<sup>76</sup> Such proper understanding calls for an evaluation of the realities of incarceration, as De Kock J put it in *S v Knox July*:<sup>77</sup>

“Conditions of normal society differ from those in prison and revenge tactics in prison are probably more severe and immediately threatening than in the outside community. . . Besides the element of fear, one cannot ignore the fact that the standards and norms which apply to hardened long term prisoners . . . are normally far removed from those prevalent with normal people.”

Secondly, this caveat should be further qualified by pointing out that in South Africa the term “hardened criminal” is not necessarily synonymous with a long criminal record. The Goedemoed trial revealed that a prisoner need not participate in “any injury inflicted on anyone”<sup>78</sup> to receive an effective prison term of 15 years. Detailed testimony by prisoners about brutal abuse warranted hardly a mention by the trial court.<sup>79</sup> The prisoners’ claims that they were model prisoners until they lost all hope of having their conditions investigated, was uncontradicted. Justice in terms of the prison sentences imposed was thus not and could not be seen to be done.

Although there is a general reluctance to accept a prisoner’s word on prison conditions, the versions of prison officials, the commissioner or the minister should not automatically be preferred on such issues. The leading authority on media law explains that it is inherently probable that they will deny the veracity of such complaints.<sup>80</sup> Not only will they deny it, they may even do so under oath in cases before the Supreme Court. The current commissioner, in his previous capacity as brigadier, had three consecutive affidavits rejected by the Supreme Court in a case regarding harsh and illegal prison conditions.<sup>81</sup> This obviously did not impede his prospects for promotion.

In more recent times the Supreme Court questioned the Minister of Justice’s parliamentary statements about prison conditions.<sup>82</sup> As with the commissioner, this finding did not prevent the minister from being subsequently portrayed as the major legal reformer in an orchestrated public relations exercise.<sup>83</sup> As a

76 “Law can aid new SA – Corbett” *The Pretoria News* 1989-10-24 (our emphasis); see also Snyman *Criminal law* (1989) 46.

77 1978 (C) unreported, quoted in Haysom “Towards an understanding of prison gangs” (unpublished research report 1981) 21 fn 25 (our translation).

78 Cf *Report of the penal and prison reform commission 1947* (UG 47/1947) (Lansdown Commission Report) par 535, which found that the criminal careers of virtually all serious offenders began with technical offences.

79 Cf Playfair *The punitive obsession* (1971) 99 131.

80 Stuart *The newspaperman’s guide to the law* (1982) 88.

81 See fn 46 47.

82 See *S v Staggie* 1990 1 SACR 669 (C) 672f – j 673a – d.

83 See, *ia*, De Bruin “Raadsman van die reg” *De Kat* 1990-11 66 – 69; “Coetsee geëer vir bydrae tot regte” *Beeld* 1990-11-30, which reports that besides being awarded the Order for Distinguished Service (Gold) during November, the minister also became only the fourth recipient of the medallion of the Justisiegenootskap for his special contributions to South African law reform. (The previous recipients were LC Steyn in 1971, CR Swart in 1972, and FLH Rumpff in 1980.)

rule, however, courts seem to accept evidence of members of the prisons service at face value, as the majority decision by the Appellate Division in *Goldberg v Minister of Prisons*<sup>84</sup> indicates.

A most disturbing aspect of the evidence in the Goedemoed trial was the admission that the prisoners who took part in the uprising were held in chains for "at least five months" after the event.<sup>85</sup> This did not warrant mention by his lordship in his judgment, despite the fact that such "mechanical constraints" are permitted for one month only and then only if deemed "urgently and absolutely necessary to secure and restrain a prisoner".<sup>86</sup> Should the commissioner believe it to be "absolutely necessary", he may extend this by another two months. Thereafter only the minister may authorise such treatment.<sup>87</sup>

Not even mass murderers like Barend Strydom, who has expressed the wish to kill again, are held in chains. Nevertheless, both the commissioner and the minister must have authorised this treatment of the Goedemoed prisoners in the knowledge that most of them were little more than spectators. Thus it seems that the treatment of the Goedemoed prisoners was unreasonably harsh – similar to conduct that allowed the Barberton prisoners to suffer physical abuse for more than a month after an assault on a particularly brutal prisons officer.<sup>88</sup>

Van Coppenhagen J regarded the stabbing of the Goedemoed hostage after his capture as an aggravating factor which demonstrated how prisoners "vented their feelings of sadism and inherent cruelty rather than keep their prey under control".<sup>89</sup> With respect, his lordship must have overlooked the fact that much of the violence was triggered by the clumsy teargas rescue attempt. More important, one finds it difficult not to severely criticise those who order and administer the keeping of fellow humans in chains for five months as informal punishment.

The former Zimbabwean Chief Justice recently reduced a 25 year prison term to 12 years, mainly because the trial court had failed to consider<sup>90</sup> as a mitigating factor the unchallenged evidence of torture inflicted on the appellant. Had Van Coppenhagen J displayed similar concern, perceptions about justice in the prisons service may have been substantially improved.

## DISPARITY IN SENTENCES AND PROPORTIONALITY

Although the overwhelming majority of prisoners have very little formal education, they are usually well-informed on disparity and disproportionality<sup>91</sup> in

84 1979 1 SA 14 (A), a decision described by Forsyth *In danger for their talents* (1985) as a decision of which "the Appellate Division should be ashamed". See, however, the enlightened minority decision of Corbett JA in that case (38–50); see also the notes on this decision by Van Wyk, Van Niekerk, Nairn and Taitz, co-ordinated and edited by Van Rooyen in "Criminal justice and penology" 1979 SACC 52–66.

85 "Getuienis oor opstand in gevangenis" *Beeld* 1989-05-10; cf "Sersant beskryf sy angis in gysel-drama" *Beeld* 1989-05-10.

86 S 80(1) Act 8 of 1959.

87 *Idem* s 80(5); cf Van Zyl Smit "Prisons" 21 *LAWSA* par 176.

88 See fn 63 64; cf Mihalik *Gevangenisstraf* 369–387; Hawkins 138–139.

89 Our translation.

90 *S v Harington* 1989 2 SA 348 (ZSC) 348E–F.

91 Cf Snyman 18–19 185 192–193.



sentences. After all, the most important activity in their bleak existence is to guess at possible release dates by comparing sentences and facts relating to their crimes.

The Goedemoed prisoners were serving sentences for various crimes, including murder. Some of their crimes had been committed in prison. At the time of the uprising some had only a few months left to serve. This should have served as corroboration of the degree of their desperation. The sentences imposed for the kidnapping of a prisons officer was more severe than their previous sentences for more serious crimes. It is perhaps ironic that kidnapping is described as “the deprivation of freedom of movement” while the interest to be protected is usually described as “the liberty of another”.<sup>92</sup> All factors considered, the Goedemoed prisoners no doubt found it difficult to reconcile their sentences with notions of justice.

It would be even more difficult to reconcile their sentences with those imposed a few years earlier by Vermooten J on six prison warders, whom his lordship described as “heroes of the truncheon”, in the Barberton prison trial.<sup>93</sup> The warders stood trial on three charges of murdering prisoners and 34 charges of assault with the intent to commit grievous bodily harm. As is usually (inevitably?) the case with warders and policemen on such charges, the common-purpose doctrine was not invoked,<sup>94</sup> and each warder was charged and punished only for his individual role in the brutalities. Prison terms of one year to eight years were imposed as a deterrent to those warders who might be tempted to take the law into their own hands.<sup>95</sup> The prisons service immediately took the sting out of the deterrent by allowing them to serve their relatively light sentences in a local prison.<sup>96</sup> These were nevertheless the severest recorded sentences ever imposed on warders for causing the death of prisoners.

Although the Goedemoed prisoners were held in chains while awaiting trial for taking the law into their own hands, the Barberton warders were not even suspended from duty until their conviction and imprisonment. Obviously double standards of justice apply to prisoners who are supposed to be taught not to break the law, and to those entrusted with teaching them just that. This dichotomy is further illustrated by the following contradictory perceptions of the treatment of the Barberton prisoners. A leading human-rights lawyer called it “horrific by any standards . . . the cause of never ending shame”<sup>97</sup> while the Minister of Justice expressed the following view only days before the warders were sentenced:

“The government has the fullest confidence in the current functioning and administration of the prisons service. . . . I wish to record my appreciation for the high ethical norms constantly striven for by the prisons service.”<sup>98</sup>

Misconceptions about the probable effects of imprisonment may be another reason for the imposition of the harsh sentences imposed on the Goedemoed prisoners.

92 *Idem* 462–463.

93 *S v Smit* 1983 (T) unreported; cf Mihalik 1989 *SAJHR* 422–426.

94 Cf Mihalik “The death penalty in Bophuthatswana: a new deal for condemned prisoners?” 1990 *SALJ* 483.

95 See “Bewaarders was soos wilde diere” *Beeld* 1983-09-29.

96 See text to fn 97.

97 Marcus “Prisons: a judicial obligation” 1984 *Lawyers for Human Rights Bulletin* 69.

98 See Mihalik 1989 *SALJ* 335 fn 125 (our translation).

## THE EFFECTS OF IMPRISONMENT

It appears that the prisons service's vast propaganda campaigns still lead the judiciary to misunderstand the likely consequences of imprisonment.<sup>99</sup> In the Goedemoed trial, Van Coppenhagen J referred to a previous conviction of a prisoner for a crime committed in prison. His lordship remarked that "the prisoner was truly not a person who wishes to avail himself of the rehabilitatory element of imprisonment".<sup>100</sup>

It is impossible to reconcile this assessment with the condemning observations by Van Deventer AJ and other judges mentioned in the introduction of this paper<sup>101</sup> and especially with the observation by a regional court president that prisoners may be rehabilitated "not as a result of imprisonment, but in spite of it".<sup>102</sup> In this respect Van Coppenhagen J also seems to have overlooked the finding of the Commission of Inquiry into the Penal System that it was

"difficult to conceive of any judicial officer who knows something about penology imposing a prison sentence . . . for reformation purposes".<sup>103</sup>

The sentences imposed on the Goedemoed prisoners were ostensibly not intended to reform but to serve as a deterrent and retribution. In this regard a brief comment about the perception that the courts may serve and protect society best by imposing the most severe punishment possible is appropriate.

## DETERRENCE AND PROTECTION OF SOCIETY

Some fifteen years ago Mr Justice Steyn cautioned that our

"criminal justice has been and still is retributive in its approach and vengeful in its demands. The dividends have, in view of this sterile, often bitter and destructive motivation, not been therapeutic nor truly protective".<sup>104</sup>

The Viljoen Commission echoed similar concerns and cautioned that our sentencing policies could cause us to reap "a crop of unrehabilitated, disillusioned and embittered offenders".<sup>105</sup>

It does not appear as if such repeated informed warnings have had much impact, because some thirty years prior to the Viljoen Commission a former Judge President, in his capacity as chairman of the Penal Reform Committee of the Institute of Race Relations, similarly referred to our prison conditions:

"In our prisons today you will . . . observe one of your fellow creatures, half starved, walking up and down a dark and gloomy isolation cell, harbouring thoughts of revenge and despair. These examples of the inhumanity of man to man are quite common in some of our prisons . . ." <sup>106</sup>

99 See Mihalik *Gevangenisstraf* 10; cf also text to fn 27–31.

100 Our translation.

101 See fn 6 and text thereto.

102 "Die redakteur gesels met . . . WF Krugel" 1983 *De Rebus* 573. See also the similar opinion expressed by Krugel's predecessor, Klopper "Die eerste oortreder" 1981 *SACC* 149.

103 *Report of the commission of inquiry into the penal system of the Republic of South Africa* (RP 78/1976) (Viljoen Commission Report) par 5 1 4 2 9.

104 Steyn "The redirection of criminal justice" in Midgley, Steyn and Graser (eds) *Crime and punishment in South Africa* (1975) 128.

105 Viljoen Commission Report par 5 1 6 1 30.

106 Krause *Inside our prisons* (1944) 11.

Accordingly, it is probable that the perceptions about justice, which may have been inculcated in the Goedemoed and other prisoners, could contribute substantially to the return to society of prisoners far more dangerous than when they took part in the uprising. A peculiar reaction of our society is to express great alarm at the escape of a single long-term prisoner, while ignoring the fact that hundreds of prisoners are released daily – unrehabilitated and probably made more dangerous by the rigours of prison existence. The prisons service contributes to this self-delusion. For instance, the Commissioner of Prisons' Annual Report, dealing with the period of the uprising contains a standard section dealing with the "[i]nternal security"<sup>107</sup> of prisons. Only one sub-title is recorded under the heading: "Escapes".<sup>108</sup> A decrease in the number of escapes is recorded and the conclusion is drawn that the "SA Prisons Service has therefore succeeded in performing the task imposed on it by law in a responsible and efficient manner".<sup>109</sup> Almost as an afterthought this subtitle does, however, contain a brief note on prison violence. After admitting that such violence could not be "prevented entirely", the report continues by concluding that prison violence is "limited to a minimum in comparison with prisons overseas". This, according to the commissioner, can be

"attributed mainly to *the military character* of the SA Prisons Service and the resulting firm, yet humane manner in which discipline and order are maintained. Furthermore, a variety of treatment and other programmes have as their object the establishment of a satisfied prison population".<sup>110</sup>

All this self-congratulation seems rather controversial, as it contains no reference whatsoever to the supposedly "humane" treatment of the "satisfied [Goedemoed] prison population". Moreover, the proposed "military character" of the prisons service is seen by many experts as a cause of the high incidence of prison murders, assaults on prisoners and lack of rehabilitation.<sup>111</sup> Finally, former (military) prison inmates are not equally satisfied with the prisons service being described as "military". One such former inmate, Colonel Mike Hoare, opined:

"What made this military posture slightly ludicrous was that the staff were very plainly the most un-military types you could meet. The profile of a typical South African prison warden is the distended belly with trouser belt straining below it. But, overlooking the beer belly as being an occupational hazard, what made military rank and organisation somewhat incongruous was the knowledge that very many of the recruits . . . had volunteered for the prison service deliberately to avoid conscription into the Army."<sup>112</sup>

Perhaps one should take a more generous view of the commissioner's report and view his remarks as indications of revealing more information than in the past. As recently as 1979 his predecessor, in response to complaints of prisoners in prison murder trials, stated that large-scale prison violence was unknown in South Africa.<sup>113</sup> This denial was in direct contradiction of a statement of his

107 *Annual report of the SA prisons service* 1988-08-01 to 1989-07-30 par 2 1 3.

108 Par 2 1 3 1.

109 *Ibid.*

110 *Ibid* (our emphasis).

111 See Mihalik 1989 *SAJHR* 421; cf Hoare 142.

112 Hoare 142.

113 *Annual report of the Commissioner of Prisons* (RP 76/80) 1978 – 1979 par 6 3 2.



(then) deputy, Dr Jannie Roux, who referred to a prison uprising the year before as

“large-scale outburst of violence, at the Zonderwater Prison where prisoners revolted against the authorities and parts of the prison were set alight”.<sup>114</sup>

## SUMMARY AND CONCLUSION

The long sentences of the Goedemoed prisoners could compel them to join prison gangs for their own protection (if they were not members already).<sup>115</sup> Space prohibits a discussion of this issue, which looms large over the lives of most prisoners. Suffice it to say that the Goedemoed prison is notorious for prison gang murders and although the courts (and the prisons service) are unable to protect prisoners from assault and murder by either fellow prisoners or warders,<sup>116</sup> the common-purpose doctrine is often invoked to sentence batches of prisoners to death.<sup>117</sup> One particular survey found that over a period of four years no fewer than 77 prisoners were sentenced to death for prison murders in the Western Cape alone.<sup>118</sup> The evidence required for some of these capital crimes was sometimes non-~~o~~ too strong. A year before the Goedemoed letter was read, five inmates of the same prison had their death sentences set aside and were acquitted of a prison murder.<sup>119</sup> Others were less fortunate and had their death sentences confirmed.<sup>120</sup>

After physically surviving a lengthy prison term at the mercy of warders and fellow inmates, the Goedemoed prisoners will eventually be released back into the community. By then the name of the prisons service will long have been changed to (the grossly inappropriate) “Correctional Services” while the inmates would likely be far from corrected.<sup>121</sup>

Professor Gordon Hawkins, a leading international penologist, after studying the spate of American prison riots in the sixties and seventies, summarised the reason for the impediments to reform:

“If there are lessons to be learnt from history, one of them is that repression breeds violent reaction.”<sup>122</sup>

He also provides a fitting postscript to the Goedemoed sage:

“[P]rison riots in recent years are due more than anything else to the fact that prisoners lack ‘effective, legitimate means to communicate their grievances’.”<sup>123</sup>

114 Roux “The incidence of prison violence and strategies for dealing with violent offenders” in Van der Westhuizen (ed) *Crimes of violence in South Africa* (1982) 178.

115 See in general Haysom 25–45; Lotter and Schurink *Gevangenisbendes: ’n ondersoek met spesiale verwysing na die nommerbendes onder kleurlinggevangenes* (HSRC Report par 115) (1984) 34 37–51.

116 Mihalik 1989 *SAJHR* 419; 1989 *SALJ* 334–335; *House of Assembly Debates* 1990-06-10 cols 1205–1213.

117 Cf *A survey of race relations* (1971) 77.

118 Haysom 39–45.

119 *S v Boo* case no 121/90 (A) unreported; cf McNally “Capital punishment: an Orange Free State perspective” 1989 *SACJ* 247.

120 *S v Malgas* case no 156/89 (A) unreported; *Sunday Times* 1990-12-02. The four prisoners beheaded and disembowelled a fellow prisoner. The body of the slaughtered inmate was thereupon mutilated, and his blood was drunk. It is inexplicable that such murderers are regularly held to be mentally sane.

121 See “New look to South African prisons service” *Pretoria News* 1990-02-21.

122 Hawkins 15.

123 *Idem* 148.

# AANTEKENINGE

## PROBLEME RAKENDE DIE BESTUUR VAN 'N ONTWIKKELINGSKEMA INGEVOLGE DIE WET OP BEHUISINGSONTWIKKELINGSKEMAS VIR AFGETREDE PERSONE 65 VAN 1988

### 1 Inleiding

Behuisingsontwikkelingskemas vir afgetrede persone is 'n verskynsel wat oor die afgelope aantal jare geweldige groei getoon het. Ten einde sodanige skemas vanuit 'n beleggersoogpunt veiliger te maak, is die Wet op Behuisingsontwikkelingskemas vir Afgetrede Persone 65 van 1988 (die wet) op 1 Julie 1989 in werking gestel met die bedoeling om sekere verbruikersbeskeringsmaatreëls voor te skryf. Die wet is van toepassing op behuisingsontwikkelingskemas wat soos volg in artikel 1 daarvan omskryf word:

“Enige skema, reëling of onderneming –

(a) waarvolgens behuisingsbelange vervreem word vir okkupasie in artikel 7 beoog, hetsy die skema, reëling of onderneming bedryf word uit hoofde van of in verband met 'n ontwikkelingskema of 'n aandeelblokskema of lidmaatskap van of deelname aan enige klub, vereniging, organisasie of ander liggaam, of die uitreiking van aandele, of andersins, maar uitgesonderd 'n eiendomstysdelingskema;

(b) deur die Minister by kennisgewing in die *Staatskoerant* tot 'n behuisingsontwikkelingskema vir die doeleindes van hierdie Wet verklaar.”

Die begrip “ontwikkelingskema” word in artikel 1 omskryf as “'n ontwikkelingskema soos omskryf in artikel 1(1) van die Wet op Deeltitels”.

Artikel 1(1) van die Wet op Deeltitels 95 van 1986 omskryf 'n ontwikkelingskema as

“'n skema waarkragtens 'n gebou of geboue wat geleë is of opgerig gaan word op grond in die regsgebied van 'n plaaslike bestuur, vir die doeleindes van vervreemding of verhuring of die beskikking op 'n ander wyse daarvoor, verdeel gaan word in twee of meer dele, of soos beoog in die voorbehoudsbepaling by artikel 2(a)”.

(Laasgenoemde voorbehoud is nie relevant vir doeleindes van hierdie bespreking nie.)

Indien die wet ontleed word, is dit duidelik dat dit van toepassing is op 'n verskeidenheid skemas soos onder die begrip “behuisingsontwikkelingskema” omskryf of saamgevat word. Vir doeleindes van hierdie bespreking is dit veral relevant om daarop te let dat 'n behuisingsontwikkelingskema vir afgetrede persone onder andere bedryf kan word óf by wyse van die vervreemding van regte op okkupasie óf 'n ontwikkelingskema waarna in die praktyk verwys word as 'n deeltitelskema. Indien die skema opgerig gaan word as 'n ontwikkelingskema, is die oprigtings- en ander bepalinge van die Wet op Deeltitels van

toepassing en moet die wet dus saam met die Wet op Deeltitels uitgelê word aangesien beide wette op sodanige behuisingsontwikkelingskema van toepassing sal wees. Die Wet op Deeltitels maak voorsiening vir die verdeling van geboue in dele en gemeenskaplike eiendom en vir die verkryging van afsonderlike eiendomsreg in dele gekoppel aan gesamentlike eiendomsreg in gemeenskaplike eiendom (sien die lang titel van die Wet op Deeltitels). Die Wet op Deeltitels van 1971 (wat deur die 1986 Wet op Deeltitels vervang is) het ook 'n nuwe saak- en eiendomsbegrip in die Suid-Afrikaanse reg ingevoer deur die skepping van 'n eenheid (sien Van der Merwe *Sakereg* (1989) 411). 'n Eenheid is 'n saamgestelde saak wat bestaan uit 'n deel en 'n onverdeelde aandeel in die gemeenskaplike eiendom van die skema (sien die omskrywing van 'n "eenheid" in a 1 van die Wet op Deeltitels). Die *merx* synde 'n eenheid kom eers juridies tot stand by die opening van die deeltitelregister in die akteskantoor (a 11 – 13 van die Wet op Deeltitels). Na die opening van die deeltitelregister kan die ontwikkelaar van die skema eenhede in eiendomsreg aan kopers oordra by wyse van registrasie in die akteskantoor. Sodanige eenhede kan ook belas word by wyse van 'n verband of 'n ander saaklike reg soos vruggebruik (sien a 15B van die Wet op Deeltitels in hierdie verband).

Dit is ook moontlik dat 'n ontwikkelaar kan kies om die behuisingsontwikkelingskema op te rig as 'n aandeelblokskema soos bedoel in die Wet op Beheer van Aandeelblokke 59 van 1980; in sodanige geval moet die bepalinge van die wet saam met die Wet op Beheer van Aandeelblokke gelees word. Laasgenoemde wet verskans die beleggers se inspraak in die bestuur van sodanige skema deurdat artikel 3(1)(b) bepaal dat elke aandeel in 'n aandeelblokmaatskappy stemreg op 'n vergadering daarvan verleen. Verder verkry hulle die reg om sekere van die direkteure aan te stel (a 12(1)). Artikel 13 van hierdie wet tref ook reëlins insake die instelling en bedryf van 'n heffingsfonds. (Sien Van der Merwe en Butler *Sectional titles, share blocks and time-sharing* (1985) 394 – 395 vir 'n bespreking van die bestuursaangeleenthede van 'n aandeelblokmaatskappy.) Aandeelblokskemas sal egter vir doeleindes van hierdie bespreking grootliks buite rekening gelaat word.

Uit hoofde van sy bevoegdheid wat in artikel 11(1)(c) van die wet aan hom verleen word, is die minister geregtig om regulasies uit te vaardig in verband met onder andere

“die beheer oor die bedryf van behuisingsontwikkelingskemas, met inbegrip van die betaling van heffings en die instelling van heffingsfondse”.

Die minister het hiervolgens reeds regulasies uitgevaardig wat in *Staatskoerant* GK R1351 van 1989, soos gewysig (hierna “die behuisingsontwikkelingsregulasies”) vervat is. Regulasies 7 tot 14 maak onder andere voorsiening dat daar geag word dat 'n bestuursvereniging vanaf die datum waarop 'n ontwikkelaar vir die eerste keer 'n behuisingsbelang vervreem het, vir die behuisingsontwikkelingskema tot stand gekom het. Die ontwikkelaar, die kopers en elke persoon aan wie 'n behuisingsbelang daarna vervreem word, word dan ook lede van daardie bestuursvereniging. Die bestuursvereniging is verantwoordelik vir die toepassing van die reëls van die skema waarna in regulasie 9(1)(O) verwys word, asook vir die beheer, administrasie en bestuur van die behuisingsontwikkelingskema, die akkommodasie, grond, gemeenskaplike eiendom, fasiliteite en dienste tot voordeel van alle lede. Regulasie 2 van die behuisingsontwikkelingsregulasies bepaal egter uitdruklik dat regulasies 7 tot 14, wat die instelling van



'n bestuursvereniging en die bestuur van die skema van 'n behuisingsontwikkelingskema in die algemeen reguleer, nie van toepassing is op 'n behuisingsontwikkelingskema wat "bedryf word uit hoofde van of in verband met 'n ontwikkelingskema of 'n aandeelblokskema nie". Die antwoord op hierdie uitsluiting is daarin geleë dat sowel die Wet op Deeltitels as die Wet op die Beheer van Aandeelblokskemas voorsiening maak vir die bestuur van sodanige behuisingsontwikkelingskemas. Die werking van die reëls vir sover dit 'n deeltitelskema betref, is in die besonder relevant vir doeleindes van hierdie bespreking.

Artikel 36 van die Wet op Deeltitels bepaal dat met ingang van die datum waarop 'n ander persoon as die ontwikkelaar 'n eenaar van 'n eenheid in 'n gebou word, daar geag word dat daar vir daardie gebou 'n regs persoon ingestel is waarvan die ontwikkelaar en daardie ander persoon lede is (eiendomsreg in 'n eenheid kan natuurlik nie oorgedra word alvorens 'n deeltitelregister geopen is nie). Elke persoon wat daarna 'n eenaar van 'n eenheid in daardie gebou word, word ook 'n lid van die betrokke regs persoon. Artikel 36(4) plaas 'n statuêre plig op die regs persoon om die bestuurs- en gedragsreëls wat onderskeidelik in aanhangsels 8 en 9 van die Wet op Deeltitels beliggaam is, toe te pas en maak dit ook verantwoordelik vir die beheer, administrasie en bestuur van die gemeenskaplike eiendom tot voordeel van al die eenaars. Die werksaamhede van die regs persoon is in artikel 37 beliggaam en sy bevoegdheide in artikel 38. In die praktyk word die dag-tot-dag-werksaamhede van die regs persoon uitgevoer deur die trustees van die regs persoon wat ook eenaars van eenhede is en wat hulle werksaamhede moet verrig onderworpe aan die bepalings van die Wet op Deeltitels, die reëls en ook enige beperkings of opdrag wat tydens 'n algemene vergadering van die eenaars van die dele opgelê of gegee is (sien a 39(1)). Dit is dus duidelik dat die wetgewer in regulasie 2 van die behuisingsontwikkelingsregulasies die bestuursregulasies wat in regulasies 7 tot 14 van die wet beliggaam is, uitdruklik uitgesluit het in die geval van 'n ontwikkelingskema asook 'n aandeelblokskema aangesien daar uitvoerige bestuursreëls in die Wet op Deeltitels beliggaam is en daar ook 'n bestuurstelsel in die geval van aandeelblokskemas van toepassing is.

Dit is natuurlik belangrik om daarop te wys en te beklemtoon dat die bestuursvoorskrifte van die Wet op Deeltitels eers in werking tree by die totstandkoming van die regs persoon wat slegs kan plaasvind na opening van die deeltitelregister en in die besonder by die oordrag van die eerste eenheid. Om ooglopende redes is dit egter belangrik vir 'n belegger in 'n behuisingsontwikkelingskema om wel inspraak in die bestuur van die skema te hê. Daarom ook dat daar voorskrifte in dié verband in die behuisingsontwikkelingsregulasies beliggaam is, met die uitsluiting daarvan in die geval waar die skema as 'n deeltitel- of aandeelblokskema bedryf word aangesien daar reeds voorskrifte in hierdie verband in die betrokke wetgewing bestaan.

Daar moet ook kennis geneem word van die bylae tot die behuisingsontwikkelingsregulasies (*SK GK R1349 van 1991-06-14*) wat soos volg lui:

"Regulasies 7 tot 14 van Goewermenskennisgewing 1351 van 30 Junie 1989, is van toepassing op enige behuisingsontwikkelingskema ongeag die datum van voltooiing van sodanige skema, uitgesonderd enige behuisingsontwikkelingskema wat bedryf word uit hoofde van of in verband met 'n ontwikkelingskema of 'n aandeelblokskema."

Hierdie bepaling is klaarblyklik 'n poging van die wetgewer om dit bo alle twyfel te stel dat die bestuursregulasies van die wet in alle skemas behalwe

ontwikkeling- (deeltitel-) en aandeelblokskemas geld aangesien die relevante wetgewing reeds vir die bestuur van sodanige skemas voorsiening maak. Die bedoeling is ook duidelik dat daar nie skemas moet bestaan wat nie oor statutêr voorgeskrewe bestuursmeganismes beskik nie.

## 2 Gemengde skemas

In die praktyk gebeur dit van tyd tot tyd dat ontwikkelaars sogenaamde gemengde skemas oprig. Sodanige skemas bestaan byvoorbeeld uit 'n deeltitel-skema waarin daar nie alleen eenhede nie, maar ook okkupasieregte in verband met sekere eenhede vervreem word. Die bedoeling is dat die verkrygers van die okkupasieregte nie eiendomsreg van 'n eenheid sal bekom nie.

## 3 Gevallestudie

In *Sorgvrye Maande (Artikel 21 Maatskappy) en Protea Oorde (Heuwelsig BK) v Die Voorsitter van die Huiskomitee Protea Aftree-oord (Heuwelsig)* saakno 749/91 (T) het die verklarende bevel wat onder andere aangevra is, gehandel oor 'n gemengde skema soos in paragraaf 2 hierbo beskryf. In die besonder het die vraag gehandel oor welke bestuursreëls op sodanige skema van toepassing was.

Uit die feite blyk dat die ontwikkelaar (Protea Aftree-oord synde die tweede applikant) 'n behuisingsontwikkelingskema ontwikkel en oorwegend okkupasieregte in die skema vervreem het. In die betrokke kontrakte het die ontwikkelaar nietemin uitdruklik onderneem om by voltooiing van die skema 'n deeltitelregister te open. Dit wil verder voorkom of 'n opsie om 'n deeltiteleenheid in teenstelling met 'n okkupasiereg te bekom, in een besondere geval verleen is hoewel daar 'n mate van dispuut daaroor bestaan het. (Die ontwikkelaar se motiewe kan bevraagteken word aangesien hy nie bedoel het om in die reël eenhede nie, maar slegs okkupasieregte ten opsigte van toekomstige eenhede te vervreem, al het hy homself kontraktueel verbind om 'n deeltitelregister te open. Moontlike redes vir sodanige skema kan wees dat hy die ontwikkeling teen huidige koste doen, wins maak uit die vervreemding van okkupasieregte en oor 'n paar jaar die eenhede vir aansienlik meer kan verkoop aangesien hy die eienaar van alle nie-vervreemde eenhede bly. Verder bly hy in die lig van 'n leemte in die behuisingsontwikkelingsregulasies alleen in bestuur van die skema hoewel hy in die onderhawige geval reëlins vir die bestuur getref het.) Dit is egter gemeensaak dat hoewel sommige van die geboue reeds voltooi was, die deeltitelregister nog nie geopen was nie. Hierdie feit het tot gevolg gehad dat die deeltiteleenhede juridies nog nie bestaan het nie; gevolglik was dit onmoontlik om op hierdie tydstip oordrag van 'n eenheid in die akteskantoor te bewerkstellig.

Die ontwikkelaar het 'n artikel 21-maatskappy (die eerste applikant) opgerig met die bedoeling om die bestuur van die skema in die tussentyd waar te neem aangesien okkupasiereghouers reeds van die toekomstige eenhede geokkupeer het terwyl die deeltitelregister nog nie geopen was nie. 'n Dispuut tussen die beleggers aan die een kant en die ontwikkelaar en die artikel 21-maatskappy aan die ander kant het ontstaan oor die vraag of regulasies 7 tot 14 van die behuisingsontwikkelingsregulasies in die onderhawige geval op die bestuur van die skema van toepassing was (die lede was waarskynlik ontevrede met die ontwikkelaar se eie bestuursvoorskrifte).

Namens die applikante word betoog dat regulasies 7 tot 14 nie van toepassing is op ontwikkeling- en aandeelblokskemas nie aangesien regulasie 2 hierdie skemas uitdruklik van die werking van regulasies 7 tot 14 uitsluit. Met verwysing na die begrip "ontwikkelingskema" soos dit in die Wet op Deeltitels omskryf word (sien hierbo), word aangevoer dat die ontwikkelaar 'n behuisingsontwikkelingskema wat 'n ontwikkelingskema was, ontwikkel.

Oor die kernvraag of daar in die onderhawige geval sprake van 'n ontwikkelingskema was, word die hof na die volgende aanhaling uit Paddock *Sectional title handbook* (1990) 1 verwys:

"A sectional title development scheme ('a scheme') is conceived when the owner of a property decides to develop that property in terms of the Sectional Titles Act No 96 of 1986 ('the Act')."

Daar word aangevoer dat die ontwikkelaar wel 'n ontwikkelingskema in gedagte gehad het en dat daar in hierdie konteks 'n ontwikkelingskema tot stand gekom het. Na aanleiding van die begrip "ontwikkelingskema" (soos bedoel in die Wet op Deeltitels) word daar ook aangevoer dat 'n ontwikkelingskema *in casu* moontlik was aangesien die skema betrekking het op 'n gebou of geboue wat geleë is of wat opgerig gaan word op grond wat in die regsgebied van 'n plaaslike bestuur geleë is vir doeleindes van vervreemding of verhuring en dat dit in twee of meer dele verdeel gaan word. Daar word dus aangevoer dat 'n mens hier met 'n besondere behuisingsontwikkelingskema te doen het, naamlik 'n ontwikkelingskema ingevolge van die Wet op Deeltitels. Die kern van hierdie argument is dat hoewel al die geboue nog nie voltooi en die deeltitelregister nog nie geopen was nie, dit nie verhoed het dat hier reeds 'n ontwikkelingskema ontstaan het nie.

Die respondente het 'n teenaansoek gebring waarin die hof onder andere versoek word om te bevind dat regulasies 7 tot 14 wel in die onderhawige geval van toepassing was. Namens die respondente word aangevoer dat 'n mens nie met 'n ontwikkelingskema soos bedoel in die Wet op Deeltitels te make het nie, maar slegs met 'n behuisingsontwikkelingskema soos bedoel in die wet waarop die gemelde regulasies 7 tot 14 betrekking het. Ter staving van hierdie standpunt word geargumenteer dat geen opsies om op deeltitel te koop, verleen was nie, die verkrygers van die okkupasieregte nie eiendomsreg verkry het nie en dat geen deeltitelregister geopen is nie. Kortom, die betoog is dat hier nie sprake van 'n ontwikkelingskema was nie. Die applikante voer hierteenoor aan dat 'n deeltitelregister geopen mag word as slegs een opsie verleen is. (Die hof is egter van mening dat die verlening van 'n opsie nie die vraag of daar 'n ontwikkelingskema tot stand gekom het, beïnvloed het nie.) Namens die applikante word ook aangevoer dat 'n ontwikkelingskema ingevolge artikel 4 van die Wet op Deeltitels deur 'n plaaslike bestuur goedgekeur word voordat 'n deeltitelregister geopen word.

Die hof gee die applikante gelyk en bevind dat regulasies 7 tot 14 nie van toepassing is op 'n behuisingsontwikkelingskema wat 'n ontwikkelingskema is nie. Die effek van die uitspraak gaan natuurlik veel verder want *in casu* bevind die hof dat 'n mens met 'n ontwikkelingskema te doen het nieteenstaande die feit dat die deeltitelregister nog nie geopen is nie, die regspersoon ingevolge die Wet op Deeltitels nog nie tot stand gekom het nie en die bestuursvoorskrifte van die Wet op Deeltitels in hierdie stadium nog nie juridies afgedwing kan word nie in die lig van die afwesigheid van die regspersoon. Die rede vir hierdie uitspraak is op die wye omskrywing van 'n ontwikkelingskema in die Wet op



Deeltitels gebaseer; hieruit blyk dat daar ook sprake van sodanige skema kan wees selfs al is die geboue waarop die skema betrekking het, nog nie opgerig of voltooi nie.

Namens die respondent word egter betoog dat dit nie die bedoeling van die wetgewer kon gewees het om in die onderhawige geval die bestuursvoorskrifte van die Wet op Deeltitels van toepassing te maak in 'n geval waar die deeltitelregister nog nie geopen is nie. Dit sou tot absurde resultate lei aangesien daar dan geen bestuursvoorskrifte tot met die instelling van die regs persoon geld nie. Hierteenoor is die hof van mening dat die toepaslikheid van twee stelle bestuursvoorskrifte ingevolge verskillende wette tot absurde resultate aanleiding sou gee. Die hof wys ook daarop dat artikel 36 van die Wet op Deeltitels wat oor die totstandkoming van die regs persoon handel, oor ander aspekte as die omskrywing van 'n ontwikkelingskema gaan. Daar word aan die hand gedoen dat die hof nie in ag geneem het nie dat die bestuursvoorskrifte van die Wet op Deeltitels eers vanaf datum van die totstandkoming van die regs persoon geld (soos in artikel 36 voorgeskryf), en dat daar in hierdie geval dus geen statutêre voorskrifte insake die bestuur van die skema bestaan het vir solank as wat die regs persoon nie tot stand gekom het nie. Verder het die hof ook nie 'n uitleg aan die werkwoord "bedryf" in regulasie 2 gegee nie. Die vraag kan natuurlik gestel word of 'n ontwikkelingskema sinvol as 'n behuisingsontwikkelingskema bedryf kan word indien die regs persoon nog nie bestaan nie. Daar moet egter toegegee word dat die wetgewer sy bedoeling duideliker kon gemaak het en dat die wetsuitlegger voor 'n probleem geplaas is met die gebruik van die begrip "ontwikkelingskema" soos in die Wet op Deeltitels bedoel.

#### 4 Leemtes in die wet en aanbevelings

Indien aanvaar word dat die uitspraak korrek is, blyk dit dat daar in hierdie verband ernstige leemtes in die wet en die behuisingsontwikkelingsregulasies bestaan. Eerstens bestaan daar geen wetsvoorskrifte met betrekking tot die instelling van 'n bestuursvereniging en die bestuur van die behuisingsontwikkelingskema in 'n geval waar die regs persoon nog nie tot stand gekom het nie terwyl heelwat kopers reeds dele van die skema okkupeer. Tweedens sou dieselfde leemte bestaan het tot met die totstandkoming van die regs persoon selfs al het die ontwikkelaar al die toekomstige eenhede vervreem. Derdens, indien die deeltitelregister wel geopen word en die eerste eenheid getranspoteer word, kom daar 'n regs persoon tot stand waarvan die ontwikkelaar en alle eienaars van eenhede die lede uitmaak; dit geskied tot uitsluiting van okkupeerders wat nie eienaar van 'n eenheid is nie. Indien die deeltitelregister geopen word en die regs persoon tot stand kom, is dit duidelik dat die houer van okkupasieregte nie inspraak in die bestuur sal hê nie aangesien hulle nie eienaars van eenhede is nie (hierdie probleem was natuurlik nie in die onderhawige beslissing ter sprake nie maar dit kan uit die betrokke feite vloei). Sodanige toedrag van sake is natuurlik totaal onbevredigend aangesien dit *prima facie* wil voorkom of die ontwikkelaar om een of ander rede maar net enkele eenhede wil transporteer en ten aansien van die oorgrote meerderheid gevalle slegs okkupasieregte in eenhede wil verleen. Dit laat dus die grootste deel van die beleggers sonder enige statutêre reg op inspraak in die bestuur.

Die wetgewer behoort ernstig aandag aan die onderhawige geval te verleen; daar word aanbeveel dat die nodige wetswysigings aangebring moet word wat

dit duidelik maak dat regulasies 7 tot 14 van toepassing sal wees tot met die instelling van die regs persoon indien daar sprake is van okkupasie voor datum van die instelling van die regs persoon, asook om houers van okkupasieregte met betrekking tot deeltiteelhede wat nie eienaars is nie ook inspraak in die bestuur van sodanige skema te gee.

Ten einde die eerste twee probleme uit te skakel, kan die uitsondering met betrekking tot regulasies 7 tot 14 gewysig word deur spesifiek te verwys na 'n ontwikkelingskema waar daar reeds 'n regs persoon tot stand gekom het. Die implikasie van so 'n wysiging sal wees dat voormelde regulasies in alle gevalle waar die Wet op Deeltitels se bestuursvoorskrifte nog nie in werking getree het nie, sal geld. Vanaf datum van die totstandkoming van die regs persoon sal die bestuursvoorskrifte van die Wet op Deeltitels ingevolge die uitsondering in werking tree. 'n Wysiging van die wet self sal egter nodig wees om die derde probleem reg te stel. In so 'n bepaling sal dit uitdruklik gestel moet word dat eienaars of persone wat op enige ander wyse regte (byvoorbeeld okkupasieregte) in eenhede hou ook lede van die regs persoon mag wees wat ingevolge artikel 36 van die Wet op Deeltitels tot stand kom. So 'n voorskrif sal die bepalings van die Wet op Deeltitels uitdruklik vir doeleindes van die wet moet wysig. Die wysigings behoort dit duidelik te maak dat dit terugwerkende krag het sodat dit ook op bestaande skemas van toepassing sal wees. In die tussentyd behoort persone wat in sodanige skemas belê hulself deur middel van kontraktuele reëlings insake inspraak in die bestuur te beskerm.

Die 1991 wysiging van die behuisingsontwikkelingsregulasies wat in paragraaf 1 hierbo behandel word, los ook nie die probleem op nie aangesien die begrip "ontwikkelingskema" soos in die Wet op Deeltitels omskryf word, nog die basis van die een uitsondering vorm waarop die onderhawige uitspraak gebaseer was.

ANDRÉ BORAINÉ  
Universiteit van Pretoria

## CESSIONS INTENDED TO SERVE SECONDARY PURPOSE FOR ULTIMATE BENEFIT OF CEDENT

### 1 Introduction

After the decision in *Skjelbreds Rederi A/S v Hartless (Pty) Ltd* 1982 2 SA 710 (A), doubt was expressed whether South African courts will accept a cession for collecting purposes or to found jurisdiction (Dyzenhaus "Peregrines go home" 1982 SALJ 540; Joubert "Skjelbreds Rederi A/S and Others v Hartless (Pty) Ltd 1982 2 SA 710 (A)" 1983 TSAR 80). In spite of this decision, I have maintained that such cessions are possible and that effect should be given to them (*The law of cession* (1991) 85 *et seq* 160). I have also argued that the approach adopted in the *Skjelbreds* case should not be seen as an obstacle (see

Malan *Collective securities depositories and the transfer of securities* (1983) 204) in the way of cessions either for collecting purposes in general (Dyzenhaus 1982 SALJ 540; Joubert 1983 TSAR 80), or for founding jurisdiction (*ibid*).

I have argued that the *Skjelbreds* case is authority merely for the proposition that a cession by a peregrine cedent to an *incola*, in order to enable him to attach goods of a peregrine defendant to found jurisdiction, is a simulated act and therefore invalid, *only if the parties had no real intention that the cession should have the legal consequences that cessions normally have* (Scott *Cession* 90 *et seq*).

The recent decision of Nienaber JA in *Hippo Quarries (Tvl) (Pty) Ltd v Eardley* 1992 1 SA 855 (A) is therefore to be welcomed, because it limits the field of operation of the *Skjelbreds* case and recognises the possibility that a cession may be effected for a secondary purpose such as for collecting purposes or to convert an unsecured claim in the hands of the cedent into a secured claim in the hands of the cessionary.

The validity of a cession can be attacked on several grounds, and I propose to deal with some of the grounds which may have an effect on cessions that were intended to serve a secondary purpose, such as cessions for collecting purposes or cessions to found jurisdiction or a cession such as the one in the *Hippo* case.

Cession is an act of transfer in terms of which a personal right is transferred from the cedent to the cessionary in such a way that the *cessionary becomes the creditor of the debtor in all respects*. The transfer is effected by means of a transfer agreement (*Johnson v Incorporated General Insurances Ltd* 1983 1 SA 318 (A) 331G *et seq*) which is subject to all the requirements of agreements in general. The requirements that are of particular relevance for this discussion are the following:

- (a) There should be a reason (*causa*) for the cession (Scott *Cession* ch 6.2);
- (b) the parties to the cession should have a real or genuine intention (not a simulated intention) to transfer and to receive the right (*idem* ch 6.3); and
- (c) the purpose which the parties to the cession wish to attain should not be illegal. Therefore, a cession executed *in fraudem legis*, *in fraudem creditorum*, against public policy or *contra bonos mores* is illegal (*idem* 71).

## 2 *Causa*

Cession, just like delivery, is an act of transfer which in this case is effected by means of an agreement. The transfer agreement cannot exist independently of a previous juristic act as it is generally regarded as an extension of the latter. The *causa* of the cession should be mentioned in the deed of cession (Luttig "The drafting of cession documents" in Scott (ed) *Seminaar: Sessie in securitatem debiti – Quo vadis?* (1989) 158).

As cession effects a shifting of assets from one estate to another, the law requires a reason (*causa*) for this shifting to have a permanent effect. In the absence of a *causa*, the cessionary will be enriched at the expense of the cedent and the latter can institute an action for unjust enrichment (Scott *Cession* 79 and the authority quoted in fn 56).

In *Johnson v Incorporated General Insurances Ltd supra* 331G *et seq* the court reaffirmed this requirement which originates from Roman-Dutch law and is



also required in other modern legal systems (Scott *Cession* 79 fn 58 59). Initially, under the influence of English law, the South African courts interpreted the *causa* as referring to valuable consideration. Fortunately, the courts later required *causa* as explained by Sande (*De cessione* 2 2 4). Sometimes the term “for value” is encountered in deeds of cession. To my mind, this term is a relic of English law where consideration is not required for a legal assignment, but only in the case of an equitable assignment where consideration is required for the agreement to assign. The term “for value” is mainly included in a cession to indicate that there was indeed a *causa* for the transfer (Scott *Cession* 80).

In the *Hippo* case, the court also referred to the fact that no consideration was given (876A 877F), but it is clear from the rest of the case that the court was aware of the real meaning of the *causa* requirement. The *causa* of the cession does not refer to the fact that an amount of money must be paid over to the cedent before the cession can take effect, but to the fact that there should be a reason for the shifting of an asset to be permanent.

In *Johnson v Incorporated General Insurances Ltd supra* 331H the role of the *causa* for a cession was correctly interpreted and it was held that an obligatory agreement can be the *causa* of a cession. This includes a contract of sale, a loan, or a security agreement (Scott *Cession* 79 *et seq*). A fiduciary agreement to account is also an example of an obligatory agreement which could serve as a *causa* for a cession.

Both in *Bird v Lawclaims (Pty) Ltd* 1976 4 SA 727 (D) and *Skjelbreds Rederi A/S v Hartless (Pty) Ltd supra* no mention was made of the *causa*, unless the following *dictum* in the Skjelbreds case can be regarded as an enquiry into the *causa* requirement: “It may safely be assumed that the respondent paid nothing for the cession . . .” (735G). Although the effectiveness of the cessions in both these cases could have been attacked on the ground of absence of *causa* (see Scott *Cession* 88 *et seq*), the issue was not raised by counsel and the courts did not investigate that possibility.

An enquiry into the role of the *causa* for a cession would have lead to an investigation into the whole question of fiduciary agreements and their validity. The validity of fiduciary agreements should pose no problem, since they have been upheld since Roman times. The *fiducia* of Gaius served, for example, as a model for the German jurists to recognise both cessions for collecting purposes, where the cessionary is only contractually (*pactum fiduciae*) liable to account to the cedent and out-and-out security cessions. The fiduciary agreement is regarded as the *causa* for the cession and the validity of these cessions is explained as follows:

“[D]ass sie, wie sich aus den römischen Quellen ergäbe, an sich durchaus gultig seien. Es liege hier zwar ein Missverhältnis zwischen verfolgten Zweck und angewendeten juristischen Mitteln vor, dieses mache aber ein solches Rechtsgeschäft noch nicht zum wichtigen Scheingeschäft. Wichtigkeit könne nur eintreten, wenn durch solche Geschäfte ein gesetzliches Verbot umgangen sei, also ein rechtsgeschäftlicher Schleichweg vorliege” (Coing 1973 *Rabels Z* 205).

It appears, however, that the South African courts have thus far been reluctant to accept the validity of fiduciary agreements in general (see the discussion on the nature of cessions *in securitatem debiti*: Scott “Algehele sekerheidsesies” 1988 *THRHR* 434 – 453; 1989 *THRHR* 45 – 53; *Cession* ch 12). The *Hippo*

case has, however, for the first time acknowledged explicitly that a fiduciary agreement can serve as a *causa* for a cession:

“Two separate agreements are involved, firstly, the obligatory agreement (*in terms of which Hippo would cede the claim to the plaintiff and the plaintiff would account to Hippo*), and, secondly, the cession proper” (877G) (my italics).

This is a clear recognition of a fiduciary agreement as a valid *causa* for a cession. Furthermore, this approach indirectly opens the door for judicial acceptance of out-and-out security cessions which also require implementation of a fiduciary agreement (*pactum fiduciae*) (see Scott 1988 *THRHR* 434–453; 1989 *THRHR* 45–53; *Cession* ch 12).

In Germany, where cessions for collecting purposes and similar types of cession are valid, the *causa* is mentioned specifically in the cession; for example, in the case of a security cession (*Sicherungszession*) the *causa* is the agreement of security (*Sicherungsabrede*), and in the case of a cession for collecting purposes (*Inkassozession*) the fiduciary agreement that the cessionary should act to the sole benefit of the cedent is regarded as the *causa*. In a fiduciary cession the cessionary is regarded as holder of the right, and in the event of his insolvency the right or the money which has already been collected, forms part of his insolvent estate.

Only by recognising the fiduciary agreement to account as the *causa* for the complete shifting of the right from the cedent's to the cessionary's estate, could the court in the *Hippo* case have held that a complete transfer of the right took place. This innovative approach of Nienaber JA is to be welcomed.

### 3 Real or genuine intention (simulated cessions)

A cession should be a real and not a simulated act. The intention of the parties is of prime importance here. Their intention to effect a cession should be a real one and not fictitious or simulated.

In *Bird v Lawclaims (Pty) Ltd supra* the cedent (*peregrinus*) ceded his claim to the cessionary (*incola*) in order to effect an arrest *ad fundandam jurisdictionem*. The agreement between the parties entailed that the cessionary could cover his expenses, but that he had to ensure that the rest of the money reached the cedent in one way or another. Didcott J held:

“They certainly reveal a determined and detailed strategy to produce the situation in which the applicant could be sued locally. But, *provided that no part of the plan was faked*, there was nothing sinister in that; and there is absolutely no reason to believe that any of it, or the cession in particular, was bogus” (729B) (my italics).

The cedent wished to found jurisdiction, but it and the debtor were *peregrini* of South Africa and the South African courts therefore lacked jurisdiction. The only way in which the cedent could enforce its claim, was by ceding it to an *incola* of this country.

With reference to a *dictum* in *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson Ltd* 1941 AD 369 395 *et seq*, the court held that the cession was not a simulated act. The court also referred to *Hill & Paddon v Borchardt* 1883 HCG 253 256 257:

“In the present case we have a *bona fide* assignee who is entitled to employ the remedies afforded by this forum . . . It is clear that an assignee may sue in his own country on a debt contracted in a foreign country, if the *lex loci contractus* allows the assignment of the debt . . . This appears also to be the rule of Roman-Dutch law” (followed in *Skjelbreds Rederi A/S v Hartless (Pty) Ltd supra* 737F–G).

Thus the court indicated that it was aware of the fact that surrounding circumstances (see *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 309) such as a lack of *bona fides* could point to a simulated intention (*Liquidators of the Cape of Good Hope Bank v Forde* (1890) 8 SC 30 32; *Schlodder v Brandt* (1897) 11 EDC 79).

My only point of criticism of the *Bird* case *supra* pertains to the fact that the court did not determine whether all the other requirements for a valid cession had been met. I agree with the judge that, in general, a cession made with the intention to found jurisdiction is in order, but this is, of course, subject to the qualifications that all the other requirements for a valid cession have been met (see *Scott Cession 70 et seq* 86 *et seq*), for example that there should be a *causa* (see discussion above under *causa*).

In *Skjelbreds Rederi A/S v Hartless (Pty) Ltd supra*, however, Rabie JA overruled *Bird v Lawclaims (Pty) Ltd supra* on the basis that the court in the latter case had wrongly relied on *Hill & Paddon v Borchardt supra*. Although the facts in the *Skjelbreds* case were not exactly the same as those in the *Bird* case, they were similar. In the *Skjelbreds* case the cedent and the debtor were *peregrini* and the cession was effected to enable the cessionary, as *incola*, to attach a claim *ad fundandam jurisdictionem*.

Rabie JA held that the cession was simulated because the parties had no real intention of concluding an agreement of cession (736A – C) and that in actual fact they intended the “cessionary” to act as the agent of the “cedent” (737G). The line of argument followed by the court was that the parties faked an intention to cede to escape the principle that an agent cannot enforce a claim when his principal is not in law entitled to do so (736G 737C).

The main reason for ascribing a simulated intention to the parties was that the agreement had been entered into to enable the cessionary to do something which the cedent could not do and which would be to the benefit of the cedent and not of the cessionary (734A). The fact that the cessionary was contractually liable to account to the cedent played a very important role in this finding (734B – E).

The general *consensus* seems to be that the effect of the *Skjelbreds* decision is that cessions effected merely for the purpose of founding jurisdiction or for collecting purposes should be regarded as simulated acts which are of no force and effect (Malan *Securities* 204 *et seq*; Dyzenhaus 1982 *SALJ* 540; Joubert 1983 *TSAR* 80; Joubert *Die regsbetrekkinge by kredietfaktorering* (1985) 412 *et seq*). The *Skjelbreds* case was severely criticised (Dyzenhaus 1982 *SALJ* 538; Joubert 1983 *TSAR* 78) and although I agree with this criticism in general, my main objection is directed at the court’s approach to simulated acts in general and at the fact that it sought to attack the validity of the cession on the basis of a simulated intention.

Two approaches to simulated acts may be distinguished, namely an “old-fashioned” and a “modern” approach. The former is based on the Roman-law view, in terms of which the theory of simulated acts was linked to that of *fraus legis*. The tendency is consequently to regard every juristic act as simulated *when its economic and practical consequences are not in consonance with the normal legal consequences* of the juristic act which the parties have chosen (Coing “Die Treuhandtheorie als Beispiel der geschichtlichen Dogmatik des 19. Jahrhunderts” 1973 *Rabels Z* 204). This approach was adopted in the *Skjelbreds* case *supra*:

“The truth of the matter is that the respondent will not be entitled to retain the proceeds of the claim that was purportedly ceded to it out and out, and that the claim



therefore is, as far as the respondent (cessionary) is concerned, but an empty shell, having no economic content. In the circumstances there seems to be little reason to believe that the respondent was truly intended to be a cessionary that would have the rights suggested by clause 2 of the agreement" (734E).

According to the modern approach, a juristic act is regarded as simulated only when, on the whole, it appears that the parties *faked an intention* (eg, where they are not *bona fide*) to conclude the juristic act which they supposedly entered into (Coing 1973 *Rabels* Z 204) or had a real intention to conclude the act, but the conclusion of such an act amounts to a contravention of a statutory prohibition:

"Nichtigkeit könne nur eintreten, wenn durch solche Geschäfte ein gesetzliches Verbot umgangen sei, also ein rechtsgeschäftlicher Schleichweg vorliege" – *idem* 205.

The modern approach was correctly adopted by Didcott J in the *Bird* case (see statement *supra* 729B) and also in the following statement (729F – G), referred to and approved of by Nienaber JA in the *Hippo* case *supra* 874C:

"[There is a] crucial distinction between transactions honestly arranged as authentic means to particular ends and those which have *been dishonestly feigned . . .*" (my italics).

To my mind, and possibly in Nienaber JA's view as expressed in the *Hippo* case (where the Appellate Division endorsed Didcott J's view, which was rejected in the *Skjelbreds* case), the modern approach is preferable. This approach also finds sufficient support in case law on the nature of simulated acts in general (*Zandberg v Van Zyl supra* 309; *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson supra* 381; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 (A) 611B – D; *Bird v Lawclaims (Pty) Ltd supra* 729B; *Ex parte Millman* 1987 4 SA 405 (C) 416A – B).

Although Nienaber JA refrained from expressing himself in the *Hippo* case on the correctness of the views pronounced by Rabie JA in the *Skjelbreds* case, it is clear from his reasoning that he did not agree with the court's approach to simulated acts in that decision. I deduce this from the fact that he sought to distinguish that case from the *Hippo* case on the facts, and that he also stated that the reasoning and remarks in that case are to be confined to cases in which the facts are substantially duplicated (876H). If carefully scrutinised, most of the statements of Nienaber JA are actually in conflict with those of Rabie JA in the *Skjelbreds* case.

The intention of the parties to the act is of paramount importance and the enquiry into their true intention is admittedly a purely factual one. In *Vasco Dry Cleaners v Twycross supra* 611D the court stated:

"The enquiry, therefore, is in each case one of fact, for the right solution of which no general rule can be laid down. Perezus *Ad Cod* 4.22.2 remarks that these simulations may be detected by considering the facts leading up to the contract, and by taking account of any unusual provision embodied in it."

Rabie JA incorrectly rejected the contention that the two agreements (ie, the agreement of cession and the agreement to account) should be separated and that the legal, and not the factual, position of the parties after the cession is particularly significant (*Skjelbreds Rederi A/S v Hartless (Pty) Ltd supra* 734C – D).

Fortunately, Nienaber JA, although with reference to the court *a quo*'s decision, in effect neutralised the approach adopted by Rabie JA to the first contention, with the following statement:

"Two separate transactions are involved, firstly, the obligatory agreement (in terms of which Hippo would cede the claim to the plaintiff and the plaintiff would account

to Hippo), and, secondly, the cession proper . . . What the Court *a quo* in effect did was to merge these two legal acts, separate in time and nature, into a single composite transaction which it then categorised as a disguised mandate to collect the debt. Mandate and cession are distinct legal concepts: in the one case the mandatary, if an agent, acts in the name and on behalf of his principal in enforcing the right; he obtains no interest in the right itself. In the other case the cedent is succeeded by the cessionary as holder of the right; and the cedent retains no interest in the right itself" (877G – H).

This, of course, is the crux of the matter and, incidentally, is also a very lucid exposition of the difference between cession and mandate. The legal consequences of the two institutions differ completely and should not be confused (see further Scott *Cession* ch 9.2).

It is, therefore, all the more difficult to understand why Rabie JA rejected the second contention, as the court, in terms of the modern approach to simulated acts, should have looked at the legal consequences of the cession itself and its surrounding circumstances, and not so much at the practical effect which the separate agreement to account had *inter partes* (*idem* 89 *et seq*). The cession affects the position of the debtor and third parties, but in principle the agreement to account affects only the position of the parties to it. (See further Coing 1973 *Rabels* Z 202 205:

“[D]ass die eine Partei der anderen eine Rechtsmacht ohne einschränkende Bedingung übertrug, dass die Parteien aber gleichzeitig durch obligatorischer Abreden den Empfänger verpflichteten, von der übertragenen Rechtsmacht nur in einem bestimmten Sinne Gebrauch zu machen.”)

Such an agreement to account is solely a matter between the parties and does not affect the legal consequences of the cession itself and, consequently, the position of the debtor or other third parties. The court also incorrectly judged the fact that the existence of this separate agreement was not disclosed originally, and deduced from this a dishonest intention on the part of the cedent and the cessionary. To my mind, however, there was no duty on them to disclose their personal dealings which had no effect on the legal position of the debtor or other third parties. Rabie JA, however, looking at the factual effect of the situation, held that the parties did not intend to effect a cession, but a mandate (736A – B 737G).

Furthermore, although this argument was not raised, the court could, just as in the *Bird* case *supra*, have gone into the requirement of a *causa* for this cession (see discussion *supra* under *causa*).

The approach adopted by Nienaber JA to simulated acts in the *Hippo* case is in line with other decisions on this aspect and, in my view, with the modern approach to simulated acts.

To my mind, a juristic act is simulated only when the parties to the act do not intend their act to have the legal consequences which such an act normally has; in other words when the parties fake an intention with the result that the normal legal consequences attached to that act do not take effect (see the *Zandberg* and *Vasco Dry Cleaners* case *supra*).

There is, however, a further facet of the enquiry into the validity of an act entered into with a genuine intention, and that is the purpose with which the parties entered into the act.

#### 4 Absence of illegality

An agreement is illegal if the making of it, the performance agreed upon or the ultimate purpose of both parties entering into the agreement, is prohibited

by statute or common law, contrary to public policy or *contra bonos mores* (Hutchison (ed) *Wille's principles of South African law* (1991) 428).

As I have indicated above, the fact that the parties to an act had a specific motive or purpose in mind in effecting the cession does not necessarily mean that their intention is a simulated one. Their intention can be regarded as simulated only if the purpose of their act is to circumvent a statutory prohibition (see discussion *supra* under simulated intention).

It is on this issue that the court in the *Skjelbreds* case *supra*, to my mind, erred in holding that the parties did not have a real intention to conclude a cession. Although I welcome Nienaber JA's attempt to limit the effect of the *Skjelbreds* case, I disagree with him on the way in which he distinguishes the *Hippo* case *supra* from the *Skjelbreds* case:

"But there are also significant differences. Perhaps the most glaring one is this: in that case the ostensible cession was devised to circumvent a legal impediment or disability — a *peregrinus* is disqualified in law from attaching the property of another *peregrinus ad fundandam jurisdictionem* . . . In the present case there was no legal disability. The cession was devised to capture Hippo's debtor in the net of the plaintiff's suretyship. In *Skjelbreds' case the cession was designed to achieve what, as a matter of law, the cedent was unable to attain, ie attachment; here the cession was designed to achieve what, as a matter of fact, the cedent was incapable of doing, ie resorting to someone else's suretyship*. That this difference coloured this Court's assessment of the parties' intention in *Skjelbreds' case* (cf at 734A – B) also appears . . ." (my italics).

I fail to appreciate the distinction drawn in the italicised section of the quotation: just as the cession in the *Hippo* case was designed to achieve what, as a matter of law, the cedent was unable to attain, namely to make use of someone else's suretyship, the cession in the *Skjelbreds* case was also designed to achieve what, as a matter of law, the cedent was unable to attain, namely to effect an attachment to found jurisdiction. In the former instance, common-law principles prohibit a creditor from making use of someone else's suretyship, and in the latter instance a *peregrinus* claimant is prohibited from effecting an attachment to found jurisdiction. The underlying principle involved here, namely the doctrine of effectiveness (see Herbstein and Van Winsen *The civil practice of the superior courts in South Africa* (1979) 29 *et seq*; *Ewing McDonald & Co Ltd v M & M Products Co* 1991 1 SA 252 (A) 257H *et seq*), is not undermined by an intervening cession.

An intervening cession, however, changes the position set out above in view of the fact that the cessionary steps into the shoes of the cedent and becomes the creditor of the debtor. Therefore, as a result of the cession in the *Hippo* case, the cessionary could make use of his suretyship because he is now regarded as the creditor of the surety and, similarly, as a result of the cession in the *Skjelbreds* case, the cessionary as *incola* could effect an attachment to found jurisdiction.

Provided that all the requirements for a valid cession have been met, that the cedent and the cessionary had a real intention to conclude a cession and that the cession is not illegal in the sense that it is against public policy, *contra bonos mores* or in contravention of a statutory prohibition or common law, effect should be given to it.

Once it has been established that the parties had a real intention to conclude the proposed agreement, the legality of the agreement as such should be determined. An agreement is not necessarily illegal because the parties had a specific



motive or purpose in mind when they concluded the agreement. Cessions for the following purposes were therefore not regarded as illegal: where a cession was obtained in order to qualify to bring an application for sequestration (*Salkow v Reeb; Winter Intervening* 1930 WLD 166 169; *Bullen v Friedman* 1933 CPD 483); where a cession deprived the defendant of his right to joinder under the Apportionment of Damages Act 34 of 1956 (*Windrum v Neunborn* 1968 4 SA 286 (T)); where a cession was effected with the intention of depriving the cessionary of his claim in reconvention (*LTA Engineering v Seacat Investments* 1974 1 SA 747 (A) 771 *in fin*); or to convert an unsecured claim in the hands of the cedent into a secured claim in the hands of the cessionary, as was the position in the *Hippo* case *supra*.

Dyzenhaus (1982 SALJ 545) and Joubert (1983 TSAR 81; *Kredietfaktoring* 488) assume that the real reason for the decision in the *Skjelbreds* case *supra* was to stop vexatious litigation. In my opinion, however, by opting to approach this problem from the point of view that such a cession is a simulated act, the court did not close the door to peregrine cedents intending to sell and cede their claims to *incolae*, as Dyzenhaus (1982 SALJ 546) seems to accept. The effect of the *Skjelbreds* case can be limited to cases where in fact the parties did not have a real intention to cede, but a simulated intention. The court's interpretation of *Hill & Paddon v Borchardt* *supra* in *Skjelbreds Rederi A/S v Hartless (Pty) Ltd* 737D – G clearly supports this approach. If the court had wished to nullify all cessions made in order to obtain procedural advantages, it could, and should, as Joubert (1983 TSAR 81) suggests, have held that such cessions were contrary to public policy and therefore illegal, even if entered into with a genuine intention to conclude a cession.

Nienaber JA summarises the difference between intention and motive or purpose clearly and correctly in the following words:

“Notwithstanding the submission of counsel for the defendant, which he advanced at a late stage in his argument, that the arrangement between Hippo and the plaintiff was *contra bonos mores*, there was nothing illegal or devious about either the purpose of, or the method employed by, the parties to the cession. To cede the claim because the cessionary, for whatever legitimate reason, was better poised to collect it than the cedent was not intrinsically wrong. Motive and purpose differ from intention. If the purpose of the parties is unlawful, immoral or against public policy, the transaction will be ineffectual even if the intention to cede is genuine. That is a principle of law. Conversely, if their intention to cede is not genuine because the real purpose of the parties is something other than cession, their ostensible transaction will likewise be ineffectual. That is because the law disregards simulation. But where, as here, the purpose is legitimate and the intention is genuine, such intention, all other things being equal, will be implemented.”

This statement is a clear and correct exposition of the modern approach to simulated acts and is to be preferred to that of Rabie JA. Furthermore, Nienaber JA's approach to fiduciary agreements is innovative and should be welcomed.

SUSAN SCOTT  
*University of South Africa*

**DIE APPELEERBAARHEID VAN INTERLOKUTORE  
HOFBESLISSINGS STEEDS VERDUISTER DEUR 'N WARBOEL  
TERME EN BEDENKLIKE VERTALINGS?**

### 1 Inleiding

In *Van Streepen & Germs (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration* 1987 4 SA 569 (A) het die hof by monde van appèlregter Corbett in verband met die appelleerbaarheid van hofbeslissings onderskei tussen:

(a) Interlokutore bevele met finale effek ten opsigte van die hoofaksie wat appelleerbaar is; en

(b) gewone interlokutore bevele waar die "position . . . not so clear" is nie want:

(i) Sommiges is appelleerbaar met verlov van die hof, en

(ii) ander is onappelleerbaar selfs met verlov van die hof en moet as "mere rulings" aangemerkt word (583H – 584D).

Wat die onderskeid tussen laasgenoemde twee klasse gewone interlokutore bevele betref, meen regter Corbett die knoop deur te hak waar hy sê:

"Where, however, the decision relates to a question of law or fact, which if decided in a particular way would be decisive of the case as a whole or of a substantial portion of the relief claimed, then a somewhat different position arises, and indeed in that event the advantages of expense and convenience may favour a final determination of the question on appeal, even though the proceedings of the Court *a quo* may not have been concluded" (585G – H).

(Die vraag of die appèlafdeling hiermee inderdaad nuwe grond gebreek het en 'n evaluasie van die nawerking wat die uitspraak reeds gehad het, is breedvoerig behandel in 'n HL Swanepoel-lesing getiteld *'n Punt in limine!*, gelewer voor die Fakulteit Regte van die PU vir CHO te Potchefstroom op 1992-08-04.)

Sonder om hier breedvoerig op die kwessie van appelleerbaarheid in te gaan, moet daarop gewys word dat agterliggend tot die hele kwessie van "finaliteit" drie breë benaderings onderskei moet word. (Hierna sal blyk dat gebruik van die begrip finaliteit in hierdie verband reeds 'n (onbewuste) keuse vir een van drie moontlike benaderings (tw die Engelsregtelike benadering) impliseer, en so 'n vooraf ingenomenheid moet mi vermy word.)

### 2 Drie benaderings tot die kwessie van "finaliteit"

(a) Die Romeinsregtelike benadering: Sou die betrokke punt normaalweg in dieselfde verrigtinge weer deur die hof oorweeg geword het? Anders gestel: Was die hof wat die punt betref *functus officio*? (Bv *Pretoria Garrison Institutes v Danish Variety Products (Pty) Ltd* 1948 1 SA 839 (A) 861.)

(b) Die Romeins-Hollandse benadering: Het die beslissing 'n nadelige uitwerking op die voornemende appellant se saak gehad wat nie in dieselfde verrigtinge reggestel sou kon word nie? Anders gestel: Het die beslissing vir die voornemende appellant in die voer van sy saak *gravamen irreparabile* veroorsaak? (Bv *Donoghue v Executor of Van der Merwe* (1897) 4 Off Rep 1 7; *Steytler v Fitzgerald* 1911 AD 295 338 – 345.)

(c) Die Engelsregtelike benadering: Het die beslissing 'n "final judgment regarding prior existing liability" behels? (*Dickenson v Fisher's Executors* 1914 AD 424, nav *Onslow v Commissioners of Inland Revenue* (1890) 25 QBD 465, wat gevolg het op *Standard Discount Co v Otard de la Grange* (1877) 1 QBD 734 735 en *Ex parte Chinery* (1884) 12 QBD 342 345. Hierdie benadering geld steeds in die Engelse reg (*Halsbury's Laws of England* Vol 37 par 684 vn 4).)

Regter Corbett se woordkeuse in die bostaande aanhaling vertoon onmiskenbaar trekke van die ongelukkige vermenging van hierdie verskillende benaderingswyses tot appelleerbaarheid en 'n voorkeuse vir die Engelsregtelike benadering wat sedert die uitspraak in *Bell v Bell* 1908 TS 887 892 gebruiklik geword het. Dit het sedertdien ook in die toepaslike wetgewing neerslag gevind en meegehelp om die verwarring wat oor die vraag van appelleerbaarheid heers, te vererger. Die veelheid terme en die inkonsekwente manier waarop dit in veralings tussen Engels en Afrikaans gehanteer word, vergroot die kans vir verwarring net verder.

### 3 Die statutêre bepalings oor appelleerbaarheid

3 1 Artikel 83 van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 en artikel 20(1) van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959

Artikel 83 van die Wet op Landdroshowe bepaal dat appèl aangeteken kan word teen –

- "’n vonnis soos bedoel in artikel 48" (dit sluit in: vonnis ten gunste van die eiser of verweerder, absolusie van die instansie, ’n kostebevel, ’n bevel wat die werking van ’n vonnis opskort terwyl die ander party reëlings vir voldoening aan die vonnis tref),
- "elke beskikking of bevel gemaak of gegee . . . wat die uitwerking van ’n finale vonnis het, met inbegrip van enige order kragtens Hoofstuk IX en ’n bevel ten aansien van koste", asook
- "elke beslissing waarby ’n eksepsie afgewys word, wanneer die partye tot die appèl toestem alvorens ’n aksie verder te voer, of wanneer daarteen geappelleer word in verband met die hoofsaak, of wanneer dit ’n bevel ten aansien van koste insluit".

Artikel 20(1) van die Wet op die Hooggeregshof bepaal dat ’n appèl teen ’n "uitspraak of bevel" ("judgment or order") van ’n provinsiale of plaaslike afdeling in ’n siviele geding of teen enige "uitspraak of bevel" ("judgment or order") van so ’n hof op appèl gegee, deur die appèlafdeling verhoor word.

3 2 Voorbeelde van verwarring wat betref die verskillende terme wat gebruik word

Sonder om hier op volledigheid aanspraak te maak – appèlregter Wessels het byvoorbeeld in *Holland v Deysel* 1970 1 SA 90 (A) ook na sekere voorbeelde verwys – kan na die volgende verwys word:

3 2 1 Wet op die Hooggeregshof

- In artikel 5 kom "vonnisse en bevel"/"judgments and orders" voor.
- Artikel 8(2) praat van "uitspraak, order, bevel of vonnis"/"judgment, order, decree or sentence".



- In artikel 12(1)(a) staan “beslis”/“determine”.
- Artikel 12(1)(c) gebruik “gelas”/“direct”.
- Artikel 12(1)(c) en 12(2) gebruik ook “bepaal”/“determine”.
- Artikel 12(2) en (3), asook artikels 17(1), 22(a) en 31(3) gebruik “uitspraak (-ake)”/“judgment(-s)”.
- Artikels 12(4), 13(2), 20, 21(2) en 22(b) gebruik “uitspraak of bevel”/“judgment or order”.
- In artikel 18 is “uitspraak, bevel, order of ander stuk”/“judgment, decree, order or other record” aan die beurt. (Dit wys dat sowel “bevel” as “order” in Engels weergegee word as “order”, maar dat “bevele” soms ook “decrees” genoem word.)
- Artikel 12(5) gebruik “bepaal”/“fixed” en “beslis”/“determine”.
- Artikels 17(2), 21(1), 21(1A) en 23 praat van “beslissing”/“decision”.
- In artikel 36(1) kom die volgende begrippe voor: “vonnisse, bevele, uitsprake, bevelskrifte, dagvaardings, orders, lasbriewe, lasgewings en prosesstukke”/“sentences, decrees, judgments, writs, summonses, rules, orders, warrants, commands and processes”. (Indien “commands” die vertaling vir “lasgewings” is, moet daarop gewys word dat “lasgewing” in Eenvormige Hofreël 49 met “direction” vertaal word. Waarom dié uiteenlopendheid?) Afgesien daarvan dat daar nege begrippe in Afrikaans en tien begrippe in Engels is, is dit verder moeilik om agter te kom watter begrippe as vertalings van mekaar beskou moet word.

### 3 2 2 Eenvormige hofreëls

- In Reël 39(11) word byvoorbeeld “beslissing”/“ruling” gebruik.
- Reëls 43(6) en 50(1) praat van “beslissing”/“decision”.
- Reël 39(16)(a) praat van ’n “uitspraak of reëling”/“judgment or ruling”.
- In Reël 41(2) word van “beslissing of vonnis”/“decision or judgment” gebruik gemaak.
- In Reël 42(1) word “bevele of vonnisse”/“order or judgment” aangetref.
- Reël 49(1), (3) en (5) het dit weer oor “uitspraak of bevel”/“judgment or order”, terwyl “lasgewing” hier as “direction” weergegee word.
- Reël 49A het dit oor “uitspraak of bevel”/“judgment or order” ten spyte van die feit dat dit oor strafsake handel.
- Reël 51(1) wat oor strafappèlle handel, praat van “skuldigbevinding, vonnis of bevel”/“conviction, sentence or order”.

### 3 2 3 Reëls van die appèlafdeling

- Reël 3(5) praat van “uitspraak”/“judgment”.
- Reël 5(1)(a), 5(2) en 5(3)(a) noem “uitspraak of bevel”/“judgment or order”.
- Reël 5(1)(e) gebruik “lasgewing”/“direction”.
- Reël 5(4)(a) gebruik “bevel”/“order”.
- Reël 6(1), (2) en (3) gebruik “vonniss”/“judgment”.

### 3 2 4 Wet op Landdroshowe

- Artikels 36, 41(2), 42(2), 42(3), 48, 57, 58, 58A, 62, 63, 65, 65A, 65K, 65M, 66(1), 73(2), 74B(4), 75bis, 78, 83, 85, 86, 87(a), 109(1) en 111 gebruik “vonnis”/“judgment”.
- Artikel 83 gebruik ook “beskikking of bevel”/“rule or order” en “beslissing”/“decision”. (In reël 82 word “decision” vertaal met “uitspraak”. Waarom dié verskil?)
- Artikel 41(1) gebruik “beslissing”/“determination”.
- “Bevel”/“order” kom oral voor, byvoorbeeld in artikels 54 en 87(e), maar “bevel”/“order” in artikel 48(e) word met verwysing na daardie artikel in artikel 73(3) as “order”/“order” weergegee. (Selfs in die een taal, hier Afrikaans, word dus met verwysing na dieselfde artikel twee woorde gebruik.)
- In artikel 65A kom ook “vonnis of bevel”/“judgment or order” voor.
- Artikel 65F en G gebruik “bevel, vonnis of lasbrief”/“order, sentence or warrant”.
- Artikel 82 gebruik “uitspraak”/“decision”.
- Artikel 115(2) gebruik “uitspraak”/“judgment”.

### 3 2 5 Hofreëls ingevolge die Wet op Landdroshowe

- Reëls 11, 12, 14, 18, 29(5), (11) en (12), 30(1) en (11), 33(2)(a), 33(8) en (16), 36(2), 43A, 44(2)(b)(ii), 45(1)(d), 47(1)(a)(i) en (5), 49, 51 en 52(2) gebruik “vonnis”/“judgment”.
- Reël 29(6) gebruik “beslissing”/“decision” en “uitspraak”/“judgment”.
- Reël 50(6) gebruik “vonnis of beslissing”/“judgment or decision”.
- Reël 30(4) gebruik “beslissings en vonnis”/“rulings and judgment”.
- Reëls 33(1) en (4), 45(1) en (3), 46(1) en 47(1)(c) en (2) gebruik “vonnis of bevel”/“judgment or order”.
- “Bevel”/“order” kom oral voor, byvoorbeeld reëls 56 en 57.

## 4 Slotsom

Daar kan met veiligheid gesê word dat ons reg oor die kwessie van appelleerbaarheid in ’n warboel verkeer wat ten spyte van pogings deur die appèlafdeling oor baie jare, nog nie opgelos kon word nie. Dit blyk onder andere uit die uiteenlopende benaderingswyses wat in die positiewe reg sonder meer aan mekaar gelyk geskakel word, en uit die uiteenlopende terme wat in die betrokke wetgewing en hofreëls voorkom en in die vertalings daarvan neerslag gevind het. Dit klink amper gemeenplasing om te sê dat so ’n warboel sekerlik nie vir regsekerheid en die algemene respek vir die reg bevorderlik is nie en so spoedig moontlik reggestel moet word. Gaan ’n mens egter van die standpunt uit dat vertaling van wetgewing in ’n veeltalige land soos Suid-Afrika die aangewese ding is om te doen, en dat daar waarskynlik (myns insiens tereg) binnekort vereis sal word dat amptelike stukke ook in ander tale as die huidige twee weergegee moet word, word dit duidelik dat sake wat die bestaande weergawes betref werklik spoedig reggestel sal moet word, sodat begin kan word om weergawes in ander tale ook voor te berei.

## DO WE HAVE A NEW TYPE OF VOIDABLE MARRIAGE?

### Introduction

The Marriage and Matrimonial Property Law Amendment Act 3 of 1988 brought about fundamental changes to the marriage laws applicable to black persons in South Africa (see Dlamini "The new marriage legislation affecting Blacks in South Africa" 1989 *TSAR* 408–419). Before this act came into operation, a customary marriage was dissolved when either of the spouses entered into a civil marriage (*Nkambula v Linda* 1951 1 SA 377 (A); *Malaza v Mndaweni* 1974 BAC (C) 45). This followed from the fact that a customary marriage was not recognised as a valid marriage by common law. This was the position until 2 December 1988 when the amendment act came into operation.

The proprietary consequences of civil marriages entered into by blacks also differed from those of other population groups. These marriages were in terms of the then existing legislation out of community of property and of profit and loss unless the intending spouses jointly declared before entering into the marriage that they wished to be married in community of property (*Ex Parte Minister of Native Affairs: In re Molefe v Molefe* 1946 AD 315). This arrangement was repealed by Act 3 of 1988.

### The Marriage and Matrimonial Property Law Amendment Act of 1988

This act amended *inter alia* section 22 of the Black Administration Act 38 of 1927. Section 22(1) and (2) now provides that the spouses of a customary marriage are not competent to contract a civil marriage during the subsistence of a customary marriage except with each other. A spouse in a customary marriage is therefore totally prohibited from entering into a civil marriage with another person except his or her spouse by customary rites and then only if the man is not also a partner in a customary marriage with another woman (s 22(1) Act 38 of 1927).

Before 2 December 1988, a spouse in a marriage by customary rites could enter into a marriage by civil rites with another person. This had the effect of dissolving the previously subsisting marriage by customary rites. The other spouse became what was then generally known as a discarded spouse (see Peart "Civil or Christian marriages and customary unions: the legal position of the 'discarded' spouse and her children" 1983 *CILSA* 39–64). The wife had no right whatsoever to the estate of her erstwhile husband except that which had been declared by her husband at the time when he contracted a civil marriage and protected in terms of the repealed section 22(1) of the Black Administration Act of 1927. Moreover, the husband could make a false declaration since the correctness of such declaration was not enquired into (see Mafubelu "To be (valid) or not to be (valid): that is the question" 1981 *De Rebus* 573–575). Failure by a husband to make a declaration did not affect the validity of the ensuing civil marriage. The legislature had, however, provided that it was an



offence to contract a civil marriage without making the necessary declaration (s 22(5) Act 38 of 1927 before amendment).

### **Is a customary marriage on a par with a civil marriage?**

Presently a customary marriage is not dissolved nor superseded by the entering into of a civil marriage with a third party. This is because a spouse to a customary marriage is precluded from contracting a civil marriage with a person other than his or her spouse by customary rites. This does not, however, equate a customary marriage with a civil marriage. The legislature still distinguishes between the two by defining a customary marriage (union) as

“the association of a man and a woman in conjugal relationship according to Black law and custom where neither the man nor the woman is a party to a subsisting marriage” (s 35 Act 38 of 1927).

A marriage officer is not permitted to solemnise the civil marriage of a black man without taking from him a declaration about the existence of a customary marriage between him and any woman other than the one he intends marrying (s 22(3) Act 38 of 1927). A black man who makes a false declaration to a marriage officer about the existence of a customary marriage is guilty of an offence (s 22(5) Act 38 of 1927).

On the other hand, the legislature does not provide that a woman who wishes to enter into a civil marriage must make a declaration about the existence of a customary marriage between her and a man other than the one she intends marrying. This does not imply that a black woman who is a spouse to a customary marriage may contract a valid civil marriage with a man other than her spouse by customary rites (s 22(2) Act 38 of 1927). There is, however, no statutory duty upon her to make a formal statement regarding any existing customary marriage.

### **Protecting a woman in a customary marriage**

It would appear that the intention of the legislature in enacting the Marriage and Matrimonial Property Law Amendment Act of 1988 was to protect the female spouse of a customary marriage. She is therefore not required to make a declaration to the effect that she is a spouse of a marriage by customary rites with another man when she contracts a civil marriage. It is nevertheless not quite clear why the legislature requires a declaration from the man but not from the woman. One would have expected equal treatment of the sexes in this regard. As it is, black males in customary marriages are not afforded the same statutory protection as their female counterparts.

The answer may lie in the provisions of section 27(7) of the Black Administration Act of 1927. This section seeks to protect the material rights of the female spouse and the children of a customary marriage. If the husband of a customary marriage contracted a civil marriage with another woman before the commencement of the Marriage and Matrimonial Property Law Amendment Act of 1988, the material rights attaching to the house created by the customary marriage are protected. These material rights include rights to property allotted to the house of the erstwhile female spouse of the customary marriage and, in particular, the right of succession. Consequently, the estate attaching to this house devolves in terms of customary law at the death of the erstwhile husband (reg 2(e)

GN R200 of 1987). The legislature does not, however, envisage the existence of a "discarded" spouse after 2 December 1988.

Although no declaration is required from the female spouse of a customary marriage, she too is prohibited from entering into a civil marriage with another man during the existence of her marriage by custom (s 22(2) Act 38 of 1927). She is permitted to contract a civil marriage only with her husband by customary rites during the subsistence of the latter marriage (s 22(1) Act 38 of 1927). Obviously, the husband, too, is not competent to contract a civil marriage with another woman during the subsistence of the customary marriage.

### Problems arising from informal dissolution of customary marriages

Except in Natal and KwaZulu, a customary marriage may be dissolved extrajudicially, that is, without the intervention of a court (KwaZulu Act on the Code of Zulu Law Act 6 of 1981; Natal Code of Zulu Law (Proc R151 of 1987)); Bekker *Seymour's customary law in Southern Africa* (1989) 202–204). Without an order of dissolution, how does a marriage officer satisfy himself that the parties before him are not married by customary rites?

The marriage officer, as already indicated above, is precluded from solemnising a marriage unless the bridegroom furnishes him with a declaration to the effect that he is not a spouse to a customary marriage. The bride need not furnish any declaration. The informal dissolution of a customary marriage, moreover, makes the task of the marriage officer most difficult in this respect. The marriage officer also commits an offence if he solemnises a marriage without the required declaration (s 22(4) Act 38 of 1927). The required declaration can be falsified and only the bridegroom runs the risk of committing an offence. No duty is imposed on the marriage officer to enquire into the correctness of the declaration he is required to obtain from the bridegroom. However, in deciding whether a customary marriage has been dissolved, the marriage officer may, *inter alia*, rely on whether *lobolo* has been restored to the person who furnished it. The restoration of *lobolo*, less certain deductions, to the person who furnished it, presupposes that a customary marriage has been dissolved (Bekker *supra* 173). This problem does not arise in Natal and KwaZulu, since a customary marriage can be dissolved only by an order of a competent court (see generally *idem* 203–204).

The core of the problem for both men and women lies in the fact that customary marriages, in common with marriages in general, are becoming more and more unstable. Marriages are broken up at the drop of a hat. Many African men and women have furthermore become estranged from wives, husbands, kith and kin by migrating to towns and cities to earn a living or to find a new way of life (see Preston-Whyte "Women migrants and marriage" in Krige and Comaroff (eds) *Essays on African marriage in South Africa* (1981) 15). The marriages of many of them are in various stages of disintegration. It would in many cases be difficult to say whether they are still married by customary rites or not. Living together in a rural environment with their affines, they would be regarded as married. Once they have severed the links, living in towns or deserted by their spouses, it would in many cases be extremely difficult to decide whether they are still married by customary rites.

### The validity of the marriage where no declaration or a falsified declaration is made

Failure to make the required declaration or the making of a false declaration by a male person who is a partner to a customary marriage at the time when he enters into a civil marriage with another person, affects the validity of the ensuing marriage. The making of a declaration is a condition precedent to entering into a civil marriage. This is the case even if the bridegroom is not a spouse to a customary marriage with another woman.

The validity of the ensuing marriage depends upon the correct interpretation of section 22(2) of the Black Administration Act of 1927. This section provides:

“(2) Subject to the provisions of subsection (1), no person who is a partner in a customary union shall be competent to contract a marriage during the subsistence of that union.”

No valid civil marriage can therefore come into existence during the subsistence of a customary marriage between one of the partners to it and another person. Partners to a customary marriage may nevertheless enter into a civil marriage with each other (s 22(3) Act 38 of 1927). This civil marriage, if it is submitted, has the effect of dissolving the previously subsisting marriage by custom (*Nkambula v Linda supra*). The spouses who were previously married by custom and decide to contract a civil marriage, cannot be said to be married under two systems of law at the same time (cf, however, *Khumalo v Jonas* 1982 ACCC (S) 111; see also *Ohochuku v Ohochuku* (1960) 1 All ER 253; Labuschagne “Nietige en vernietigbare huwelike: opmerkinge oor die deregulering van die huwelik” 1989 TSAR 370). However, the relationship of the parties in terms of customary law is not affected by the entering into of a civil marriage. Customary law will therefore still regulate the duties and rights of the spouses acquired during the subsistence of the customary marriage and the common law will regulate such rights and duties after the dissolution of the customary marriage by the civil marriage (see Dlamini *supra* 441).

Where a partner to a customary marriage enters into a civil marriage with another person without making the required declaration, the ensuing marriage is voidable. Although the legislature uses the peremptory word “shall” in section 22(2) of the act, it appears that the ensuing civil marriage is not void *ab initio*, as non-compliance with this provision is coupled with a criminal sanction (s 22(5) Act 38 of 1927; see also Olivier, Olivier and Olivier *Die privaatreë van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalsprekendes* (1989) 227; *Mutandaba v Murenwa* 1971 NAC (NE) 326). When a penalty is added to a contravention of a statutory provision, the question arises whether the legislature considered the penalty as sufficient or in addition intended to render the act void. The purpose of the legislature, namely the mischief that the legislature intended to combat, is of vital importance in providing an answer to this thorny issue.

The purpose of the legislature in enacting the Marriage and Matrimonial Property Law Amendment Act of 1988 was to grant protection to a female spouse of a customary marriage so that her husband would not be able to leave her destitute by entering into a civil marriage with another woman. This protection is granted in terms of section 22(1), (2), (3), (4), (5) and (7) of Act 38 of 1927. The legislature's intention therefore was to visit non-compliance with the provisions of section 22(1), (2) and (3) of the act with a penalty and not to declare the ensuing civil marriage void *ab initio*. To declare such a marriage



void *ab initio* would have drastic consequences for the wife and children of the marriage (see Mafubelu *supra* 574). A voidable marriage does not affect the status of the parties or their children during its existence (see Cronjé *The South African law of persons and family law* (1990) 208). Any person who has an interest in such a marriage may approach the court for a decree of annulment. The resultant civil marriage is voidable on the ground that one of the spouses was, at the time of contracting such marriage, a partner of a customary marriage and (if that partner was the husband) –

- (a) he did not make a declaration to the marriage officer to the effect that he was married by customary rites; or
- (b) he falsified such declaration.

One may also arrive at the same conclusion, namely that the ensuing civil marriage is voidable, by looking at the position before the coming into operation of the Marriage and Matrimonial Property Law Amendment Act of 1988. Before 2 December 1988, a civil marriage entered into in the circumstances described above was regarded as a valid marriage (see *inter alia* *Nkambula v Linda supra*). Non-compliance with the now repealed provisions of section 22(1) of Act 38 of 1927 did not render the ensuing civil marriage null and void, as it was coupled with a criminal sanction and, moreover, the material rights of the wife by customary rites and her children were protected (see the repealed s 22(5) and (7) Act 38 of 1927). Although these civil marriages were not regarded as voidable, there was a cry in the wilderness that they be regarded as such (see *inter alia* *Olivier et al supra* 227; Mqeke “Protection of a customary union wife” 1980 *De Rebus* 597 – 598). Some of our courts were prepared, even at that stage, to declare such civil marriages voidable and not void *ab initio* (see *Ndlovu v Ndlovu* 1937 NAC (N+T) 80; *Mutandaba v Murenwa supra*).

It is submitted that, on these grounds, a civil marriage entered into in contravention of the provisions of section 22 of Act 38 of 1927 is voidable. The wife of a customary marriage no longer enjoys the statutory protection she enjoyed before in the form of material rights, as the legislature does not envisage the dissolution of her marriage by a subsequent civil marriage of her husband and another woman (s 22(7) Act 38 of 1927). Furthermore, a polygamous customary marriage enjoys greater protection than a monogamous one, in the sense that the relationship between the husband and his wives remains intact until duly dissolved in terms of customary law, since the husband is not competent to contract a civil marriage with any of his wives or a third person (s 22(1) Act 38 of 1927).

## Conclusion

The legislature must be commended for enacting the Marriage and Matrimonial Property Law Amendment Act of 1988. The act has brought about far-reaching changes in the marriage laws affecting black persons in South Africa. A customary marriage is no longer dissolved by a civil marriage entered into by any of the partners with another person. It is, however, possible for partners of a customary marriage to marry one another by civil rites. Problems will, however, arise where a male partner of a customary marriage has entered into a civil marriage with another person without making the required declaration or where he has falsified such declaration. This is possible because the correctness of the declaration is not enquired into and because customary marriages

can be dissolved extra-judicially. The informal dissolution of customary marriages renders the purpose of the declaration ineffective.

On the side of the woman again, the dissolute state of many customary marriage relationships will render proof of existing customary marriages difficult and in some cases impossible. The woman is not obliged to make a declaration about the existence of a customary marriage between her and another man when she contracts a civil marriage. Provision should perhaps have been made for the production of some sort of certification when the existence of a customary marriage is in doubt. What I have in mind is the production of a certificate of the type prescribed by section 31 of the General Laws Amendment Act 76 of 1963. Although this certificate has given rise to disparate decisions, it is a practical arrangement which normally does not give rise to problems (see *Monamodi v Sentraoer Co-operative Ltd* 1984 4 SA 485 (W); *Mqoqi v Protea Assurance Co Ltd* 1985 4 SA 159 (C)).

IP MAITHUFI  
Vista University

## LAW AND THE VAGARIES OF LIFE

### 1 Introduction

"I have heard, once again for the first time — Richard Wagner's overture to the *Meistersinger*: it is a magnificent, overladen, heavy and late art which has the pride to presuppose for its understanding that two centuries of music are still living. What forces and juices, what seasons and zones are not mixed together here! Now it seems archaic, now strange, acid and too young, it is as arbitrary as it is pompous-traditional, it is not infrequently puckish, still more often rough and uncouth — it has fire and spirit and at the same time the loose yellow skin of fruits which ripen too late."

These are the words of Friedrich Nietzsche expressing himself on peoples and fatherlands in *Beyond good and evil*. In reading recent literature on the main trends in American jurisprudence of late one is tempted to recognise Nietzsche's depiction of a certain genre and its time in a different genre with its own time-spirit and problems unknown to earlier ages and on a different continent.

Not so long ago we read about a war in the lofty world of American legal thought, waged by adversaries who share an intellectual past but who differ as to the rational choices we make in applying and interpreting the law (Reidinger "Civil war in the ivy" 1986 *ABA Journal* 64). The one side is composed of ardent believers in that magical formula one associates with a lifestyle secured in the enjoyment of material comforts which is commonly known as economically driven market forces. Thus, through economic efficiency and economic analysis we will be able to foretell and explain the intricacies of legal doctrine, since the law, after all, follows economics. Reading this, one feels that by some queer logic Pashukanis has finally found support for his Marxist theory of law in the writings of his ideological opposites some fifty years after he wrote his

famous *Law and Marxism: a general theory*. For is it not he who argued that law is only possible in a capitalist society and that legal relations coincide with economic relations, which explains why we ought to conclude that even criminal law is in fact economically qualified private law? After the manner of a dealer who presents his goods to a prospective buyer, the criminal presents his crime to the state which pays for it in the form of punishment!

The cultural product of the law and economics scholars represents the kind of legal establishment the oppositional movement, known as Critical Legal Studies (CLS), wants to transform. They argue that, not an economic perspective, but a thorough dissection of the law is needed to disclose the inequities of the system and its ideological bias in favour of the haves and at the expense of the have nots. In the meantime, a cherished ideal of liberal thought, the rule of law, has also come under attack. CLS's main discontent with the rule of law is its assumed distinction between law and politics and that as such it reinforces existing relations of power and domination. Instead, they contend that in a setting of moral and political pluralism, such as we experience in our modern world, the distinction between law and politics is a myth. Moreover, in existing liberal states we live under the rule of politics and not under the rule of law, so that the correct legal position is nothing but the correct political solution to that problem. Since all rules, including legal ones, are mere instruments invoked by power wielders to manipulate and rationalise their policies, we must discard the notion that legal rules can protect us from the state and from one another and embrace the wisdom that the law is an instrumentality by means of which we can shape and alter political policies and aims (cf Altman *Critical legal studies* (1990) 9 *et seq* 149 *et seq*).

If one feels that this is more or less what we can cope with in a cycle of less than two decades, here is a surprise. In 1991, the February edition of the *Michigan Law Review* devoted just over two hundred pages to yet another phenomenon in American jurisprudence, called the New Public Law Movement. Even a first reading reveals the complex maze of forces and seasons at work in the movement – some strange, some familiar if not pompous-traditional – and overladen with an autogenous jargon that claims the death or outdatedness of common-law thinking and the birth of a new deal inspired by the modern administrative regulatory state. In view of limited space, the basic tenets of this “new deal” will be dealt with below in broad outline only.

## 2 From personal experience to the anarchy of the conviction

The Public Law Movement (PLM) claims to represent a generation whose thoughts and perceptions were shaped by the aftermath of World War II and more particularly by the civil-rights movement of the fifties and the sixties (cf Eskridge and Peller “The New Public Law Movement: moderation as a post-modern cultural form” 1991 *Mich LR* 707 737 *et seq*). This age of political awareness terminated the optimistic belief that American pluralism and openness yielded representative government and true democratic values and reinforced suspicions that underneath the great American experiment lurks a closed system that perpetuates elitist control and marginalised blacks, women, gays, lesbians and the poor. The collapse of the simulacrum inspired changes in assumptions and aspirations about law, politics and strategies of confrontation. For this generation, the lasting impression of the accomplishments of the civil



rights and anti-Vietnam debates is that people's preferences are endogenous (and not independent of or prior) to the political process and that law is part of the socio-political complex that constitutes and transforms society. In claiming that law is politics and that politics is the making of decisions that affect society, we are encouraged to inform on the law's responsibility for injustices and on its ability to transform society. Hence the emergence of concepts such as "public interest lawyering" and "lawyers as restructurers of society" – new terminology that foretells the appearance of the legal scholar in the totally different apparition of a public policy scientist who will set us free.

This so-called antipluralist conception of the law also directs itself against the legal process and its accommodationist structure under the pluralist theory of democracy, here understood as the theory that people's preferences are independent of and prior to politics. The angry generation of the post-war decades experienced an increasing bitterness against the delaying and diluting tactics of legal process thought and its concealed sheltering of the *status quo*. They prefer a strategy of confrontation that could disarm the accommodationist devices of legal process and rescue substantive goals from being muffled by pragmatic and formalist concerns. Public values and their realisation form the major normative ingredients of this strategy. Not the autonomous individual of the Enlightenment, but the primacy of the community and the interconnectedness of our existence, should henceforth direct our legal and political judgments.

The New Public Law scholars also claim to have sensed the disintegration of an intellectual centre in legal academic culture brought about by the rise of the leftist orientated CLS movement and its conservative "law and economics" rival. In placing themselves between these extremes, they aim to articulate a consensus position, albeit one that approximates the left. Their methodology is unashamedly eclectic and finds expression in the tendency to engage with other academic disciplines and movements such as theology, social theory, political theory, feminism, environmentalism, hermeneutics and pragmatism. This dialogic approach wants to convey a message of reconciliation and accommodation in a world of colliding norms and ideological disagreements. It is also an attempt to identify progressive social meanings or values in our social world and to ensure the law's coherence with those values. This orientation to consensus allegedly distinguishes the New Public Law scholars from CLS and reflects a commitment to rationalising rather than politicising legal issues (*idem* 782). If this is the case, the "law is politics" argument is silly indeed!

Emotionally the PLM, CLS and "law and economics" share the same emotional basis, namely a preoccupation with the intellectual yields of American legal realism during the early decades of this century. Hence the emphasis on the law as a social tool and the infatuation with social needs and facts. But the roots of this manner of thought go back even further in time: it is a relic of the social purpose and utility features of Rudolf von Jehring's *Interessen-jurisprudenz* captured in a single phrase "Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts" on the title page of his famous *Der Zweck im Recht*, published in 1877 and 1883. This influential tradition in legal thought and its by-products invariably tend to become subsumed in an all-embracing sociologism.

There is a strong suspicion that the PLM's central idea of the social construction of reality, of law, of economics, of individuals and of politics, and their eclectic method is also intended to counter the positivist results of the

realist and other "distrusted" traditions (cf Eskridge and Peller 1991 *Mich LR* 765 *et seq*). In keeping with modern tendencies, the PLM also has its own version of positivism to fit the occasion, understood as a certain mode of interpretation that assumes a so-called dichotomy between the act of interpretation and the text. This, according to the PLM, leads to the conclusion that the act of interpretation is examined against the content of some objective reality which is detached from the act of interpretation itself. They maintain that the fallacy of this sentiment becomes apparent once we acquiesce in the notion that everything, including the act of interpretation, is endogenous to and determined by the ever-changing social market of diverse needs and preferences. This way of representing and interpreting the social world allegedly illustrates the public-law scholar's adoption of an anti-positivist approach. But this escape from positivism is more ostensible than real. In the end it is the positivism of the social need and its pre-formative effect on a complex enterprise such as the administration of justice that confronts us with its menacing omnipresence.

### 3 The bad man and the administrative state

It was the famous Justice Holmes who introduced the realist way of looking at law with his metaphor of a bad man who is only concerned with what will happen to him if he does certain things. From this view we find, according to Holmes, that the law is nothing more pretentious than the prophecies of what the courts will do in fact when they are confronted with certain issues (Holmes *Collected legal papers* (1920)). The traditional picture of the law as consisting in legal principles and deductions was henceforth overshadowed by empirical observations and inquiries into the personalities and psychology of judges and juries.

According to the programme of the New Public Law scholars, it is not the reality we see through the eyes of the bad man but the reality we see through the eyes of the modern administrative state that compels us to alter our conception of the law once again. From this perspective we will notice that the common-law tradition, with its emphasis on general legal principles that are valid in all developed societies and on incremental decisionmaking through the courts by way of analogy, no longer reflects the truly distinctive features of law in the modern state. The most notable features presented by the administrative state are the diminishing role of judge-made law and the expanding importance of legislators and administrators as law-makers and adjudicators. These people, it is argued, operate in a regime of positive law with little or no concern for general principles or analogy and with a view to realising their contingent policies through the law which they see as a mere instrumentality, a means of achieving political or ideological goals (Rubin "The concept of law and the New Public Law scholarship" 1991 *Mich LR* 792 *et seq*). This reality calls for a kind of legal scholarship whose approach to law will involve the development of legislative and administrative techniques and strategies to underscore the shift from analogical to instrumental thinking about the law. The message it holds is that legal scholars must start thinking in terms of social planning in order to participate in and influence this modern process of law-making – a reorientation necessitated by an assumed compelling need for an understanding of the mechanics and pathologies of political institutions rather than the substance of the legal issue. Perhaps this shift also imagines a growing concern with the

personalities and psychology of legislators and administrators rather than with the personalities and psychology of judges and juries!

#### 4 The post-modern mind

Some of the New Public Law scholars claim that their attempt to reconstitute a reasonable centre from where they aim to moderate and stabilize the ideological polarisation of legal discourse is a distinctly post-modern stance (cf Eskridge and Peller 1991 *Mich LR 787 et seq*). But apart from this centrist orientation there are other and perhaps more distinctive features in their programme that reveal the influence of the post-modern phenomenon in Western culture. One such feature, for instance, is the rejection of the public-/private-law distinction (cf *idem 776 et seq*; Farber and Frickey "In the shadow of the legislator: the common law in the age of the New Public Law" 1991 *Mich LR 875 884 et seq*). This traditionally liberal image belongs to a bygone era, according to the public-law scholars, and is incompatible with the modern notion that there is no longer any coherent distinction between the free market (private sphere) and social regulation (public sphere). State regulation and policy decisions in all spheres of life have simply obliterated the public/private divide.

The PLM's adverse treatment of traditional public-/private-law distinctions involves the post-modern discontent with the binarisms of Western philosophical thought and the concomitant post-modern search for a position that would free us from the constraints of such "totalizing theories" (cf Kaplan *Postmodernism and its discontents* (1988) 5 6). This notion is also reflected in deconstructionism's debunking of stereotyped distinctions such as A is the rule and B the exception; A is true and B false; A is the general case and B the special case. It is believed that the effacement of all these boundaries and separations will allow us to see other possibilities, for instance, that no such divisions exist but only a variety of equally valid views and perceptions (cf Balkin "Deconstructive practice and legal theory" 1987 *Yale LJ 4*). The radical wing of CLS has embarked on a similar crusade in order to argue that neither the law nor any other social institution has any objective structure, meaning a structure that is independent of any individual's perception of it. Likewise, legal norms and doctrines have no fixed meaning, but are "empty vessels" into which any meaning can be poured (cf Altman *op cit* 19).

The effacement of the public/private divide is perhaps too carelessly done. For instance, does it also mean that public-law norms can be applied to private-law delicts and private-law norms to public-law issues, depending on the all-consuming popular view at the time? It also seems strange to proclaim the advance of a public-law movement – which presupposes the existence of a private-law sphere after all – and denounce the distinction between a public and private realm. Finally, it should be clear that the very claim that the public/private distinction no longer exists, is itself a totalising theory.

#### 5 Conclusion

It is clear that the scholars of the New Public Law Movement are not inclined to a modest understanding of the changes brought about by the advent of the modern administrative state in the concept of law. For instance, there is talk of a change in the *entire* concept of law and in the law's *essence* (cf Rubin 1991



*Mich LR 797 804*). These are hyperbolic statements inspired by a perspective that seeks to explain the essence of the law with reference to its formal sources. Thus if the formal source of a specific law is of a public-law nature the public-law scholar automatically identifies it as public law. This perspective ignores the fact that any formal source of law can contain a variety of materially different legal norms as far as their substance is concerned. The so-called shift from judge-made to statutory law that forms the foundation of the public-law scholar's contentions may reflect a more active involvement of the legislator in the formal process of law-creation but fails to give account of the substantive essence of the law involved which could well be of a private-law nature. Even courts (judge-made law) – which are, formally speaking, public-law institutions – give judgments that contain private law in the material sense of the word!

HA STRYDOM

*University of the Orange Free State*

## THE CONTRACTUAL REQUIREMENT OF CERTAINTY OF PRICE

### 1 Introduction

One of the essential elements of a contract is the certainty or ascertainability of the contents of the agreement. If the performance is vague or indefinite, the contract is void for vagueness since enforcement of an obligation, the rights and duties of which cannot be determined, is impossible. In consequence, contracts in which the contents of the performance are left by parties to be negotiated at a later stage, or in which one party is given a discretion to decide what is to be performed, are invalid. On the other hand, the courts are reluctant to declare void contracts which were clearly intended to be legally binding, and therefore attempt to extract certainty from the vagueness (cf Hutchison (ed) *Wille's principles of South African law* (1991) 424; Christie *The law of contract in South Africa* 2 ed 111 *et seq*).

The courts' attention has recently been drawn, in particular, to the validity of contracts in which the parties provide an external standard for the determination of the contents of performance. Methods of ascertaining the performance in cases of uncertainty have been accepted in case law and are still in the process of evolving, but no set of principles yet exists according to which a particular method of determination of the performance can be judged. Therefore, where the performance is not definite, each contract runs a certain risk of being held void for vagueness. This is particularly true of contracts of sale and lease where it is common practice to relate the amount payable to external factors. The validity of this method of ascertainment has arisen in several recent cases. From these it is possible to extract some guidelines and to determine the latest trends in positive law.

## 2 Historical background of the *pretium certum* and *merces certa* requirements

The Roman law of sale required that the price had to be certain (cf *Gaius* 3 140; *Inst* 3 23 1; *D* 18 6 8pr). The reason for this restrictive requirement is to be found in the historical evolution of sale. Originally, sale was a market transaction, concluded in the presence of the parties, and conclusion and execution of the contract coincided. Every sale was a cash sale. Although the credit sale was introduced and delivery separated from the conclusion of the contract in the course of time, the original cash sale idea lingered on and the contract of sale retained certain features reminiscent of the earlier market transaction. One of these was the fact that the price had to be a fixed sum of money (*De Zulueta The Roman law of sale 2 et seq*; Zimmermann *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (1990) 237).

Moreover, the certainty of the price requirement was intended to ensure that the essential elements of the contract were agreed upon between the parties and to prevent a breakdown of the transaction either because no price was agreed upon, or because an unascertainable price was agreed upon. However, there seems to have been a practical need for a relaxation of the requirement of certainty (as exemplified in *D* 18 1 7 1). A purchase "for what you paid for it" or "for what I have in my cash box" was valid; there was no uncertainty concerning price in so obvious a sale. This was a case of ignorance about the amount of the price rather than of the absence of any price (*D* 18 1 7 1). The price was objectively certain and the fact that the parties did not know what the actual amount was, did not affect the validity of the contract. Zimmermann (253) concludes that the price had to be certain in the sense of at least being ascertainable. However, the reluctance to leave determination of the price to a third party was deeply rooted and Justinian finally settled the question construing this clause as a suspensive condition (cf *Inst* 3 23 1; *C* 4 38 1 5 1). Nevertheless, if the price determination was delegated to one of the parties to a contract, no valid contract of sale came into existence (*D* 18 1 7pr; 18 1 35 1).

The contract of lease was governed by the same rules as the contract of sale (*Gaius* 3 142; *Inst* 3 24pr). However, *Institutiones* 3 24 1 should be mentioned in this context: in regard to a contract of lease where no rent was determined at the time of the conclusion of the lease but provision was made for a rent determination by the parties at a later stage, Justinian states that no true contract of letting and hiring had come into being. Such a transaction was, however, not unenforceable since an *actio praescriptis verbis* was given. In other words, an innominate contract was concluded (cf Zimmermann 354 fn 90). Finally, *D* 12 1 6 and 45 1 74 are relevant in this context since the maxim *id certum est quod certum reddi potest* is found in these texts.

The Roman-Dutch authors appear to have restated the received Roman law. De Groot (*Inleidinghe tot de Hollandsche rechtsgeleertheydt* 3 14 23) is of the opinion that the price in a contract of sale can be determined not only by the parties to the contract but also by a third party. However, if determination of the price is left to either one of the parties, that is to the buyer or the seller, the contract is void. In regard to contracts of lease, Van der Keessel (*Praelectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad iurisprudentiam Hollandicam* 3 19 7) states that the rent in a contract of lease can be determined by the parties themselves, either by providing a description of how the rent

should be determined or by relating the determination of the amount to an independent standard. Alternatively, it can be determined by a third party. Voet (*Commentarius ad Pandectas* 18 1 23) also refers to the determination of rent by a third party. Consequently, the performance had to be certain or objectively ascertainable, whether it was fixed by the description of a method according to which the rent was to be determined, or by making the rent dependent on an independent external standard (cf also Van Leeuwen *Censura forensis* 1 4 19 2; Van der Linden *Rechtsgeleerd, practicaal en koopmans handboek* 1 15 8; Huber *Heedendaegse rechtsgeleertheit* 3 4 1). From the institutional authors it follows, therefore, that where no price was agreed upon or no provision was made for a reasonable price, the sale was void for vagueness.

However, there is an indication that Roman-Dutch case law followed a different approach. In Bynkershoek *Observationes tumultuariae* II 1558 (cf Erasmus, Van Warmelo and Zeffertt *Pretium certum and the Hooge Raad* 1975 SALJ 267 *et seq* for the text, translation and discussion of the case), a case is reported in which no price was agreed upon in a contract of sale. On appeal to the Hooge Raad against a decision by the provincial court that the price should be the value of the thing sold at the time of the conclusion of the contract, the court held that, since there was no agreement concerning the price, it had to be fixed by judgment of the court (*idem* 267). Bynkershoek himself was of the opinion that, since the parties were in agreement that no price had been agreed to, the price had to be determined *arbitrio boni viri*. He also believed that judgment should be given for an amount which fell somewhere between the amount claimed by the seller and the price at which the object could have been bought from other sellers, as was suggested by one of the members of the Raad (cf *idem* 270). These authors are of the opinion that such a computation suggested an attempt to fix an amount which was fair and reasonable and come to the conclusion that the decision was one *boni viri arbitrato* (cf *idem* 270 271). In this case no price had been determined at the time of conclusion of the contract. The amount allowed to be recovered was not the usual or the market price but the reasonable price in those circumstances. Erasmus, Van Warmelo and Zeffertt (271) are to be supported in their conclusion:

“This [that the amount recoverable was the reasonable price] is enough to throw doubt on the correctness of the view of some of the institutional writers, some modern writers, and our courts who say that such an agreement is unenforceable or void for uncertainty.”

### 3 South African positive law

Certainty or ascertainability of price or rent can be attained in two ways: first, by expressly defining the rights and obligations the parties wish to create, or secondly, by the parties agreeing to identify an external standard by which the performance should be determined. This principle is contained in the maxim *id certum est quod certum reddi potest* (D 12 1 6; 45 1 74). However, it is important that there should be no further need for the parties to be consulted in order to ascertain their intention in regard to the proposed performance (cf *Westinghouse Brake and Equipment (Pty) Ltd v Bilger Engineering (Pty) Ltd* 1986 2 SA 555 (A); *Shell SA (Pty) Ltd v Corbitt* 1986 4 SA 532 (C); *Trook v Shaik* 1983 3 SA 935 (N); *Kriel v Hochstetter House (Edms) Bpk* 1988 1 SA 220 (T)).



To establish whether the requirement of certainty has been met, the express and tacit provisions of the contract must be considered, including any terms implied by law (cf Lubbe and Murray *Farlam and Hathaway: Contract – cases, materials and commentary* (1988) 314 and the case law mentioned there).

The first of the cases which will be dealt with in this discussion concerns an innominate contract. Discussion of the innominate contract will be followed by two Appellate Division cases dealing with contracts of lease where the rent was not specifically determined.

### 3 1 *Innominate contract*

In *Murray and Roberts Construction Ltd v Finat Properties (Pty) Ltd* 1991 1 SA 508 (A) the question was whether a performance to be determined by the appellant together with a third independent institution, invalidated the contract. The Development Board of the House of Representatives (the owner of the stands) negotiated with Murray and Roberts Construction (the appellant) with a view to granting Murray and Roberts the exclusive right to service and develop certain townships as well as to market and alienate the developed erven. The respondent entered into negotiations with the appellant to obtain the right to erect residential houses on these erven and to market these homes on terms to be agreed upon between the parties. Eventually the appellant and the respondent entered into a provisional oral agreement contained in a letter which was subsequently acknowledged as representing the agreement (511I). The exact price to be paid for the stands was to be determined by the appellant and the Board at a later stage. Appellant repudiated the agreement and the respondent instituted an action against the appellant claiming damages. The court *a quo* allowed the appellant to raise exceptions to the respondents particulars of claim, which exceptions were based on the uncertainty of the price of the stands (512B). On appeal the sole issue was that even if the appellant's contention was correct that the agreement between it and the respondent was not one of sale, the contract was nevertheless void for vagueness for several reasons: first, the sum to be paid to the Board was a material term of the agreement; secondly, an agreement on the amount had to be reached, which amount would be approximately R11 500 – R12 000; and thirdly, the sum would in the future be finalised between the appellant and the Board (512E – F).

Counsel for the appellant contended that if the price were to be fixed by the appellant and the Board (a third party) this would not constitute a determination of the price by reference to an external standard without reference to the parties (514F – G). Hoexter JA pointed out that although it is a general principle of the law of obligations that the extent of the performance cannot depend on the will of one of the parties to a contract because such a contract will be void for vagueness (514G – H), there is a valid contract if the price is determined by a third party (515B). He then raised the question whether a valid contract exists where the price is determined by one of the parties to the contract together with a third party (515B – C) and concluded:

“As a matter of principle it is difficult, I think, to see why such a means of determining the price should invalidate the contract. The extent of the buyer's prestation would in that situation not depend wholly upon the will of B; and on the face of things, determination of the price would then involve a reference to an objective and external standard – the conclusion of an agreement between B and C” (515C – D).

However, Hoexter JA qualified this by saying that in practice certain factors could influence the conclusion that a third party involved in the price determination was independent or that he was not (515D). The answer to the question whether a performance can be determined by one of the parties to a contract together with a third party could perhaps depend upon evidence about the relationship between the contracting parties, A and B, and the independence and competence of the third person, C who is to determine the price jointly with B (515D – E). Unfortunately, Hoexter JA found it unnecessary to lay down any general rule and confined himself to the facts of the case under discussion (515E). He was obviously of the opinion that *in casu* the Board was both competent and independent and therefore met the requirement of being an objective and external standard. The rule governing the determination of a performance by a party to a contract together with a third party as qualified by Hoexter JA (515D – E) can therefore only be used as an indication rather than as a directive in this area of the law of obligations regarding certainty of performance. Finally, Hoexter JA found it

“impossible to decide that the particular type of innominate contract here alleged is invalid simply because it provides that the amount payable by Finat to the Board has to be determined jointly by Murray and Roberts Construction and the Board”.

Consequently a binding agreement did come into being and the appeal was dismissed with costs (517B).

### 3 2 *Contract of lease*

The lease cases which will be dealt with are concerned with the question whether the rent determination as specified in each particular contract meets the certainty requirement. Before analysing the individual cases it is necessary at the risk of repetition to outline the legal position in regard to contracts of lease briefly. It is trite law that the rent agreed upon between two contracting parties must be certain (cf Grotius 3 19 7; Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands regt* 4 21 2; Voet 19 2 7, 18 1 23; Van der Linden 1 15 11; Pothier *Contract de louage* sec 37; Cooper *The South African law of landlord and tenant* 49 and the references above). However, rent is regarded as certain when the parties agree to a definite method or formula whereby it is possible to ascertain the rent (cf Cooper 49, also fn 85). The last-mentioned case is often problematic.

The question of the validity of a contract of lease where certain charges cannot be determined, was raised in *Proud Investments (Pty) Ltd v Lanchem International (Pty) Ltd* 1991 3 SA 738 (A). The facts of this case are briefly as follows: The appellant was the owner of property on which a building was situated. The parties entered into a written agreement of lease in terms of which the appellant let to the respondent the second floor of the building together with 24 basement parking bays (746C – D). The appellant instituted an action against the respondent in the court *a quo*, alleging that the respondent had repudiated the above-mentioned lease agreement (748F) and claimed the outstanding rent and damages (748F – G). The respondent's defence was that the cost items mentioned in the contract qualified as rental and were not determined in or determinable from the provisions of the main lease, but were determinable at the sole instance of the lessor. Consequently, the respondent argued, the main lease and the addendum of the lease which were inseverable were invalid, since they were void for vagueness (750A – B). These cost items were all held by the court *a quo* to have been ascertained in the discretion of the landlord and consequently

invalid (749H – I). Furthermore, it had also been held that the above clauses were not severable from the provisions of the main lease and that their invalidity consequently invalidated the entire main lease (*ibid*).

Thus the question on appeal was whether or not the cost items provided for in the lease agreement constituted fixed or determinable rental (750C). For purposes of the judgment it was accepted that the cost items referred to rental and that the legal principles governing the requirement of certainty applied (750C – D). Joubert JA found that the court *a quo* had erred in its interpretation of the cost items, in that these items were qualified. The qualifying clause explicitly provided that if there were to be any dispute between the landlord and the tenant concerning the reasonableness of any of the operating costs or about the amount for which the tenant was liable, the dispute would be determined by the landlord's auditors acting as experts and that their decision would be final and binding on the parties, provided that the auditors, in making such a determination, would be obliged to have regard to whether the cost of the services had been supplied at fair market costs and to call evidence from such persons as they regarded as being suitably qualified to assist them in making their determination (747E – G).

Joubert JA therefore concluded that the operating charges referred to were clearly described and identifiable and that the qualifying clause provided the mechanism for *the objective determination of the reasonableness "of any of the operating costs or as to the amount for which the tenant is liable" by the landlord's auditors as expert outsiders without any reference to the landlord* (750I – 751A – B; my emphasis). The appeal therefore succeeded and the exception was upheld with costs.

This decision is to be distinguished from Hoexter JA's decision in *Murray and Roberts Construction Ltd v Finat Properties (Pty) Ltd supra*. In the latter the performance was to be determined by the lessor together with a third party (the Development Board of the House of Representatives). This was a far cry from a rent determination by the lessor's auditors as was the case in the *Proud Investment* case. By its very nature the Development Board is an independent institution. This cannot be said of any lessor's auditors, who are paid to have their client's interests at heart. In fact, one could go as far as to say that their job depends on it. In the *Murray and Roberts* case Hoexter JA foresaw the inherent dangers in the determination of a performance by one of the contracting parties together with a third party and added, albeit in an *obiter dictum*, certain qualifications to this possibility (515D). Hoexter JA mentioned that the relationship between the contracting parties as well as the independence and competence of the third person could affect the answer to the question whether a performance can be determined by one of the parties to a contract together with a third party (515D – E). (In this regard see also *Dharumpal Transport (Pty) Ltd v Dharumpal* 1956 1 SA 700 (A) 709; *Mayfair South Townships (Pty) Ltd v Jhina* 1980 1 SA 869 (T); *Herbert Porter and Co v Johannesburg Stock Exchange* 1974 4 SA 781 (W).) A further caveat has also been expressed in that such a third party must make its decision according to the *arbitrium boni viri* (cf *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Kruger* 1973 4 SA 741 (A); *Estate Milne v Donohoe Investments (Pty) Ltd* 1967 2 SA 359 (A); *Grobler v Naude* 1980 3 SA 320 (T); *Reymond v Abdunabi* 1985 3 SA 348 (W); *Dijkstra v Janowski* 1985 3 SA 560 (C)). In the *Proud Investments* case, on



the other hand, Joubert JA had no reservations in deciding that the determination of a performance by one of the party's "employees" was sufficient to meet the requirement that a performance is ascertainable with reference to an objective and external standard.

I therefore construe the effect of the decision in the *Proud Investments* case as a departure from the general principle that performance is regarded as determined if it is ascertainable by means of an independent objective standard. The fact that the rent determination was being undertaken by the lessor's auditors in reality had the effect that the rent was to be determined by the lessor. Thus the rent in this case was determined by one of the parties to the lease contract. In the wake of collapses of multibillion corporations as the result of the plundering of the corporations' companies' pension funds, despite regular audits, one questions not only the integrity of the auditing profession in general, but with all due respect, Joubert JA's faith in them.

The latest case dealing with the question of certainty of rent is *Genac Properties Johannesburg (Pty) Ltd v NBC Administration CC* 1992 1 SA 566 (A) (previously *NBC Administrators (Pty) Ltd*). The facts were briefly the following: Genac Properties concluded a lease agreement with NBC Administrators according to which NBC leased premises in Johannesburg from Genac Properties. The lease provisions included rental increments (574B–C) and payments for maintenance and running expenses (574C–H). The latter was defined as "the aggregate of all the landlord's actual and reasonable maintenance and running expenses . . ." (574). In the court *a quo* the lessor issued summons against the lessee and claimed maintenance and running expenses as defined in the agreement of lease (574J–575A). Further claims were added later. These included a claim for damages the lessor had suffered as a result of the lessee's repudiation of the lease (575A). The lessee asserted in his plea that the lease was void for vagueness in that the identity of the lessee, the premises leased, the plaintiff's maintenance and running expenses as defined in the agreement, and the defendant's share of the plaintiff's maintenance and running expenses payable could not be determined with reasonable certainty (575B–C).

The court *a quo* found that the provisions in the lease relating to the payment of rental were vague and that the whole lease was therefore invalid. The lessor's claim was dismissed with costs. It was against this decision that the lessor appealed (575E–F). Counsel for the lessee submitted that the provisions relating to maintenance and running expenses were void for vagueness in that their quantification had been left entirely in the air and could not be determined with reasonable certainty. In addition, it was submitted that the amount of expenses had been left to be determined by the lessor in his sole discretion (575F–H). Nicholas AJA pointed out (576C–D) that it was basic to the lessee's argument that the amounts payable constituted rent. Counsel for the lessor argued that the amounts involved qualified as rent (576C). However, Nicholas AJA was of the opinion that the answer to this question depends on the legal meaning of the word and not on what the parties chose in their contract to call rental (576C). After referring to the definition of rent given by Cooper (37) and in the case law (cf *Neebe v Registrar of Mining Rights* 1902 TS 65 86; *Uitenhage Divisional Council v Port Elizabeth Municipality* 1944 EDL 1 10; *Nelson v Botha* 1960 1 SA 39 (O) 44B–C), Nicholas AJA found in favour of the lessee that the amounts payable in terms of the contract were a component of the rent (576H–I). He pointed out that it is a general principle of the

law of contract that contractual obligations must be defined or ascertainable and not vague and uncertain (576I). Reference was also made to the contract of sale (576I – 577B) and general principles of the law of obligations (577B – C) where the same principle applies.

Although case law supports the view that a contract to sell for a reasonable price is invalid (*Erasmus v Arcade Electric* 1962 3 SA 418 (T) 419G – 420B), Nicholas AJA pointed out that there was no unanimity on the point (577C – D). Reference was made to Mackeurttan (*Sale of goods in South Africa* 5 ed 18) who is of the opinion that the law on the point cannot be regarded as settled, and Kerr (*The law of sale and lease* 27) who states that “[w]hether or not the formula ‘a reasonable price’ is acceptable is debatable”.

In the court *a quo* the judge felt himself bound by the decision in *Erasmus v Arcade Electric supra*. In an analysis of the principle of certainty the judge found that

“the Roman-Dutch authorities treat the need for certainty about the rental in leases in the same way as the need for certainty about the price in sales” (577E – F),

and concluded that

“the rule in regard to the certainty of the rental in contracts of lease is as strict as the rule in regard to the certainty of price in contracts of sale . . .” (577F).

In this regard Nicholas AJA, however, made these interesting statements (577F – G):

“There is no general agreement that a lease for a reasonable rent is invalid. The question is moot . . . It is difficult to see on what principle a sale for a reasonable price, or a lease for a reasonable rent, should be regarded as invalid.”

He (577G – J) contrasted the opinions of Myburgh J (in *Adcorp Spares PR Ltd v Hydromulch Ltd* 1972 3 SA 663 (T) 668F – G) and those of Zeffertt (“Sales at a reasonable price” 1973 *SALJ* 113). According to Myburgh J an agreement to pay a fair and reasonable price was too uncertain to give rise to a valid contract of sale. On the other hand, Zeffertt (1973 *SALJ* 113) is of the opinion:

“While it is clear law that the price will not be certain if it has either to be fixed by the parties themselves in the future, or by an unnamed third party . . . it does not follow that there cannot be a sale at a reasonable price: that which can be reduced to certainty is certain and an agreement to pay a reasonable price may be capable of being reduced to certainty if the court is able to determine what is reasonable in the circumstances of a particular agreement.”

There appears to be support for Zeffertt’s view in the English and the American legal systems (578B – D).

In section 8(2) of the English Sale of Goods Act of 1979 it is stated that where the price is not determined as mentioned in section 8(1), the buyer must pay a reasonable price; the question of what constitutes a reasonable price is one of fact, dependent on the circumstances of each particular case. This was also the position at common law (cf *Benjamin’s sale of goods* 3 ed par 179).

In the United States of America it is stated in Corbin (*Contracts* par 99) that an agreement to pay a “reasonable price” is sufficiently certain for enforcement.

Nicholas AJA was clearly in favour of a less restrictive requirement in regard to certainty of rent or price. However, he himself was not prepared to go so far as to find that a provision in an agreement providing for a reasonable rent does not invalidate the agreement on the ground that it is void for vagueness. He found that it was unnecessary to decide this question, since the agreement in this particular case did not provide for payment by the tenant of a reasonable

amount in respect of the landlord's maintenance and running expenses (578C – D). He found that the word "reasonable" was used in relation to the actual expenses and that its use in that context did not create uncertainty. The actual expenses were ascertainable from financial records (578D – E). Furthermore, Nicholas AJA was of the opinion that whether the expenses were reasonable or not was also capable of objective ascertainment (*ibid*).

It was argued for the lessee that the clause dealing with maintenance and running expenses was invalid on another ground, namely that it left the determination of the amount payable to the discretion of the lessor. The crucial question in this regard is whether this feature invalidated the lease. The court *a quo* found that it did (578G – H) and came to the conclusion that "the result is that legally there is no valid determination of the rental" (578I).

Nicholas AJA, on the other hand, found that this had nothing to do with the validity of the lease (579A – B). He pointed out that the amount payable in terms of the above clause was qualified. First, the expenses must actually be incurred. Secondly, these expenses must be reasonable – reasonable that is, in relation to both the nature of the expenses and their amount (579B – C). According to Nicholas AJA that is something which is capable of objective ascertainment and is not subject to the will or the whim of the lessor (579C).

The last submission on behalf of the lessee was that the final item in regard to expenses provided for the addition of an amount not exceeding 5% of the aggregate of all the foregoing expenses which, it was argued, left the determination to the discretion of the landlord which consequently caused the clause to be invalid (579D – E). The argument put forward in defence of the lessor was that the agreed rate for the surcharge was 5%, but that the landlord was free to charge a lower percentage should he so wish (579E).

Nicholas AJA found that if such an interpretation is possible it is to be preferred to one that would render the lease invalid (579F). He referred to *Soteriou v Retco Poyntons (Pty) Ltd* 1985 2 SA 922 (A) 931G – H, where it was held that the courts are unwilling to regard void for uncertainty any provision that was intended to have legal effect. In consequence, Nicholas AJA concluded that the lease was valid and enforceable (579H – I). The appeal was upheld with costs.

Nicholas AJA's decision that a provision in a contract of lease for a reasonable rent is not so vague as to void the contract can only be described as an *obiter dictum*, since he qualified this statement by making it applicable to the particular case under discussion. In this instance the word "reasonable" was not vague and uncertain but definite because the content of what was reasonable was objectively ascertainable. Nevertheless, it is clear from his arguments and the references he used as support (cf his reference to Zeffert 1973 *SALJ* 113), that he is in favour of a less restrictive approach to the interpretation of the requirement of certainty of performance. This approach appears to coincide with that taken in the earlier decision of *Proud Investments supra*.

#### 4 Practical versus theoretical requirements

In practice, and especially in business which is susceptible to fluctuations in the money market, there is a necessity for a mechanism by which performances agreed upon can be adjusted in accordance with changed circumstances



(cf Lubbe and Murray 316). Illustrative of this necessity is the fact that the majority of contracts of lease often require the lessee to pay a *pro rata* percentage of the running and maintenance costs, the determination of which is usually left to the discretion of the lessor, as well as providing for renewal of the lease coupled with an escalation clause. In order not to be declared void for vagueness, such clauses must be objectively ascertainable without any need for further negotiations by the parties. The fact that any provision which grants one of the parties the unilateral capacity to determine a rent at the time of renewal, invalidates the entire contract (*D* 45 1 17; 45 1 46 3; 45 1 108 1), causes one to question whether this theoretical requirement meets the needs of legal practice. The courts have solved this problem by stretching the limits of the meaning of the term "objectively ascertainable". Another solution to the problem, should enforcement of a renewal of a lease with the exclusion of only the offending clause prove advantageous to a lessee, is severance of the invalidating portion of the contract. (In regard to severance cf Beuthin 1968 *SALJ* 194; De Bruin 1979 *De Rebus* 301.)

## 5 Conclusion

It is obvious from the above case law that there is a practical need for reform in respect of the requirement that a performance must be certain or ascertainable according to an independent and objective standard. Reform of this nature has been implemented in England, America (cf *supra* as set out in the discussion of the *Genac Properties* case) and the codifications of both Germany and the Netherlands.

The German Code (*BGB*) makes provision for the determination of a performance by one of the parties to a contract (a 315(1) *BGB*). A determination by one of the contracting parties is presumed, in case of doubt, to have been made in an equitable manner (*ibid*). Such a determination is only regarded as binding if it was made equitably. Should the determination be inequitable or delayed, the determination is made by a court decision (a 315(3) *BGB*).

According to article 317(1) of the *BGB*, the determination of performance of a contract can also be made by a third party. Should such a third party delay, or should he be unable or unwilling to make a determination his declaration is replaced by a court decision (a 319(1) *BGB*). Such a substitution takes place where the third party's determination should have been made in an equitable manner and the third party has failed to do so (*ibid*). However, if the third party is to make the determination at his discretion, the contract is not binding if the third party cannot or will not make the determination, or if he delays it (a 319(2) *BGB*). In this instance the *BGB* makes no provision for judicial substitution. Furthermore, there even appears to be some support for the recognition as valid of a contract which makes provision for payment of a fair and reasonable price (cf Zimmermann 255 fn 131 and the authority cited there).

It is interesting to note that the present position as regards certainty of performance in the *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (*NBW*) of the Netherlands, which came into operation on 1 January 1992, is even more liberal than that of the German *BGB*. The *NBW* states (7 1 1 4) that if a contract of sale is concluded without a price having been determined, the buyer must pay a reasonable price. There are certain factors which can be referred to in order to establish what would qualify as a reasonable price. The price a seller would usually have

contracted for at the time of the conclusion of the contract, is the price which is considered reasonable. A further factor which may be taken into account when determining the usual price, is whether the thing in question is a luxury article or not (*Memorie van Toelichting* TK 16979 nr3 19 20). If there is no indication of the price which a seller would normally charge, a reasonable price can be determined in other ways, for instance by taking into account the going price (*idem* 20). The *NBW* is considerably more liberal than the equivalent article of the old *BW*. Article 1501 of this code only made provision for a price determination by the parties to a contract of sale or by a third person.

A basis for similar reform of the certainty of price requirement has been laid in both the Roman-Dutch and the modern South African case law. Bynkershoek's *Observationes tumultuariae* II 1558 clearly provides scope for an interpretation recognising the validity of a contract in which provision is made for a reasonable price. Apart from the Roman-Dutch authority, it is clear from the above case discussions that Joubert JA (in the *Proud Investment* case) and Nicholas AJA (in the *Genac Properties* case) went out of their way to indicate their support for a more liberal application of the certainty of performance requirement. With all due respect, if the present legal position in this regard had been consistently applied in the respective cases, it is doubtful whether these contracts would have survived the principle of "void for vagueness". It is to be hoped that, in future, if an opportunity presents itself to decide the question whether a performance is so uncertain as to cause a contract to be void for vagueness, recourse will be had to both Roman-Dutch law and comparative legal literature on the subject. In this way it should be possible to state as a general rule that a reasonable performance can be regarded as a certain performance in that it is ascertainable, without the precise independent objective standard against which it must be measured having to be defined. In this way parties to contracts of sale and lease can be accorded much-needed latitude regarding the determination of the price or rent of the thing bought or leased.

L HAWTHORNE  
*University of South Africa*

*The law, so far as it depends on learning, is indeed, as it has been called, the government of the living by the dead (Holmes Learning and science. Speeches (1913) 67).*

# VONNISSE

## DIE ONWELKOME VRYER EN DIE REGSWEG VIR DIE ONTSTOKE VADER

L v H 1992 2 SA 594 (OK)

1 Soos mans soms te kampe het met die onwelkome belangstelling van geslagsgenote wat ondanks die voorskrifte van die tiende Gebod met begeerlike oë na hul vrouens kyk en poog om laasgenoemde se geneentheid af te rokkel, was daar deur die eeue waarskynlik altyd vaders van opgroeiende dogters wat in die ware sin van die woord te kampe gehad het met onwelkome kavaliers wat probeer om teen die beterwete en sin van die vader 'n verhouding met laasgenoemde se dogter te laat ontwikkel. (Sien die roerende betoog deur die Griekse orator, Lysias, vir die beskerming van 'n man se persoonlike belange in sy vrougoed reeds ongeveer 403 vC in "On the murder of Eratosthenes: Defence" par 4, veral par 32 in *Lysias* (die Lamb-vertaling in *The Loeb classical library* (1967)).) In die meeste gevalle kan vaders waarskynlik hul gesag as huisheer en ouer handhaaf deur die onwelkome besoeker die deur te wys. In 'n vergange era toe eierigting moontlik meer aan die orde was, sou die vader waarskynlik ook die daad by die woord kon voeg en die knaende vryer letterlik aan sy broek se sitvlak by die deur uitsmyt. In 'n moderne gemeenskap, wat oënskynlik die vuisregstadium grootliks ontgroeï het, word eierigting enersyds nie meer so geredelik deur die geordende gemeenskap gesanksioneer nie en andersyds kan dit wees dat die vaders nie meer kragdadig genoeg mag optree nie. In só 'n geval moet die onthutste vader hom tot die hof wend om regshulp indien sy versoek dat die ongewenste verhouding beëindig en kontak verbreek word, deur die onwelkome gas in die wind geslaan word.

2 In die onderhawige saak het die ouers van die dogter gedurende die eerste maande van 1990 met ontsteltenis die (na hulle oordeel) ongesonde ontwikkeling van die verhouding tussen hul skrande, dog ietwat naïewe, matriekdogter (5951) en 'n standerd agt-seun van dieselfde ouderdom (sedertdien het hy skool verlaat en is 'n voornemende vakleerling) wat klaarblyklik vir sy lewensjare reeds 'n ervare man was, waargeneem. Nieteenstaande hul tydige versoeke dat die verhouding afgeskaal moet word en die uiteindelijke verbod op die verhouding, het die verweerder daarin volhard om die dogter te besoek. Toe die aansoek in Desember 1990 deur die vader gebring is, was die dogter reeds by die verweerder swanger. (In hierdie bespreking word nie gelet op die bevinding van die hof dat die resultaat van die bevel sal wees om die verweerder as vader



toegang tot sy ongebore kind te ontsê nie (599E – H). Sien egter Sonnekus en Van Westing “Faktore vir die erkenning van ’n sogenaamde reg van toegang vir die vader van ’n buite-egtelike kind” 1992 *TSAR* 232 – 255 waaruit blyk dat die beslissing mi die juiste was.)

Na oorweging van alle feite (waarop hieronder teruggekom word) staan die hof die gevraagde finale interdik toe:

“The respondent is interdicted and restrained from in any manner whatsoever communicating with, and/or contacting, KL save through her father or his attorney and/or from assaulting KL and/or abducting her or aiding and abetting her to abscond from her parental home until such time as she shall have obtained the age of majority” (600A – B).

3 In die gerapporteerde Suid-Afrikaanse regspraak kom die eerste verwysings na die vraag of die vader in sodanige omstandighede wel suksesvol aansoek kan doen om ’n interdik teen die onwelkome vryer pas in 1976 voor in die uitsprake van regters Coetzee en Hiemstra in onderskeidelik *Meyer v Van Niekerk* 1976 1 SA 252 (T) en *Coetzee v Meintjies* 1976 1 SA 257 (T). (Die afwesigheid van eerder gerapporteerde regspraak dien nie as gesag dat die probleem nie voorheen bestaan het nie – bloot dat dié regsweeg nie benut is nie.) In die lig van die tersaaklike omstandighede is beide daardie aansoeke afgewys. In die volgende jaar verskyn die uitspraak van regter Steyn in *Gordon v Barnard* 1977 1 SA 887 (K) waar vir die eerste keer in die gerapporteerde Suid-Afrikaanse regspraak wel ’n interdik aan die vader van ’n 18-jarige dogter teen die onwelkome besoeke van ’n 29-jarige kavalier toegestaan is. In daardie geval beveel die hof dat die getroude verweerder belet word

“from meeting and communicating in any manner whatsoever with applicant’s minor daughter . . . until she has obtained her majority” (890H).

Voor die onderhawige uitspraak van regter Zietsman in die Oos-Kaapse afdeling was die vader in *H v I* 1985 3 SA 237 (K) ook suksesvol met sy aansoek om ’n interdik teen die man van 23 wat sy 17-jarige dogter beswanger het terwyl sy nog op skool was en eenvoudig teen nie alleen die vader se verbod in nie, maar ook in weerwil van ’n tydelike hofbevel, daarin volhard het om die dogter te verlei en die vader se gesag te ondermyn. In daardie saak het regter Van den Heever bevind dat dit eenvoudig nie aanvaarbaar is dat ’n man in die omstandighede teen die wense en beterwete van die vader van die dogter steeds volhard om die dogter af te rokkel en te verlei nie.

4 Uit die gerapporteerde uitsprake blyk duidelik dat ’n vader hom in hierdie omstandighede uiteraard van die bewyslas in die aansoek om ’n interdik moet kwyt eer die hof die gevraagde interdik sal toestaan. In ons reg is die interdik as voorkomende toekomsgerigte remedie in die diskresie van die hof beskikbaar aan ’n applikant wat die hof kan oortuig van sy gevestigde regsbelang (die sogenaamde “clear right”) wat met inbreukmaking deur die optrede van die verweerder bedreig word en waarvoor geen ander gepaste regsmiddel beskikbaar is nie (*Setlogelo v Setlogelo* 1914 AD 221 227 – 228). Die hof staan die gevraagde interdik toe na ’n afweging van die tersaaklike belange van die partye.

Die identifisering van die regtens beskermingswaardige belang van die applikant behoort dus teoreties primêr te staan. In gemelde uitsprake was die regters egter nie besonder duidelik met die inkleding van die bedreigde belang

nie. Terwyl die Suid-Afrikaanse reg geen aksiegebonde regstelsel is nie, is dit in beginsel tog belangrik om die geskonde belang juis te identifiseer. Indien die spreekwoordelike koeël eintlik reeds deur die kerk is en die interdik as voor-komende remedie nie meer ideaal gepas is om die geskonde regsbalans te herstel nie, is die juiste identifisering van die geskonde belang steeds van deurslaggewende belang vir die sukses van die gevraagde remedie. Indien nadeel reeds ingetree het, sou dit van wesenlike belang wees om eerstens vas te stel of met die *actio legis Aquiliae* skadevergoeding van die delikspleger verhaal kan word en of daar nie met die *actio iniuriarum* troosgeld van die opsetlike regskrenker verhaal kan word nie. Dit is afhanklik van die vraag of op 'n vermoënsbelang of slegs 'n persoonlikheidsbelang van die benadeelde inbreuk gemaak is. Uiteraard behoort dit dieselfde belang te wees wat as regtens beskermingswaardige belang in die primêre ondersoek vir die interdik ook ter sprake moet kom. Die beskermingswaardige belang verander immers nie van aard bloot omdat die onregmatige optrede in die een geval nog bloot dreigend is en in die ander reeds in ingetrede nadeel gematerialiseer het nie.

Hoewel die feitelike omstandighede van geval tot geval verskil, kan aan die hand van die gerapporteerde uitsprake wel enkele opmerkings gemaak word oor die aard van die regtens beskermingswaardige belang wat ter sprake is en gevolglik ook op die invloed wat dié aard op die bewyslas van die applikant in sodanige aansoek het.

5 In die gemenerereg, soos in die gerapporteerde Suid-Afrikaanse gewysdes, bestaan daar geen twyfel nie dat die ontstoke vader van 'n dogter wat teen sy sin afgerokkel is, die skuldige vir die misdaad abduksie kan laat vervolg (kyk Hunt en Milton *II South African criminal law and procedure* (1990) 571 ev; Snyman *Strafreg* (1986) 430 ev; vir meer onlangse gewysdes sien *S v Killian* 1977 2 SA 31 (K); *S v L* 1981 1 SA 499 (B); *S v F* 1983 1 SA 747 (O); *S v Hoffman* 1983 4 SA 564 (T); *S v Benatar* 1984 3 SA 588 (ZS)).

In beginsel behoort die beskermingswaardige belang wat deur die strafreg beskerm word, 'n belang van die georganiseerde gemeenskap in teenstelling met 'n private belang van die deliktueel benadeelde te wees. Daar word gevolglik duidelik onderskei tussen byvoorbeeld die privaatregtelike delik seduksie en die misdryf abduksie hoewel beide in dieselfde feitelike opgesluit sou kon lê (die *Killian*-saak *supra* 32B – C). In die geval van abduksie is die geskonde gemeenskapsbelang stellig geleë in die oorkoepelende belang van die gemeenskap in die beskerming en behoud van die gesinslewe met gepaardgaande beklemtoning van die gemeenskapsbelang in die handhawing van die ouers se *gesagsposisie* binne die gesin as onontbeerlike bousteen van die geordende gemeenskap. Regter Vos meld dat by abduksie die *potestas* aangetas word (*idem* 32C) terwyl regter Hiemstra in *S v L supra* met goedkeuring die landdros se opmerking dat die ouerlike gesag goed deur die hof beskerm behoort te word, aanhaal (501E – F). Snyman sien egter die beskermde regsbelang as “die feitelike uitoefening van beheer oor die minderjarige en die ouer of voog se *reg* om toe te stem tot die minderjarige se huweliksluiting” (431; my kursivering).

By die beoordeling van die *prima facie* wederregtelike gedrag van die afrokelaar, let die strafhowe deurgaans op die feitelike uitoefening deur die ouer as klaer van sy ouerlike gesagsbevoegdhede en dus op die mate van vryheid wat die dogter reeds voor die beweerde misdryf geniet het (sien *S v Killian supra*

37E). By daardie ondersoek gaan dit klaarblyklik telkens oor die mate waarin die klaer ten tyde van die beweerde misdryf nog effektief sy gesag as ouer oor die kind uitgeoefen het. Dit impliseer dat gemelde gemeenskapsbelang nie staties is nie maar afhanklik is van die mate waarin die klaer self redelikerwys sy gesag in die omstandighede van die geval kon uitoefen. Indien dit in die omstandighede nie redelik van die ouer sou wees om sy dogter wat hy feitlik reeds drie jaar geëmansipeer het kort voor haar mondigwording weer te wil hiet en gebied nie, sou die hof ook stellig nie die oënskylnike afrokkelaar aan die misdryf skuldig bevind nie.

In van die uitsprake het die strafhowe egter daarbenewens ook gevra na die mate van *krenking* wat die ouer weens die afrokkeling van sy kind ervaar het ("[t]he mother said nothing in her evidence about feeling aggrieved . . .": *S v L supra* 500B). Streng gesproke hoort beoordeling van die "krenking" waarskynlik nie tuis in dié deel van die strafreg nie maar wel in die privaatreë indien dit gaan oor die mate van *krenking* wat die benadeelde ouer van sy aansien en eergevoel beleef het. Dit kan hoogstens indirek ter sprake kom indien aanvaar word dat 'n ouer wat nie eens deur die abduksie van sy dogter seergemaak voel nie, reeds geen effektiewe beheer en kontrole oor die kind uitgeoefen het nie. Daar word egter ook in talle van die abduksiesake gevra hoe die klaer die optrede van die beskuldigde as inbreukmaking op sy gesag ervaar het — die mate waarin sy gesag geminag is deur die afrokkelaar (en natuurlik ook die dogter wat onder eersgenoemde se invloed teen haar ouer se strengheid rebelleer).

Per definisie kom die voltooide misdaad abduksie slegs ter sprake as die spreekwoordelike koeël reeds deur die kerk is. Indien die ontstoke (en bekommerde) vader voortydig en voorkomend wil optree, is hy aangewese op die privaatregtelike interdik.

In die lig van die voorgaande is daar dus in beginsel wel plek vir 'n privaatregtelike remedie benewens effektiewe strafregtelike vervolging van die afrokkelaar. Dit veronderstel egter die duidelike afbakening van die beskermingswaardige belang. Terwyl die gemeenskap 'n beskermingswaardige belang in die agting van gesagsdraers kan hê, kan die sogenaamde *gesag* van 'n ouer myns insiens nie alleenstaande privaatregtelik 'n beskermingswaardige belang wees nie.

6 In die *Meyer*-saak *supra* wys regter Coetzee die aansoek van die dogter se vader om 'n interdik af onder andere omdat hy bevind dat die opvoedings- en versorgingsplig as komponente van die *ouerlike gesag* verminder in verhouding tot die volwassewording van die normale kind. Dié bevinding strook nie alleen met die daaglikse waarneming van 'n persoon met gesonde oordeel nie maar is ook in pas met die wyse waarop die strafhowe die grense van die misdryf abduksie hanteer. In die *Meyer*-geval was daar in die lig van die ouderdom van die dogter en die mate van emansipasie wat sy reeds geniet het met 'n ooreenstemmende onttrekking deur die vader aan haar omstandighede geen sprake van enige onregmatige optrede aan die kant van die respondent nie (254D 257C).

In die loop van die uitspraak maak regter Coetzee tog enkele opmerkings oor die beskermingswaardige regsgoed wat in die geval ter sprake kon wees. Hy let vir die doel op wat die ouer skrywers met betrekking tot middellike deliktuele benadeling geskryf het. In die gemenerereg is naamlik aanvaar dat juis die ouer-kind-verhouding dit kan grondves by sogenaamde *iniuria per consequentias*



(D 47 10 1 3; De Groot *Inleidinge* 3 35 6). Weens die werking van die regverdigingsgrond *volenti non fit* kan daar (selfs as daar nog ruimte vir sogenaamde middellike krenking sou wees) nooit in hierdie omstandighede waar die dogter self meewerk tot die ongewenste verhouding van middellike aanspreeklikheid sprake wees nie. (Sien die bespreking van daardie saak deur Sonnekus en Scott in 1977 *TSAR* 81 169.) Regter Coetzee bevind tereg dat daar nie ruimte vir die erkenning van 'n beskermingswaardige belang van die vader langs dié argumentlyn is nie. Die ouer kan hom hoogstens op regshulp beroep vir 'n *iniuria* wat hy persoonlik gely het of staan te ly. (Sien ook Neethling *Persoonlikheidsreg* (1991) 63 ev se gevolgtrekking dat die regspraak ongenê is om erkenning aan die figuur van *iniuria per consequentias* te verleen.)

7 In die Coetzee-saak *supra* verwys regter Hiemstra onomwonde na die tersaaklike belang as 'n persoonlikheidsbelang van die vader. Hy klee dit egter in as *minagting van die ouerlike gesag*: “ons het te doen met 'n *iniuria* teenoor die ouer deurdat sy ouerlike gesag geminag word” (262C). 'n Ouer het oontseggelik as deel van sy ouerlike gesagsbevoegdhede die *bevoegdheid* om onder andere te bepaal met wie sy kind in laasgenoemde se belang sal assosieer, net soos die ouer die opvoedingsverantwoordelikheid het om die kind ten beste vir die volwasse lewe voor te berei en dienooreenkomstig kan besluit om byvoorbeeld toestemming tot huweliksluiting of kontraksluiting vir sy kind te gee of te weerhou. Hierdie bevoegdhede van die ouer is geensins absoluut nie en het ook nie 'n statiese inhoud nie. (Kyk Spiro *Law of parent and child* (1985) 41 – 43 vir 'n bespreking van die Suid-Afrikaanse regsposisie in die verband. Na inwerkingtreding in die Engelse reg in 1991 van die Children's Act 1989 word in daardie regstelsel ook in die verband uitsluitlik nog verwys na die “parental responsibility” (a 3(1)) in teenstelling met die voorheen gangbare begrip “parental rights and duties”: Cretney *Principles of family law* (1990) 486 ev.) Die hof as oppervoog kan inmeng met die ouer se uitoefening van sy bevoegdhede indien dit onredelik en dus nie in die beste belang van die kind sou wees nie. Die talle uitsprake waar die hof wel ingemeng het, bevestig die punt (kyk Spiro 107 ev en meer onlangs *Du Preez v Conradie* 1990 4 SA 46 (B) 51D – E). (Kyk oor die herkoms van die hof se bevoegdhede as oppervoog Labuschagne “Die hooggeregshof as oppervoog van minderjariges” 1992 *TSAR* 353. In die Engelse reg is die inkleding van die hof as oppervoog benut om die voorheen byna absolute magte van die vader oor sy spruite te begrens: Cretney 483; Lüderitz “Elterliche Sorge als privates Recht” 1978 *AcP* 266 met verwysing na Bevan *The law relating to children* (1973) 411 – 423.)

Die voormelde voorbeelde van gesanksioneerde inmenging met die ouerlike gesag bevestig dat die bevoegdhede van die ouer nie inhoudsbevoegdhede van een of ander subjektiewe reg van die ouer is nie maar dat dit soos alle ander kompetensies aan die norme van die objektiewe reg ontleen is en dat die omvang van die bevoegdhede as sodanig deur die objektiewe reg bepaal en beperk word.

Die privaatrek ken geen remedies in die normale sin van die woord vir die beskerming van kompetensies teen optrede deur mederegsjekte nie. Een regs subjek kan trouens nie effektief inbreuk maak op enige kompetensie van 'n ander regs subjek nie. (Een regs subjek kan byvoorbeeld nie deur sy uitsluitlike optrede 'n ander regs subjek sy handelingsbevoegdheid ontnem of daarop inbreuk maak nie.) Om daardie rede kan die hof nooit genader word om enige privaatregtelike

regshulp wat ten doel sou hê om 'n kompetensie van die aansoeker te "beskerm" om 'n "versteurde regsbalans" in die verband "te herstel" nie. Hierbo is juis beklemtoon dat by die misdaad abduksie dit telkens gaan oor die herstel van die geskonde gemeenskapsbelang deur die afrokkelaar (in teenstelling met 'n privaatregtelike belang van die klaer).

In die lig van die voorgaande kan nie eenvoudig volstaan word met die algemene opmerkings oor "ouerlike gesagsbevoegdhe" indien 'n ouer hom wil beroep op privaatregtelike regshulp teen 'n derde wat na sy mening sou inbreuk maak op sy regtens beskermingswaardige belang in die verband nie. Klaarblyklik sal die inhoudgewing van enige privaatregtelik beskermingswaardige belang van 'n ouer wat verband hou met sy ouerlike gesagsbevoegdhe egter daarvan afhang of die ouerlike gesagsbevoegdhe in die bepaalde omstandighede steeds voorhande is, wat die omvang en inhoud van die bevoegdhe in die lig van omstandighede soos die kind se ouderdom en mate van emansipasie is, én of die bevoegdhe wel redelik deur die ouer uitgeoefen word (sien *L v H 596G – H 597I*). Dit is die primêre bewyslas waarvan 'n aansoeker of eiser in siviele litigasie hom moet kwyt.

In beginsel het 'n ouer byvoorbeeld die bevoegdheid om sy toestemming tot huweliksluiting vir sy minderjarige kinders te weerhou tot hul mondigwording maar 'n hof sal as oppervoog inmeng met sodanige uitoefening indien die weerhouding van die toestemming in die omstandighede onredelik is. Uit die voorgaande is dit duidelik dat daar klaarblyklik nie van enige privaatregtelike beskermingswaardige belang van die ontstoke ouer sprake kan wees indien dit objektief sou vasstaan dat ook die bevoegdhe van die ouer in die bepaalde geval reeds dermate ingeperk is dat daar nie meer 'n juridies relevante ouerlike gesagsbevoegdheid in die verband is waarop die ouer sou kon steun nie. Omgekeerd beteken dit dat die hof nie met die redelike uitoefening deur 'n ouer van sy gesagsbevoegdhe sal inmeng nie (*L v H 598E 599D – E*). In die onderhawige saak bevestig die hof die goeie oordeel van die applikant om verdere kontak tussen sy dogter en die verweerder te ontmoedig in die lig van die bewese minder gunstige karaktereenskappe (soos dwelmafhanlikheid of sielkundige onstabieleit) van die verweerder. Die ouer kan tereg meen dat dit nie in sy kind se belang is om verder met 'n persoon met sodanige eienskappe te verkeer nie (598I – 599C). (In *H v I supra* het Van den Heever R ook besondere gewag gemaak van die swak karaktereenskappe van die man in daardie geval wat selfs botsings met die gereg ingesluit het: 246F – 247F 248D.)

8 Hoewel meerdere skrywers en die howe sedert die *Coetzee*-uitspraak *supra* daarvoor *ad idem* is dat die regtens beskermingswaardige belang van die ontstoke vader 'n aspek van die *persoonlikheidsgoed* (in teenstelling met 'n vermoënsbelang) van die ouer (meestal die vader as huisheer en voog van die kind) moet wees, is die nadere presisering van die tersaaklike persoonlikheidsbelang nie altyd duidelik nie. (Sien egter in die algemeen die standpunt van Van Niekerk oor persoonlikheidsbelange as deel van die subjektiewe regsbelange wat nie as subjektiewe regte objektiveerbare objekte sou hê nie – "Is persoonlikheidsregte subjektiewe regte?" 1990 *TRW* 28 44.)

Scott is van mening dat twee moontlike persoonlikheidsobjekte van die vader identifiseerbaar is. Met gebruikmaking van die terminologie wat deur veral regter

Hiemstra in die *Coetzee*-saak *supra* 262D benut word, verwys hy in die eerste plek na die *ouerlike gesagsregte* wat deel van die ouerlike gesag vorm (172).

Hoewel die betrokke belang sekerlik deel van die oorkoepelende ouerlike gesagsbegrip uitmaak, is die ouerlike gesagsbevoegdheids, soos in die vorige afdeling aangedui is, hoogstens kompetensies wat direk aan die objektiewe reg ontleen word en is dit nie praatregtelik teen 'n ander afdwingbaar nie.

“Die ganz h.M. begreift heute das Recht der Eltern, für die Person und das Vermögen eines minderjährigen Kindes zu sorgen, nicht als ‘Herrschaftsrecht’, sondern als Befugnis, die von ihren Pflichtbindungen her bestimmt wird” (Dieckmann “Betrachtungen zum Recht der elterlichen Sorge – vornehmlich für Kinder aus gescheiterter Ehe” 1978 *AcP* 298).

Hegnauer beklemtoon ook vir die Switserse reg dat die ouerlike gesagsbevoegdheids as sodanig geen regsgoed is nie (“Gemeinsame elterliche Gewalt nach der Scheidung?” 1990 *SJZ* 371; sien ook Lüderitz 267 – 270). Dooyeweerd het reeds daarop gewys dat die sogenaamde ouerlike gesagsregte “zijn principieel competentiebevoegdheden, maar geen subjectieve rechten. Zij hebben geen rechts-object” (*II De wijsbegeerte der wetsidee* (1935) 333 – 334). In daardie sin sou daar ook nooit sprake kon wees van 'n juridies relevante “inbreukmaking” op 'n kompetensie nie en sou nóg die interdik nóg die *actio iniuriarum* as remedies ter sprake kon kom. Dié kompetensies kan dus nooit die objek van 'n persoonlikheidsreg van die vader wees nie en daar kan dan ook geen sprake wees dat die vader enige praatregtelike remedie (hetsy die *actio iniuriarum* of wat dan ook) ter beskerming bloot van sodanige kompetensie kan hê nie.

Die oplossing van die probleem word ook nie veel aangehelp deur die objek van die tersaaklike reg te sien as “die verstandelike, sedelike en godsdienstige vorming van die kind” nie – die tweede formulering deur Scott (172). Indien dit wel die objek van die betrokke reg sou wees, kon daar hoogstens sprake wees van 'n onregmatige inbreukmaking op 'n belang van die kind self – iets wat deur die kind se vrywillige meewerking aan die ongewenste verhouding gekelder word.

Die vader kan slegs suksesvol op 'n regsmiddel aanspraak maak indien hy persoonlik 'n regtens beskermingswaardige belang het wat deur die onwelkome besoeke van die kavalier gekrenk of bedreig word. In *H v I supra* 242F – G laat regter Van den Heever, met verwysing na haar vader se formulering (sien Aquilius “Insake *Cook v Cook* 1937 AD 154, *sartor resartus*” 1938 *THRHR* 232 ev), geen twyfel nie dat die vader inderdaad 'n regtens beskermingswaardige reg het met betrekking tot die regulering van sy dogter se omgang met ander. Sy formuleer dit egter moontlik minder presies as die vader se *reg op die kontrole* oor sy kind (242F). In die regter se opsomming van daardie saak benut sy myns insiens egter insiggewende formulering:

“[T]hat respondent has knowingly and indeed contemptuously defied applicant’s parental authority and, unappreciative of its content and motivation, is still of the mind to take her from under her father’s roof in order to have a relationship of a sexual nature with her . . .” (248I – J).

Hoewel daardie formulering ook nalaat om naas die beklemtoning van die gesagsaspek die presiese aspek van die *persoonlikheidsgoed* van die vader aan te dui waarop inbreuk gemaak word, blyk dat die smalende en dus minaggende aard van die verweerder se gedrag hom deur die hof toegereken is. Hieronder (par 12) sal aangetoon word dat dit moontlik verband hou met die krenking wat ervaar word deur die vader wie se gesag geminag word. Dan is die beskermde



regsgoed nie die *gesag* van die vader nie maar sy *gevoel* oor daardie gesag van hom – en dit is by uitstek 'n aspek van die persoonlikheidsgoed.

Die formulering deur regter Van den Heever durf egter nie daartoe lei dat die kind as *quasi*-objek van 'n reg van die vader aangesien word nie. (Dit kan uiteraard nie aangesien die kind as regsobjek nooit ook regsobjek kan wees nie. In die verlede was daar egter inderdaad outeurs wat van mening was dat die kind 'n objek van sy ouer se regsgoed is: Lüderitz 264 verwys na Nipperdey en Hölders.)

In die Duitse reg word wel in die grondwet uitdruklik voorsiening gemaak vir die erkenning van die besondere verhouding tussen ouers en hul kinders – die sogenaamde “Erziehungsrecht” van die ouers (a 6.2 en 6.3 GG). Histories is die formulering wel verklaarbaar en dien dit om te verhoed dat enige toekomstige regering in weerwil van die wense van ouers sou inmeng met die opvoedings-taak van die ouers. In beginsel bevestig dit egter ook dat geen derdes teen die wense van die ouer binne sy invloedssfeer tot sy kind mag oortree nie. In dié sin gaan dit in daardie regstelsel om *persoonlike belange* van die ouers met verwysing na die liefde, sekerheid en versorging van hul kind. Laasgenoemde het ook 'n beduidende materiële komponent met betrekking tot die wedersydse onderhoudsaansprake van ouers en kinders. Hierdie persoonlike belange van die ouer is privaatregtelik beskermingswaardige regsbelange (Dieckmann 300; Lüderitz 264). Myns insiens moet in aansluiting hierby weer gelet word op die formulering van die beskermingswaardige regsgoed van die ontstoke vader ook in die Suid-Afrikaanse reg. Die vader ontbeer weens die afrokkelende gedrag van die vryer wat boonop sy dogter opsteek om teen sy gesag as ouer te rebelleer, sy dogter se geneentheid, liefde en gehoorsaamheid wat almal saamgebundel kan word as die ouer se reg op sy sekuriteitsgevoel in die gesin.

9 In die onderhawige saak verwys regter Zietsman ook na die vader se *gesag* wat bewustelik ondermyn is deur die verweerder (en die dogter van die applikant):

“I further have no doubt that K and the respondent were at all relevant times aware of the applicant's wishes and instructions and that they disregarded them, and intend to disregard them in the future . . .” (596H).

Hiervolgens skyn dit of die regter die minagting van die vader se gesag as deurslaggewend beskou het.

10 Indien dit nie bloot oor 'n interdik as voorkomende remedie handel nie maar 'n benadeelde ouer werklik sou poog om troosgeld van die delikspleger te verhaal, sal hy vir doeleindes van die *actio iniuriarum* ook opset moet bewys. Reeds in *S v Killian supra* het die hof beslis dat in gevalle van strafregtelike abduksie telkens minstens *dolus eventualis* by die verweerder bewys moet word (36C). Dit impliseer dat in dieselfde omstandighede ook minstens aan hierdie opsetsvorm voldoen sou kon word en dat die skuldvereiste nie in die weg van die *actio iniuriarum* hoef te staan nie. Die bevinding deur regter Zietsman in die onderhawige saak (596H) dat opset wel aanwesig was, bevestig die aanname.

11 Geen subjektiewe reg se omvang is staties of stagnant nie. Dit kan deur die norme van die objektiewe reg beperk word maar 'n ouer kan ook as reghebbende van sy persoonlikheidsregte na keuse die omvang van sy persoonlikheidsregte self verminder. In die *Meyer-* en *Coetzee*-saak *supra* is beslis dat 'n ouer

wat vóór mondigwording van sy kind vrywillig afstand doen van 'n deel van sy ouerlike kompetensies deur sy kind 'n groter mate van selfstandigheid te gun, hom nie later oor 'n inbreuk daarop kan bekla nie. Hoewel dit nie in daardie uitsprake in sodanige terme geformuleer is nie, sou dit beteken dat 'n ouer wat 'n wesenlike beperking van sy persoonlikheidsreg op sy sekuriteitsgevoel in sy gesin gedoog, hom nie oor 'n onregmatige inbreukmaking op daardie belang kan bekla nie. Indien 'n derde daarna op die *prima facie* sekuriteitsgevoel oortree maar by nadere besien blyk dat die ouer reeds daarvan afstand gedoen het, is die ouer in dieselfde posisie as 'n politikus wat homself na sy vrywillige toetreding tot die openbare lewe nie oor matige oorskrydings van sy privaatheid kan bekla nie.

12 Neethling (193 – 195) bespreek die tersaaklike belange van die onthutste vader in die onderhawige geval as deel van sy *eergevoel*. In van die uitsprake is verwys na die *minagting* van die *ouerlike gesag*. In die besonder gaan dit egter oor die *minagting* (dws belediging) van die *vader* as *gesagsdraer*. Die beklemtoning van hierdie aspek sluit stellig aan by die gemeenskapsbelang in die handhawing van respek en agting vir gesagsdraers in die algemeen en verklaar ook die brug met die misdaad abduksie.

Benewens die gemelde minagting van die vader as gesagsdraer, hou Neethling (195 vn 20) egter daarmee rekening dat in die onderhawige geval ook 'n skending van die ouer se *gevoelslewe* en “veral sy *piëteitsgevoel* teenoor sy kind ter sprake kan kom”. Myns insiens is dít inderdaad waaroor dit in die meeste gevalle in die eerste plek sal gaan. Die moderne vader is nie meer primêr gesagsdraer wat met ontsag bejeën en behandel moet word nie. In die moderne Wes-Europese regstelsels soos die Duitse, Switserse, Engelse en Nederlandse reg word die ouerlike *gesag* (*Gewalt*) in die ouer-kind-verhouding nie meer beklemtoon nie dog eerder die ouerlike verantwoordelikhede (*elterlichen Sorge* – par 1626.1 *BGB*) teenoor sy kind. (Sien die regsvergelijkende ondersoek deur Hegnauer 369 ev; Henrich “Familienrechtsreform durch die Verfassungsgerichte?” 1990 *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 241 – 255; Dörr “Die Entwicklung des Familienrechts seit 1989 – Eherecht, elterliche Sorge, Umgangsbefugnis, Kindesherausgabe, Ehwohnung und Hausrat” 1991 *NJW* 77 – 85; Schlüter en Liedmeier “Die Neugestaltung des Familienrechts nach Inkrafttreten des Grundgesetzes” 1991 *Juristische Arbeitsblätter* 145 177 ev.) Die ouerlike verantwoordelikhede word egter deurgaans opgeweeg teen die nie-materiële voordele wat die ouer danksy sy ouerskap in ruil verkry – die liefde en geneentheid van sy kind, die gevoel van sekuriteit in die geborge gesin. Die onwelkome gas van sy dogter maak in die eerste plek op die sekuriteitsgevoel van die ouer inbreuk. In 'n gegewe geval kan dit wees dat die ouer die inbreukmaking ook as 'n krenking van sy posisie as gesagsdraer ervaar, maar dit hoef nie noodwendig die geval te wees nie. Die raakpunte met die aantasting van die bedroë eggenoot se gekrenkte kuisheids- en sekuriteitsgevoel in die huwelik weens die afrokkeling van of owerspel met sy gade is duidelik (sien Sonnekus *Die privaatregtelike beskerming van die huwelik* (1976) 215 – 282).

13 Ook volgens die moderne Duitse reg het die ouer die bevoegdheid om as deel van sy sogenaamde *Personensorge* nie alleen te bepaal met wie die minderjarige mag assosieer nie maar dit ook effektief af te dwing deur die uitlewering

van die kind dwangmatig te vorder. Paragraaf 1632(1) en (2) *BGB* bepaal soos volg:

- “(1) Die Personensorge umfaßt das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es den Eltern oder einem Elternteil widerrechtlich vorenthält.  
 (2) Die Personensorge umfaßt ferner das Recht, den Umgang des Kindes auch mit Wirkung für und gegen Dritte zu bestimmen.”

Daar word nie in dié paragraaf aangedui of die ontstoke vader ook troosgeld vir sy persoonlikheidsnadeel sou kon vorder nie. In beginsel behoort dit egter wel moontlik te wees mits die omvang van die krenking vasstaan. Die hele aard van die nuwe reëling van die ouer-kind-verhouding in die Duitse reg gaan immers daarvan uit dat ouers en kinders teenoor mekaar met betrekking tot hul verhouding, mekaar en mekaar se gevoelens in ag neem. Op die gevoelens kan derdes uiteraard ook krenkend inwerk. In die proses word wel steeds rekening gehou met die feitelike onervarendheid en voortvarendheid van die jeug wat in bepaalde gevalle weens die swak insig moet wyk voor die ryper oordeel van die ouer (vgl par 1618a *BGB*; sien Schlüter en Liedmeier 183).

14 Die onderhawige uitspraak bevestig, soos die *Gordon-* en *H v I*-saak, dat die ontstoke vader wel in die Suid-Afrikaanse reg – benewens om te wag tot die strafweg bewandel kan word – ook voortydig privaatregtelik aanspraak kan maak op herstel van die geskonde regsbalans wat spruit uit die volhardende maar onwelkome belangstelling van ’n persoon van die teenoorgestelde geslag in sy kind. Praktisyns behoort egter met versigtigheid te let op die formulering van die pleitstukke sodat die tersaaklike beskermingswaardige belange duidelik uit die verf kom en geen onaanvaarbare verwarring met die belange van die gemeenskap in die agting van gesagsdraers wat vir beskerming deur die strafreg in aanmerking kom, intree nie. Die vae begrip “ouerlike gesag” is geen privaatregtelik beskermingswaardige belang nie.

JC SONNEKUS  
*Randse Afrikaanse Universiteit*

**BYDRAENDE OPSET EN DIE WET OP VERDELING  
 VAN SKADEVERGOEDING 34 VAN 1956**

**Randbond Investments v FPS (Northern Region) (Pty) Ltd  
 1992 2 SA 608 (W)**

In hierdie beslissing het die regspraak ter sprake gekom of artikel 2 van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 ook op *opsetlike* – anders as *nalatig* – mededaders van toepassing is (616H ev).

Ten aanvang wys regter Mahomed die argument af dat omdat “skuld” vir doeleindes van artikel 1(1)(a) van die wet oënskynlik tot *nalatigheid* en *bydraende nalatigheid* beperk sou wees, dit noodwendig ook vir artikel 2 (met betrekking



tot mededaders) geld (616H – 617D). (Terloops kan vermeld word dat dit wil voorkom of artikel 1(1)(a) inderdaad tot bydraende *nalatigheid* beperk is. In die lig van onder meer die taagebruik in die lang titel van die wet, die opskrif van artikel 1 (waar na *nalatigheid* verwys word), die bewoording van artikel 1(3) (waar na die verweer van bydraende *nalatigheid* verwys word), asook die geskiedkundige agtergrond van die wet, wil dit lyk of die wetgewer net gepoog het om die verweer van bydraende *nalatigheid* te reël en nie 'n verweer van bydraende opset in gedagte gehad het nie (sien Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 148 154 ev; Van der Walt *Delict: principles and cases* (1979) 88; Boberg *The law of delict I Aquilian liability* (1984) 656; Scott "Some reflections on section 1(1)(a) of the Apportionment of Damages Act 1956 and contributory intent" in *Huldigingsbundel Paul van Warmelo* (1984) 166 ev; *contra* Van der Merwe en Olivier *Die onreëmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 167 – 169). Die appèlhof het dit nog nie nodig gevind om hierdie kwessie te beslis nie (*Netherlands Insurance Co of SA Ltd v Van der Vyver* 1968 1 SA 412 (A) 422; *Mabaso v Felix* 1981 3 SA 865 (A) 876 – 877; sien ook *Wapnick v Durban City Garage* 1984 2 SA 414 (D) 418), maar het reeds (soos regter Mahomed uitwys: 616I – 617A) by geleentheid *obiter* twyfel uitgespreek of daar ingevolge die bepalings van die wet sprake van 'n verweer van medewerkende opset kan wees.)

Wat artikel 2 betref, bevind die regter dat aangesien mededaders omskryf word as persone wat gesamentlik of afsonderlik op grond van *delik* aanspreeklik is vir dieselfde skade, 'n delik op 'n *nalatige of opsetlike* wyse gepleeg kan word, en daar ook geen poging in die wet is om die werking van artikel 2 tot *nalatige onreëmatige* daad te beperk nie,

"[t]here is . . . nothing in the plain and ordinary meaning of these subsections of s 2 to justify any limitation upon the kind of delict which a joint wrongdoer must be alleged to have perpetrated before he can be joined as a party in the proceedings for the purpose of determining his liability" (619G).

Die verdere argument dat nieëntstaande hierdie duidelike bewoording van die wet artikel 2 beperkend uitgelê moet word sodat dit net op *nalatige mededaders* van toepassing is, word ook deur die hof verwerp (619H). Volgens regter Mahomed stel die wet "a major departure from certain basic common law rules" daar (620B). Hy verduidelik (620C):

"Thus, for example, the Act makes a radical departure from the common law rule in terms of which contributory negligence was a complete defence. More specifically in relation to the responsibility of joint wrongdoers, s 2 of the Act 'abolishes the common law distinction between joint and concurrent wrongdoers and provides for the recognition and regulation of a right of contribution between wrongdoers as defined in the section'."

Aangesien daar nêrens 'n aanduiding in artikel 2 is dat die wet tot *nalatige mededaders* beperk word nie, was dit volgens hom die wetgewer se bedoeling om die gemeenregtelike toedrag van sake waarvolgens 'n *opsetlike mededader* nie 'n bydrae van 'n ander mededader mag verhaal nie, te wysig (620C – D).

Die verdere argument dat dit besonder moeilik vir 'n hof sou wees om die bydrae van 'n mededader te bepaal waar albei *opsetlik opgetree* het, beantwoord regter Mahomed soos volg:

"I am unable to agree with this objection. Apportioning liability between joint tortfeasors is often a difficult exercise, but I am not persuaded that the difficulty becomes insuperable merely because the delictual act concerned was intentional. *There can be degrees of culpability even between different joint wrongdoers perpetrating an*

*intentional act which attracts delictual liability.* There is, for example, a clear difference between the kind of intention which is inferred from a *dolus eventualis* on the one hand and *dolus directus* on the other. Even between different wrongdoers whose intention is to be inferred from a *dolus eventualis* there are different gradations of culpability. This is one of the reasons why the Legislature probably provided that what the Court had eventually to do was to apportion the damages against the joint wrongdoers in such proportions as the Court 'may deem just and equitable'" (620H – 621A; ons kursivering).

Die hof kom dus tot die gevolgtrekking dat die besware dat artikel 2 ook opsetlike mededaders insluit, nie stand hou nie (621E).

Regter Mahomed se bevinding dat skade ingevolge artikel 2 ook tussen opsetlike mededaders verdeel kan word, word verwelkom. Enkele aspekte in verband met die praktiese hantering van sy bevinding geniet vervolgens aandag.

Alhoewel skrywers hulle nog selde oor die posisie van 'n opsetlike mededader (artikel 2) uitgelaat het (sien by Van der Merwe en Olivier 302; McKerron *Law of delict* (1971) 309), is die posisie van 'n bydraend opsetlike "dader" (artikel 1(1)(a)) meer dikwels ondersoek. Diegene wat aanvaar dat artikel 1(1)(a) ook bydraende opset (bykomend tot bloot nalatigheid) insluit, doen verskillende oplossings aan die hand vir die verdeling van skade tussen die eiser en verweerder. Hierdie voorstelle kan goedsikks oorweeg word om ook die bydrae van elke mededader te bepaal. In beginsel kan tussen drie gevalle onderskei word:

(a) Waar die verweerder die nalatige eiser opsetlik benadeel, was die posisie in die gemenerereg reeds dat 'n verweer van medewerkende nalatigheid nie sal slaag nie en dat die verweerder nie op 'n vermindering van skadevergoeding aanspraak kan maak nie (sien die *Wapnick*-saak *supra* 418; Neethling, Potgieter en Visser 148; McKerron 297; Scott 176 – 177).

(b) Waar die eiser opsetlik tot sy eie skade meegewerk het terwyl die verweerder slegs nalatig was, is dit gevestigde reg dat die eiser sy eis verbeur; soos in geval (a) word nalatigheid deur opset gekanselleer (*ibid*).

(c) Waar die eiser en die verweerder die betrokke skade onderskeidelik medewerkend opsetlik en opsetlik veroorsaak het, word verskillende moontlikhede aan die hand gedoen: Van der Merwe en Olivier (168) is van mening dat om in hierdie geval met proporsionele verdeling te werk, nie teen die regsgevoel indruis nie (sien ook Pretorius *Medewerkende opset as 'n verweer/absolute verweer vir deliktuele aanspreeklikheid* (LLM-verhandeling UK 1977) 222 – 223; vgl Parmanand "Some clarification on contributory intent" 1985 *De Jure* 118). Hierteenoor deel Scott (177) en Boberg (743) Van der Walt (93) se besware dat enige poging om die skade te verdeel, op kousaliteit gebaseer sou moes word omdat opset, anders as nalatigheid, nie vir gradering vatbaar is nie: volgens hom is opset óf aanwesig óf nie. Kousaliteit deug egter ook nie omdat dit

"would require the court to embark upon the almost impossible task of assessing the respective degrees of causative potency of conduct" (Van der Walt 93).

Scott (177) laat hierop volg:

"Or will the blame attaching to each party's intentional conduct always be equal – thus always culminating in a 50%-50% apportionment (postulating one plaintiff and one defendant)? This seems rather too simplistic to be taken as a serious possibility. Or will different forms of *dolus* bear different values on the apportionment scale, for example *dolus directus vis-à-vis dolus eventualis* 70%-30%, for instance (again postulating one plaintiff and one defendant)? That this kind of speculation has no legal foundation at all but at most an equitable one, will be apparent even to a layman."

Scott (177) doen dan aan die hand dat die probleem deur middel van wetgeing opgelos behoort te word.

Na ons mening kan die probleme in verband met opset by die toepassing van artikel 1(1)(a) soos volg hanteer word: As uitgangspunt word aanvaar (soos in *S v Ngubane* 1985 3 SA 677 (A)) dat indien 'n dader opsetlik gehandel het, daar terselfdertyd ook nalatigheid by hom aanwesig is. Hierdie standpunt is logies en regverdig omdat 'n mens in hierdie verband kan betoog dat opsetlike benadeling van 'n ander beslis strydig is met die sorgsaamheid wat die redelike man aan die dag sou gelê het en dat nalatigheid daarom gelyktydig aanwesig is (sien ook Boberg 274–274; Neethling, Potgieter en Visser 123–124). Dit beteken dat selfs al sou die begrip “skuld” in artikel 1(1)(a) net na nalatigheid verwys, opset goedsikks hierby betrek sou kon word. Indien 'n mens nou verder aanvaar dat 'n opsetlike handeling waarskynlik op 'n 100%-afwyking van die norm van die redelike man neerkom, kan artikel 1(1)(a) aan die hand van die (onses insiens) korrekte verdelingskriterium soos uiteengesit in *Jones v Santam Bpk* 1965 2 SA 542 (A) 555 (*contra AA Mutual Insurance Association Ltd v Nomeka* 1976 3 SA 45 (A) 55; sien in die algemeen oor die verdelingskriteria Neethling, Potgieter en Visser 149–151) op al drie vermelde gevalle van toepassing gemaak word. Visser (*Wille's principles of South African law* (1991) 666) bevestig hierdie standpunt soos volg:

“An observation by Neethling, Potgieter and Visser may be the key to a satisfactory explanation of the whole problem. The authors remark that if one accepts (as one must) that a person who acts intentionally automatically also acts negligently, and if one further accepts that an intentional act will almost always be a complete deviation from the norm of the reasonable man, the Act can clearly also be applied to instances where both parties acted intentionally.”

Pas 'n mens nou hierdie beginsels op mededaderskap toe (soos deur artikel 2 gereël), kan verdeling ook tussen opsetlike (of opsetlike en nalatige) mededaders op 'n rasonale grondslag geskied. As uitgangspunt sou aanvaar kan word dat 'n opsetlike mededader 100% van die norm van die redelike man afwyk. Dit sou in die reël meebring dat in die geval van twee opsetlike mededaders die skade 50:50 tussen hulle verdeel sal word. In die geval waar die een mededader opsetlik en die ander nalatig gehandel het, sal die verdeling afhang van die graad waarin die nalatige dader van die norm van die redelike man afgewyk het: indien hierdie afwyking byvoorbeeld 60% was, geskied die verdeling op 'n 100:60-basis. Dit beteken egter nie dat die verdeling in die geval van opsetlike optrede noodwendig altyd op 'n 100:?-verdelingsverhouding sal geskied nie. 'n Faktor wat volgens regter Mahomed by die bepaling van die verdelingsverhouding 'n belangrike rol speel en wat na ons mening volle steun verdien, is die *graad van verwytbaarheid* (“degrees of culpability” (620H–I)) van die opsetlike dader. Daarom, soos die regter tereg uitwys (620I–J; hierbo aangehaal), kan 'n dader wat met *dolus eventualis* handel waarskynlik minder verwytbaar wees as 'n dader wat byvoorbeeld met *dolus directus* opgetree het, of dat selfs mededaders met dieselfde vorm van opset in die lig van die betrokke omstandighede meer of minder verwytbaar kan wees. Hierdie faktor sal gevolglik die uitgangspunt beïnvloed dat elke opsetlike handeling op 'n 100:?-basis verdeel moet word, met die gevolg dat in 'n gegewe geval twee opsetlike daders byvoorbeeld in 'n 70:100- (of 80:90-)verdelingsverhouding te staan kan kom. So gesien, het die beswaar van sommige skrywers dat opset weens die subjektiewe aard daarvan nie vir gradering vatbaar is nie, nie tot gevolg dat subjektiewe verwytbaarheid nie gradeerbaar is nie en in 'n bepaalde geval net so moeilik of maklik beoordeelbaar is as om 'n graad van afwyking van die redelike man-maatstaf te bereken.



Hierdie soepele benadering met betrekking tot opsetlike mededaders sal werklik gevolg gee aan die wetgewer se uitdruklike woorde dat die hof die skade moet verdeel – met inagneming van die daders se onderskeie grade van skuld – op 'n wyse wat die hof billik en regverdig ag; en anders as wat Scott (177) beweer, berus hierdie “equitable” werkswyse nie bloot op spekulasie nie maar word dit aan die hand van bepaalbare faktore soos die redelike man-maatstaf en verwytbaarheid in die betrokke omstandighede beoordeel. Ons doen gevolglik aan die hand – en hiervoor baan regter Mahomed se uitspraak die weg – dat hierdie benadering ook by die toepassing van artikel 1(1)(a) billike en regverdige resultate in die hand sal werk.

J NEETHLING  
JM POTGIETER  
*Universiteit van Suid-Afrika*

## DIE ERKENNING VAN ONGEREGVERDIGDE VERRYKING IN DIE ENGELSE REG

**Lipkin Gorman (a firm) v Karpnale Ltd [1991] 3 WLR 10 (HL)**

### Inleiding

Die gereelde besoeke van 'n Engelse dobbelslaaf, Norman Cass ('n vennoot in die prokureursfirma Lipkin Gorman), aan die Londense Playboy Club, waar hy groot bedrae, gesteel uit die vennootskap se kliënterekening, weggedobbel het, het onlangs aanleiding gegee tot 'n besondere mylpaal in die ontwikkeling van die Engelse reg: die erkenning deur die House of Lords van eerstens, ongeregverdigde verryking as 'n gedingoorsaak, en tweedens, van “vermindering of wegval van verryking” as 'n verweer. Tot dusver was die Engelse reg op die gebied van *restitution* so vasgeval in die historiese moeras van die leerstuk van *implied contract* dat dit nie alleen onseker was of dit as 'n afsonderlike regsgebied met sy eie beginsels getipeer kon word nie, maar ook besonder onaantreklik as 'n regsvergelykende bron vir die Suid-Afrikaanse verrykingsreg was. (Vgl in die algemeen Palmer “The history of restitution in Anglo-American law” in *International encyclopaedia of comparative law* 10: “restitution – unjust enrichment and negotiorum gestio” 3; Simpson *A history of the common law* (1975) 489; De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* (1987) 150.) Met hierdie beslissing, wat Birks (“The English recognition of unjustified enrichment” 1991 *Lloyd's Maritime and Commercial LQ* [LMCLQ] 474) as die “*Donoghue v Stevenson* of restitution” tipeer, word 'n nuwe era egter betree. Die uitsprake van Lord Templeman en Lord Goff (mede-outeur van Goff en Jones *The law of restitution* (1986)) waarmee ook Lords Bridge, Griffiths en Ackner saamstem, kies duidelik vir diegene wat aan ongeregverdigde verryking 'n eie plek in die Engelse reg wil gee. Atiyah (*The rise and fall of freedom of contract* (1979) 764 en *Essays on contract* (1986)

1 ev) se argument dat ongeregverdigde verryking weliswaar 'n belangrike onderliggende idee in talle regsgebiede is maar self geen outonome regsgebied nie (vgl Birks "Restitution and the freedom of contract" 1983 *Current Legal Problems* 142), asook die reaksionêre houding van diegene wat ongeregverdigde verryking as eisoorzaak heeltemal ignoreer, kry hier 'n nekslag. Lord Templeman se goedkeuring van die volgende *dictum* uit *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* [1943] AC 32 61 laat geen twyfel oor die nuwe status van ongeregverdigde verryking nie:

"It is clear that any civilised system of law is bound to provide remedies for cases of what has been called unjust enrichment or unjust benefit, that is to prevent a man from retaining the money or some benefit derived from another which it is against conscience that he should keep."

Ook Lord Goff se beskrywing van die grondslag van aanspreeklikheid in hierdie omstandighede maak dit duidelik dat gevalle van ongeregverdigde verryking voortaan as sodanig behandel sal word en nie meer onder die verwarrende vaandel van *implied contract* sal moet vaar nie:

"[I]n these cases the action for money had and received . . . is founded simply on the fact that, as Lord Mansfield said, the third party cannot in conscience retain the money – or, as we say nowadays, for the third party to retain the money would result in his unjust enrichment at the expense of the owner of the enrichment."

Die *dictum* van Lord Mansfield waarna verwys word, is een uit *Moses v Macferlan* (1760) 2 Burr 1005; 97 ER 676 (KB), waarin die vermaarde regter, duidelik geïnspireer deur die Romeinse reg, reeds meer as 200 jaar gelede erkenning aan verrykingsaanspreeklikheid verleen het (vgl Birks "English and Roman learning in *Moses v Macferlan*" 1984 *Current Legal Problems* 1). In daardie saak het Lord Mansfield ook die eweneens Romeinsregtelik-gewortelde verweer van wegval van verryking aanvaar, maar sy suiwer siening sou tot die *Karpnale*-beslissing om die verdiende erkenning moes wag.

Die saak gaan weliswaar nie so ver as om 'n algemene verrykingsaksie te erken nie; dit gee slegs 'n gesonde juridiese basis aan die bestaande aksies (vgl bv die uitspraak van Lord Goff 27C – F 32F – 33B; Birks 1991 *LMCLQ* 475 507). Dit is egter nie onmoontlik dat die uitkristallisering van die onderliggende verrykingsprinsiep ten aansien van die bestaande aksies in die toekoms as katalisator vir die ontwikkeling van 'n omvattende verrykingsreg, gebaseer op algemene beginsels, kan lei nie.

Die gewysde het verskeie raakpunte met die Suid-Afrikaanse reg en 'n nadere beskouing van enkele aspekte van die saak illustreer hoe die Engelse verrykingsreg 'n nuttige spieël by die ontwikkeling van ons eie reg kan wees.

## Die feite

Cass het in sy hoedanigheid van vennoot magtiging gehad om onttrekkings uit Lipkin Gorman se kliënterekening by Lloyd's Bank te maak. Hierdie magtiging het hy misbruik om sy kompulsiewe dobbellus te bevredig. Hy het die geld normaalweg in die hande gekry deurdat hy die vennootskap se kassier oortuig het om kontantjeks aan hom te oorhandig; dié het hy dan by die bank gewisels, afgesit na die klub waar hy die geld vir dobbelskyfies omgeruil en dit dan op die verskillende speeltafels gewaag het. Cass het in totaal £323,222.14 onttrek. Daarvan het hy £100,313.16 weer in die rekening inbetaal wat 'n onbetaalde balans van £222,908.06 gelaat het. Van al die geld wat die klub oor 'n tydperk

van tien maande van Cass gewen het, was ten minste (so het die partye ooreengekom) £195,695 uit die vennootskapsrekening afkomstig. Toe sake warm begin raak, het Cass landuit gevlug. Hy is egter uitgelewer, skuldig bevind aan diefstal en tot drie jaar gevangenisstraf gevonniss. Vervolgens het die vennootskap gepoog om die geld van die klub te verhaal en uiteindelik het die geval voor die House of Lords beland. Daar is beslis dat die vennootskap die geld, in die mate dat die klub daardeur verryk is, kon terugeis.

### Die eisorsaak

Die tersaaklike aksie in hierdie geval was die sogenaamde “action for money had and received”, wat onder andere ter beskikking is van iemand wie se geld gesteel en aan ’n onskuldige derde oorbetal is. Die slagoffer van die diefstal kan sy geld van die derde terugvorder mits hy die geld in die hande van daardie persoon kan identifiseer en laasgenoemde geen teenwaarde (*consideration*) gegee het nie (vgl Goff en Jones 64 vn 29).

Die vereiste dat die geld in die hande van die derde identifiseerbaar moet wees (of, om die gebruikliker Engelsregtelike terminologie te benut, dat die geld tot in sy hande “gevolg” moet kan word (*tracing*)), se funksie is primêr, soos Birks 1991 *LMCLQ* 477 duidelik aantoon, om die “ten koste van”-vereiste te bevredig. Dit sou ’n fout wees om die proses van *tracing* te sien as een wat daarop gemik is om aan te toon dat die prokureursfirma steeds eienaar van die geld is sodat die aksie eintlik een gegrond op eiendomsreg is (27G). Die *tracing* geskied slegs om die kousale verband tussen die verarming en die verryking aan te dui:

“It is *prima facie* essential if the subtraction sense of ‘at the expense of’ is to be satisfied despite the intervention of the third party, to show that the money received by the defendant was indeed money to which the plaintiff was entitled and not other money of the third party himself or some fourth party.”

Die “ten koste van”-vereiste is altyd in driehoeksverhoudinge potensieel problematies (vgl bv De Vos 349 ev) en hierdie geval is dan ook geen uitsondering nie. Die klub het geargumenteer dat Cass eienaar geword het van die geld wat hy onttrek het en dus dat by implikasie slegs hy, en nie die prokureursfirma nie, die geld tot in die hande van die klub kon volg; of anders gestel, dat die verryking van die klub ten koste van Cass as tussenpersoon was en nie ten koste van die firma nie. Die hof volg vroeëre uitsprake (*Union Bank of Australia Ltd v McClintock* [1922] 1 AC 240 en *Commercial Banking Co of Sydney Ltd v Mann* [1961] AC 1) waarin beslis is dat in omstandighede soos die onderhawige die tussenpersoon inderdaad alleeneienaar van die geld geword het (Lord Goff 28B – E), maar kom tot die gevolgtrekking dat dit nie die aanspraak van die firma Lipkin Gorman kelder nie. Lord Goff motiveer dié standpunt so (28F 28H – 29B):

“It is well established that a legal owner is entitled to trace his property into its product, provided the latter is indeed identifiable as its product. . . . Before Cass drew upon the solicitors’ client account at the bank, there was of course no question of the solicitors having any legal property in any cash lying at the bank. The relationship of the bank with the solicitors was essentially that of debtor and creditor; and since the client was at all material times in credit, the bank was the debtor and the solicitors were its creditors. Such a debt constitutes a chose in action, which is a species of property; and since the debt was enforceable at common law, the chose in action was legal property belonging to the solicitors at common law. There is in my opinion no reason why the solicitors should not be able to trace their property at common law in that chose in action, or in any part of it, into its product, ie cash drawn by Cass from their client account at the bank.”



In Suid-Afrikaanse regsterminologie kan hierdie *dictum* só weergegee word: Die prokureursfirma se eis is gebaseer op die waarde van hul persoonlike reg (*chose in action*) teen die bank, welke waarde aan hulle onttrek is en nou by die klub geïdentifiseer kan word. Die hof het ook beslis dat die klub geen *valuable consideration* gegee het nie. Die beskouing van Lord Parker in die hof *a quo* dat die klub nie alleen dobbelskyfies nie maar ook die kans om te wen (en dus om betaal te word) in ruil vir die geld gegee het, word verwerp. Die skyfies is bloot simbole vir geld en bly die eiendom van die klub, terwyl die klub nie verplig was om Cass te betaal indien hy sou wen nie aangesien die weddenskapooreenkoms op grond van artikel 18 van die Gaming Act 1845 nietig is.

Uit 'n regsvergelykende oogpunt is die vraag nou: hoe sou 'n Suid-Afrikaanse hof die saak beslis het? Na alle waarskynlikheid presies soos sy Engelse eweknie. Die *condictio sine causa (specialis)* skyn naamlik beskikbaar te wees teen die *bona fide* hanteerder van geld wat daardie geld sonder 'n *negotium* tussen hom en die eiser *ex causa lucrativa* verkry het. (Vgl *Govender v Standard Bank of South Africa Ltd* 1984 4 SA 392 (K); *Trahair v Webb* 1924 WLD 227; Lotz "Enrichment" 9 *LAWSA* par 76.) Die feit dat die House of Lords ook die eis in hierdie omstandighede toelaat, behoort dan ook nog verdere oordeelende gesag te wees vir die korrektheid van die huidige posisie in ons reg. (Terloops kan ook net opgemerk word dat alhoewel *consideration* geen rol mbt die geldigheid van kontrakte in ons reg speel nie, dit (of ten minste 'n ekwivalente begrip, nl dat iets *ex causa onerosa* ontvang is) die grondslag vir die behoud van verryking deur 'n onskuldige ontvanger kan wees en bv die *condictio sine causa* kan uitskakel. Die gedagte onderliggend hieraan is dat alhoewel daar natuurlik steeds verryking kan wees selfs al is teenwaarde gegee, sodanige verryking dan nie as ongeregverdig aan te merk is nie.) In Suid-Afrika is weddenskapooreenkoms te wat op dobbelary neerkom nie alleen nietig nie, maar ook verbode; moontlik sou die *condictio ob turpem vel iniustam causam* ook in hierdie geval aanwending kan geniet. Alhoewel 'n mens hierdie *condictio* normaalweg in 'n tweepersoonsverhouding teëkom, is daar myns insiens geen rede waarom dit nie ook in hierdie omstandighede, waar 'n derde die geld ingevolge die ongedige ooreenkoms oorgedra het, beskikbaar behoort te wees nie. Die *condictio indebiti* is byvoorbeeld soms beskikbaar vir 'n persoon wat nie daadwerklik die oordrag gedoen het nie (vgl Lotz par 67) en dieselfde behoort hier te geld.

### Die verweer van verlies/wegval van die verryking

In dieselfde saak waarin Lord Mansfield in 1760 gepoog het om die beginsel van ongeregverdigde verryking in die Engelse reg in te voer (*Moses v Macferlan supra*), het hy ook die grondslag gelê vir die verweer van verlies van verryking (of soos dit effens breër in die Engelse reg formuleer word, *change of position*). Hierdie verweer, en trouens ook die beginsel van ongeregverdigde verryking self, het hy aan die Romeinse reg ontleen (vgl Birks 1984 *Current Legal Problems* 1). Lord Mansfield verklaar byvoorbeeld (680):

"[T]he plaintiff, ex aequo et bono, ought to recover no more [than that which was 'retained by him against conscience']; agreeable to the rule of the Roman law – 'Quod condictio indebiti non datur ultra, quam locupletior factus est, qui accepit'."

Of Lord Mansfield die beginsel *in casu* korrek aangewend het, laat ek daar. Feit is dat hy in hierdie saak die deur vir die erkenning van hierdie verweer op 'n skrefie oopgemaak het. Die deur is egter telkens weer toegestamp (vgl bv

*Standish v Ross* (1849) 3 Ex 527; *Durrant v The Ecclesiastical Commissioners* (1860) 6 QB 234; *Bayliss v The Bishop of London* [1913] 1 Ch 127; *Re Jones Ltd v Waring and Gillow Ltd* [1926] AC 670; *In re Diplock* [1948] Ch 465). Eers in die onderhawige saak – nadat die beginsel slegs 'n uiters beperkte aanwending geniet het – is die deur heeltemal oopgemaak. Alhoewel die hof nie die verweer op die feite toegelaat het nie verleen die hoogste Engelse hof nogtans eenstemmige erkenning daaraan.

Lord Goff (34B – F) wys daarop dat die grondslag van die verweer geleë is in die noodsaak om 'n billike afweging van belange tussen die partye te bewerkstellig, en toon aan dat dit reeds in talle ander Anglofoniese jurisdiksies soos die Verenigde State, Nieu-Zeeland en dele van Australië erken is. Hy kwalifiseer egter die erkenning van die verweer op die volgende wyse:

“I am most anxious that, in recognising this defence to actions of restitution, nothing should be said at this stage to inhibit the development of the defence on a case by case basis in the usual way. It is, of course, plain that the defence is not open to one who has changed his position in bad faith, as where the defendant has paid away the money with knowledge of the facts entitling the plaintiff to restitution; and it is commonly accepted that the defence should not be open to a wrongdoer. These are matters which can, in due course, be considered in depth in cases where they arise for consideration. . . . At present I do not wish to state the principle any less broadly than this: that the defence is available to a person whose position has so changed that it would be inequitable in all the circumstances to require him to make restitution, or alternatively to make restitution in full. I wish to stress however that the mere fact that the defendant has spent the money, in whole or in part, does not of itself render it inequitable that he should be called upon to repay, because the expenditure might in any event have been incurred by him in the ordinary course of things. I fear that the mistaken assumption that mere expenditure of money may be regarded as amounting to a change of position for present purposes has led in the past to opposition by some to recognition of a defence which in fact is likely to be available only on comparatively rare occasions.”

Uit 'n regsvergelykende perspektief lê die belang van die erkenning van hierdie verweer veral in die wyse waarop dit gedoen is. Uit die pas aangehaalde *dictum* is dit duidelik dat die verweer hoegenaamd nie as 'n absolute verweer bedoel is nie. Die hof beskou dit as 'n verdere hulpmiddel in die strewe om billikheid tussen partye te bewerkstellig. Dié houding is natuurlik in ooreenstemming met die wese van 'n regsmiddel wat *ex aequo et bono* verleen word en neem 'n realistiese middeleg tussen die algehele afwysing van die verweer en 'n te liberale opvatting daarvan. Die geskiedenis van hierdie verweer in die Duitse reg toon naamlik dat waar die verweer nie voldoende aan bande gelê word nie, die situasie net so onbevredigend kan wees as wanneer dit glad nie toegelaat word nie. In die Duitse reg is die beskikbaarheid van die verweer van “verlies van verryking” baie lank as die hoeksteen van hierdie reggebied beskou. Veral in die negentiende-eeuse Pandektistiek is daar baie prominensie verleen aan die gedagte dat 'n verrykingskuldenaar nooit enigiets uit sy eie sak behoort te betaal nie (vgl by Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1906) par 424,1) en met kodifikasie is dit in ongenueanseerde vorm in paragraaf 818 III *BGB* opgeneem:

“Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht bereichert ist.”

Mettertyd het die besef egter posegevat dat dié verweer gans te wyd geformuleer is en die skaal te swaar in die guns van die verrykingskuldenaar laai en dat 'n meer gebalanseerde benadering tot die risikoverdeling by verrykingsaangeleenthede nodig is. (Vgl Reuter/Martinek *Ungerechtfertigte Bereicherung* (1983) 576

ev; Zimmermann *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition* (1990) 895 ev; Flume "Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen Recht zum geltenden Recht" in *Festschrift für Hans Niedermeyer* (1953) 103 ev; Dawson "Erasable enrichment in German law" 1981 *Boston Univ LR* 271 ev; Lorenz "Inhalt und Umfang der Herausgabepflicht bei der Leistungskondiktion in rechtsvergleichender Sicht" in *Ungerechtfertigte Bereicherung: Grundlagen, Tendenzen, Perspektiven* (1984) 128 ev; die *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Lieb) par 818 Abs 3 Rd Nr 47 ev.)

Die Suid-Afrikaanse reg verleen geruime tyd reeds uitdruklik erkenning aan dié verweer (*African Diamond Exporters (Pty) Ltd v Barclays Bank International Ltd* 1978 3 SA 699 (A)), maar die grense daarvan is nog lank nie vasgelê nie. Weliswaar bestaan daar sekere beperkings ten aansien van hierdie verweer maar die huidige reëlings is nog heeltemal te ongesofistikeerd om die moeilike probleme wat in hierdie verband ontstaan, te hanteer. Lotz som die bestaande beperkings so op (par 64):

- (i) From the moment that the defendant becomes aware that he has been enriched sine causa at the expense of another, his liability is reduced or extinguished only if he is able to prove that the diminution or loss of his enrichment was not due to his fault.
- (ii) If the defendant should have allowed for the possibility that the benefit he received might later prove to constitute an unjustified enrichment, his liability is once again reduced or extinguished only if he can prove that the diminution or loss of his enrichment was not due to his fault.
- (iii) From the moment the defendant is in mora the rule mora debitoris perpetuat obligationem applies. From that moment his liability is reduced or extinguished only if he is able to prove that the event which diminished or extinguished his enrichment would also have operated against the plaintiff if performance had been made timeously."

Die Suid-Afrikaanse reg durf egter nie hier bly staan nie. Die vereiste dat die ontvanger *bona fide* en nie-nalatig moet wees ten einde wegval van verryking as 'n verweer te opper, is te simplisties om as enigste toetssteen te dien. Die gedagte onderliggend aan die beginsel dat 'n *bona fide* en nie-nalatige verrykingskuldenaar nie sy hand in eie sak behoort te steek ten einde die verrykingskrediteur te vergoed nie, gaan naamlik, soos in die Duitse reg, mank daaraan dat dit die belange van die verrykingskrediteur uit die oog verloor. Dit is nodig dat besef word dat (om saam met Dawson 306 te praat)

"the indulgence given to 'innocent' receivers of gain can only be secured by denying any remedy for the corresponding loss of those deprived".

Met hierdie insig as vertrekpunt kan dan 'n reeks beleidsfaktore ontwikkel word, waarvolgens die belange van beide partye gebalanseer kan word. Natuurlik sal *bona fides* en nie-nalatigheid altyd 'n rol speel maar daarby sal basiese faktore soos hoe die verryking bekom is en hoekom en hoe dit verloor is, in ag geneem moet word. Om maar een voorbeeld te noem: wanneer 'n handelaar 'n kliënt te veel laat betaal, sou ek wou argumenteer dat, ten spyte van die feit dat hy te goeie trou en sonder nalatigheid gehandel het, die verweer normaalweg nie in hierdie omstandighede toegelaat behoort te word nie. Dit druis tog teen 'n mens se regsgevoel in dat so 'n handelaar in effek toegelaat word om aan sy kliënt te sê: "Ek het jou wel te veel gevra [as gevolg van, sê maar, 'n rekenaarfout], maar, jammer ou kêrel, ek het al die ekstra geld op die perde verloor." Indien iemand egter 'n bedrag ongevraagd ontvang en dit as gevolg van oormag verloor het, is die posisie duidelik anders.



Dus: alhoewel sowel die Engelse as die Suid-Afrikaanse reg die verweer van verlies van verryking ken, moet beide regstelsels nog heelwat op hierdie terrein ontwikkel. Ons howe kan alleen met vrug kennis neem van die verdere verloop van die Engelse regspraak met betrekking tot hierdie verweer.

DP VISSER

*Universiteit van Kaapstad*

**A RECONCILIATION OF THE DIFFERENT APPROACHES  
TO CONTRACTUAL LIABILITY  
IN THE ABSENCE OF ACTUAL *CONSENSUS***

**Sonap Petroleum (formerly known as Sonarep) (SA) (Pty) Ltd  
v Pappadogianis 1992 3 SA 234 (A)**

### Introduction

Two distinct approaches to contractual liability, the one subjective and the other objective, can be distinguished in our case law. The subjective approach requires actual *consensus*, but tempers it with the direct application of the reliance theory (*Spes Bona Bank Ltd v Portals Water Treatment South Africa (Pty) Ltd* 1983 1 SA 978 (A); *Saambou-Nasionale Bouvereniging v Friedman* 1979 3 SA 978 (A); cf Reinecke and Van der Merwe "Dwaling by kontraksluiting" 1984 *TSAR* 291; Hutchison and Van Heerden "Mistake in contract; a comedy of (justus) errors" 1987 *SALJ* 523). The party whose expressed intention differs from his actual intention is held bound to his expressed intention by the direct application of the reliance theory if he created a reasonable belief of *consensus* in the mind of the other party on which the latter then relied. On the other hand, the objective approach requires that the external manifestations of the parties' intentions correspond, but qualifies this with the doctrine of *iustus error* (*George v Fairmead (Pty) Ltd* 1958 2 SA 465 (A); *National and Overseas Distributors Co (Pty) Ltd v Potato Board* 1958 2 SA 473 (A); *Du Toit v Atkinson's Motors Bpk* 1985 2 SA 893 (A); cf Reinecke and Van der Merwe 1984 *TSAR* 291 – 292; Hutchison and Van Heerden 1987 *SALJ* 523). The doctrine of *iustus error* allows a party to escape liability on an ostensible contract if he can prove that he was labouring under a mistake which was both operative and reasonable when entering into the intended contract. The difference between these two approaches and the ways in which they may be reconciled, have been the subject of lively academic debate (Kritzinger "Approach to contract: a reconciliation" 1983 *SALJ* 47; Van Rensburg "Die grondslag van kontraktuele gebondenheid" 1986 *THRHR* 448; Reinecke "Regstreekse of onregstreekse toepassing van die vertrouensleë" 1989 *TSAR* 509). The importance of the case under discussion lies therein that the Appellate Division has for the first time attempted to reconcile the direct application of the reliance theory and the *iustus error* approach.

## Relevant facts

The appellant (the plaintiff in the court *a quo*) had entered into a notarial contract of lease with the respondent on 18 February 1975 for a period of twenty years commencing on a date to be determined in terms of a certificate that the appellant was to issue at a later stage. The lease was registered on 25 May 1975. The appellant, however, failed to issue the certificate. This fact came to the notice of the appellant during 1986. The factual inception date was 1 December 1974. However, the appellant's attorney for an unknown reason prepared a notarial addendum to the lease instead of merely having the required certificate issued. The addendum was notarially executed and registered at the beginning of 1987. As a result of an unexplained mistake by the attorney the term of the lease was reduced in the addendum to fifteen years and this mistake was not noticed by the appellant until approximately September 1987.

Litigation ensued in the Witwatersrand Local Division in which the appellant claimed rectification of the period of fifteen years in the addendum to twenty years and alternatively, an order declaring the addendum void owing to mistake. The court *a quo* found for the respondent on both counts. The appellant appealed against this decision. The Appellate Division found in a unanimous judgment delivered by Harms AJA that there was no common intention which could form the basis for an amendment of the addendum and that the addendum consequently could not be rectified (the court unfortunately stated this incorrectly as follows: "rectification cannot follow because there was no common intention not to amend" (238F)). The appeal on the claim for rectification therefore failed. The appeal succeeded, however, on the claim based on mistake. The difference in the decisions of the two divisions may be explained by different findings on the facts (237J – 238D 241F – 242B). Harms AJA deduced from the evidence that the respondent most probably knew that the appellant was acting under a mistake with regard to the reduction of the period of lease in the addendum to fifteen years.

## Decision

Harms AJA began his discussion of mistake by categorising the appellant's mistake as unilateral (238G – H). The appellant mistakenly believed that its declared intention conformed to its actual intention, while the respondent's declared intention did in fact correspond to his actual intention.

The court went on to state that our law as a general rule concerns itself with the external manifestations of the intention of the parties and not with their actual intentions (238I). Where dissensus is alleged, recourse must be had to the reliance theory (238J – 239A). In placing the *iustus error* approach in perspective Harms AJA referred to *George v Fairmead (Pty) Ltd supra* and *National and Overseas Distributors Co (Pty) Ltd v Potato Board supra* and suggested that the Appellate Division merely adapted the well-known Blackburn *dictum* in these two decisions to the facts of the respective cases. Blackburn J stated in *Smith v Hughes* 1871 LR 6 (QB) 597 607:

"If whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms."

Harms AJA then set out the test himself:

“[D]id the party whose actual intention did not conform to the common intention expressed, lead the other party, as a reasonable man to believe that his declared intention represented his actual intention?” (239I)

This question entails a three-fold enquiry:

- (a) Was there a misrepresentation as to one party's intention?
- (b) Who made that misrepresentation?
- (c) Was the other party actually misled and, if he was, would a reasonable man also have been misled? (239J – 240B). If the other party realised or should have realised as a reasonable man that the offer contained a real possibility of a mistake there rested a duty on him to speak and enquire whether the expressed offer corresponds with the intention of the other party (241A). Only thereafter could he accept the offer (*ibid*). The snapping up of a bargain without discharging this duty would not be *bona fide* (241D).

The court, for three reasons, found that fault is not a requirement in this enquiry: first, there is little or no authority for such a requirement; secondly, it has induced much academic criticism; and finally, it is unnecessary (240C – I). The estoppel approach was rejected as a possible solution as it merely confuses the matter (240D).

In conclusion, the court applied the above test and found that the appellant had represented to the respondent that its intention was to reduce the period of the lease (240J), but that the respondent was probably not in the circumstances misled by this representation and was therefore aware of the real possibility of the appellant's mistake (241F – 242B). There was therefore no actual or imputed *consensus* (242B).

### Commentary

(a) This decision is welcomed in general because the direct application of the reliance theory is approved (238J – 239A). This approach is a theoretically sound and practical one (Reinecke 1989 *TSAR* 513 – 514). The manner in which the court discussed the principles relating to contractual liability, however, leaves many questions unanswered. The court furthermore glossed over the contradictory approaches (Reinecke 1989 *TSAR* 510 – 513) in the positive law by not discussing them but merely accepting that they are all interpretations and applications of the Blackburn *dictum*.

(b) In stating that the law as a general rule concerns itself with the external manifestations and not the working of the minds of the contracting parties, Harms AJA referred to *South African Railways and Harbours v National Bank of South Africa Ltd* 1924 AD 704 715 – 716 as authority (238I). This is a reference to the controversial *dictum* of Wessels AJ:

“The law does not concern itself with the working of the minds of the parties to a contract, but with the external manifestations of their minds. Even therefore if from a philosophical standpoint the minds of the parties do not meet, if by their acts their minds seem to have met, the law will, where fraud is not alleged, look to their acts and assume that their minds did meet and that they contracted in what the parties purport to accept as a record of their agreement.”

Harms AJA's reliance on the Wessels *dictum* should not be understood as a rejection of the intention theory as the principal basis of contractual liability.



After all, he would have recourse to the reliance theory where one of the parties alleges *dissensus* (238J – 239A), that is, that their minds have not met. A party who wants to prove the existence of a contract has in principle only to prove that the expressed wills of the parties have met (Van Rensburg 1986 *THRHR* 449; Christie *The law of contract in South Africa* (1991) 22 – 23). The underlying presumption is therefore that the actual intention of the parties corresponds with the external manifestations thereof. In his statement of the law Harms AJA unfortunately does not spell this out and does not even refer to the fact that the majority of decisions in fact expound the intention theory (*Saambou-Nasionale Bouvereniging v Friedman supra* 993).

(c) Harms AJA tentatively suggested that the *iustus error* approach is merely an adaption of the Blackburn *dictum* to the specific facts in question (239G – H; see in similar vein Kritzinger 1983 *SALJ* 69 *et seq*; Hutchison and Van Heerden 1987 *SALJ* 525). This suggestion was not afforded the discussion it merits and is thus open to criticism. First, the judge did not take into account the possible differences between the subjective and objective approaches (Reinecke 1989 *TSAR* 509 *et seq*). Secondly, his reconciliation leads to legal uncertainty, because the back door is left open for the application of the *iustus error* approach should the facts of a case warrant this.

(d) Harms AJA expressly rejected the fault principle (240C – I; cf also Hutchison and Van Heerden 1987 *SALJ* 528; Christie 26; Lubbe and Murray *Farlam and Hathaway: Contract – Cases, materials and commentary* (1988) 165; Sharrock “Fault and justus error” 1985 *SALJ* 1 *et seq*). He referred to the well-known *dictum* of Fagan CJ in *George v Fairmead (Pty) Ltd supra* 471 (240E), the relevant portion of which reads as follows:

“Has the first party – the one who is trying to resile – been to *blame* in the sense that by his conduct he has led the other party, as a reasonable man, to believe that he was binding himself?” (our emphasis).

Harms AJA was of the opinion that “blame” does not refer to negligence (240E) and he left the reference to “blame” out of his formulation of the test for liability. He did not see the requirement of reasonable reliance as a test for negligence.

The question may be asked whether fault should be rejected entirely. We suggest that the reason for holding a party to an entirely incorrectly expressed intention can only be found in “blame” (incorporating fault and risk). As De Wet and Van Wyk 14 aptly put it:

“Slegs as die redelike vertroue van die een deur verwytbare gedrag teweeggebring is, kan daar rede bestaan om die redelike vertroue te handhaaf.”

In other words, there must be some form of reproachable conduct such as fault or the creation of risk (Meijers *De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen in Verzamelde privaatrechtelijke opstellen* deel 3 (1955) 84 – 85; Hoffmann “The basis of the effect of mistake on contractual obligations” 1935 *SALJ* 436). The blameworthiness of the party misled should also be taken into account to determine whether a contract comes into existence. The relative blameworthiness of the parties must therefore always be weighed up. In this regard it should be noted that equal forms of blame will negate each other and prevent a contract from coming into being, and furthermore, that there can be no apportionment of blame (Beck “Mistake and fault” 1985 *SALJ* 8 – 9). A “stronger” form of blameworthiness will override a “weaker” form (intention being stronger than negligence and risk, negligence being stronger than risk and risk being stronger than innocence: Neethling, Potgieter and

Visser *Law of delict* (1990) 134). If the party whose actual intention differs from his expressed intention is to be held bound, his form of blameworthiness must always be the "stronger".

In the vast majority of cases the test of Harms AJA would give an equitable solution in the light of the foregoing. There are, however, at least three instances where his test will fail to provide an equitable solution if the blameworthiness of the parties is not taken into account:

(a) The first instance is where the party who creates the reliance did so by means of an intentional misrepresentation and the other party was actually misled thereby, but a reasonable man would not have been misled. If the test formulated by Harms AJA is used, no contract will come into being simply because the reliance on the misrepresentation is not reasonable. This result is, however, untenable in the light of the generally accepted principle that a person making a fraudulent misrepresentation cannot escape delictual liability on the ground of the misled party's unreasonable belief (*Otto v Heymans* 1971 4 SA 148 (T) 157–160; Hunt "The man with the X-ray eyes" 1962 *SALJ* 120; Lubbe and Murray 338; Kerr *The principles of the law of contract* (1989) 194). He must, after all, take his victim as he finds him. The reason why the fraud of the misrepresenter negates the unreasonable reliance of the other party is to be found in the rule that intention cancels negligence. The test of reasonableness of the reliance should therefore be seen as a test for negligence. A "duty to speak" normally forms part of the test for unlawfulness where misrepresentation is involved (Neethling, Potgieter and Visser 252–253), but this cannot be the meaning of the term as it is used by Harms AJA, as the party whose reliance is protected makes no misrepresentation.

(b) The second instance is where a third party, not acting as an agent or in collusion with any one of the parties to the contract, is entrusted with the communication of the expressed intention of the one party to the other party and the third party changes this expressed intention. This occurs, for example, in the case of the garbled telegram (Kahn "Some mysteries of offer and acceptance" 1955 *SALJ* 263–266; Francis "Two aspects of contracting by telegram" 1976 *SALJ* 284–294). It seems that Harms AJA never meant his test to be applied in this instance (see the third question *supra*). Nevertheless, if one does apply his test, the party whose declared intention is at variance with his actual intention would never be bound by the contract even if the reliance by the other party is reasonable (for a similar conclusion see *Stewart v Zagreb Properties (Pty) Ltd* 1971 2 SA 346 (RA); Kerr 30–31), because the first party has made no misrepresentation as regards his actual intention. This would only be an equitable solution where both parties to the contract have acted innocently or created no risk of a mistake occurring. Some jurists have sought the solution in risk (Kahn 1955 *SALJ* 246 263–266; Francis 1976 *SALJ* 278 284–294; Kahn "Mistakes in a telegram" 1971 *SALJ* 419 *et seq*). They are of the opinion that if the party whose expressed intention is incorrectly communicated, chose the mode of communication, he should bear the risk inherent in its use (Kahn 1955 *SALJ* 265–266; Francis 1976 *SALJ* 286). In other words, there is a valid contract as he is held bound to his incorrectly expressed intention. If the other party, however, chose the mode of communication he carries the risk and the party whose expressed intention is incorrectly communicated, is not held bound to his incorrectly expressed intention (Kahn 1955 *SALJ* 266; Francis 1976 *SALJ* 286). They add two provisos. The one is that the party who is not at risk

must take all reasonable steps to insure that his message will be correctly transmitted (Kahn 1955 *SALJ* 266; Francis 1976 *SALJ* 287 – 288). The second is that the receiver does not know and a reasonable man in his position will not know that the message received does not correspond to the other party's actual intention (Kahn 1955 *SALJ* 266; Francis 1976 *SALJ* 287). This illustrates that the weighing up of the respective blame of the parties is relevant.

(c) The third instance is where a misrepresentation by a third party not acting as an agent or in collusion with any one of the parties to the contract causes the mistake (see the facts of *Musgrove & Watson (Rhodesia) Ltd v Rotta* 1978 4 SA 656 (RAD); *Standard Credit Corporation Ltd v Naicker* 1987 2 SA 49 (N)). In *Musgrove & Watson (Rhodesia) Ltd v Rotta supra* the Rhodesian Appellate Division held that no contract comes into existence. In *Standard Credit Corporation Ltd v Naicker supra*, however, the court held that the mistake was negligent and therefore not reasonable where one of the parties signed a contract without reading it after a third party misrepresented the nature of the contract to him. If one applies the test of Harms AJA to this situation, then the party whose expressed intention differs from his actual intention would always be held bound to his expressed intention. This seems to be inequitable.

The argument that the third party's intervention affects only the party whose declaration differs from his actual intention (*Standard Credit Corporation Ltd v Naicker supra* 50 – 51; Lewis "Caveat subscriptor and the doctrine of justus error" 1987 *SALJ* 375) is not correct. The third party's act causes both parties to act under a mistake and there are therefore two innocent parties involved (*Musgrove & Watson (Rhodesia) Ltd v Rotta supra* 657). The possible prejudice from the third party's intervention should therefore rest where it falls – on both parties. Therefore, the third party's intervention cannot be disregarded in determining the blameworthiness of the party whose expressed intention differs from his actual intention.

As the application of the direct reliance theory, in the guise formulated by Harms AJA, does not satisfy in all instances, we suggest that the element of blame in the form of fault or risk should be included in the test.

TB FLOYD  
C-J PRETORIUS  
*University of South Africa*

**VERSKUIWINGS EN WETGEWENDE BEVOEGDHEDE  
VAN SELFREGERENDE GEBIEDE**

**Shozi v Minister of Justice, KwaZulu  
1992 2 SA 338 (N)**

**1 Feite**

Applikant (M) het by wyse van mosie 'n aansoek om die tersydestelling van 'n verskuiwingsbevel (*banishment order*) uitgereik kragtens artikel 5(1)(b) van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 (hierna die 1927-wet) gelees met artikel 5(1) en item 21A van die Grondwet van die Selfregerende Gebiede 21



van 1971 (hierna die 1971-wet). Die bevel het tot inhoud gehad dat M deur die Minister van Justisie KwaZulu (K) beveel is om uit sy huidige woonplek te verskuif na die Makhasa-stamowerheidsgebied wat M ook nie mag verlaat nie (340C – D). Die aansoek word van die hand gewys (340E – F).

## 2 Redes vir bevinding

M het vier gronde vir sy aansoek aangevoer:

### 2.1 Geldigheid van artikel 5(1)(b) van die 1927-wet in KwaZulu

Artikel 5(1)(b) van die 1927-wet het soos volg bepaal:

“Die Staatspresident kan –

(b) wanneer hy dit in die algemene publieke belang dienstig ag sonder voorafgaande kennisgewing aan ’n betrokke persoon, beveel dat, met inagneming van sodanige voorwaardes as wat hy mag vasstel na oorleg deur die Minister met die betrokke Swart Regering, ’n stam, gedeelte van ’n stam, Swart gemeenskap of Swarte van enige plek na enige ander plek of na enige distrik of provinsie binne die Republiek moet trek, en nie te eniger tyd daarna of gedurende ’n in die bevel bepaalde tydperk mag terugkeer na die plek waarvandaan die trek moet plaasvind of behalwe met skriftelike toestemming van die Sekretaris van Plurale Betrekkinge en Ontwikkeling na enige ander plek, distrik of provinsie mag gaan as die plek, distrik of provinsie in die bevel vermeld nie . . . Met dien verstande voorts dat so ’n bevel ten opsigte van ’n gedeelte van ’n stam, Swart gemeenskap of ’n Swarte wat na verstryking van ’n tydperk van 12 maande vanaf die datum van bestelling daarvan nog van krag is, binne 14 dae na verstryking van so ’n tydperk in beide huise van die Parlement ter Tafel gelê word indien die Parlement dan ’n gewone sitting hou, of indien hy dan nie ’n gewone sitting hou nie, binne 14 dae na die aanvang van sy eersvolgende gewone sitting, en indien beide Huise van die Parlement gedurende die sitting waarin so ’n bevel aldus ter Tafel gelê is besluite aanneem wat dit afkeur hou dit op om van krag te wees op die datum waarop die laaste van bedoelde besluite aangeneem is.”

Artikel 5(1)(b) is herroep deur artikel 1 van die Wet op die Afskaffing van Instromingsbeheer 68 van 1986 (hierna 1986-Afskaffingswet). Dit was gemene saak dat die verskuiwingsbevel geldig sou wees indien artikel 5(1)(b) na 1986 in KwaZulu bly voortbestaan het (340I – 341A).

Die hof bespreek die twee fases van wetgewende outonomie kragtens die 1971-wet (341A – 345F). Die KwaZulu wetgewende vergadering is op 30 Maart 1972 ingestel (Prok R70 SK 3436 van 1972-03-30). Tydens die eerste fase is daar slegs sprake van beperkte wetgewende bevoegdheide; die Suid-Afrikaanse parlement behou al sy bevoegdheide (a 3(3) gelees met a 18: 341B – G). Selfregerende status is op 1 Februarie 1977 toegeken (Prok R11 SK 5387 van 1977-01-28). Ingevolge artikel 30(1) word ’n wye wetgewende bevoegdheid ten aansien van alle items in bylae 1 van die 1971-wet verleen. Artikel 30(3) bepaal dat die Suid-Afrikaanse parlement sy bevoegdheide ten aansien van al sodanige items verloor. Die implikasie is dat geen wysigings deur Suid-Afrika aangebring op so ’n selfregerende gebied van toepassing is nie, en dat die ou Suid-Afrikaanse maatreëls (soos tot op datum van verkryging van selfregerende status) bly voortbestaan totdat dit deur die betrokke wetgewende vergadering gewysig, herroep of herbepaal word. Gevolglik bevind die hof dat die 1986-Afskaffingswet geen regseffek in KwaZulu het nie, en dat artikel 5(1)(b) dus in KwaZulu bly voortbestaan het (342B – C).

M het voorts betoog dat item 21A die artikel 5(1)(b)-verskuiwingsbevoegdheid opgehef het. Item 21A is in 1974 by wyse van artikel 10 van die Tweede

Wysigingswet op Swart Wetgewing 71 van 1974 (hierna 1974-wet) in die 1971-wet ingevoeg:

“Behoudens die bepalings van artikel 10(2) van die Tweede Wysigingswet op Bantoe-wetgewing, 1974, en vir die doeleindes van die handhawing van die openbare veiligheid, openbare vrede, orde of goeie landsbestuur, die verbod van ’n organisasie waarvan Bantoes lede is, . . . die beperking van die aanwesigheid van ’n Bantoe tot ’n bepaalde plek of gebied; en die verbod van die publikasie of verspreiding van die inhoud van ’n toespraak, uittaling, geskrif of verklaring van ’n Bantoe.”

Artikel 10(2) van die 1974-wet lê egter ’n beperking op die artikel 30(3)-bevoegdheid van selfregerende gebiede om wetgewing ten aansien van item 21A te maak:

“Ondanks andersluidende bepalings van die een of ander wet magtig die bepalings van item 21A van Bylae 1 by die Grondwet van die Selfregerende Gebiede, 1971, nie ’n wetgewende vergadering om ’n Wet van die Parlement te wysig of te herroep en doen dit nie afbreuk aan die wetgewende bevoegdheid van die Parlement of die bevoegdheid of pligte van ’n gesag of iemand in die Republiek ingevolge ’n Wet van die Parlement nie, en kan ’n bevoegdheid wat aan ’n ander gesag of persoon verleen word by ’n wet wat gemaak word uit hoofde van genoemde item, of ’n ander wet wat betrekking het op ’n aangeleentheid daarin genoem, slegs met die voorafverkreë goedkeuring van die Minister van Plurale Betrekkinge en Ontwikkeling uitgeoefen word.”

M het van die standpunt uitgegaan dat artikel 10(2) van die 1974-wet selfregerende gebiede die bevoegdheid ontnem het om RSA-wetgewing oor item 21A-aangeleenthede te wysig of te herroep, en dat die parlement oor eksklusiewe wetgewende bevoegdhede in daardie verband beskik (343C – D). Die hof aanvaar dat so ’n interpretasie strydig sou wees met artikels 30(1)(b) en 30(3) van die 1971-wet en vervolg dat “I do not agree that [this] interpretation is the only possible interpretation of the subsection whose language is not a model of clarity” (343E). Regter Magid maak gebruik van die lang titel van die 1974-wet (“ten einde die wetgewende bevoegdheid van ’n wetgewende vergadering verder te reël en uit te brei . . .”) om ’n ander konstruksie op artikel 10(2) van die 1974-wet te plaas; sodoende poog hy om gevolg te gee aan die “uitbreiding” van bevoegdhede. Na sy mening sou ’n ander benadering tot ’n praktiese en juridiese onmoontlikheid lei (343I – J). Daarom bevind hy dat

“I would prefer to assume that parliament was guilty of the venial offence of tautology rather than the less forgivable one of pretending to extend while actually withdrawing powers” (344B; sien ook 344A).

Gevolglik beslis die regter dat die inkorporasie van item 21A nie ’n losstaande magtigende bepaling (om parlementêre wetgewing te wysig of te herroep) is nie; intendeel, die onderwerpe vermeld in item 21A “became the role preserve of the KwaZulu Legislative Assembly both as to amendment and to repeal . . .” (345B). Hy meen steun te vind in die feit dat die waarnemende staatspresident ’n gewysigde artikel 5(1)(b) van die 1927-wet (soos deur die KwaZulu wetgewende vergadering aanvaar) in 1988 in werking gestel het (345C – F). (Dit is die KwaZulu Wysigingswet op Swart Administrasie 26 van 1988 (KwaZulu GK 294 van 1989-06-02 AK 62 van 1989-06-02 wat – sonder vermelding van die tersaaklike item – a 5(1)(b) herbepaal en op KwaZulu-burgers van toepassing gemaak het.) Dié 1988-KwaZulu wet is met terugwerkende krag tot 27 Maart 1987 afgekondig (345D). Op dié datum het die gewysigde item 21A in werking getree (GK R620 SK 10672 van 1987-03-27). Die gewysigde item 21A (Prok R20 SK 10601 van 1987-02-06) lui soos volg:

“Vir die doeleindes van die handhawing van die openbare veiligheid, openbare vrede, orde of goeie landsbestuur, die verbod van ’n organisasie en lidmaatskap van so ’n

organisasie; die verbod van bevordering, op enige wyse, van die oogmerke van so 'n organisasie; die beperking van die aanwesigheid van 'n persoon tot 'n bepaalde plek of gebied; die verbod van die publikasie of verspreiding van die inhoud van 'n toespraak, uitlating, geskrif of verklaring en die verskuiwing van 'n stam, 'n gedeelte van 'n stam, 'n gemeenskap of 'n persoon van enige plek binne die gebied van 'n wetgewende vergadering, na enige ander plek binne daardie gebied."

## 2 2 *Nietig weens vaagheid*

M het voorts betoog dat vanweë sy ongeletterdheid hy nie die plek waarheen hy verskuif is met sekerheid uit die verskuiwingsbevel kon vasstel nie; die hof verwerp die betoog (345G – 346B).

## 2 3 *Nalate om die verskuiwingsbevel aan die KwaZulu-kabinet voor te lê*

Die hof gaan van die standpunt uit dat sodanige nalate nie tot ongeldigheid kan lei nie (346C – D).

## 2 4 *Noodsaak vir verskuiwing*

Ten aansien van die betoog dat geen redelike minister wat behoorlik aandag aan die verskuiwing gegee het so 'n bevel sou uitreik nie, bevind die hof op grond van K se beantwoordende beëdigde verklaring dat K wel getuie is daaromtrent oorweeg het (346D – F).

## 3 **Bespreking**

Item 21A is op 6 Februarie 1987 herbepaal (Prok R20) en op 27 Maart 1987 by wyse van GK R620 op KwaZulu van toepassing gemaak. Die vraag ontstaan of selfregerende gebiede bevoeg is om wetgewing met terugwerkende krag uit te vaardig (vgl Olivier 1990 *TRW* 122). In *Makhase v Minister of Law and Order, Lebowa Government* 1988 3 SA 701 (A) 725J – 726B is die vraag oopgelaat (sien ook Du Plessis en Olivier 1989 *De Jure* 372). Hoewel die *Makhase*-saak beslis het dat selfregerende gebiede oor oorspronklike wetgewende bevoegdhede (en nie afgeleide nie) beskik, mag daardie bevoegdhede slegs ooreenkomstig die 1971-wet uitgevoer word (721G – 722G); ook moet die betrokke items restriktief uitgelê word (723C). Daar word aan die hand gedoen dat wetgewende vergaderings slegs bevoeg is om terugwerkende wetgewing uit te vaardig as die 1971-wet of die betrokke bylae 1-item dit uitdruklik magtig.

Dit is onduidelik waarom die staatspresident item 21A in 1987 herbepaal het. In die verband is dit belangrik om in gedagte te hou dat tot inwerkingtreding van die Wysigingswet op Swart Wetgewing 12 van 1978 wysigings aan bylae 1 van die 1971-wet slegs by wyse van 'n parlamentswet kon geskied. Vanaf 15 Maart 1978 kan die staatspresident by wyse van proklamasie bylae 1 (en dienooreenkomstig ook die 1971-wet self) wysig (a 37A(1) van die 1971-wet; kragtens a 37A(2) moet die RSA-minister sodanige wysiging by wyse van kennisgewing in die *SK* op die betrokke selfregerende gebied van toepassing maak).

Die vraag ontstaan voorts of die hof se interpretasie van artikel 10(2) van die 1974-wet korrek is. Daar sou geargumenteer kon word dat die bevoegdheid om RSA-wetgewing oor item 21A-aangeleenthede te wysig of te herroep, wel deur artikel 10(2) ontnem is, en dat die RSA-funksionarisse al hul bevoegdhede kragtens verbandhoudende RSA-wetgewing onverkort bly behou het. So gesien, vorm artikel 10(2) 'n beperking op die algemene artikel 30(3)-wetgewende bevoegdhede (1971-wet) van selfregerende gebiede. Volgens dié benadering sou



wetgewende vergaderings wel aanvullende wetgewing oor item 21A-aangeleenthede kon uitvaardig, en sou funksionaris in dié gebiede net sodanige eie wetgewing kon toepas met toestemming van die RSA-minister.

Bogenoemde interpretasie van artikel 10(1) van die 1974-wet sou meebring dat die herroeping van artikel 5(1)(b) deur die 1986-Afskaffingswet hiervolgens ook in die selfregerende gebiede geld. Artikel 5(1)(b) sou dus vir die hele RSA (met inbegrip van die selfregerende gebiede) op 1 Julie 1986 (met inwerkingtreding van die 1986-Afskaffingswet) herroep wees. Desnieteenstaande beskik die selfregerende gebiede sedert 1 Julie 1986 oor wyer bevoegdhede met betrekking tot verskuiwings – die artikel 10(2)-beperking (1974-wet) op hulle wetgewende bevoegdhede in die verband is in feite opgehef deur die RSA-herroeping van artikel 5(1)(b). Die afleiding moet gemaak word dat hulle in die lig van artikel 30(3) gelees met item 21A (van die 1971-wet) dus oor volle wetgewende en uitvoerende bevoegdhede ten aansien van verskuiwings beskik. Dié bevoegdheid kan hulle (moontlik) slegs ontnem (of beperk) word deur 'n staatspresidents-proklamasie (kragtens a 37A van die 1971-wet) of 'n parlamentswet. Hierdie interpretasie word ondersteun deur die herafkondiging in gewysigde vorm van item 21A in 1987; daaruit moet afgelei word dat die staatspresident beoog het om na 1986 'n verskuiwingsbevoegdheid aan selfregerende gebiede te verleen.

Daar word tot die gevolgtrekking gekom dat selfregerende gebiede vanaf 1974 oor beperkte wetgewende en uitvoerende bevoegdhede ten aansien van verskuiwings beskik het. Sedert 1 Julie 1986 (met die skraping van a 5(1)(b) van die 1927-wet en die feit dat item 21A nie dienooreenkomstig gewysig is om verskuiwings uit die bevoegdheidsfeer van selfregerende gebiede te haal nie) beskik sodanige gebiede oor eksklusiewe wetgewende en uitvoerende bevoegdhede met betrekking tot verskuiwings. Die feit dat die staatspresident in 1987 item 21A (met vermelding van verskuiwings) herbepaal het, dit deur die RSA-minister op die selfregerende gebiede van toepassing gemaak is en die staatspresident die 1988-KwaZulu wet goedgekeur het, is verdere aanduidings dat dié benadering korrek is.

Die vraag ontstaan of die Wet op die Afskaffing van Rasgebaseerde Grondreëlings 108 van 1991 nie dié posisie wysig nie. Artikel 30A van die 1971-wet (soos ingevoeg deur a 31 van die 1991-Afskaffingswet) bepaal dat

“geen wet van 'n selfregerende gebied . . . van krag [is] in soverre dit in stryd is met 'n bepaling van die Wet op die Afskaffing van Rasgebaseerde Grondreëlings, 1991, of van 'n proklamasie kragtens genoemde Wet uitgevaardig nie.”

Dié 1991-wet herroep egter slegs artikels 5 en 6 van die 1974-wet (en nie ook artikel 10(1) en (2) daarvan nie). Selfs al sou die 1991-wet die hele 1974-wet herroep het, beskik selfregerende gebiede oor selfstandige wetgewende en uitvoerende bevoegdhede gesien die herbepaling van item 21A van die 1971-wet sedert die inwerkingtreding van die 1978-wet. Die 1991-wet bevat geen verdere bepalings wat verskuiwings verbied nie.

Die benadering van die hof dat die staatspresident se ondertekening van die 1988-KwaZulu wet hom daartoe bring om 'n bepaalde geldigheidsinterpretasie daaraan te heg, kan nie aanvaar word nie (vgl bv die *Makhase*-saak *supra* en *De Welzim v Minister of Law and Order, KwaZulu* 1989 3 SA 730 (N) waar die betrokke wetgewing niesteenstaande ondertekening ongeldig verklaar is).

Hierdie uitspraak bevestig weer eens die juridiese chaos wat toenemend in die geval van selfregerende gebiede na vore kom. Die verlening van uitgebreide

wetgewende bevoegdheids (wat bowendien sedert 1978 jaarliks deur die staatspresident by wyse van proklamasie gewysig en aangevul word) skep regsonsekerheid. Die nie-toeganklikheid van die wetgewing van die gebiede maak dit vir praktisyns en owerheidsfunksionarisse toenemend moeilik om die regmatigheid van maatreëls en optredes te bepaal.

Wesenlike vrae oor die regsgeldigheid van die afskaffing van rasgebaseerde instellings (wat sedert 1986 deur die RSA-parlement ingevoer is) in die selfregerende gebiede word deur die *Shozi*-saak aan die orde gestel. (So sou die effek van die Wet op die Afskaffing van Spesiale Howe vir Swartes 34 van 1986 bevraagteken kan word.)

Die optrede van die staatspresident om na verlening van wye nasionale en internasionale publisiteit in verband met die totale afskaffing van verskuivingsmaatreëls nogtans dié bevoegdheid in die geval van selfregerende gebiede uitdruklik her te bepaal, skep vrae oor die werklike bedoeling van die RSA-wetgewer (veral in die lig daarvan dat die staatspresident se artikel 30A-bevoegdheid deur die parlement aan hom verleen is).

NJJ OLIVIER

*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

## DIE UITLEG VAN STRYDIGE BEPALINGS

S v Theledi 1992 1 SASV 336

### 1 Feite

Die appellant in hierdie saak is aan oortreding van die Wet op Prokureurs 53 van 1979 skuldig bevind. Die oortreding was dat hy sonder 'n getrouheidsfondsertifikaat as prokureur gepraktiseer het. Die appellant is as prokureur in die republiek toegelaat en sy naam het as prokureur op die rol gebly. Hy kon egter nie 'n getrouheidsfondsertifikaat verkry nie omdat hy 'n inwoner van Bophuthatswana is en nie van die republiek nie.

### 2 "Prokureur" en "praktisyn"

Omdat die appellant in die republiek as prokureur toegelaat is en sy naam as sodanig op die rol gebly het, voldoen hy aan die vereistes van artikel 1 van die Wet op Prokureurs waar "prokureur" en "praktisyn" soos volg omskryf word:

"Prokureur: 'iemand wat behoorlik toegelaat is om in enige deel van die Republiek as prokureur te praktiseer';

praktisyn: 'n prokureur, notaris of transportbesorger'."

Volgens artikel 20 van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 het die appellant wel die bevoegdheid gehad om te praktiseer. Dié artikel bepaal soos volg:

"'n Advokaat of prokureur van enige afdeling van die Hooggeregshof kan in enige proses in enige hof verskyn."

### 3 Statutêre “oortreding”

Die appellant het in die landdroshof te Thabazimbi namens twee persone verskyn. Op grond van hierdie verskyning is hy van oortreding van artikel 83(10) gelees met artikel 41(1) van die Wet op Prokureurs aangekla en skuldig bevind. Artikel 41 bepaal soos volg:

“(1) ’n Praktisyn praktiseer nie of tree nie op as praktisyn, vir eie rekening of in vennootskap nie, tensy hy in besit is van ’n getrouheidsfondssertifikaat.

(2) ’n Praktisyn wat in stryd met subartikel (1) praktiseer of optree, is nie op enige geld, beloning of vergoeding ten opsigte van enigiets deur hom gedoen terwyl hy aldus praktiseer of optree, geregtig nie.”

Volgens subartikel (1) kan ’n prokureur dus nie praktiseer as hy nie in besit van ’n getrouheidsfondssertifikaat is nie.

Subartikel (2) bepaal egter dat ’n praktisyn wel sonder so ’n sertifikaat mag praktiseer mits hy geen vergoeding daarvoor hef nie. Hierdie subartikel maak dus die voorskrifte van subartikel (1) oorbodig. Die hof (336i) verwys na die uitspraak van appèlregter Greenberg in *R v Zinn* 1946 AD 346 361 en sê dat die leerstuk *nullum crimen sine lege* toegepas moet word. Die wetgewer het volgens die hof in subartikel (2) ’n siviele sanksie ingebou en derhalwe nie ’n misdryf geskep nie.

Artikel 83(10) van die Wet op Prokureurs waarmee artikel 41 saamgelees word, skep egter wel ’n misdryf en bepaal soos volg:

“Iemand wat voorgee om vir sy eie rekening of in vennootskap direk of indirek as praktisyn op te tree of te praktiseer terwyl hy nie in besit van ’n getrouheidsfondssertifikaat is nie, is aan ’n misdryf skuldig en by skuldigbevinding strafbaar met ’n boete van hoogstens R2 000 of met gevangenisstraf vir ’n tydperk van hoogstens 6 maande of met daardie boete sowel as daardie gevangenisstraf.”

Hierdie artikel is dus in stryd met die voorskrifte van artikel 41(2) wat volgens die hof net ’n siviele sanksie daarstel.

## 4 Analise

### 4 1 Artikel 41

Twee reëls van die uitleg van wette is hier ter sprake, naamlik die *nullum crimen sine lege*-beginsel en dié ten opsigte van die uitleg van strydige bepalings. Laasgenoemde is nie deur die hof oorweeg nie. Die hof (336i) is van oordeel dat daar nie aan die vereistes van die *nullum crimen sine lege*-beginsel voldoen is nie omdat artikel 41 net ’n siviele sanksie bevat. Kragtens dié artikel het die appellant dus geen oortreding begaan nie.

Ten opsigte van die verkryging van ’n getrouheidsfondssertifikaat sê die hof (337b) dat die appellant in elk geval nie so ’n sertifikaat kon bekom nie omdat hy ’n inwoner van Bophuthatswana is en nie van die republiek nie. Ten spyte van hierdie feite het die appellant by die betrokke prokureursorde om die nodige getrouheidsfondssertifikaat aansoek gedoen. Hy was ook bereid om daarvoor te betaal. Hierdie versoek is deurgaans geweier. Die betrokke prokureursorde was dan ook die klaer in die onderhawige saak, ’n aangeleentheid wat deur die hof as onbillik bestempel is (337d).

### 4 2 Artikel 83(10)

Artikel 83(10) bepaal dat iemand wat sonder ’n getrouheidsfondssertifikaat praktiseer, met ’n strafsanksie besoek sal word. Hierdie artikel is dus strydig met



die voorskrifte van artikel 41 waaraan geen strafsanksie gekoppel is nie. Met verwysing na artikel 83(10) laat regter Roux hom soos volg uit:

“In attempting to understand s 83(10) it is important to note the use of the word ‘person’ as opposed to ‘practitioner’ in one sentence. As I have pointed out earlier ‘practitioner’ is defined in s 1 of the Act. A ‘practitioner’ is an ‘attorney’. An ‘attorney’ is ‘any person duly admitted to practise as an attorney in any part of the Republic’. The ‘person’ referred to in s 83(10) is not a practitioner as defined in the Act. I hold this to be so because the following subsections of s 83, namely (1), (2), (3), (5), (6), (7) and (8) all use the word ‘person’ to distinguish such a person from a ‘practitioner’ or an ‘attorney’.”

Hier moet daarop gewys word dat die Afrikaanse teks van die wet na “iemand” verwys terwyl die Engelse weergawe van die wet na “any person” verwys. Die hof (337g) sê met verwysing na *Minister of the Interior v Machadodorp Investments* 1957 2 SA 395 (A) 404D dat die vermoede geld dat dieselfde woorde en uitdrukkinge in dieselfde wet dieselfde betekenis dra. (Vgl ook Steyn *Die uitleg van wette* (1981) 126. Steyn (154) behandel dit ook as ’n ander hulpmiddel. Sien Labuschagne “Regsekerheid en betekeniskonstantheid by wetsuitleg” 1991 *TRW* 21 waar hy dit soos volg stel:

“Dit kan in die algemeen gekonkludeer word dat betekeniskonstantheid van woorde en frases by wetsuitleg ter wille van regsekerheid wenslik is. Indien ’n betekenis egter konteksstrydig (regsnormdoelstrydig) is of nie geregtigheid dien nie, moet ’n ander en meer paslike betekenis aan daardie woord of frase toegeken word.”)

Artikel 83(10) stel iemand wat voorgee om as praktisyn op te tree of om te praktiseer sonder ’n getrouheidsfondssertifikaat strafbaar. Die hof laat hom soos volg hieroor uit:

“Clearly this is an absurd provision. It becomes ridiculous when one sees that s 83(10) prohibits any non-attorney from practising as such. I am well aware that there is a presumption that the Legislature does not enact absurd provisions. The presumption cannot avail in this matter” (337i).

Volgens die hof kan ’n prokureur nie voorgee om ’n prokureur te wees nie. Hy is een:

“Whatever situation the Legislature had in mind is not expressed in terms which have any relevance to the appellant or to the facts in this matter” (338a).

Die hof herhaal dan dat die appellant ’n prokureur is en wel geregtig is om te praktiseer:

“The fact that the appellant may from time to time appear in a South African court because he enjoys that right does not make him a South African practitioner” (337c).

Volgens die hof is die optrede van die appellant nie kragtens artikel 83(10) en 41(1) ’n misdryf nie.

### 4.3 Strydige bepalings

Uit die wet blyk duidelik dat artikels 41 en 83(10) strydig met mekaar is. Artikel 41(1) bepaal dat ’n persoon nie sonder ’n getrouheidsfondssertifikaat mag praktiseer nie terwyl subartikel (2) ’n siviele sanksie aan sodanige optrede koppel. Artikel 83(10) stel die optrede van ’n persoon indien hy sonder so ’n sertifikaat praktiseer, strafbaar met ’n boete of gevangenisstraf. Hierteenoor bepaal artikel 20 van die Wet op Landdroshowe egter dat ’n advokaat of prokureur van die hooggeregshof in enige proses in enige hof kan verskyn. Hierdie wet maak geen melding van ’n getrouheidsfondssertifikaat nie. Op grond van dié bepaling is daar geen fout met die hof se uitspraak te vind nie. Die vraag is egter of die voorskrifte van die Wet op Prokureurs irrelevant is. Die verwysing na artikel 83(10) as ’n absurde bepaling kan nie mee saamgestem word nie. Die Wet op

Prokureurs het juis ten doel om enige persoon wat sonder 'n getrouheidsfondsertifikaat wil praktiseer, te verhoed om dit te doen. Die bedoeling van die wetgewer is duidelik. As 'n "persoon" nie voldoende gekwalifiseer is nie, sal hy ook nie ingevolge artikel 20 van die Wet op Landdroshowe as praktisyn toegelaat word nie. Myns insiens stel die Wet op Prokureurs 'n addisionele kwalifikasie wat nie deur die Wet op Landdroshowe vereis word nie.

Die vraag is vervolgens of "iemand" soos in artikel 83(10) uiteengesit, ook op 'n "prokureur" of "praktisyn" van toepassing is. Die doel van artikel 41 se saamlees met artikel 83(10) is myns insiens juis om aan te dui dat sowel 'n nie-praktisyn (dws 'n persoon wat glad nie 'n prokureur is nie) as 'n praktisyn nie sonder 'n getrouheidsfondsertifikaat mag praktiseer nie. Laasgenoemde twee artikels beperk juis die algemene voorskrif wat in artikel 20 van die Wet op Landdroshowe verleen word. Die twee wette kan nie in isolasie gelees word nie. Die Wet op Prokureurs is 'n aanvulling van die Wet op Landdroshowe. Indien die twee wette strydig met mekaar sou wees, geld die reël dat die latere wet die vroeëre wet wysig indien beide spesiale wette is. Dit blyk dat beide wette spesiale voorskrifte bevat (Steyn 188; vgl ook *S v Festers* 1985 4 SA 242 (K) 247; *Khumalo v Director-General of Co-operation and Development* 1991 1 SA 158 (A)).

Die nuwe wending volgens Labuschagne ("Uitleg van strydige bepalinge – 'n nuwe wending" 1991 *De Jure* 203) na aanleiding van onder andere die Engelse reg is om wette so uit te lê dat dit geregtigheidsekerheid sal meebring. Labuschagne verwys na die uitspraak van Nicholls LJ in *Re Marr* (1990) 2 All ER 880 (CA) 886 waar die hof na aanleiding van die reël *lex posterior priori derogat* soos volg verklaar:

"I cannot accept that there is such a rule today. If there ever was such a principle, it is long since obsolete. Such a mechanical approach to the construction of statutes is altogether out of step with the modern, purposive approach to the interpretation of statutes and documents."

Die chronologie van wette of bepalinge is hiervolgens nie deurslaggewend nie (vgl ook Labuschagne "Chronologisme, strydige bepalinge en wetsuitleg" 1985 *TRW* 193; Du Plessis *The interpretation of statutes* (1986) 21).

## 5 Konklusie

Myns insiens skep artikel 83 van die Wet op Prokureurs bepaalde misdrywe. Subartikel (10) het juis ten doel om enigiemand wat sonder 'n getrouheidsfondsertifikaat praktiseer, te straf. Artikel 20 van die Wet op Landdroshowe moet dus saam met die voorskrifte van die Wet op Prokureurs gelees word omdat beide wette voorskrifte vir "praktiserende prokureurs" stel (vgl Labuschagne 1985 *TRW* 193 ev; 1991 *TRW* 15 ev). In hierdie opsig word daar dus met die bevinding van die hof verskil.

FRIK VAN HEERDEN  
*Universiteit van Pretoria*

**BONDHOLDERS BEWARE – PERFECT YOUR BONDS  
BEFORE INSOLVENCY**

**Cooper NO v Die Meester 1992 3 SA 60 (A)**

It is with a sense of disbelief that one realises, on a careful reading of *Cooper NO v Die Meester*, that the Insolvency Act 24 of 1936 (the Insolvency Act) does not accord any preference to the holder of a special notarial bond over and above concurrent creditors unless the movables subject to the bond have been delivered to the mortgagee (in other words, unless the bond has been perfected). The Insolvency Act also excludes the common-law preference over concurrent creditors previously available to such a bondholder.

The facts of the *Cooper* case are straightforward and may be summarised as follows:

On 1 April 1985 a notarial bond was registered in the Deeds Office in Bloemfontein. In terms of the bond, the mortgagor passed a special notarial bond over certain movables that belonged to him in favour of the second respondent as security for monies owed to the latter. There was no delivery of the movables to the second respondent at any stage. The mortgagor's estate was sequestered on 30 April 1987. A dispute arose as to whether the second respondent had a preference over and above concurrent creditors by virtue of its special notarial bond to the extent that its claim had been proved. The court *a quo* decided in favour of the second respondent. The appeal against the decision of the court *a quo* was successful.

To appreciate fully the significance of this startling decision, it is necessary to trace the origin of our law regarding preferences on insolvency, and to follow its development to the present day.

Our law of insolvency stems from the Roman-Dutch law, according to which the holder of a special bond had stronger rights than the holder of a general bond, at least in respect of goods covered by both types of bonds, regardless of priority in time (Sacks "Notarial bonds in South African law" 1982 *SALJ* 611 fn 44 45). (For the purposes of this discussion, the term "special bond" is used to denote a bond binding specific assets only, and the term "general bond" a bond binding all the assets of the debtor generally.) Moreover, the holder of any special mortgage, pledge, hypothec or lien (including the holder of a special notarial bond over movables of an insolvent, which movables were not in possession of the mortgagee at the time of the mortgagor's insolvency) was accorded real rights over these movables. Accordingly, they did not fall into the free residue of the insolvent estate. (Authority for the view that this secured claim emanated from the kind of notarial bond under discussion, can be found, *inter alia*, in *Adolph Mosenthal and Co v The Master and Feinberg's Trustees* 1931 CPD 155 161 and the authorities cited there.)

But the Roman-Dutch priority accorded to special bondholders over general bondholders was expressly denied in South African law in *In re Russouw* (1830)



1 Menz 479, where it was clearly held that a general mortgage was stronger than a subsequent special hypothecation of movables. This was followed by later cases (eg *Hare v Trustee of Heath* (1884) 3 SC 32). In the *Mosenthal* case it was stated that the term “special mortgage”, when used in respect of a bond specifically hypothecating movables, relates only to special movables. It does not create a special mortgage as understood by the Roman-Dutch authorities, who accorded a preference over and above the general bond over the hypothecated property (Sacks 1982 *SALJ* 612; see also *Vrede Koöp Landboumaatskappy Bpk v Uys* 1964 2 SA 283 (O)). It may therefore be said that during the initial stage of the development of our law of insolvency, the law on this point was clear – if a bond hypothecated movable assets specially, which assets had not been delivered to the mortgagee by the time that the mortgagor became insolvent, such special bond was of no greater value than a general one, and the one registered earlier took precedence (see s 2 of the Insolvency Law Amendment Act 16 of 1943; Mars *The law of insolvency in South Africa* by De la Rey (1988) 384; the *Hare* case *supra* 32; South African Law Commission *Preferences on insolvency* Project 37 Working paper I (1982) 99; *Maasdorp's institutes of South African law* vol II (1960) 202; Elliott and Banwell *The SA notary* (1977) 93).

During the second phase of the development of our law of insolvency, all previous statutory provisions relating to the realisation of both movable and immovable property were repeated in the Insolvency Act 32 of 1916 (the 1916 act) (see s 1). No proper and comprehensive consolidation in this area of our law existed until the 1916 act was promulgated “[t]o consolidate and amend the laws in force relating to the administration of insolvent and assigned estates” (see the title of the 1916 act). In terms of section 87(1) of the 1916 act a general bond registered after 1 June 1917 did not confer any preference over immovable property; nor did a general clause in a special bond registered after that date confer any preference over immovable property or over movables not delivered to the mortgagee at the time of the mortgage and retained in his possession during its currency (s 86 of the Insolvency Act of 1936; s 53(1) of the Deeds Registries Act 47 of 1937; Maasdorp 190; Nathan *South African law of insolvency* (1928) 272). In effect, this section rendered worthless the so-called general clause, which was often inserted in a special bond and by means of which a debtor encumbered all his assets of whatever nature as security for his creditor's claim. This was because delivery of immovable property could now be effected only by giving transfer before the Registrar of Deeds, and, if movables had to be delivered for the mortgagee to obtain security, the pledge that came into being by virtue of the delivery in any event conferred greater security than the general clause could ever have done. Thus while the 1916 act preserved all rights in existence under a general bond or the general clause in a special bond registered before 1 June 1917, the right of security conferred by general hypothecations was reduced because the general clause in a mortgage bond no longer conferred any preference over such property (be it movable or immovable), unless the goods were delivered at the time of the mortgage bond and retained during its term (s 87(1) of the 1916 act).

Although the 1916 act did not contain a definition of “special mortgage”, it defined “free residue” as

“that portion of an estate under sequestration which is not subject to any right of preference by reason of any special mortgage, pledge or right of retention”.

This act did not expressly confer any preference to the free residue of an insolvent estate on claims secured by notarial bonds over movables (whether general or special), but the courts held that the statute had not repealed the common law (the *Mosenthal* case *supra*; *Insolvent Estate AR Cunningham* (1908) 29 NLR 469).

To complete the consolidation of the 1916 act, the definition of "free residue" was, in what may be described as the third phase of the development of our insolvency law, amended by section 3 of the Insolvency Act 28 of 1926 (the 1926 act), *inter alia*, by adding the proviso that a

"special mortgage shall not include any document which having been executed after the first day of October 1926 purports to pledge as security for a debt movable property which has not been delivered to and retained by the pledgee".

Where no delivery had taken place, the assets subject to the bond accordingly created no "security" (see also Nathan 272) and fell into the "free residue" of the insolvent estate. It is submitted that the development of this part of our law of insolvency went astray at this point, and that it unfortunately passed unnoticed until it was too late.

In the *Mosenthal* case *supra* it was argued that in terms of section 87(1) of the 1916 act – which, *inter alia*, invalidated a general clause in a special mortgage – and in terms of the amendment of the definition of "free residue" in the 1926 act – no preference could be conferred on the holder of a special notarial bond over movables. But the special notarial bond in the *Mosenthal* case contained a general clause, in consequence of which the court did not decide the issue. It held instead that "the bond in issue is in fact a general bond and nothing else, and such a bond is not invalidated by section 87(1)" (163). The statements by the court concerning special notarial bonds must unfortunately therefore be regarded as *obiter*.

The Insolvency Act, which replaced the 1916 act and which was subsequently amended by Act 16 of 1943, came into effect on 1 July 1936. Unfortunately the legislature was not aware of the problem at this stage and went on to formulate the following definitions (also stated in the *Cooper* case):

- (a) "preference" is defined as "the right to payment of that claim out of the assets of the estate in preference to other claims", and "preferent" has a corresponding meaning;
- (b) "free residue" as "that portion of the estate which is not subject to any right of preference by reason of any special mortgage, legal hypothec, pledge or right of retention";
- (c) "special mortgage" as "a mortgage bond hypothecating any immovable property or a notarial mortgage bond hypothecating specially described movable property in terms of section one of the Notarial Bonds (Natal) Act, 1932 (Act No 18 of 1932), but excludes any other mortgage bond hypothecating movable property" (s 2); and
- (d) "security" as "property of that estate over which the creditor has a preferent right by virtue of any special mortgage, landlord's legal hypothec, pledge or right of retention" (s 2).

In terms of the Insolvency Act, a "general" bond ranks prior to claims of unsecured or non-preferent claims of concurrent creditors in the free residue. Section 102 of this act reads:

"Thereafter any balance of the free residue shall be applied in the payments of any claims proved against the estate in question which were secured by a general mortgage bond, in their order of preference with interest calculated thereon in the manner provided in subsection (2) of section one hundred and three."

It appears from the above that a special notarial bond over movables does not confer a secured claim over such hypothecated movables, except in Natal.

Any other special mortgage does not confer any security over movables and such a special mortgage has, in terms of section 102 of the Insolvency Act, no preference in terms of this section either (SA Law Commission *Working paper* 98). But in the *Vrede Koöp* case *supra* the court held that, although such bond does not constitute a “security” for the purposes of the Insolvency Act, a special notarial bond over movables still gives a preference under the common law as against unsecured creditors in respect of movables in possession of the mortgagor at the time of his sequestration. That this was the position in our law until the *Cooper* case, appears from the works of various authors on insolvency in South Africa (see, *inter alios*, Mars 382 384 389; Smith *The law of insolvency* (1988) 233 – 234; Maasdorp 188 202; Nathan 293; see also the *Hare* case *supra*; *Francis v Savage and Hill* 1882 SAR 33; SA Law Commission *Working paper* 99).

The term “general bond” is not defined in the Insolvency Act. The trial court in the *Cooper* case decided that the term carries a technical meaning – a bond that is *not* a special mortgage conferring security. Accordingly, section 102 includes a special notarial bond of specified movables, since such a bond does not confer security (except in Natal). On appeal it was held, however, that it was the intention of the legislature to have a *numerus clausus* of statutory preferences with regard to the distribution of the free residue in sections 96(1) to 102 of the Insolvency Act, and that this could be deduced from the words used in this act, such as “in the first place” (section 96(1)) and “thereafter” in the other sections. Furthermore, the court held that certain anomalies could result if the phrase “general bond” in section 102 were to include a special notarial bond, and that this was a clear indication that the intention of the legislature was as stated above. The anomalies mentioned by the court are the following: (a) no provision has been made in the Insolvency Act for somebody to bear the costs of the maintenance and realisation of the relevant assets (as is the case with regard to every “security”); (b) no provision has been made to earmark the proceeds of non-securities in the free residue, and accordingly effect cannot be given to the judgment of the court *a quo* before the legislature has made specific provision for this in the Insolvency Act; and (c) it is sometimes impossible in practice to ascertain the proceeds of movables hypothecated by a special notarial bond, since the trustee often realises the non-secured assets *en masse*.

Perhaps one can add to this a further anomaly, namely that if a “general bond” in section 102 includes a special notarial bond, the preferent claims to be paid are, in the words of this section, “any claims” secured by a general bond, which must be paid out of *all* the assets in the estate in general (see the definition of “preference” in the 1936 act) and not out of certain specified assets only. As a result, a special bond would give a preference ranking equally with a general bond (subject to priority in time, of course) and, accordingly, the holder of a special bond over certain specified movable assets can be paid in full to the detriment of other creditors. Neither the Insolvency Act nor the textbook writers provide a satisfactory solution to this problem. Such a solution would be that the balance of the free residue after payment of the preferences mentioned in sections 96 to 101, cannot be awarded to the holder of a special notarial bond over movables still in the possession of the mortgagor, since certain assets which form part of the free residue are not subject to the special notarial bond.

It is submitted that, strictly according to the rules of statutory interpretation, the Appellate Division has taken the correct view in holding that a holder of



a notarial bond over movables enjoys no preference. But this position is untenable, since it would then be senseless to have such a bond registered. As a result, some writers have given an artificial interpretation to section 102 of the Insolvency Act. It is stated in Mars, for example, that the definition of "mortgage bond" in section 102 of the Deeds Registries Act should be read with section 86 of the Insolvency Act: in terms of section 102 of the Deeds Registries Act a mortgage bond may specifically hypothecate immovable property only. Section 53(1) of the Deeds Registries Act provides that it is not possible to register a mortgage bond which purports to bind movable property. Since a general mortgage bond cannot be registered in terms of the Deeds Registries Act, so the argument runs, the reference in section 102 of the Insolvency Act to a general mortgage bond should not be interpreted with reference to any definitions peculiar to the Deeds Registries Act. The reference to "general mortgage bond" in the Insolvency Act clearly refers to what would, in the Deeds Registries Act, be called "a notarial bond hypothecating movable property" (Mars 383).

To overcome the problem mentioned above regarding the balance of the free residue after the statutory preferences have been paid, it has been suggested by a number of writers that the preference be limited to the amount of the proceeds of the movables subject to the bond (Sacks 1982 *SALJ* 613; Wunsh 1960 *THRHR* 113; Maasdorp 281; Hutchison (ed) *Wille's principles of South African law* (1991) 58). But this provides the notarial bondholder with the same security that the holder of a mortgage bond over immovable property enjoys, and even more. The reason for this is that in terms of section 89 of the Insolvency Act a secured creditor is paid the balance of the proceeds of the hypothecated assets only after the costs of the maintenance and realisation of the relevant assets have been deducted, while there is no similar provision in the Insolvency Act requiring a free-residue preferred creditor to pay in any shortfall if necessary. Since it would be unlawful to order the latter to do so, he is in a better position than a secured creditor. This could certainly not have been the intention of the legislature.

It is submitted that the only solution is to amend the Insolvency Act. The South African Law Commission has initiated this by proposing the drawing up of two free-residue accounts – one for the assets subject to the mortgage falling into the free residue and one for the remainder of the free residue (*Working paper* 99). The commission further proposes that the remainder of the administration costs (apart from the costs provided for in section 89(1)) and preferent claims be charged to these two accounts proportionately (*idem* 99).

It is also the view of the commission that, since section 86 of the Insolvency Act provides that no general mortgage bond confers any preference in respect of immovable property, and that a general clause in a mortgage bond over immovable property also does not confer a preference in respect of any property, the term "general bond" referred to in section 102 should cover only a general bond over movables (*idem* 98). It is suggested by the commission that the wording of section 102 be amended to cover special mortgages over movables as well (*idem* 103–105). At the same time, it is both interesting and ironic that the commission recommends that on considerations of fairness only so-called justified preferences be allowed and that it concludes that claims in respect of a mortgage over movables constitute one of only three justified preferences (*idem* 104). (The other two are sequestration and administration costs, and claims by

former employees in respect of salary or wages.) The commission recommends that all other preferences presently provided for in sections 96 to 101 of the Insolvency Act be abolished (*idem* 105).

It is submitted that the proposals of the South African Law Commission are well-considered and that they should be implemented. It is also hoped that more extensive amendments will be made to other sections of the Insolvency Act before a court is confronted with the interpretation of section 147, which, according to the signed Afrikaans text entitles the magistrate's court to "execute" (*teregstel*) an insolvent (*sic*) in respect of an offence committed under the Insolvency Act!

JEANNE CILLIERS  
University of South Africa

## DEMOKRATISERING VAN DIE ADMINISTRATIEFREGTELIKE BESLUITNEMINGSPROSES

**South African Roads Board v Johannesburg City Council**  
1991 4 SA 1 (A)

### 1 Inleiding

In dié saak het die Suid-Afrikaanse Padvervoerraad besluit om 'n nasionale pad, naamlik die N13, tot 'n tolpad te verklaar en met 'n sekere maatskappy 'n ooreenkoms gesluit om tolhekke op te rig. Die Johannesburgse Stadsraad, in wie se stadsgebied die N13 val, het hierteen beswaar gemaak omdat die beoogde tolpad groter eise sou stel aan die sekondêre paaie wat die stadsraad moet beheer en onderhou. Genoemde stadsraad het onder andere aangevoer dat hy geraadpleeg moes gewees het voordat 'n beslissing ten aansien van die N13 gemaak kon word. Die vraag waaroor die hof uitsluitel moes gee, was in 'n neutedop: is die *audi alteram partem*-reël in dié verband van toepassing?

### 2 Toepassingsveld van die *audi alteram partem*-reël

Volgens ons howe is die *audi alteram partem*-reël van toepassing indien wetgewing 'n openbare liggaam of beampte magtig om 'n handeling te verrig wat 'n onderdaan se vryheid of goed of bestaande regte nadelig aantast (sien by *Administrateur van Suidwes-Afrika v Pieters* 1973 1 SA 850 (A) 860; *Publications Control Board v Central News Agency Ltd* 1970 3 SA 479 (A) 488 – 489; *Van den Berg v Direkteur van Ekonomiese Sake* 1983 1 SA 606 (A) 620). In navolging van die Engelse howe het die regspraak die aanwendingsgebied van die *audi alteram partem*-reël egter uitgebrei na daardie gevalle waar 'n party 'n redelike verwagting ("legitimate expectation") het om aangehoor te word (sien by *Schmidt v Secretary for State* (1969) 1 All ER 904 (CA) 909; *Administrator, Transvaal v Traub* 1989 4 SA 731 (A) 755 – 759).

Die *audi alteram partem*-reël word hedendaags aan die hand van 'n vermoede geformuleer; daar word met ander woorde vermoed dat hierdie reël by wetgewing inbegrepe is, welke vermoede weerlê kan word deur 'n uitdruklike of geïmpliseerde wetgewersbedoeling tot die teendeel (sien bv *Administrator, Transvaal v Traub supra* 748; *Moodley v Minister of Education and Culture, House of Delegates* 1989 3 SA 221 (A) 235–236).

In die onderhawige saak het die hof uitdruklik beslis dat die *audi alteram partem*-reël ook ten opsigte van 'n regs persoon geld (11).

### 3 Onderskeid tussen wetgewende en administratiewe handeling

Die bewering word soms gemaak dat die *audi alteram partem*-reël nie ten aansien van wetgewende handeling geld nie, met die gevolg dat die betrokke partye nie in so 'n geval geraadpleeg hoef te word nie (*Bates v Lord Hailsham of St Marylebone* (1972) 3 All ER 1019 (CD) 1024; *Baxter Administrative law* (1984) 580–582; Rubin "Due process and the administrative state" 1984 *California LR* 1116–1117). Hierdie sienswyse word in die onderhawige saak as algemene reël deur appèlreger Milne afgewys:

"I am not persuaded that the categorisation of statutory powers of action or decision into executive (or administrative) and legislative should in all cases provide the criterion as to whether the repository of the power is obliged in exercising it to observe the dictates of natural justice. It seems to me rather that a distinction should be drawn between (a) statutory powers which, when exercised, affect equally members of the community at large and (b) those which, while possibly also having a general impact, are calculated to cause particular prejudice to an individual or particular group of individuals" (12; sien ook *Pretoria City Council v Modimola* 1966 3 SA 250 (A) 261–262; *S v Moroka* 1969 2 SA 394 (A) 398).

In die geval van besluitneming wat lede van die gemeenskap as geheel raak en gewoonlik van 'n wetgewende aard is, word die besluitnemer slegs gelei deur die faktore wat volgens sy (hulle) mening goed vir die gemeenskap as geheel is en is hy (hulle) nie verplig om die besondere belange van individuele lede van die gemeenskap te oorweeg nie. Ten aansien van daardie besluite wat soms ook 'n algemene trefkrag het, maar wat bereken is om 'n spesifieke individu of groep individue te benadeel, moet die betrokkenes egter die geleentheid gegun word om hulle saak te stel (12–13). Die feitestel van die onderhawige saak val volgens die hof binne laasgenoemde kategorie (16). Die *audi alteram partem*-reël vervul volgens die hof twee funksies, naamlik: (i) dit bevredig die betrokke individu se begeerte om aangehoor te word voordat hy benadeel word, en (ii) dit skep 'n geleentheid vir die besluitnemer ("repository of the power") om inligting te bekom wat nodig is vir die neem van 'n behoorlike en regverdige besluit (13).

Die administratiefregtelike besluitnemingsproses, soos die regspraak, vorm myns insiens deurgaans deel van die wetgewingsproses (sien Labuschagne "Regsnormvorming: riglyne vir 'n nuwe benadering tot die tradisionele reëls van wetsuitleg" 1989 *SA Publiekreg* 205). Dit verteenwoordig bloot 'n sekere fase of vlak van die wetgewingsproses. Die geskiedenis van die *audi alteram partem*-reël is wesenlik die geskiedenis van die geleidelike demokratisering van die totale wetgewingsproses, insluitende die administratiefregtelike besluitnemingsproses. Hierdeur word die geleentheid vir inspraak deur die betrokkenes ook op die laer vlakke van die wetgewingsproses gegee. In dié verband verklaar De Haan,



Drupsteen en Fernhout (*Bestuursrecht in de sociale rechtstaat* (1978) 332 – 333) treffend:

“Aan de andere kant behoeft er tussen representatieve en participatieve democratie geen tegenspraak te zijn, wanneer men accepteert dat het stelsel van representatieve democratie niet volmaakt is. Die gebreken in de uitkomst van een besluitvormingsproces, dat zich uitsluitend afspeelt als een dialoog tussen bestuurders en volksvertegenwoordigers, kunnen gecorrigeerd en aangevuld worden door de resultaten van een directe tussenkomst van participerende burgers. In die zin kan inspraak gezien worden als een sociale techniek, waarmee de inzichten en opvattingen, die in de samenleving heersen, naar voren worden gehaald en vorm krijgen. Inspraak of ruimer participatie is dan een middel om te komen tot een verbetering van de kwaliteit van de besluitvormingsprocedures. Daartegenover staan zij, die participatie zien als doel in zichzelf. Het gaat hun om een verdere democratisering van de samenleving; om de emancipatie van de bevolking tot mondige burgers, in staat niet alleen om met het bestuur mee te denken en te spreken, maar ook om, wanneer dat nodig is, aan het bestuur weerstand te bieden.”

#### 4 Konklusie

In die onderhawige saak verwerp die appèlhof uitdruklik die onderskeid tussen wetgewende en administratiewe handelinge as grondslag vir bepaling van die aanwendingsgebied van die *audi alteram partem*-reël. Hierdeur word die grondslag gelê vir 'n wyer aanwendingsgebied van genoemde reël en word die demokratiese basis van die besluitnemingsproses gevolglik verbreed (sien Labuschagne “*Audi alteram partem* in die administratiefreg: opmerkinge oor die mensinteraktiewe dimensie van geregtigheid” 1992 *De Jure* 183 354).

JMT LABUSCHAGNE  
*Universiteit van Pretoria*

*To suggest that a Judge has convicted and sentenced an accused not because the evidence and circumstances of the case justify such conviction and sentence, but because the Judge is prejudiced against the accused because of his race, is one of the most serious imputations of disreputable and dishonourable conduct against a Judge. Such an imputation is undoubtedly defamatory (per Hattingh J in *Esselen v Argus Printing and Publishing Co Ltd* 1992 3 SA 764 (T) 769).*

# BOEKE

## DOCTOR, PATIENT AND THE LAW

deur SA STRAUSS

*Van Schaik Pretoria 1991; 471 en xix bl*

Prys R113,35

Afgesien van sy bekendheid in regsringe as een van Suid-Afrika se vooraanstaande regs-akademici, het die naam Sas Strauss ook buite regsleeders reeds huishoudelik geword – by die radiopubliek en boeregemeenskap weens sy beantwoording en oplossing van die regsprobleme wat hulle van dag tot dag ervaar, by televisiekykers as gevolg van sy deelname aan 'n verskeidenheid inligtings- en besprekingsprogramme, in die besonder sy optrede op die vooraand van die 1983 konstitusionele bedeling, by kafee-eienaars weens sy deelname as advokaat in die sogenaamde “pin-ball”-sake en les bes, veral ook by die mediese professie weens sy referate, publikasies en ander bydraes op die gebiede van die mediese reg en geregtelike geneeskunde en sy betrokkenheid by amptelike liggame van die Mediese Raad betrek. Wat Suid-Afrika betref, kan professor Strauss sekerlik as dié kenner van die raakpunte tussen die reg en die geneeskunde uitgesonder word, en het hy reeds internasionale erkenning vir sy bydrae in hierdie verband ontvang.

Hierdie boek, wat paslik versier word met 'n buiteblad waarop 'n treffende volkleur-afbeelding van Aesculapius, die god van medisyne, verskyn, beleef tans sy derde uitgawe – die eerste is in 1980 gepubliseer. Volgens die outeur (vi) is die werk nie bedoel as 'n handboek oor die mediese reg nie maar bevat dit 'n uitgesoekte aantal praktiese onderwerpe wat hoofsaaklik met die geneesheer-pasiëntverhouding te make het, dog ook byvoorbeeld die regsverhouding tussen dokters onderling en die tussen dokters en die Mediese Raad betrek. Die meeste hoofstukke van die boek – tensy anders aangedui word – is inderdaad (bygewerkte) artikels wat die outeur reeds voorheen in mediese en regstydskrifte gepubliseer het maar wat nou volgens 'n geordende sistematiek sinvol onderwerpsegwys gerangskik is.

Met die deurlees van die boek was ek weer eens beïndruk met die omvang en diepte van professor Strauss se kennis van groot gedeeltes van ons reg. Die mediese professie het naamlik raakpunte met onder andere die strafreg, die kontrak- en deliktereg, die persone- en familiereg, die administratiefreg, die belasting- en arbeidsreg en die maatskappye- en vennootskapsreg. Al hierdie gebiede word met gemak en sekerheid hanteer en is, sover my kennis strek, op datum met die jongste stand van sake in die positiewe reg (hofuitsprake en wetgewing). Maar meer nog, vreemde reg word uitvoerig betrek waar daar belangwekkende ontwikkelinge plaasgevind het of die Suid-Afrikaanse reg leemtes of onsekerheid openbaar. Die werk is gevolglik ongetwyfeld gesaghebbend, nie net vir leke op regsgebied nie maar ook vir lede van die regsprofessie (soos prokureurs, advokate en regterlike beamptes) wat dit met vertroue en groot vrug *de lege lata* en *de lege ferenda* sal kan gebruik, sy dit dan ook net as 'n wegspringplek. Alhoewel die boek primêr op medici gerig is, sal enige ander persoon wat as pasiënt vroeër (of later) “aan die genade van 'n dokter uitgelewer was (of sal word)”, egter ook die geheel of gedeeltes

daarvan baie nuttig, interessant en plek-plek selfs boeiend vind – die boek behoort dus op die boekrak van enige huis van waarde te kan wees.

Die boek bevat sewentien dele, elk met 'n eie onderwerp. Aspekte van die mediese reg wat met die onderwerp verband hou, word dan onder subhoofde bespreek. Ten einde die potensiële koper/leser 'n idee te gee van wat hy in die werk te wagte kan wees, is 'n beknopte oorsig van die inhoud doenlik.

Deel I: *Kontrak tussen dokter en pasiënt, en die kwessie van toestemming* (Inhoud: praktiese regsprobleme in verband met toestemming tot behandeling; die vrae of 'n geneesheer altyd die waarheid moet vertel, of hy mag weier om 'n pasiënt te behandel, en of hy waarborg dat die pasiënt gesond sal word; die weiering van Jehova-getuies om 'n bloedoortapping te ondergaan; die kwessie van ingeligte (*informed*) toestemming; en toestemming tot 'n operasie deur 'n geestesieke.) Die volgende opmerkings kan hier gemaak word. Volgens ons regspraak kan ongemagtigde mediese ingrype nie net die liggaam en die eer van die pasiënt onregmatig skend nie (vgl 4), maar ook sy privaatheid (bv *Nell v Nell* 1990 3 SA 889 (T) 895–896; *M v R* 1989 1 SA 416 (O) 421 426–427). In 'n onlangse beslissing (*McGeary v Kruger en Joubert* 1991-10-16 saaknr 25317/90 (W)) het die hof vir die eerste keer (vgl 16–18) aandag gegee aan die grense van 'n dokter se geheimhoudingsplig ten aansien van 'n pasiënt wat VIGS onder lede het. 'n Interessante onderwerp wat in 'n volgende uitgawe dalk meer aandag kan geniet (sien nietemin 179–180 197–198), is die sogenaamde aksie vir “wrongful life”, waar een van die kernvrae is of daar 'n plig op 'n geneesheer rus om ouers oor die gebrekkigheid van hulle fetus in te lig (sien vir meer besonderhede Blackburn “Die aksie vir ‘wrongful life’: ‘to be or not to be?’” 1991 *THRHR* 57).

Deel II: *Mediese en tandheekkundige gelde* (Inhoud: die basiese beginsels in hierdie verband; mediese skemas en doktersgelde; sessie van 'n dokter se rekeninge en faktoretering; die dilemma met die invordering van pasiënte se skulde; en die vrae of pasiënte met “slegte” skuld op 'n swartlys geplaas mag word, wie die rekening moet betaal as die dokter op 'n derde se versoek die pasiënt behandel het, en of 'n tandarts op betaling vir swak tandwerk aanspraak mag maak.) Let op die volgende: in *Van der Westhuizen v Scholtz* 1991-09-18 saaknr 4210/91 (O) het die hof hom ook ten gunste van die regmatigheid van advertensies deur aptekers uitgespreek (vgl 47); en in *Willis Faber Enthoven (Pty) Ltd v Receiver of Revenue and Registrar of Insurance* 1992 4 SA 202 (A) beslis die appèlhof dat 'n regsdwaling nou ook die *condictio indebiti* kan fundeer (vgl 53).

Deel III: *Kontrakte tussen dokters* (Inhoud: die opstel van 'n vennootskapsoreenkoms; die deel van spreekkamers; dienskontrakte wat deur algemene praktisyns gesluit word; en kontrakte wat 'n geneesheer (voormalige vennoot of werknemer) verbied om in dieselfde buurt te praktiseer.)

Deel IV: *Noodbehandeling* (Inhoud: mediese optrede in 'n noodsituasie (“rescue”-gevalle).)

Deel V: *Professionele geheimhouding, inligting oor pasiënte en mediese sertifikate* (Inhoud: geheimhouding met betrekking tot gades en mediese sertifikate; en die bevoegdheid van die geneesheer en die pasiënt ten aansien van mediese rekords.) Tans word algemeen aanvaar dat Suid-Afrika 'n dringende behoefte het aan wetgewing om die gebruik van persoonlike data (ook mediese inligting) te reguleer (vgl 111; sien my bespreking in Strauss (red) *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (1987) 105).

Deel VI: *Geestesiekes en psigiatrie* (Inhoud: strafregtelike aanspreeklikheid en geestesafwykings; en epilepsie en die reg.)

Deel VII: *Orgaan- en weefseloorplanting* (Inhoud; regsaspekte van orgaan- en weefseloorplanting; die pasiënt se regte met betrekking tot weefsel wat tydens 'n operasie verwyder is; en die vraag of 'n hospitaal die oorskot van 'n doodgebore fetus mag vernietig.) De Klerk het in hierdie verband 'n interessante bydrae oor “Handeldryf in of ‘met’ menslike weefsel” 1991 *THRHR* 600 gelewer.



Deel VIII: *Geboortebepanking, sterilisasie, kunsmatige bevrugting, surrogaat moederskap en genetiese manipulasie* (Inhoud: regsprobleme in verband met geboortebepanking en sterilisasie, mislukte sterilisasie en die geneesheer se aanspreeklikheid vir sogenaamde “wrongful conception”; kunsmatige bevrugting; *in vitro*-bevrugting en surrogaat moederskap; en die potensiele aanspreeklikheid van die praktisyn vir genetiese manipulasie.) Ander insiggewende verbandhoudende resente publikasies is die van Taitz “DNA-fingerprinting as a forensic identity test” 1992 *SALJ* 270 (vgl 202) en die van Lupton “Genetic engineering – does it merely facilitate the process of evolution?” 1992 *THRHR* 79 (vgl 191 ev).

Deel IX: *Aborsie* (Inhoud: wetgewing oor aborsie en sterilisasie; ’n besondere aborsiegeval in die Suid-Afrikaanse reg; en die vraag of die gebruik van ’n pessarie ’n wederegtelike aborsie teweeg kan bring.)

Deel X: *Transseksualisme* (Inhoud: regsaspekte oor die onderwerp.)

Deel XI: *Mediese nalatigheid en aanspreeklikheid vir wanpraktyke* (Inhoud: versekering deur geneeshere vir wanpraktyke; ’n blote oordeelsfout kan nalatigheid daarstel; aanspreeklikheid vir ’n verkeerde diagnose, defekte medisyne, die skadelike newe-effekte van penisillien, die veroorsaking van ’n Volkmann-kontraksie, die voortydige ontslag van ’n pasiënt uit die hospitaal, die verbranding van ’n pasiënt weens die lekkasie van elektrisiteit uit die aardplaat van ’n brandyster, radiologiese en narkotiese onagsaamheid, ’n geskeurde *superior vena cava*, ’n depper wat na ’n operasie vergeet in ’n pasiënt se liggaam gebly het; die vraag of die versuim om ’n pasiënt behoorlik in te lig, op nalatigheid kan neerkom; die versuim van ’n algemene praktisyn om ’n ginekoloog vir ’n probleemgeval in te roep; en regsaspekte van plastiese snykunde.)

Deel XII: *Aanspreeklikheid van hospitale: superintendente en werknemers* (Inhoud: die aanspreeklikheid van hospitale vir die delikte van professionele personeel; die aanspreeklikheid van die superintendent van ’n hospitaal; die geval waar ’n pasiënt daarop aandring om die hospitaal te gou na ’n operasie te verlaat; aanspreeklikheid vir die verlies van ’n pasiënt se goedere; opskorting van ’n hospitaaldokter se dienste weens wangedrag; die hantering van stakings by ’n hospitaal.)

Deel XIII: *Dood, doodsertifikaat, genadedood* (Inhoud: gedagtes oor die dood en die oomblik van dood; die dood-by-aankoms-sertifikaat; die doodsertifikaat by ’n skielike wiegiedood; die debat oor genadedood; en die sogenaamde “testament oor die eie lewe” en die “reg om te sterf”.)

Deel XIV: *Alkoholmisbruik en dronkbestuur* (Inhoud: die alkohol en die reg; die neem van bloedtoets in dronkbestuursake; by bloedtoets die vraag of die monster wat gebruik word verteenwoordigend van die bestuurder se bloed in die algemeen moet wees; dronkbestuur en die asemklikker-toets; en probleme rondom die bewys van oormatige bloedalkoholkonsentrasie.)

Deel XV: *Dissiplinêre prosedures* (Inhoud: dissiplinêre ondersoeke van die Mediese Raad en die pligte van die raad in hierdie verband; die opheffing van ’n dokter se bevoegdheid om te praktiseer – die regsimplikasies vir sy vennote; die vraag welke regstappe ’n dokter kan doen teen die persoon wat ’n klag oor hom by die raad gelê het; die posisie ten opsigte van farmaseutiese geskenke aan geneeshere; en die vraag of ’n private hospitaal kommissie mag betaal aan dokters wat pasiënte daarheen verwys.) Die gee van farmaseutiese of ander geskenke aan dokters (vgl 383 – 384) kan ook onregmatige mededinging deur die skenker daarstel.

Deel XVI: *Mediese behandeling van gevangenes en aangehoudenenes* (Inhoud: die regte van gevangenes en aangehoudenenes op mediese behandeling; hulle mediese versorging; en vrae oor hongerstaking.)

Deel XVII: *Algemeen* (Inhoud: kindermishandeling; mediese eksperimente op kinders; die teenwoordigheid van “buitestanders” by nadoodse ondersoeke, en die openbaarmaking van die bevindings; die geval waar ’n pasiënt ’n tweede opinie sonder die eerste dokter se medewete inwin; die onwettigheid van mediese stakings; die onbevoegdheid

van 'n maatskappy om 'n resepteer-apteek in 'n private kliniek te bedryf; die vraag of 'n geneesheer op vergoeding aanspraak mag maak vir die gee van deskundige getuienis in die hof; geregtelike doodsondersoeke en die dokter; 'n mediese praktyk as maatskappy; die verbod op ongeregisteerde persone om mediese handeling te verrig; en die posisie van dokters wat hulle praktyke tuis bedryf.)

Die boek het as bylae die Mediese Raad se gedragsreëls vir geneeshere en tandartse en is voorts voorsien van 'n lys van aangehaalde hofbeslissings asook 'n omvattende register.

J NEETHLING

*Universiteit van Suid-Afrika*

## AN INTRODUCTION TO LAW

deur LOURENS M DU PLESSIS in medewerking met AG DU PLESSIS

*Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1992; xiv en 242 bl*

Prys R67,10 (sagteband)

Hierdie is die Engelse uitgawe van die werk *Inleiding tot die reg* wat in 1990 deur Juta gepubliseer is. Die Engelse uitgawe word verwelkom. Die outeur wys in die voorwoord daarop dat die werk nie presies dieselfde as die Afrikaanse werk is nie. Heelwat aanbevelings deur resensente van die Afrikaanse werk is in die Engelse uitgawe bygewerk. Letterlike vertalings is vermy ter wille van die Engelse idioom en vaktaal. Die Engelse werk is ook op datum tot September 1991. Die outeur sien die oogmerk van die boek soos volg (14):

“A first-year student's acquaintance with the law is . . . undoubtedly a *new experience*, calling for guidance. The purpose of this book is to give such guidance.”

Die werk bestaan uit 'n voorwoord, 'n besonder volledige inhoudsopgawe, sewe hoofstukke, vier aanhangsels en 'n lys trefwoorde. Aan die einde van elke hoofstuk verskyn 'n aantal oefeninge asook 'n lys van addisionele leesstof wat die student kan raadpleeg.

Hoofstuk 1 bevat 'n inleidende bespreking oor “die reg in teorie en aan die Universiteit”. Dit begin met 'n besonder waardevolle uiteensetting van teoretiese kennis en die waarde van 'n teoretiese bestudering van die reg vir die regstudent as voornemende regspraktisyn. Teoretiese bestudering van die reg is volgens die outeur 'n “ervaring in abstraksie”. Iemand met 'n goed ontwikkelde abstraksievermoë kan beter by veranderende werksomstandighede aanpas en kan spanning beter hanteer. Die beginner-regstudent wat hierdie hoofstuk lees, behoort te begryp hoe teoretiese studie hom vir die praktyk voorberei. Die afdeling “Universiteit in Perspektief” bevat 'n kort historiese oorsig van die universiteit. Daar word ook verduidelik wat 'n universiteit is, hoe dit georganiseer word en wat akademiese vryheid behels. Die hoofstuk bevat inligting wat miskien nie vir die voornemende regstudent streng noodsaaklik is nie. Die waarde van hierdie inligting is egter daarin geleë dat dit die student se voorgenome studie vir hom in perspektief plaas. Dit gaan nie soseer oor die “wat” nie, maar oor die “hoe” en die “waar”.

Die tweede hoofstuk behandel die Suid-Afrikaanse reg in historiese en vergelykende perspektief. Daar word 'n oorsig gegee van die Romeinse regsgeeskiedenis, die regsgeeskiedenis van die Nederlande en die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg. In sy bespreking van die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg sedert 1910 skenk die outeur onder andere aandag aan die wisselwerking tussen die Romeins-Hollandse en Engelse reg. Hy behandel ook purisme en modernisme volledig. Die hoofstuk is besonder

omvattend maar tegelykertyd verteerbaar. In sy bespreking van die plek en rol van regspraak in Suid-Afrika, het die outeur in die Afrikaanse uitgawe van die werk die stelling gemaak dat geen regter ooit afgedank is omdat hy of sy die regering teengegaan het nie (76). Labuschagne ("Inleiding tot die Reg" 1991 *TSAR* 350) verwys na die geval van *Brown v Leyds* (1897) 4 OR 17. Hoofregter Kotzé is deur president Kruger van die Zuid-Afrikaanse Republiek afgedank na 'n geskil oor die toetsingsbevoegdheid van die howe ten aansien van wetgewing wat deur die Volksraad aangeneem is. In die werk onder bespreking is hierdie inligting ingevoeg, en die outeur voeg by dat regters 'n meer "open-minded attitude" openbaar soos wat daar in die rigting van 'n "nuwe Suid-Afrika" beweeg word (74-75).

Hoofstuk 3 handel oor die reg en sosiale ordening. Die hoofstuk skop af met drie voorbeelde van hoe die reg werk (of kan werk), naamlik 'n "normale" kontrak ('n kontrak wat behoorlik uitgevoer word), die dood van 'n persoon en 'n motorongeluk wat gevolg word deur aanrandings, lasterlike bewerings en beledigende telefoonoproepe. Daar word 'n baie sinvolle uiteensetting van die regsgevolge van elke geval gegee. Daarna volg 'n volledige uiteensetting van die regspleging. Die onderwerpe wat behandel word, is waarom daar howe is, wat hulle doen, die verskillende soorte howe, die verskille tussen straf- en siviele sake en tussen hersienings en appèlle. 'n Uiteensetting van die verloop van siviele en strafsake word deurgaans met voorbeelde toegelig. Die outeur bespreek ook die regsprofessie. Hy behandel onder hierdie hoof die tradisionele regsberoepes (regter, landdros, staatsaanklaer, prokureur, advokaat en regsakademikus), die kwalifikasies wat vir elkeen nodig is en die persoonlikheidseienskappe wat van die juris geverg word. Na hierdie bespreking van die regspleging soos dit veronderstel is om te wees, skets die outeur die tekortkominge van die regsproses.

Hoofstuk 4 bevat 'n bespreking van die reg in subjektiewe sin vanuit sowel privaats- as publiekregtelike perspektief. Na 'n uiteensetting van die onderskeid tussen publiek- en privaatrek word die privaatregtelike subjektiewe regte-teorie bespreek met verwysing na regsobjekte en hulle kompetensies, regsobjekte en die indeling van subjektiewe regte. Dit is insiggewend dat die outeur lesers wys op die vyfde kategorie regsobjekte wat deur Neethling ("Persoonlike immaterieelgoedereregte: 'n nuwe kategorie subjektiewe regte?") 1987 *THRHR* 316) geïdentifiseer is, naamlik persoonlike immateriële goedere (verdienvermoë en kredietwaardigheid). Die outeur verwys telkens na Neethling se standpunt wanneer hy die tradisionele indeling van regsobjekte en subjektiewe regte bespreek, sonder om self daarvoor standpunt in te neem (128 130 134 135 140).

Na 'n bespreking van die beskerming van menseregte op internasionale en nasionale vlak asook internasionale streeksvlak, word gewys op die ontoereikende sisteem van menseregtebeskerming in Suid-Afrika. Anders as in die Afrikaanse uitgawe, wys die outeur in hierdie werk op die feit dat daar op 2 Februarie 1990 begin is om die "apartheids-wette" af te skaf. In hierdie verband meld hy die Wet op die Herroeping van die Bevolkingsregistrasiewet 114 van 1991, die Wet op die Afskaffing van Rasgebaseerde Grondreëlings 290 van 1991 en die feit dat die Groepsgebiedewet 36 van 1966 heroorweeg word. (Hierdie wet is intussen ook herroep.) Daarna word aandag geskenk aan alternatiewe wat uit verskeie oorde vir Suid-Afrika voorgestel word. Twee onlangse ontwikkelings waarna in hierdie verband verwys word, is die ANC se voorgestelde menseregtehandves vir 'n nuwe Suid-Afrika wat in 1990 gepubliseer is (159) en die Suid-Afrikaanse Regskommissie se tussentydse verslag oor groeps- en menseregte wat in 1991 verskyn het (160). Die hoofstuk word afgesluit met 'n bespreking van die drie verskillende generasies menseregte en die meningsverskil tussen Venter en Wiechers oor die vraag of menseregte op die model van privaatregtelike subjektiewe regte geskoei kan word al dan nie.

Die vyfde hoofstuk handel oor regsfeite. Daar word 'n bondige uiteensetting gegee van die betekenis van die term "regsfeit" en die indeling van regsfeite in subjektiewe regsfeite, objektiewe regsfeite en toegerekende handeling.

Hoofstuk 6 bevat 'n bespreking van die reg in normatiewe sin. Dit begin met 'n uiteensetting van die verskille tussen die reg, moraliteit en gemeenskapsedes. Daarna volg 'n



bespreking van ons regsbronne, naamlik wetgewing, die gemenerereg, gewoonte, regspraak en Romeins-Hollandse geskrifte. Die bespreking van regspraak bevat 'n goeie uiteensetting van die *stare decisis*-reël.

Die sewende en laaste hoofstuk gee 'n indeling van die reg. Na 'n uiteensetting van die verskillende indelingswyses wat gebruik kan word, word die tradisionele indeling uiteengesit, wat gebaseer is op die onderskeid tussen publiek- en privaatreë. Elke regsgebied word eenvoudig verduidelik. Hierdie indeling word ook skematies voorgestel. Disiplines bykomend tot die privaatreë (inheemse reg en internasionale privaatreë) en die algemene ondersteunings- of oorsigdisiplines (uitleg van wette, *medicina forensis*, regsvergelyking, regsfilosofie en regsgeïstorie) word ook bekyk.

Die boek word met vier aanhangsels afgesluit (207 – 230). Aanhangel 1 bespreek drie perspektiewe op die reg en aanhangsel 2 behandel die Suid-Afrikaanse hofse benadering van wetsuitleg. Dit is egter veral die derde en vierde aanhangsels wat onontbeerlik vir beginner-regstudente is. In aanhangsel 3 word verduidelik hoe na parlements-wette, wetsontwerpe, proklamasies en regulasies verwys word. Daarna word uiteengesit hoe Suid-Afrikaanse parlements-wette nageslaan word.

Aanhangel 4 bevat wenke by die lees, opspoor en opsom van hofsake. Daar is 'n verduideliking van die tipografiese uiteensetting van beslissings, 'n lys van Latynse woorde en uitdrukkings wat dikwels in hofsake gebruik word en 'n praktiese voorbeeld van hoe om 'n hofsak op te som. Die outeur verduidelik ook hoe om die *Index and noter-up to the South African law reports* en *Index and annotations to the South African law reports* te gebruik. Die werk se trefwoordregister is effens vollediger as dié van die Afrikaanse uitgawe, omdat dit ook nou trefwoorde uit die aanhangsels bevat, soos deur Heaton in haar resensie voorgestel is (1991 *THRHR* 323).

*An introduction to law* se waarde vir studente word beslis verhoog deur die oefeninge aan die einde van elke hoofstuk. Deur hierdie oefeninge word die leser se betrokkenheid by die stof verhoog. Die leser word nie net gedwing om die stof deeglik te lees en daarvoor na te dink nie, maar ook om praktiese oefeninge te doen. In hierdie verband kan veral verwys word na die oefeninge aan die einde van hoofstuk 6 (194), waar onder andere van die student verwag word om sekere wette, ordonnansies en hofsake na te slaan. Daar word ook gereeld voorbeelde gebruik om die beginsels te illustreer.

*An introduction to law* raak al die belangrike aspekte aan wat so 'n inleidende werk behoort te dek en lig elkeen verstaanbaar toe sonder te veel klem op besonderhede. Daardeur word verhoed dat die werk te omvangryk en onhanteerbaar word. Die bondigheid van die boek doen geensins afbreuk aan die akademiese gehalte daarvan nie.

Die werk slaag uitstekend in sy doel en word sterk aanbeveel vir beginner-regstudente.

JM KRUGER

*Universiteit van Suid-Afrika*

## JONES' CONVEYANCING IN SOUTH AFRICA

by HS NEL

*Fourth edition; Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1991; xviii and 552 pp*

Price R178,00 + VAT (hard cover)

*Jones* needs no introduction, and certainly not for conveyancers and other legal practitioners. Since the publication of the first edition in 1963 it has established itself as a classic and indispensable work of reference for anyone concerned with conveyancing,

while its standing in this field is confirmed and underlined by the publication of the fourth edition.

The basic tried and proven format of *Jones* has been retained in this edition, while a useful index to sections of the Deeds Registries Act 47 of 1937 has been added to facilitate cross-referencing. New cases and legislation have been worked into the original text, and new sections have been added to discuss important changes such as the amendments of section 17 of the Deeds Registries Act in terms of the Matrimonial Property Act 88 of 1984 (66 ff) and the Black Communities Development Act 4 of 1984 (497 ff).

Some sections of the new edition are, almost inevitably, already outdated or incomplete. The Sectional Titles Amendment Act 63 of 1991, the Abolition of Racially Based Land Measures Act 108 of 1991, the Upgrading of Land Tenure Rights Act 112 of 1991 and the Less Formal Township Establishment Act 113 of 1991 have affected and will further affect various aspects of conveyancing, thereby making it necessary for readers to read chapters 4, 11, 13, 19 and 20 with due regard for these new developments. The introduction of the Minerals Act 50 of 1991 (which repeals a number of statutes such as the Mineral Laws Supplementary Act 10 of 1975 (413 ff), the Mineral Rights Act 20 of 1967 (416 ff) and others) also affect aspects of chapter 17. Further political and legal developments will no doubt exacerbate the situation and should receive attention in a further edition. New developments in the case law reported after the publication of the fourth edition and affecting the distinction between real and personal rights (see *Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds* 1990 4 SA 6145 (C)), notarial bonds (see *Cooper v Die Meester* 1992 3 SA 60 (A)) and other matters will no doubt also require attention in a further edition. These changes and amendments obviously do not detract from the usefulness and authority of *Jones*.

In general *Jones* remains an extremely useful and practical work of reference and is recommended to all property lawyers.

AJ VAN DER WALT  
*University of South Africa*

### WERKBOEK VIR STAATSREG

deur GRETCHEN CARPENTER en HENNING VILJOEN  
met SUSAN SCOTT (redakteur)

*Digma Publikasies Pretoria 1991; viii en 117 bl*

Prys R39,60 + BTW

Hierdie is die jongste toevoeging tot die Digma-werkboekreeks en poog om aan die hand van vrae en antwoorde 'n oorsigtelike beeld van die Suid-Afrikaanse staatsreg te bied. Benewens 'n inleidende gedeelte waarin riglyne vir die gebruik van die werkboek en die beantwoording van eksamen- en toetsvrae neergelê word, word in die daaropvolgende hoofstukke aandag geskenk aan die volgende temas: staatsregtelike begrippe; die geskiedenis en bronne van die staatsreg; prerogatiwe, konvensies en die partystelsel; algemene kenmerke van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 110 van 1983; die Staatspresident en die uitvoerende gesag; die Presidentsraad; die Suid-Afrikaanse wetgewer en parlementêre soewereiniteit; die regsprekende gesag; provinsiale en plaaslike regering; die nasionale (selfregerende) state in Suid-Afrika; die beskerming van basiese

regte; en ten slotte burgerskap. Aan die begin van elke hoofstuk word 'n aantal bronne wat op die betrokke tema betrekking het, in verkorte vorm weergegee. 'n Omvattende bronnelys en 'n lys van aangehaalde sake aan die einde van die werkboek rond die inhoud af.

Die 144 vrae wat aan die orde kom, is min of meer verteenwoordigend van die inhoud van 'n kursus in die staatsreg vir voorgraadse studente. Al die vrae word egter nie deur die outeurs van 'n modelantwoord voorsien nie. By sommige vrae word slegs op die doel van die vraag gewys terwyl ander vrae bloot verstrek word ter illustrasie van die soort vrae wat oor 'n bepaalde onderwerp gevra kan word. Daar moet egter steeds in gedagte gehou word dat daar oor sommige van die aangeleenthede wat deur die outeurs aangesny word, wye verskil van mening bestaan.

Die grootste gedeelte van die werkboek se inhoud hou verband met wetgewing wat grondliggend is aan die huidige konstitusionele onderhandelingsproses, te wete die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 110 van 1983, die Wet op Provinsiale Regering 69 van 1986, die Wet op Streeksdiensterade 109 van 1985 en die Wet op Burgerskap van die Selfregerende Gebiede 26 van 1970. As gevolg van die veranderinge wat die onderhandelingsproses na alle waarskynlikheid binne die afsienbare toekoms op staatsregtelike gebied gaan meebring, moet noodwendig aanvaar word dat die lewensduur van die werkboek betreklik kort sal wees. Dit behoort egter tans nog 'n nuttige hulpmiddel vir beide student en dosent te wees.

Die tegniese versorging van die boek is besonder goed en die publikasie is ook in Engels beskikbaar.

GERRIT FERREIRA

*Potchefstroomse Universiteit vir CHO*

## **DIE STRAFPROSESWET 51 VAN 1977**

saamgestel deur OJ BARROW

*Vierde uitgawe; Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1992; 287 bl*

Prys R49,50 (sagteband)

Die boek is 'n nuttige sagtebanduitgawe en die formaat daarvan verskil nie van sy voorgangers nie. Die boek bevat die volgende: die volledige teks van die Strafproseswet 51 van 1977, regulasies wat kragtens die Strafproseswet afgekondig is, 'n sakeregister met verwysing na die betrokke artikel langs elke saak en 'n algemene indeks wat alfabeties volgens onderwerp met verwysing na die relevante artikel(s) opgestel is.

Die boek bevat ook uittreksels uit ander wette wat by die Strafproseswet tersaaklik is, onder meer die Strafwysigingswet 1 van 1988 wat onder andere handeling gepleeg onder die invloed van sekere stowwe strafbaar maak, en die Wysigingswet op die Bewysreg 45 van 1988 wat die bepaling rakende hoorsê-getuienis uiteensit. Dit is jammer dat die samesteller nie insgelyks die tersaaklike bepaling van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965 betreffende dokumentêre getuienis, waarna spesifiek in artikel 222 van die Strafproseswet verwys word, in hierdie afdeling gereproduseer het nie.

Wat die sakeregister betref, kan die feit dat die samesteller aan die begin van die register 'n lys van vyf en twintig sake gee sonder 'n beskrywende verwysing of enige aanduiding waarom die sake ingesluit word of waaroor dit handel, gekritiseer word. Die lys sake



bevat beslissings oor verskeie onderwerpe in die strafprosesreg waarvan sommige maklik by 'n tersaaklike artikel ingepas sou kon word.

Die boek is nie 'n handboek oor die strafprosesreg nie en gee nie voor om meer te wees as wat die titel aandui nie. Die samesteller kan gelukgewens word met die akkurate weergawe van die Strafproseswet en die wysigings daarop. Wetgewing tot en met Januarie 1992 is bygewerk. Die boek is in 'n hanteerbare grootte gedruk en word teen 'n bekostigbare prys bemark.

Die boek is ook in Engels beskikbaar.

JP SWANEPOEL  
*Universiteit van Suid-Afrika*

### LABOUR LAW

TW BENNET, DJ DEVINE, DB HUTCHISON, I LEEMAN,  
CM MURRAY and D VAN ZYL SMIT (editorial board)

*Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1991; 154 pp*

Price R80,00 (soft cover)

This book, which was first published as *Acta Juridica 1990*, consists of eight essays written by various well-known South African labour-law and industrial relations experts. The essays cover a number of important and relevant topics in the labour field.

The essay by Chris Albertyn (1 – 21) on the causes, nature, extent and effects of alcohol abuse and dependence in employment should be of great value to all parties in the labour field. Albertyn also considers methods of identification, treatment and monitoring of alcohol abuse and dependence and makes proposals for fair labour practices by employers faced with alcohol-abusing or dependent employees. He recommends that employers develop an alcohol policy and proposes a model agreement which could constitute the basis of agreement between an employer and the relevant trade union, to tackle the problem.

Martin Brassey's essay (22 – 44), which deals with the nature and effect of impossibility of performance of a contract of employment, should be of interest to employers faced with the situation where an employee is rendered unable to perform in terms of his contract of employment as a result of a superior force such as *vis major* or *casus fortuitus*. In this regard Brassey considers the nature of the relief for impossibility of performance, the extent to which counter-performance by the other contracting party should be made as well as the possibility of termination of the contract of employment.

Davis's contribution (45 – 72) deals with voluntarism in collective bargaining and should be of interest to all parties in the labour field – particularly in view of his distinction between voluntarism at macro- or collective level and at micro- or enterprise level. His attempt to forecast the extent of legal intervention in collective bargaining under a new government, further enhances the relevance of his essay.

Barney Jordaan considers the present day relevance of the contract of employment in the employment relationship (73 – 88) and advances interesting, albeit controversial, reasons for his contention that the contract's role has diminished. He submits that there is a need for a fresh conceptual approach to the employment relationship and finds the

outline for it in the notion of *membership*. In terms of this approach, the foundation of the parties' relationship is not the contract of employment, but their membership of a particular industrial community.

In his essay (89 – 99) Landman distinguishes between freedom of association, disassociation and non-association. Non-association is discussed with particular reference to paragraph (j) of the definition of an unfair labour practice in section 1 of the Labour Relations Act 28 of 1956 as amended (hereafter the act), as it read between 1 September 1988 and 30 April 1991, and the closed shop. The said definition was substituted by another on 1 May 1991 and the new definition did not contain a clause similar to that of paragraph (j). It is submitted, however, that this does not invalidate the author's arguments as the new definition is wide enough to cover the essence of the said paragraph. Furthermore, section 1(4) of the act could also cause the author's arguments to remain valid. The value of this contribution is also enhanced by the speculations in regard to the relevance of freedom of association, disassociation and non-association under a bill of rights.

The contribution by Le Roux (100 – 112) has considerable value for all parties involved in unfair dismissal proceedings before the industrial court as it contains guidelines in regard to the question on whom the *onus* of proof would rest where the evidential scales are evenly balanced and a conclusion as to the correctness of either factual version cannot be reached.

The essay written by Catherine O'Regan (113 – 132) is extremely interesting, especially in view of the fact that worker participation in corporate decision-making is receiving greater attention in South Africa and will probably become a very important issue in the future. The importance of this essay lies in the author's analysis of the various methods that may be used to introduce some level of worker participation.

In their contribution (133 – 143), Pretorius and Pitman convincingly argue that the common law affords protection and offers recourse to employers, such as farm labourers, who are unfairly dismissed while excluded from the act as well as other particular statutes.

This book should be an asset to everyone involved in the labour field.

ELIZE STRYDOM  
*University of South Africa*

**DIE WET OP DIE HOOGGEREGSHOF 59 VAN 1959  
EN DIE WET OP LANDDROSHOWE 32 VAN 1944**

deur HJ ERASMUS en OJ BARROW

*Sesde uitgawe; Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1992; 517 bl*

Prys R86,02 (sagteband)

Hierdie werk begin al haas onontbeerlik raak vir menige gebruiker daarvan en het sinoniem geword met die vinnige naslaan van inligting. Dié kenmerk is in die sesde uitgawe verder verbeter deur die invoer van enkele veranderinge.

Soos in die verlede, is alle wysigings tot die tersaaklike wette en reëls in die werk op datum gebring (in hierdie geval tot op 1991-11-11). Dit geld ook verwysings na gerapporteerde hofsake wat met die wette en reëls handel. Nou word egter ook die volgende

ingesluit: opsommings van sowel sake wat beslis is as veranderings wat aangebring is aan die wetgewing en reëls sedert publikasie van die vorige uitgawe asook 'n sogenaamde Periodieke Tydtafel. Laasgenoemde is 'n gids vir die vinnige naslaan van die verskeie tydspanne waarvoor daar in die wet en reëls voorsiening gemaak word.

Hierdie veranderinge het meegebring dat die werk in drie, in plaas van die gebruikelike twee, hoofde verdeel word. Elke deel word deur 'n gekleurde blad afgebaken. Deel C bevat bogenoemde opsommings asook die Periodieke Tydtafel. Hierdie toevoegings behoort by alle gebruikers groot byval te vind aangesien dit uiters nuttig is; in so 'n mate dat daar gehoop word dat die opsomming van besliste sake mettertyd in 'n kumulatiewe opsomming sal ontwikkel.

Soos in die verlede is die werk ook in Engels beskikbaar.

E HURTER  
Universiteit van Suid-Afrika

5.

*In general, a civil court, in a defamation case, awards damages to solace plaintiff's wounded feelings and not to penalise or to deter the defendant for his wrongdoing nor to deter people from doing what the defendant has done. Clearly punishment and deterrence are functions of the criminal law, not the law of delict. Only a criminal court passes sentence with the object of inter alia deterring the accused, as well as other persons, from committing similar offences in future; it is not the function of a civil court to anticipate what may happen in the future or to 'punish' future conduct (per Hattingh J in *Esselen v Argus Printing and Publishing Co Ltd* 1992 2 SA 764 (T) 771).*











