



Universiteit van Pretoria

**DELIKTEREG 1985 — 'N BESINNING OOR
TEORIE, PRAKTYK EN ONDERRIG**

PROF T J SCOTT

CURRICULUM VITAE

VAN PROF T J SCOTT BY GELEENTHEID VAN SY INTREEREDE AS
PROFESSOR EN HOOFD VAN DIE DEPARTEMENT ROMEINS-
HOLLANDSE REG EN INTERNASIONALE PRIVAATREG OP 9 MEI 1985
OM 19:30 IN DIE SENAATSAAL

Tobias Johannes Scott is op 10 November 1946 te Queenstown gebore. Hy matriculeer in 1963 aan die Hoër Skool Matielokaar te Johannesburg, waar hy hoofman was, met 'n onderskeidings, waarna hy in 1966 en 1968 aan die Universiteit van Pretoria die eerste BA en LLB (beide summa laude) verwerf. In 1971 verwerf professor Scott die graad BAd (Korollatyn) (cum laude) aan UP. Hy promoveer gedurende 1970 aan die Riksuniversiteit te Leiden (Nederlande) met 'n proefskrif getiteld "Die Geskiedenis van die Gelykheid van Akteer op grond van Omgewings Daad in die Suid-Afrikaanse

DELIKTEREG 1985 — 'N BESINNING OOR TEORIE, PRAKTYK EN ONDERRIG

Departement Handelsreg te UP en in 1968 'n students-assistent in die Departement Romeins-Hollandse Reg en Internasionale Privaatreg alhier. Van 1968 tot Januarie 1970 was hy 'n hofreg, graad A in die Departement Romeins-Hollandse Reg en Internasionale Privaatreg, waarna hy in 1970 tot senior hofreg bevorder is. In Januarie 1972 word hy tot onderwyser en in Julie 1975 tot volle professor in dieselfde departement bevorder. Op 1 Julie 1984 is hy as professor in en hoof van die Departement Romeins-Hollandse Reg en Internasionale Privaatreg aangestel.

Sedert Februarie 1982 is professor Scott redakteur van die erikskeurclassie "De Delicta". Vanaf 1982 tot 1984 het hy as subredakteur "De Delicta" en "De Regime Romeins-Hollandse Reg" gedien en sedert 1982 is hy op die redaksiekomitee van "South African Current Law". Vanaf 1978

PROF T J SCOTT

Intreerede gelewer op 9 Mei 1985 by die aanvaarding van die Professoraat en Hoofskap van die Departement Romeins Hollandse Reg en Internasionale Privaatreg, Fakulteit Regsgeleerdheid aan die Universiteit van Pretoria.

Daar het reeds 30 wetenskaplike publikasies in Regstrykte en professor Scott se pen verskyn, asook verskeie hoofstukke in standaard-handboeke.

Professor Scott is gedurende 1972 met Susan van der Vyver getroud en twee kinders is uit die huwelik gebore.

Dit is nou vir my 'n genot om professor Scott te versoek om sy intreerede te lewer oor die onderwerp Deliktereg 1985 — 'n besinning oor teorie, praktyk en onderrig.

CURRICULUM VITAE

VAN PROF T J SCOTT BY GELEENTHEID VAN SY INTREEREDE AS
PROFESSOR IN EN HOOF VAN DIE DEPARTEMENT ROMEINS-
HOLLANDSE REG EN INTERNASIONALE PRIVAATREG OP 9 MEI 1985
OM 19h30 IN DIE SENAATSAAL

Tobias Johannes Scott is op 10 November 1945 te Queenstown gebore. Hy matrikuleer in 1963 aan die Hoër Seunskool Helpmekaar te Johannesburg, waar hy hoofseun was, met ses onderskeidings, waarna hy in 1966 en 1968 aan die Universiteit van Pretoria die grade BA en LLB (beide *cum laude*) verwerf. In 1971 verwerf professor Scott die graad BA(Hons)(Latyn) (*cum laude*) aan UP. Hy promoveer gedurende 1976 aan die Rijksuniversiteit te Leiden (Nederland) met 'n proefskrif getiteld "Die Geskiedenis van die Oorfliktheid van Aksies op grond van Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg".

In 1967 was professor Scott 'n studente-assistent in die Departement Handelsreg te UP en in 1968 'n studente-assistent in die Departement Romeins-Hollandse Reg en Internasionale Privaatreg alhier. Van 1969 tot Januarie 1970 was hy 'n lektor, graad A in die Departement Romeins-Hollandse Reg en Internasionale Privaatreg, waarna hy in 1970 tot senior lektor bevorder is. In Januarie 1976 word hy tot medeprofessor en in Julie 1976 tot volle professor in dieselfde departement bevorder. Op 1 Julie 1984 is hy as professor in en hoof van die Departement Romeins-Hollandse Reg en Internasionale Privaatreg aangestel.

Sedert Februarie 1982 is professor Scott redakteur van die ensiklopediese werk *The Law of South Africa*. Vanaf 1982 tot 1984 het hy as subredakteur van die *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* gedien en sedert 1983 is hy op die redaksiekomitee van *South African Current Law*. Vanaf 1979 tot 1984 het professor Scott ook op die redaksiekomitee van *De Jure* gedien. In Desember 1983 is professor Scott deur die Staatspresident as *ad hoc*-lid van die Suid-Afrikaanse Regskommissie aangestel. Sedert Junie 1984 is hy president van die Suider-Afrikaanse Vereniging van Regshistorici.

Daar het reeds 39 wetenskaplike publikasies in Regstydskrifte uit professor Scott se pen verskyn, asook verskeie hoofstukke in standaard-handboeke.

Professor Scott is gedurende 1972 met Susan van der Vyver getroud en twee kinders is uit die huwelik gebore.

Dit is nou vir my 'n genoeë om professor Scott te versoek om sy intreerede te lewer oor die onderwerp *Deliktereg 1985 — 'n besinning oor teorie, praktyk en onderrig*.

DELIKTEREG 1985 — 'N BESINNING OOR TEORIE, PRAKTYK EN ONDERRIG

Meneer die vise-kanselier, meneer die dekaan, lede van die raad, rektorat en senaat, kollegas, dames en here —

1. INLEIDING

In hierdie rede word 'n besondere afdeling van die vakgebied Romeins-Hollandse reg (soos dit aan die Universiteit van Pretoria bekendstaan)¹, te wete die deliktereg of reg insake onregmatige daad² aangesny, nie alleen omdat hierdie afdeling in 'n dinamiese ontwikkelingsfase verkeer nie, maar ook omdat 'n bespreking daarvan 'n goeie aanknopingspunt bied om menings uit te spreek oor die vakgebied Romeins-Hollandse reg in die breë en ook oor regsgebiede wat streng gesproke buite die omskrywing van "Romeins-Hollandse reg" val.

Die deliktereg is 'n terrein waarop ons regsprekers oor die laaste paar dekades besonder besig was met die aanpassing van eeue-oue regsreëls by moderne omstandighede. Hoewel ek self 'n voorstander is van die sogenaamde regs-historiese metode van navorsing en onderrig, dwing 'n onbevange beskouing van die moderne positiewe reg my om baie meriete te sien in Boberg³ se "belief in the aphorism of Proculus Redivivus⁴ that a country's law can be

¹ In teenstelling met die meer algemene term "privaatreg". Die term "Romeins-Hollandse reg" is aanduidend van herkoms, terwyl "privaatreg" die presiese afbakening van die norme van hierdie vakgebied ten doel het. Beide terme gaan mank aan gebreke. Om met 'n enkele voorbeeld in elk van die gevalle te illustreer: die Romeins-Hollandse herkoms van die meeste vakgebiede op Suid-Afrikaanse regsterrein staan bo twyfel vas, tog sou mens nie daarvan droom om van die Suid-Afrikaanse strafreg as "Romeins-Hollandse reg" te praat nie; binne die grense van Suid-Afrika is daar ook regstelsels naas die "privaatreg" wat verhoudings tussen individue reël, bv die reëls wat familieregtelike verhoudings tussen lede van die inheemse bevolkings-groepe reël — Ig reëls is ook in wese "privaatreg". Die oplossing lê moontlik in die kwalifisering van lg term tot "Suid-Afrikaanse privaatreëls".

² Sien Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1966) vii waarin die term "onregmatige daad" primêr om bloot taalkundige redes gepropageer word aangesien die gebruik van die term "deliktereg" sou kon dui op die mistasting dat ons reg veelvuldige "delikte" ken. Afgesien van enige meriete van so 'n argument teen die term "deliktereg" word hierdie term vervolgens aangewend nie alleen vanweë die gemaklike bondigheid daarvan nie, dog ook om historiese redes: die term *delictum (privatum)* is al van vroeë Romeinse tye in swang om 'n onregmatige daad aan te dui. Verdere verwysings is na die 5e uitg (1984).

³ *The Law of Delict* (1984) v.

⁴ "South African Law at the Crossroads or What is our Common Law?" 1965 SALJ 17 24. Vir 'n kritiese evaluering van Proculus Redivivus se beskouings sien Mostert "Die Romeins-Hollandse Reg in Oënskou" (Publikasies van die Universiteit van Pretoria nr 49).

found in the last thirty years of its law reports' ".⁵ Soos later in meer besonderhede aangetoon word, is die deliktereg oor die laaste jare ook by uitstek 'n gebied waarop akademië navorsing gedoen het, soos die groot aantal doktrale verhandelinge en handboeke getuig. 'n Mens sal ook nie maklik 'n regsgebied kry waar die wisselwerking tussen teorie en praktyk groter is nie⁶ — trouens, die "akademiese stempel" wat ons positiewe deliktereg dra, is onmiskenbaar.⁷ Wat hierdie belangrike afdeling van die reg des te interessanter maak, is die feit dat dit nog altyd tot hewige meningsverskil aanleiding gegee het,⁸ en dat dit waarskynlik tot in lengte van dae 'n strydperk sal bied vir veglustige (en minder strydlustige) juriste, akademies- sowel as praktyksgeoriënteer, want selfs oor 'n fundamentele omskrywing van die deliktereg bestaan daar vandag nie algehele eenstemmigheid nie.⁹

Vir doeleindes van 'n praktiese omskrywing wat teoreties 'n suiwer grondslag bied vir die naspeuring en uitbouing van beginsels, kan daar myns insiens nie maklik verbeter word op Van der Merwe en Olivier se definisie van 'n delik as 'n onregmatige en skuldige handeling wat aan 'n ander skade of persoonlikheidsnadeel veroorsaak nie; die deliktereg, as komponent van die verbintenissreg en onderafdeling van die vermoënsreg, het ten doel om aan te dui wanneer 'n delik gepleeg is en om reëls daar te stel waarvolgens 'n gekrenkte vergoed kan word vir die nadeel wat hom aangedoen is.¹⁰

2. HISTORIESE OORSIG

2.1 Algemeen

Afgesien van moderne konsepte oor die aard en struktuur van ons deliktereg,

⁵ Vgl McKerron *The Law of Delict* (1964) ("Preface"): "(N)o branch of a living system of law can remain static — more particularly this branch, as is shown by the fact that in almost every civilized country today the law governing liability for civil wrongs is the most dynamic branch of the law. In fact, this branch of our law has grown and developed more than any other branch ..." Verdere verwysings is na die 7e uitg (1970).

⁶ Sien Boberg tap.

⁷ Vgl bv die uitspraak van r Mostert in *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T).

⁸ Vgl bv die toon van twee uiteenlopende resensies van die eerste uitgawe van Van der Merwe en Olivier se reedsvermelde werk: In 'n heel opbouende trant konkludeer Stuart 1967 SALJ 362 368: "Despite its faults, this book — which is well presented and written in an exciting, if dogmatic style — will prove to be invaluable. It is the De Wet and Swanepoel of our law of delict." Die einste vermelde De Wet 1970 THRHR 68 69 deel nie hierdie entoesiasme nie en verklaar: "Met die uitsondering van Hoofstukke 4 en 5 is die werk geskryf in 'n onaantreklike, bombastiese styl, wat nie maar net van gebrek aan taalvaardigheid getuig nie, maar ook van onafgeronde denke. Verder word die werk ontsier deur snaaksiahede."

⁹ Vgl bv MacIntosh en Norman-Scoble *Negligence in Delict* (1970) 2; McKerron 5; Van der Walt *Delict: Principles and Cases* (1979) 2; Van der Merwe en Olivier 1.

¹⁰ Van der Merwe en Olivier tap.

kan sonder vrees vir teëspraak gekonstateer word dat hierdie vertakking van ons privaatrek stewig geanker is in ons gemeenregtelike verlede.¹¹ Die ganse *corpus* van Romeinsregtelike en Romeins-Hollandsregtelike reëls (ja selfs dié van die Europese *ius commune* wat na die elfde eeu ontstaan het en tot aan die einde van die vorige eeu gedy het) wat betrekking het op *obligationes quae ex delicto nascuntur*, vorm 'n basis vir die beantwoording van die twee fundamentele vrae hierbo vermeld.

Hoewel dit nie streng binne die tema van hierdie onderwerp val nie, wil ek 'n bondige stellingname waag met betrekking tot 'n bronneteorie insake ons "gemene reg". (Welke term ek los wil skrywe!) Reeds gedurende die eerste studiejaar word aan menige student voorgelê dat een van ons regsbronne die "gemene reg" is. Enersyds word die term in 'n enge sin gebruik om "Romeins-Hollandse reg" enkel en alleen aan te dui, dit wil sê die norme soos weergegee in die werke van ou skrywers wat slegs oor die reg van die provinsie Holland geskryf het.¹² Andersyds is daar diegene wat ons gemene reg beskou as die Europese *ius commune*, dit wil sê die regsgeleerde wysheid wat geakkumuleer is rondom die primêre kenbronne van die Romeinse reg, meer in besonder die *Corpus Iuris Civilis*.¹³ Ek voel myself meer aangetrokke tot laasvermelde standpunt, aangesien dit myns insiens sinloos sou wees om vir die huidige te wil terugkeer na 'n "suiwer", enge siening van die term "Romeins-Hollandse reg", gesien die feit dat ons positiewe reg reeds wemel van verwysings na nie-Hollandse kenbronne en dit bykans gebruiklik geword het om in regsproefskrifte met 'n historiese karakter die ontwikkeling van regsinstellings na te spoor vanaf die glossatoretydperk tot selfs na die "formele" verdwyning van die sogenaamde Romeins-Hollandse reg met die kodifikasie in Nederland aan die begin van die negentiende eeu. Trouens, die onhoudbaarheid van so 'n standpunt openbaar sigself daarin dat 'n letterlike interpretasie van die term "Romeins-Hollandse reg" ons waarskynlik sal noop om dit te beskou as aanduidend van die geskryfte van Hollandse skrywers wat op die tydperk van volksplanting aan die Kaap, dit wil sê 6 April 1652, bestaan het.¹⁴

Dit is myns insiens noodsaaklik om die term "Romeins-Hollandse reg" met die grootste versigtigheid te bejeën. Van den Heever¹⁵ se uiteensetting kan as 'n akkurate identifisering van ons terminologieprobleem beskou word:

¹¹ Vgl bv Wessels *History of the Roman-Dutch Law* (1908) 395 ev; Van der Walt 11—20; Van der Merwe en Olivier 5—16.

¹² Sien De Wet "Die Ou Skrywers in Perspektief" 1975 1 *Codicillus* 4 6.

¹³ Vgl bv Pauw "Die Romeins-Hollandse Reg in Oënskou" 1980 *TSAR* 32.

¹⁴ Vir 'n omvattende evaluasie van die houding van ons moderne regsprekers jeens die "Romeins-Hollandse reg", sien Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* (1979) veral 477 ev.

¹⁵ *The Partiarian Agricultural Lease in South African Law* (geen datum vermeld) 6—7.

"It has repeatedly been held that, whatever the true interpretation of Roman *leges* may be, our Courts should give effect to that interpretation which has been adopted by the Dutch Courts and approved by the jurists and practitioners of the seventeenth and eighteenth centuries ... This rule, however, is subject to an obvious limitation. The opinions of Voet, Bynkershoek and others are not binding upon us by virtue of a kind of law of citations according to which we count heads and bow to the majority ...; these authorities merely function as witnesses on the question to what extent Roman Law had been received in the Netherlands. When, therefore, their opinions turn upon academic questions or relate to obsolete forms of action, their writings are no more binding upon us than those of Hammurabi. Were we bound to follow Dutch writers and them alone, there would be no point in consulting French, Italian, German, Spanish and Belgian authorities; these are constantly quoted in our Courts and rightly, for "Roman-Dutch" Law is really a misnomer; that system was for centuries the common law of Western Europe."¹⁶

Die feit dat ek my met hierdie stelling vereenselwig, mag moontlik u wenkbroue laat lig, veral in die lig van die benaming van die departement waarvan ek die hoofskap aanvaar het: my vraag is of dit nie tyd geword het — historiese, akademiese, persoonlike, piëteits- en selfs emosionele oorwegings ten spyt — vir 'n naamsverandering nie. Die oorwegend aangewende "privaatreg" skyn myns insiens tog maar die verkieslikste te wees as aanduidend van die ware aktiwiteite van ons departement.

2.2 Romeinsregtelike basis en die *actio legis Aquiliae*

Om terug te keer tot die deliktereg as sodanig. Die Romeinse reg word allerweë erken as die suiwer basis van ons moderne deliktereg. Die terminologie wat ons aanwend, is Romeinsregtelik-georiënteerd en die algemene beginsels vir aanspreeklikheid is in 'n groot mate die produk van die geskiedkundige ontwikkeling van die oorspronklike begrippe van die Romeinse reg.¹⁷ Deliktuele aanspreeklikheid berus *byna* uitsluitlik op die beginsels van die *actio legis Aquiliae* ('n *plebiscitum* uit die jaar 287 vC) en die *actio iniuriarum* (waarvan die eerste beginsels reeds terug te voer is na die Twaalf Tafelwet van 450 vC).¹⁸ Hierdie ou aksies is die grondslag vir die meeste moderne eise om skadevergoeding vir vermoënskade en genoegdoening vir opsetlike persoonlikheidskrenking. Naas hierdie twee aksies bestaan daar ook nog 'n derde wat as grondslag dien vir ons moderne genoegdoeningseise weens skok, pyn en leed, ontsiering van die liggaam, verlies van lewensgenot, benadeling van die gesondheid, verkorte lewensverwachting en persoonlikheidsverandering as gevolg van optrede wat nie noodwendig met opset gepaard gaan nie. Hoewel vroeër redelik algemeen aangevoer is dat die beginsels van die *actio legis Aquiliae* só

¹⁶ Vgl ook Visagie *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652—1806* (1969) 72.

¹⁷ Van der Walt 11.

¹⁸ Hahlo en Kahn *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* (1960) 502—503.

aangepas is dat dit ook as grondslag kan dien vir genoegdoeningseise,¹⁹ word vandag redelik algemeen aanvaar dat die grondslag vir hierdie tipe genoegdoeningseise terug te voer is na die Germaanse en plaaslike Nederlandse gewoontereg,²⁰ terwyl al aangetoon is dat die oorsprong selfs nog meer obskuur kan wees.²¹

'n Historiese feit waarmee moderne navorsers nie altyd genoeg rekening hou nie, is dat die suiwer Romeinsregtelike onderbou van ons deliktereg oor die grense strek van dit wat ons vandag as "deliktereg" beskou. Saakbeskadiging en opsetlike persoonlikheidskrenking het naamlik aanleiding gegee tot 'n proses waarin 'n skuldige dader nie primêr tot skadevergoeding of genoegdoening (De Groot sou in die sewentiende eeu praat van "weder-evening") veroordeel is nie, maar tot die betaling van 'n strafsom, die sogenaamde *poena* of privaatstraf.²² Die rede vir die sisteem van privaatstraf kan gevind word in die Romeinse se onvoldoende strafregstelsel. Selfs teen die einde van die Republikeinse tydperk (plus minus 287 nC) het hul administratiewe stelsel nog veel te wense oorgelaat, sodat daar geen moontlikheid bestaan het om 'n effektiewe strafregmeganisme, soos ons dit vandag ken, uit te bou nie. Onder hierdie omstandighede het die private strafaksies soos die *actio legis Aquiliae* en die *actio iniuriarum* as aanvulling tot die onbevredigende strafregstelsel gedien.²³

Dit is my kontensie dat die moderne beginsels van die *actio iniuriarum* nog tekens van sy antieke strafkarakter toon: om geen ander rede nie kan byvoorbeeld die passiewe onoorerflikheid van die moderne aksie verklaar word.²⁴ Daar kan verder nie sonder meer aanvaar word dat *alle* beginsels van Romeinsregtelike privaatstrafaksies wat op die verhaal van vermoënskade gemik is, in die moderne verskyningsvorm van die *actio legis Aquiliae* "saamgetrek" is nie — 'n tendens waartoe die oorgrote meerderheid moderne navorsers neig.²⁵ As noodwendige implikasie hou dit in dat 'n mens nie meer die beginsels van die oorspronklike aksies (asook die ontwikkelinge ten aan-

¹⁹ Sien van der Merwe en Olivier 237 ev en veral gesag aangehaal op 240 vn 4. Die stelling word ook soms — onakkuraat, egter — gemaak dat die *actio iniuriarum* die grondslag vir alle genoegdoeningseise vorm. Vgl Hahlo en Kahn *The South African Legal System and its Background* (1973) 123: "The latter (*actio iniuriarum*) is a general remedy for any unlawful aggression upon the person, dignity or reputation of another."

²⁰ *Hoffa v SA Mutual Fire and General Insurance Co* 1956 2 SA 944 (K).

²¹ Vgl Olivier *Die Aksie weens die Nalatige Veroorsaking van Pyn en Lyding* (1978); Pauw "Aspects of the Origin of the Action for Pain, Suffering and Disfigurement" 1977 *TSAR* 244.

²² Vgl Scott *Die Geskiedenis van die Oorerflikheid van Aksies op grond van Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (LLD-proefskrif Leiden 1976) 2 veral gesag in vn 6 aangehaal.

²³ Scott 2—3.

²⁴ Scott 198—199; vgl ook Van der Merwe en Olivier 237; Boberg 521.

²⁵ Vgl Hosten, Edwards, Nathan en Bosman *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Reg en Regsleer* (1979) 492; Van der Walt 11 ev; Van der Merwe en Olivier 5 ev.

sien van daardie remedies in die *ius commune*) wat ook 'n skadevergoedingsfunksie gehad het, sal probeer naspour in jou soeke na oplossings vir probleme van ons dag nie. Om op dié wyse 'n pennestreek te trek deur 'n groot deel van ons broneskat, naamlik dié met betrekking tot byvoorbeeld die *actio doli*,²⁶ die *actio quod metus causa*,²⁷ die *actio Pauliana*,²⁸ die *actio negatoria*,²⁹ die *actio ad exhibendum*,³⁰ die *condictio furtiva*,³¹ die *actio aquae pluviae arcendae* en die *interdictum quod vi aut clam*³² is onaanvaarbaar, veral in die lig van die feit dat die positiewe reg nog *eo nomine* na hierdie bronne verwys en hulle in 'n mindere of meerdere mate toepas.

Dit word wel deeglik besef dat ons nie vandag etikette aan ons pleitstukke plak³³ om aan te dui met welke *actiones* of remedies ons optree nie; wat ons wel doen, is om die *beginsels* van ons gemeenregtelike aksies aan te wend ten einde na oplossings te soek en ons litigasie te voer. Indien hierdie gedagte voortdurend voor oë gehou word, is dit nie duidelik hoe die beginsels van die *actio legis Aquiliae* dié van byvoorbeeld die ontwikkelde *actio ad exhibendum* "verdring", "ingesluk" of "geabsorbeer" het nie. Die bestaan van die beginsels met betrekking tot die afsonderlike aksies is 'n historiese feit waaraan nie *ex post facto* verander kan word nie. Om byvoorbeeld te verklaar dat "ons ... geen rede (kan) sien waarom hierdie aksie (die *actio ad exhibendum*) 'n eie bestaansreg en 'n eie naam sal bly behou nie en ... aan die hand (doen) dat die *actio ad exhibendum* as 'n verskyningsvorm van die *actio legis Aquiliae* gesistematiseer behoort te word"³⁴ is regshistories beskou nie alleen

²⁶ D 4 3. Sien bv Lawson *Negligence in the Civil Law* (1968) 26; Van Heerden *Grondslae van die Mededingingsreg* (1961) 213; McKerron 8. Vgl *contra* Price 1949 SALJ 171 173–174; Van der Merwe en Olivier 224–225.

²⁷ D 4 2; Groenewegen *De Leg Abr ad C* 4 44 1; Voet *Commentarius* 4 2 1, 4 2 8; Salter v Haskins 1914 TPD 264; *Union Government v Gowar* 1915 AD 426. Vgl in die besonder Olivier "Onregmatige Vreesaanjaging" 1965 THRHR 187; Van der Merwe en Olivier 225–226.

²⁸ *Inst Just* 4 6 6; D 22 1 38 8; 42 8 1; Van Leeuwen RHR 2 7 8 9; De Groot *Inleiding* 2 5 4; Voet *Commentarius* 42 8 1–20; Van der Keessel *Th* 200. Sien De Wet en Van Wyk *De Wet en Yeats Suid-Afrikaanse Kontrakte- en Handelsreg* (1978) 482; Van der Merwe en Olivier 227 255–257.

²⁹ Huber HR 44 2 16; Voet *Commentarius* 7 1 1, 7 6 3; Moller v SAR & H 1969 3 SA 374 (N). Sien verder Van der Merwe en Olivier 227–228.

³⁰ *Leal & Co v Williams* 1906 TS 554 558; *Van der Westhuizen v MacDonald and Mundell* 1907 TS 933; *Morobane v Bateman* 1918 AD 460; *John Bell & Co v Esselen* 1954 1 SA 147 (A); *Sorvaag v Pettersen* 1954 3 SA 636 (K). Sien ook *Aspeling v Joubert* 1919 AD 167; *Vulcan Rubber Works (Pty) Ltd v SAR & H* 1958 3 SA 285 (A); *Havenga v De Lange* 1978 3 SA 873 (O) 878. Vgl Van der Merwe en Olivier 228–229.

³¹ D 13 1. Sien ook *Minister van Verdediging v Van Wyk* 1976 1 SA 397 (T) en vgl De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* (1971) 38 ev; Pauw "Historical Notes on the Nature of the *Condictio Furtiva*" 1976 SALJ 395 ev; Van der Merwe en Olivier 229.

³² D 39 3 1 15–16 (*actio aquae pluviae arcendae*); D 43 24 1 pr (*interdictum quod vi aut clam*). Sien die uitvoerige behandeling van beide deur Van der Merwe *Oorlas in die Suid-Afrikaanse Reg* (LLD-proefskrif UP 1982); Van der Merwe en Olivier 229–230.

³³ Sien De Wet se boekbespreking 1970 THRHR 68 75.

³⁴ Van der Merwe en Olivier 229.

sinloos nie — die toepassingsgebied van beide was altyd nog duidelik afgebaken — dog totaal onnodig. Waarom moet alle moderne skadevergoedingsaksies dan opsluit Aquilies van aard wees? Bespeur ons nie hier 'n neiging nie om die beginsels van "moderne" Aquiliese aanspreeklikheid te vereenvoudig tot 'n enkele breë deliktuele beginsel vir aanspreeklikheid op grond van onregmatige en skuldige optrede, soos aan te tref is in die bepaling van artikel 1401 van die Nederlandse *BW*, artikel 1382 van die Franse *Code Civil* of artikel 823 van die Duitse *BGB* (om maar met voorbeelde van drie kodifikasies te volstaan)? Dat die *actio legis Aquiliae* waarskynlik reeds sy sogenaamde "logiese eindontwikkeling" bereik het, sodat op basis van Aquiliese beginsels skadevergoeding vir bykans alle vorme van sodanige onregmatige en skuldige optrede gevorder kan word, word nie betwis nie,³⁵ dog om in die konsep "logiese eindontwikkeling van die Aquiliese aksie" in te lees dat alle ander gemeenregtelike remedies gerig op skadevergoeding meteens soos mis voor die son verdwyn het, gaan eenvoudig nie op nie. Sou dit wel die geval wees, bevind die *corpus* van reëls van die ontwikkelde *actio legis Aquiliae* hom vandag in dieselfde posisie as dié waarin die reëls van die Engelse "law of torts" baie dekades lank hier te lande verkeer het, naamlik in die rol van 'n koekoek.³⁶ Die gevolgtrekking waartoe ek oor hierdie bepaalde aangeleentheid wil kom, is dat die moderne navorser hom vir doeleindes van studie nie moet beperk tot sekere gedeeltes van die ou bronne nie, dog dat die ganse spektrum van dit wat ons deur 'n moderne bril as "deliktereg" sou beskou, onder die loep geneem behoort te word.

2.3 Probleme

Dit is juis in hierdie laaste opsig dat die teoretiese naspouring van beginsels in ons gemene reg probleme kan verskaf:

- a. In die eerste plek bied ons ou bronne nie 'n handige vindplaas vir wat ons vandag die algemene beginsels van die deliktereg sou noem nie; relevante beginsels is oor die lengte en breedte van die *Corpus Iuris Civilis* versprei. Die beginsels van Aquiliese aanspreeklikheid is byvoorbeeld in die negende en dié ten aansien van aanspreeklikheid ingevolge die *actio iniuriarum* in die 47ste boek van die *Digesta* opgeteken. Insgelyks vorm spesifieke gedeeltes van ons ou broneskat waarin delikteregbeginsels aangetref word, 'n basis vir die terugvind van suiwer strafregbeginsels.

³⁵ Sien bv *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A); *Shell & BP SA Petroleum Refineries (Pty) Ltd v Osborne Panama SA* 1980 3 SA 653 (D). Vgl verder Boberg *The Law of Delict* (1984) 24 en bronne daar aangehaal.

³⁶ Vgl die nou reeds legendariese woorde van Van den Heever *Aquilian Damages in South African Law* (1944) iii mbt "the strategem of the cuckoo".

- b. In die tweede plek word straf- en delikteregbeginsels soms glad nie onderskei nie. Wessels³⁷ het reeds in 1908 hierdie probleem soos volg aangevoer:

"In the eighteenth century this distinction (viz between crimes and delicts) was clearly understood, though Dutch jurists so mixed them up that the student experiences considerable difficulty in keeping delicts separate from crimes."

Dit is trouens eers in die laat sestiende en sewentiende eeu dat Nederlandse skrywers die aandag pertinent begin vestig op die belangrike onderskeid tussen delik en misdaad, en dan ook meer spesifiek in die kader van handeling waardeer op 'n ander se vermoëns-goed inbreuk gemaak word.³⁸ Dit is veelseggend dat die breuk met die suiwer Romeinse leer van *actiones poenales ex maleficio* geïnspireer is deur plaaslike gewoonteregrels³⁹ en die beginsels van die Kanonieke reg.⁴⁰ Die belangrikste ou Romeins-Hollandse skrywers soos Hugo de Groot,⁴¹ Arnoldus Vinnius,⁴² Antonius Matthaeus II,⁴³ Simon Groenewegen⁴⁴ en Johannes Voet⁴⁵ se werke getuig van 'n begrip vir die veranderde, bloot reipersekutoriese karakter van die Aquiliese aksie.

- c. 'n Derde probleem wat die moderne bronnenvorsers konfronteer, is 'n gebrekkige kennis van die ware inhoud van die ou bronne wat hy aanwend: Sou die werke van ander bekende oud-Nederlandse outeurs soos Zoesius,⁴⁶ Paulus Voet,⁴⁷ Ulrich Huber,⁴⁸ Gerard Noodt⁴⁹ en DG van der Keessel⁵⁰ nader ondersoek word, sou die navorser kon verklaar dat al hierdie skrywers *nie* die suiwer reipersekutoriese karakter van die Aquiliese skadevergoedingseis erken het nie en steeds die strafelement in die *actio legis Aquiliae* beklemtoon het. Hierdie *prima facie* indruk word eers in die ban gedoen indien 'n mens na moeitevolle ondersoek kan konstateer dat laasvermelde skrywers sonder twyfel alleen die

³⁷ aw 704.

³⁸ Vgl Scott "Oor die Aard van ons Fundamentele Deliksaksies" 1976 *De Jure* 179 184 ev.

³⁹ Vgl Wissenbach *Disputationes Iuris Civilis disp* 58 nrs 88 96. Sien ook Imbert *Enchiridion Iuris Gallici* (1654) 276.

⁴⁰ Sien Scott 1976 *De Jure* 186.

⁴¹ *Inleidinge* 3 32 7.

⁴² *Commentarius ad Inst* 4 3 9.

⁴³ *De Crim ad D* 47 3 3 4.

⁴⁴ *De Leg Abr ad Inst* 4 3 15.

⁴⁵ *Commentarius* 9 2 12.

⁴⁶ *Commentarius ad D* 9 2 1, 47 1 1 1—3.

⁴⁷ *Commentarius ad Inst* 4 3 9 3.

⁴⁸ *Praelectiones ad Inst* 4 3 4.

⁴⁹ *Ad Legem Aquiliam Liber Singularis capp* XII XXI.

⁵⁰ *Dictata ad Inst* 4 3 9.

Justiniaanse reg, sonder inagneming van die positiefregtelike ontwikkelinge op dié gebied, behandel het.⁵¹

- d. 'n Verdere probleem vir die navorser is die verskynsel dat van die bekendste ou skrywers nooit uitvoerig aandag gee aan wat ons vandag "die algemene beginsels van deliktuele aanspreeklikheid" sou noem nie, maar slegs 'n bespreking van afsonderlike delikte bied. Hugo de Groot skrywe aldus afsonderlike rubrieke in sy *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* oor "misdaad teen het leven",⁵² "misdaad teen 't lichaam",⁵³ "hoon",⁵⁴ "lastering",⁵⁵ "misdaad teen goed",⁵⁶ en "misdaad door wet-duiding".⁵⁷ Ook die bekende Simon van Leeuwen aan wie se werk *Het Rooms-Hollandsch Recht* ons vakgebied waarskynlik sy naam dank, verskaf slegs 'n kort, algemene inleiding "Van verbintenis uit misdaad"⁵⁸ en daarna behandel hy in ses titels⁵⁹ diverse misdade/delikte soos hoogverraad, skending van die eer en goeie naam, owerspel, seduksie en saakbeskadiging. Ten spyte dus van die moderne tipering van ons deliktereg in algemene terme,⁶⁰ moet 'n mens nie uit die oog verloor dat daar in die ou bronne, soos pas vermeld, hoofsaaklik na spesifieke delikte verwys word nie. Al huldig 'n mens die mening dat die afsonderlike delikte wat skrywers soos De Groot en Van Leeuwen bespreek, maar net besondere vorme of gevalle van 'n algemeen-omskrewe onregmatige daad is,⁶¹ staar die feit jou steeds in die gesig dat dié gemeenregtelike skrywers dit goed gedink het om die algemene beginsels te "fragmenteer" tot sogenaamde "torts" (om die Engelsregtelike terminologie aan te wend), waarskynlik ten einde die toepassingsgebied van algemene beginsels vir die praktyk duideliker te maak. Andersyds sou 'n mens kan sê dat sommige van hierdie rubrieke oor afsonderlike delikte, histories beskou, afwykings toon van die uiteensetting in die "algemene" gedeeltes: vergelyk byvoorbeeld die aanspreeklikheid op grond van seduksie, in teenstelling met die algemene beginsels van *volenti non fit iniuria*.⁶² In hierdie opsig bestaan daar

⁵¹ Scott 1976 *De Jure* 187.

⁵² *Inleidinge* 3 33.

⁵³ 3 34.

⁵⁴ 3 35.

⁵⁵ 3 36.

⁵⁶ 3 36.

⁵⁷ 3 38.

⁵⁸ *RHR* 4 32.

⁵⁹ 4 33 ev.

⁶⁰ Van der Walt 2 stel dit soos volg: "The essential characteristic of the South African law of delict is that it is founded on general principles of liability."

⁶¹ Van den Heever 33 ev; Van der Walt 4 vn 10.

⁶² Vgl Van der Merwe en Olivier 93 ev.

beginselgewys — of moet 'n mens dan liever sê as aanduiding van 'n gebrek aan beginsel — nogal 'n merkwaardige ooreenkoms tussen die aanslag van sekere van ons ou skrywers aan die een kant en die Engelse "law of torts" aan die ander kant. Dit is waarskynlik waarom die invloed van die Engelse "law of torts" op die onderhawige regsgebied in Suid-Afrika so groot was: in die fragmentering van beginsels is veel gemeenskapliks gevind.

2.4 Engelse invloed

Aangesien die onderwerp oor Engelse invloed op ons Romeins-Hollandse reg steeds tot vervelens toe uitgepluis is,⁶³ weerhou ek my hier van diepsinnige bespreking en volstaan ek met enkele opmerkings: Eerstens is dit my oorwoë mening dat daar vandag 'n eie Suid-Afrikaanse reg bestaan, grotendeels opgebou uit gemeenregtelike beginsels, Engelse regskonsepte en, les bes, eie positieregtelike ontwikkeling wat in geen geringe mate nie beïnvloed is deur die dadigheid van navorsers van buite die strenge grense van die regspraktijk. Die deliktereg vorm 'n besonder goeie voorbeeld vir hierdie stelling.

In die tweede plek skyn dit selfs ironies te wees dat dié sisteem waarteen ons sogenaamde "puriste" dit het — te wete die Engelse reg — op die gebied van die deliktereg 'n fundamenteel-belangrike rol te speel gehad het ten einde juis as rigtingwyser te dien vir die doel van ontsluiting van ons gemeenregtelike broneskat. Wessels⁶⁴ erken in soveel woorde hierdie "ereskuld" teenoor die Engelse reg:

"It was, however, the influence of the great English jurists like Bentham and Austin which led English writers to draw accurate distinctions between crimes and torts, and through them we in South Africa have learnt to keep the law of delicts and quasi-delicts distinct from the law of crimes."

Derdens is dit 'n feit dat belangrike afdelings van ons moderne deliktereg konsepsueel sterk Engelsregtelik beïnvloed is en dat sekere gedeeltes selfs deur middel van statutêre bepalinge geskoei is op die lees van Engelse voorbeelde. As voorbeeld van eersvermelde stelling dien alleen verwys te word na die sogenaamde "duty of care"-konsep. Afgesien van die feit dat 'n "elementologiese" benadering tot die deliktereg⁶⁵ probleme ondervind met die kategorisering van hierdie begrip (figureer dit op die gebied van die onregmatigheids-, dan wel van die nalatigheidsbegrip?) het 'n regter die Suid-

⁶³ Sien bv Van Zyl 481—487 en gesag daar aangehaal.

⁶⁴ aw 705.

⁶⁵ Sien hieronder.

Afrikaanse deliktereg al uitdruklik tipeer as "a system where the 'duty of care' concept is entrenched".⁶⁶

Verder is ons behandeling van byvoorbeeld kousaliteit, aanspreeklikheid vir veroorsaking van emosionele skok, die afwysing van 'n deliksaksie in 'n geval waar 'n dienaar nalatig beseer is, die middellike aanspreeklikheid van 'n werkgewer vir die delikte van sy werknemer, onregmatige vryheidsberowing en aanspreeklikheid op grond van hinder/oorlas⁶⁷ sterk deur Engelse beslissings beïnvloed. As enkele voorbeeld van laasvermelde stelling word na die Suid-Afrikaanse Wet op Verdeling van Skadevergoeding van 1956⁶⁸ verwys, wat in 'n groot mate woordeliks ontleen is aan die Engelse *Law Reform (Contributory Negligence) Act* van 1945.⁶⁹

Hoewel daar vandag maklik teoreties bespiegel kan word oor die heilsaamheid of afkeurenswaardigheid van dusdanige beïnvloeding, dwing 'n onbevange, realistiese siening van die teoretiese werklikheid 'n mens om die *status quo* te aanvaar. Hoewel ek my meer simpatiek voel tot die skool van "puriste", kan die volgende stelling van Pont, hoe idealisties dit ook destyds uitgespreek is, nie meer vandag onderskrywe word nie, al is dit dan bloot om die praktiese onuitvoerbaarheid daarvan:⁷⁰

"(M)aar indien dit in die verlede moontlik was om deur middel van regspraak 'n begrip wat nie in ons reg tuishoort nie vanuit die vreemde te introduceer, is dit tog seker moontlik om deur middel van dieselfde regspraak die onwenslike en ondienstige begrip weer te elimineer."

Om in 1985 volgens hierdie versugting 'n heksejag na Engelsregtelike invloede van stapel te stuur, sou nie alleen tydrawend en futiel wees nie, maar dit sou ook 'n miskenning wees van die eiesoortige Suid-Afrikaanse karakter van ons deliktereg, van 'n regsgebied wat binne sy omvang nie alleen "suiwere" areas van die ontwikkelde *ius commune* vertoon nie, dog ook "hibriede" gedeeltes bevat wat wesentlik 'n weerspieëling van 'n interessante historiese ontwikkeling is.

3. TEORETIESE OORSIG

3.1 Elementologiese metode

Wat die delikteregteorie van ons huidige tydvak betref, is dit insiggewend dat

⁶⁶ Vgl die *dictum* van r Hiemstra in *Alston v Marine & Trade Insurance Co Ltd* 1964 4 SA 112 (W) 114C.

⁶⁷ Sien Van der Merwe en Olivier 20—21 542.

⁶⁸ 34 van 1956.

⁶⁹ 8 & 9 Geo 6 C 28.

⁷⁰ In sy bespreking van McKerron se *The Law of Delict* 1940 THRHR 163 166.

ons oor die laaste halfeeu (ten minste) 'n verskuiwing gehad het in die metodologie waarvolgens die onderwerp behandel word: In McKerron se baanbrekerswerk *The Law of Delict*⁷¹ word die inhoud van die vakgebied "gefragmenteerd" aangebied, dit wil sê, besondere gebiede van die deliktereg word uitgelig en elke gebied word byna in isolasie behandel. Afgesien van sy "Part II — Specific Wrongs" waarin, volgens die resep van Engelse handboeke, 'n oorsig van verskeie "torts" soos "wrongs against the person",⁷² "defamation",⁷³ "wrongs against property",⁷⁴ "misuse of legal procedure"⁷⁵ en "breach of statutory duty"⁷⁶ gegee word, bevat sy eerste hoofafdeling, naamlik die "General Part", die volgende onderwerpe: inleiding en definisie,⁷⁷ geskiedenis en algemene beskouing van die deliktereg,⁷⁸ voorwaardes vir aanspreeklikheid onder die *actio legis Aquiliae*,⁷⁹ aanspreeklikheidsvoorwaardes onder die *actio iniuriarum*⁸⁰ en, laastens, algemene verwerpe wat aanspreeklikheid beperk of uitskakel.⁸¹ Hierdie aanbieding het beslis 'n effek op die Suid-Afrikaanse teorie en praktyk gehad. Van Blerk⁸² stel dit soos volg: "(T)he only general work on the law of delict, McKerron, held sway over this branch of law until it was challenged by Van der Merwe and Olivier in *Die Onregmatige Daad* in 1966." In alle eerlikheid moet daarop gewys word dat McKerron se benadering nie sodanig was dat sy metodologie vir ewig as 'n monument van oorspronklikheid sal kan bly staan nie. Soos reeds hierbo opgemerk is, het selfs van ons ou skrywers nie 'n algemene beginselbenadering gevolg nie, dog hul stof "gefragmenteer". Verder is daar vroeëre Suid-Afrikaanse handboeke waarin die deliktereg ook minder of meer indringend bespreek word, met 'n benaderingswyse wat nou nie juis radikaal afwyk van McKerron se aanslag nie. Daar moet veral gewys word op Manfred Nathan se bespreking van hierdie afdeling van die reg in sy *Common Law of South*

⁷¹ Waarvan die eerste uitgawe in 1933 en die sewende in 1971 die lig gesien het. Sien veral Honoré 1971 SALJ 369 se hoogs waardeerende opmerking: "The seventh edition of *McKerron on Delict* in 38 years is a splendid event in South African legal literature and one which presents a convenient opportunity to pay tribute to the author's steady contribution to the development of the law of delict." Vgl Van Blerk *The "Purists" in South African Legal Literature and their influence on the Judgements of the Appellate Division in Selected Areas* (LLM-verhandeling Natal 1981) 46 67 86.

⁷² hfst VIII.

⁷³ hfst X.

⁷⁴ hfst XII.

⁷⁵ hfst XIV.

⁷⁶ hfst XVI.

⁷⁷ hfst I.

⁷⁸ hfst II.

⁷⁹ hfst III.

⁸⁰ hfst IV.

⁸¹ hfst V.

⁸² aw 86.

*Africa*⁸³ wat reeds in 1906 die lig gesien het en Lee se *An Introduction to Roman-Dutch Law*⁸⁴ waarvan die eerste uitgawe in 1915 verskyn het.⁸⁵

Dit wil voorkom of die verskyning van Van der Merwe en Olivier se werk *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg*⁸⁶ beslis die skaal laat kantel het ten gunste van wat ons die "elementologiese" benadering tot ons vakgebied kan noem. Vir hierdie skrywers gaan dit primêr daarom dat daar algemene beginsels is wat deliktuele aanspreeklikheid en die omvang daarvan bepaal. Ons ken, volgens hulle, 'n reg insake onregmatige *daad*, nie 'n reg insake onregmatige *dade* nie.⁸⁷ Hoewel hierdie benadering sekerlik nie in 1966 so nuut was nie,⁸⁸ is die belang van dié werk daarin geleë dat dit vir die eerste keer 'n volledige teoretiese beskrywing van die "algemene beginsels" van hierdie belangrike vakgebied aanbied uit 'n hoek wat ons as die "puristehoek" kan tipeer. Vanuit die algemene omskrywing van 'n delik word vyf sogenaamde elemente geabstraheer, te wete die handeling, onregmatigheid (wederregtelikheid), skuld, nadeel en kousaliteit. Die kern van hierdie handboek bestaan uit die dogmatiese uiteensetting van die beginsels rakende hierdie vyf elemente, asook die verklaring van die geldende reg in die lig van hul teoretiese uiteensetting. Dit is opvallend dat algemene werke oor die deliktereg wat hierna verskyn, 'n ooreenstemmende aanslag vertoon. Van der Walt se bekende bydrae in die ensiklopediese werk *The Law of South Africa*,⁸⁹ volg die vyfledige indeling van die delikselemente, terwyl die heel resente monumentale werk van Boberg, te wete *The Law of Delict*,⁹⁰ insgelyks ná 'n algemene inleidende hoofstuk oor beginsels, hoofstukgewys onderskei tussen 'n onregmatige handeling,⁹¹ skuld,⁹² kousaliteit⁹³ en vermoënskade.⁹⁴ Veral in hierdie werk word uitmuntend daarin geslaag om aan te toon hoe die

⁸³ Vol 3 afd 7. Hoewel hierdie werk swaar steun op Voet se *Commentarius ad Pandectas*, is die behandeling van die stof deurspek met vele eietydse verwysings en die outeur se eie standpunte.

⁸⁴ Vgl 5e uitg (1953) bk 3 dl 2.

⁸⁵ Hoewel Roos en Reitz in 1909 in *Principles of Roman-Dutch Law* 'n bondige "gefragmenteerde" beskrywing van die Suid-Afrikaanse deliktereg verskaf, is hul bydrae (152–157) so karig en oppervlakkig dat dit vir alle doeleindes buite rekening gelaat kan word. Sien hierbo.

⁸⁶ Sien hierbo.

⁸⁷ Sien vn 2 hierbo; vgl verder Van der Merwe en Olivier 20.

⁸⁸ Vgl De Wet en Swanepoel *Strafreg* 1e uitg (1949) waarin (soos steeds in die 3e uitg (1975)) 'n duidelike onderskeid tussen die terme "handeling", "wederregtelikheid" en "skuld" gemaak word.

⁸⁹ (Red Joubert) 8 (1979) 1–115, welke bydrae later tesame met 'n bylae waarin uittreksels uit die regspraak vervat is, gepubliseer is onder die titel *Delict: Principles and Cases* (sien vn 9 hierbo).

⁹⁰ Sien vn 3 hierbo.

⁹¹ hfst 2.

⁹² hfst 3.

⁹³ hfst 4.

⁹⁴ hfst 5.

gewysdereg gemaklik binne die raamwerk van so 'n elementologiese benadering geakkommodeer kan word.

3.2 Meningsverskille

Ten spyte van die eenvoud en dogmatiese aantreklikheid van hierdie benadering, is dit opvallend dat hewige meningsverskil bestaan oor aspekte wat juis die wese van elk van die sogenaamde elemente raak. Daar sal nou oorgegaan word tot 'n bondige oorsig van enkele aspekte van verskeie benaderings ten aansien van elk van die voormelde elemente; interessantheidshalwe moet daarop gewys word dat indien daar maar net gemiddeld drie variante (en daar is beslis meer) van die sienings van elk van die vyf elemente in ons deliktsomskrywing is, daar wiskundig bereken, plek is vir nie minder nie as 243 verskillende sienings van wat 'n delik is!

- a. In die sfeer van die *handelingselement* is daar onsekerheid of die verweer van outomatisme hoegenaamd te pas kom,⁹⁵ en die hoogs teoretiese vraag oor welke handelingsleer nou in werklikheid geld (soos in die strafregteorie bespiegel word oor byvoorbeeld die kousale of finale handelingsleer)⁹⁶ het nog nooit onder die soeklig gekom nie.
- b. Wat betref die wese van *onregmatigheid* skyn die teoretici dit redelik eens te wees dat hierdie element bestaan in die krenking van 'n subjektiewe reg,⁹⁷ alhoewel hierdie skynbaar feillose formule ook maar sy teoretiese leemtes vertoon, soos blyk uit die feit dat 'n skuldige wanvoorstelling wat 'n deliktsaksie mag fundeer, nie op een van die bekende subjektiewe regte inbreuk maak nie. Hoewel laasvermelde verskynsel afgemaak sou kon word as 'n blote manifestering van die spreekwoord *exceptio probat regulum*, noop hierdie tipe uitsonderingsgeval 'n mens tog om nie uit die oog te verloor nie dat inbreukmaking op 'n subjektiewe regsverhouding *altyd* skending van die korresponderende objektiewe norm impliseer, welke norm juis die bestaan en inhoud van die subjektiewe regsbetrekking ten grondslag lê. Onregmatigheid sál dus altyd optrede in stryd met die norme van die objektiewe reg, en meer in besonderhede, die norme van die deliktereg veronderstel. In hierdie sin sou ek die mening wou waag dat die aanwending van die subjektiewe regsbegrip ter vasstelling van onregmatigheid, dalk niks meer is as 'n bloot tussentydse metodologiese stap om uiteindelik by die *crux* van

⁹⁵ Vgl Van der Merwe en Olivier 26 ev.

⁹⁶ Vgl Snyman *Strafreg* (1981) 39 ev.

⁹⁷ Tw 'n saaklike, persoonlike (vorderings-), persoonlikeids- of immaterieelgoederereg; vgl Joubert *Grondslae van die Persoonlikeidsreg* (1953) 119 ev; vgl verder Van der Walt 21; Van der Merwe en Olivier 54—56.

privaatregtelike onregmatigheid uit te kom nie, te wete optrede in stryd met die delikteregnorm, welke norm in iedere geval gepeil kan word deur aanwending van sekere maatstawwe soos wetgewing en gewoonte, dog ook deur die byna magiese *boni mores* (regsoortuiging van die gemeenskap).

- c. Die *skuldbegrip* lewer ook sy eiesoortige probleme op. Soms word dit tipeer as verwythbaarheid,⁹⁸ dan weer as 'n verwythbare gesindheid,⁹⁹ andersins weer as juis 'n juridiese verwyth,¹⁰⁰ en nalatigheid as komponent van die oorkoepelende skuldbegrip word selfs as 'n gedraging¹⁰¹ omskrywe. Ten spyte van die fundamenteel-verskillende gedagte-inhoude wat uit dié verskeie omskrywings blyk, kom dit tog merkwaardig voor dat die praktiese hantering van die skuldbegrip vanuit hierdie basies afwykende oogpunte nie noemenswaardig verskil nie, myns insiens om die volgende rede. By opset val die kollig op die wil van die dader soos dit sig manifesteer ten aansien van die uiteindelijke nadelige gevolg (naamlik in die verskyningsvorm van 'n oogmerk, 'n sekerheids- of 'n moontlikheidsbewussyn), sowel as ten aansien van die onregmatigheid van die gewraakte daad. Kortweg gestel, die werklike kwelvrae hier is *eerstens* met welke verskyningsvorm van opset te wete *dolus directus, indirectus* of *eventualis* daar in 'n besondere geval te doene gekry word en *tweedens* of die dader wederregtelikheidsbewussyn gehad het. Hierdie meer prakties-georiënteerde beheptheid met die wil as grondslag van die opsetsbegrip oorskadu die suiwer teoreties-filosofiese vraag na die werklike aard van die begrip.¹⁰²

Wat betref nalatigheid as skuldvorm is daar insgelyks 'n merkwaardige ooreenstemming in die praktiese hantering van die begrip onder teoretici, waarskynlik vanweë die feit dat die redelike man-toets allerweë aanvaar word vir die vasstelling van die aan- of afwesigheid daarvan in 'n geëigende geval. Hierdie *bonus paterfamilias*-toets, wat teoreties

⁹⁸ Van der Walt 60.

⁹⁹ De Wet 1970 *THRHR* 72; De Wet en Swanepoel 3e uitg 99; Van der Merwe en Olivier 109 vn 79 en gesag daar aangehaal.

¹⁰⁰ Van der Merwe en Olivier 110.

¹⁰¹ McKerron 25; MacIntosh en Norman-Scobie 8; vgl ook a 1(3) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956.

¹⁰² As bewys vir hierdie beskouing kan verwys word na die feit dat dit eers redelik onlangs in ons praktyk finaal en onomwonde aanvaar is dat wederregtelikheidsbewussyn onder alle omstandighede 'n voorvereiste vir die opsetsverwyth is (*S v De Blom* 1977 3 SA 513 (A)). Vroeër was daar die neiging om die *wil*, dws die grondslag van opset, met opset gelyk te stel (sien Van der Merwe en Olivier 122 vn 38 vir verwysings na vroeëre gesag). Selfs in die heel resente gewysde van *Boswell v Union Club of SA (Durban)* 1985 2 SA 162 (D) is daar blyke dat die strydbyle om die ware wese en betekenis van wederregtelikheidsbewussyn nog nie begrawe is of binnekort begrawe gaan word nie — vgl veral die *obiter* opmerkings op 168A—B.

gesproke niks meer is as 'n blote doelmatigheidsmetode om die aan- of afwesigheid van nalatigheid te bepaal nie, dien effektiewelik as 'n teoretiese gelykskakelingsmeganisme tussen benaderings wat fundamenteel gesproke onversoenbaar is.

Vir die meer prakties-gerigte juris sou hierdie verskynsels uit die werklikheid van teorie en praktyk juis 'n aanduiding kon wees van die feit dat 'n debat oor die ware wese van skuld tuishoort tot die gebied van die sogenaamde "suiwere professorereg"¹⁰³ ofte wel "ivoortoringreg", aangesien dit klaarblyklik geen effek het op die praktiese hantering van die skuldbegrip nie. Die argument sou dus kon lui dat teoretiese bespiegeling oor aspekte soos pas vermeld, tuishoort tot daardie gebied waar die futiele *ars gratia artis*-spreuk die septer swaai en aldus vir sowel die praktyk as die teoretiese beoefening van die vak van nul en gener waarde is. Soos hieronder aangedui word, skuil daar 'n gevaar in hierdie tipe kritiek.

- d. Wat die omskrywing van die element *nadeel* betref, kan ongelukkig nie gekonstateer word dat die prentjie glashelder is nie. Enersyds is daar diegene wat, in ooreenstemming met die skynbare praktyksopvatting,¹⁰⁴ die mening huldig dat daar alleen van nadeel in tegnies-juridiese sin, dit wil sê vermoënskade en persoonlikheidsnadeel (of nie-vermoënskade),¹⁰⁵ sprake kan wees indien dit met regs krenking gepaard gaan.¹⁰⁶ Vir andere verpersoonlik die nadeelbegrip steeds iets wat bloot feitelik vasgestel word, sonder die voorvereiste van onregmatigheid.¹⁰⁷ Verder word daar uit 'n ander oord gewaarsku dat die voorvereiste van onregmatigheid juis 'n verwarring tussen twee delikselemente, te wete onregmatigheid en nadeel, teweegbring en dat dit onnodig en onsuiver is om die onregmatigheidsvoorvereiste te stel.¹⁰⁸ Ten spyte van hierdie verskillende teoretiese bespiegeling sou dit my verbaas indien diegene wat dit nie met mekaar eens is nie, noemenswaardig verskillende resultate sou bereik by die toepassing van hul kennis op konkrete probleemgevallen. Myns insiens dien die hele polemie rondom die nadeelbegrip as 'n vingerwysing dat die "elemente" van die onregmatige daad nie *in vacuo* gesien en beoordeel mag word nie: die begrippe is interafhanklik en vul

¹⁰³ Vgl Van Blerk aw 47: "It is greatly to be regretted that the term 'Professorenrecht' has been used in this country in a pejorative sense."

¹⁰⁴ Vgl Boberg 475 ev.

¹⁰⁵ Visser 1982 *Obiter* 32 ev.

¹⁰⁶ Van der Merwe en Olivier 177.

¹⁰⁷ Sien Reinecke en Van der Merwe "Verdere Wanbeskouinge oor Wanvoorstelling?" 1966 *THRHR* 66 67.

¹⁰⁸ Van der Walt "Wat Word van die Nadeelvereiste by Bedrog en by Estoppel?" 1973 *THRHR* 386 394.

mekaar wedersyds aan. Trouens, in die totale konsep van die elementologie, naamlik die opbreek van 'n begrip in hanteerbare onderafdelings, skuil iets kunsmatigs, iets wat werklikheidsstrydig is. Gevolglik is dit vir my voor-die-hand-liggend dat nadeel nie sonder regs krenking (onregmatigheid) kan bestaan nie, eweseer as skuld nie daarsonder 'n bestaansreg het nie; en verder dat van onregmatigheid geen sprake kan wees sonder aanwending van die handelings- en kousaliteitsbegrip nie! Maar, andersyds, indien voortdurend voor oë gehou word dat *elk* van die elemente teenwoordig *moet* wees ten einde die deliksaanwesigheid in 'n besondere geval te bevestig, kan dit geen kwaad doen om ter wille van doelmatigheid tog die "elemente" teoreties en kunsmatig op te breek nie. Vanuit dié oogpunt beskou, kan die studie van *nadeel* as delikselement dus benader word sonder om kennis te neem van die samehang met die ander elemente.

Wat hierdie element van die onregmatige daad veel meer 'n nagmerrie vir die teoretikus maak, is die terminologiese probleme wat daarmee saamhang. Dit geld sowel die nadeelbegrip as die spieëlbeelde daarvan wat met die vergoedingsaspek te make het, te wete skadevergoeding en genoegdoening. By geleentheid is die volgende raak opmerking al hieroor gemaak:¹⁰⁹

"Apart from the confusion inherent in the terminology of damages, in South African Law the confusion is further confounded by the concurrent use of terms derived from two different systems (viz the English common law and Roman-Dutch law), and the need to express those terms in the two official languages."

Die oorvloed Engelse terme wat in konteks van die nadeelbegrip in die teorie en praktyk gebesig word, stel ons in staat om 'n prentjie te vorm van iets wat, hoewel fundamenteel eenvoudig, omvorm is tot 'n formidabele begrip. Terloops, veral hier blyk die Engelsregtelike beïnvloeding glashelder. Ons let veral op terme soos "damage", "damages",¹¹² "ag-general damages", "special damages",¹¹¹ "nominal damages",¹¹² "aggravated", "exemplary", "punitive" en "vindictive damages".¹¹³ Die gemeenregtelike grondslag vir nadeelberekening blyk egter duidelik uit die aanwending van begrippe soos *id quod interest*, *interesse*, *damnum emergens* en *lucrum cessans*.¹¹⁴

¹⁰⁹ Erasmus en Gauntlett in *LAWSA* (red Joubert) 7 (1979) par 9.

¹¹⁰ Erasmus en Gauntlett *LAWSA* 7 par 10.

¹¹¹ *LAWSA* 7 par 11.

¹¹² *LAWSA* 7 par 12.

¹¹³ *LAWSA* 7 par 13.

¹¹⁴ *LAWSA* 7 par 14. Vgl veral die vlg gemeenregtelike bronne: Van Leeuwen *CF* 1 4 15 6; Matthaeus *De Auct* 1 21 12; Voet *Commentarius* 45 1 9; sien verder Boberg 475 ev.

e. In finale instansie bestaan daar oor die element van *kousaliteit* of *oorsaaklikheid* insgelyks groot beginselverskille in benadering. Die een skool beskou kousaliteit nie as die uitsluitlike terrein van die reg nie en verklaar dat die vraag daarna iets bloot feiteliks is.¹¹⁵ Die meeste teoretici omvorm egter hierdie begrip tot 'n regs-konsep en sodoende ontstaan teorieë rondom 'n sogenaamde "juridiese kousaliteit", waar dit nie soseer gaan om die werklike vasstelling van 'n oorsaaklikheidsband tussen oorsaak en gevolg nie, dog eerder om die kwessie van aanspreeklikheidsbeperking *nadat* die feitelik kousale konneksie vasgestel is. Die laaste benadering word gekenmerk deur terminologie — meestal van Engelsregtelike oorsprong — soos "direct consequences", "foreseeability", "proximate cause", "natural and probable consequences" en dies meer.¹¹⁶ Dit wil voorkom of die *conditio sine qua non*-kousaliteitsleer as enigste suiwer kousaliteitsbenadering wel as basis vir die juridiese kousaliteitsbegrip deur die meeste uitdruklik of by noodwendige implikasie aanvaar word. 'n Regsgeleerde soos Van Rensburg,¹¹⁷ wat heftig teen die geldigheid van hierdie leer te velde trek, baseer sy argumente uitsluitlik op wat ek sou wou tipeer as suiwer wysgerige gronde wat nie tred hou met die feitelike werklikheid as sfeer waarin objektiewe regsreëls funksioneer nie. Sy betoog neig na my mening soms tot die werklikheidsvreemde en daarbenewens is hy nie in staat om 'n beter plaasvervanger vir die *conditio sine qua non*-benadering te verskaf nie. Myns insiens kan die enigste werklike substansiële beswaar teen hierdie leer, te wete dat hy nie sy rol kan vervul by die vasstelling van 'n verband tussen 'n kumulatiewe veroorsakingshandeling en 'n bepaalde feit as gevolg daarvan nie, ondervang word — soos Van der Merwe en Olivier dit in wese doen¹¹⁸ — deur vooraf, met behulp van objektiewe evaluering, vas te stel dat daar juis met 'n gesamentlike veroorsakingshandeling te doene gekry word en alle komponente dan as 'n eenheid te behandel vir doeleindes van die eliminasië- of wegdinkproses wat die kern van hierdie kousaliteitsleer vorm.

4. DIE HEDE

Na bogenoemde besinning oor die historiese en strukturele aard van ons deliktereg, moet die huidige stand van sake met betrekking tot die bydrae van

¹¹⁵ Sien Van der Merwe en Olivier 192.

¹¹⁶ Sien veral McKerron 126.

¹¹⁷ *Juridiese Kousaliteit en Aspekte van Aanspreeklikheidsbeperking by die Onregmatige Daad* (LLD-proefskrif Unisa 1970) 3—65. Sien ook Joubert 1965 *Codicillus* 6—12; *Alston v Marine & Trade Insurance Co Ltd* hierbo 114.

¹¹⁸ aw 196.

sowel teoretici (dit wil sê akademië en ander skrywers) as die regspraak tot die uitbouing van die onderhawige vakgebied gepeil word.

4.1 Die teoretici

Dit sal enige objektiewe beoordelaar dadelik opval dat die deliktereg by uitstek die veld binne die privaatreë is waarvoor die akademiese navorser 'n groot voorliefde toon: sedert 1933, toe Bliss se proefskrif getiteld *Belediging in die Suid-Afrikaanse Reg* die lig gesien het, tot April 1985 met die verskyning van Burchell se *The South African Law of Defamation*, kon 'n totaal van nie minder nie as 32 proefskrifte oor aspekte van die Suid-Afrikaanse deliktereg opgespoor word.¹¹⁹ Hierdie getal verteenwoordig nie eens die aansienlike aantal verhandelings op strafregterrein wat gemeenskaplike grond aansny nie (indien die "elementologiese" benadering tot ons moderne Suid-Afrikaanse strafreg voor oë gehou word). Hierdie getal neem ook nie magisterverhandelings, monografieë, handboeke, of wetenskaplike en populêr-wetenskaplike bydraes in regs- en ander tydskrifte in ag nie. Ek wil dit as 'n onomwonde feit voorhou dat die deliktereg by uitstek die vakgebied is waar teoretici oor die laaste 50 jaar die grootste bydrae gemaak het tot die uitbouing van die ganse privaatreëterrein. Om die juiste invloed van die teorie op praktyk ontwikkeling

¹¹⁹ Tw (benewens die twee vermeldes): Barlow *The South African Law of Vicarious Liability in Delict* (1939); De Wet *Estoppel by Representation in die Suid-Afrikaanse Reg* (1939); Kotzé *Die Aanspreeklikheid van Mededaders en Afsonderlike Daders* (1953); Van Heerden *Grondslae van die Mededingingsreg* (1958); Van der Merwe (NJ) *Die Beskerming van Vorderingsregte uit Kontrak teen Aantasting deur Derdes* (1959); Strauss *Toestemming tot Benadeling as Verweer in die Strafreg en die Deliktereg* (1961); Van der Merwe (CG) *Skuldlose Aanspreeklikheid vir Skade Veroorsaak deur Diere* (1970); Van Rensburg *Juridiese Kousaliteit en Aspekte van Aanspreeklikheidsbegrensing by die Onregmatige Daad* (1970); Ranchod *Foundations of the South African Law of Defamation* (1972); Wiehahn *Boikot as Onregmatige Daad* (1973); Van der Walt (JC) *Risiko-aanspreeklikheid uit Onregmatige Daad* (1974); Dawidtsz *Animus Iniuriandi as Vereiste vir Aanspreeklikheid of grond van Privaatreëtelike Laster* (1976); Neethling *Die Reg op Privaatheid* (1976); Pauw *Persoonlikheidskrenking en Skuld in die Suid-Afrikaanse Privaatreë* (1976); Scott (TJ) *Die Geskiedenis van die Oorerflikheid van Aksies op grond van Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1976); Scott (WE) *Middellike Aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* (1976); Van Huyssteen *Onbehoorlike Beïnvloeding en Misbruik van Omstandighede in die Suid-Afrikaanse Verbintenisreg* (1976); Bekker *Die Aksie weens Seduksie* (1977); De Jager *Die Deliktuele Aanspreeklikheid van die Vervaardiger teenoor die Verbruiker vir Skade Veroorsaak deur middel van 'n Defekte Produk* (1977); Van der Walt (CFC) *Die Sommeskadeleer en die "Once and for All"-Reël* (1977); McQuoid-Mason *The Law of Privacy in South Africa* (1978); Milton *The Concept of Nuisance in English Law* (1978); Olivier *Die Aksie weens die Nalatige Veroorsaking van Pyn en Lyding* (1978); Hutchinson *Damages for Non-fraudulent Misrepresentation in English and South African Law* (1979); Kemp *Delictual Liability for Omissions* (1979); Visser *Kompensasië en Genoegdoening volgens die Aksie weens Pyn en Leed* (1980); Van der Merwe (D) *Oorlas in die Suid-Afrikaanse Reg* (1982); Davel *Die Dood van 'n Broodwinner as Skadevergoedingsoorsaak* (1984); Van den Heever *'n Sistematiek vir die Inheemse Deliktereg van die Swartman* (1984); Parmanand *Volenti non Fit Iniuria — Delictual Liability for Injuries in Sport* (1985).

vas te stel, is nie 'n onderwerp wat binne die bestek van een lesing, of selfs een verhandeling uitgepluis kan word nie: nee, die byna koorsagtige teoretiese aktiwiteit oor die laaste halfeeue bied beslis genoeg stof vir die skepping van verdere teoretiese analises. Die metode wat Van Blerk volg in haar magisterverhandeling getiteld: *The "Purists" in South African Legal Literature and their Influence on the Judgments of the Appellate Division in Selected Areas* waarin onder andere sekere gebiede van die deliktereg in behandeling geneem word,¹²⁰ verteenwoordig 'n beginpunt wat beslis 'n lang en vrugbare ontwikkelingsgang behoort te hê; dit verteenwoordig 'n studieveld met twee komponente, naamlik die materiële reg en die inwendige regsgeiedenis. Die pasvermelde werk verpersoonlik wat ons 'n gelukkige verlowing van die twee vakgebiede sou kon noem en die wens word uitgespreek dat hierdie verlowing sal uitloop op 'n lang en vrugbare huwelik, indien u my hierdie personifikasie sal vergun!

Samevattend oor die waarde van teoretiese navorsing op regsgebied kan beslis met Boberg saamgestem word dat hierdie vertakking van die privaatreë 'n teoretiese stempel dra en, mag ons byvoeg, in 'n toenemende mate sal begin dra. Sy volgende woorde¹²¹ behoort trouens as 'n verdere aansporing vir voornemende navorsers te dien:

"But the courts did not function in a vacuum. Academic opinion has had a powerful influence upon the development of our jurisprudence, especially in recent years. Misunderstood the professors may sometimes have been — even disparaged — but hardly ever ignored. Many an argument, suggestion, doctrine or legal philosophy conceived in an ivory tower has been canonized by the courts. The lesson is clear: the iconoclasm of today may be the law of tomorrow. We neglect the academic estate at our peril."

4.2 Die regspraak (praktyk)

Dat ons howe heden ten dage nie huiwer om "algemene aanspreeklikheidskriteria" as hoofkenmerk van ons deliktereg te erken nie — 'n aanduiding van die aanvaarding van die "elementologiese benadering" in teenstelling met of ten minste naas die kasuïstiese — word bewys deur die volgende algemene stelling van waarnemende appèlregter Grosskopf in 'n heel resente gewysde van ons hoogste tribunaal te wete die befaamde (en reeds vir sommige berugte) *Lillicrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers*.¹²²

"It is *trite law* that, to succeed in such a claim (viz one founded on the principles of the extended Aquilian action), a plaintiff must allege and prove that the defendant has been guilty of *conduct*, which is both *wrongful* and *culpable*; and which *caused* patrimonial damage to the plaintiff."

¹²⁰ Sien veral 102 ev 113 ev.

¹²¹ Boberg v.

¹²² 1985 1 SA 475 (A) 4961 (my kursivering).

Hiervoor beroep hy hom op die deliksomskrywing van die teoretikus Van der Walt.¹²³ Dat die reëls ten aansien van die besondere deliksvorme ("torts") nie vanweë die erkenning van dié algemene aanspreeklikheidskriteria verval nie (hierbo is gewys op die neiging om alle bestaande delikteregsnorme te "unifiseer" tot algemene aanspreeklikheidsnorme), word gelukkig in soveel woorde deur regter Mostert uitgespel in *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films*.¹²⁴

"Waar die besondere deliksvorme in die kasuïstiek sterk uitgekristalliseer het, is daar prakties nie meer behoefte aan die toepassing van hierdie algemene beginsels by die bepaling van onregmatigheid of aanspreeklikheid nie. Is die kasuïstiek egter swygend oor die aanspreeklikheids- of onregmatigheidsgevolge van 'n besondere gedraging, word die algemene maatstaf toegepas en is daar ruimte in die praktyk vir die aanwending van die algemene maatstawwe, insluitende die leer van die subjektiewe reg."

Enersyds dui hierdie woorde aan dat selfs die grootste teoretikus die kasuïstiek nie geheel-en-al mag negeer nie; andersyds lui dit die lankgekoesterde erkenning in van die aanwending van die subjektiewe regsbegrip ter vasstelling van die onregmatigheidselement. Veral in laasgenoemde opsig verteenwoordig dié uitspraak 'n triomf vir daardie teoretici waarvan Joubert¹²⁵ die eerste was, wat die aanwending van die Vastelandse teorie oor subjektiewe regte in ons eie deliktereg bepleit het.

Vir die regshistories-georiënteerde juris is hierdie "oorwinning" — indien 'n mens dit so mag noem — des te soeter, indien die motivering van regter Mostert vir die aansluiting wat Suid-Afrikaanse akademici oor die laaste dekades by die Kontinentale regswetenskap van veral die laaste 150 jaar gevind het, onder oë geneem word. Hy sê aangaande hierdie aansluiting:¹²⁶ "Dit is waarskynlik geen toevalligheid nie as in gedagte gehou word dat die Kontinentale regstelsels, soos ons eie, geskiedkundig diep in die Romeinsregtelike sistematiek en begrippeleer gewortel is." Hierdie woorde gee verder hoop, daar dit 'n aanduiding is dat die groep juriste wat sogenaamd primêr histories ingestel is (waarvan ek my graag 'n lid wil ag) en dié wat meer geneig is tot 'n konsepsuele studie in die lig van 'n regsfilosofiese aanwending van 'n Europees-georiënteerde begrippeleer, mekaar tog op 'n terrein kan vind wat as gemeenskaplik beskou kan word. In ons werk behoort ons myns insiens ook nie ingestel te wees, soos maar meestal die geval is, op die *verskille* in benadering nie; die tyd is ryp dat die *ooreenkomste* groter klem ontvang.

Dit is vandag te verwelkom dat die aandag veral uit die geledere van ons reg-

¹²³ In *LAWSA* 8 par 2.

¹²⁴ Hierbo 383F.

¹²⁵ Sien veral "Die Realiteit van die Subjektiewe Reg en die Betekenis van 'n Realistiese Begrip daarvan vir die Privaatreë" 1958 *THRHR* 12 ev 98 ev. Sien verder *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films* hierbo 381H—382A.

¹²⁶ 381D.

sprekers gevestig word op die noodsaaklikheid om al die elemente van 'n onregmatige daad sorgvuldig te onderskei en dan in berekening te bring. 'n Noukeurige studie van hierdie tendens sou waarskynlik 'n verhandeling kon regverdig. Daar kan vir ons onmiddellike doeleindes met die volgende voorbeelde volstaan word:

- a. Ten aansien van die *onregmatigheidsvereiste*, is die volgende woorde van waarnemende appèlregter Grosskopf in *Lillicrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers*¹²⁷ 'n aanduiding van die versigtige opweging van *alle* delikselemente:

"The element of wrongfulness in the requirements for delictual liability is sometimes overlooked, because most delictual actions arise from acts which are, *prima facie*, clearly wrongful ..."

- b. Wat betref die aanwending van 'n objektiewe toets vir onregmatigheid en 'n suiwer skeiding van *onregmatigheid* en *skuld*, spreek hoofregter Rumpff in *Minister van Polisie v Ewels*¹²⁸ die volgende woorde wat sedertdien al beroemd geword het:

"Dit skyn of dié stadium van ontwikkeling bereik is waarin 'n late as onregmatige gedrag beskou word ook wanneer die omstandighede van die geval van so 'n aard is dat die late nie alleen morele verontwaardiging ontloek nie, maar ook dat die regs-oortuiging van die gemeenskap (wat allerweë aanvaar word as 'n verwysing na die *boni-mores*-toets van die teoretici) verlang dat die late as onregmatig beskou behoort te word ... Om te bepaal of daar onregmatigheid is, gaan dit, in 'n gegewe geval van late, dus nie oor die gebruikelike 'nalatigheid' van die *bonus paterfamilias* nie, maar oor die vraag of ... daar 'n regsplig was om redelik op te tree."

- c. In die konteks van die *kousaliteitsvraag* verklaar waarnemende appèlregter Viljoen in *Minister of Police v Skosana*¹²⁹ uitdruklik dat dit by dié element oor die vasstelling van die suiwer feitelike oorsaaklikheidsverband gaan, en hy verkondig dan ook die *conditio sine qua non*-kousaliteitsleer soos volg:¹³⁰

"Whatever the considerations to be applied to identify or qualify a cause as an element of liability may be, I am convinced that the *conditio sine qua non* test is logically the only test to be applied to determine whether a negligent act or an omission is a cause of the relevant result. I can conceive of no other test to be applied for this purpose."

- d. In die konteks van die *nadeelbegrip* skyn die positiewe reg nog nie in die

¹²⁷ Hierbo 497B—C.

¹²⁸ 1975 3 SA 590 (A) 597 A—B.

¹²⁹ 1977 1 SA 31 (A).

¹³⁰ 44C.

polemie te verval het aangaande die ware fundamentele aard daarvan nie. In *Russell and Loveday v Collins Submarine Pipelines Africa (Pty) Ltd*¹³¹ word vergoeding, as kompensasie vir nadeel, alleen omskrywe as die "sum payable as compensation for a loss sustained". Hierdie definisie is so wyd dat dit nie alleen plek maak vir skadevergoeding vir vermoënskade nie, dog ook vir genoegdoening weens persoonlikheidskrenking. Dit is alleen in ouer gewysdes soos *Oslo Land Co Ltd v The Union Government*¹³² waar regskrenking, dit wil sê onregmatigheid, skynbaar as voorvereiste gestel word eerdar enige vermoënsvermindering of afname in persoonlikheidsbelang as nadeel in tegniese-juridiese sin gesien sal word. Vergelyk hier appèlregter Watermeyer se stelling:¹³³ "By the word damage is not meant the injury to the property injured, but the *damnum*, that is the loss suffered by the plaintiff by reason of the negligent act." Myns insiens dui die bewysplaas wat die appèlregter aanhaal¹³⁴ dat dié woorde nie primêr bedoel was om 'n omvattende definisie van die *damnum*-begrip te verskaf nie, dog dat dit eerder 'n besondere aspek, te wete die feit dat 'n persoon dit in sy *boedel* ly, wou beklemtoon. Die feit dat Voet¹³⁵ se definisie van *damnum* te wete *damnum nihil aliud est, quam patrimonii diminutio* nooit in praktyk bevreemteken is nie, dui daarop dat 'n ware beginselbesluit nog nie geneem is nie en dat die posisie nog "oop" is.

Om verdere voorbeelde van 'n praktyksbenadering tot die historiese, stukturele en selfs filosofiese onderbou van die deliktereg op hierdie geleentheid te noem — en daar is letterlik honderd-, indien nie duisendtalle nie — val nie binne die oogmerk van hierdie besinning nie.

Daar is gepoog om aan te dui dat teoretici, ten spyte van skynbaar wyd-uiteenlopende menings, mekaar tog kan vind, asook dat daar geen onoorbrugbare kloof tussen teorie en praktyk bestaan nie. Veral laasgenoemde behoort 'n aansporing te wees vir die teoretiese beoefenaars van die deliktereg om eerstens voort te gaan met historiese, analitiese en selfs filosofie bespiegeling oor die vakgebied in sy geheel, asook oor besondere aspekte van die vak (as enkele onmiddellike voorbeelde van aspekte wat tans indringende aandag nodig het, mag verwys word na bydraende skuld, die sogenaamde "once and for all"-reël by nadeelberekening en die effek van inflasie op skadevergoedings- en genoegdoeningstoekennings); en om tweedens nie te ver verwyderd te raak van die praktykswerklikheid nie; trouens, 'n groter empiriese studie van

¹³¹ 1975 1 SA 110 (A) 145—146.

¹³² 1938 AD 584.

¹³³ 590.

¹³⁴ Tw Grueber *The Lex Aquilia* (1886) 233.

¹³⁵ *Commentarius* 39 2 1.

praktyswerklikhede (en dit sluit gemeenregtelike stof in) behoort aange-
moedig te word as 'n voorvereiste vir enige teoretiese bespiegeling. Hierdie
waarskuwing geld ook vir ander privaatreggebiede. As voorbeeld kan hier
verwys word na Kleyn¹³⁶ se huidige ondersoek oor die mandament van spolie
waarin die eerste spore van die reël *spoliatus ante omnia restituendus est*, soos
dit vandag by ons verstaan word, reeds in 'n obskure kanonieke teks¹³⁷ opge-
spoor is.

5. DIE ONDERRIG — 'N SLOTWOORD

Die universitêre onderrig in die vakgebied deliktereg bied sonder twyfel
besondere uitdagings. Hierbo is gewys op die getal doktrale verhandelings
wat reeds op hierdie terrein verskyn het en geen ander afdeling van die
privaatreg skyn die verbeelding meer aan te gryp nie. Die vraag is net: hoe
behoort die onderrig daar uit te sien?

Eerstens kan dit nie genoeg beklemtoon word nie dat in enige delikteregkursus
die beginselbenadering — noem dit die elementologiese benadering — voor-
rang moet kry. Afgesien van die persoonlike siening van die dosent oor die
ware aard van die afsonderlike delikselemente, behoort 'n deeglike skoling in
die element-sistematiek 'n breë basis aan die student te verskaf waarmee hy
ingewikkelde feitekomplesse kan reduseer tot herkenbare momente en
waarmee hy die ware probleem waarom dit gaan, kan uitlig.

Tweedens kan nie daarvan weggekome word dat 'n mate van kasuïstiek ook op
die weg van die leermeester in sy taakuitoefening sal val nie. Ons deliktereg is
ryk aan beginsel, dog ook ryk aan variasie en uitsondering. Hy wat alle detail-
studie vermy, betree gevaarlike terrein.

Derdens word 'n sterk pleidooi gelewer vir die beklemtoning van die historiese
agtergrond van hierdie vakgebied. Dit wil nie sê dat die gemeenregtelike reëls
immer en altyd as die finale antwoord beskou moet word nie; die pleidooi is
alleen dat die historiese band deurgetrek moet word, want ten einde enige reël
ten beste te begryp en te beoordeel, is 'n oorsig van sy voorgeskiedenis onont-
beerlik.

Vierdens kan gewys word op die meriete van regsvergelykende studie. In die
lig van die gemeenskaplike ontstaansbron van ons eie deliktereg en dié vervat
in die moderne Vastelandse kodes, is die relevansie van 'n noukeurige studie

¹³⁶ Tans nog onvoltooid LLD-proefskrif UP, getiteld: "Die Mandament van Spolie in die SA
Reg".

¹³⁷ *Decretales Pseudo-Isodoriana* ep 2 Eusebii cap 12.

van daardie kodes voor-die-hand-liggend. Verder is die historiese feit van
Engelsregtelike beïnvloeding genoegsaam om 'n studie van daardie regstelsel
op die relevante terreine te regverdig.

Vyfdens moet daar myns insiens daarteen gewaak word om té *direk*
praktysgerig te wees. In die huidige tydsges word al hoe meer aansprake
gemaak dat universitêre regsopleiding primêr op die skoling vir die regspraktyk
gerig moet wees. Hierdie tendens kan waarskynlik daaraan toegeskrywe word
dat opleiding aan ons universiteite in die verlede soms geneig het om tred met
die eise van die werklikheid te verloor. Trouens, daar is seker geen regsdosent
wat nie een of ander tyd tydens sy loopbaan 'n eie teorie — hoe wêreldvreemd
dit ook al mag wees — as evangelie voorgehou het nie. Die gevaar verbonde
aan hierdie praktysbeheptheid lê daarin verskuil dat die fyn balans tussen
beginsel en kasuïstiek ten gunste van laasgenoemde versteur kan word en dat
die ganse vakgebied tot 'n amorfe terrein van "rules of thumb", sub-reëls, uit-
sonderings en, natuurlik, presedente gereduseer word: Behoed dan dié stu-
dent wat later as praktisyen nie sy hand op 'n toepaslike presedent kan lê nie!

In die sesde plek lewer ek 'n pleidooi vir 'n groter toespitsing daarop om die
student op te lei om sy gedagtes duidelik en ondubbelsinnig te formuleer. Te
geredelik is 'n mens geneig om bloot kennis te verwag: om kennis in pag te hê
sonder die vermoë om dit in woord en skrif uit te druk, is om water te probeer
skep met die spreekwoordelike sif.

In die sewende plek word die mening gehuldig dat die navorsingstaak van die
regsdosent binne die breë struktuur van sy onderrigspelig gesien moet word.
Dit beteken dus dat ons *dagtaak* 'n besliste navorsingskomponent moet hê.
Hierdie navorsingskomponent verwys nie slegs na dit wat volgens ons
departement van nasionale opvoeding¹³⁸ as toegepaste navorsing
geklassifiseer kan word nie, naamlik die "skeppende en stelselmatige onder-
soek met die oog op kennisverruiming, maar met die primêre doel om
bepaalde praktiese toepassings te bedink"; dit verwys veral na basiese navors-
ing, wat "skeppende en sistematiese ondersoek hoofsaaklik met die oog op
kennisverruiming" insluit. Hoewel basiese navorsing geen onmiddellike
praktiese doel het nie, mag dit wel so 'n uiteindelijke oogmerk hê. 'n Mens is
juis geneig om laasvermelde uit die oog te verloor. Sonder om bombasties of
pretensieus te wil voorkom, moet beklemtoon word dat ons regs fakulteite die
laaste bastion is van die basiese regsnavorsingsterrein. Deur nie hierdie basti-
on te verdedig nie, versak ons ons plig smadelik.

In die agste plek wil ek graag in 'n enkele sin my totale benadering tot dié
vakgebied opsom: Dit sal my strewende wees om in my onderrig aan studente en

¹³⁸ SANSO 002 11 ev.

in my navorsingsprogram die goue middeweg te volg ten einde die teoretiese opleiding steeds prakties diensbaar te hou of, anders gestel, die praktiese ondergrond steeds van 'n teoretiese onderbou te voorsien.

Meneer die vise-kanselier —

Vergun my asseblief nou om my innige dank teenoor die raad van die Universiteit van Pretoria uit te spreek vir die vertroue wat in my as persoon openbaar is, om my aan te stel as hoof van die Departement Romeins-Hollandse Reg en Internasionale Privaatreg. Dit is my bede dat ek krag en sterkte sal ontvang om hierdie taak op 'n bekwame en waardige wyse uit te voer.

Ek dank u.

★ ★ ★

SUMMARY

This inaugural lecture on the law of delict draws attention to a branch of South African private law which has been profoundly influenced by academic writings. In a preliminary historical survey it is pointed out that the foundations of our law of delict are firmly embedded in Roman law and its further development on the Continent, namely the *ius commune*. Attention is, however, drawn to the fact that concepts gleaned from the English law of torts have over a prolonged period infiltrated the realm of our common law rules of delict, ultimately resulting in a truly South African law of delict. In this context it is pointed out that any attempt to purge this field of our law of its English elements would be futile. The modern tendency to simplify the basis of all claims pertaining to patrimonial damages by declaring it to be Aquilian in nature is subjected to criticism; it is submitted that the modern researcher is confronted mainly by four problems in his quest for the true basis of delictual liability in cases involving patrimonial loss, namely: that principles of the law of delict are scattered throughout the pages of the *Corpus Iuris Civilis*, that principles of delict and crime are intermingled throughout our common law literature, that little is known about the true contents of the old authorities which form the basis of research and, finally, that none of the old authorities extensively treats what may be termed "general principles" of delict. The study of delict by means of the so-called "elementological process" is scrutinized. In the first place different academic approaches to the elements of delict are afforded, followed by an exposition of instances in which our courts have followed this modern approach. In conclusion some remarks are made in regard to tuition of this extremely challenging subject. It is pointed out that historical and comparative research in this field are of utmost importance, and that in this respect our law faculties must be regarded as the last bastion of basic legal research in South Africa.