




AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS
TYDSEKRETARIE
UNIVERSITEIT VAN TREPORIA

1995-05-08

VAKKOD 340



Aan die Akademiese Inligtingsdiens ge-
skenk deur:
REGTER F.L.H. RUMPF
Maart 1995



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

TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE
ROMEINS-HOLLANDSE REG

JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

*KWARTAALBLAD VIR DIE REGSPRAKTISYN
EN DIE REGSTUDENT IN SUID-AFRIKA*

REDAKTEUR WA JOUBERT

REDAKSIEKOMITEE

B BEINART, BIRMINGHAM	J LABUSCHAGNE, ALICE
AC CILLIERS, PORT ELIZABETH	DJ McQUOID-MASON, DURBAN
FA DE VILLIERS, EMPANGENI	B RANCHOD, DURBAN
WOUTER DE VOS, KAAPSTAD	K SCHWIETERING, STELLENBOSCH
JC DE WET, STELLENBOSCH	SA STRAUSS, PRETORIA
PW DU PLESSIS, PIETERSBURG	JD VAN DER VYVER, POTCHEFSTROOM
R FEENSTRA, LEIDEN	JC VAN DER WALT, JOHANNESBURG
JC FERREIRA, PRETORIA	JNR VAN RHYN, BLOEMFONTEIN
DJ JOUBERT, PRETORIA	P VAN WARMELO, PRETORIA
WA JOUBERT, PRETORIA (<i>VOORSITTER</i>)	GG VISAGIE, BELLVILLE

VEERTIGSTE JAARGANG 1977

40

DURBAN

BUTTERWORTH & KIE (SA) (EDMS) BPK

1977

Register

Opgestel deur

SUSAN SCOTT

A ARTIKELS	BLADSY
COWEN, DV: Two cheers (or maybe only one) for negotiability	19
DANNENBRING, R: Oor die minderjarige se handelingsbevoegdheid: Romeinsregtelike grondslae	315
DE BEER, CR: Die aanspreeklikheid van die invorderingsbankier teenoor die ware eienaar van 'n tjek	360
ERASMUS, HJ: Die appèlhof en obiter dicta	82
GAUNTLETT, J: Distinguishing donations inter vivos and mortis causa	45
HARKER, JR: The effect of a threat of criminal prosecution on contract	139
KRUGER, A: Die amptelike curator ad litem van geestesongestelde persone	253
LOUBSER, MM: Versagende omstandighede by moord: die gradering van skuld	333
MCQUOID-MASON, DJ: Clinical legal education: its future in SA	343
MALAN, FR: Oor waarde, banke en die reëlmatige houër	126
RAMSDEN, WA (conclusion): Supervening impossibility of performance and changed circumstances in German law	68
SANDERS, AJGM: The applicability of customary international law – South Africa's monist tradition	147
SCOTT, S (vervolg): Nalatige wanvoorstelling as aksiegrond in die Suid-Afrikaanse reg	58
SCOTT, S (slot): Nalatige wanvoorstelling as aksiegrond in die Suid-Afrikaanse reg	165
VAN DER MERWE, CG en LUBBE, GF: Noodweg	111
VAN DER MERWE, S: Uberrima fides en die beraming van die risiko voor sluiting van 'n versekeringskontrak	1
VAN DER SPUY, AS: Eiendomsontwikkeling en beperkings deur beplanningsowerhede opgelê	52
VAN DER VYVER, JD: Die swygreg van kerkleraars	217
VAN WIJK, CH: The incidence of estate duty on limited interests in property	156
VENTER, F: Salus reipublicae suprema lex	233
 B AANTEKENINGE	
BARRIE, GN: "Unbridled power" en openbare mening	285
CRONJÉ, DSP en LOTZ, JG: Die koopkontrak en 'n opskortende voorwaarde	276
LA GRANGE, TJ: Die toepassing van artikel 4 van die Wet op Gevaarlike Wapens 71 van 1968	269
POTGIETER, JM en VAN RENSBURG, ADJ: Die toerekening van gevolge aan 'n delikpleger	379
RABIE, MA: The principle of legality and the sovereignty of the caucus	179
SNYMAN, JL: Finaliteit insake hoër beroep by borgtog?	386
VAN OOSTEN, FFW: Wederregtelikheid – 'n skuldtoets?	90
VAN RHYN, TAR en VAN RENSBURG, ADJ: Die bewyslas ten aansien van die buitensporigheid van 'n strafbeding	261
 C VONNISSE	
Boland Bank Bpk v Joseph 1977 2 SA 82 (D & K) deur DSP Cronjé	390
Borman en De Vos NNO en 'n ander v Potgietersrusse Tabakkorporasie Bpk en 'n ander 1976 3 SA 488 (A) deur P van Warmelo	184

Eichelgruen v Two nine eight South Ridge Road (Pty) Ltd 1976 2 SA 678 (D) deur AB de Villiers	195
Gengan v Pathur 1977 1 SA 826 (D) deur JG Lotz	300
Makhubedu v Minister van Polisie en 'n ander 1977 1 SA 420 (T) deur JL Snyman	296
S v Bakkerus 1977 2 SA 469 (T) deur J Piron	402
S v Dipkoko and Others 1977 3 SA 1107 (NK) deur E du Toit	396
S v I and Another 1976 1 SA 781 (RA) deur J Neethling	101
S v Killian 1977 2 SA 31 (K) deur FFW van Oosten	399
S v Mokoena en 'n ander 1976 4 SA 162 (O) deur André Rabie	200
S v Naidoo 1977 2 SA 123 (A) deur AJ Middleton en J Church	394
United States v Fishing Vessel Taiyo Maru No 28 395 F Supp 413 (D Me 1975) deur GN Barrie	291
Valdave Investments (Pty) Ltd v Total SA (Pty) Ltd 1977 2 SA 94 (D) deur DJ Joubert	293
Van der Merwe v Sekretaris van Binnelandse Inkomste 1977 1 SA 462 (A) deur JN Piek	302
Western Bank v Iannone 1976 2 SA 774 (O) deur DJ Joubert	96

D BOEKE

BEINART, B en VAN WARMELO, P: DG van der Keessel se Praelectiones ad Jus Criminale, Band IV deur JC de Wet	409
CLAASSEN, CJ: Dictionary of Legal Words and Phrases deur HL Gonin	206
GRASER, Roland R and VAN ROOYEN, Jan H (editors): The South African Journal of Criminal Law and Criminology/Die Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrege en Kriminologie deur FG Richings	310
HALL, CG: Maasdrop's Institutes of South African Law Band 2: The Law of Property deur CFC van der Walt	407
HONORÉ, Tony: The South African Law of Trusts deur HJ Erasmus	107
HOSTEN, WJ, EDWARDS, AB, NATHAN, C en BOSMAN, F: Introduction to South African Law and Legal Theory deur HJ Erasmus	405
JONES, RJM: The Law and Practice of Conveyancing in South Africa deur GG Denoon	110
JOUBERT, WA (redakteur): The Law of South Africa Band 1 deur K Schwietering	106
JOUBERT, WA (redakteur): The Law of South Africa Band 2 deur K Schwietering	307
KERR, AJ: The Customary Law of Immovable Property and of Succession deur JMT Labuschagne	214
KLOPPERS, HP en COERTZEE, TF: Bantu Divorce Courts - Guide to Practice and Procedure deur Joan Church	409
Law, Crime and the Community deur Ronell Piron	312
MCKENZIE, HS (bygestaan deur GB Shapiro): The Law of Building Contracts and Arbitration in South Africa deur P van Warmelo	309
VAN DER HORST, JC: Die leerstuk van die "Undisclosed Principal" deur DJ Joubert	307
VAN ZYL, DH: Geskiedenis en Beginsels van die Romeinse Privaatreg deur Francis Bosman	305
WEERAMANTRY, CG: The Law in Crisis deur André Rabie	409

E KRONIEK

Butterworth-prys	57
------------------	----

F BEGRIPPE

F BEGRIPPE	BLADSY	BLADSY	
aanspreeklikheidsbegrensing by onregmatige daad	379 ev	bewyslas	261 ev
aanspreeklikheidsbegrensing	6	bonorum possessio	306
abduksie	399 ev	boukontrakte	309 ev
aberratio ictus	210	civilter modo	209
actio doli	170 ev	collecting bank	23
action of trover	130	commissio	2
actuaris	173 ev	communis error facit ius	88
arbitrasie	309 ev	compounding of a crime	141
aquilliese aanspreeklikheid	374	condictio causa data causa non secuta	47
bankier as		condictio indebiti	280, 370
eienaar en skuldeiser	366	condictio sine causa	47, 369
invorderingsbankier	374	consideration	131 ev
Bantoereg		constitutum possessorium	390 ev
erfreg	214	contract	
onroerende goedere	214	freedom to	142
beding ten behoeve van 'n derde	185 ev	conversion	361 ev
bedrog		conveyancing	110
aksie weens	58	crime	312 ev
		crimen iniuria	101 ev

	BLADSY		BLADSY
curator ad litem	253	kousaliteit	379
geestesongestelde persone, vir	253	kyrgswet	239 ev
amptelike	253	noodtoestand	240 ev
bevoegdhe, van	255	noodweer	240 ev
pligte, van	255	legality, principle of in	
defeating the ends of justice	394	constitutional law	179 ev
direkte opset	338	parliamentary sovereignty	180
diskontohandel	130	rule of law	179 ev
dolus directus	338	criminal law	180 ev
dolus eventualis	337	nullu crimen sine lege	180 ev
donation		administrative law	181 ev
inter vivos	45	legal education	343 ev
mortis causa	45	lex Aquilia	23, 34, 59 ev, 165, 169 ev
revocable	45	mandaat van kiesers	285 ev
doodstraf	334	mens rea	394 ev
dorpsontwikkeling	55	minderjariges	
duress	139	kontraktuele gebondenheid van	316 ev
dwaling	2	minores	325 ev
eiendomsreg	52	moontlikheidsbewussyn	337 ev
beperkings op	53	mora debitoris	85
eiendomsvoorbehoud	390	moratore rente	101
estate duty	156	morele verwytbaarheid	335 ev
fideicommissum	157	nalatige wanvoorstelling	58 ev, 84 165 ev
spes	163	ekonomiese belange	168 ev
usufruct	157	onregmatigheid	165 ev
exceptio doli	322, 323, 324, 330	natural law	147
exceptio non numeratae pecuniae	134	naturalis obligatio	320, 321, 324, 330
exceptio quod metus causa	139	negotiability	24 ev
fideicommissum	185	negotiable instruments	20 ev
finansieringskoste	96	crossed cheques	20 ev
gebruikstydperk	98	negotium claudicans	318, 330, 332
kontraktydperk	98	nemini res sua servit	199, 200
finansieringskoste, koers	100	noodweer	91, 200 ev
periode	100	norskending	5
fraud	143	nullum crimen sine lege	180 ev
gevaarlike wapens	269 ev, 396 ev	obligatio civilis	324
aard	270	ommissio	2
besit van	269	ongegronde verryking	369
doel waarvoor gebruik	271	onmoontlikwording van prestasie	300 ev
gebruikmaking van	269	onregmatigheid	382 ev
medepligtiges en	274	opeisbaa rheidsklausule	96 ev
voorwerp	270	openbare beleid	221 ev
handelingsbevoegdheid	315	openbare belang	221 ev
hot pursuit	291	openbare mening	285 ev
houer vir waarde	366	openbaringsplig	4
human rights	181	opsetlike wanvoorstelling	10
ignorantia iuris neminem excusat	201	opskortende voorwaarde	276 ev
feitdwaling	205	pactum successorium	184 ev
regsdwaling	205	lex Falcidia	189
impuberes infantia maiores	317	querella inofficiosi testamenti	189
infamia	306	patria potestas	316
infantes	317	performance	
inkomstebelasting		supervening impossibility	68 ev
bruto inkomste	302	good faith	68 ev
voordeel	302	unforeseeability	74
invorderingsbank	138	rebus sic stantibus	69, 75
invorderingsbankier	360	revalorization	77, 80, 81
Engelse reg	361	positiewe interesse	17
beskerming van, in		possessio civilis	393
Suid-Afrikaanse reg	366	privaatheidskending	101 ev
iter ad sepulchrum	112, 113, 114, 121	regverdigingsgronde	103
ius ad rem acquirendam	50	noodweer	103
ius civile	306	public international law	
		act of state	153

	BLADSY
customary	147 ev, 292
fisheries zone	291 ev
hot pursuit	291 ev
monist tradition	147 ev
treaties	
act of parliament	148 ev
municipal application	148 ev
public policy	237
pupilli	317
regskrenking	5
resolutive condition	46 ev
restitutio in integrum	316, 325 ev
retensiereg	364, 367
revocability	48
risikoberaming	5
Romeinse reg	305
rule of law	179
salus reipublicae suprema lex	233 ev
serwitute	
noodweg	111 ev
absolute ingeslotenheid	115 ev
beëindiging	125
noodsaak	117
periodieke	114
permanente	114
vergoeding	114
vestiging	121 ev
volstreckte onbereikbaarheid	115 ev
serwitute	
reg van weg	115
uitwissing van deur	
confusio	195 ev
soewereniteit van parlement	285 ev
skuld as	
aanspreeklikheidsbegreningsmaat-	
staf	381
special damages	86
spesiale verweer	264
Staatspresidentspasiente	257
Staatsreg	233 ev
staatsveiligheid	233 ev
handhawing van	244 ev
owerheidsorgane deur	244 ev
noodtoestand	241
stare decisis	149 ev, 271
strafbeding	261 ev
buitensporige	261 ev
bewyslas tav	261 ev
strafproses	296 ev
arrestasie	296 ev
strafprosesreg	
borgtog	386
hoër beroep by	386 ev

G WETGEWING

(a) *Duitsland*

<i>BGB</i>	
art 137	71
157	71 75
242	71 73 75 76 77 79 80
816 I	135
822	135 n68

(b) *Engeland:*

Cheques Act van 1957	
art 4	362 365

	BLADSY
strafreg	
hoogverraad	249
sedisie	249
swygreg	
advokate	219
kerkleraars	218 ev
prokureurs	219
regspraktisyns	219
wetsagente	219
theft	143
threat of prosecution	
to induce contract	139 ev
transferability	20 ev
trust	107 ev
uberrima fides	1 ev
uitleg van kontrakte	293 ev
ekstrinsieke getuienis	295
uitweg	112 ev
undisclosed principal	307 ev
vennootskap	3
verborge prinsipaal	307 ev
verdiskonteringstransaksie	132
<i>Verrechnungsscheke</i>	33, 35
verryking	135
verrykingsaanspreeklikheid	319 ev
verrykingsaksie	
algemene	82
versagtede omstandighede	334
versekering	
inducement	12
openbaringsplig	7
risiko	1 ev
verspreiding van risiko	2
wesenlikheid	5
versekeringskontrak	1
vertrouensverhouding	
kerkleraar en lidmaat	228
via ex necessitate	112 ev
via publica	112
volksoewereniteit	236
voorsienbaarheid	6, 380
wanvoorstelling	2, 4
wederregtelikheid	
objektiewe toets	90 ev
subjektiewe toets	90 ev
wederregtelikheidsbewussyn	201 ev
weerleggingslas	265, 266
wissels	
kredietgewingsooreenkoms	129, 138
reëlmatige houer	126 ev
waarde	126 ev

BEA

art 27(3)	364
82	362 364 365 376

(c) *Suid-Afrika*

Wet 38/1916	
art 27	257 259
28	257 259
29	257 259
Wet 31/1917	
art 263	220 n11

	BLADSY		BLADSY
320	220	Wet 32/1961	
Wet 29/1922		art 20(1)	245
art 3 (4)(b)	162	Wet 15/1962	96 261 ev
3 (4)(c)	161 162	art 3	263
Geneefse Eenvormige Wisselwet van 1930		Wet 58/1962	
art 16	135	art 1	302
17	135	Wet 76/1962	
Wet 47/1937		art 21(1)	181
art 16	159 n11	Wet 34/1964	
43	200	art 1(1)	28
Wet 29/1939		1(v)	128
art 17(1)	184	1(xiv)	127
Wet 21/1940		6(3)	32 39
art 9	54	6(5)	27 ev 42
Wet 17/1950		25(1)	126
art 24(j)(ii)	53 n5	(2)	126 127
Wet 44/1950		(3)	367
art 5	250	27	129 133 136
6	250	27(1)(b)	126 127
8	251	29	133
9(2)	237 n24	34	360
10(1)(a)	250	Wet 34/1964	
10(1)(a)(bis)	250	art 36(a)	128 129
10 sex	248 251	58	25
Wet 3/1953		71	28
art 2(1)	240	72(1)	372
3	240	78(4)	372
Wet 45/1955		80	29 42
art 3(2)	163	81	25 371 ev 374 375
3(2)(a)	159	84	366
5(1)(b)	159 160	Wet 55/1965	53
11	157	Wet 83/1967	
11(a)(i)	159	art 2(2)	242
13	157 160	9(1)	181
Wet 56/1955		Wet 71/1968	
art 1	397	art 1	269 n4 272
22(1)(b)	297	2	269 n2 270 272
36(1)	298 299	4	269 270 272 274 275 396 ev
37	296 ev	4(1)	269
95	386 387	4(3)(a)	269 274
97	386 388	Wet 73/1968	
98	386 389	art 2	100
Wet 16/1956		4	97 100 101
art 3(2)(a)	238	5	96 97 99
3(2)(b)(ii)	237	5(1)	98
Wet 17/1956		5(1)(c)	99
art 2	250	5(1)(d)	100
Wet 28/1956		6	97 98 99
art 24	402	Wet 101/1969	
48	402	art 29	238 241
53(1)	402	Wet 70/1970	
Wet 44/1957		art 3	55
art 7	247	Wet 54/1971	55
67(3)	232	Wet 64/1972	
Wet 54/1957		art 1	238
art 1	238	2(a)	238 245
Wet 7/1958		3	245 247
art 1	246 n73	4	244
2	246 n73	5	244
4	246	Wet 18/1973	
5	246	art 17	253 ev 260
7	246	18(3)	255 259 260
33(1)(c)	246	19(1)(b)	255 n10
Wet 59/1959		20	256 257 260
art 19(1)(a)(iii)	89	28	257
21	389	29	257 259
23	89	60(1)	258
Wet 65/1960			
art 4(b)	160 n14		

	BLADSY		BLADSY
Wet 31/1974		12A(1)	248 n80
art 2.	250	Wet 51/1977	
3.	250	art 3(1)	260
5.	249 n86	50(1)	387
Wet 12/1975	20	59(1)	387 n9
Wet 63/1975	53	60	387
Wet 67/1976		62	388
art 1.	245 n65	63	388
2.	244	65(1)	387 388 389
3.	244	(2)	388
4.	245	(4)	388
5(1)	245	75	387 n13
(2)	245	123.	387 n11
(3)	245	Wet 51/1977	
6.	244	art 143.	387 n11 n13
8.	244	192.	218
9.	244 249 n86	189(1)	218
12(1)(a)	245	189(1)	218
Wet 79/1976		201.	219 ev
art 2(2)(cA)	237 n24	202.	221 222
5.	248 n80	205.	218 n2
6(dA)	248 n80	232.	220
9(1)	248 n80	252.	220
10(1)(a)(iv)	248 n80	257.	398
10(1)(a)bis	248 n80		

H TEKSTE

C 1 2 1	189 n8	24 1 32 3	189 n8
2 3 15.	189 n9	26 8 5 pr	319 324
2 3 19.	189 n7	26 8 5 1.	319
2 3 30.	190 n11 194	26 8 9 pr	322
2 4 11.	189 n9	26 8 9 2.	330
2 21 3.	327 328	28 6 22.	189 n9
2 24 2.	327 328	30 77.	188
2 42 3 pr	331	34 4 4.	189 n8
2 44 1.	331	35 2.	47 48
3 28 35 1	188 n6	35 2 15 1	189 n9
5 14 5.	188 n6	36 1 18 (17) pr	189 n9
6 20 3.	189 n9	36 6 1.	48
8 38 (39) 4	189 n9	38 16 16.	188 n6
		38 18 (17) pr	188 n6
D 1 1 7 1.	318	38 35 3	50
2 14 34	188 n6	39 6 1.	48 50
4 3 7 7	171	39 6 2.	46
4 3 77.	171 n194 173	39 6 13 1	48
4 4 1 1	325	15.	47
4 4 1 3	329	22.	50
4 4 1	326	23.	50
4 4 7 pr.	325 326	27.	47 48 49
4 4 7 1	326	32.	50
4 4 44.	326	35 3	45
8 2 30 pr	197	44 7 42.	279
9 2 27 21	170	44 7 43.	322
9 2 27 25	171 n190	45 1 61.	188 n6
9 2 30 2.	170 171 n190	45 3 26.	279
9 2 33 1.	171	46 3 14 8	330
12 6 29	330	46 3 66	323
13 1.	48	47 2 50 4	171 n194
17 2 3 2.	190 n13		
17 2 7-13	190 n13		
18 1 80 3	279		
18 4 1.	189 n9		
18 4 7.	189 n9		
19 1 13 29.	318		
19 5 14	171 n194		
19 5 23	170 n189		
20 1 13 5	279		
20 4 11 1	279		
		Damhouder	
		<i>Practycke in Criminele Saken</i>	
		Cap 122 8.	172 n200
		<i>Gai Inst</i>	
		2 84.	318 319 320 323
		3 100	190 n14
		3 202	170

	BLADSY		BLADSY
Grotius		Schorer	
<i>Inl</i>		<i>ad Gr</i>	
1 2 10.	148	3 4 5	141 n16
11.	148	Van Bynkershoek	
12.	148	<i>Obs Tum</i>	
13.	148	11 95	174 n208
14.	148	Van Leeuwen	
1 7 3	332 n88	<i>Cens for</i>	
1 15 1.	219 n3	1 4 12 24	47 49 50
1 15 8.	219 n3	1 4 12 25	48
2 3 10.	52	<i>RHR</i>	
14.	148	4 17 3.	279
2 5 14.	279	4 23 11	173 n205
2 21 3.	194 n28	2 2	52
2 29.	194 n28	Van der Keessel	
3 1 41.	192 n21	<i>Dictata ad Inst</i>	
3 2 22.	48	2 10 3.	192 n23
23.	47 48	4 3 16.	174
3 3 47.	279	<i>Prael ad Gr</i>	
3 4 5	141 n16	1 15 1.	219 n4
3 14 11 n22	192 n25	2 3 10.	52
3 15 4.	283 391	3 34 1.	166 n158
3 33 2.	166 n157	4.	166 n158
37 1.	166n 157	3 37 1.	166 n158
4.	166n 157	4 67 22	49
9.	173n 202	par 37 2	198
3 48 6.	141 n17	th 600	134 n59
<i>De Jure Belli ac Pacis</i>		<i>Select Thes</i>	
Prolegomenon 16	147	520	141 n16
3 20 7 1.	234 n2	Van der Linden	
Huber		<i>Koopmans Handboek</i>	
<i>HR</i>		1 14 9 2.	279
1 14 3.	332	1 11 4.	198
2 45 3	198	2 7 1	48
3 14 8.	48 49 50	<i>Inst</i>	
9.	48 49	1 45.	52
10.	49	Vinnius	
13.	50	<i>ad Inst</i>	
6 4 2	166 n161	2 7 1	46 51
4	166 161	4 3 16.	173 n203
7	166 161	<i>Tractatus de Pactis</i>	
8-12.	166 161	Cap xix	191 n17
<i>Just. Inst.</i>		Voet	
1 21 pr	317	<i>Commentarius</i>	
1 23 pr	329	2 14 16	192 n18 194 234 n2
1 23 2.	329	2 14 17	192 n18
2 1 41.	279	2 15 17	141 n16
3 15 4.	279	18	141 n16
3 19 13	190 n14	19	141 n16
4 3 16.	171	20	141 n16
Matthaeus II		4 2 3	141 n17
<i>De Auct</i>		4 2 17.	141 n17
19 1 86	173 n204	5 2 35.	192 n19
Pauw		36.	192 n19
<i>Obs Tum</i>		37.	192 n19
663	193 n27	6 1 10.	368 369
664	193 n27	8 6 2	197 198
Sande		10.	198
<i>Decisiones</i>		9 2 4	166 n156
3 12 15	173 n201		

	BLADSY
9 2 6	166 n156
9 2 14.	166 n156 n159
15.	166 n160
22.	166 n160
24.	166 n160
28.	166 n160
29.	166 n160
18 1 24	282
18 1 26	279
18 3 1.	283
18 6 5.	279

	BLADSY
19 1 10	283
19 1 11	279 283 391
20 1 11	174 n206
22 5 6.	218
28 3 10	192 n18
39 5 4.	48 49
39 6 1.	49
6 2.	49
3.	46
5 4.	49 50
45 1 19	279

HEER PRINTING CO (PTY) LTD
"Young ideas in an old craft"
PRETORIA

Uberrima fides en die beraming van die risiko voor sluiting van 'n versekeringskontrak

Schalk van der Merwe

Randse Afrikaanse Universiteit

SUMMARY

An insurer's decision to undertake risk-spreading and the determination of a realistic premium depends on his evaluation of the specific risk involved. Consequently the insurer requires information on circumstances affecting the risk. Such information often lies within the sphere of knowledge of the proposer. The requirement of *uberrima fides* with regard to contracts of insurance serves to assist the insurer in acquiring this information. *Uberrima fides* is simply an expression of the normal principle that misrepresentation in *contrahendo* can found actions for rescission and/or damages – provided that representations concerning facts which are normally irrelevant in contractual relationships may constitute a cause of action in contracts *uberrimae fidei* such as insurance. A proposer's duty to disclose material facts in turn merely means that a misrepresentation can be committed by non-disclosure (i.e. *per omissionem*).

The requirements of materiality and inducement (posed in case law and literature on insurance) regarding *uberrima fides* in general and the duty to disclose in particular do not detract from the above conclusion. Materiality is part of the normal requirement that a misrepresentation is actionable only if it is unlawful. A representation concerning facts which according to an objective test (e.g. the judgment of the prudent insurer or even the reasonable insured) need not be truthfully stated or disclosed cannot be unlawful. Inducement on the other hand refers to causation which is an element of every actionable misrepresentation.

The above submissions are in accordance with the position as stated in case law. Moreover, there is nothing in the highly developed rules of insurance law in England, the Federal Republic of Germany and the Netherlands urging a different approach. Accordingly, an insurer in South Africa is protected by the normal delictual remedies for misrepresentation and not by remedies for breach of either a tacit or an implied term of the contract.

I

Versekering is daarop gerig om 'n persoon te bevry van 'n risiko ten aansien van sy vermoë deur die effektiewe verspreiding van daardie risiko oor meerdere soortgelyk bedreigde vermoëns. Die risiko wat by 'n besondere versekeringskontrak ter sprake kom, is niks anders nie as die moontlikheid dat 'n bepaalde vermoënsvormingsdoel van die betrokke versekerde op 'n bepaalde wyse verydel word.¹

¹Sien my "Aspekte van die Risikobegrip in die Versekeringsreg" 1973 *THRHR* 371 378-379.

Indien 'n versekeraar nou die versekerbaarheid van 'n spesifieke risiko wil bepaal, moet hy in staat wees om bogenoemde moontlikheid tot 'n waarskynlikheid te kwantifiseer. Daarom is kennis van die besondere risiko-omstandighede wat vir 'n voornemende versekerde bestaan vir die versekeraar van deurslaggewende belang. Eerstens word aan die hand daarvan uitgemaak of die versekeraar hoegenaamd verspreiding van die risiko (in sy geheel of gedeeltelik) wil onderneem. Indien wel, dien die kennis verder om die grootte van die premie te help bepaal.² In die praktyk word natuurlik nie elke individuele risiko en premie afsonderlik beraam nie, maar aanvaar die versekeraar eenvoudig dat alle risiko's van 'n bepaalde kategorie eenders behandel kan word. Hierdie aanvaarding veronderstel egter dat die versekeraar weet dat die betrokke risiko nie in 'n ander kategorie val as wat met die eerste oogopslag voorkom nie.³

Aangesien die besluite oor risikoverskuiwing en premievasstelling by wyse van bedinge in die uiteindelijke versekeringskontrak vasgelê word, is dit noodsaaklik dat hulle vóór kontraksluiting geneem word. 'n Versekeraar kan hierdie besluite egter na bevrediging neem alleen indien hy onder meer beskik oor kennis van feite wat normaalweg binne die besondere kennissfeer van die versekeringsaansoeker geleë is. Om hierdie rede moet die versekeraar daarop kan reken dat die aansoeker dié kennis aan hom sal oordra en hom nie in die proses sal mislei nie.

II

Dit is 'n erkende beginsel van die Suid-Afrikaanse reg dat 'n misleide kontraktant in sekere omstandighede die bevoegdheid het om op grond van 'n wanvoorstelling in contrahendo wat 'n dwaling in die beweegrede teweegbring, die kontrak aan te veg en/of skadevergoeding te verhaal.⁴ Vanselfsprekend geld hierdie beginsel ook versekeringskontrakte. Dat dit wel die geval is, word inderdaad ook nie in ons reg ontken nie.⁵ Wat egter nie altyd duidelik gestel word nie, is dat 'n wanvoorstellingshandeling nie slegs die vorm van 'n positiewe doen of commissio ('n valse verklaring) kan aanneem nie, maar ook dié van 'n late of omissio ('n verswyging).⁶

Vry algemeen word verklaar dat versekeringskontrakte *uberrima fides*

²Sien Ivamy *General Principles of Insurance Law* (1975) 105 163-166 279; Bruck-Möller *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlerrechts* vol 2 (1961) 13; *Brownlie v Campbell* 1880 5 App Cas 925 (HL) 954; *Malcher & Malcomess v Kingwilliamstown Fire and Marine Insurance and Trust Company* (1883) 3 EDC 271 287; *Pereira v Marine and Trade Insurance Co Ltd* 1975 4 SA 745 (A) 755.

³Sien Ivamy *Principles* 164-166.

⁴Sien De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (1964) 36 cv; *De Jager v Grunder* 1964 1 SA 446 (A); *Phame Pty Ltd v Paizes* 1973 3 SA 397 (A).

⁵Sien Gordon en Getz *The South African Law of Insurance* (1969) 104; *Morris v Northern Assurance Co Ltd* 1911 CPD 293 301 304; *Vassen v Garrett* 1911 EDL 188 196-197; *London & Scottish Assurance Corporation Ltd v Venter* 1923 OPD 209; *Broli v London Assurance Co* 1931 EDL 186 199.

⁶Sien oor die onderskeiding in die algemeen McKerron *The Law of Delict* (1971) 14 cv; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1970) 31 cv.

van die kontraktante verg.⁷ Hierdie vereiste word in ons reg nie tot versekeringskontrakte beperk nie⁸ en word (veral met verwysing na die vennootskap) vertolk om 'n algemene plig tot bona fide-optrede op kontraktante te plaas.⁹ Of die vereiste by versekering ook so 'n wye inhoud het,¹⁰ is egter by bespreking van die voorkontraktuele beraming van die risiko nie ter sake nie. In hierdie konteks word uberrima fides naamlik uitgelê om spesifiek te beteken dat 'n versekeringsaansoeker – *afgesien*¹¹ van sy potensiële aanspreeklikheid weens wanvoorstelling per commissionem¹² – 'n plig het om wesentliche feite voor kontraksluiting aan sy versekeraar te openbaar.¹³

Met die bewering dat so 'n plig bestaan, is in beginsel geen fout te vind nie. Uit die feit dat 'n late 'n verskyningsvorm van handeling is, volg immers nie sonder meer dat die onregmatigheid van 'n late van regsweë op presies dieselfde wyse as die onregmatigheid van 'n commissio vasgestel kan word nie.¹⁴ Daarom vervul die vereiste van 'n plig tot 'n positiewe doen sonder twyfel 'n belangrike funksie¹⁵ – en dit geld ook die openbaringsplig wat op 'n versekeringsaansoeker rus. Die openbaringsplig word egter dikwels benader asof dit 'n totaal nuwe regsbeginnel verteenwoordig en asof versuim om die plig na te kom náás wanvoorstelling 'n invloed op die kontraktuele nexus het.¹⁶ So 'n benadering is nie regverdigbaar nie.

⁷Sien Gordon en Getz *Insurance* 104 ev; Gibson en Comrie *South African Mercantile and Company Law* (1975) 485; *Richards v Guardian Insurance Co* 1907 TH 24 30; *Colonial Industries Ltd v Provincial Insurance Co Ltd* 1922 AD 33 40; *Pereira v Marine and Trade Insurance Co Ltd* 1975 4 SA 745 (A) 755, om slegs enkele voorbeelde te noem.

⁸Sien Gordon en Getz *Insurance* 104; Hall *Maasdorp's Institutes of South African Law* vol 3 *The Law of Contract* (1970) 250 285 ev; De Wet en Yeats *Kontraktereg* 568 en die aanhaling uit *Iscor Pension Fund v Marine and Trade Insurance Co Ltd* 1961 1 SA 178 (T) 185 in aansluiting by noot 22 hieronder. Oor die vraag of ook borg 'n kontrak uberrimae fidei is, sien Caney *The Law of Suretyship in South Africa* (1970) 38–39 en die gesag wat daar aangehaal word.

⁹Sien *Purdon v Muller* 1961 2 SA 211 (A) 230–231.

¹⁰Sien Adreae se aantekeninge by De Groot *Inleydinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* (1926) 3 24 20 asook Ivamy *Principles* 107 se verwysing na die verpligtinge wat die vereiste vir die *versekeraar* meebring.

¹¹Sien n 16 hieronder.

¹²Sien die beslissings wat in n 7 hierbo aangehaal word.

¹³Sien *Malcher & Malcomess v Kingwilliamstown Fire and Marine Insurance and Trust Company* 1883 3 EDC 271 279 287 ev; *Richards v Guardian Assurance Co* 1907 TH 24 30; *Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd v De Bruyn* 1911 CPD 103 126–127; *Fine v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* 1915 AD 213 218; *Steyn v Malmesbury Board of Executors & Trust & Assurance Co* 1921 CPD 96 104; *Colonial Industries Ltd v Provincial Insurance Co Ltd* 1922 AD 33 40; *Muller v Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd* 1925 WLD 103 104; *Whyte's Estate v Dominion Insurance Co of South Africa Ltd* 1945 TPD 382 404; *Bodemer NO v American Insurance Company* 1960 4 SA 428 (T) 433–434 en 1961 2 SA 662 (A) 668; *Green v Heyman* 1963 3 SA 390 (T) 391; *Pereira v Marine and Trade Insurance Co Ltd* 1975 4 SA 745 (A) 755.

¹⁴Sien van der Walt “Minister van Polisie v Ewels 1975 3 SA 590 (A)” 1976 *TSAR* 101 106.

¹⁵Sien *Regal v African Superstate Pty Ltd* 1963 1 SA 102 (A); *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) en die bespreking van *wesenlikheid* hieronder.

¹⁶Sien Gordon & Getz *Insurance* 104 n 1 en oor die algemeen die beslissings waarna in n 13 hierbo verwys word. In die jongste appèlhofbeslissing oor die aangeleentheid – *Pereira v Marine and Trade Insurance Co Ltd* 1975 4 SA 745 (A) – verklaar ar Corbett (755H): “This duty to disclose exists in addition to the insured's obligation to answer truthfully

Enersyds blyk uit gewysdes wat oor versekeringskwessies handel by geleentheid onteenseglik dat wanvoorstelling ook by wyse van verswyging kan plaasvind.¹⁷ Andersyds getuig die gewysdes dat *uberrima fides* in elk geval nie slegs op verswygings betrekking het nie maar ook op wanvoorstellings per *commissionem*.

Klaarblyklik is daar dus geen rede om die *uberrima fides*-vereiste en die openbaringsplig wat daarmee gepaard gaan van die erkende werking van wanvoorstelling in *contrahendo* te onderskei nie.¹⁸ Die feit dat die trou wat hier vereis word nie slegs *bona* moet wees nie maar juis *uberrima*, het betrekking op die versekeraar se reg op volledige, korrekte inligting¹⁹ en dui nie op 'n nuwe regsbeginnsel nie. Millner²⁰ stel dit soos volg:

"The negotiations preceding a contract *uberrimae fidei* do not create a situation in which a man must be more honest than on other occasions, but one in which an honest man would be more candid."²¹

Dat dit slegs oor 'n graadverskil handel, blyk ook uit die woorde van waarnemende regter Roberts in *Iscor Pension Fund v Marine and Trade Insurance Co Ltd*:²²

"In some contracts parties are required to place their cards on the table to a greater extent than in others, but the determination of the extent of the disclosure does not depend on the label we choose to stick on a contract."

Dit is dus duidelik dat 'n versekeraar in sy poging om 'n spesifieke risiko voor kontraksluiting te beraam van regsweë beskerm word deur middel van die gewone reëls insake wanvoorstelling in *contrahendo*. Gevolglik moet die wyse waarop die aangeleentheid versekeringsregtelik gehanteer word by die erkende inhoud van wanvoorstelling as verskyningsvorm van onregmatige daad inpas.

Uiteraard kan die besondere omstandighede wat met die sluiting van 'n versekeringskontrak gepaard gaan die toepassing van bogenoemde reëls beïnvloed. In hierdie – maar ook slegs hierdie – opsig kan toegegee word dat die plig om die hoogste goeie trou aan die dag te lê as 'n tipiese versekeringsaangeleentheid beskou moet word.²³ Die implikasie van hierdie

all questions put to him by the company in the proposal form." (ek kursiveer). Of die woorde "in addition to" dui op iets anders as aanspreeklikheid weens wanvoorstelling of bloot op die onderskeiding tussen *omissio* en *commissio* is nie duidelik nie.

¹⁷Byvoorbeeld *Simon v Equitable Marine and Fire Insurance Company* 1892 SC 455 459.

¹⁸*Sien Vassen v Garrett* 1911 EDL 188 196.

¹⁹Op 'n spesifieke benaming vir hierdie reg of die objek daarvan word hier nie ingegaan nie. *Sien Joubert Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (1953) 42. *Sien* ook die opmerkings hieronder oor die vraag of onregmatigheid in regskenking of normskending bestaan.

²⁰"Fraudulent Non-disclosure" 1975 *SALJ* 177 188.

²¹Ons gemeenregtelike skrywers praat in hierdie verband eenvoudig van *bona fides* – sien *De Groot Inleydinge* 3 24 6 en 20; Van der Linden *Rechtsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek* (1806) 4 6 10. In *Malcher & Malcomess v Kingwilliamstown Fire and Marine Insurance and Trust Company* 1883 3 EDC 271 287 verwys regter Buchanan na *uberrima fides* as "perfect *bona fides*." *Sien* ook Spiro "Uberrima fides" 1961 *THRHR* 196 197 202; Omori "Insurance Law and the Principle of Good Faith" in *AIDA A Tribute to Antigono Donati* vol 1 (1970) 415 416–417 en die bespreking van die wesentlike vereiste hieronder.

²²1961 1 SA 178 (T) 185. *Sien* ook *Fine v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* 1915 AD 213 218.

²³*Sien Gordon en Getz Insurance* 3.

gevolgtrekking is dat Engelse versekeringsreg – vir sover dit tipiese versekeringsaangeleenthede in Suid-Afrika geld²⁴ – slegs aanwending kan vind namate voorkontraktuele risikoberaming met die oog op 'n versekeringskontrak besondere eise stel by toepassing van die gewone plaaslike beginsels oor wanvoorstelling, soos byvoorbeeld sal blyk uit die bespreking van wesenlikheid hieronder.

III

'n Volledige uiteensetting van die reëls insake wanvoorstelling en hulle aanwending word hier nie beoog nie. Tog is daar enkele aspekte wat nadere toeligting verdien. Die vernaamste hiervan is die vraag na die betekenis van twee vereistes wat na bewering tipies is van die uberrima fides-begrip soos dit by versekeringskontrakte voorkom.

Die eerste vereiste is dié van “materiality” of te wel *wesenlikheid*. In die praktyk word inligting wat 'n versekeraar nodig het om 'n risiko te beraam normaalweg by wyse van 'n aansoekvorm ingewin. Daarin het die versekeraar die geleentheid om deur vraagstelling antwoorde van die aansoeker uit te lok. Indien sodanige antwoorde foutief is, kan hulle uitdruklike wanvoorstellings wees. Dit is egter tekenend van die versekeringsverhouding dat die versekeraar nie alle relevante inligting deur vraagstelling in die aansoekvorm kan dek nie; daarvoor is die risiko-omstandighede eenvoudig te talryk en genuanseerd. Vandaar verkry wanvoorstelling deur 'n late (in die vorm van 'n verswyging) besondere betekenis by versekering.

As onregmatige daad is wanvoorstelling slegs ageerbaar indien die voorstelling onregmatig is. Veral by wanvoorstelling deur middel van verswyging moet hierdie feit deeglik voor oë gehou word. Die gebruik om in die onderhawige omstandighede te praat van 'n *plig* om te openbaar, dui eintlik reeds daarop dat dit ook by die versekeringsaansoeker se openbaringsplig oor 'n onregmatigheidsprobleem handel: Slegs waar 'n plig tot 'n positiewe doen (openbaring) bestaan, kan immers aanvaar word dat 'n aansoeker deur sy late (verswyging) onredelik en sodoende onregmatig gehandel het.²⁵ Daarmee word nie ingegaan op die vraag of onregmatigheid in regskenking of in normskending bestaan nie.²⁶ Wat die reëling insake voorkontraktuele risikoberaming betref, maak die besondere antwoord per slot van rekening geen beginselverskil nie.

Sowel in geval van 'n valse verklaring as van 'n verswyging sal die onregmatigheid (onredelikheid) van die handeling bepaal moet word aan die hand van die vraag of die versekeraar se reg (of dan wel die betrokke norm) die feit(e) waarop die verklaring of verswyging betrekking het, inbegryp. Die vraag wat dadelik ontstaan, is of nie dalk *elke* feit ten opsigte waarvan

²⁴Sien Gordon en Getz *Insurance* 2–3.

²⁵Sien *Regal v African Superslate Pty Ltd* 1963 1 SA 102 (A); *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A).

²⁶Sien Van der Merwe en Olivier *Onregmatige Daad* 51 ev; Joubert “Die Realiteit van die Subjektiewe Reg en die Betekenis van 'n Realistiese Begrip daarvan vir die Privaatreg” 1958 *THRHR* 12 en 98 111–112; Van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid uit Onregmatige Daad* (Proefskrif 1974) 261 ev; Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts* vol 1 *Allgemeiner Teil* (1970) 213 ev; Esser *Schuldrecht* vol 1 *Allgemeiner Teil* (1970) 61 ev 310 ev.

die versekeraar inderdaad mislei word by die reg (norm) inbegrepe is nie. Indien wel, kom dit neer op erkenning van 'n reg (norm) ter beskerming van die waarheid in die algemeen (dit wil sê oor enigiets onder die son) of dan ten minste 'n algemene reg (norm) dat 'n persoon nie mislei word nie.²⁷ Laasgenoemde reg (norm) sal weliswaar 'n enger inhoud hê as 'n algemene reg op die waarheid, maar sal steeds beteken dat 'n versekerings-aansoeker wat 'n versekeraar inderdaad mislei *onregmatig* handel, ongeag die besondere feite waarop die misleiding betrekking het. So 'n reëling hoef natuurlik nie tot oewerlose aanspreeklikheid weens wanvoorstelling te lei nie. Aanspreeklikheidsbeperkende maatstawwe soos 'n juridies adekwate verband tussen feite²⁸ of voorsienbaarheid²⁹ is in ons reg welbekend.

So maklik kan die gestelde vraag egter nie beantwoord word nie. Ook al word erken dat toerekenbaarheid 'n selfstandige element van elke onregmatige daad is en dat aanspreeklikheidsbegrensing nie noodwendig slegs met behulp van die elemente handeling, onregmatigheid, skuld, skade en oorsaaklikheid bewerkstellig word nie³⁰ moet in gedagte gehou word dat onregmatigheid die tipiese eienskap van 'n onregmatige daad is. Indien nou aanvaar word dat 'n regsgemeenskap in beginsel traag is om 'n handeling as onregmatig en derhalwe potensieel aanspreeklikheidsvestigend te tipeer, moet 'n mens jou afvra of misleiding volgens die huidige stand van ons reg sonder meer onregmatig is.

Daar bestaan genoegsame aanduidings in beslissings oor wanvoorstelling en uberrima fides by versekeringskontrakte om die stelling te regverdig dat die Suid-Afrikaanse reg nie so 'n algemene beskerming van 'n versekeraar teen misleiding ken nie. Ons howe vereis naamlik dat die feite waarop die verklaring of verswyging betrekking het *wesenlik* moet wees.³¹ Daar word aan die hand gedoen dat dié vereiste beteken dat nie-wesenlike feite nie by die betrokke reg (norm) inbegrepe is nie en dat misleiding ten opsigte

²⁷Positief geformuleer kan dit byvoorbeeld heet 'n reg op (norm ter beskerming van) die geestelike integriteit – sien Joubert *Grondslae* 42.

²⁸Sien byvoorbeeld Joubert "Oorsaaklikheid: Feit of Norm?" 1965 *Codicillus* 6; Van der Walt "Van den Bergh v Parity Insurance Co Ltd and others 1966 2 SA 621 (N)" 1966 *THRHR* 244 250 ev.

²⁹Oor die vraag of voorsienbaarheid met die skuldelement van 'n onregmatige daad saamhang en of dit 'n selfstandige normatiewe maatstaf is, sien Van Rensburg *Normatiewe Voorsienbaarheid as Aanspreeklikheidsbegrensingsmaatstaf in die Privaatreg* (1972) 10 ev.

³⁰Sien Van Rensburg *Voorsienbaarheid* 1-2 en *Juridiese Kousaliteit en Aspekte van Aanspreeklikheidsbeperking by die Onregmatige Daad* (Proefskrif 1970) 172 ev.

³¹Sien *Malcher & Malcomess v Kingwilliamstown Fire and Marine Insurance and Trust Company* 1883 3 EDC 271 279-289; *Ehrig & Weyer v Transatlantic Fire Insurance Co* 1905 TS 557 560; *Morris v Northern Assurance Co Ltd* 1911 CPD 293 304; *Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd v De Bruyn* 1911 CPD 103 126; *Vassen v Garrett* 1911 EDL 188 196; *Fine v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* 1915 AD 213 218-219; *Colonial Industries Ltd v Provincial Insurance Co Ltd* 1922 AD 33 40 42; *Muller v Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd* 1925 WLD 103 105; *Fouche v The Corporation of the London Assurance* 1931 WLD 145 156; *Whyte's Estate v Dominion Insurance Co of South African Ltd* 1945 TPD 382 403-406; *Alliance Assurance Co Ltd v Lewis* 1958 4 SA 69 (SR) 74; *Roome NO v Southern Life Association of Africa* 1959 3 SA 638 (D & CLD) 641-642; *Stumbles NO v New Zealand Insurance Co Ltd* 1963 2 SA 44 (SR) 52.

van sulke feite nie onregmatig kan wees nie. Die howe praat naamlik nie van 'n algemene plig om te openbaar nie maar van 'n plig om *wesenlike feite* te openbaar.³² Verder as dit strek die plig – en dus die potensiaal tot onregmatige optrede – nie.

Ook wat ander kontraksoorte as versekeringskontrakte betref, word gepraat van 'n plig om wesenlike feite te openbaar of van die verswyging van wesenlike feite.³³ In *Stacy v Sims*³⁴ verklaar regter Gardiner ten aansien van 'n huurkontrak:

“[I]f one were once to lay down that it was the duty of a prospective tenant to acquaint his landlord with any fact which might possibly affect the landlord's mind, it would be difficult to know where one was to stop . . . [I]t would be going much too far to say that there was a duty upon the tenant to disclose the state of health of any of his family or the method by which such members occupied their time.”

Nogtans mag laasgenoemde feite vir 'n gegewe verhuurder inderdaad van belang wees. Nog algemener is die stelling van regter Fannin in *Speight v Glass*:³⁵

“There is in our law no general duty upon contracting parties to disclose to each other any facts and circumstances known to them which may influence the mind of the other party in deciding whether to conclude the contract.”

Soos reeds hierbo gesê, gebeur dit bloot dat by sommige kontraktuele verhoudinge 'n kontraktant 'n groter hoeveelheid korrekte inligting van sy medekontraktant kan verwag as by ander.³⁶ Hieruit volg egter nie dat by kontrakte *uberrimae fidei* sonder meer 'n *algemene* openbaringsplig bestaan nie.³⁷

In *Karoo & Eastern Board of Executors & Trust Co v Farr*³⁸ verklaar appèlregter Solomon ten opsigte van wanvoorstelling *per commissionem*:

“The defence to the claim is that the defendant was induced to enter into the contract upon which he was sued on the faith of certain false representations made to

³²*Sien Malcher & Malcomess v Kingwilliamstown Fire and Marine Insurance and Trust Company* 1883 3 EDC 271 287 (“In cases of insurance a party is required . . . to state all matters within his knowledge which . . . in point of fact are [material]”); *Colonial Industries Ltd v Provincial Insurance Co Ltd* 1922 AD 33 40 (“ . . . it was his duty to make a full disclosure . . . of all material facts”); *Whyte's Estate v Dominion Insurance Co of South Africa Ltd* 1945 TPD 328 404 (“ . . . a duty to disclose all material facts”). Sien ook die ander beslissings wat in n 31 hierbo genoem word.

³³Sien byvoorbeeld *Edwick v Trotman* 1950 3 PH A41 (C) 140; *Dibley v Furter* 1951 4 SA 73 (C) 84 ev; *Cloete v Smithfield Hotel Pty Ltd* 1955 2 SA 622 (O) 628; *Speight v Glass* 1961 1 SA 778 (D) 780 781.

³⁴1917 CPD 533 535–536.

³⁵1961 1 SA 778 (D) 781H. *Flaks v Sarne* 1959 1 SA 1 222 (T) 226D; *Pretorius and another v Natal South Sea Investment Trust Ltd (Under Judicial Management)* 1965 3 SA 410 (W) 417H–418E.

³⁶Daar is veel te sê vir Van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid* 327–329 se voorstel dat 'n algemene norm ter beskerming van nie-materiële belange teen aantasting contra bonos mores geld en dat hierdie norm van gevaltype tot gevaltype gekonkretiseer word. Sien ook Millner “Fraudulent Non-disclosure” 1975 *SALJ* 184 ev.

³⁷So 'n indruk word naamlik geskep in *Stacy v Sims* 1917 CPD 533 535 en *Pretorius and another v Natal South Sea Investment Trust Ltd (Under Judicial Management)* 1965 3 SA 410 (W) 417H.

³⁸1921 AD 413.

him . . . Now it is common cause that to establish the defence set up it was necessary to prove (1) that certain representations were made to him by the plaintiff company's duly authorised agents in order to induce him to enter into the contract, (2) *that the representations were material*, (3) that they were false in fact, and (4) that he entered into the contract on the faith of these false representations."³⁹

By beantwoording van die vraag of die wanvoorstelling in casu wel "material" was, verklaar die regter dan⁴⁰ dat die toets is:

"was it of such a nature as would be *likely* to induce a person to enter into the contract[?]."⁴¹

Appèlregter Solomon se verwysing na "materiality" kan vertolk word om te beteken dat die voorstelling onregmatig moet wees. Daarom word vereis dat die vraag na "materiality" aan die hand van die oordeel van "a person" – dus objektief – uitgemaak moet word. Vanselfsprekend is onregmatigheid nog nie bewys indien slegs bewys van die wesenlikheid van die voorstelling gebring is nie. Per slot van sake moet die misleide *inderdaad* mislei gewees het. Dié vereiste blyk dan ook uit die bewoording van die vierde punt in bostaande sitaat, te wete dat die verweerder gekontrakteer het "*on the faith of these false representations*". Wesenlikheid is egter óók deel van die onregmatigheidsbegrip by wanvoorstelling. Dit kom daarop neer dat wesenlikheid nie maar net beteken dat die misleide deur die wanvoorstelling beweeg is om die kontrak soos dit is te sluit nie – dat wesenlikheid dus nie sonder meer met die oorsaaklikheidsvereiste gelykgestel mag word nie.⁴²

Terselfdertyd moet in ag geneem word dat appèlregter Solomon se woorde nie ondubbelsinnig is nie. Hy stel naamlik as vereiste nie dat die wanvoorstelling op wesenlike feite betrekking moet hê nie, maar dat die *voorstelling self* wesenlik moet wees⁴³ – en dat 'n voorstelling wesenlik is indien dit iemand *waarskynlik* tot kontraksluiting sou beweeg het. Hieruit kan moontlik afgelei word dat met wesenlikheid in casu bedoel word dat daar 'n adekwate kousale verband tussen voorstelling en kontrak moet wees. Dieselfde geld regter Vieyra se verklaring in *Pretorius and another v Natal South Sea Investment Trust Ltd (Under Judicial Management)*:⁴⁴

"[A misrepresentation] is material when it has the natural and probable effect of influencing the mind of the person to whom it is made."

Voeg 'n mens nou hierby dat in verskeie uitsprake oor wanvoorstelling by sluiting spesifiek van versekeringskontrakte verwys word na *wesenlike voorstellings* en nie na voorstellings aangaande *wesenlike feite* nie,⁴⁵ kan die gevolgtrekking dat wesenlikheid soms wel op veroorsaking dui nie vermy word nie.

³⁹415. Ek kursiveer.

⁴⁰420.

⁴¹Ek kursiveer.

⁴²Sien De Wet & Yeats *Kontraktereg* 40.

⁴³Dit kan beteken dat gevra word nie na bepaalde feite ten einde die omvang van die betrokke reg of norm uit te maak nie, maar slegs na die verband tussen die voorstelling en sy beweerde gevolg (die kontrak).

⁴⁴1965 3 SA 410 (W) 415H-416A.

⁴⁵Sien byvoorbeeld *Vassen v Garrett* 1911 EDL 188 196; *Morris v Northern Assurance Co Ltd* 1911 CPD 293 304; *Alliance Assurance Co Ltd v Lewis* 1958 4 SA 69 (SR) 74.

Alles in ag genome beteken dit egter hoogstens dat ons howe die begrip wesenlikheid nie slegs in een betekenis gebruik nie en bly die gevolgtrekking dat wesenlikheid minstens wat versekeringskontrakte betref in eerste instansie op die onregmatigheid van die voorstelling betrekking het.⁴⁶

Uit die voorgaande bespreking volg dat 'n feit wesenlik is – en derhalwe redelikerwyse geopenbaar behoort te word – indien aanvaar kan word dat dit invloed sal uitoefen op 'n versekeraar se besluit om verspreiding van die risiko (in geheel of gedeeltelik) te onderneem of die vasstelling van die premie sal beïnvloed. Hier handel dit nie oor die oordeel van 'n spesifieke versekeraar of versekerde nie, maar oor 'n objektiewe maatstaf. Gewoonlik word die maatstaf geformuleer as die oordeel van 'n ervare en verstandige (soms: redelike) *versekeraar*.⁴⁷ Veral met betrekking tot lewensversekering word egter soms die oordeel van 'n redelike persoon in die posisie van die *versekeringsaansoeker* as die toets gestel.⁴⁸

Op die vraag of een van hierdie toetse voorrang behoort te geniet of selfs die enigste geldende behoort te wees, hoef hier nie ingegaan te word nie. In die verbygaan kan slegs opgemerk word dat die toets van die “redelike versekeringsaansoeker” gewoonlik op so 'n wyse geformuleer word dat 'n mens die indruk kry dat die vrae na onregmatigheid en nalatigheid nie duidelik uiteengehou word nie.⁴⁹ Belangriker is egter die feit dat redelikheid as onregmatigheidskriterium besondere omstandighede rakende 'n versekeraar en 'n versekerde kan betrek,⁵⁰ sodat die formulering van die twee toetse

⁴⁶Daarom kan my stelling in Copeling *Students Casebook on Mercantile Law* (1975) 307 dat wesenlikheid na die vereiste kousale verband verwys nie ongekwalifiseerd geld nie. Sien ook die bespreking van “inducement” hieronder.

⁴⁷In *Colonial Industries Ltd v Provincial Insurance Co Ltd* 1922 AD 33 42 sê ar De Villiers: “[E]very fact is material which would affect the minds of prudent and experienced insurers in deciding whether they will accept the contract, or when they accept it, in fixing the amount of premium to be charged.” Sien ook *Malcher & Malcomess v Kingwilliamstown Fire and Marine Insurance and Trust Company* 1883 3 EDC 271 287–289; *Fine v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* 1915 AD 213 220–221; *Fouche v The Corporation of the London Assurance* 1931 WLD 145 159; *Alliance Assurance Company Ltd v Lewis and others* 1958 4 SA 69 (SR) 72 75; Gordon en Getz *Insurance* 106.

⁴⁸Die uitspraak van r Jansen in *Roome NO v Southern Life Association of Africa* 1957 3 SA 638 (D & CLD) 641F–642B is 'n aanknopingspunt vir so 'n benadering in die Suid-Afrikaanse reg. Die regter steun uitdruklik op die toets wat in *Life Association of Scotland v Forster* 1873 11 Macph 351 geformuleer is en waarvolgens die oordeel van “a reasonable and cautious man proposing insurance” deurslaggewend is. R Jansen verwys ook na die uitspraak in *Joel v Law Union & Crown Insurance Co* 1908 2 KB 863. Op grond van bogenoemde twee uitsprake kom Parkington en O'Dowd *MacGillivray & Parkington on Insurance Law relating to all Risks other than Marine* (1975) §§ 749–750 tot die gevolgtrekking dat die “reasonable assured”-toets minstens lewensversekeringskontrakte geld.

⁴⁹Sien byvoorbeeld die feit dat in die bronne waarna in n 48 hierbo verwys word telkens van die oordeel van 'n “reasonable man” gepraat word. Hierdie woorde is weliswaar nie onversoekenbaar met die redelikheidskriterium by onregmatigheid nie, maar is ongetwyfeld eerder tipies van die nalatigheidstoets. Daarby kom die feit dat by geleentheid uitdruklik verklaar word dat verswyging van wat 'n redelike versekeringsaansoeker “would think material . . . will constitute . . . negligence on the part of the insured . . .” – sien *Life Association of Scotland v Forster* 1873 11 Macph 351 (ek kursiveer).

⁵⁰Sien De Jager “Combrinck Chiropraktiese Kliniek Edms Bpk v Datsun Motor Vehicle Distributors Pty Ltd 1972 4 SA 185 (T) en A Gibb and Son Pty Ltd v Taylor and

nie noodwendig 'n beginselonderskeiding uitdruk nie. Dit blyk trouens ook uit Parkington en O'Dowd⁵¹ se motivering vir die aanwending van die "reasonable assured"-toets by lewensversekering dat faktore wat versekeraars en versekerdes respektiewelik raak 'n rol speel. Besondere beleidsoorwegings kan natuurlik in 'n bepaalde gemeenskap meebring dat een toets gekies word ter beperking of selfs uitsluiting van die ander.⁵²

Wat die antwoord op bogenoemde vrae ook al mag wees,⁵³ staan in elk geval vas dat dit telkens oor 'n objektiewe maatstaf handel – en dit is in ooreenstemming met die feit dat 'n mens hier met 'n aspek van onregmatigheid te doen het.

Die vraag kan gestel word of wesenlikheid as deel van die onregmatighedelement dan ook gevalle van opsetlike wanvoorstelling geld. De Wet en Yeats⁵⁴ verklaar dat "n bedrieër wat 'n ander opsetlik mislei het, hom nie daarop kan beroep dat die ander persoon beter moes geweet het nie". Hierdie argument is oortuigend vir sover dit beteken dat 'n persoon wat 'n ander onregmatiglik en opsetlik mislei hom nie ter verweer op die ander se liggelowigheid kan beroep nie. Dit beteken egter nie noodwendig dat elke valse voorstelling waarby die voorsteller sy wil op misleiding van 'n ander gerig het onregmatig is nie. In beginsel sal ook by opsetlike wanvoorstelling die handeling slegs onregmatig wees indien dit onder meer op wesenlike feite betrekking het. En dan is die vraag nie watter feite na die mening van die misleide self wesenlik was nie. Net so min as wat dit saak maak of hy dalk gedink het die besondere feite is nie-wesenlik,⁵⁵ maak dit saak of hy gedink het hulle is wél wesenlik. Die maatstaf is een van redelikheid.

Die enigste rede waarom 'n opsetlike wanvoorstelling sonder meer onregmatig sou kon wees, is dat – analoog aan die geval van misbruik van reg – die aard van die handeling medebepaal mag word deur die gesindheid van die dader en sodoende volgens die opvattinge van die gemeenskap onredelik mag wees.⁵⁶ Selfs dan bly dit egter te bevraagteken of opset alleen die handeling altyd onredelik sal maak. Wat die verhouding tussen versekeringsnemer en versekeraar betref, is dit twyfelagtig of aanvaar kan word dat dit onredelik van 'n aansoeker is om aan 'n versekeraar 'n valse verklaring te maak oor feite wat objektief beskou nie wesenlik vir die betrokke risiko is nie – selfs al het daardie besondere versekeraar die feite wel as wesenlik beskou. Daarom kan minstens van die versekeringskontrak gesê word dat 'n versekeraar wat die kontrak weens opsetlike wanvoorstelling deur die

Mitchell Timbers Supply Co Ltd 1975 2 SA 457 (W)" 1976 *TSAR* 108 113 ev en die bronne daar aangehaal.

⁵¹*MacGillivray on Insurance* § 750.

⁵²Sien Parkington en O'Dowd *MacGillivray on Insurance* § 813 se argument ten gunste van die "reasonable assured"-toets by alle versekeringskontrakte behalwe seeversekering. Ivamy *Insurance* 113 beveel na bespreking van dieselfde gesag as Parkington en O'Dowd interessant genoeg aan dat die toets van die ervare versekeraar behoort te geld! Gordon en Getz *Insurance* 106 meld slegs laasgenoemde toets.

⁵³In *Pereira v Marine and Trade Insurance Co Ltd* 1975 4 SA 745 (A) 756E formuleer ar Corbett die toets sonder verwysing na versekeraar of versekerde.

⁵⁴41. sien ook die bronne wat die skrywers 41 n (g) aanhaal.

⁵⁵Met dien verstande natuurlik dat die kousaliteitsvraag hierdeur beïnvloed mag word.

⁵⁶Sien Van der Merwe en Olivier *Onregmatige Daad* 63 ev.

aansoeker wil aanveg wesenlikheid in bogenoemde betekenis sal moet bewys.⁵⁷ Vanselfsprekend sal die feit dat 'n spesifieke ervare versekeraar inderdaad mislei is ten aansien van feite wat hy self as wesenlik beskou het 'n sterk aanduiding daarvan wees dat daardie feite ook volgens die oordeel van die ervare en verstandige versekeraar in die algemeen gesien wesenlik sal wees. Daarbenewens kan 'n hof in 'n gegewe geval bevind dat goeie trou in die algemeen verhinder dat 'n versekerde hom op sy goeie reg beroep.⁵⁸ Les bes kan dit wees dat die aansoeker die korrektheid van besondere feite waarborg, in welke geval die gewone beginsels rakende versekeringswaarborges sal geld. Hierdie oorwegings doen egter nie weg met die onregmatigheids- en die daarmee gepaardgaande wesenlikheidsvereiste nie.

Artikel 63(3) van die Versekeringswet⁵⁹ lui:

“Ondanks andersluidende bepalings vervat in enige binnelandse polis of in enige dokument wat op daardie polis betrekking het, word so 'n polis wat voor of na die inwerkingtreding van hierdie Wet uitgereik is, nie ongeldig gemaak nie en word die aanspreeklikheid van 'n versekeraar daarkragtens nie uitgesluit of beperk nie en word die verpligtings van die eienaar daarvan nie verhoog nie, weens enige voorstelling wat aan 'n versekeraar gemaak is en nie waar is nie, hetsy daardie voorstelling as waar gewaarborg is al dan nie, tensy die onjuistheid van bedoelde voorstelling sodanig is dat dit waarskynlik die berekening van die risiko onder bedoelde polis wesenlik beïnvloed het ten tyde van die uitreiking of enige herstelling of hernuwing daarvan.”

Daar is hoegenaamd geen aanduiding dat die vereiste van wesenlike beïnvloeding van die berekening van die risiko enige nuwe beginsel in ons reg aangaande wanvoorstelling ingevoer het nie.⁶⁰ Wesenlikheid moet steeds teen die agtergrond van die bestaande reg vertolk word en het dus betrekking op risikoverspreiding sowel as premieberekening.⁶¹ Opvallend is wel dat wesenlikheid in die artikel as vereiste gestel word sonder dat 'n onderskeid tussen opsetlike en nie-opsetlike wanvoorstelling gemaak word.⁶²

'n Ander aspek van die onregmatigheidsvraag by verswygings is of die versekeringsaansoeker se plig nie slegs is om kennis waaroor hy inderdaad

⁵⁷Sien die beslissings wat in n 31 hierbo aangehaal word. Sien ook Wessels-Roberts *The Law of Contract in South Africa* vol 1 (1951) 335–336 wat bedrog in die algemeen betref. Ivamy *Principles* 162 steun hierdie standpunt, maar maak op bladsy 121 blykbaar 'n uitsondering deur te verklaar dat feite wesenlik is indien die aansoeker gewet het dat die versekeraar hulle as wesenlik beskou. Tereg merk Parkington en O'Dowd *MacGillivray on Insurance* § 753 op dat hierdie uitsondering strydig is met Ivamy se eie uitgangspunt dat die toets vir wesenlikheid objektief is. Interessant genoeg meen Parkington en O'Dowd nogtans dat dit “inconsistent with the general requirement of *uberrima fides*” sal wees om 'n versekerde toe te laat om hom by bedrog te beroep op die nie-wesenlikheid van die feite waarop sy voorstelling betrekking gehad het. Hierbo is egter reeds betoog dat *uberrima fides* in sigself geen selfstandige beginsel verteenwoordig nie.

⁵⁸Analoog aan die argument in *Weinerlein v Goch Buildings Ltd* 1925 AD 282 292–293. Die argument van Parkington en O'Dowd waarna in n 57 hierbo verwys word kan dalk op hierdie basis verklaar word.

⁵⁹27 van 1943. Die huidige artikel is in 1969 deur a 19 van die Wysigingswet op Versekering 39 van 1969 ingevoeg.

⁶⁰Die artikel het in besonder op waarborge betrekking, maar dié onderwerp is nie hier ter bespreking nie. Sien Gordon en Getz *Insurance* 205 ev.

⁶¹Sien Gordon en Getz *Insurance* 211.

⁶²Sien die bespreking by n 54 hierbo.

beskik, mee te deel nie, maar ook om desnoods sekere kennis te bekom en dit dan oor te dra. Hierdie ekstensiewe uitleg van die versekeringsnemer se plig – en dus terselfdertyd van die grense van die versekeraar se reg of van die relevante norm – kan gegrond word op die feit dat dit handel oor verskuiwing van 'n risiko, met 'n gevolglike omvattende behoefte aan kennis van die risiko-omstandighede.

In ons regspraak kon geen direkte gesag vir aanname van so 'n uitgebreide plig opgespoor word nie.⁶³ Trouens, met die eerste oogopslag wil dit voorkom asof die appèlhof van mening is dat die plig slegs inhou dat daadwerklike kennis oorgedra word.⁶⁴ Die gesag laat egter geen afdoende gevolgtrekking toe nie. Derhalwe is dit belangrik om daarvan kennis te neem dat die openbaringsplig in die Engelse versekeringsreg inderdaad so uitgelê word dat van 'n versekeringsaansoeker verwag word om uit eie beweging tot kennis van bepaalde feite te kom.⁶⁵ So 'n reëling veronderstel in elk geval geen afwyking van die uitgangspunt dat dit in casu oor wanvoorstelling handel nie, maar is bloot 'n besondere uitleg van die relevante beginsel.⁶⁶ Ook in die Nederlandse reg word 'n dergelike benadering gevolg.⁶⁷

Die tweede “tipiese” vereiste van *uberrima fides* waarna hierbo verwys is, is dié van “inducement”. In gevalle van direkte wanvoorstellings of verbreking van die openbaringsplig by versekeringskontrakte word naamlik uitdruklik vereis dat die versekeraar “was induced to enter into the contract” deur die voorstelling of pligsversuim.⁶⁸ Dit is niks anders nie as om te vereis dat die wanvoorstelling die kontrak (soos dit is) moet veroorsaak het. By beantwoording van hierdie vraag sal vanselfsprekend nie 'n volkome

⁶³In *Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd v De Bruyn* 1911 CPD 103 126 verklaar regter Searle weliswaar: “Under a policy of this character the assured has to declare everything that he knows or ought reasonably to be expected to know, which may affect the risk” (ek kursiveer) – die regter het hom dit egter duidelik ten doel gestel om die aangeleentheid ooreenkomstig die Engelse reg te beslis.

⁶⁴Sien *Fine v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* 1915 AD 213 220. sien ook *Joel v Law Union & Crown Insurance Co* 1908 2 KB 863 (CA) 883–884.

⁶⁵Sien *Ivamy Principles* 109–111; *Colinvaux The Law of Insurance* (1970) § 87. Let ook op die spesiale reëling van artikel 18 (1) van die *Marine Insurance Act* van 1906 (6 Edw Ch 41) wat lui dat elke versekerde “. . . is deemed to know every circumstance which, in the ordinary course of business, ought to be known by him”. Daardeur word ook sulke feite meteen by die openbaringsplig betrek.

⁶⁶*Gordon en Getz Insurance* 104 ev laat hulle by bespreking van die openbaringsplig nie oor die vraag uit nie. Interessant genoeg het Gordon in 1936 in sy eerste uitgawe (90) wel die volgende mening gelug: “There is, however, a duty to disclose material facts unknown to the insured, if he ought to have known of them in the ordinary course of business.” Hierdie mening was klaarblyklik gebaseer op artikel 18 (1) van die *Marine Insurance Act* van 1906.

⁶⁷Sien *Dorhout Mees Schadeverzekeringsrecht* (1967) 209–211; *Van Barneveld Inleiding tot de Algemene Assurantiekenis* (1969) 198–199. In die Duitse reg word voorsiening gemaak slegs vir die geval dat die aansoeker hom *opsetlik* daarvan weerhou om die relevante kennis te verwerf – sien § 16 *Versicherungsvertragsgesetz*.

⁶⁸Sien *Fouche v The Corporation of the London Assurance* 1931 WLD 145 156. Dié vereiste geld ook ander gevalle van wanvoorstelling *in contrabando* in ons reg: sien *Karoo & Eastern Board of Executors & Trust Co v Farr and others* 1921 AD 413 415 (veral punt 4 van die sitaat wat in aansluiting by n 39 hierbo weergegee word) en ook 422; *Pathescope (Union) of South Africa Ltd v Mallinck* 1927 AD 292 307.

objektiewe toets geld nie. Die vraag is immers of die wanvoorstelling hierdie spesifieke kontrak veroorsaak het. Gevolglik moet uitgemaak word wat die reaksie van die spesifieke versekeraar was (en nie bloot die ervare en verstandige versekeraar soos by vasstelling van onregmatigheid nie).⁶⁹

Wat die elemente van wanvoorstelling as onregmatige daad betref, kan ten slotte gevra word of *skuld* 'n vereiste is vir verlening van 'n remedie aan die versekeraar in die onderhawige gevaltipe. Ook hierop kan geantwoord word dat die gewone uitgekristalliseerde beginsels van ons verbintenistreg voldoende grondslag vir 'n bevredigende reëling bied. Vir sover skuld in die Suid-Afrikaanse reg geen vereiste vir aanvegting van 'n kontrak weens wanvoorstelling in contrahendo is nie,⁷⁰ kan dit a fortiori nie by aanvegting van 'n versekeringskontrak geld nie. Waarom sou 'n versekeraar – wat direk op die kennis van sy medekontraktante aangewese is – mindere beskerming as kontraktante by ander kontraktipes geniet?

Volledigheidshalwe moet die volgende oorweging ondersoek word: Sal die voorkontraktuele beraming van die risiko steeds onder wanvoorstelling tuisgebring kan word as skuld in ons reg uiteindelik wel vereis word vir aanvegting van 'n kontrak weens wanvoorstelling?⁷¹ Hierdie vraag kan bevestigend beantwoord word. Indien die posisie in ander regstelsels beskou word, is dit ook duidelik dat die vereiste van skuld aan die kant van die misleier geen onwenslike beperking op die versekeraar se aanvegtingsbevoegdheid hoef te plaas nie.

Colinvaux⁷² verklaar dat skuld volgens die Engelse reg in elk geval 'n vereiste vir aanvegting weens verswyging is (anders as by 'n direkte wanvoorstelling, waarvoor die gewone reëls geld). In Duitsland⁷³ word uitdruklik gereël dat terugtrede (“Rücktritt”) alleen kan plaasvind as die versekeringsnemer sy openbaringsplig op skuldige wyse verbreek het. Die bewoording van artikel 251 van die Nederlandse Wetboek van Koophandel

⁶⁹Daarmee is niks gesê nie oor die objektivering van die kousaliteitstoets met behulp van maatstawwe soos “redelike ervaring” of “waarskynlikheid”. Sels dan bly die vraag egter of die wanvoorstelling volgens redelike ervaring (of waarskynlik) hierdie spesifieke kontrak veroorsaak het. In *Agiakatsikas NO v Rotterdam Insurance Co Ltd* 1959 4 SA 726 (C) 730 het r Van Winsen blykbaar juis so 'n maatstaf in gedagte gehad toe hy gesê het dat 'n oorsaaklike verband bewys is indien “the state of intoxication of the deceased *materially* contributed to the bringing about of the collision”. (Ek kursiveer). Uiteraard sal by versuim om inligting te openbaar die wesenskap van die betrokke feit(e) reeds 'n sterk (maar weerlegbare) aanduiding van 'n kousale verband wees – sien *Patbescope (Union) of South Africa Ltd v Mallinck* 1927 AD 292 308. In hierdie opsig kan “materiality” en “inducement” saamhang – sien De Wet & Yeats *Kontrakte-reg* 40.

⁷⁰Sien *Viljoen v Hillier* 1904 TS 312; *Parke v Hamman* 1907 TH 47; *Wiley v African Realty Trust* 1908 TH 104; *Hall v Milner* 1959 2 SA 304 (O) 316; Burchell “Honest Misrepresentation and Damages” 1950 *SALJ* 121 ev.

⁷¹Die versaking van die skuldvereiste is naamlik op sowel historiese as billikeitgronde nie bo verdenking nie – sien Van der Merwe en Reinecke “Phame Pty Ltd v Paizes” 1973 3 SA 397 (A) 1974 *THRHR* 173 178 182; De Wet en Yeats *Kontrakte-reg* 40.

⁷²*Insurance* § 152.

⁷³Sien § 16 *Versicherungsvertragsgesetz*; Eichler *Versicherungsrecht* (1966) 80. Na die remedies van premievahoging en opsegging van die kontrak weens skuldlose verbreking van die openbaringsplig word hieronder verwys.

lui weliswaar dat 'n versekeringskontrak nietig⁷⁴ is weens “onwaarachtige opgawe, of alle verzwijging” van wesenlike feite deur die versekeringsnemer, “hoezeer te goeder trouw” hy ook al mag gewees het. Nogtans bestaan selfs in die Nederlandse reg gesag vir die standpunt dat die artikel uitgelê moet word om skuld by die versekeringsnemer as vereiste vir vernietiging van die kontrak te stel.⁷⁵ Ook in Frankryk word die skuldvereiste in die onderhawige omstandighede gehandhaaf.⁷⁶

Oor die aanwending van die wanvoorstellingskonstruksie in die Suid-Afrikaanse reg kan moontlik nog een vraagteken hang. Dit is of aanvegting weens *nalatige* wanvoorstelling volgens die huidige stand van ons positiewe reg hoegenaamd moontlik is.⁷⁷ Sonder omhaal van woorde wil ek dit stel dat die begrip “onskuldige (dit is nie-opsetlike)” wanvoorstelling vir doeleindes van die toepassing van die bovermelde standpunt van ons howe in elk geval *nalatige* wanvoorstelling inbegryp.⁷⁸

Ten slotte word daarop gewys dat die reëling insake voorkontraktuele beraming van die risiko uiteraard slegs tot die oomblik van kontraksluiting geld. Die versekeraar kan hom met ander woorde nie daarop beroep dat hierdie reëling ook voorstellings of verswygings stante *contractu* geld nie. Sodra die duur van 'n bepaalde kontrak egter verstryk het, is enige hernuwing weer eens aan die reëling onderworpe.⁷⁹

Daarmee is die *uberrima fides*-vereiste en die regsreëling oor voorkontraktuele beraming van die risiko binne die kader van die wanvoorstellingsfiguur soos dit in ons verbintenisreg geld, geplaas. Dit beteken dat 'n regsvergelykende ondersoek spesifiek vanuit die gesigspunt van die versekeringsreg geen prinsipiële doel kan dien nie. Bowendien blyk by nadere ondersoek van ander regstelsels dat die grondslag van die afsonderlike reëlings ook niks anders as die vereiste van *bona fides* is nie.

Die posisie in die Engelse reg kom in hoofsaak met dié in die Suid-Afrikaanse reg ooreen en kan eweneens versoen word met die beginsels van “misrepresentation” in die algemeen.⁸⁰ Die begrippe “materiality” en “in-

⁷⁴Hierdie woord word uitgelê as “vernietigbaar *e tunc* ter keuse van die versekeraar” – sien Van Barneveld *Inleiding* 204–205; Wery *Hoofdzaken van het Verzekeeringsrecht* (1971) 33. Dorhout Mees *Schadeverzekeeringsrecht* 214 se standpunt kom ook maar op so 'n uitleg neer.

⁷⁵Sien Dorhout Mees *Schadeverzekeeringsrecht* 206 en die gesag wat daar aangehaal word. Contra Van Barneveld *Inleiding* 201–202; Wery *Verzekeeringsrecht* 33.

⁷⁶Sien Picard en Besson *Les Assurances Terrestres en Droit Francais* vol 1 (1970) 144 *ev.*

⁷⁷Sien Van der Merwe en Reinecke 1974 *THRHR* 180; *Phame Pty Ltd v Paizes* 1973 3 SA 397 (A) 409 417–418.

⁷⁸Daarmee word nie eens ingegaan op die vraag of *nalatige* wanvoorstelling nie in elk geval in ons reg 'n selfstandige eisorsaak ook vir die verhaal van gevolgskaide is nie. Sien *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A). Contra *Hamman v Moolman* 1968 4 SA 340 (A) 348D–H; *Du Plessis v Semmelink* 1976 2 SA 500 (T) 502H–503F.

⁷⁹Sien Gordon en Getz *Insurance* 112–114. In *Pereira v Marine and Trade Insurance Co Ltd* 1975 4 SA 745 (A) 756 is die vraag oopgelaat; nogtans was ar Corbett van mening dat daar sterk argumente ten gunste van bogenoemde standpunt is.

⁸⁰Sien Cheshire, Fifoot en Furmston *The Law of Contract* (1972) 242 *ev.*, veral 274 *ev.*; Colinvaux *Insurance* §§ 142–168; Ivamy *Principles* 105 *ev.*; *Brownlie v Campbell* 1880 5 App Cas 925 (HL); *Joel v Law Union & Crown Insurance Co* 1808 2 KB 863 (CA).

ducement" word ook in hierdie konteks in die versekeringsreg aangewend en is vatbaar vir dieselfde uitleg as wat by die uiteensetting van die Suid-Afrikaanse reg aan hulle gegee is.⁸¹ In die literatuur oor wanvoorstelling in contrahendo in die algemeen word die twee begrippe egter nie duidelik uiteengehou nie. Cheshire, Fifoot en Furmston⁸² gebruik die begrip "inducement" om aan te dui dat die eiser moet bewys dat hy van die voorstelling bewus was, geglo het dat dit waar was en by sy besluit daardeur beïnvloed is. Die skrywers meen dat "materiality" geen selfstandige betekenis het nie.⁸³ Ook in *Chitty on Contracts*⁸⁴ verskyn hierdie mening. Treitel⁸⁵ stel daarenteen "materiality" as 'n vereiste vir 'n remedie op grond van wanvoorstelling en verstaan daaronder dat die voorstelling "must be one that would affect the judgement of a reasonable man in deciding whether, or on what terms, to enter into the contract". Wat die vorige skrywers "inducement" noem, noem Treitel⁸⁶ "reliance". Spencer Bower en Turner⁸⁷ meen dat "materiality" 'n vereiste is in die betekenis dat "the representation must be one reasonably capable of inducing such an alteration of position as is alleged and proved to have taken place". Die toets vir "materiality" is volgens die skrywers objektief vir sover die genoemde verandering 'n "natural and probable result" van die voorstelling moet wees.⁸⁸ Die toets word egter gesubjektiveer deur hierdie resultaat met die persoon van die besondere misleide in verband te bring. Afgesien van "materiality" vereis Spencer Bower en Turner⁸⁹ nog dat die misleide geglo het dat die voorstelling waar was ("belief") en dat hy inderdaad deur sy geloof sover gebring is om sy posisie te verander ("inducement").⁹⁰

Klaarblyklik is daar nie volkome eenstemmigheid oor die elemente van wanvoorstelling in die Engelse literatuur nie. Nogtans is daar niks wat die gevolgtrekking belet nie dat ten spyte van die verskil in terminologie, ook dáár vereis word dat die voorstelling wesenlik en die oorsaak van die kontrak (in die betekenis wat vroeër aan die begrippe gegee is) moet wees.⁹¹

In die Duitse reg word 'n "vorvertragliche Anzeigepflicht" op die versekeringsaansoeker geplaas.⁹² By evaluering hiervan moet 'n mens in gedagte hou dat dit 'n spesiale reëling is wat onder invloed van die besondere

⁸¹Sien Colinvaux *Insurance* §§ 153-165; Ivamy *Principles* 90 94 ev; *Brownlie v Campbell* 1880 5 App Cas 925 (HL) 954; *Joel v Law Union & Crown Insurance Co* 1908 2 KB 863 (CA) 883-884.

⁸²*Contract* 249-252.

⁸³*Contract* 251.

⁸⁴Onder redaksie van Guest en andere (1968) §§ 273-275.

⁸⁵*The Law of Contract* (1975) 219.

⁸⁶*Contract* 220.

⁸⁷*The Law relating to Estoppel by Representation* (1966) 86-87.

⁸⁸*Estoppel* 91.

⁸⁹*Estoppel* 86-90.

⁹⁰Volgens die skrywers (89-90) vorm die "intention of the representor that the representation should be acted upon" ook deel van die "inducement"-vereiste. Op hierdie begripsomskrywing word nie nader gelet nie.

⁹¹Treitel *Contract* 219 beweer met beroep op *Smith v Kay* 1859 7 HLC 750 dat "materiality" geen vereiste by bedrog is nie. Daarteenoor kan dieselfde argumente geopper word as by die uiteensetting van die Suid-Afrikaanse reg hierbo. Guest *Chitty on Contracts* § 275 meen selfs dat wesenlikheid ook by nalatige wanvoorstelling geen rol speel nie. Hy voer egter geen gesag vir sy standpunt aan nie.

⁹²In §§ 16-21 *Versicherungsvertragsgesetz*. Sien Eichler *Versicherungsrecht* 76 ev; Möller

behoefte van die versekeringspraktyk ontstaan het. Derhalwe het dit die klem verplaas weg van die gewone voorsiening wat in ieder geval deur die verbintenisreg gemaak word vir handhawing van die beginsel van bona fides.⁹³ Desnieteenstaande berus ook die spesiale voorskrifte van die *Versicherungsvertragsgesetz* in laaste instansie op dieselfde oorwegings as aanspreeklikheid weens wanvoorstelling. Daarom word verbreking van die “Anzeigepflicht” onder meer aan die hand van vereistes soos skuld en wesenlikheid (“Erheblichkeit”) bepaal.⁹⁴ Vir die geval van skuldlose pligsverbreking word twee remedies voorsien wat nie in ons reg geld nie, te wete aanpassing van die premie en opsegging van die kontrak.⁹⁵ Dié omstandigheid kan egter geen prinsipiële bydrae tot ’n ontleding van die regsposisie in Suid-Afrika lewer nie. Enersyds is daar in ons reg hoegenaamd geen aanknopingspunt vir ’n soortgelyke reëling nie.⁹⁶ Andersyds is daar, in die lig van die korter duur wat versekeringskontrakte gewoonlik in Suid-Afrika het, nie dieselfde behoefte aan regstelling of opsegging stante contractu nie.⁹⁷ ’n Laaste belangrike verskil hang saam met die algemene praktyk om aansoekvorms deur die versekeringsnemer te laat invul. Indien ’n aansoeker op skriftelike vrae van die versekerde antwoord, kan laasgenoemde volgens die Duitse reg uit die kontrak terugtree slegs weens “arglistische Verschweigung” deur die aansoeker.⁹⁸ Hierdie beperking op ’n versekeraar se aanveg-

“Versicherungsvertragsrecht” in Grosse Müller-Lutz en Schmidt *Die Versicherung* (1962–1964) afdeling DI 1782 e v; Bruck-Möller *Kommentar* 1 (1961) 314 e v; Ehrenzweig *Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht* (1952) 79 e v; Klingmüller “Einfluss des Verhaltens des Versicherers auf die Vertraglich Zugesagte Gefahrtragung” in Möller en Winter *Materialien des zweiten Weltkongresses für Versicherungsrecht der Internationalen Vereinigung für Versicherungsrecht* vol 4 (1967) 75 80–82.

⁹³Soos aanvegting weens “arglistische Täuschung” – §§ 123 en 124 *BGB* – of remedies op grond van culpa in contrahendo – sien Eichler *Versicherungsrecht* 85 n 169; Bruck-Möller *Kommentar* vol 1 334; Larenz *Lehrbuch* vol 1 87 e v; Esser *Schuldrecht* vol 1 370 e v.

⁹⁴Sien Eichler *Versicherungsrecht* 78 80; Bruck-Möller *Kommentar* vol 1 321–322 328–333. Die feit dat dit oor ’n spesiale reëling gaan, bring mee dat die gewone verbintenisregtelike betekenis van die afsonderlike elemente van pligskending op die agtergrond geskuif word. Dit blyk veral uit die feit dat oorsaaklikheid nie in alle gevalle van verbreking van die “Anzeigepflicht” bewys hoef te word nie – sien Klingmüller “Einfluss” 79. Bruck-Möller *Kommentar* vol 1 321 se verduideliking dat “Erheblichkeit” deels subjektief getoets word, beteken eintlik dat die kousaliteits-element via ’n onregmatighedsvereiste tog ingebring word. Let egter op Eichler *Versicherungsrecht* 78 se verklaring dat “Erheblichkeit” getoets word aan die hand van “die Grundsätze sachgemässer Versicherungstechnik”.

⁹⁵§ 41 *Versicherungsvertragsgesetz*.

⁹⁶Onder meer is dit waarskynlik toe te skryf juis aan die feit dat die versekeringskontrak in die Suid-Afrikaanse reg so ver moontlik binne die bestaande verbintenisregtelike patroon georden word. Een gunstige newewerking van hierdie benadering is dat ons die felle stryd kon vermy wat in Duitsland oor die aard van die openbaringsplig as ’n besondere regsplig heers. Sien hieroor Eichler *Versicherungsrecht* 84–86; Schmidt *Die Obliegenheiten* (1953) passim; Bruck-Möller *Kommentar* vol 1 326 e v; Klingmüller “Einfluss” 77–90.

⁹⁷Dit beteken nie dat so ’n reëling noodwendig ongewens sal wees nie – sien Westermann *Brandverzekering* (1967) 46 e v. Uit bestaande risiko-beginsels is dit egter nie te herlei nie.

⁹⁸Sien § 18 *Versicherungsvertragsgesetz*; Winter *Zur Versicherungsvertragsharmonisierung im Rahmen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft* (1973) 31; Klingmüller “Einfluss” 82.

tingsbevoegdheid geld nie in die Suid-Afrikaanse reg nie.⁹⁹ Mutatis mutandis kan dieselfde van die regsposisie in Nederland gesê word.¹⁰⁰ Ook daár is artikel 251 van die Wetboek van Koophandel slegs 'n besondere toepassing van die meer algemene verbintenistregtelike beginsel van handhawing van goeie trou tussen kontraktante.¹⁰¹

Dit blyk dus dat daar geen oortuigende rede bestaan om die grondslag van die juridiese reëling vir voorkontraktuele risikoberaming in die Suid-Afrikaanse versekeringsreg in iets anders as wanvoorstelling te soek nie.

Die resultaat is dat die versekeraar se remedies nie op kontrakbreuk deur nie-nakoming van 'n stilswyende¹⁰² of geïmpliseerde¹⁰³ beding in die versekeringskontrak gebaseer is nie. So 'n resultaat is ook allerweë bevredigend. Die vorm wat kontrakbreuk hier sou moes aanneem, is positiewe wanprestasie in sy gewone betekenis of in die verskerpte vorm van waarborgbreuk, indien die beding naamlik as 'n waarborg gekonstrueer word. Die beskouing dat dit oor 'n stilswyende beding handel, is nie in staat om daardie gevalle te verklaar waarin dit duidelik is dat nóg die versekeraar nóg die versekeringsnemer werklik aan die openbaring van verdere inligting gedink het nie.¹⁰⁴ So 'n geval kan wel voorkom, ten spyte van die praktyk van versekeraars om in hulle aansoekvorms op die belangrikheid van sodanige openbaring te wys. Die versekeraar se verteenwoordiger kan in 'n gegewe geval maklik self uit onkunde meen dat so 'n plig nie van belang is nie.

Teen die inlees van 'n geïmpliseerde ofte wel ex lege-beding kan laasgenoemde beswaar nie geopper word nie. Hier moet egter die volgende vraag gestel word: Waarom is dit nodig om die *latere* kontrak te gebruik as draer van 'n regsnorm wat gerig is teen 'n afkeurenswaardige handeling *voordat* die kontrak tot stand gekom het? Die enigste regverdiging vir so 'n uitweg sou wees dat dit wenslik is om die gewone beginsels rakende kontrakbreuk ook hier aan te wend. So 'n wenslikheid bestaan egter nie. Waarom moet dit vir die versekeraar moontlik gemaak word om in casu die wanvoorstelling waar te laat maak deur gevolgskaade na sy positiewe interesse op die

⁹⁹Onderworpe daaraan dat 'n versekeraar deur die vorm en inhoud van sy vrae afstand kan doen van sy reg op inligting – sien Wyeth “Einfluss des Verhaltens des Versicherten auf die Vertraglich Zugesagte Gefahrtragung” in Möller en Winter *Materialien* vol 4 111 113.

¹⁰⁰Sien oor voorkontraktuele risikoberaming in die Nederlandse reg Dorhout Mees *Schadeverzekeringsrecht* 204 ev; Van Barneveld *Inleiding* 192 ev; Wery *Verzekeringsrecht* 32 ev; Westermann *Brandverzekering* 42 ev.

¹⁰¹Sien Dorhout Mees *Schadeverzekeringsrecht* 204; a 1364 *BW*.

¹⁰²Vanselfsprekend kan die kontraktante *uiddruklik* 'n beding in hulle kontrak invoeg te dien effekte dat die versekeringsnemer die korrektheid van sy verklaring en die afwesigheid van verswyging van wesenlike feite waarborg. Dit is dan ook algemene praktyk – sien Gordon en Getz *Insurance* 193 ev; Wyeth “Einfluss” 113.

¹⁰³Oor die onderskeid tussen stilswyende en geïmpliseerde bedinge sien *Minister van Landbou-Tegniese Dienste v Scholtz* 1971 3 SA 188 (A) 197; *Alfred McAlpine & Son Pty Ltd v Transvaal Provincial Administration* 1974 3 SA 506 (A) 526.

¹⁰⁴Die vasstelling van 'n stilswyende beding berus immers op vasstelling van wilsooreenstemming – sien benewens die beslissings in n 103 hierbo *Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Faux Ltd* 1916 AD 105 112; *Barnabas Plein & Company v Sol Jacobson & Son* 1928 AD 25 31; *Technipak Sales Pty Ltd v Hall* 1968 3 SA 231 (W) 236–237.

versekeringsnemer te verhaal? Op stuk van sake is die prestasie wat die kontraktante by versekering beoog nie die verskaffing van inligting per se nie. Kennis van die wesenlike feite dien slegs om die prestasie te help bepaal. Daarom is dit ook voldoende dat 'n versekeraar die kontrak kan aanveg en desnoods sy skade na sy negatiewe interesse vergoed kry. Met 'n beding van die kontrak het 'n mens hier nie te doen nie.¹⁰⁵ □

Zo is dus de nimmer eindigende functie der rechtswetenschap: het ordenen der verschijnselen op het gebied der rechtswaardering, het systematiseren en kritisch analyseren, zodat zij kunnen worden begrepen als een samenhangend en verstaanbaar geheel. Voor dat doel zijn de menselijke verhoudingen te verzamelen en te ontleden, d.w.z. dat de essentiële bestanddelen daarin zijn te bepalen, de in wezen gelijke verhoudingen op meer omvattende algemene begrippen zijn terug te voeren, en de daarmee naar het evenredigheidsbeginsel samenhangende verantwoordelijkheden zijn vast te stellen.

R Kranenburg *De Grondslagen der rechtswetenschap, juridische kennisleer en methodologie*

¹⁰⁵Sien *Merchants' and Manufacturers' Insurance Co Ltd v Charles and John Hunt* (1941) 1 KB 295; *Ivamy Principles* 93. Contra Gordon en Getz *Insurance* 194 wat meen dat elke versekeringskontrak 'n "implied term" bevat "that the utmost good faith has been observed at all relevant times". Alhoewel Gordon en Getz verwys na die beslissing in *Stumbles NO v New Zealand Insurance Co Ltd* 1963 2 SA 44 (SR) 52, is daar geen aanduiding dat regter Lewis meen dat so 'n beding wel geïmpliseer word nie.

Two cheers (or maybe only one) for negotiability

The *Sham Magazine* case: its implications and repercussions

D V Cowen

The Law Adviser to the Johannesburg City Council

OPSOMMING

Die onlangse beslissing van die appèlafdeling in die toetszaak *Standard Bank of South Africa Ltd v Sham Magazine Centre* is van besondere betekenis vir elkeen wat met tjeks te doen het.

In dié saak is beslis dat die "not negotiable - a/c payee only" - kruising nie tot gevolg het dat 'n tjek nie-oordraagbaar is nie. Die hof het voorts een van die wyses waarop die oordraagbaarheid van 'n tjek geheel en al verhoed kan word, aangedui. Sodoende het die hof reaksie van die Suid-Afrikaanse handelsbanke uitgelok. Die banke het onmiddellik 'n besluit aanvaar wat daarop neerkom dat die nie-oordraagbare tjek feitlik doodgebore kan wees.

Leke, en – so word daar gefluister – baie ervare regsgeleerdes vra: (i) waarom wil ons 'n tjek "nie-oordraagbaar" maak; (ii) hoekom maak ons dit betaalbaar "aan toonder" of "aan order"; (iii) wanneer behoort laasgenoemde woorde uitgelaat of deurgehaal te word; (iv) waarom hoef 'n algemene of 'n besondere kruising deur die trekker op 'n tjek aangebring te word, trouens, is dit hoegenaamd nodig om tjeks te kruis; (v) hoekom word die woorde "nie-verhandelbaar" daarop aangebring en, in elk geval, wat is die verskil tussen "nie-verhandelbaar" en "nie-oordraagbaar"; (iv) hoekom "krediteer begunstigde alleen"? Welke doel word deur hierdie aanduidings gedien? En, bowenal, wie trek voordeel uit hulle gebruik?

Waarskynlik sal nie meer as een in duisend persone wat 'n bankrekening het, hierdie praktiese vrae ten volle en korrek kan beantwoord nie. Dit staan ook vas dat nie meer as een in honderd enige duidelike en juiste kennis het hoe om sy belange ten beste te beskerm wanneer hy 'n tjek uitmaak nie. Tog is hierdie kennis onontbeerlik.

In dié artikel word hierdie en ander vrae in die lig van die appèlhof se geskiedkundige uitspraak ondersoek.

Die hof se beslissing maak geensins 'n einde aan die gebruik van die "krediteer begunstigde"-kruising vir doeleindes anders as om 'n tjek nie-oordraagbaar te maak nie. Die vraag van 'n moontlike deliktuele aksie teen die invorderingsbankier word dus oorweeg waar die bankier sodanige kruising ignoreer en sodoende die ware eienaar skade aandoen.

Baie jare lank al heers daar 'n tweestryd tussen banke en hulle kliënte. Kliënte streef na 'n algeheel veilige metode om 'n geldbetaling by wyse van 'n tjek te maak, deur al meer verantwoordelikheid op die betrokke-bankier asook op die invorderingsbankier te laai; en bankiers poog aan die ander kant om hierdie oplegging van verantwoordelikheid aan bande te lê. Tot dusver was die skaal gelaai ten gunste van die banke. Die tema van hierdie artikel is dat die reg 'n billiker balans behoort te handhaaf.

Die wese van die probleem is hoe die risiko's wat betrokke is by die hele tjeksisteam – wat deur die banke self in die lewe geroep is – ten beste toegedeel kan word. Die banke

is die beste in staat om te verseker dat die risiko's billik toegewys en verdeel word, en wel deur voldoende versekering. Hoewel die nie-oordraagbare tjek nie voor die voet gebruik behoort te word nie, is dit vanuit die trekker se standpunt die veiligste metode om betaling te bewerkstellig. Dit val te betwyfel of die gebruik daarvan verdoem en in die kiem gesmoor behoort te word deur banke wat eensydiglik optree.

INTRODUCTION

The recent decision of the appellate division in the test case of *Standard Bank of South Africa Limited v Sham Magazine Centre*¹ is of great consequence to every person concerned with cheques.

The judgment is notable, firstly, because of the light which it sheds on the meaning and legal effect of the words "a/c payee" or "a/c payee only" on a crossed cheque. The so-called "a/c payee crossing" – to use the common but misleading name for these words on a crossed cheque² – is not sanctioned by the Bills of Exchange Act 1964, but it has in fact been used on cheques in South Africa for several decades³ and in recent years it has become increasingly popular. As Mr Justice Holmes observed in the *Sham Magazine* case it is sanctioned by "established practice and custom". However, it is not correct to say that the a/c payee crossing is entirely without statutory sanction. A particular version of it is required for payments by cheque made to market agents in terms of regulation 23(1) promulgated under the Agricultural Produce Sales Agency Act 12 of 1975.⁴

The precise meaning and legal effect of the a/c payee crossing has long been a matter of controversy. But on one basic point, at least, a clear consensus of legal, including judicial, opinion emerged many years ago. Until the early 1970's most lawyers in South Africa were of the opinion that, whatever other virtues this method of crossing may have, the words "a/c payee only" on a crossed cheque do not operate to restrict its transferability. They held this opinion primarily for reasons which had been made plain by English judges of great experience in commercial and banking law in a line

¹The typewritten judgment was handed down on 16 November 1976. At the date when this article was completed (mid-December 1976) the judgment had not yet been printed in the law reports. (Now see 1977 I SA 484 (A) – *Editor*.)

²It is misleading, firstly, because the inscription "a/c payee" or "a/c payee only" forms no part of the crossing. What constitutes a crossing is specifically defined in s 75 of the Bills of Exchange Act 1964; and the definition does not include that inscription. Furthermore, a crossing is a direction to the drawee or paying bank (to pay only to another bank), whereas the inscription referred to is a direction to the collecting bank (to ensure that the specified payee receives the money). Again, the words "a/c payee only" sometimes appear on *uncrossed* cheques. Nevertheless the phrase is concise and is used by recognised authorities (eg Holden *The Law and Practice of Banking* 2nd ed 1 138; Chorley "The Cheque as Mandate and Negotiable Instrument" 60 (1939) *Journal of the Institute of Bankers* 403).

³50 years ago the cheque involved in *Hill v The Colonial Banking Trust Co* 1927 TPD 138 was crossed "a/c payee only".

⁴Reg 23(1) reads as follows: "If payment of the proceeds of products sold by a commission agent is made to him by cheque such cheque shall be crossed, marked not negotiable and made payable to that commission agent and shall further contain the words '(for credit trust account)' or '(vir krediet trustrekening)' directly after the name of the commission agent."

of cases on a statute worded similarly to its South African counterpart.⁵ The same view had been expressed in Australia⁶ and in Canada.⁷

It may well be asked: why do many persons, when drawing cheques, wish to restrict their transferability, and should they be allowed to do so? These are fundamental questions which will be dealt with later. At this point it suffices merely to emphasize the fact that until a very few years ago it had seemed settled law that the a/c payee crossing does not suffice to restrict the transferability of a cheque.

Surprise was therefore occasioned when, for the first time in South Africa, in the case of *Dungarvin Trust (Pty) Ltd v Import Refrigeration Co (Pty) Ltd*,⁸ Mr Justice Snyman held that the words "a/c payee only" on a crossed cheque *clearly* indicate an intention that the cheque should not be transferable,⁹ and so operate to prevent it from being transferred by the payee to a third party – a view which was followed in several subsequent cases.¹⁰

Happily this aberrant trend has now been checked. On grounds which are, with respect, wholly convincing, the appellate division has declared that the approach in the *Dungarvin* case and in the cases which followed it – namely that "a/c payee only" on a crossed cheque is inconsistent with transferability – does not correctly reflect the law and should not be followed.

Although the court did not attempt to resolve all the controversial questions concerning the meaning and legal effect of the words "a/c payee" or "a/c payee only" on cheques (both crossed and uncrossed), the judgment of the appellate division is nevertheless remarkable for the number of important observations and suggestions made by the court in regard to matters which did not actually present themselves for immediate decision. Having regard to their source these obiter dicta are, of course, weighty. Two such, in particular, should be singled out for special mention.

The court was not content merely to express the negative conclusion that the words "a/c payee" or "a/c payee only" on a crossed cheque are not sufficient to destroy the cheque's transferability. It proceeded to state how a person who draws a cheque to pay a debt may do so in a way which does indeed destroy the cheque's transferability, thereby giving the drawer

⁵This view was expressed judicially in England in 1891 in *National Bank v Silke* 1891 1 QB 435 (CA). It was reiterated and elaborated in *Akrokerri (Atlantic) Mines Ltd v Economic Bank* 1904 2 KB 465 472 per Bigham J; *Morison v London County and Westminster Bank Ltd* 1914 3 KB 356 373-374 per Reading CJ; *AL Underwood v Bank of Liverpool and Martins* 1924 1 KB 775 (CA) 793-794 per Scrutton LJ; *Importers Co v Westminster Bank Ltd* 1927 2 KB 297 (CA) 307 per Atkin LJ; and in *Universal Guarantee (Pty) Ltd v National Bank of Australasia Ltd* 1965 2 All ER 98 102G-H per Lord Upjohn.

⁶Riley *The Law Relating to Bills of Exchange in Australia* 2nd ed 250.

⁷Falconbridge *Banking and Bills of Exchange* 7th ed 478.

⁸1971 4 SA 300 (W).

⁹At 302 F-G 305 C. My italics.

¹⁰*Brown Investments (Pty) Ltd v Delmas Hotel Off-sales* (case no 1 3136/75 15 August 1975 TPD, unreported); *National Insurance Brokers (Pty) Ltd v Carlton Township Development Co Ltd* (case no 1 755/76 DCLD, unreported); and see *Rbostar (Pvt) Ltd v Netherlands Bank of Rhod Ltd* 1972 2 SA 703 (R) 705 H.

optimum protection against the consequences of dishonesty or miscarriage in the course of the cheque's transit. In this regard Mr Justice Holmes said:

"If the drawer wishes to render a cheque completely non-transferable he could boldly write or print across the face of the cheque 'not transferable', so that he who runs may read."

This proposition is plainly wide enough to mean that the court was of the opinion that the words "not transferable" would render a cheque completely non-transferable even if the instrument were also expressed in words to be payable "to order". That this is what was actually intended gains force from the further statement (made in a separately numbered paragraph) that "the drawer *could also omit* 'bearer' or 'order' *when adding* the words 'not transferable'."¹¹ The clear inference is that when formulating the first proposition the court envisaged that the words "bearer" or "order" would *not* be omitted (or even deleted) but would be expressly included. This particular *dictum* is likely to engender some debate; for it conflicts with views expressed by Lindley LJ and by Fry LJ in the leading English case of *National Bank v Silke*.¹² It also conflicts with an opinion firmly if somewhat emotionally held by the late Sir John Paget,¹³ and with the views of Mr Justice Greenberg (as he then was) in *Hill v The Colonial Banking Trust Co.*¹⁴

While the court gave very explicit reasons for its view that the words "not transferable" would destroy the transferability of a cheque payable to a named payee where the words "or order" are omitted, it did not explain why the words "not transferable" should override the words "or order" where both expressions appear on the cheque and both are printed. For reasons to be given later in this article, when an attempt will be made to deal with the subject of non-transferable cheques fairly comprehensively, it is respectfully submitted that the view expressed by the appellate division is correct. Nevertheless, having embarked upon the topic of how to render a cheque non-transferable one could have wished that the court itself had dealt with this aspect more fully.

The court also expressed an opinion on yet another equally important topic. Although emphatic that the a/c payee crossing is not sufficient for the specific purpose of destroying a cheque's transferability, it was careful to avoid any suggestion that such a crossing is valueless. On the contrary, it went on to say that the "a/c payee" crossing was not only sanctioned by established practice and custom but that it also had meaning and effect.

Some have gained the impression that the court's judgment killed, and indeed was designed to kill, the a/c payee crossing. This is an impression which the commercial banks will certainly do nothing to dispel; for they have never liked the a/c payee crossing.¹⁵ Nothing, however, could be

¹¹My italics.

¹²1891 1 QB 435 (CA) 439.

¹³Paget *Law of Banking* 3rd ed (1922) 133 176.

¹⁴1927 TPD 138 149.

¹⁵See the revealing article on "Account Payee Crossings" by a special correspondent in 1957 *The Bankers' Magazine* 354-357. Sir John Paget, who for many years was the legal champion of the banks in England, confessed that he found it difficult to write with restraint about this "excrescence" which, he felt, "should have been strangled at birth".

further from the truth. "The words 'A/c payee' or 'A/c payee only' on a crossed cheque", said Mr Justice Holmes, "are, in effect, a direction to the collecting banker that the specified payee¹⁶ should receive the money." And he added: "They may operate as some safeguard if the cheque should fall into the wrong hands."¹⁷

The court did not clarify whether the drawer – who has no contractual relationship with the collecting banker – may impose a legal duty on the collecting banker to observe the direction that the money be paid to the designated payee. Nor did it explain precisely the nature of the "safeguard" which these words may afford on a crossed cheque. In the context of South African law, is it a legal safeguard or merely a practical safeguard?¹⁸ This has become an issue in South Africa of very considerable moment.

Until the decision of Goldin J in *Rbostar (Pvt) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd*¹⁹ most lawyers in this country would have expressed a confident opinion that where the drawer crosses a cheque "a/c payee only", the collecting bank is not thereby placed under a legal duty to exercise care so as to ensure that the designated payee receives the proceeds. It was indeed so held in a carefully reasoned judgment by Tindall J (as he then was) in *Yorkshire Insurance Co Ltd v Standard Bank of South Africa*²⁰ – a decision which stood unchallenged for nearly fifty years. That decision was, however, departed from by Goldin J in the *Rbostar* case: the effect of the *Rbostar* case being that a collecting bank which negligently fails to observe the instruction contained in the words "a/c payee only" is liable in delict, under the *lex Aquilia*, to compensate the true owner of the cheque for any loss suffered by him because of the bank's negligence.

It was actually argued on behalf of the appellant in the *Sham Magazine* case that the collecting bank is entitled to "ignore" the instruction "a/c payee only". It was further contended that although it may or may not be negligence for the collecting bank to ignore the instruction, "it is at least doubtful whether the collecting bank has any duty to the drawer of a cheque". And the court's attention was drawn to the conflict of view expressed, respectively, in the *Yorkshire Insurance* and the *Rbostar* cases. The appellate division, however, went no further than to proffer the remarks (with respect somewhat cryptic remarks) quoted above. One is, therefore, left to speculate upon which of the two views the court favoured. Sooner or later this issue will have to be resolved by the appellate division itself; for

For a penetrating criticism of Paget's views see Lord Chorley's *Gilbart Lectures on Banking*, "The Cheque as Mandate and Negotiable Instrument" 60 (1939) *Journal of the Institute of Bankers* 403-411; also Holden *The History of Negotiable Instruments in English law* 1955 316.

¹⁶This reference to "the specified payee" is yet another very important obiter dictum. See n 47 below.

¹⁷My italics.

¹⁸The practical effect of an a/c payee crossing in making it difficult even for the designated payee to transfer, for value, a cheque containing an a/c payee crossing was emphasized by R W Jones in his *Gilbart Lectures on Banking* 1949 20. A similar view is expressed by the learned editors of the 23rd edition of *Byles on Bills* (Megrah and Ryder).

¹⁹1972 2 SA 703 (R).

²⁰1928 WDL 251.

assuredly the a/c payee crossing will continue to be placed on cheques not only by drawers but also by payees.²¹ I shall revert briefly to the merits of what may be called the “*Yorkshire Insurance versus Rhostar* controversy” later.

Finally, and perhaps most importantly, the judgment of the appellate division in the *Sham Magazine* case may prove to be a landmark in the development of the law relating to cheques because it has focussed attention, yet again, on the grave dangers involved in paying a debt by the use of a negotiable instrument. The court went out of its way to give clear guidance concerning the manner in which drawers may protect themselves partially, by partially destroying the negotiable qualities of a cheque; and, far more effectively, by totally destroying its negotiable qualities. The negotiable qualities of a cheque may be *partially* destroyed by the drawer using the so-called “not negotiable” crossing, either in its ordinary form – thus:

THE ABC BANK Green Street Branch	<u>5 January 1977</u>
<i>Not Negotiable</i>	
Pay <u>Silas Seller</u>	or bearer
the sum of <u>One hundred rand</u>	R 100.—
<u>Bertie Buyer</u>	

or, coupled with the words “a/c payee only”. Thus:

THE ABC BANK Green Street Branch	<u>5 January 1977</u>
<i>Not Negotiable A/C payee only</i>	
Pay <u>Silas Seller</u>	or bearer
the sum of <u>One hundred rand</u>	R 100.—
<u>Bertie Buyer</u>	

Neither of these crossings, however, totally destroys the cheque’s negotiability. They both leave it transferable; for the words “not negotiable”

²¹See n 48 below.

on a crossed cheque merely destroy one particular element of negotiability, namely that which confers upon a holder the ability to give a transferee a better title than he (the transferor) himself possessed. And the words "a/c payee only" carry the matter no further on the question of transferability.

What is even more to the point, neither of the above two methods of crossing a cheque gives the drawer anything like complete protection. Although the commercial banks have strongly recommended the use of the ordinary "not negotiable" crossing, a contemporary authority on the law of banking, Dr JM Holden, has declared that this form of crossing "has to a very large extent proved a failure".²² This is no doubt an exaggeration, especially in South Africa where the non-negotiable crossing confers upon the true owner of a cheque statutory rights which he does not enjoy at common law. The not negotiable crossing means "take care this cheque may be stolen" and so, by virtue of section 81 of the act, a tradesman who in perfect good faith encashes such a cheque, if stolen, incurs liability to the true owner. Nevertheless it remains true that in several situations of every-day occurrence the ordinary "not negotiable" crossing leaves the drawer of a cheque without adequate protection. The drawer of such a cheque may well find that he has to put up with having his account debited with the amount of the cheque, if stolen in the post,²³ and in addition be compelled to send his creditor another cheque or make payment in some other manner.

Dr Holden considers that the words "a/c payee only", combined with a not negotiable crossing (as in the *Sham Magazine* case), afford somewhat greater protection.²⁴ But as he²⁵ and many others²⁶ have emphasized, the most effective protection for the drawer is to destroy the cheque's qualities of negotiability *totally* by making it completely non-transferable. Where the drawer uses a non-transferable cheque, the risk of having his account debited by his bank (where the bank pays under a forged indorsement) is avoided; because the far-reaching protection given to paying banks under the controversial section 58 of the act does not apply to non-transferable cheques.²⁷

Presently we shall examine the appellate division's suggestions as to how a cheque may be made non-transferable. But whether drawers wishing

²²JM Holden "Suggested Reform of the Law Relating to Cheques" 14 (1951) *Modern LR* 33-40.

²³This is because of the protection given by the act to a bank paying an order cheque to the wrong person by reason of a forged indorsement. See s 58.

²⁴See the article referred to in the previous note, at 41. Also Holden *The Law and Practice of Banking* 2nd ed 2 139.

²⁵See the article referred to in n 22 at 44 sqq. Also Holden *The History of Negotiable Instruments in English Law* 315 sqq.

²⁶For example, Chorley "The Cheque as Mandate and Negotiable Instrument" 60 (1939) *Journal of the Institute of Bankers* 392 396; Riley *The Law of Bills of Exchange in Australia* 2nd ed 57. And see, in particular, the views expressed in the interesting articles by Albert J Rosenthal "Negotiability - Who Needs It?" 71 (1971) *Columbia LR* 376 sqq; and by Daniel E Murray "Crossed Checks, Account Payee, and Non-Negotiable Checks" 20 (1968) *Hastings LJ* 273 sqq.

²⁷A non-transferable cheque is not payable "to order", as required for s 58 to come into operation. American and Canadian banks do not enjoy a protection similar to that afforded by s 58 of the act (s 60 of the English Act); but, as Lord Chorley pertinently

to obtain the protection afforded by a non-transferable cheque will succeed in their attempts is a different matter. And, in this regard, it is necessary to call attention to the anxiously hurried – one is tempted to say precipitate – reaction of the South African commercial banks to the court's suggestions.

The court very pointedly confirmed the legality, and by so doing highlighted the virtues, of the non-transferable cheque. But the commercial banks immediately responded by entering into an agreement among themselves which, if carried out, will serve to strangle the non-transferable cheque at birth. As the *Financial Mail* put it, there has been a revolt by the banks.²⁸

More than 80 years ago Mr AK Loyd QC, in a well-known series of lectures on the English Bills of Exchange Act 1882, commented on the "on-going struggle between banker and customer". Customers, he said, were "striving to obtain an absolutely safe method of making a money remittance by cheque, by throwing more and more responsibility on to the paying banker and also on to the collecting banker". Bankers, on the other hand, "were prone to watch this imposition of responsibility jealously and sought all means to curb it".²⁹ A similar struggle has been going on for a long time in South Africa, the scales thus far being weighted heavily in favour of the banks to the prejudice of their customers.

It is one of the themes of this article that the law should hold the scales more fairly.³⁰ To this end the proper use of a non-transferable instrument of payment, uninhibited by the banks, would certainly help substantially. It may readily be conceded that non-transferable cheques should not be used indiscriminately; but from the drawer's point of view they are undoubtedly the safest means of effecting payment. That they create difficulties for banks and for persons who do not have bank accounts is obvious; but it is questionable whether their use should be damned out of hand and effectively stifled by the banks acting unilaterally.

The real problem is how best to allocate the risks involved in the use of the entire cheque system, offered – let it never be forgotten – by the banks themselves. That this is the real problem was stated some years ago in the United States in an influential article by Professor Farnsworth.³¹ Similar views have been expressed by the editorial committee of the *Yale Law Journal*;³² and by Mr C R de Beer in an able unpublished master's thesis.³³ The problem of the fair allocation of risks among several *innocent* parties is a notoriously difficult one. It certainly cannot be solved by unilateral action on the part of any one group. Many legitimate but conflicting interests

remarks, they have not suffered unduly. See the lectures referred to in n 15.

²⁸*The Financial Mail* 26 November 1976 821; 10 December 1976 974.

²⁹Quoted by Maurice Megrah in "The Cheque in Law and Practice" (a series of lectures) 1957 3.

³⁰This was the main theme of Mr Megrah's lectures referred to in the previous note.

³¹E Allan Farnsworth "Insurance Against Check Forgery" 60 (1960) *Columbia LR* 284 sqq.

³²"Allocation of Losses from Check Forgeries" 62 (1953) *Yale LJ* 417 sqq.

³³*Die Beskerming van die Ware Eienaar van 'n Tjek in die Suid-Afrikaanse Wisselreg*: RAU February 1976 under the guidance of Prof F R Malan.

have first to be taken into account and then fairly reconciled. And for this purpose legislation may well be necessary.

The various points outlined above will now be elaborated.

THE ACTUAL DECISION IN THE SHAM MAGAZINE CASE

The facts in the *Sham Magazine* case were few and, as the court observed, "pleasantly uncomplicated". The cheque involved was drawn as follows:

The Standard Bank of South Africa Limited Rosettenville Branch		27/1/1976
<i>Not negotiable A/c payee only</i>		
Pay to the order of <u>Transvaal Watch (Pty) Ltd.</u>		
the sum of <u>Seven-hundred and fifty-two Rand</u>		R 752,53
<u>fifty-three cents</u>		<i>Sham Magazine Centre</i>

Transvaal Watch delivered the cheque to the Standard Bank (to which Transvaal Watch was indebted in respect of overdraft facilities) and endorsed the cheque specially to the bank, which gave value therefor. Sham Magazine Centre, unaware that Transvaal Watch had delivered the cheque to the bank, paid its indebtedness to Transvaal Watch in the same amount as the cheque. The Standard Bank, claiming to be the holder of the cheque, sued the Magazine Centre on it. In other words, the Magazine Centre was then called upon to pay again, the second time as drawer of the cheque.

The defence put forward was that the way in which the cheque was drawn "restricted its transferability" so as to make it valueless to persons other than the designated payee. To put the same point in more technical language, it was argued that because of the alleged restriction of transferability the bank could not become a holder of the cheque entitled to sue on it. The appellate division gave judgment for the bank.

The issue, as formulated by the appellate division, was "whether a cheque which is

- (a) made payable 'to the order' of a named payee,
- (b) crossed generally, and
- (c) marked

'not negotiable
A/c payee only'

is thereby rendered non-transferable".

The answer given was no. The basis of the decision was that although in terms of section 6(5) of the Bills of Exchange Act 1964, it is open to a

person drawing a cheque to deprive it of transferability – for example, by inscribing on the face of it the words “not transferable” – the way in which the cheque was actually drawn in the *Sham Magazine* case ~~did not indicate an intention to deprive it of transferability with sufficient clarity.~~

The court began by observing that the appeal turned on section 6(5) of the act, which provides that if a bill contains words either prohibiting transfer, or indicating an intention that it should not be transferable, it is valid as between the parties to the bill, but is not negotiable.

Now, a cheque is a bill (or more fully a “bill of exchange”) within the meaning of the act.³⁴ Furthermore, by virtue of the provisions of section 71 of the act, section 6(5) applies to cheques. So that the crucial issue in the *Sham Magazine* case was whether the cheque with which the court was concerned, contained a prohibition of transfer or any sufficient indication that it should not be transferred. More particularly, was any such prohibition or indication provided by the words “a/c payee only”?

To resolve this issue the first question to be decided was the meaning of the words “not negotiable” in section 6(5). Did the legislature mean, when it said that words prohibiting transfer render a cheque “not negotiable”, that the cheque may not be transferred at all? Or did it mean that the cheque may indeed be transferred, but that the transferee can obtain no better title than that of the person from whom he took the cheque? For it must be remembered that there are two characteristics of a “negotiable” instrument: (a) it may be transferred freely from hand to hand, by mere delivery in the case of an instrument payable to bearer, and by indorsement and delivery in the case of an instrument payable to order; (b) it is transferable “free from equities”, that is to say the transferor is able to give a better title to the cheque than he himself had. When, therefore, in section 6(5), the legislature said that a bill (including a cheque) containing words prohibiting transfer, or indicating an intention that it shall not be transferred, is “not negotiable”, which of the two characteristics did it intend to exclude?

After conceding that the concluding words of section 6(5), namely “not negotiable”, were not “immediately clear”, the appellate division nevertheless stated that in its opinion the words “not negotiable” in this context *must* mean “not transferable”. Far be it from me to question this conclusion because I have confidently expressed a similar view elsewhere.³⁵ And I adhere to it. Indeed it is unquestionably the general, almost universally held, view.³⁶ But it must be admitted that whoever was finally responsible for the relevant legislation (allegedly the best ever drafted³⁷) might well have used the words “negotiable” and “not negotiable” with more care and

³⁴S 1(vi).

³⁵Cowen on *The Law of Negotiable Instruments in South Africa* 4th ed 115.

³⁶See the judgment of Corbett J (as he then was) in *OK Bazaars (1929) Ltd v Universal Stores Ltd* 1972 3 SA 175 (C) 180–191. Also Paget *Law of Banking* 8th ed 227; Jacobs *The Law of Bills of Exchange Etc* 4th ed 68; Riley op cit 53.

The only writer known to me who suggests that the words “not negotiable” in s 6(5) mean “transferable subject to equities” – as in s 80 – is Professor F Raleigh Batt *The Law of Negotiable Instruments* 1931 46.

³⁷See *Bank Polski v Mulder* 1942 1 All ER 396 398 per Mackinnon LJ.

precision. Why should the two words "not negotiable" in section 6(5) mean "not transferable", and the same two words (admittedly in combination and with quotation marks around them) in section 80 (dealing with the meaning of the words "not negotiable" when added to a crossing) mean something quite different; namely, *transferable* (in sharp contrast to *not* transferable), but transferable subject to equities?³⁸ This is confusing and inelegant draftsmanship.

The root cause of the confusion is the artificial meaning given to the words "not negotiable" in section 80 of the act. And part of the explanation (as distinct from a justification) is that when section 81 of the English act (upon which section 80 of the South African act was modelled) was enacted in 1882, the words "not negotiable" had already been used for some years in section 12 of the English Crossed Cheques Act 1876; and were there used with the meaning "transferable but subject to equities". Sir Mackenzie Chalmers, the draftsman of the 1882 act, was very loath to use the phrase "not negotiable" in section 81 (the counterpart of our section 80) in the artificial sense (embodied in the 1876 act) of "transferable subject to equities". As he put it, the ordinary meaning of "not negotiable" is "not transferable".³⁹ Why give it an unusual meaning when added to a crossed cheque? Would it not be more sensible, he asked, to use some such phrase in section 81 as "with notice" or "with caution"? Of course it would have. But the committee with which Chalmers was working persuaded him to retain the wording of the 1876 act, on the ground that the public had by then become familiar with the "not negotiable" crossing.⁴⁰ And we have lived with the anomaly ever since.

Accepting, then, that a cheque may be made completely non-transferable (as distinct from transferable subject to equities) by the use of appropriate language, the next step in the enquiry was whether "the medley of words" appearing on the crossed cheque in the *Sham Magazine* case, namely "not negotiable", "a/c payee only" and "order", were sufficient, singly or in combination, either to prohibit transfer or to indicate an intention that the cheque should not be transferred?

The court had no difficulty in giving a negative answer, for the following reasons. The crossing with the addition of the words "not negotiable"

³⁸That the words "not negotiable" on a crossed cheque mean transferable but subject to equities is of course beyond doubt.

³⁹Chalmers' views were stated by him in "Notes on the Bills of Exchange Act" 3 (1882) *Journal of the Institute of Bankers* 531.

⁴⁰Chalmers' explanation of what happened is sufficiently illuminating to merit full quotation: "Mr Steele has pointed out the inappropriate character of the phrase 'not negotiable' on a cheque, because it does not mean what it says. A cheque crossed 'not negotiable' is of course still transferable. The phrase really means that it is "*not fully negotiable*". It is transferable, but the person who transfers it can give no better title to his transferee than he himself possesses. The subject was discussed by the committee, and I suggested that some such phrase as 'with caution' or 'with notice' should be substituted. But the committee rightly said that the Act which introduced the phrase 'not negotiable' had been some time in force. People had got used to writing the words and were beginning to understand their import. It would take some time to educate people into the use of a new phrase and therefore it was better to stick to the old one." My italics.

plainly left the cheque transferable, though subject to equities. Were then, the additional words "a/c payee only" words "prohibiting transfer", or words "indicating an intention that the cheque should not be transferred"? The answer was no. And it was at this crucial point that the court felt constrained to hold that the method of approach adopted by Mr Justice Snyman in the *Dungarvin* case, and the decisions following it, was wrong in law.

In the *Dungarvin* case the learned judge had said:

"Now it seems to me that if I were to take the meaning of these words according to their ordinary grammatical meaning, then they are words indicating an intention that the cheque should not be transferable. I see it as a clear instruction to the banker to pay the amount stated to the account of the payee only. The instruction is either a direct prohibition against transfer of the cheque or the words indicate an intention that it should not be transferred by the payee to anyone else."⁴¹

In other words, Snyman J held (a) that the words "a/c payee only" were an instruction to *the drawee or paying banker* not to pay anybody other than the designated payee and (b) that this instruction *clearly* indicated an intention that the cheque should not be transferred by the payee to a third party.

In regard to this approach, the appellate division said, firstly, "that it was inappropriate to try to solve the problem by reference to the ordinary grammatical meaning of the words 'a/c payee only', divorced from the context of banking practice and judicial interpretation over many years". Yet "this was precisely the basic *ratio* of the *Dungarvin* case". "One is not here dealing" said Holmes JA, "with ordinary language which is susceptible to interpretation by reference to considerations of grammar and plain meaning." On the contrary, one is dealing with "an evolved mystique of hieroglyphs".

Over very many years the words "a/c payee only" on a crossed cheque had acquired a particular significance and meaning in banking practice and had been authoritatively interpreted by the courts in England. "There was", said Holmes JA, "no reason for discarding the judicially established English meanings." In deciphering and making sense of the hieroglyphs, the court considered it wise to cleave to what it called the "safe anchorage of meaning inherited from England and the general consensus of our textbooks and academic writers".

The English cases, said the court, established: (a) that the words "account payee only" on a crossed cheque do not prohibit transferability; (b) that these words do not form part of the drawer's mandate to his drawee or the paying bank; and (c) that the words amount to a mere direction to the collecting bank that the proceeds of the cheque should go to the account of the payee named therein.

So far, then, from being a clear direction to the paying bank – as Mr Justice Snyman had held – they are not a direction to the paying bank at all. They are not part of the crossing (which, of course, *is* a direction to the paying bank). They refer simply and solely to what is to be done with

⁴¹1971 4 SA 300 (W) 302G.

the proceeds of the cheque in the hands of the collecting bank.⁴² And so far from containing a clear indication that the cheque itself is not to be transferable, they do not relate to the transferability of the cheque at all.

The court then proceeded to clinch the matter by giving an additional and compelling justification for its decision. It had been held by the appellate division in *R Barkhan Finance Corporation v Dabros (Pty) Ltd*⁴³ that the words used to indicate an intention that an instrument should not be transferable, within the meaning of section 6(5), should be written with sufficient legibility to indicate that intention "with reasonable certainty on a perusal of the document with ordinary care".⁴⁴ That case turned on the legibility of the words; but, said Holmes JA, "the principle applies equally to the clarity of meaning of words". If the drawer had intended to exclude transferability in the *Sham Magazine* case he could and should – in the court's view – have indicated his intention with greater clarity and with reasonable certainty. This, said the court, he could have done by using unequivocal words, for example by writing across the face of the cheque "not transferable". Instead, he chose to use an equivocal medley of words.

Furthermore, observed Holmes JA, the submission (made by counsel for the Magazine Centre) that the drawer intended by the words "a/c payee only" to render the cheque non-transferable, was at variance with the words "not negotiable" which, as we have seen, mean *transferable* – though admittedly subject to equities – in the context of a crossed cheque. By contrast, in the *Dungarvin* case Snyman J had relied on the words "not negotiable" on a crossed cheque as supporting, rather than detracting from, an indication of non-transferability.⁴⁵

It does not follow, of course, that even if the words "not negotiable" had been omitted from the crossing in the *Sham Magazine* case, the words "a/c payee only" would have been sufficient to render the cheque non-transferable. On the contrary, the whole tenor of the appeal court's judgment makes it plain that they would not have been sufficient; because the words "a/c payee only" are *not* words prohibiting transfer or indicating an intention that the cheque should not be transferable. And that of course is the nub of the matter.

Before turning (i) to the question of the possibility in South African law of an action for damages on the ground of negligence against a collecting bank which ignores an "a/c payee only" crossing; and (ii) to the topic of non-transferable cheques, there are a few other aspects of the decision in the *Sham Magazine* case to which it may be helpful to call attention.

Firstly, it seems plain that the appellate division was of the opinion not only that "the approach" in the *Dungarvin* case was incorrect, but also that the actual decision on the facts of that case was incorrect. In the *Dungarvin*

⁴²The distinction between the cheque and the proceeds thereof has to be used with care (cf Paget *Law of Banking* 8th ed 251); but it is useful here.

⁴³1968 2 SA 686 (A).

⁴⁴At 691C-D.

⁴⁵1971 4 SA 340 (W) 306E.

case, unlike the *Sham Magazine* case, the printed words "or order" had actually been crossed out by the drawer. It could therefore, conceivably, be argued that the cheque in the *Dungarvin* case disclosed a stronger indication of intention that the cheque should not be transferred than did the cheque in the *Sham Magazine* case. The answer to this, however, is that even though the express words "or order" had been struck out in the *Dungarvin* case, the cheque remained payable to order (in terms of section 6(3)), unless it could be said to contain words prohibiting transfer or indicating an intention that it should not be transferable.⁴⁶ And "a/c payee" were not such words.

Secondly, the appellate division lent its authority in a clearly expressed dictum to the view that where the drawer of a cheque places the words "a/c payee only" on it, the payee referred to is the designated payee, and not a third party to whom the payee may transfer the cheque. Indeed, Holmes JA went so far as to say that "these words cease to have any operation if the payee specified in the cheque transfers it, because thereupon the specified payee parts with his right to receive the money".⁴⁷

Thirdly, in the *Sham Magazine* case it was plain that the words "a/c payee only" had been placed on the cheque by the drawer, for they appeared in printed form on the cheque *as printed*. There is, however, nothing to prevent the a/c payee crossing being added to the cheque by the payee himself; and in practice this frequently happens.⁴⁸ The customer of a commercial firm may, for example, send a cheque (crossed or uncrossed) to the firm in payment for goods received. The firm may well – and often does – place a rubber stamp on the face of the cheque, crossing it and stating "account XYZ Co only", before depositing the cheque with its bank for collection. The appellate division did not deal specifically with this practice. It would seem that such a crossing is a valid direction by the payee to his own bank to deal with the proceeds of the cheque in a particular manner; though – as in the case where the drawer himself makes the inscription – the words "a/c payee only" would not restrict the transferability of the cheque (as, for example, where it is intended to make the collecting bank a holder for value as distinct from a mere agent for collection).

Fourthly, the court did not deal with the effect of the drawer adding the words "a/c payee" or "a/c payee only" to an *uncrossed* cheque. Sir Mackenzie Chalmers, in the last edition of his book for which he was personally re-

⁴⁶*OK Bazaars (1929) Ltd v Universal Stores Ltd* 1972 3 SA 175 (C) 181C.

⁴⁷That the payee in the phrase "a/c payee only" means the designated payee was held in *House Property Co of London Ltd v London County and Westminster Bank* (1915) 84 LJKB 1846; Riley *op cit* 250.

⁴⁸The addition of an a/c payee crossing by some person other than the drawer (eg by the payee) is discussed at some length by Chorley in "The Cheque as Mandate and Negotiable Instrument" 60 (1939) *Journal of the Institute of Bankers* 409–410. Chorley asks: would the words "a/c payee only" constitute an unauthorised material alteration of either the cheque or the crossing? He considers that the question is unresolved. In *Akrokkerri (Atlantic) Mines Ltd v Economic Bank* 1904 2 KB 465 the words were added to a general crossing by the Economic Bank, (which was not the payee). Bigham J (472) swept aside the point raised by Chorley.

sponsible, observed that "the liability of the paying banker in this case has not been decided"; and, he added, "the status of these cheques requires further consideration".⁴⁹ It is submitted that they should be accorded the same effect as the so-called "*Verrechnungsscheck*" in German law. Where the words "*Nur zur Verrechnung*" (exclusively for payment by entry to an account) are added to a cheque, they have (in part) an effect in German law similar to a crossing, though they do not impair the cheque's transferability.⁵⁰ It would certainly seem to be sound banking practice for the drawee or paying banker to refuse to pay cash across the counter on an uncrossed cheque marked "a/c payee only".⁵¹ It is interesting to note, in this regard, that the American writer, Professor Murray, is of the view that the German *Verrechnungsscheck* may well have led to the practice in the United Kingdom of adding the words "a/c payee only" to both crossed and uncrossed cheques.⁵²

THE YORKSHIRE INSURANCE VERSUS RHOSTAR CONTROVERSY

If the addition by the drawer, to a crossed cheque, of the words "a/c payee only" does not operate in law to restrict the transferability of the cheque – and this was the actual ratio decidendi of the appeal court's decision in the *Sham Magazine* case – then, it may be asked, what legal effect, if any, do such words have in South African law? The answer depends on the way in which what I have called the "*Yorkshire Insurance versus Rhostar* controversy" should be resolved.

The effect of the judgment of Tindall J (as he then was) in *Yorkshire Insurance Co Ltd v Standard Bank of SA Ltd*⁵³ is that a collecting banker who receives payment of a cheque on behalf of a customer who has no title thereto, is not liable to the true owner of the cheque for any loss sustained by him in consequence thereof on the grounds of negligence; but is only liable if he had knowledge that the customer had no right to the cheque and was intending to misappropriate the proceeds.⁵⁴ And this, in the view expressed by the learned judge, is the position no matter whether the cheque is crossed or uncrossed; and, if crossed, no matter whether it includes an instruction to pay to the credit of a particular account.

Tindall J equated the position of a collecting banker dealing with a stolen cheque with that of a bona fide purchaser of stolen goods who disposes of those goods in good faith. After saying that such a bona fide purchaser "is not liable on any ground, neither *ex delicto*, nor upon contract

⁴⁹*Bills of Exchange* 9th ed (1927) 312.

⁵⁰See Baumbach-Hefermehl *Wechselgesetz und Scheckgesetz* 11th ed 447 sqq. And see, for the Netherlands, T J Dorhout Mees *Nederlands handels- en faillissementsrecht* 1974 3 s 6 137.

⁵¹See Thompson's *Dictionary of Banking* 11th ed 8 (ed Perry and Ryder); Chorley "The Cheque as Mandate and Negotiable Instrument" 60 (1939) *Journal of the Institute of Bankers* 404; cf *Questions on Banking Practice* 9th ed Q-544.

⁵²Daniel E Murray "Crossed Checks, Account Payee, and Non-Negotiable Checks" 20 (1968) *Hastings LJ* 282.

⁵³1928 WLD 251.

⁵⁴At 282. In *Hall and Sons Ltd v Kleinsmith* 1963 4 SA 320 (T) 321, Trollip J (as he then was) held that the mala fides necessary to ground an action under the actio ad exhibendum implies actual knowledge.

or quasi contract nor in natural equity",⁵⁵ he went on to say that this doctrine "applies *a fortiori*" to a collecting banker who is a mere agent of his customer.⁵⁶

In sharp contrast, Goldin J in the *Rbostar* case reached the conclusion that "the law relating to the liability of a bona fide purchaser and the test applied in the *Yorkshire Insurance* case should not be applied in modern times to a collecting banker".⁵⁷ He added that "the decision of Tindall J was no doubt correct on the evidence before him and having regard to the duties and functions of a collecting banker which prevailed at that time".⁵⁸ However, in the light of certain evidence to the effect that "collecting bankers consider it their duty to ensure that they only present a cheque for collection on behalf of a client who is entitled to receive payment under it", Goldin J considered that a bank collecting payment of a crossed cheque marked "a/c payee only", did indeed owe a duty of care to the true owner (e.g. the drawer). He considered, further, that a total disregard by the collecting bank of the words "account payee only" clearly amounts to negligence on its part, with the result that the collecting bank is delictually liable under the *lex Aquilia* for loss sustained in consequence by the true owner.⁵⁹

In logic, and from the point of view of economic policy, the reasoning of Goldin J is attractive; and it is increasingly gaining academic support.⁶⁰ But whether it should be followed by the courts is another matter. Full discussion of this problem would, however, be out of place in this article. It may be observed, however, that inasmuch as the judgment in the *Yorkshire Insurance* case stood unchallenged for nearly half a century, and inasmuch as it has during that period been acted on by bankers,⁶¹ it may be difficult to persuade the appellate division to depart from it.⁶²

It is true that Holmes JA said obiter that "the words 'a/c payee only' on a crossed cheque are in effect a direction to the collecting banker that the

⁵⁵At 283.

⁵⁶Why should it apply "*a fortiori*"?

⁵⁷1972 2 SA 703 (R) 714F.

⁵⁸At 714F-G.

⁵⁹At 717-718.

⁶⁰Although Professor Boberg finds it "disturbing that the court seemed to have been unaware of the fact that its decision amounted to an important extension of the categories of liability in this controversial field of pure economic loss", he specifically stated that "he did not wish to be understood to disagree with the decision in the *Rbostar* case". See 1972 *Annual Survey of SA Law* 136. Mrs J Sinclair has expressed the view that the decision in the *Rbostar* case is justifiable; see 90 (1973) *SALJ* 385. Mr CR de Beer, in the thesis referred to in n 33, is strongly of the opinion that an action under the *lex Aquilia* should lie in the circumstances disclosed in the *Rbostar* case.

Quite apart from the question of liability for negligence under the *lex Aquilia*, the possibility (I put it no higher) of liability under the *actio ad exhibendum* requires further consideration. If (and it is admittedly a big "if") it can be shown that the a/c payee crossing places a legal duty upon the collecting bank - in other words if it is clear that the collecting bank is not entitled to ignore the words - can it be said that the bank is acting bona fide if it deliberately closes its eyes to the words?

⁶¹And by the legislature; cf s 81(5) of Act 64 of 1964.

⁶²See *The Mine Workers' Union v Prinsloo* 1948 3 SA 831 (A) 852; *Cullinan v Noordkaaplandse Aartappelkernmoerkwekers Ko-op Bpk* 1972 1 SA 761 (A) 767-768.

specified payee should receive the money". But he did not say that the collecting banker is under a *legal* duty, in our law, to observe that direction. Even in English law, where there is such a duty, it is regarded as anomalous.⁶³ It is at least doubtful whether such a duty should be recognized in our law without specific legislation, modelled perhaps on the lines of the German law relating to the *Verrechnungsscheck*.

It is true, again, that Holmes JA said of the words "a/c payee only" that they "may" operate as "some" safeguard if the cheque should fall into wrong hands. But it may be that the learned judge of appeal had in mind the practical, rather than any legal, effect of the words.⁶⁴ At this stage we can only speculate. But one thing is clear: the judgment in the *Sham Magazine* case does not rule out the attractiveness of an a/c payee crossing for those who wish to use it in the belief that it affords "some safeguard", even if no more than a practical safeguard.



THE NON-TRANSFERABLE CHEQUE AND THE BANKS' REACTION TO IT

Laymen, and – let it be whispered – many experienced lawyers, ask: (i) why try to make a cheque "not transferable"; (ii) why make it payable "to bearer" or "to order"; (iii) when should these latter words be omitted or struck out; (iv) why cross a cheque generally or specially, indeed why cross it at all; (v) why mark it "not negotiable", and in any event what is the difference between "not negotiable" and "not transferable"; (vi) why "a/c payee only"? What purpose is served by these markings? And, above all, who stands to benefit from their use?

Probably not more than one in a thousand persons having a bank account could answer these practical questions fully and accurately. And it is certain that not more than one in a hundred has any clear and accurate knowledge how best to protect himself when writing out a cheque. Yet this knowledge is greatly needed.

The preprinted cheque forms commonly supplied by banks in South Africa contain a basic order "to pay". Then follows a blank space in which the drawer may fill in the name of a specified person (the payee), or alternatively some such impersonal words as "cash" or "wages". And at the end of the line, after the blank space, there will be found the printed words "or bearer". Thus:

⁶³Lord Chorley regards the result of the English cases as being "very curious", because it enables the drawer of a cheque to give an effective instruction to a banker with whom he is not in contractual relationship. And see Riley op cit 250 n 12.

⁶⁴See n 18 above.

THE ABC BANK		
Green Street Branch		_____ 19__
Pay _____	or bearer	
the sum of _____	<input type="text"/>	

Unless the customer, when writing out his cheque, makes *suitable modifications*, the cheque forms supplied are a potential snare and may involve the customer in serious loss. But what modifications should be made? Most customers grope in the dark. They may attempt to cross the cheque in various ways, perhaps because they have been advised by their bankers to do so. They may add various words or combinations of words – possibly for no better reason than that their parents did so before them. All in the hope of ensuring a measure of protection, at least for themselves, and possibly also for the payee. But unless they know precisely the legal effect of what they are doing, or have been given impartial expert advice by an adviser seeking to benefit them and not primarily the banks, their efforts are likely to be futile. And even if they know what to do they may encounter opposition from the banks.

The reasons for the current confusion are not far to seek. To begin with, as Mr Justice Holmes put it with his accustomed panache and lucidity:

“One is dealing with an evolved mystique of hieroglyphs, such as transverse parallel lines; snatches of words such as ‘& Co.’; verbless expressions such as ‘account payee only’, and an inscription such as ‘not negotiable’ which has one meaning in relation to a bill of exchange and another meaning in relation to a crossed cheque, although a cheque is statutorily defined by reference to a bill, and both are classified as negotiable instruments.”

One has, in short, to master a strange language where words and phrases may not bear their ordinary dictionary meanings; where they often have unusual meanings inherited from a long and illogical past – and unexpected legal effects to boot. This is all very well for the high priests of the mystery but the average modern businessman can do without it.⁶⁵

No less fundamental and disturbing is the fact that far too few are aware of the real source of danger; the real reason why the common cheque may be quite as discomfiting as, and far more damaging to one’s pocket than, the common cold. It is simply that, by reason of what Lord Chorley has aptly called an historical accident, a cheque is a “negotiable instrument”, and has been made subject (in the Anglo-American system) to substantially the

⁶⁵A sentiment possibly shared by Mr Justice Snyman!

same rules as those governing ordinary bills of exchange.⁶⁶ Unless and until a cheque's qualities as a negotiable instrument are destroyed, its use for the payment of debts will remain fraught with danger for several innocent parties in the all too frequent event of the cheque falling into dishonest hands.

Negotiability served a great role historically. It still serves a great role when credit is needed, in which event it is customary for the person wanting credit to use a promissory note or bill of exchange payable at a future date. In credit transactions these instruments must be capable of ready discountability, free from defences in the hands of the person discounting them. But the normal function of cheques is quite different; it is the immediate payment of debts already due.⁶⁷ And for this purpose it is hazardous to use an instrument which may be passed on, like currency, into hands other than those of the debtor's creditor. Indeed, in the general run of cases the last thing a person making payment by cheque wishes to do is to launch a negotiable instrument upon the world. How many people would lightly send through the post R100 in currency (reserve bank notes) when paying a debt? Yet this is precisely what they often do when putting a cheque into the post, unless appropriate steps have been taken to destroy the cheque's negotiability. Understandably, therefore, attempts are repeatedly made to do just that.

Dr Holden has expressed this point of view clearly and forcefully. Thus:

"The historical development of the subject makes it clear that the two attributes of a cheque which render it unsatisfactory as a safe means of payment are its transferability and its negotiability. These qualities in a bill of exchange were highly prized, and, at first sight, it might seem illogical that one should wish to dispense with them in the case of cheques, which are admittedly merely a special type of bill. The apparent paradox is easily explained. Negotiable instruments have served two main purposes: first, as a means of payment, and, secondly, as a form of currency. The currency aspect was vitally important in the case of bills, for it was essential that a bona fide transferee for value should be capable of obtaining a perfect title to the instrument in spite of defects in the title of the prior parties: Hence the necessity for the doctrine of negotiability . . .

"A cheque, on the other hand, seldom passes from one person to another under modern conditions. And in those cases where it does pass from the payee to another party, the result, from the drawer's point of view, is sometimes extremely unpleasant.

⁶⁶Chorley "The Cheque as Mandate and Negotiable Instrument" 60 (1939) *Journal of the Institute of Bankers* 392. The Manning Report 252 of 1965, reviewing the working of the Australian Bills of Exchange Act, states in paragraphs 40 and 44:

"40. Even lawyers have difficulty at times in determining which of the rules relating to bills of exchange must be applied to cheques and to what extent . . . For the ordinary man in the street who has a bank account, the task of ascertaining the legal effect of a cheque which he may draw, and the consequences, for example, of its dishonour, is virtually impossible . . .

"44. The Committee accordingly recommends that separate Acts for Cheques on the one hand and for Bills of Exchange and Promissory Notes on the other be passed."

⁶⁷This basic difference in the economic functions of cheques and ordinary bills of exchange is emphasized by Holden *The History of Negotiable Instruments in English Law* 313-314. Also Bigelow *Bills, Notes and Checks* 3rd ed 141; Hawkland *Cases on Bills and Notes* 383; and, for fuller discussion, see M Vasseur and X Marin *Le Chèque* 1969 4-6.

Little does he realise the possible consequences of launching upon the world a negotiable instrument. Let it be supposed, for example, that he has drawn a cheque in payment for certain goods, which prove to be unsatisfactory. When he countermands payment of the cheque, he is usually quite unaware of the fact that he has put his signature to an instrument in respect of which a good title might be obtained by a *bona fide* transferee for value. His surprise, consternation and fury, when he is apprised of the true position, leave one in no doubt as to his views on the suitability or otherwise of a negotiable instrument for the purpose of settling debts.”⁶⁸

For these reasons it may often be desirable for the drawer of a cheque to destroy its negotiability, *not merely partially* (by means of the two versions of the not negotiable crossing already referred to) but *totally* – leaving only a *non-transferable* mandate.⁶⁹

How is this to be done? In part the answer has been given by the appeal court in the *Sham Magazine* case. The court’s suggestions were made specifically with reference to crossed cheques, and these suggestions will be discussed presently. First, however, it is essential to note that an *uncrossed* cheque may be deprived of its transferability (thereby totally destroying every element of its negotiability⁷⁰) in several ways:

(i) As Paget observes⁷¹ one clear way of rendering non-transferable the preprinted cheque form supplied by the banks is (a) to strike out the words “or bearer” or “or order” (where they appear) and initial the deletion; (b) to add the word “only” after the payee’s name; and (c) to write the words “not transferable” across the face of the cheque. Thus:

THE ABC BANK Green Street Branch	<u>5 January 1977</u>
<i>NOT TRANSFERABLE</i>	
Pay <u>Silas Sellar only</u>	<u>BB</u> or bearer
the sum of <u>One hundred rand</u>	R 100.—
<u>Bertie Buyer</u>	

(ii) The method illustrated above is what may be called a “belt and braces” method. However, less specific and less detailed precautions will also serve. It is not, for example, necessary to initial the deletion of the word

⁶⁸Holden op cit 315–316.

⁶⁹By far the most compelling argument to this effect by an English writer is Dr Holden’s article on the “Reform of the Law Relating to Cheques” in 14 (1951) *Modern Law Review* 33 sqq. An equally informative and suggestive article by an American writer is Daniel E Murray’s “Crossed Checks, Account Payee, And Non-Negotiable Checks” 20 (1968) *Hastings Law Journal* 273 sqq.

⁷⁰See *OK Bazaars (1929) Ltd v Universal Stores Ltd* 1972 3 SA 175 (C) 180G.

⁷¹*Law of Banking* 8th ed 235.

“bearer”, and it is not necessary to add the word “only”. The following is clearly a non-transferable cheque. As Holmes JA explained, even though it is payable to a specified payee, it is not payable to his order because, in terms of section 6(3) of the act, the instrument contains words prohibiting transfer.⁷²

THE ABC BANK Green Street Branch	<u>5 January 1977</u>
<i>NOT TRANSFERABLE</i>	
Pay <u>Silas Seller</u>	or bearer
the sum of <u>One hundred rand</u>	R 100 —
<u>Bertie Buyer</u>	

(iii) Nor is it necessary to add the magic words “not transferable”.⁷³ The word “only” will do. The following is thus also clearly a non-transferable cheque:⁷⁴

THE ABC BANK Green Street Branch	<u>5 January 1977</u>
Pay <u>Silas Seller only</u>	or bearer
the sum of <u>One hundred rand</u>	R 100 —
<u>Bertie Buyer</u>	

(iv) Yet a fourth method, which is probably effective to render a cheque non-transferable, is to add either the words “not transferable” or the

⁷²S 6(3) provides: “A bill is payable to order if it is expressed to be so payable, or if it is expressed to be payable to a particular person and does not contain words prohibiting transfer or indicating an intention that it should not be transferable.”

⁷³The appeal court conceded this in the *Sham Magazine* case.

⁷⁴See McLoughlin *Introduction to Negotiable Instruments* 1975 146; Riley op cit 57.

word "only" and at the same time *leave* either the word "bearer" or the word "order" on the cheque. Thus:

THE ABC BANK Green Street Branch	<u>5 January 1977</u>
<i>NOT TRANSFERABLE</i>	
Pay to the order of <u>Silas Seller</u>	
the sum of <u>One hundred raud</u>	R 100.—
<u>Bertie Buyer</u>	

or:

THE ABC BANK Green Street Branch	<u>5 January 1977</u>
<i>NOT TRANSFERABLE</i>	
Pay <u>Silas Seller</u>	or bearer
the sum of <u>One hundred raud</u>	R 100.—
<u>Bertie Buyer</u>	

But this is not an ideal method. There is admittedly strong authority that it is indeed a legally effective method of rendering a cheque non-transferable – including now, a dictum of Holmes JA in the *Sham Magazine* case. But, as we have seen, there is also authority to the contrary.⁷⁵ And it is better to be safe.

Nevertheless it is respectfully submitted that the view expressed by Holmes JA, that such an instrument is non-transferable, is correct in law. Certainly, if the words "only" or "not transferable" were written and the words "bearer" or "order" were printed, the written words should override the printed words.⁷⁶ But, in any event, even if both sets of words were printed, it is difficult to resist the conclusion which commended itself to

⁷⁵See ns 12 13 and 14 above.

⁷⁶See Holden *The History of Negotiable Instruments in English Law* 316; Riley op cit 31, and the cases there cited.

Lewis J in *Hibernian Bank Ltd v Gysin and Hanson*⁷⁷ that the provisions of section 6(5) of the act (corresponding to section 8(1) of the English act) are overriding and decisive, once it appears that the cheque contains words which, in themselves, either expressly prohibit transfer or clearly indicate an intention that the cheque should not be transferable.⁷⁸ And this is the view which apparently commended itself to Holmes JA when he enunciated his first proposition (quoted above) explaining how to make a cheque non-transferable – though he admittedly did not spell out the underlying reasoning in so many words.

It should be emphasized that if an *uncrossed* cheque is rendered non-transferable, even greater protection is afforded to the drawer of the cheque than is afforded by the use of a non-transferable crossed cheque. For it should not be forgotten that although crossings give a measure of protection to the drawer of a cheque, they give even greater protection to banks. In this regard the Australian writer, Riley, acutely observes:⁷⁹

“It is interesting to note that an uncrossed cheque drawn in the form of ‘Pay A only’ would ensure maximum safety to the drawer and payee. If it were presented for payment over the counter, the paying banker could safely pay only if he were satisfied that the person presenting it was in fact A; if it were presented by another banker, he (and no doubt the paying banker also) would have to see that he collected it only for A. Sections 65, 86, and 88 *would not be applicable for the protection of the bankers*. Such an instrument is practically unknown, probably because the general public are unaware of its advantages to them and bankers are for obvious reasons unlikely to do anything to enlighten them.”⁸⁰

Turning now to crossed non-transferable cheques, it is manifest that when Holmes JA said that a cheque could be rendered non-transferable by the drawer boldly writing or printing the words “not transferable” across its face, he was thinking of a crossed cheque, because he went on immediately to add: “These words need not be between the two parallel lines; they are not part of the statutorily defined crossing.” An example would be:

THE ABC BANK Green Street Branch	<u>5 January 1977</u>
// NOT TRANSFERABLE //	
Pay <u>Silas Sellar</u>	or bearer
the sum of <u>One hundred rand</u>	R 100.—
	<u>Bertie Buyer</u>

⁷⁷1938 2 KB 384 390, 11 lines from the bottom. Upheld on appeal 1939 1 KB 483.

⁷⁸Cf *R Barkhan Finance Corp v Dabros (Pty) Ltd* 1968 2 SA 686 (A).

⁷⁹Op cit 57.

⁸⁰The sections quoted by Riley are the counterpart in the Australian legislation of the sections in the SA legislation which *give protection to both paying and collecting banks dealing with cheques, especially crossed cheques*.

Probably, the following would also be a non-transferable crossed cheque, for the reasons already given; but it is not an ideal method of achieving non-transferability:

THE ABC BANK Green Street Branch	<u>5 January 1977</u>
NOT TRANSFERABLE	
Pay to the order of <u>Silas Seller</u>	
the sum of <u>One hundred raud</u> —	R 100.—
<u>Bertie Buyer</u>	

Subsequent to the decision of the appellate division in the *Sham Magazine* case, many firms in possession of large quantities of preprinted cheque forms bearing a “not negotiable account payee only” crossing on them, decided to stamp on the face of the cheque forms the words “not transferable”. Thus:

THE ABC BANK Green Street Branch	<u>5 January 1977</u>
Not negotiable A/c payee only	
NOT TRANSFERABLE	
Pay to the order of <u>Silas Seller</u>	
the sum of <u>One hundred raud</u> —	R 100.—
<u>Bertie Buyer</u>	

Would this be sufficient to render the cheque non-transferable? The question is not free from difficulty. It might be argued that the “not negotiable account payee” crossing is inconsistent with the words “not transferable”, with the result that the drawer’s mandate is left ambiguous and equivocal in regard to the question of transferability. The answer is probably, again, that section 6(5) of the act is overriding. “Not transferable” are, in themselves, such clear words prohibiting transfer that they render such a cheque non-transferable. Furthermore, section 80 of the act does not provide that a crossed cheque, which includes the words “not negotiable”, *must* remain transferable (no matter what other additions are made to the cheque). It merely provides that such a cheque (without more) is transferable, though transferable subject to equities.

However, if it is desired by the drawer to render a cheque, whether crossed or uncrossed, non-transferable, there are – as we have seen – clear and unambiguous ways of achieving this result; and these ways should be resorted to rather than any more daring, but questionable, expedients.

Turning, in conclusion, to the attitude of the South African banks towards the appeal court's suggestion that drawers might well render their cheques non-transferable, the banks reacted by adopting the following resolution:

“The banks will deal with cheques, the transfer of which is prohibited by wording on the face thereof (such as ‘not transferable’) *in only one manner*; namely, by accepting them for the credit of an account bearing the identical name to that of the payee named on the cheque.”

This calls for several comments. Firstly, it means that the banks have declared their intention to refuse to pay cash across the counter on an *uncrossed* non-transferable cheque, even if the designated payee is able to identify himself satisfactorily, e.g. by the production of an identity card referred to on the cheque. This would be an unlawful dishonour of the customer's mandate, entitling him to damages. But the banks are apparently prepared to accept this risk because, as they put it, the necessity to identify the payee would “slow down the efficiency of the cheque system of payment to the prejudice of the public and commerce and would place an intolerable burden on the banks”. That it would slow down the payment of cheques is undoubted. That it would place a heavy burden on the drawee banker, is also undoubted. But the contention that it would place an impossible or intolerable burden on the drawee banker – or a burden which *in all cases* would be unreasonable – is, to say the least, debatable.

Secondly, and this is far more serious, the requirement that non-transferable cheques will only be accepted for the credit of an account bearing the *identical name* to that of the payee on the cheque, means that the public will, in practice, be denied the opportunity of making effective use of a protection which the appeal court has itself confirmed. The reasons are apparent. A non-transferable cheque for rates made payable to “The City Treasurer, Johannesburg” would not – if the bankers' resolution were implemented without exception – be collected for the credit of the city council's account, which is in the name of “The City Council of Johannesburg, ordinary account.” And how many ratepayers know that!

What are the merits of the controversy and how should it be resolved? Thus far I have been concerned to emphasize the interests of the drawer of a cheque, and to stress the advantages of a non-transferable cheque from his point of view – a point of view which tends to be neglected. But there is another side to the coin. The legitimate interests of the banks must also be taken into account. The banks, too, must be given reasonable protection. Furthermore, the convenience of payees must not be overlooked.

It is clear that the non-transferable cheque should not be used indiscriminately. To mention one reason only, many people do not have commercial bank accounts. If they receive non-transferable cheques they would be precluded from “depositing” them to the credit of an account with a

building society. Building societies generally require cheques to be transferred to them so as to enable the society to become a lawful holder. But non-transferable cheques cannot be so transferred. Furthermore, if the commercial banks carry out their agreement, they will not collect payment of such cheques for the credit of the building society's account.⁸¹

The non-transferable cheque should, therefore, not be used where it is desired to effect payment to a person who is known not to have a commercial banking account. But this does not mean that one should swing to the opposite extreme and entirely stifle the use of non-transferable cheques. Surely that would be unreasonable. It has been estimated that as much as 80% of the cheques in use are not in fact negotiated by the payees to third parties, but are deposited by the payees to the credit of a banking account for collection. Furthermore, it is reasonable that drawers wishing to make payment of substantial sums should protect themselves by the use of a non-transferable cheque, where it is known that the payee has a banking account.

It is true that the Mocatta Committee felt that it was preferable to encourage simplicity rather than to allow two different forms of cheques – both transferable and non-transferable – to be used.⁸² But the wisdom of this recommendation has been questioned.⁸³

It is submitted that the way should be left open for the uninhibited use of non-transferable cheques in the situations where their use is justified. No doubt even in such cases it may well be desirable to seek an amendment of the Bills of Exchange Act to ensure that paying and collecting bankers dealing with such instruments, in the ordinary course of business and without negligence, shall incur no liability. This indeed was Dr Holden's very specific suggestion.⁸⁴

And this brings me to the kernel of the whole matter. Professor Farnsworth has rightly said that the banks, who offer the cheque system, are in the best position to ensure that the risks involved in its use are fairly allocated, and *distributed*, by adequate insurance.⁸⁵ In part, possibly, the cost of such insurance should be passed on to all cheque users. However, the details require rational and mutual discussion and not confrontation; followed, it may well be, by amending legislation. What must be avoided at all costs is the hasty and selfish striking of inflexible attitudes – by any of the interested parties. □

⁸¹They are, however, willing to collect payment of cheques crossed "a/c payee only", but only under indemnity.

⁸²Cmnd 3 of 1956 par 34.

⁸³Megrah *The Cheque in Law and Practice* 1957 11–12.

⁸⁴14 (1951) *Modern LR* 44 sqq.

⁸⁵E Allan Farnsworth "Insurance Against Check Forgery" 60 (1960) *Columbia LR* 284 sqq.

Distinguishing donations inter vivos and mortis causa

Jeremy Gauntlett

Member of the Cape Town Bar

OPSOMMING

Die onderskeid tussen geskenke mortis causa en geskenke inter vivos word in hierdie artikel ondersoek. Die howe het begin deur geskenke in kontemplasie van die dood as geskenke mortis causa te beskou. In *Oost v Reek & Snideman NNO* is die kenmerkende van die geskenk mortis causa gesoek in die herroeplikheid van die geskenk sodat 'n onherroeplike geskenk as een inter vivos beskou is. Die skrywer voer aan dat herroeplikheid 'n kenmerk van die geskenk mortis causa is maar nie die enigste kenmerk nie. As die partye nie afsprek dat die geskenk herroeplik of onherroeplik is nie, moet hierdie feit saam met ander kenmerke geëvalueer word. Na aanleiding van Voet 39 5 4 word aangevoer dat die ware vraag is of die geskenkgewer 'n onvoorwaardelike vorderingsreg aan die geskenknemer wil laat toekom, al is dit onderhewig aan 'n tydsbepaling dat lewering eers by die dood van die gewer sal plaasvind, en of dit sy bedoeling is om slegs 'n voorwaardelike vorderingsreg – wat eers by die dood van gewer onvoorwaardelik word as die nemer nog in die lewe is – te wil laat toekom. Die betrokke bedoeling moet van die geskenkgewer se woorde bepaal word.

South African case law touching this problem is both sparse and contradictory. There is a considerable threshold problem in detecting the intention of the donor, invariably a difficult factual analysis of the donor's words and the circumstances in which the gift is to take effect. Then there is a problem of law – whether to characterise the gift as mortis causa or inter vivos. In our case law two acid tests have been applied: whether the donation was made in contemplation of death¹ and whether the donation is revocable.² And arising from criticism of the revocability test³ a further test could conceivably be advanced: the time at which the donation becomes effective. Common law writers have been fitfully and selectively invoked in support of the two main distinguishing tests. Working in a similar fashion, it might be possible to add some juristic weight to the considerations of convenience favouring the third. But it is submitted that it is precisely this method of random citation of the old authorities which has brought our case law to its present impasse of ill-founded antagonism: a propounding of rival tests as inadequate in operation as they are dubious in derivation.

It is not often that Homer makes Roman and Roman-Dutch law. Julian,⁴

¹*Meyer v Rudolph's Executors* 1918 AD 70; *Ex Parte Steyl* 1951 1 SA 275 (O).

²*Oost v Reek en Snideman NNO* 1967 1 SA 472 (T).

³1967 *Annual Survey* 121 and Honoré *Law of Trusts* (2nd ed) 27.

⁴D 39 6 35 3. See also I 2 7 1.

Vinnius⁵ and Voet⁶ all cite Telemachus's instructions to the spearsman Piraeus, in the event of his death at the hands of the suitors of Penelope:

These doings, Piraeus, we know not how they will have ending.
 If the proud wooers should slay me by stealth in the chambers,
 And share among them the whole of my father's estate, then I wish thee
 Rather than any of such the gifts to take and enjoy them,
 But should I sow carnage and doom for the suitors, then bring you
 The gifts with joy to my house, and with joy will I take them.⁷

Clearly Telemachus has a contemplation of death. He gave Piraeus the gifts Menelaus had previously sent to him. His donation was to take immediate effect, but was subject to a resolute condition. For should he, Telemachus, survive the immediate danger ahead, the gift falls away.

Certainly this delineation of a *donatio mortis causa* places a dramatic emphasis on the requirement of a contemplation of death. There is a clear danger of focussing on the dramatic constituent to the exclusion of the more prosaic whole.⁸ It would seem several have succumbed, and the result has been to elevate the contemplation of death from a constituent requirement of a *donatio mortis causa* to an independent absolute test. Thus in *Meyer v Rudolph's Executors*⁹ Solomon JA said:

"From the authorities cited by him [the court a quo] as well as others (eg Grotius 3 2 22; Van der Linden 1 15 1 etc) it would appear that the essentials of a *donatio mortis causa* are that it should be made in contemplation of death, and that this should be the moving cause of the gift."

In the same case¹⁰ De Villiers AJA cites a Digest text¹¹ which purportedly defines three, and only three, kinds of donations *mortis causa*:

- (1) when someone makes a donation not impelled by fear of present danger but by a general contemplating of mortality alone;
- (2) when someone is so moved by an imminent danger that he donates in such a way that the recipient becomes owner at once;
- (3) when someone is so moved by a danger that he donates in such a way that he does not make the recipient owner at once, but only on the death of the donor.¹²

The text is ascribed to Ulpian, who in turn relies on Julian. Even if it is accepted that this text is not the untidy result of compilatorial interpolation, it is difficult to believe that it was intended as an absolute classification of donations *mortis causa*. Its asymmetrical grouping is more illustrative than definitive.

⁵Vinnius 2 7 1.

⁶*Commentarius ad Pandectas* 39 6 3.

⁷*ibid*, citing *The Odyssey* 17 11 78-83 (Gane's tr 143).

⁸Thus Vinnius *loc cit*, after citing the passage from *Odyssey*, adds with an air of finality the anodyne generality: *Hic locus arguit, etiam mortis causa donationem rationem facti iuris gentium esse.*

⁹*supra* 83. See also *Ex Parte Steyl* 1951 1 SA 275 (O) 277.

¹⁰at 88.

¹¹*D* 39 6 2.

¹²*ibid*. Own translation.

There is little system in the grouping of the three cases. The first differs from the latter two in that only a general contemplation of mortality is present. No mention is made of the donation being subject to a suspensive or resolutive condition; the gift is apparently outright. The second case shares with the third a particular danger, but differs from it in that the donee of the second example also becomes owner outright. In the third case ownership only passes on the donor's death. Like testamentary dispositions, all three are revocable.¹³ It is in discussing differences in revocation that Voet shows plainly that the three cases are a most inadequate classification, if that is indeed what they purport to be. The third example presents no problem – since ownership still rests in the donor, he is free to revoke the gift.¹⁴ It is the second example which is troubling. There is an outright gift; does the recipient have any remedy if the danger falls away? Voet gives the incautious donor a *condictio causa data causa non secuta*¹⁵ or a *condictio sine causa*–

“or at the most a beneficial action in rem and not a direct vindicatory action, for the reason that in such a case the ownership has left the donor”.¹⁶

This would seem to fit the second example. But Voet reformulates it: the donee is to take immediate possession “but would hand back if the donor should have recovered or have returned from foreign parts”.¹⁷ No such resolutive condition is detectable in Julian's second example. Voet's adaptation in fact fits Telemachus's gift to Piraeus exactly.

Voet is in effect showing that that classification is not watertight. He goes on to say that a gift made in general contemplation of death – Julian's first case – is not cancelled by the fact that a sudden peril has arisen which the donor survives. But the second case still worries him. He returns to it, and tries to distinguish it. He says such a gift, made under a threatening danger, “disappears of itself, that is to say, is deemed to have been impliedly revoked, when the donor has escaped the very danger in view of which the donation had been made. This is because an effect ought to fall away when its cause falls away”.¹⁸ Voet cites Telemachus's gift as an example. Now it is true that that gift is an example of Voet's *adapted* second case – where the gift is of immediate effect, but subject to a resolutive condition. But here we find Voet returning to the second case, setting it out in its *unamended* form – and averring that Telemachus merely had an implied right of revocation. Telemachus plainly made his gift subject to an express resolutive condition when he told Piraeus:

“But should I sow carnage and doom for the suitors, then bring you the gifts with joy to my house, and with joy will I take them.”¹⁹

Elsewhere Voet reformulates Julian's first case too: it is not to be understood as a mere contemplation of liability to die, but as a giving in con-

¹³Voet 39 6 3; Grotius 3 2 23; Van Leeuwen *Censura Forensis* 1 4 12 24; *D* 39 6 15, 27, 35 2.

¹⁴Voet *ibid.*

¹⁵That “barbarous Byzantinism” as Honoré *op cit* 93 n 55 so aptly terms it.

¹⁶Voet *loc cit* (Gane's tr 143).

¹⁷*ibid* (Gane's tr 142).

¹⁸*ibid* (Gane's tr 143).

¹⁹*supra*.

templation of death *along* with a condition for taking back.²⁰ After all this one might be forgiven for echoing Wessels' words: that there is much more in Voet than in Grotius, but at least Grotius is concise, methodical and systematic.²¹

Thus Julian's three cases of donations *mortis causa* are no exclusive definition; they are merely examples which must be assessed in terms of the far wider criteria given in other Digest texts²² which both precede and follow Julian's examples, and to which we shall return later. It is no doubt by regarding the three examples as a final classification, by disregarding both their context and other less dramatic texts, that a further oversimplification has taken place: the distillation of a contemplation of death as an independent acid test. Vinnius²³ and Van der Linden²⁴ appear to do this; as will be shown Grotius,²⁵ Van Leeuwen,²⁶ Huber²⁷ and Van der Keessel²⁸ resist the temptation.

In *Oost v Reek en Snideman NNO*²⁹ the temptation was also resisted. It was "n twyfelagtige leidraad . . . waarvan ek liever nie gebruik maak nie".³⁰ Unfortunately the learned judge succumbed to another temptation. This was to make revocability his litmus test. The court went on to find that the donation became irrevocable when the donee accepted the advantages, and that this made it a donation *inter vivos*. How the court reached this conclusion on the facts is not explained. It would seem the donation was neither expressly revocable nor irrevocable. In one place the court seems to have inferred irrevocability – and that only *after* deciding the gift was *inter vivos*.³¹ This is difficult to reconcile with the avowed use of revocability as an *in limine* test. In another place, the reasoning is reversed: the trust in question was irrevocable, and "thus" a donation *inter vivos* and not *mortis causa*. And so we become mired in an intractable conundrum. The learned judge seeks to make revocability both the chicken and the egg.

Revocability, like a contemplation of death, is characteristic of donations *mortis causa*. It is in this way that Roman and Roman-Dutch writers treat it – as a characteristic, and not as an absolute test which stands alone. Classical jurists warn repeatedly that a *donatio mortis causa* may be made expressly irrevocable.³² This makes it impossible to distinguish donations *inter vivos* and *mortis causa* merely by saying the former is always irrevocable while the

²⁰39 5 4.

²¹Wessels *History of Roman-Dutch Law* (1908) 324.

²²*D* 39 6 1, 13 1, 35 2.

²³2 7 1.

²⁴*Institutes* 1 15 1.

²⁵*Inleiding* 3 2 22, 23.

²⁶*Cens For* 1 4 12 25.

²⁷*Hedendaagsche Rechtsgeleertheid* 3 14 8–9.

²⁸*Praelectiones* 4 67 22.

²⁹*supra*.

³⁰at 489A.

³¹*ibid* and at 479. The decision also presupposes a donatory transfer to the trustees by the trust deed rather than a contract to donate to the beneficiaries. See the criticism in Honoré *op cit* 27.

³²*D* 39 6 13 1, 35 4 but see *D* 39 6 27.

latter is always revocable. It is perhaps an attempt precisely to do this that impelled Marcian,³³ and so in turn Voet,³⁴ to say a donation mortis causa in which the donor undertakes not to revoke, is "rather" one inter vivos. Solomon JA's comment on this passage³⁵ may be ill-founded, in his attempt to distinguish in this context between its applicability to executed donation as opposed to a contract to donate.³⁶ But it certainly illustrates the difficulties of the chicken-and-egg dilemma in which Hiemstra J in *Oost v Reek en Snideman NNO*³⁷ found himself. Invariably the donor says nothing about a right to revoke. Is the donation therefore irrevocable – and hence automatically inter vivos – because no right to revoke has been expressly reserved? Or is it a donation inter vivos because of the existence of several factors which show it to be inter vivos, only one of which is the presence or absence of an express right to revoke?

It is submitted that the latter is the true approach. Where a right of revocation is expressly reserved, it will be a strong factor, to be weighed with other factors, in deciding whether the gift is mortis causa. Where no intention to reserve a right of revocation is apparent, then its absence will have to be considered with other factors in deciding whether the gift is inter vivos. Van Leeuwen³⁸ shows this clearly. It is also apparent from Huber³⁹ and Van der Keessel.⁴⁰ Voet equivocates between requiring a mention of liability to die *or* of revocability⁴¹ and a mention of liability to die *along with* a condition for revoking⁴² for a gift mortis causa. Voet himself warns how misleading the mere mention of death may be:⁴³ it is submitted that the same applies to construing revocability in isolation.

If, then, neither contemplation of death nor a right of revocation serves in isolation to distinguish gifts inter vivos and mortis causa, is no similar short cut to be found in the practical effect of the gift? As stated above, such an argument is at least conceivable in the light of recent criticism of *Oost v Reek en Snideman NNO*.⁴⁴ Hiemstra J appears to have found that there was an actual donatory transfer to the trustees by the trust deed rather than a contract to donate to the beneficiaries.⁴⁵ What if he had found that there was only such a contract to donate, with transfer to take place on death? Could one say that in practical effect this hardly differs from a stereotype donatio mortis causa: where I say that I suffer intimations of mortality, and for that reason I give you something? Could one go further and say that

³³D 39 6 27.

³⁴39 5 4. He attempts to dismiss the other texts cited in note 32 above in 39 6 1 in fine. But see Huber *Hed Rechts* 3 14 10.

³⁵In *Meyer v Rudolph's Executors* supra 83.

³⁶See Voet *ibid* (Gane's tr 85 n(f)).

³⁷supra.

³⁸*Cens For* 1 4 12 24.

³⁹*Hed Rechts* 3 14 8, 9.

⁴⁰*Prael* 4 67 22.

⁴¹*Comm ad Pand* 39 6 1.

⁴²*ibid* 39 6 2.

⁴³*ibid* 39 5 4, 39 6 1 and 2.

⁴⁴supra. See 1967 *Annual Survey* 119–121.

⁴⁵See note 31 supra.

there is no reason to treat this supposed kind of donation *inter vivos* as different from our stereotype donation *mortis causa*?

This question obviously worried Voet.⁴⁶ Particularly when the donor says nothing about the gift being revocable or irrevocable. His answer is that words like "I give after my death", even if the gift is not expressly said to be irrevocable, constitute a *donatio inter vivos*. He dismisses the argument that the mention of death means that in a sense death was contemplated, that the property donated is in a sense only taken out of the estate of the donor when death has ensued. In two cogent passages he says:

"The time of death was specified with no other aim than to put off the claim for the property donated until the time of death"⁴⁷

and

"nevertheless he does not on that account make a donation *mortis causa*, but simply puts off the execution of the obligation to the time of his death".⁴⁸

This brings us to the heart of the distinction. It places in perspective Julian's classification and the repetitive references to a contemplation of death and revocability. And it echoes those Digest texts which precede and follow Julian's classification, showing it to be illustrative, not definitive.⁴⁹ Thus Marcian says:

"A *donatio mortis causa* is one where the party wishes to retain the property himself instead of transferring it to him to whom he donates it, but prefers that the donee should have it rather than his heir."⁵⁰

Paul adds that one who makes a *donatio mortis causa* thinks of himself and, through his love of life, prefers to keep the property rather than to give it away.⁵¹ Van Leeuwen gives a check-list of five points of differences between donations *mortis causa* and *inter vivos*, most significantly that a gift *mortis causa* becomes null and void if the donee dies before the donor.⁵² In contrast, if a donee under a *donatio inter vivos* dies before the donor, a *ius ad rem acquirendam* has already vested in him and is transmissible to his heirs.⁵³ With a *donatio inter vivos*, a right of action accrues immediately to the donee, even if delivery – and hence transfer of ownership – is only to take place on death.⁵⁴

Africanus⁵⁵ and Ulpian⁵⁶ show how diametrically opposed donations *mortis causa* are: capacity to receive is determined at the date of the donor's death, not the date of donation; the donee's death leads to immediate re-

⁴⁶*Comm ad Pand* 39 5 4.

⁴⁷*ibid.* See also Huber *Hed Rechts* 3 14 8.

⁴⁸*ibid.*

⁴⁹See note 22 *supra*.

⁵⁰*D* 39 6 1 (Scott's tr).

⁵¹*D* 38 35 3.

⁵²*Cens For* 1 4 12 24. Compare this with his inadequate and superficial discussion in his *Commentaries* 4 30 1.

⁵³*Comm ad Pand* 39 5 4.

⁵⁴Huber *Hed Rechts* 3 14 13.

⁵⁵*D* 39 6 22, 23.

⁵⁶*D* 39 6 32.

covery; and the gift is not considered perfecta until after the death of the donor. In this light, the significance is apparent of Voet's comment on the gift made inter vivos but "on my death", that the donor "simply puts off the execution of the obligation to the time of his death".⁵⁷

The prime enquiry, then, is whether the donor intends to vest a ius ad rem acquirendam in the donee immediately, even if delivery is only to take place at a later stage, such as the donor's death, or whether, loving life, he makes his death the condition for any vesting in the donee. The gift is then suspended until the donor's death or given now, as Telemachus did, but subject to a resolute condition. This intent, says Vinnius,⁵⁸ *ex verbis donatoris aestimandum est*, and this, as already noted, can be a difficult factual enquiry. It certainly is not assisted by elevating a single textual grouping of examples to a numerus clausus, and by giving the words "in contemplation of death" the magical effect of some pre-decennial formula. Together with a provision as to revocability, or the absence of such a provision, these words may be a powerful pointer. Abstracted in isolation, both revocability and a mention of death may be misleading. The clarity of the passage from the *Odyssey* is in striking contrast with the glosses over the centuries. Here at least, Homer was not the one to nod. □

For the rest, no one who has only scanned the requisites of law . . . can be unaware that equity is bound up with laws and written rules of right, so that an underlying presumption of equity fights for the right which inheres in the very subject-matter, and laws need change whenever the stain of manifest injustice betrays itself in them. But every point cannot be individually embraced in laws, senatorial decrees or other written rules of right. Nature daily hastens to produce new forms, and matters often arise which have not been embraced in the provisions of the laws, so that things omitted must be filled in either through interpretation or at least through judicial authority, by applying the manifest intention of the laws to similar cases, as often as the same ground and inference of expediency appears to underlie them. It will therefore be needful in the decision of such cases that equity should be observed and that it should be preferred to strict law and to excessively exact and subtle arguments.

Voet *Comm ad Pand* 1 1 1 6 (Gane's translation)

⁵⁷See note 47 supra.

⁵⁸Vinnius 2 7 1.

Eiendomsontwikkeling en beperkings deur beplanningsowerhede opgelê

A S van der Spuy SC

Lid van die Johannesburgse Balie

SUMMARY

A landowner generally has the right to use and develop his property for any legitimate purpose, but the authorities may in terms of certain ordinances and statutes restrict or "freeze" the use of property. The effect of the planning of roads on property rights is more particularly dealt with and it is submitted that the announcement of the planning of a network of roads for the indefinite future causes thousands of property owners loss as a result of (i) the decrease in the market value of their property, on account of rumours that the property will eventually be cut into pieces by the proposed roads; and (ii) by the actual "freezing" of large portions of land, pending the finalising of some or other "master plan".

It is submitted that the unauthorized planning or the arbitrary announcement of planning (although authorized) which has not been properly done, will give rise to an action for damages but not the announcement of an authorized but fully planned network of roads.

It is further submitted that no authority has the power to "freeze" land simply on account of a *general authority to plan* – such authority has to be expressly conferred by the empowering statute. This unauthorized freezing of land by the authorities is an almost daily occurrence, which has, however, not yet reached our courts.

Dit staan die eienaar van grond vry om sy eiendom te benut en te ontwikkel vir enige wettige doel. Daar is uit die staanspoor geen beperkings op so'n uitoefening van sy dominium nie. Grotius¹ stel dit so:

"Volle is den eygendom waer door yemand met de zake alles mag doen nae sijn geliefte ende t'synen bate *dat by de wetten onverboden is.*" (Deur my gekursiveer.)

Van der Keessel² voeg by dat eiendomsreg die bevoegdheid insluit om

"na willekeur oor die saak te beskik, alle ander persone daarvan uit te sluit en alle opbrengste daaruit te trek, tensy 'n wetsbepaling, ooreenkoms of die wil van die erflater in die weg staan".

Simon van Leeuwen verklaar op sy beurt:³

"Vollen Eygendom is, als yemand benefens het regt van eygendom, *ook het volkomen gebruik heeft.*" (Deur my gekursiveer.)

Van der Linden⁴ stel dit in besonderhede soos volg:

"Ownership is that right by which something belongs to a person to the exclusion of all others. It is especially known by its consequences. It includes: 1st The right

¹*Inleydinge tot de Hollandsche Rechts-geleertheit* 2 3 10 (geskryf circa 1620).

²*Praelectiones* 2 3 10 (gelewer gedurende 1793/4) vertaling HL Gonin II 53.

³*Roomsch-Hollandsch Recht* 2 2 (*Ad Grotium* 2 3) (1664).

⁴*Institutes of Holland* (1806) (H Juta se vertaling 1884) I 45.

of enjoying the fruits which result from such thing. 2nd The right of making such proper use of such thing as the owner pleases. 3rd The right of altering its form or shape at will. 4th The right of entirely destroying it at will. 5th The right of preventing others from making use of it. 6th The right of alienating it or of transferring to others any other sort of right, e.g. the use of it. Ownership is not complete when all these consequences are not found. All this must be understood, however, subject to this qualification viz that neither the provisions of the law are transgressed nor the rights of third persons injuriously affected."

Laasgenoemde beperking, naamlik dat die regte van derdes nie benadeel moet word nie, wat uitdrukking vind in die spreuk *sic utere tuo ut alienum non laedas*, is nie die onderwerp van ons bespreking nie. Die kernvraag waarom dit hier gaan is hoe die owerheid kan optree om eiendomsgebruik as sodanig te beperk of op te skort (of te "bevries"). Daar is 'n hele aantal wette en ordonnansies wat voorsiening maak vir openbare dienste onder, op of boor privaatgrond. In die meeste gevalle sal die besondere owerheid (bv die SAS & H of EVKOM) 'n serwituut teen vergoeding met die eienaar beding of, by gebreke aan ooreenkoms, die betrokke grond onteien kragtens die bepaalde wet of ordonnansie wat dié owerheid skep; of, in die algemeen, kragtens Onteieningswette 55 van 1965 (en/of 63 van 1975 wat eersgenoemde later sal vervang). In ander gevalle magtig die betrokke wet of ordonnansie die betrokke owerheid om bv 'n pyplyn eenvoudig oor privaatgrond te lê sonder vergoeding of teen vergoeding beperk tot fisiese beskadiging van die bodem of enige verbeterings daarop.⁵ Waar geen vergoeding deur die betrokke wetgewing voorgeskryf word nie, is die vermoede dat die betrokke owerheid sy veroorloofde magtiging straffeloos kan uitoefen sonder betaling van enige algemene skadevergoeding, behoudens skade veroorsaak deur nalatige uitoefening van die veroorloofde magtiging. (Kyk in dié verband die beginsel afkomstig uit *Geddis v Proprietors of the Bann Reservoir* 1878 3 AC 430 (HL) 455-6, waar Burggraaf Blackburn sê:

"No action will lie for doing that which the legislature has authorised, if it be done without negligence, although it does occasion damage to anyone; but an action does lie for doing that which the legislature has authorised if it be done negligently."

In *Union Government v Sykes*⁶ het ar Innes dit só gestel:

"Speaking generally, no man can be sued for doing what Parliament has declared to be a lawful act."

Dus het daar 'n indrukwekkende reeks gewysdes verskyn wat, ten spyte van 'n vermoede dat geen regte ontnem word sonder vergoeding nie, die stelreël konstateer

"dat skade noodwendigerwyse en sonder nalatigheid deur die wetteregtelike veroorloofde daad veroorsaak, nie vergoed hoef te word nie, waar geen voorsiening te dien effekte gemaak is nie".⁷

⁵(Vgl bv a 24(j)(ii) van die Wet op die Randwaterraad 17 van 1950, of a 134(b) van Ordonnansie 17 van 1939, die Transvaalse Plaaslike Bestuursordonnansie).

⁶1913 AD 156 159.

⁷Vgl LC Steyn *Die Uitleg van Wette* (4e uitg) 111-114; *New Heriot Gold Mining Co Ltd v Union Government* 1916 AD 415 421; *Johannesburg Municipality v African Realty Trust* 1927 AD 163 173; *Bloemfontein Town Council v Richter* 1938 AD 195 233-4; *Reddy v Durban Corporation* 1939 AD 293 299, en talle ander gewysdes wat die meer resente sake soos *Germiston Municipality v Chubb & Sons Lock & Safe Co (SA) (Pty) Ltd* 1957 1 SA 312 (A) 322-3; *Van Schalkwyk v Van der Wath* 1963 3 SA 636 (A) 640-1; en *Moller v SAR & H* 1969 3 SA 374 (N) 376-7, insluit.

In *Breederivier Besproeiingsraad v Brink*⁸ het ar De Villiers die beginsel soos volg opgesom met verwysing na die gevelede woorde van Burggraaf McNaghten in *Mayor of Freemantle v Annois*⁹:

“If persons in the position of the appellants, acting in the execution of a public trust, and for the public benefit, do an act which they are authorised by law to do, and do it in a proper manner, the individual injured cannot maintain an action. He is without a remedy, unless a remedy is provided by the statute.”¹⁰

Voorts is hierdie statutêre magtigingsverweer só ingeburger dat ons kan aanneem dat enige wetterereglike skadevergoedingsmiddel (dws tot skadevergoeding of kompensasie, behoudens dié voortvloeiende uit nalatigheid) nie wyd uitgelê sal word ten gunste van die eenaar van grond nie. Normalweg word kompensasie weens onteining of inbreukmaking op eiendomsreg wyd uitgelê om die beswaarde eenaar ruimskoots te vergoed.¹¹ Desnieteenstaande kan ons hier sonder twyfel die volgende standpunte stel: Die eenaar se regte word in die eerste plek beskerm deur ’n vermoede dat hulle nie sonder voldoende en omvattende vergoeding aangetas sal word nie; indien ’n aantasting veroorloof word deur ’n duidelike statutêre magtiging, kan die owerheid wel ingryp en, behoudens nalatige handeling, die eenaar se regte sonder vergoeding inkort; stel die wetgewier egter ’n skadevergoedingsmiddel beskikbaar, dan moet daaraan gevolg gegee word, maar aangesien regte toegeken of “teruggegee” word (di die reg op kompensasie) en nie as sodanig weggeneem word nie (hulle is reeds weggeneem weens die magtiging), word die remedie nie wyd nie maar eerder beperkend uitgelê. So byvoorbeeld sou ’n voorskrif dat ’n plaaslike bestuur of ’n wateraad wat ’n pyplyn gelê het, enige skade wat dit aangerig het (“damage done”) moet vergoed, uitgelê word om slegs fisiese beskadiging te dek tydens die lê van die pyplyn en nie gevolgskaade soos verlies aan grondwaarde, insluitende potensiële ontwikkelingswaarde, nie, tensy laasgenoemde voortvloei uit nalatigheid wat nie hier ter sprake is nie.

Voormelde beginsels sou ook in die reël toepassing vind by die maak of die verlegging van paaie deur ’n provinsiale owerheid¹² – die grond “in beslag geneem” (“encroached upon”) sou dan, volgens bovermelde reëls, alleen die werklike oppervlakte van die grond, deur die padreserwe beslaan, insluit en nie verdere verliese aan waarde van bv die omringende grond nie. Ander beperkings op eiendomsontwikkeling vind mens waar ’n provinsiale owerheid bv die ontwikkeling van grond deur oprigting van geboue daarop kan beperk kragtens die Wet op Adverteer Langs en Toebou van Paaie 21 van 1940 sodra die betrokke openbare pad as ’n “boubeperkingspad” ge-proklameer is. Dit kan tot gevolg hê dat, kragtens a 9 van daardie wet, bouwerk binne ’n afstand van 95 meter vanaf die middellyn van die pad verbied word terwyl daar kragtens a 9A op grond binne ’n straal van 500

⁸1936 AD 359 367.

⁹1902 AC 213 (PC).

¹⁰Vgl ook die soortgelyke beginsel deur wn r Williamson in *Fenn v Pretoria Stadsraad* 1949 1 SA 332 (T) 342 gestel.

¹¹Vgl *In re John Freeman v Colonial Secretary Natal* 1889 (9) NLR 71 73; *Oosthuizen v SAR & H* 1928 W 52 62; en *Krause v SAS & H* 1948 4 SA 554 (O) 562.

¹²Vgl a 5 van Ordonnansie 22 van 1957 (T) gelees met a 92, 95 en 97 met betrekking tot vergoeding vir die neem van grond wat daardeur “in beslag geneem word”.

meter vanaf die kruising van die middellyn van 'n boubeperkingspad met die middellyn van enige ander boubeperkingspad, of enige ander pad behalwe 'n nasionale pad soos omskryf in Wet 54 van 1971, geen bouwerk operig mag word nie. Benewens die Wet op Toebou van Paaie kan die eienaar van plaasgrond buitendien nie sy grond onderverdeel of gebruik op 'n wyse wat sou lei tot 'n werklike of denkbeeldige onderverdeling nie, tensy hy toestemming daartoe verkry het of 'n dorp daarop gestig het.¹³ Die wette en ordonnansies wat die vrye genot en ontwikkeling van 'n eienaar se grond beperk en aan bande lê, is legio; dit is onmoontlik om hulle almal binne die bestek hiervan te bespreek.

Maar indien daar geen besondere beperking op hom gelê word nie en tensy hy in die proses van bv dorpsontwikkeling noodwendig sekere laste op sy eiendom moet aanvaar, is die eienaar nogtans geregtig om sy eiendomsreg ten volle uit te oefen al sou sekere instansies meen dat hulle 'n soort "openbare plig" – nie gerugsteun deur wetgewing nie – het om "ontwikkeling te beheer". Dis hier waar die angel geleë is, naamlik ongemagtigde en ongeoorloofde inbreuk deur persone en instansies wat die eienaar se eiendomsreg wil inkort of ten minste vir 'n onbepaalde tyd of, sover ons kan sien, vir ewig wil "bevries". Ons kry daarmee te doen by plaaslike besture wat 'n vooruitbeplanning van bv 'n paaienetwerk beoog, of by provinsiaalowerhede wat vervoerroetes vir die jaar 2000 in die vooruitsig stel. Hierdie instansies kondig eenvoudig hulle toekomsplanne aan en duisende gronde eienaars in die Republiek ly skade as gevolg van:

- 1 'n daling in markwaarde weens gerugte dat 'n bepaalde grondstuk eendag deur 'n paaiestelsel versnipper sal word; of
- 2 Die daadwerklike "bevriësing" van groot stukke grond, hangende die afhandeling van een of ander "meesterplan" wat nog deur die "beplanners" oorweeg word.

Intussen word alle ontwikkeling, insluitende dorpsaanleg of wysigende gebruiksbenuutting, opgeskort.

Hoe wettig is dusdanige optrede? Die vraag is nog nooit deur ons howe pertinent beslis nie. Daar is egter riglyne wat volg uit voormelde gesagsbronne en onses insiens is hulle die volgende:

Wat gevolg (1) hierbo betref, hang dit daarvan af of die betrokke owerheid wel uitdruklik of by duidelike afeiding gemagtig is (al sou dit slegs by wyse van "permissive authorization" wees) om paaie te beplan of vooruit te beplan. Sodra dié magtiging wel bestaan, is die eienaar eintlik sonder enige regsmiddel tensy die betrokke owerheid *nalatig optree by die uitoefening van sy magtiging* of *tensy by buite sy magtignig optree* (onderworpe aan die voorbehoude gestel in die sake van *Brink* en *Feun* hierbo). Met ander woorde, die owerheid moet binne die perke van sy magtiging en in die openbare belang optree. So sou 'n willekeurige aankondiging van 'n "nuwe paaiestelsel" wat

¹³Vgl in hierdie verband a 3 van Wet 70 van 1970 met betrekking tot onderverdeling van landbougrond en ook a 85 van Ordonnansie 25 van 1965 (Transvaalse Dorpe-ordonnansie) gelees met die omskrywing van 'n "dorp" in a 1(iii).

nog nie eers behoorlik beplan is nie na ons mening tog vatbaar wees vir 'n eis om skadevergoeding. *Bekendstelling van 'n gemagtigde, beplande paaienetwerk is 'n ongelukkige aangeleentheid vir die betrokkenes maar tog nie vatbaar vir 'n skadevergoedingsgeding nie. Daarteenoor is ongemagtigde beplanning of die aankondiging van 'n ondeurdagte verbeeldingsvlug van beplanners wel vir so 'n geding vatbaar.* Laasgenoemde sou òf op 'n ongemagtigde aantasting òf op die nalatige uitvoering van 'n gemagtigde aantasting neerkom. En "nalatigheid" sou hier die aankondiging van 'n skema insluit wat nie redelikerwys uitvoerbaar is nie of ten opsigte waarvan nie redelike voorsorgmaatreëls teen onnodige beskadiging getref is nie.¹⁴ Wat 'n eis om skadevergoeding weens nalatige stellings betref, erken ons reg reeds lankal so 'n eis, veral waar daar wel 'n sorgingsplig teenoor derdes bestaan het en gevolgskaide wel voorsien behoort te gewees het. Ons is dus oortuig dat beplanningsowerhede wat bv 'n vooruitbeplande paaienetwerk aankondig, sorg sal moet dra dat persone wat daardeur getref kan word nie onnodig skade sal ly weens òf 'n ongemagtigde beplanningskema òf 'n verbeeldingryke, maar onuitvoerbare, beplanningsfrats nie.¹⁵

Wat die tweede gevolg naamlik "bevriësing", betref is daar onses in-siens min twyfel dat geen owerheid sodanige magte kan hê bloot uit hoofde van 'n *algemene beplanningsbevoegdheid* nie. Tensy die betrokke wet of ordonnansie enige sodanige "bevriësing" veroorloof, neem die betrokke owerheid in die praktyk eenvoudig 'n kolossale kans deur die bedroë eienaar met sy magsposisie te beïndruk! Daar is baie voorbeelde van wette wat wel ontwikkeling kan opskort; 'n mens dink veral aan wette soos die Groepsgebiedewet en die Gemeenskapsontwikkelingswet. Dan is daar voorbeelde van beperking op ontwikkeling soos kragtens Wet 21 van 1940 (hierbo handel). Wat dorpsontwikkeling betref, is daar ook die praktiese oorweging van stigtingsvoorwaardes wat 'n administrateur kan oplê ten aansien van nuwe vervoerstelsels wat onder andere nuwe paaie of verbreding van bestaande paaie kan insluit. Dit is beperkings wat 'n administrateur by die uitoefening van sy diskresionêre magte *mag* oplê waar hy dorpe-aansoeke oorweeg en goedkeur.¹⁶ Ander instansies, soos die provinsiale paaie-departemente, kan ook hulle aanbevelings maak, bv kragtens artikel 58(9) van Ordonnansie 25 van 1965 (T), en hierdie aanbevelings kan ingelyf word by die dorp se stigtingsvoorwaardes wat die betrokke administrateur oplê en wat die aansoekdoener om dorpsstigting kan aanvaar indien hy volhard met sy aansoek.¹⁷ Maar behoudens hierdie besondere deur die wet veroorloofde ingrepe kan ons nie begryp hoe daar in die algemeen gesteun kan word op die geliefkoosde, maar mank, stelling: "Hou jou ontwikkeling terug totdat ons beplanners oor die netwerk vir die jaar 2001 besin het" nie. So 'n houding is geheel en al onaantwoordelik, buite enige erkende regsbeginsel en, sover dit ons bekend is, buite die omvang van enige beplanningswetgewing. Dit is verbasend dat die probleem, wat daagliks ontstaan, nog nie ons howe

¹⁴Vgl *Johannesburg City Council v Vucinovich* 1940 AD 365 387.

¹⁵Vgl *Perlman v Zoutendyk* 1934 CPD 151; *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 474-81; en die Engelse gewese *Hedley Byrne & Co v Heller* 1963 (2) All ER 575 613-8 asook 1964 AC 465 534-540.

¹⁶Vgl a 61 62 65 en 69 van Ordonnansie 25 van 1965 (T).

¹⁷*Kyk Breet's Estate v Peri-Urban Areas Health Board* 1955 3 SA 523 (A) 529F-531E.

bereik het nie. Is dit miskien weens die feit dat ontwikkelaars liewers langs die weg van onderhandelings ('n soort *détente de terre*?) optree en nie die owerhede in die harnas wil ja nie? Intussen word die vèrgesigte en werklike regte en voorregte van grondeienaars wat só duidelik deur ons Romeins-Hollandse skrywers hierbo genoem, uiteengesit word, deur burokratiese owerhede onder 'n skaduwee geplaas. Die fundamentele beginsel van 'n eie ontwikkelings- en beskikkingsreg oor eiendom wat ook in ons gewysdes opgeneem is,¹⁸ word steeds onder die dekmantel van 'n "administratiewe" magtiging (of kwasi-magtiging?) versmoor. □

BUTTERWORTH-PRYS

Dit doen die redaksie genoë om aan te kondig dat die Butterworth-prys vir die beste eersteling hydrae van 1976 toegeken is aan:

D S P CRONJÉ

(Senior lektor aan die Universiteit van Suid-Afrika)

Die Butterworth-prys – regsboeke ter waarde van R60 – word deur die uitgewers beskikbaar gestel aan die outeur wat in die bepaalde kalenderjaar die beste artikel vir publikasie in die Tydskrif aan die redakteur stuur.

Die artikel moet die eersteling wees wat die skrywer vir publikasie en 'n regs wetenskaplike tydskrif aanbied. Dit moet by voorker oor 'n onderwerp van die Suid-Afrikaanse reg handel. Die manuskrip moet getek en in alle opsigte persklaar wees. Die redaksie-komitee behartig die beoordeling aan die einde van die kalenderjaar. Die redaksie-komitee bebou hom die vryheid voor om die prys nie toe te ken nie indien die artikels wat ontvang is, na sy mening toekenning nie regverdig nie. Verskeie hydraes van 'n besondere outeur kan gesamentlik in aanmerking geneem word.

¹⁸Vgl *Johannesburg Municipality v Rand Township's Registrar* 1910 TS 1314 1319: "Dominium is the unrestricted and exclusive control which a person has over a thing."

Nalatige wanvoorstelling as aksiegrond in die Suid-Afrikaanse reg

Susan Scott

Universiteit van Suid-Afrika

(vervolg)*

II SUID-AFRIKAANSE POSITIEWE REG

Die meerderheid skrywers oor nalatige wanvoorstelling is van mening dat daar in beginsel aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling behoort te wees en dat die huiwering wat daar by die howe is om sodanige aanspreeklikheid te erken, aan 'n vrees vir 'n te wye aanspreeklikheid toe te skryf is. Hier is die invloed van die Engelse en Amerikaanse reg baie duidelik te bespeur.

Aangesien daar soveel uiteenlopende teorieë en onduidelikhede oor die vereistes vir die bestaan van aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling is, sal daar gepoog word om die beslissings hieroor noukeurig te ontleed ten einde sekere riglyne daaruit te haal.

McKerron⁷⁸ stel dit so:

“Whether one says that liability depends upon the existence or non-existence of a duty or upon the invasion or non-invasion of a right, in neither case can the answer to the problem be solved solely by logic. The answer can only be reached by balancing the social interests in order to ascertain how far the defendant's duty and the plaintiff's right may justly and expediently be extended.”

Ook Schwietering⁷⁹ is van mening dat ons howe die leiding moet neem:

“Nou is 'n hof dikwels geroepe om in 'n geval *primae impressionis* te beslis of die bepaalde belang van die eiser wat aangetas is, beskerm moet word teen die bepaalde inbreukmakende handeling wat die verweerder verrig het. Wat van 'n hof in so 'n geval verwag word, is per slot van rekening 'n judisiële wetgewingsdaad.”

In vroeëre beslissings waar daar moontlik sprake kon wees van aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling, is dit nie aangevoer nie en is die gevalle beslis in ooreenstemming met die beginsels wat van toepassing is by 'n aksie weens bedrog.⁸⁰ Die rede was dat die howe deur die Engelse reg beïnvloed is.⁸¹

Die eerste van 'n reeks beslissings waarin die howe 'n ander houding

*Sien 1976 *THRHR* 347.

⁷⁸“Liability for negligent statements” 1954 *SALJ* 316–321 316.

⁷⁹“Vonnisbespreking” 1957 *THRHR* 56–61 56.

⁸⁰*Tait v Wicht* 7 SC 158; *African Banking Corporation v Louis Goldblad* 1897 OR 402; *Dickson & Co v Levy* 11 SC 33; *De Kock v Gafney* 1914 CPD 377.

⁸¹*Derry v Peek* supra.

begin inneem het, is *Van Zyl v African Theatres*.⁸² In hierdie beslissing maak regter Watermeyer melding van moontlike aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling.

Die eiser in die onderhawige beslissing baseer sy eis op sekere dicta in *Fichardt Ltd v The Friend Newspapers Ltd*⁸³ waar beslis is dat 'n aksie in sekere omstandighede beskikbaar is vir valse voorstellings, wat nie per se lasterlik is nie maar skade tot gevolg het. Die onreg word as 'n iniuria en die aksie as die actio iniuriarum bestempel. Regter Watermeyer betwyfel die korrektheid van so 'n standpunt maar voeg by dat dit as korrek aanvaar is deur die appèlhof.⁸⁴

Hy verduidelik voorts die betekenis van iniuria en is van mening dat dit hier nie gebruik word in die sin van contumelia nie maar as antoniem van jus – dus in stryd met die reg – onregmatig.

Die Romeins-Hollandse reg het 'n verandering in die posisie soos dit in die Romeinse reg was, gebring:

“So that according to Voet even in the case of an iniuria (in the sense of contumelia) the actio iniuriarum was not the proper form of action to recover actual loss, but an action based on the lex Aquilia.”⁸⁵

Om bogenoemde redes verwerp regter Watermeyer die beslissing in die *Fichardt*-saak omdat dit in stryd is met Voet en die beslissing in *Matthews v Young*.⁸⁶

In die betrokke beslissing kon regter Watermeyer nie verder op die “form of action” ingaan nie, aangesien die hof *a quo* reeds twee vereistes gestel het wat teenwoordig moet wees voordat die aksie toegestaan sal word, te wete, *animus injuriandi* en skade.⁸⁷

In hierdie stadium maak die regter die uitlating wat dui op moontlike aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling:

“In spite however of the general acceptance of these requisites as necessary to found an action, there is a good deal to be said in favour of liability for *negligent* statements which cause damage, and for being able to recover damages on a wider basis than the accepted one.”⁸⁸

Hierdie uitlating van regter Watermeyer kan as 'n obiter dictum beskou word en dra niks by tot die vraag na aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling nie. Dit is duidelik dat die regter ten gunste is van aanspreeklikheid maar hy dui nie die grondslag vir sodanige aanspreeklikheid aan nie. Uit die regter se verwysings na die *Fichardt*-saak kan 'n mens miskien

⁸²1930 CPD 61.

⁸³1916 AD 1.

⁸⁴*Goodall v Hoogendoorn* 1926 AD 16.

⁸⁵65.

⁸⁶McKerron “Liability for non-defamatory statements” 1930 *SALJ* 359-373.

⁸⁷65.

⁸⁸66.

aflei dat die *lex Aquilia* die grondslag vir aanspreeklikheid behoort te vorm.

Wat verder interessant is, is die volgende stelling van regter Watermeyer:

“This is not an action in which the plaintiff sues to establish a right, nor in the form in which it has been brought is it an action to recover damages for contumelia (the *actio iniuriarum* properly so called): the plaintiff must therefore prove actual loss.”⁸⁹

Die bevinding van die regter is dat die aksie nie moet slaag nie omdat eiser nòg *animus iniuriandi* nòg skade bewys het.⁹⁰ Die vraag ontstaan of ons nou hier met ’n eiesoortige *actio legis Aquiliae* te doen het waarvoor *animus iniuriandi* vereis word.

In *Pearlman v Zoutendyk*⁹¹ kry regter Watermeyer geleentheid om weer oor hierdie vorm van aanspreeklikheid te besin. Met verwysing na die Engelse reg kom regter Watermeyer tot die gevolgtrekking dat die Romeins-Hollandse reg van die Engelse reg afwyk by die vasstelling van die “duty of care”.⁹² Na ’n kort bespreking van die omstandighede wat in die Engelse reg aanleiding tot die bestaan van ’n “duty of care” sal gee, sê hy:

“In Roman Dutch Law the duty arises whenever the defendant whose act is complained of should reasonably have foreseen the probability of harm being caused by his act to another person, except, perhaps, in those cases in which the act complained of can be said to be justified or excused.”⁹³

Omstandighede sal van geval tot geval bepaal of sodanige “duty of care” bestaan of nie. Die posisie soos in *Cape Town Municipality v Paine*⁹⁴ uiteengesit, word as korrek aanvaar en as ’n mens dit op die onderhawige feite toepas, is die vraag:

“whether as a reasonable man he should have foreseen the likelihood of harm being caused to someone in the position of the plaintiff”.⁹⁵

Regter Watermeyer is duidelik oortuig dat ’n aksie op grond van nalatige wanvoorstelling toegestaan behoort te word. Dit lyk of hy dit wil tuisbring onder die *lex Aquilia*. Oor die vraag na onregmatigheid pas hy die “duty of care”-toets toe. Die uitspraak dra nie veel by tot die ontwikkeling op hierdie gebied nie, behalwe in die opsig dat die regter aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling goedkeur en dat hy beklemtoon dat ’n mens in gedagte moet hou wat die onderliggende gedagte is by aanspreeklikheid op grond van nalatigheid:

“The liability for negligence, whether you style it such or treat it as in other systems as a species of culpa, is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay. But acts or omissions which any moral code would censure cannot in a practical world be so treated as to give a right

⁸⁹68.

⁹⁰69.

⁹¹1934 CPD 151; Behrmann “*Pearlman v Zoutendyk*” 1941 *SALJ* 25–34.

⁹²157.

⁹³158.

⁹⁴1923 AD 207 216.

⁹⁵161.

to every person injured by them to demand relief. In this way rules of law arise which limit the range of complaints and the extent of their remedy."⁹⁶

Die voorafgaande uitlatinge is gemaak in verband met 'n eksepsie teen die eiser se eis. Die eksepsie is van die hand gewys. Daarna het die hele aangeleentheid weer voor regter Watermeyer⁹⁷ geding en het hy beslis dat 'n aksie op grond van nalatige wanvoorstelling beskikbaar behoort te wees maar dat die aksie in hierdie geval nie kan slaag nie omdat oorsaaklikheid ontbreek en dat bydraende nalatigheid aanspreeklikheid in elk geval uit-skakel.

In *Fichardts Motors (Prop) Ltd v Nienaber*⁹⁸ aanvaar regter-president Krause die beginsels soos uiteengesit in *Perlman v Zoutendyk*, met verwysing na McKerron se bespreking daarvan.⁹⁹ Die aksie word nie toegestaan nie vanweë die ontbreking van kousaliteit.

Regter Barry word in *Alliance Building Society v Deretitch*¹⁰⁰ voor die vraag gestel of die eiser geregtig is op skadevergoeding vanweë die feit dat die verweerder voorgegee het dat hy die eienaar van 'n perseel was en as sodanig eiser se huurders kennis gegee het om die huurperseel te verlaat. Die verweerder neem eksepsie op grond daarvan dat die eis geen skuldoor-saak openbaar nie en die hof a quo verwerp die eksepsie. Hierteen word geappelleer en die appèl slaag. Dit blyk uit die uitspraak dat die regter in beginsel nie teen die verlening van sodanige aksie is nie – die vraag wat wel probleme oplewer, is wanneer bestaan daar 'n "duty of care".

Die regter lê veral klem op die gevalle waar die besondere omstandig-hede van 'n geval so 'n plig oplê. Hy bevind dat dit nie vir hom nodig is om te besluit of regter Watermeyer te ver gegaan het om in *Perlman v Zoutendyk* die bestaan van 'n "duty of care" te konstrueer nie, aangesien die eiser in die *Perlman*-saak op die voorstelling gereageer het, terwyl die *Deretitch*-saak daarvan onderskei kan word omdat dit nie die eiser was wat op die wan-voorstelling gereageer het nie maar die huurders.

Die vereiste wat telkens probleme oplewer is die "duty of care". Regter Barry stel 'n bykomstige vereiste en dit is dat die eiser die persoon moet wees wat op grond van die wanvoorstelling tot sy nadeel gehandel het.¹⁰¹

In *Western Alarm System (Pty) Ltd v Coini & Co*¹⁰² stel regter Jones dit soos volg:

"Negligence, short of fraud, is in the circumstances of this case sufficient to impose liability on defendant company. For the negligent statement made was intended to be acted upon, was acted upon and being so acted upon occasioned pecuniary loss

⁹⁶160.

⁹⁷1934 CPD 328.

⁹⁸1936 OPD 221.

⁹⁹225.

¹⁰⁰1941 TPD 203.

¹⁰¹216. "The present case is clearly distinguishable because the plaintiff did not act on any statement, it was the tenants who acted on the defendant's statement, and as a result of the tenant's action the plaintiff suffered pecuniary loss".

¹⁰²1944 CPD 271; Honoré supra 1964-65 JSPTL 297 bespreek die toepassing van hierdie feitstel op die beginsels soos neergelê in *Hedley Byrne*.

to the plaintiff, and defendant company was under a duty to observe that degree of care which a reasonable man would have observed. I say was "under a duty"; because of the contractual relationship existing between plaintiff and defendant company, and the fact that the misstatement was made to the plaintiff in relation to a matter arising out of the contract and intimately associated with its fulfilment, which was to provide and keep in good working order an alarm system in plaintiff's premises."¹⁰³

Regter Jones weier om hom uit te laat oor die vraag of die beslissing in *Perlman v Zoutendyk* korrek was al dan nie. Hy stel die verdere vereiste dat daar 'n "special relationship" tussen eiser en verweerder moet bestaan.

Price het in 'n interessante reeks artikels ¹⁰⁴ bogenoemde beslissings ontleed en tot die gevolgtrekking gekom dat die *lex Aquilia* in al hierdie gevalle toepassing kan vind.

Die volgende beslissing oor nalatige wanvoorstelling het menige skrywer aan die skryf gesit.¹⁰⁵ Price het selfs so ver gegaan om die volgende uitlating daaroor te maak:

"As a precedent of any value, this case must be said to fail. It establishes nothing."

Hierdie pessimisme van Price kan egter nie gedeel word nie.

In *Herschel v Mrupe*¹⁰⁶ kry die appèlhof die geleentheid om nalatige wanvoorstelling grondig te ondersoek en sekerheid daar te stel. Appèlregters Schreiner, Van den Heever, Hoexter en Fagan wys almal om verskillende redes die eis van die hand. Appèlregter Centlivres lewer 'n afwykende uitspraak. Dit is nodig om elkeen van hierdie regters se uitsprake noukeurig te ondersoek ten einde tot 'n gevolgtrekking te geraak.

Die feite van die beslissing is kortliks die volgende: Die respondent het op nalatige wyse onjuiste inligting in verband met die naam van die versekeringsmaatskappy by wie haar motor verseker was, verstrek. Die appèllant maak 'n geding aanhangig teen die verkeerde versekeringsmaatskappy en verspil sodoende koste. Vir hierdie verspilte koste word respondent nou op grond van nalatige wanvoorstelling aangespreek.

Die landdros voor wie die aksie in eerste instansie dien, handhaaf die eis. By appèl na die Transvaalse provinsiale afdeling word die landdros se uitspraak omvergewerp en vervang deur een van absolusie van die instansie.

Regter Centlivres is van mening dat die aksie toegestaan behoort te word en keur die beslissing in *Perlman v Zoutendyk* goed. Die regter aanvaar die "duty of care"-vereiste soos uiteengesit deur hoofregter Innes in *Union*

¹⁰³276.

¹⁰⁴"Aquilian liability for negligent statements" 1950 *SALJ* 138-148, 257-264, 411-418; 1951 78-88.

¹⁰⁵Price "Negligent Misrepresentation Again" *SALR* 1955 154-156; Schwietering 1957 *THRHR*; De Villiers "Nalatige wanvoorstelling: 'n Kentering" 1958 *THRHR* 277-285; McKerron 1954 *SALJ*; Mulligan "*Quod Judices, Tot Sententiae: Herschel v Mrupe*" 1954 *SALJ* 321-323.

¹⁰⁶1954 3 SA 464 (A).

Government v National Bank of South Africa.¹⁰⁷ Regter Centlivres meen dat hierdie aksie nie beperk moet word nie

“to those cases where negligent statements are made to persons who hold themselves out to the public as being proficient in their professions eg sworn appraisers, actuaries, accountants and surveyors”.¹⁰⁸

Die enigste beperkende faktor wat regter Centlivres noem is die vereiste dat die verweerder moes gewest het dat die eiser op die inligting sou reageer.

Regter Schreiner benader die probleem uit die oogpunt van aanspreeklikheid op grond van nalatigheid.¹⁰⁹ Dit berus op

“the failure to observe the degree of care that a reasonable man would have observed”.¹¹⁰

Met verwysing na ’n reeks Suid-Afrikaanse beslissings verduidelik hy die twee kante van die toets.¹¹¹

Die regter is van mening dat waar een persoon skade gely het as gevolg van die nalatige optrede van ’n ander daar aanspreeklikheid is, behalwe as daar spesiale verwerre aanwesig is. Dit is die algemene beginsels vir aanspreeklikheid op grond van nalatigheid, maar tog is daar ’n huiwering by die regter om hierdie beginsels by nalatige wanvoorstelling, hetsy deur woorde of deur skrif, toe te pas.¹¹²

Sodanige aanspreeklikheid sal onnodig inbreuk maak op ander gebiede van die reg soos laster, bedrog en “injurious falsehood”. Regter Schreiner is ook sterk gekant teen die houding dat aanspreeklikheid vir nalatige wanvoorstelling onder die *lex Aquilia* tuisgebring kan word.¹¹³ Die regter maak ’n paar veronderstellings waardeur hy aanspreeklikheid daar wil stel:

“I shall assume, what seems, provisionally, to be reasonable, that there are cases in which such an action lies. I shall also assume that financial or pecuniary loss, as opposed to damage flowing from physical injury to person or property, may in a proper case be recovered. What has to be decided is whether the present is a case in which on the above assumptions the plaintiff was entitled to recover the amount of her attorney and client costs.”¹¹⁴

Regter Schreiner is van mening dat daar sekere beperkende faktore behoort te wees ten einde te verhoed dat onbeperkte aanspreeklikheid tot belaglike resultate sal lei.¹¹⁵ Die regter vind sodanige beperkinge in die beslissing van regter Andrews in *International Products Company v Erie Railway Company*.¹¹⁶ Die eis slaag nie vanweë die feit dat daar geen nalatigheid aan die kant van die respondent was nie.

¹⁰⁷1921 AD 121 128.

¹⁰⁸472A.

¹⁰⁹474G.

¹¹⁰Lord Atkin in *Donoghue v Stevenson* 1932 AC 562 580.

¹¹¹475B.

¹¹²477H.

¹¹³478G.

¹¹⁴478H.

¹¹⁵479E.

¹¹⁶56 ALR 1377 1381. Hierdie vereistes word in die gevolgtrekking bespreek.

'n Mens ondervind probleme om regter Schreiner se uitspraak te interpreteer. Dit lyk asof hy gekant is teen aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling ingevolge die *lex Aquilia*, maar hy maak dan tog die veronderstellings en op grond daarvan bevind hy dat daar geen aanspreeklikheid is nie. Dit is nie duidelik waarom die regter met die veronderstellings werk nie.

Appèlregter Van den Heever aanvaar hoofregter Innes se uiteensetting van die vereistes vir aanspreeklikheid op grond van nalatigheid in *Cape Town Municipality v Paine* maar hy beklemtoon die feit dat die "injure" waarna regter Innes verwys betrekking het op die iniuria-vereiste.¹¹⁷ Die "duty of care" is 'n toets vir nalatigheid maar daarnaas is ook nog die vereiste van onregmatigheid.

"It seems to me that some confusion has crept in because the word 'negligence' has acquired two distinct meanings. It is sometimes used to stigmatise conduct and to denote the shortfall in the requisite standard of care accompanying the conduct in question."¹¹⁸

Regter Van den Heever verklaar voorts dat die aanspreeklikheid vir nalatigheid op die *lex Aquilia* gebaseer is en dat onregmatigheid nog steeds 'n afsonderlike vereiste is.¹¹⁹ Dit is moeilik om te verstaan wat die regter onder onregmatigheid verstaan. Hy verduidelik dit soos volg:

"After all, law in a community is a means of effecting a compromise between conflicting interests and it seems to me that according to the principles of Roman-Dutch law the Aquilian action in respect of *damnum injuria datum* can be instituted by a plaintiff against a defendant only if the latter has made an invasion of rights recognised by the law as pertaining to the plaintiff; apart from that, loss lies where it falls."¹²⁰

Wat regter Van den Heever met die begrip "regte" bedoel bly onduidelik, veral as die volgende uitlating in ag geneem word.

"By driving a motor car in the street, I exercise equal rights with all other users of the road; but if I do so negligently and dangerously, I invade the rights of other users by curtailing their equal rights."¹²¹

Uit sekere dicta¹²² blyk dit ook dat 'n andersins regmatige handeling deur die aanwesigheid van opset of nalatigheid onregmatig word. Regter van den Heever se benadering werp, met respek, geen verdere lig op die hele aangeleentheid nie. Al wat duidelik uit die regter se uitspraak blyk, is dat onregmatigheid vir hom nie geleë is in die skending van 'n subjektiewe reg soos van der Merwe en Olivier probeer aantoon nie.¹²³

Hy wys die eis van die hand omdat verweerder se optrede nie onregmatig was nie:

"Where there was no right to receive correct information, there was none to be infringed."¹²⁴

¹¹⁷484G.

¹¹⁸485D.

¹¹⁹487B.

¹²⁰490A.

¹²¹490C.

¹²²488B; 490B en C.

¹²³Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1970) 53 n 47.

¹²⁴491D.

Appèlregter Hoexter gaan van die standpunt uit dat die uitlating van hoofregter Innes in die *Paine*-saak 'n korrekte uiteensetting van die beginsels van ons reg insake nalatigheid is.¹²⁵ Die gevaar wat daar was is nie geskep deur die verweerderes nie, maar deur die eiseres self en daarom is die onderhawige beslissing te onderskei van *Perlman v Zoutendyk*.¹²⁶ Regter Hoexter kritiseer ook die uitlating van regter Van den Heever oor die betekenis van die woord "injury" en is van mening dat die woord injuria in die uitdrukking *damnum injuria datum*, sowel *dolus* as *culpa* insluit, terwyl die hoofregter se uitlating *dolus* uitdruklik uitsluit en slegs op nalatigheid van toepassing is. Hy wys die aksie van die hand vanweë die ontbreking van nalatigheid.¹²⁷

Appèlregter Fagan aanvaar die beginsels soos uiteengesit in *Perlman v Zoutendyk* en deur hoofregter Innes in die *Paine*-saak. Volgens die regter is die vereiste van redelikheid voldoende om 'n te wye aanspreeklikheid te beperk.¹²⁸ Hy wys dan die eis van die hand vanweë die afwesigheid van nalatigheid aan die kant van die verweerderes.¹²⁹

Hierdie beslissing het dan ook van verskeie skrywers kritiek uitgelok.¹³⁰ In beginsel lyk dit nie of die regters enige besware het teen die toestaan van 'n deliktuele aksie op grond van nalatige wanvoorstelling nie. Appèlregter Van den Heever is die enigste regter wat spesifiek ingaan op die vraag of sodanige optrede onregmatig is, al dan nie. Hy bevind dat die optrede nie onregmatig was nie omdat die eiseres nie 'n reg gehad het dat die korrekte inligting aan haar verskaf word nie. Die ander regters aanvaar skynbaar dat sodanige optrede wel onregmatig is en toets verder vir nalatigheid. Dit is moeilik om uit regter Van den Heever se uitspraak enigiets af te lei, behalwe dat hy die enigste regter is wat ingaan op die vraag oor die reg wat geskend word en dan bevind dat daar in ons reg nie 'n reg op die integriteit van die voorstellingslewe bestaan nie. Ons hoef dus nie na die grense van hierdie reg te gaan soek nie.

Die regters wat bereid is om aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling te aanvaar, gaan nie in op die vraag na die reg wat geskend word nie, maar aanvaar klaarblyklik dat dit 'n "injury to person or property" is. Slegs regter Schreiner wys daarop dat dit suiwer ekonomiese verlies is wat in sulke gevalle onder gepaste omstandighede verhaalbaar is.¹³¹

In *Currie Motors (Pretoria) Pty Ltd v Motor Union Insurance Co Ltd*¹³² aanvaar regter Bresler die beginsels soos uiteengesit in *Perlman v Zoutendyk* en goedgekeur in *Herschel v Mrupe*. Regter Bresler maak die opmerking dat dit duidelik is dat die eiser in die onderhawige geval wel 'n belang by die saak het¹³³ en dat die vraag na die inbreukmaking op die regte van 'n ander

¹²⁵491E.

¹²⁶492E.

¹²⁷493E.

¹²⁸494G.

¹²⁹497H.

¹³⁰supra.

¹³¹478H.

¹³²1961 3 SA 872 (T).

¹³³876F.

telkens na gelang van die omstandighede van elke geval beoordeel moet word.¹³⁴

In *Hamman v Moolman*¹³⁵ lewer appèlregter Wessels, met respek, 'n enigszins vreemde uitspraak. Die regter is van mening dat daar op die gebied van die kontraktereg genoegsame beskerming is vir die persoon wat benadeel is deur 'n ander se nalatige wanvoorstelling. Die aangewese manier waarop die benadeelde hom moet beskerm is deur 'n waarborg van sy teenparty te kry.¹³⁶ Die volgende uitlating van regter Wessels is om verskeie redes vatbaar vir kritiek:

“The practical difficulties involved in any general and unqualified extension of the principles of our law of negligence, as applied to negligent conduct causing injury to persons or property, to honest but carelessly made misrepresentations causing pecuniary loss are referred to in *Herschel v Mrupe* supra. 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 interests in the field of contract.”¹³⁷

In eerste instansie is dit duidelik uit die uitsprake van al die regters in *Herschel v Mrupe* dat hulle in beginsel ten gunste van sodanige aanspreeklikheid is. Hulle besef ook dat daar 'n beperking behoort te wees om 'n te wye aanspreeklikheid te verhoed en meld in hulle uitsprake sekere beperkende faktore. Daar kan met Hunt¹³⁸ saamgestem word:

“And if we are to give an action for damages for negligent misrepresentation in the circumstances envisaged by *Herschel v Mrupe* (supra) at 480, what grounds of policy justify us in making this arbitrary exception? We shall be saying in effect: so long as the representor realized that the represented had in mind some serious purpose *other than a contract with the representor* he may be liable in damages.”

Die regter noem ook nie “ills” wat uit sodanige aanspreeklikheid sal voortvloei nie.

Appèlregter Wessels gaan voort met die veronderstelling dat sodanige aanspreeklikheid wel bestaan.¹³⁹ Volgens die feite bevind hy dat daar geen nalatigheid aan die kant van die verweerders was nie.¹⁴⁰ Selfs die gewone vereistes wat vir aanspreeklikheid op grond van nalatige skadeveroorsteking bestaan, is dus genoegsaam om onbillike resultate teen te werk.

Regter Lewis beslis in *Murray v McLean*¹⁴¹ dat die reg wel in sekere omstandighede aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling erken. Hy aanvaar appèlregter Schreiner se uiteensetting van die faktore wat beperkend op die aanspreeklikheid kan inwerk. Verder aanvaar hy ook dat bydraende nalatigheid 'n beperkende faktor kan wees.¹⁴² Regter Lewis

¹³⁴876H.

¹³⁵1967 4 SA 340 (A).

¹³⁶348F.

¹³⁷348H.

¹³⁸“Damages for negligent misrepresentation inducing contract” 1968 *SALJ* 379 383.

¹³⁹349A.

¹⁴⁰349B.

¹⁴¹1969 4 SA 133 (R).

¹⁴²136A-F.

verklaar voorts dat daar twee vereistes vir aanspreeklikheid gestel word in *Herschel v Mrupe*:

“that the representee in the particular circumstances of the case has the right to rely on the information and that he is expected to use ordinary care and diligence in safeguarding his own interests.”¹⁴³

Op hierdie manier bring hy die uitspraak van regter Wessels in *Hamman v Moolman* (supra) in ooreenstemming met wat hy reeds gesê het. Die partye kan hulleself beskerm deur 'n waarborg in die kontrak te laat invoeg of waar die onderhandelings nie aanleiding gee tot 'n kontrak nie, op 'n soortgelyke wyse dmv 'n afsonderlike vrywaring.¹⁴⁴

In 'n verdere Rhodesiese beslissing word die beginsels en gesag wat deur regter Lewis aangehaal is as korrek aanvaar.¹⁴⁵

Die Rhodesiese appèlhof¹⁴⁶ aanvaar dat daar aanspreeklikheid bestaan vir die uiting van nalatige woorde wat nadeel tot gevolg het. As gesag vir hierdie stelling word *Herschel v Mrupe* aangehaal.

In 'n onlangse beslissing¹⁴⁷ aanvaar r Margo dat *Herschel v Mrupe* die moontlikheid van aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling daarstel en is hy ook duidelik ten gunste van sodanige aanspreeklikheid, maar ag hy hom gebonde aan die uitspraak in *Hamman v Moolman* en beslis hy dat deliktuele aanspreeklikheid nie volg wanneer sodanige wanvoorstelling aanleiding gee tot kontraksluiting nie.¹⁴⁸

(slot volg)

Enhancing the role of international law in international relations occurs not by moving toward a world state and eliminating state sovereignty, but as a result of developing and strengthening the basic principles and norms of prevailing international law, introducing new principles and norms therein aimed at the development of international cooperation and ensuring the peaceful coexistence of states on the basis of equality, respect for sovereignty, and noninterference in internal affairs.

Grigory Tunkin *Theory of International Law* 1974 243

¹⁴³138G.

¹⁴⁴139G.

¹⁴⁵*Scottish Rhodesian Finance Ltd v Taylor* 1972 3 SA 434 (R).

¹⁴⁶*Bristow v Lycett* 1971 1 SA 223 (RAD).

¹⁴⁷*Latham and Another v Sber and Another* 1974 4 SA 687 (W).

¹⁴⁸695H.

Supervening impossibility of performance and changed circumstances in German law

W A Ramsden QC

University of Durban-Westville

(conclusion)*

One of the earliest cases to invoke the concept of good faith was that of *SP Co v F Co*.¹⁰⁴ The facts of this case are that in 1912 the plaintiff let to the defendant a certain portion of its property in Berlin for business purposes for some three years, with a right of renewal for a further five years. The contract obliged the plaintiff to supply the defendant with steam for the purposes of his business at a rate which subsequently became totally uneconomic due to the sharp increase in the price of coal (which was used to produce the steam). The plaintiff brought action to have the price of the steam revised. He lost in the court of first instance (the *Landgericht*) but was successful on appeal. The appeal court (the *Reichsgericht*) began by pointing out that it had been decided in a number of decisions "that the judge cannot adjust relations between the parties in order to relieve the hardships of war", but went on to add that

"the first and highest task of the judge is to recognize in his decisions the imperative demands of life and in this connection to let himself be led by his experience. The statement [that contractual relationships could not be modified to relieve the hardships of war] of this Senate can, it is now the Senate's conviction, no longer be supported as a strict general proposition".

The recantation was given under the pressure of economic events in order to escape the strictness of the rules hitherto followed which would have resulted in palpable injustice in a case where both parties were insistent on continuing the contractual relationship.¹⁰⁵ The judge said:

"These conditions clearly require the intervention of the judge in existing contract relations when a situation would result which would contradict every command of justice and fairness and would be simply unbearable."

Although the decision primarily relied upon the requirement of good faith in the performance of contracts¹⁰⁶ it also relied on the extension of

*See 1976 *THRHR* 367.

¹⁰⁴*Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 21 Sept 1920 100 ERG (Z) 129.

¹⁰⁵Despite a refusal of relief on very similar facts less than three months before in *B v F Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 8 July 1920 99 ERG (Z) 258; Dawson op cit 185.

¹⁰⁶*BGB* s 242, see below.

impossibility of performance to include that which has become highly impractical in the business sense¹⁰⁷ and also the ancient and long-buried *clausula rebus sic stantibus*.¹⁰⁸ This has been explained as the result of the "diversity of theories offered by legal writers to meet the problem of changed conditions".¹⁰⁹

The court fixed the following limitations to the revision of the contract price:¹¹⁰

- (a) the parties must have continued in the contract relation voluntarily since the change of circumstances took place;¹¹¹
- (b) the fact that the change of circumstances was unforeseeable is not enough – the circumstances must be very exceptional;
- (c) "the loss must be fairly divided between both parties"; ie the interests of both must be taken into account.¹¹²

No large scale revision of contracts followed from this decision, the courts being reluctant, particularly in the case of short-term contracts, to disturb the economic consequences experienced by all German businessmen at that time.¹¹³ However, there were a number of decisions in which the courts were prepared to afford relief where performance would entail economic ruin for the debtor,¹¹⁴ following a line already taken by the *Reichsgericht* a few months earlier.¹¹⁵ This test was later extended so that it was no longer necessary to show that the performance in issue in the case would itself bring about the debtor's financial ruin. The court had to examine the debtor's entire financial position to see whether a performance of all his obligations affected by the change in circumstances would be ruinous.¹¹⁶

¹⁰⁷Which it labelled "economic impossibility", see n 30 above.

¹⁰⁸By which it probably meant the *Geschäftsgrundlage* doctrine.

¹⁰⁹Dawson *op cit* 186.

¹¹⁰To the supply of steam in this case.

¹¹¹Dawson *op cit* 186 queries "whether the lessee's acceptance of steam at the old contract rate amounted to consent to the new terms about to be imposed". It is submitted that all the court meant was a clear indication that both parties desired to continue the contractual relationship, see above.

¹¹²The judge said: "The correct attainment of this balance is a matter for the experience of the judge and for his discriminating evaluation of the situation of both parties." See above.

¹¹³Dawson *op cit* 101.

¹¹⁴See eg *B v F Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 8 July 1920 99 ERG (Z) 258 and *SF v St Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 22 Oct 1920 100 ERG (Z) 134 at 136-7 and also 166 ERG (Z) 49; Cohn *op cit* 23 who maintains that the latter "decision constitutes a notable change of front."

¹¹⁵*Reichsgericht* (VII *Zivilsenat*) 2 Dec 1919 98 ERG (Z) 18 at 21 – weight was attached to the allegation that performance of the contract in issue and other similar contracts would force defendant into insolvency. (Dawson *op cit* 184. See also 1919 *Juristische Wochenschrift* 673 and *B v F Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 8 July 1920 99 ERG (Z) 258 where the court indicated that it might allow relief "in cases where continued performance" could be "immediately ruinous" (Dawson *op cit* 185), but in neither of these cases was the element of "economic ruin" the real ground for the decision (Dawson *op cit* 188).

¹¹⁶98 ERG (Z) 134, the first of a number of decisions which are known as the "motor car cases" because the goods sold were cars whose prices had risen quite beyond all expectations. Nevertheless it could not be said that the seller was facing economic

It was argued, indeed, that for the doctrine of *Geschäftsgrundlage* to operate the debtor should be threatened with financial ruin¹¹⁷ but this was rejected in the case of *Marseiwerke v H*¹¹⁸ where the court stated that, although it would have been "quite decisive"¹¹⁹ if it could have been shown that performance would have resulted in the debtor's economic ruin, this was "not indispensable", as it "does not meet the idea that lies behind the *clausula rebus sic stantibus* doctrine". The court went on to point out that "the requirements of economic ruin leads to a difference in treatment depending upon a party's wealth" (and, it may be added, his foresight or conscientiousness).¹²⁰ It then proceeded to determine whether performance could in good faith be required.¹²¹

The test "seemed to offer a possible compromise between general rescission or revision of commercial contracts and strict enforcement" because it allowed the court to examine the whole financial situation of the defendant and to grant him relief in special cases of extreme hardship,¹²² but it only applied to executory contracts for the supply of goods or services and even here it confined relief within very narrow limits.¹²³ It was criticised by the court as being too liberal and constituting a threat to "the security of transactions"¹²⁴ or of not going far enough in providing relief in cases affected by the depreciation of money.¹²⁵ A change in economic conditions and the various criticisms advanced against the test gradually led to its abandonment.¹²⁶

ruin by performing any one of the contracts, although performance of all pending contracts would certainly entail that danger (Cohn op cit 18). Other "motor car cases" are 101 ERG (Z) 79 where the price rose to fifteen times the contract price and *Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 7 June 1921 102 ERG (Z) 272 where defendant stood to lose between 20 000 and 30 000 marks if forced to sell at the contract price of 27 030 marks (see Dawson op cit 189).

¹¹⁷Aubrey op cit 1179.

¹¹⁸*Reichsgericht* (II *Zivilsenat*) 29 Nov 1921 103 ERG (Z) 177.

¹¹⁹Doubt was even cast on this in *C v M Reichsgericht* (II *Zivilsenat*) 21 March 1916 88 ERG (Z) 172 at least in relation to wholesaling.

¹²⁰That it can also result in an unfair difference in treatment according to the party's degree of foresight or care was pointed out in *C v H Reichsgericht* (II *Zivilsenat*) 21 March 1916 88 ERG (Z) 172 where the court said: "This would, moreover, put a burden upon the buyer who had protected himself by contract, to the advantage of the seller, who had as to him taken the risk of the market and, to be sure, insofar as the danger was possibly foreseeable, took it over consciously. This cannot possibly be justified by relying upon good faith. Moreover, a conscientious seller, who bought supplies in a rising market to cover his sales would receive no benefit although a less conscientious seller, who waited until the market price had become exorbitant, would be completely freed of his obligations." And as Cohn points out (at 18): "It granted preference to those debtors whose business was built on shaky foundations."

¹²¹See below.

¹²²Dawson op cit 188.

¹²³*Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 7 June 1921 102 ERG (Z) 272.

¹²⁴*Reichsgericht* (I *Zivilsenat*) 8 Dec 1920 101 ERG (Z) 74.

¹²⁵*Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 16 Apr 1921, 102 ERG (Z) 98 supported by contemporary juristic writers, eg Oertmann himself (Dawson op cit 189).

¹²⁶The second senate (in *Reichsgericht* 29 Nov 1921 103 ERG (Z) 177) joined the first senate in rejecting the test, thereafter the third senate conceded (see 1923 *Juristische Wochenschrift* 753) that "economic ruin" was by no means indispensable for rescission; an unforeseeable rise in prices which made performance "essentially different" from that

In *Marseiwerke v H*,¹²⁷ as indicated, the court went on to examine “whether the performance could, in good faith (*Treu und Glauben*), considering commercial practices, have been expected”, stating that the

“*clausula rebus sic stantibus* doctrine is . . . justified by the reciprocal nature of bilateral contracts . . . In such a contract it must be assumed that the parties concluding the contract intended to enter into a fair contract . . ., one in which each side is ready to give the other a performance that this latter considers is a full equivalent for his own performance”.

The creditor “violates the requirement of good faith when he insists upon performance” where “the events so change values, especially the value of money, that the (debtor) would receive for his performance a counter performance that no longer comes near to containing the equivalent that the contract had contemplated”.

Sections 157 and 242 of the *BGB* provide that contracts may be supplemented in accordance with good faith.¹²⁸ Section 242 for example provides that the debtor is only bound to perform “in such manner as good faith (*Treu und Glauben*) between the parties requires, due regard being had to commercial usage”. Von Mehren¹²⁹ points out that literally interpreted the section “would seem to define ‘good faith’, to a considerable extent at least, by reference to ‘commercial practices’”. It seems to have been “synonymous with socially accepted standards of reasonableness and fair dealing”,¹³⁰ and the very vagueness of the notion naturally creates problems. As von Mehren¹³¹ points out:

“It is clear that debtors had not come universally to a voluntary revalorization of their debts. The supporters of revalorization tried to meet this difficulty by arguing that at least ‘respectable’ debtors did not try to take advantage of the depreciated currency to pay off debts.”

There were limits, however, to the courts’ right to interfere, for example the *Reichsgericht* consistently held that the application of sections 137 and 242 can never justify deviation from properly construed contractual terms.¹³² On the other hand, the application of the doctrine of good faith cannot be entirely excluded by agreement for such a rule would operate in favour of the commercially powerful who by reason of their bargaining power, would be able to force the less powerful to agree to such exclusion if it suited them and could themselves refuse to agree to such a term where it did not suit them.¹³³

contracted for, could by itself be sufficient. The test was finally abandoned by the seventh senate on 7 June 1924 (see 1924 *Juristische Wochenschrift* 1366). See also Dawson op cit 189–90. Cohn op cit 18.

¹²⁷op cit.

¹²⁸Smit op cit 298; Dawson op cit 177; *S v H Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 12 March 1918 92 RGZ. Section 157 which was often used in the later cases reads: “Contracts are to be interpreted in the manner required by good faith, commercial usage being taken into account.” And it was common to cite with it section 133 which reads: “In the interpretation of a declaration of intention the true intention is to be sought without strict adherence to the literal meaning of the language.”

¹²⁹744 n 93.

¹³⁰See n 120 above.

¹³¹744 n 93. This argument seems to derive from Best, see Dawson op cit 206 n 113.

¹³²q v 19.

¹³³Cohn op cit 23.

The provisions relating to good faith then modified the existing doctrines applicable, the *Geschäftsgrundlage* and supervening impossibility of performance. An example of its influence upon the latter can be found in the so-called "rape-seed case,"¹³⁴ a case in which the seller had undertaken to deliver a special kind of rape-seed grown only by him, but because of an extraordinary drought which occurred in 1911 a large part of his crop was lost so that there was insufficient to satisfy all purchasers. The court held that the purchasers formed a community of risk and consequently proportional distribution had to take place between them.

In applying the good faith provisions of the *BGB* the courts adopted the test of the "limit of sacrifice" (*Opfengrenze*)¹³⁵ which could be required of a debtor.¹³⁶ In most commercial relationships a greater or lesser risk of a change in prices or costs etc is taken into account by the contracting parties in the normal course of business, so that the "limit of sacrifice" would consequently lie at the outside edge of this normal field of risk. It is clear that each case has to be considered on its merits.

"On the one hand there are contracts entered into on the world market in trades where considerable fluctuations of price level are common and where each contract has therefore something of a speculative character; on the other hand there are contracts in trades where prices are normally stable and where there is no room for speculation."¹³⁷

There are also circumstances which are so far-reaching as to override almost any contract. As was stated in *Sp Co v F Co*:¹³⁸ "the plaintiff should perhaps have taken the consequences of a possible war into consideration", however,

"one cannot agree that the plaintiff, when the contract was concluded in 1912, should have considered in any way . . . the possibility of such a war with such an extent, such an outcome, and such effects, or could have taken such a war into consideration. No-one in Germany had, or could have had, any notion of such a thing; the events were beyond human prognostication".¹³⁹

Where the risk of currency changes was expressly assumed by a party the courts, of course, would not come to his assistance.¹⁴⁰ The same naturally held good where the assumption of risk was implied. The courts determined the area of risk assumed by taking into account –

- (a) the form of the contract; and
- (b) all other facts within the knowledge of the parties at the time of contracting.¹⁴¹

In examining the language used by the parties with a view to discovering

¹³⁴*Reichsgericht* 84 ERG (Z) 125; Cohn op cit 18.

¹³⁵Conceived by the jurist Beck (see Rohde op cit 154).

¹³⁶As e.g. in *Sp Co v F Co* supra. See Riegart op cit 86.

¹³⁷Rohde op cit 179.

¹³⁸*Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 21 Sept 1920 100 ERG (Z) 129.

¹³⁹See also Cohn op cit 18.

¹⁴⁰*Reichsgericht* 6 June 1921 102 ERG (Z) 238; *Reichsgericht* 9 Jan 1923 106 ERG (Z) 177; Dawson op cit 182 200 n 87.

¹⁴¹Dawson loc cit especially on the circumstances known to or anticipated by the parties.

their probable intent, the courts showed a strong inclination to release the debtor unless the continuance of the contract was clearly intended or it was clear that exceptional risks had been deliberately assumed.¹⁴²

The courts remained extremely reluctant to apply section 242 of the *BGB* for the purpose of redressing inequities arising out of war conditions,¹⁴³ especially where a party was in effect gambling on a fall in the market price, in which case they naturally felt he ought to bear the risk of a subsequent price rise,¹⁴⁴ such as in wholesale transactions¹⁴⁵ which it was held constituted a "special and peculiar field" because of their "speculative character"¹⁴⁶ and short-term contracts, particularly in the case of short-sellers of basic commodities.¹⁴⁷

Because a purely subjective test on point (b) would have "encouraged negligence and recklessness" the courts applied the more objective test of what change of conditions could be expected to have been foreseen by a reasonably prudent business man in the same position as the aggrieved party.¹⁴⁸ As Dawson¹⁴⁹ points out:

"As inflation progressed it became increasingly difficult to determine the degree of risk that should have been anticipated at any stage, especially when the matter was viewed in retrospect."

As we have seen in *Sp Co v F Co*¹⁵⁰ the possibility of the great war and its effects were held to be unforeseeable in 1912. It was also held that there was no reason why parties contracting in May 1918 should foresee the loss of the war, "the humiliating terms of the peace treaty and the consequent collapse of the currency".¹⁵¹ It was even held that even after publication of the peace

¹⁴²See e.g. *Reichsgericht* (II *Zivilsenat*) 22 Jan 1918 92 ERG (Z) 87; Dawson op cit 182.

¹⁴³Dawson op cit 180; see e.g. *S v B Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 14 May 1915 86 ERG (Z) 397, where the court said: "power is not conferred on the judge to re-adjust contracts for the purpose of alleviating the hardships of war" and *Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 22 Oct 1920 100 ERG (Z) 134, where the court said that to give "every seller who considers himself misled in his expectations by price changes . . . the privilege of withdrawing from his contract . . . would destroy the security of commercial relations"; see also Dawson op cit 187-8 and above.

¹⁴⁴E.g. the first senate in 1924 (*Reichsgericht*) 27 Oct 1924, 109 ERG (Z) 97 "returned to the notion that the purpose of revalorization was only to allow for depreciation of money and not to insulate the parties against the ordinary price changes through influences on the commodity side" op cit (Dawson 231 n 194), an almost impossible task; see also above n 134.

¹⁴⁵Dawson op cit 181 & 183; and see *Reichsgericht* (II *Zivilsenat*) 25 Feb 1919 95 ERG (Z) 41.

¹⁴⁶Dawson op cit 201 n 91; *Reichsgericht* 19 May 1920 99 ERG (Z) 115.

¹⁴⁷Dawson op cit 183 & 187; 1918 *Juristische Wochenschrift* 552 (reporting a decision of the sixth senate of 18 February 1918).

¹⁴⁸*Sp Co v F Co* supra 1921 *Juristische Wochenschrift* 1597; 1922 *Juristische Wochenschrift* 1723; 1923 *Juristische Wochenschrift* 983; Dawson *ibid*; see also Rohde op cit 167.

¹⁴⁹*ibid*.

¹⁵⁰op cit.

¹⁵¹1923 *Juristische Wochenschrift* 983.

terms in August 1919 the contracting parties could not have reasonably foreseen the depreciation of the mark.¹⁵²

Dawson says:¹⁵³

“By the summer of 1921, after the first great upward leap of prices, some further disaster could undoubtedly have been foreseen, and it could be said that any commercial contract executed with a fixed-price clause imposed the risk of further depreciation on the money creditor . . . But the depreciation which ultimately occurred was far beyond that anticipated, even as late as 1922. It was exceedingly difficult to determine by ordinary tests of risk-assumption how far a vendor of goods or services should be penalised for continued faith in national recovery.”

What in effect was happening was that money had lost its value as a yardstick¹⁵⁴ and what changes it would undergo could at the best only be very inaccurately guessed at by the parties. For this reason, the decisions of the period placed “increasing emphasis on the mathematical test of ‘equivalence’¹⁵⁵ and a corresponding abandonment of ‘foreseeability’”.¹⁵⁶

When deflation came in 1925, it posed similar problems in cases where the contract contemplated further inflation, such as a loan made towards the end of 1923, which carried interest at the rate of five hundred and seventy-five per cent per annum, obviously in an attempt to offset the further effects of inflation, which became an exorbitant rate after stabilization of the paper mark.¹⁵⁷

The result was that whilst some senates of the *Reichsgericht* were for a time willing to apply the “good faith” sections of the *BGB* to comparatively minor changes in the value of money, in the end all senates concurred in ignoring them.¹⁵⁸

It has been said that in English, American and French law, the law relating to changed conditions rests upon the basis of unforeseeability, whereas in Germany it rests upon the basis of good faith.¹⁵⁹ It will be seen from what has been said above that for at least a considerable time the test of good faith as applied in Germany to the execution of contracts affected by changed circumstances was itself dependent upon the yardstick of foreseeability.

¹⁵²*Reichsgericht* 26 Jan 1923 106 ERG (Z) 233. See also 1922 *Juristische Wochenschrift* 481; and cf 1922 *Juristische Wochenschrift* 1723. However, as inflation progressed it became common for parties to protect themselves by including “*Freileibend*” clauses in their contracts (Dawson op cit 187) or by making gold or price indices a measure of value in place of currency (Dawson op cit 224 n 177). The use of gold for this purpose was expressly outlawed by the legal tender legislation (more particularly by a *Bundesrat* decree of 28 Sept 1914) but that was later ignored by the courts (see below).

¹⁵³Dawson *ibid*.

¹⁵⁴The courts seem to have first begun to realise this in the *Pachinventar* cases of 1922 (see Dawson op cit 194-7 and 225) which led to an abandonment of the nominalistic view of money – an abandonment which was, however, short-lived (see Rodhe op cit 197).

¹⁵⁵See below.

¹⁵⁶1924 *Juristische Wochenschrift* 535 and 1138; Dawson op cit 200 n 88.

¹⁵⁷*Reichsgericht* 9 Mar 1925 110 ERG (Z) 251; Dawson op cit 224 n 177.

¹⁵⁸Dawson *ibid*.

¹⁵⁹Comments op cit 296; Aubrey op cit 1180.

It has sometimes been contended that the concept of good faith replaced the *clausula* and its offspring, the doctrine of *Geschäftsgrundlage*. For example, in *B v F*¹⁶⁰ it was said that the –

“so-called *clausula rebus sic stantibus* is not contained in the (*BGB*) as a fundamental principle nor has it been recognized in the decisions of the *Reichsgericht* . . . Therefore, where contractual obligations have been held to be terminated because of the change in economic conditions caused by the war, this was generally based upon the consideration that the change so altered the individual contractual obligation that the performance could no longer be considered to be the performance that was expected and desired when the contract was concluded. This conception . . . finds . . . its inner justification in the consideration that . . . to require performance would be incompatible with the requirement of articles 157 and 242 of the *BGB* that good faith and commercial morals be observed”.¹⁶¹

But generally it was applied in conjunction with the *clausula* or the doctrine of *Geschäftsgrundlage*. For example, in 1922 the third senate¹⁶² held a revision of rent justified, and in fact required, by section 242 of the *BGB* “and its offshoot, the *clausula rebus sic stantibus*”.¹⁶³ And as Cohn says (at 21) experience showed the necessity for developing the doctrine of *Geschäftsgrundlage* by the application of the notions of good faith. An important result of this marriage of the two doctrines was the *Ausgleichsanspruch* or claim for adjustment which began in the post-inflation cases but was later extended to other executory bilateral contracts.¹⁶⁴ In the leading case¹⁶⁵ the seller sold a house after paying off outstanding mortgages on it in inflated currency. After the sale and transfer of the house to the purchaser had taken place certain revalorization laws were passed which obliged the seller to make further payments to the mortgagees to compensate them to some extent for the effects of inflation on their loans. It was held that the basis of the contract of sale of the house, viz the assumption by both parties that the mortgages had been paid, had lapsed and that the seller accordingly was entitled to a contribution from the purchaser towards the additional payments he was required to make to the mortgagees and, failing which, to rescind the sale.

The doctrine of *Geschäftsgrundlage* then applies when “certain fundamental circumstances that are not terms of the contract but are also not mere motives for entering into the contract, but have been made basic to the contract either by both parties or by one party to the knowledge of the other”¹⁶⁶

¹⁶⁰*Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 8 July 1920 99 ERG (Z) 258.

¹⁶¹See also Dawson op cit 206–7 n 114, who says that “several writers had already observed [by 1923] that the revalorization of money debts could not be justified by means of the *clausula rebus sic stantibus* or other mechanisms depending on the ‘essential nature’ of the bilateral contract” and that the *Reichsgericht* “was left with ‘good faith’ as the only legal conception which had a basis in legislation” (i.e. the *BGB*).

¹⁶²*Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 24 Mar 1922 104 ERG (Z) 218.

¹⁶³Dawson op cit 194–5. See also *Sp Co v F Co* supra; von Mehren op cit 734 *Marseiwerke v H*; von Mehren op cit 739; and below.

¹⁶⁴Cohn op cit 22.

¹⁶⁵*Reichsgericht* 112 ERG (Z) 333. For a reference to other decisions see Cohn op cit 22 38 & 39. It will be seen from the case mentioned in the text that, although the contract had to be executory for the claim to apply, this principle was interpreted so as to include mortgage revalorization cases, even though the sale had already been completed (also see *Reichsgericht* 142 ERG (Z) 23; and 163 ERG (Z) 324).

¹⁶⁶Cartwright op cit 1335; O Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch* (30th ed 1971) § 242 6 189.

change materially when the courts will have a wide discretion to adjust the respective rights and obligations of the parties in accordance with the principle of good faith.¹⁶⁷ The test generally employed was whether it would be a breach of good faith for the creditor to insist on full performance, often expressed by the word “*Zumutbarkeit*” (reasonableness), the debtor being absolved from strict performance of his obligations if insistence upon such performance would be reasonable.

As we have seen, economic conditions led away from good faith more and more towards the concept of “equivalence” (*Aequivalenz*),¹⁶⁸ a notion intimately connected with the *Geschäftsgrundlage* doctrine but far wider in its implications because it was based on the idea that in bilateral contracts a certain ‘equivalence’ would normally be required between the performances on either side.¹⁶⁹ In *G Co v JGR & S Co*¹⁷⁰ the court said that the “*Geschäftsgrundlage* is the legal conception fundamental to the action for equalization”, although, it added, “the principles as to the fair evaluation of the justified demands of both parties . . . developed by the *Reichsgericht* and derived from article 242 [of the *BGB*] are also to be applied”. And, indeed, equivalence has only been applied in cases of *Geschäftsgrundlage*.¹⁷¹ Hence we see that the “chance of conditions” theory (*Geschäftsgrundlage* doctrine), “equivalence” and “good faith” were all intimately associated at times.

Aequivalenz then provides that “a legally relevant frustration” has occurred when performance by the debtor would no longer be the equivalent of the creditor’s counter-performance¹⁷² contemplated by the parties at the time of contracting thus replacing the requirement of identity of performance with one of equivalence of values.¹⁷³

In *G Co v JGR & S Co*¹⁷⁴ the court applied the doctrine of *Geschäftsgrundlage* to adjust a contract for the sale of cotton yarn where the debtor would only have lost thirteen per cent had he been held to his promised performance. This was clearly not a gross imbalance which would entitle an informed person to consider the one performance no longer to be an exchange for the other. Riegert¹⁷⁵ says that the explanation “probably lies in the fact that the wholesale mark-up of cotton is quite small, so 13% was a relatively large amount”. The case was, however, exceptional. Usually a greater loss was required to justify interference by the courts.

¹⁶⁷Comments op cit 295.

¹⁶⁸Said to have originated with Krückmann (Dawson op cit 193 n 68). See also Smit op cit 297 n 73.

¹⁶⁹Dawson op cit 192 & 209. Said to be an essential attribute of all bilateral contracts in highlighting their synallagmatic nature. Smit says that ‘equivalence’ like the doctrine of *Voraussetzung* was absorbed into the doctrine of the *Geschäftsgrundlage* (op cit 297 n 73).

¹⁷⁰*Reichsgericht* (III *Zivilsenat*) 2 Apr 1935 147 ERG (Z) 286.

¹⁷¹Aubrey op cit 1179–80 who points out that it has also to a limited extent been embodied in statute.

¹⁷²*Marseiwerke GmbH v H Reichsgericht* (II *Zivilsenat*) 29 Nov 1921 103 ERG (Z) 177; Smit op cit 297 n 73.

¹⁷³*Ag R v Gewerkschaft C Reichsgericht* (VII *Zivilsenat*) 4 May 1923 107 ERG (Z) 140; von Mehren op cit 751; Cohn op cit 19.

¹⁷⁴*supra*.

¹⁷⁵at 87; see also Aubrey op cit 1180.

The dangers of the wide powers so assumed by the courts did not escape notice. The *Reichsgericht* itself said:¹⁷⁶

“The granting of an action for equalization under article 242 of the (*BGB*)¹⁷⁷ should occur only under very special and carefully considered conditions as it represents an exception to the principle of the security of contractual relations, a principle fundamental to the law of contracts, which is justified, at the most, where, in the manner mentioned above, the *Geschäftsgrundlage* has been fundamentally altered.”

Critics alleged that it encouraged people –

“to make unrealistic long-term contracts in the safe knowledge that the terms will be adjusted, and that the judge is cast in the role of an economist (since these decisions must form part of the general economic policy) which is not his function”.¹⁷⁸

But the pressing needs of the time were too strong and in exercise of “*die Machtvollkommenheit des Richters*”¹⁷⁹ the *Reichsgericht* proceeded to override specific and clear legislation relating to legal tender.¹⁸⁰ In *St v R*¹⁸¹ the court said:

“The legislator, in issuing these provisions, did not contemplate an essential depreciation of paper money, especially one so great as developed steadily after the World War and the Revolution. With the collapse of the paper mark there ensued a conflict between these currency provisions on the one side and, on the other, all those various legal provisions which aimed to prevent the debtor from being in a position to rid himself of his obligations in a manner which cannot be reconciled with the requirements of good faith and with commercial usages, that is to say, with the overriding mandate of (section 242 of the *BGB*). In this conflict the last-mentioned rule must take precedence and the currency legislation must give way, because, as shown above, at the time of its enactment it was not foreseen that such a collapse of the currency might occur that the results could not be reconciled with the basic rules of good faith and with fairness; so that a strict application of its provisions in this situation was not contemplated.”

Moreover, when the government contemplated introducing legislation expressly forbidding revalorization (*Aufwertung*) by the courts, a committee of judges of the *Reichsgericht* wrote to the government stating:

“The idea of good faith stands outside any particular statute or of any particular provision of positive law. No legal order which deserves the name can exist without this fundamental idea.”

The committee went on to say in its letter that if the government did pass the proposed legislation there was a “grave danger that the courts . . . would

¹⁷⁶In 141 ERG (Z) 218 referred to in *G Co v JGR & S Co* above.

¹⁷⁷This does not appear to be quite accurate as section 242 does not itself deal with “equivalence”. The decision would appear to rest upon a combination of two factors, the *Geschäftsgrundlage* doctrine and the application of section 242 (Aubrey op cit 1180).

¹⁷⁸Aubrey op cit 1180, who says the practice of “equivalence” may be only a temporary expedient. Indeed the courts went so far as to override the legislation relating to legal tender which was presumably enacted to override private bargains in the interests of preserving the national currency (see below and Dawson op cit 210 n 120).

¹⁷⁹Dawson op cit 197 238.

¹⁸⁰Following the example set by the Damstadt court of appeal on 29 March 1923 which was the first court to hold the provisions of the legislation to be in conflict with good faith (Dawson op cit 204).

¹⁸¹*Reichsgericht (V Zivilsenat)* 28 Nov 1923 107 ERG (Z) 78.

hold the legislation invalid as in conflict with good faith, immoral, and unconstitutional".¹⁸²

This extreme liberal trend in Germany¹⁸³ was opposed¹⁸⁴ on the ground that whilst strict adherence to the contract may result in hardship it is essential to ensure that the creditor's contractual expectations are not disappointed if the economy is to flourish. However, it is clear that the economic circumstances in Germany were such that without the liberal approach, many valuable business enterprises would have succumbed. Whilst contracts become less reliable, they also become less dangerous – "less an instrument for exploiting the unwary".¹⁸⁵

The valuable role played by the courts in this regard was even recognized by the legislature when it enacted the *Vertragshilfeverordnung* ("judicial-contract-help" laws) from 1939¹⁸⁶ which expressly empowered the courts to adjust contracts affected by changed circumstances.¹⁸⁷ That this help is required is evidenced by the various emergency decrees and revalorization acts passed in the middle 1920's.¹⁸⁸ These statutes only applied to certain contracts (chiefly mortgages and negotiable bonds) and laid down certain rates of revalorization but the situation was too complex for the legislators to hope to cope with it in the stiff-handed way of legislation. Much was left therefore to free judicial revalorization. As Dawson¹⁸⁹ says:

"Here the legislature was fortunate in having at hand a set of doctrines already formulated by the courts of law and subjected to the test of legal experience. The bewildering variety of private law problems thrown up by the collapse of the national currency would have required an infinitely more complex system of statutory rules for their solution. Convenience and the expressed view of the courts themselves persuaded the legislature to abdicate its function and leave these problems to the courts."

In essence then, apart from the application of the rules of impossibility of performance contained in the *BGB*,¹⁹⁰ a doctrine which has come to be called the doctrine of "changed conditions" applies in German law today

¹⁸²Dawson op cit 212 n 126. This threat proved groundless as the *Reichsgericht* thereafter first held the point to be a "disputed" one (*Reichsgericht (V Zivilsenat)* 1 March 1924 107 ERG (Z) 370) and later held it had no power to overrule legislation on the ground that it conflicted with the principles of good faith and morality (*Reichsgericht (III Zivilsenat)* 25 Jan 1924 reported in 1924 *Deutsche Juristne-Zeitung* 209).

¹⁸³It was not followed elsewhere, eg by the Austrian supreme court (Rohde 195).

¹⁸⁴By Larenz (see Riegert op cit 88) though even he acknowledged it to be necessary in times of economic chaos.

¹⁸⁵Riegert op cit 93.

¹⁸⁶Decree on Judicial Assistance in respect of contracts, 1939, now consolidated in the law of 1952 which is only applicable to contracts made before the currency reform in 1948 (see Riegert op cit 87).

¹⁸⁷Where such a law and s 242 *BGB* apply to a case the *Reichsgericht* has held that s 242 may only be invoked "if the facts of (the) case are not governed by the contract-help law or if . . . a remedy (is sought) which goes beyond that provided for in the statute" (*Reichsgericht* 12 Feb 1952 2 BGHZ 150). See also *Reichsgericht* 4 Feb 1952 BGHZ 301 and Riegert op cit 87-8.

¹⁸⁸Particularly the emergency decree of 1924 and the Revalorization Act of 1925 (see Dawson op cit 211 et seq).

¹⁸⁹at 222.

¹⁹⁰See above, sometimes coupled with other notions, even, eg the controversial *clausula rebus sic stantibus* (see *P & Co v M Reichsgericht (V Zivilsenat)* 16 Apr 1921 102, ERG

which in effect is largely made up of the doctrine of *Geschäftsgrundlage* coupled with the doctrine of *Aequivalenz*¹⁹¹ which it has been said it absorbed.¹⁹² The juridical basis for both these doctrines is primarily found in the *BGB* requirements of good faith in the interpretation and performance of contracts.¹⁹³

Judicial revalorization (*Opfergrenze*) which developed out of the doctrine of changed conditions is quite separate and distinct. The latter merely allows the aggrieved party to rescind unless the other party consents to an equitable modification of the terms of the contract, whereas the former allows the court to impose upon a debtor an obligation to pay a greater sum in order to make up for the depreciation in money which has occurred.¹⁹⁴ The competition between these two remedies produced a certain amount of confusion in Germany although their practical effects were not as different as might at first be imagined¹⁹⁵ for the doctrine of changed conditions includes a change in price relationships, such as affected the purchase price of land, goods or services, the obligation to pay alimony and even the obligation to pay delictual damages.¹⁹⁶

Once the courts had set out upon the road of revalorization they were confronted with the problem as to whether they could and should grant retroactive relief to the aggrieved party whose moral claims were very strong,¹⁹⁷ the demand for which became irresistible due to the complete collapse of the currency.¹⁹⁸ Section 242 *BGB* merely required that obligations be performed in accordance with good faith, that is, it seemed clearly restricted to cases where performance was still outstanding; and the courts at first refused to re-open transactions where payment had been made and accepted in devalued paper currency.¹⁹⁹ These decisions were made at a time when the court's attention was focussed on the legal tender quality of currency and not on its function as a measure of value. Soon after the latter function of price fixing was realized the courts came to regard the payment of a money obligation in depreciated currency as a part-payment only.²⁰⁰ As the balance of the obligation would then remain unperformed, section

(Z) 98 and *Marsetwerke GmbH v H Reichsgericht* (II *Zivilsenat*) 29 Nov 1921 103 ERG (Z) 177).

¹⁹¹Dawson op cit 192; *Reichsgericht* (II *Zivilsenat*) 3 Feb 1922 103 ERG (Z) 328.

¹⁹²See n 168 above.

¹⁹³Dawson op cit 193.

¹⁹⁴Dawson op cit 237 n 217. Of course 100% revalorization was both politically and economically impossible (Dawson op cit 209).

¹⁹⁵Dawson op cit 237.

¹⁹⁶Dawson op cit 198-9 although it applied principally to long-term contracts. (Comments op cit 296). With regard to certain types of debts, known as "value debts" (*Wertschulden*) such as rights to alimony and support, damages in the shape of life annuities etc, of course, a gradual adjustment to the value of the currency is standard practice. (Rohde op cit 191.)

¹⁹⁷Dawson op cit 218.

¹⁹⁸Dawson op cit 201.

¹⁹⁹The Emergency Decree of 1924 which also provided for revalorization only allowed it to have retroactive effect where, in accepting payment, the creditor had expressly reserved his claim to a larger sum (Dawson op cit 218-9). This restriction was not applied in judicial revalorization.

²⁰⁰A large number of obligations had, of course, been fully discharged on the assumption

242 *BGB* would be applicable.²⁰¹ The *Reichsgericht* even decided to re-assess money judgments given in courts of first instance to take account of the change in the value of money between the date of the judgment appealed from and the date of the appeal²⁰² even on its own motion²⁰³ on the grounds that such change was a "new fact"²⁰⁴ not embraced within the ambit of the judgment.²⁰⁵ In cases where the claim had prescribed the courts went so far as to hold that the change in economic conditions in 1922 created a new cause of action which interrupted the period of prescription.²⁰⁶ The second senate even went so far as to choose the 15 August 1922 as the last point to which retroactivity could be carried in all cases on the grounds that it was the exact date on which the monetary revolution took place,²⁰⁷ though shortly thereafter all senates accepted that the limits of retroactivity could remain flexible and discretionary.²⁰⁸

Section 242 of the *BGB* relating to good faith in the performance of contracts was again brought into play, this time not to extend the granting of relief but to limit it by creating a doctrine similar to "laches" by the court in holding "that mere delay in asserting a claim for revalorization could result in its forfeiture".²⁰⁹

It will not be necessary for the purposes of this article to examine the tests and measurements employed by the courts in assessing the amounts payable to achieve revalorization which were very complicated and varied²¹⁰ and differed for executed and executory contracts.²¹¹ Nor is it necessary to go into details over the many other difficult problems encountered by the courts in carrying out the important tasks of revalorization, such as that relating to priorities of claims between mortgages and other secured claims.²¹²

that the legal tender legislation was valid and these were now liable to be re-opened (Dawson op cit 210-1 n 120).

²⁰¹*Reichsgericht* 3 Dec 1924 109 ERG (Z) 111; and generally on the contents of this paragraph, Dawson op cit 234. A course foreshadowed in January 1921 by the jurist Rosenfelder in a brilliant article (see Dawson op cit 204 n 102).

²⁰²*Reichsgericht* 10 Nov 1923 107 ERG (Z) 149.

²⁰³*Reichsgericht* 15 Feb 1924 108 ERG (Z) 75.

²⁰⁴A number of jurists, however, stated that revalorization could not be justified by the *clausula rebus sic stantibus* or other devices depending upon the "essential nature" of a bilateral contract (eg *Aequivalenz*) as the only substantial change of conditions was the change in the value of money (Dawson op cit 206 n 114). The *Reichsgericht* held (107 ERG (Z) 12H & 107 ERG (Z) 151) that an economic upheaval would have to be of a really fundamental character to bring about a lapse of the basis of the contract and that the economic crisis of 1929-30 did not have sufficiently far-reaching consequences to meet this requirement (see Cohn op cit 22). Hence the value of section 242 of the *BGB* (see Dawson op cit 206).

²⁰⁵*Reichsgericht* 14 Nov 1923 107 ERG (Z) 180 and other cases cited by Dawson op cit 235 n 209.

²⁰⁶*Reichsgericht* 17 Jan 1924 108 ERG (Z) 38; *Reichsgericht* 22 June 1925, 111 ERG (Z) 147.

²⁰⁷*Reichsgericht* 30 Apr 1926 113 ERG (Z) 136; *Reichsgericht* 7 Dec 1926 115 ERG (Z) 198.

²⁰⁸*Reichsgericht* 6 Apr 1927 116 ERG (Z) 306; *Reichsgericht* 7 May 1927 116 ERG (Z) 313; and other cases cited by Dawson op cit 236 n 215.

²⁰⁹*Reichsgericht* 23 Sept 1927 117 ERG (Z) 358 (see Dawson op cit 238).

²¹⁰See in particular Dawson op cit 222-238.

²¹¹See Dawson op cit 229-30.

²¹²See Dawson op cit 209 n 119; see also 197, 202, 225 and 227-8.

Thus by the application of legal principles the narrow laws of the German law were widened²¹³ to deal with an economic crisis of enormous proportions that the legislature could do little to alleviate or control.

The doctrine of supervening impossibility of performance, as we have seen, was extended in Germany to include cases of extreme impracticability (where performance was impossible in a business sense) and cases where performance had been impossible for so long as to render the performance which eventually became due a performance which was entirely different from that originally promised before the changed circumstances intervened. In spite of the extensions, however, the doctrine was unable to cope with the cases of hardship which flowed from the rapid economic changes the country was undergoing in the 1920's. As a result, the doctrine of "changed circumstances" was evolved. Though this developed from the notion of supervening impossibility of performance it was separate from it and was, in fact, a revival of the medieval *clausula rebus sic stantibus* in the modern form of the doctrine of *Geschäftsgrundlage* applied in accordance and in conjunction with the notions of good faith contained in the *BGB*. This developed into the claim for adjustment (*Ausgleichsanspruch*) and the notion of *Aequivalenz* to give the German courts the tools for judicial revalorization of money debts. These tools were at first rough and ready and difficult to apply fairly to the economic circumstances of each case and are even now open to serious criticisms. For example, it has been said that they have undermined the sanctity of the contract and led to uncertainty and possibly also to carelessness in entering into contractual bargains and that they have involved the judges in the formulation of economic policy and the application of commercial and financial and other non-legal principles. Nevertheless it seems clear that such arrogation of powers was necessary at that time for equalizing the effects of the monetary crisis and saved many useful businesses from going under. It proved itself a useful adjunct to supervening impossibility of performance, just as the doctrine of frustration of contract has in the Anglo-American system, and for that reason merits our attention, particularly in these uncertain times of inflation and world currency fluctuations. □

Hence it is not incorrectly laid down by some writers that when the customs of a country are obscure or vague, then we not unwisely look into the usages and customs of neighbouring places. Though it is true that the laws of one territory do not extend their force beyond it into other places, and are so far of confined application; and that from the custom of one place we may not argue or infer the custom of another; yet this does not prevent us, when we ourselves are destitute at home of laws and customs, from following in our judgments the decisions of neighbouring peoples, if resting on reason, as examples of wise judgment. Nor is there anything novel in one people's voluntarily borrowing from another laws which they regard as fair and just.

Voet Commentarius 1 1 2 (Gane's translation)

²¹³In the sense used by Ronald M Dworkin "Is law a system of rules?" *Essays in Legal Philosophy* (Oxford 1970) 25.

Die appèlhof en obiter dicta

H J Erasmus

Universiteit van Stellenbosch

SUMMARY

The writer examines the desirability of obiter dicta in an article in which he discusses several recent appeal court cases in which obiter dicta are to be found. The writer subscribes to the view that such obiter dicta inter alia give rise to uncertainty as to the law and discourage parties to litigation from bringing the subject matter of the dicta before the appellate division for a final settlement. He illustrates this by an examination of *Nortje v Pool NO*, *Hamman v Moolman*, *Nel v Cloete*, *Dominion Earthworks (Pty) Ltd v MJ Greeff Electrical Contractors (Pty)* and *Schatz Investments (Pty) Ltd v Kalovyrnas*. In conclusion he recommends a new machinery to have doubtful points of private law referred to the appellate division for an authoritative decision.

'n Paar jaar gelede het Flemming aangevoer dat een van die faktore wat tot hoë regskoste aanleiding gee, onsekerhede en vrae is wat "nie uit die abstrakte reg nie maar juis uit die regspraak ontstaan".¹ Hy sê dat 'n mens geen verbeeldingskrag nodig het nie om te voorsien "hoe litigant na litigant gaan betaal en litigeer"² totdat duidelikheid verkry word oor opmerkings wat gemaak is in byvoorbeeld *Hamman v Moolman*³ en *Venter v Birchholtz*⁴. As voorbeeld van die soort opmerking waarteen Flemming beswaar maak, kan dié uit *Hamman v Moolman* aangehaal word.

"Although pure logic and the never-ending development and expansion of legal ideas do not appear to be opposed in principle to a conclusion that in appropriate circumstances an action might be maintained to recover pecuniary loss caused by honest but carelessly made verbal (or written) misrepresentations, there is as yet in our law no authoritative determination or generally accepted definition of the principles to be applied in deciding in what circumstances such an action will lie in the field of contract."

Die doel van hierdie artikel is om kortliks, aan die hand van 'n aantal onlangse uitsprake van die appèlhof, die wenslikheid al dan nie van dergelike opmerkings te ondersoek.

In *Nortje v Pool NO*⁵ het dit om gegaan oor die vraag of ons reg 'n algemene verrykingsaksie ken. In die meerderheidsuitspraak word die ontkenning van die bestaan van so 'n aksie gekwalifiseer deur die volgende opmerking:⁶

"Dat ons reg trapsgewyse tot die erkenning van 'n algemene verrykingsaksie kan ontwikkel, is bes moontlik, maar daardie punt is, myns insiens, nog nie bereik nie. Voordat die omvang van so 'n algemene verrykingsaksie duidelik omlyn en die

¹1973 *THRHR* 70 73.

²*ibid.*

³1968 4 SA 430 (A) 438.

⁴1972 SA 276 (A) 287.

⁵1966 3 SA 96 (A).

⁶op 139-140.

vereistes daarvan duidelik omskryf is, iets wat klaarblyklik nog ontbreek, sou dit 'n blote diskresionêre regs middel wees wat slegs onsekerheid sou skep."

Hierdie opmerking gee aanleiding tot 'n hele aantal probleme waarop ander skrywers reeds die aandag gevestig het:

- (a) Van der Walt wys tereg daarop dat "in die lig van die appèlhof se meerderheidsuitspraak dat ons reg nie so 'n algemene aksie ken nie, sal dit uiters moeilik, indien nie onmoontlik nie, wees om so 'n aksie te ontwikkel. Die laer howe is gebonde aan die appèlhof se beslissing en sal dus moeilik uitsprake kan gee wat later kan dien as die basis vir die aanvaarding van 'n algemene verrykingsaksie".⁷
- (b) Die moontlike ontwikkeling van ad hoc-uitbreiding van bestaande verrykingsaksies, wat deur die meerderheidsuitspraak voorsien word,⁸ word ook deur die uitspraak self aan bande gelê. In die lig van die meerderheidsuitspraak kan uitbreiding nie geskied "onafhanklik van een of ander erkende verrykingsaksie, en los van bepaalde omstandighede"⁹ nie. Die vraag bly steeds, soos Wouter de Vos aantoon,¹⁰ "of 'n aksie toegestaan sou word onder omstandighede wat sig nog nie voorheen voorgedoen het nie". Ek stem met respek met De Vos saam as hy daarop die vraag stel of dit nie juis die toestand van onsekerheid skep waarteen in die meerderheidsuitspraak gewaak wil word nie?
- (c) Dit kan baie lank duur voordat die appèlhof weer die geleentheid kry om die saak te oorweeg – in die tien jaar wat verby is sedert die uitspraak gegee is, het die geleentheid hom nie voorgedoen nie. Vanselfsprekend ontmoedig die appèlhof se eie uitspraak litigante en hul raadgevers om dieselfde vraag weer tot in daardie hof te voer. Selfs die feit dat daar sedert die uitspraak onomstootlike bewys aan die lig gekom het van die bestaan van 'n algemene verrykingsaksie in die agtiende-eeuse Romeins-Hollandse reg,¹¹ bied geen waarborg dat die appèlhof by 'n volgende geleentheid gaan afwyk van sy vorige beslissing nie.¹² Woorde wat Flemming in 'n ander verband gebruik,¹³ is ook hier van toepassing, naamlik dat die kwessie "slegs tot finaliteit gevoer (kan) word met behulp van 'n litigant wat dit kan bekostig, vir wie daar genoeg op die spel is en wat sterk genoeg voel om dit 'tot by die hoogste hof' te dryf – met allerlei voorbehoude soos dat sy opponent nie 'n 'man of straw' is nie; mits dit nie 'n interlokutêre kwessie is nie; mits verlot om te appèlleer nie geweier is nie, ens".

Die bindende aard van 'n uitspraak van die appèlhof is vanselfsprekend

⁷1966 *THRHR* 374 376.

⁸op 138 139.

⁹bl 139.

¹⁰*Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* (2e uitg) 283.

¹¹JE Scholtens 1966 *SALJ* 391; De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid* 100.

¹²Die feit dat 'n uitspraak gegee is "on some manifest oversight or misunderstanding" is een van die gronde waarop die appèlhof sal afwyk van sy eie vorige uitspraak (*Bloemfontein Town Council v Richter* 1938 AD 195 op 232). Dit staan natuurlik glad nie vas dat die appèlhof by 'n volgende geleentheid sy uitspraak in *Nortje v Pool NO*, supra, as verkeerd sal beskou nie.

¹³1973 *THRHR* 70 72.

'n onvermydelike remskoen vir enige verdere ontwikkeling deur middel van die regspraak – ook in daardie gevalle waar die appèlhof die moontlikheid van ontwikkeling voorsien en die deur daarvoor wil oophou. Die stremende werking van (selfs) 'n obiter dictum blyk duidelik uit die effek op die latere regspraak van die opmerking uit *Hamman v Moolman* hierbo aangehaal. In *Latham v Sber*¹⁴ sê regter Margo¹⁵ dat die opmerking-

“though obiter, contains the clearest affirmation of judicial policy against the extension at this time of an action in delict through negligent misrepresentation inducing a contract”.

Hy kom derhalwe tot die gevolgtrekking,¹⁶

“I do not think that there is any proper basis upon which that policy can be circumvented or disregarded”.

Tot hierdie gevolgtrekking kom hy ten spyte van sy eie sienswyse dat¹⁷

“there is much to be said in favour of recognising an Aquilian action for damages consequent on negligent misrepresentation inducing a contract”.

In *Du Plessis v Semmelink*¹⁸ word bevind¹⁹ dat die benadering van regter Margo “tot wat die appèlhof neergelê het korrek is”. Die beswaar kan geopper word dat 'n obiter dictum van die appèlhof hier behandel word asof dit 'n ratio decidendi is,²⁰ maar dit lyk hoogs onwaarskynlik, hoewel moontlik, dat die hof van 'n ander afdeling hom nie gebonde gaan ag aan die dictum nie.

Moontlik het die appèlhof gepoog om in *Nortje v Pool NO* en *Hamman v Moolman* by wyse van obiter-opmerkings die deur oop te hou vir verdere ontwikkeling. Daar word met respek aan die hand gedoen dat presies die teenoorgestelde bereik is. Vir alle praktiese doeleindes is die ontwikkeling van 'n algemene verrykingsaksie en erkenning van deliktuele aanspreeklikheid vir nalatige wanvoorstelling in kontrakverband op die lange baan geskuif. Slegs die appèlhof kan nou die inisiatief neem, en vir 'n litigant bly dit 'n dobbelspel om 'n saak tot in die appèlhof te voer in die hoop dat die “never-ending development and expansion of legal ideas” so ver gevorder het dat die nuwe ontwikkeling in sý saak beslag gegee sal word.

Daar is verskeie verdere voorbeelde²¹ van dergelike obiter-opmerkings wat almal in meerdere of mindere mate aanleiding gee tot die reeds vermelde onsekerhede. Elk van hierdie opmerkings moet natuurlik beoordeel word binne die besondere verband waarin dit voorkom. Die opmerking in *Nel v Cloete*²² val byvoorbeeld in 'n besondere kategorie. In die saak word die

¹⁴1974 4 SA 687 (W).

¹⁵op 695.

¹⁶op 696.

¹⁷op 695.

¹⁸1976 2 SA 500 (T).

¹⁹op 503.

²⁰A J Kerr 1975 *SALJ* 138.

²¹Twee voorbeelde waaraan daar verder geen besondere aandag gegee sal word nie is *Venter v Birchholtz* 1972 1 SA 276 (A) 287 en *Alpha Trust (Edms) Bpk v Van der Watt* 1975(3) SA 734 (A) op 749. Oor laasgenoemde saak kan die bespreking van J R Harker 1976 *SALJ* 131 138 geraadpleeg word.

²²1972 2 SA 150 (A).

probleme rondom mora debitoris in diepte bespreek en word bestaande onsekerhede en teenstrydighede, geskep deur beslissings soos *Federal Tobacco Works v Barron & Co*,²³ uit die weg geruim. In die afwykende uitspraak van appèlregter Jansen kom die volgende opmerking voor:

“Hierdie beskouing moet egter nie aanvaar word as enige bevestiging van beslissings soos *Federal Tobacco Works v Barron & Co*, *supra*, nie, wat, gesien skynbaar grondige kritiek, te gelegener tyd heroorweeg sal moet word.”

Volgens Wouter de Vos²⁴ het hierdie heroorweging reeds plaasgevind in die meerderheidsuitspraak alhoewel daarin nie uitdruklik na die *Federal Tobacco Works*-saak verwys word nie. Miskien sal die obiter-opmerking van appèlregter Jansen om hierdie rede nie in dieselfde mate as ander dergelike opmerkings die bron wees van onsekerhede en probleme nie.

In *Dominion Earthworks (Pty) Ltd v MJ Greeff Electrical Contractors (Pty) Ltd*²⁵ en *Shatz Investments (Pty) Ltd v Kalovyrnas*²⁶ het die appèlhof te staan gekom voor die probleem wát hom te doen staan in gevalle waar die appèlhof die juistheid betwyfel van ’n beginsel wat berus op die gesag van ’n lang reeks beslissings, insluitende uitsprake van die appèlhof self. In albei gevalle word by wyse van obiter dicta toekomstige heroorweging van die betrokke beginsels in die vooruitsig gestel. Die twee gevalle verskil in dié opsig dat in eersgenoemde beslissing die obiter-opmerking voorkom in die afsonderlike uitspraak van ’n enkele regter; in laasgenoemde kom dit voor in die enigste uitspraak wat gegee is en waarmee die volle regbank saamgestem het.

In die *Dominion Earthworks*-saak het die omstrede beginsel ter sprake gekom wat terugdateer na die beslissing in *Hauman v Norije*,²⁷ en wat bevestig is in ’n lang reeks latere beslissings.²⁸ In hierdie sake is beslis dat ’n boukontraakteur wat versuim om behoorlike uitvoering aan die kontrak te gee deur die lewering van defektiewe materiaal en werk, nie kan slaag met ’n eis vir die balans van die kontrakprys nie. Die kontrakteur is slegs geregtig op ’n quantum meruit, en die bewyslas rus op hom om die omvang van die verryking van die bou-eienaar aan te toon. In die *Dominion Earthworks*-saak word hierdie beginsel beperk tot ’n “particular manifestation of breach of contract, that of a contractor whose failure to perform lies in the fact that the work done or materials supplied by him in the execution of his contract are defective”.²⁹ Die beginsels is nie van toepassing nie waar “the contractor has delivered work and materials in accordance with his contract, but at a point of time later than that stipulated for in the contract”.³⁰ In laasgenoemde

²³1904 TS 483.

²⁴In ’n lesing wat tydens 1976 gehou is in die kader van die prokureursorde se program vir voortgesette regsopleiding.

²⁵1970 1 SA 228 (A).

²⁶1976 2 SA 545 (A).

²⁷1914 AD 293. Die saak word gekritiseer deur De Wet & Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* (3e uitg) 143 en De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid* 237.

²⁸Byvoorbeeld *Breslin v Hichens* 1914 AD 312; *Wegerle v Pretoria Machinery Sales* 1946 TPD 319; *MacFarlane v Crooke* 1951 3 SA 256 (OK); *Jacobs v Maree & Son* 1965 3 SA 73 (T); *Badenhorst v Prinsloo* 1967 1 SA 212 (O).

²⁹op 233.

³⁰op 234.

geval moet die bou-eienaar, as hy skade gelyk het as gevolg van die versuim om betyds te lewer, 'n eis vir skadevergoeding instel en die bewyslas rus op hom om die omvang van sy skade te bewys. Waarnemende appèlregter Van Winsen, wat die uitspraak van die meerderheid gegee het, weerhou hom uitdruklik daarvan om hom uit te laat oor die juistheid van die beslissing in *Hauman v Nortje*.³¹ In 'n afsonderlike uitspraak waarin hy met die meerderheid saamstem, sê appèlregter Rumpff (soos hy indertyd was) met verwysing na die reeks beslissings wat volg op *Hauman v Nortje*,³² –

“I would not be surprised if in future the correctness of those cases were to be reconsidered by this Court.”

Hierdie uitlating skep onmiddellik 'n probleem vir die litigant wat sy eis bou op die beginsel in *Hauman v Nortje*. Hy kan nie verkwalik word as hy groot huiwering het om sy saak na “Bloemfontein te vat” nie want hy kan geen sekerheid hê òf, en indien wel wanneer, daar afgewyk gaan word van die beginsel waarop hy steun nie. Op die vraag of dit, aan die ander kant, nie onbillik sal wees om sonder waarskuwing af te wyk van gevestigde beginsels waarop 'n party steun nie, word hieronder teruggekom.

Die *Dominion Earthworks*-saak het nie so ver gegaan om bestaande appèlhof-gesag oor die betrokke beginsel te ondermyn nie. Laer houe is klaarblyklik nog steeds gebonde aan die reeks beslissings waarin die beginsel neergelê is en bevestig word. Die beslissing in *Schatz Investments (Pty) Ltd v Kalovyryn*³³ gaan verder want hier word in 'n eenparige uitspraak bedenkinge uitgespreek oor die aanvaarbaarheid van gevestigde beginsels op 'n wyse wat die gesag waarop die beginsels berus, moontlik in die gedrang bring.

In hierdie saak het die grondslag van die aanspreeklikheid vir spesiale skadevergoeding (“special damages”) vir kontrakbreuk ter sprake gekom. Ná oorweging van die beginsels uiteengesit in 'n reeks vroeëre beslissings,³⁴ kom die hof by monde van appèlregter Trollip tot die volgende gevolgtrekking:³⁵

“Perhaps the time is fast approaching when, in an appropriate case, the correctness of the principles there stated should be reconsidered . . . In the absence of full argument that task cannot be undertaken by this Court in the present case. I can only mention and discuss some of the problems that are relevant.”

In sy daaropvolgende bespreking van die twee belangrikste probleme wat in hierdie verband opduik, gee appèlregter Trollip 'n aanduiding van die denke van die appèlhof tov een van die probleme maar laat die ander in die midde. Dit blyk naamlik betreklik duidelik uit die bespreking dat by heroorweging van die beginsels, aanspreeklikheid vir “special damages”

³¹op 234.

³²op 326.

³³1976 2 SA 545 (A).

³⁴Die appèlhof het by drie vorige geleenthede aandag gegee aan die vraagstuk, t w in *Victoria Falls & Transvaal Power Co Ltd v Consolidated Langlaagte Mines Ltd* 1915 AD 1; *Laveray & Co Ltd v Jungheinrich* 1931 AD 156; *North & Son (Pty) Ltd v Albertyn* 1962 2 SA 212 (A).

³⁵op 551.

op voorsienbaarheid alleen gegrond sal word.³⁶ Wat betref die tydstip met verwysing waarna die voorsienbaarheid beoordeel moet word, verwys die regter slegs na die kritiek van De Wet & Yeats,³⁷ maar doen geen keuse uit die verskillende strydige standpunte nie.³⁸ Die oorsig van die problematiek word afgesluit met 'n herhaling van die standpunt dat –

“this is not the proper case in which the principles enumerated in *Lavery's* case should be reconsidered and overhauled and the above questions answered. Hence, at present, the convention principle, as there expounded, must still be regarded as subsisting”.

Die beslissing is, met respek, te verwelkom. Heroorweging van die betrokke beginsels, en van die wenslikheid van die kunsmatige onderskeiding tussen sogenaamde “general” en “special damages” vir kontrakbreuk, is hoogs nodig. Maar hoe welkom die beslissing ookal mag wees, dit maak sake vir die praktisyn en sy kliënt moeilik, en kan meebring dat 'n uiters onbevredigende situasie vir 'n lang tyd in ons reg bly voortbestaan.

Deur wie moet die beginsels heroorweeg word? Kan 'n provinsiale afdeling gevra word om dit te doen, of is dit 'n taak wat slegs die appèlafdelling kan onderneem? In die lig van die uitlatings dat die taak nie onderneem kan word nie “*by this Court in the present case*”,³⁹ en dat die “convention principle, as there expounded,⁴⁰ must still be regarded as subsisting”, sal provinsiale afdelings waarskynlik weier om die beginsels te heroorweeg op grond daarvan dat laer howe steeds gebonde bly aan die appèlhof-beslissing in die *Lavery*-saak. Aan die ander kant kan, na analogie van *Latham v Sher*,⁴¹ waarna reeds verwys is, aangevoer word dat die opmerkings van appèlregter Trollip, hoewel obiter, 'n “clear affirmation of judicial policy” bevat “which cannot be circumvented or disregarded”.

Welke weg die provinsiale afdelings ook al inslaan, die resultaat bly onbevredigend. Sou hulle die heroorweging van die beginsels onderneem, is teenstrydige, of minstens uiteenlopende uitsprake onvermydelik. Dat die presiese formulering van die betrokke beginsels geen maklike taak is nie, blyk uit die house of lords se kommentaar⁴² op die court of appeal se herformulering⁴³ van dieselfde stel beginsels. Weier die provinsiale afdelings om die beginsels te heroorweeg, wat meer waarskynlik is, ontstaan 'n ewe onbevredigende situasie. Totdat 'n ondernemende litigant (met 'n beursie wat “diep” genoeg is) 'n saak tot in die appèlhof voer, sal die provinsiale afdelings verplig wees om beginsels toe te pas waarvan die juistheid deur die appèlhof ernstig bevraagteken is. Die wete dat hy waarskynlik in die appèlhof suksesvol kon gewees het, bied skrale troos vir 'n party wat sy saak in 'n provinsiale afdeling verloor het en nie oor die nodige fondse beskik om dit verder te voer nie.

³⁶op 554.

³⁷*Kontraktereg en Handelsreg* 163.

³⁸op 551.

³⁹op 551; my kursivering.

⁴⁰dws in *Lavery & Co Ltd v Jungheinrich* 1931 AD 156.

⁴¹1974 4 SA 687 (W) op 695.

⁴²*Koufos v Czarnikow* (1969) 1 AC 350 (HL); (1967) 3 All ER 686.

⁴³*Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries* (1949) 2 KB 528; (1949) 1 All ER 997.

Is dit wenslik dat die appèlhof by wyse van obiter-opmerkings as't ware kennis gee van sy voorneme om 'n bepaalde beginsel in die toekoms te heroorweeg? Of moet die knoop eenvoudig deurgehak word by die eerste geleentheid waarop die beginsel ter sprake kom? In laasgenoemde geval kan die advokate altyd vooraf versoek word om die nodige argument voor te berei.⁴⁴ Geeneen van die twee uitweë is miskien volkome bevredigend nie. Die eerste, soos ek hierbo probeer aantoon het, skep 'n toestand van onsekerheid wat allermens bevorderlik is vir gesonde regspleging. Teen die tweede kan die beswaar ingebring word dat dit onbillik kan werk teenoor 'n litigant wat die hof genader het juis omdat hy hom kon bewapen met 'n goed-gevestigde beginsel. Die voordeel verbonde aan die tweede uitweg is dat 'n (moontlik lang) tussenperiode van regsonsekerheid vermy word. Talle litigante en moontlike litigante word geraak deur sodanige regsonsekerheid en hulle kan selfs ontmoedig word om hulle tot die hoogste regsprekende gesag te wend.

Die moontlikheid van onbillikheid teenoor of benadeling van 'n gedingparty moet nie oordryf word nie. Die appèlhof se eie traagheid om af te wyk van sy vorige beslissings, veral waar regte ingevolge daarvan gevestig is,⁴⁵ dien as primêre waarborg. Aan die ander kant kan die appèlhof nie daarvan weerhou word om van vorige beslissings af te wyk bloot deur die feit dat 'n lang reeks vorige beslissings bestaan nie. Hoofregter Innes noem die spreuk *communis error facit ius* 'n "dangerous maxim"⁴⁶ en vra, "when does a decision become so venerable that its original error is to be regarded as modifying the law?"⁴⁷ In ieder geval geld, wat appèlregter Van den Heever by geleentheid gesê het oor 'n eens gevestigde gebruik om goedkeuring te verleen aan "familie-ooreenkomste" wat die bepaling van 'n testament wysig,⁴⁸ ook in die onderhawige gevalle:

"That practice is either warranted by our law or it is not. If not and it is challenged, it has no greater claims to recognition or viability than a long current of decisions."

In *Sbatz Investments (Pty) Ltd v Kalovyrnas*⁴⁹ sou herooring van die betrokke beginsels geensins die moontlikheid van onbillikheid teenoor een van die partye ingehou het nie. Appèlregter Trollip vestig die aandag daarop dat die verweerder in die saak aanspreeklik sou gewees het vir spesiale skadevergoeding welke toets ook al aangewend word, die bestaande of die nuwe wat in die vooruitsig gestel word.⁵⁰ Daarom is dit, met respek, des te meer te betreure dat die appèlhof nie die geleentheid aangegryp het om die beginsels te heroorweeg en te herformuleer nie. Ook in *Dominion Earthworks (Pty) Ltd v MJ Greeff Electrical Contractors (Pty)Ltd*⁵¹ kon die appèlhof die knoop

⁴⁴Dit is onlangs deur die Transvaalse provinsiale afdeling gedoen in *Mabomed v Mabomed* 1976 3 SA 151 (T) 152.

⁴⁵*Habib Mootan v Transvaal Government* 1904 TS 404 421; *Bloemfontein Town Council v Richter* 1938 AD 195 232; *Union Government v Rosenberg (Pty) Ltd* 1946 AD 120 130; *Harris v Minister of the Interior* 1952 2 SA 428 (A) 454.

⁴⁶*Webster v Ellison* 1911 AD 73 92.

⁴⁷op 93.

⁴⁸*Bydewell v Chapman* NO 1953 3 SA 514 (A) 521.

⁴⁹1976 2 SA 545 (A).

⁵⁰op 554.

⁵¹1970 1 228 (A).

deurgehak het en, eerder as om *Hauman v Nortje*⁵² te onderskei, afgewyk het van dié beslissing: die appellant sou in ieder geval nie geslaag het nie.

In 1973 het Flemming gepleit⁵³ vir 'n prosedure waardeur onsekere regspunte in die siviele reg, soos in die strafreg,⁵⁴ vir beslissing aan die appèlhof voorgelê kan word. In 1974 is art 23 van die Wet op die Hooggeregshof⁵⁵ weliswaar op die wetboek geplaas,⁵⁶ maar die artikel ondervang nie die onderhawige probleem nie. Die artikel maak voorsiening vir die voorlegging van regsrae aan die appèlafdeling slegs indien daar strydige beslissings van provinsiale of plaaslike afdelings bestaan. Ander statutêre bepalinge bied ook geen hulp nie. Die houe stel as vereiste vir 'n verklarende bevel onder art 19(1)(a)(iii) van die Wet op die Hooggeregshof "dat daar belanghebbendes is vir wie die verklarende bevel bindend sal wees".⁵⁷ Hooggeregshofreël 33(4) maak voorsiening vir die beslissing van regspunte slegs as daar 'n "hangende aksie" is. By enige voorsiening van voorlegging van "abstrakte" regsrae moet natuurlik verhoed word dat die appèlhof as bron vir opinies gebruik word. Dit kan gedoen word deur behoud van die huidige bepalinge van art 23 van die Wet op die Hooggeregshof dat die voorlegging moet geskied deur die minister van justisie, na oorlegpleging met die Suid-Afrikaanse Regskommissie.

Die onwenslikheid van obiter dicta is al dikwels deur regters beklemtoon,⁵⁸ ook deur 'n voormalige hoofregter van Suid-Afrika.⁵⁹ Miskien word in hierdie kritiek nie genoegsaam beklemtoon dat obiter dicta nie slegs vir regters en ander houe probleme skep nie, maar ook vir praktisyne en hul kliënte onsekerhede, huiwering en kostes kan meebring wat nooit in die hofverslae weerklank vind nie. □

"The census statistics that more than 40 per cent of European widows of the age of 41 years remarry should not be regarded as a starting point, but merely as one of the facts, to be considered along with all the other facts — one of which is that Cupid is notoriously incorrigible and unpredictable . . . Furthermore, the bare bones of these cold statistics do not reveal how long the widows had to wait before remarriage, possibly bereft of support the while . . . Moreover the marriage in the present case had survived the stresses and bliss of 15 years of partnership. Would a second marriage be as stable or as free from the disruptive incidence of divorce? A bird in the hand is worth two in the bush.

"I come to the melancholy but realistic appraisal that her prospects of remarriage are very substantially less than the trial court's gallant assessment."

Holmes JA in Legal Ins Co v Botes 1963 1 SA 608 (A)

⁵²1914 AD 293.

⁵³1973 *THRHR* 70 72-73.

⁵⁴a 385 van die Strafproseswet, 56 van 1955.

⁵⁵59 van 1959.

⁵⁶Deur a 36 van die Tweede Algemene Regswysigingswet, 94 van 1974.

⁵⁷*Ex parte Nell* 1963 1 SA 754 (A) 760; sien ook *Reinecke v Incorporated General Insurances Ltd* 1974 2 SA 85 (A); *Mahomed v Mahomed* 1976 3 SA 151 (T).

⁵⁸"No 'guidance' is more misleading, no 'kindly light' is more of a wil-o'-the-wisp than an obiter dictum sometimes contrives to be" (per lord Sumner in *Sorrell v Smith* (1925) AC 700 743). Sien ook *Cooke v New River Co* (1888) 38 Ch D 56 op 71.

⁵⁹Dr LC Steyn in 1967 *THRHR* 101 104-105.

Aantekeninge

WEDERREGTELIKHEID – 'N SKULDTOETS?

Ons howe het in 'n aantal onlangse beslissings¹ opnuut die geldigheid van 'n objektiewe toets² vir wederregtelikheid bevestig. Die vraag kan egter gestel word of die toets vir wederregtelikheid, en bygevolg vir regverdigingsgronde, altyd 'n objektiewe toets kan wees en of dit soms ook 'n subjektiewe toets, of liever, 'n skuldtoets³ is. By die behandeling van hierdie vraag sal daar gelet word op die inhoud van die objektiewe toets vir wederregtelikheid.

In ons strafreg word aanvaar dat 'n handeling wederregtelik is indien dit strydig met 'n verbods- of gebodsbepaling van die gemene of statutêre reg is.⁴ Op die vraag hoe die wederregtelikheid van 'n handeling bepaal word, verskaf De Wet die volgende antwoord:

“Of gedrag geoorloof of ongeoorloof is, word gewoonlik sonder verwysing na die gesindheid van die handelende persoon bepaal. Die vraag is of die handeling, objektief beskou, regmatig of wederregtelik is, en in die geval van 'n regverdigingsgrond, of daar, objektief beskou, omstandighede bestaan wat die gedrag regverdig.”⁵

Hy noem enersyds die voorbeeld van 'n skerpregher wat sy vonnis op die veroordeelde voltrek, menende dat hy sy bevoegdhede oorskry en andersyds dié van die man wat sy buurman se beeste doodskiet, menende dat hy geregtig is om dit te doen omdat hulle in sy lande pla, en sê dat die hanedling in die eerste voorbeeld regmatig en dié in die tweede voorbeeld wederregtelik is.⁶

¹*S v Ntuli* 1975 1 SA 429 (A) 436; *S v Pretorius* 1975 2 SA 85 (SWA) 89; *S v Nyokong* 1975 3 SA 792 (O) 794; *S v Motileleni* 1976 1 SA 403 (A) 406.

²Sien n 14.

³Om verwarring te voorkom, word die term “skuldtoets” eerder as die term “subjektiewe toets” gebruik, eerstens omdat die toets vir skuld, afhange van die skuldvorm nalatigheid of opset is, objektief of subjektief kan wees en tweedens omdat daar 'n verskil tussen die objektiewe toets vir wederregtelikheid en die objektiewe toets vir skuld is. Wat lg betref, verklaar J Neethling en ADJ van Rensburg 1973 *THRHR* 427 433 tereg: “'n Handeling is deliktueel onregmatig, al dan nie, op grond van die werklike gevolge en die werklike omringende omstandighede daarvan . . . 'n Handeling is daarenteen nalatig al dan nie op grond van die gevolge wat in die toekoms daaruit mag voortvloei en op grond van wat die dader omtrent daardie moontlike gevolge en die omringende omstandighede vooraf geweet het of behoort te geweet het . . .” Vgl NJ van der Merwe 1975 *SALJ* 174 182; JJ Reyneke 1974 *SALJ* 310 313; n 14.

⁴JC de Wet en HL Swanepoel *Strafreg* (3e uitg) 69; EM Burchell en PMA Hunt *South African Criminal Law and Procedure* Vol I 278. Vgl NJ van der Merwe en PJJ Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (2e uitg) 60-1 wat 'n redelikheidskriterium vir onregmatigheid stel en JMT Labuschagne 1974 *De Jure* 108 114 se siening dat die wederregtelikheidsbegrip sinoniem is met die misdaads- of delikspleging.

⁵aw 69. Vgl Van der Merwe en Olivier aw 70.

⁶aw 69.

Daarmee wil De Wet egter nie te kenne gee dat die gesindheid waarmee die dader handel vir die wederregtelikheidsvraag nooit van belang is nie. As voorbeeld van 'n geval waarin die gesindheid van die dader wel van belang is om te bepaal of hy wederregtelik of regmatig handel, noem hy die negotiorum gestor wat sy buurman se huis oopbreek om sy lekkende waterleiding reg te maak, en sê dat hy slegs in die bedoeling waarmee hy handel onderskei kan word van die skelm wat sy huis binnedring met die doel om daar iets te gaan steel.⁷ Die verskil tussen die twee soorte gevalle is duidelik. In die eerste twee gevalle is die handeling van die dader, ongeag die aan- of afwesigheid van skuld, steeds regmatig of wederregtelik, terwyl in die derde geval die handeling regmatig is juis omdat skuld ontbreek.⁸ Die onderliggende rede hiervoor is eenvoudig dat in die eerste twee gevalle die skuld van die dader geen bydrae lewer tot die bepaling van die regmatigheid of wederregtelikheid van sy handeling nie, terwyl in die derde geval die regmatigheid van die handeling nie bepaal kan word sonder die inagneming van die skuld van die dader nie. In die eerste twee gevalle is die regmatigheid of wederregtelikheid van die handeling objektief bepaalbaar omdat die handeling op sigself in stryd met 'n verbodsbepaling van die reg is. In die derde geval is daar egter niks in die handeling op sigself wat op regmatigheid dui nie. Dit is slegs as die handeling gekoppel word aan die afwesigheid van skuld dat die regmatigheid daarvan blyk.

Ook Burchell en Hunt is voorstanders van 'n objektiewe toets vir wederregtelikheid.⁹ Hulle noem egter een uitsondering op hierdie toets, nl dat:

“The accused cannot benefit from knowledge which he possesses and which a reasonable man might not have”.¹⁰

Dit is volgens hulle die geval by bv noodweer, waar die beskuldigde weet dat die aanval op hom regmatig is in omstandighede waarin die redelike man die aanval as wederregtelik sou beskou het.¹¹ Hierdie sg uitsondering is geen uitsondering nie. Die feit dat die beskuldigde bewus was van die regmatigheid van die aanval op hom in omstandighede waarin die redelike man verkeerdelik sou geglo het dat die aanval wederregtelik is, dra niks by tot die bepaling van wederregtelikheid nie. Die punt is dat die beskuldigde se handeling hier, sonder inagneming van sy gesindheid, in elk geval wederregtelik is omdat dit nie aan die vereistes vir noodweer voldoen nie. Al wat sy gesindheid in hierdie geval doen, is om die objektiewe wederregtelikheid van sy handeling subjektief¹² te bevestig.

Alhoewel hierdie uitsondering die enigste op die objektiewe toets vir wederregtelikheid is wat Burchell en Hunt pertinent stel, blyk dit dat hulle, in navolging van ons howe, ook by putatiewe regverdigingsgronde 'n

⁷*ibid.*

⁸Vgl die omgekeerde geval van A en B hieronder, waarin A se handeling, ook al skyn dit objektief regmatig te wees, mî vanweë die skuld waarvan dit vergesel gaan, wederregtelik is.

⁹a w 105-6. Hulle stel dit soos volg: “[T]he unlawfulness of the act is judged objectively without reference to the state of mind of the accused.”

¹⁰a w 279.

¹¹*ibid.* Vgl 292 i.v.m. noodtoestand.

¹²“Subjektief” in die sin van opset as skuldvorm.

skuldtoets toepas. Waar die dader bv by noodweer verkeerdelik onder die indruk is dat die aanval op hom wederregtelik is, is sy handeling volgens hulle regmatig as hy redelikerwys glo en die redelike man in sy posisie sou geglo het dat die aanval op hom wederregtelik is.¹³ Dat 'n skuldtoets hier, net soos in die geval van die vorige sg uitsondering, oorbodig is, behoef kwalik enige betoog. 'n Regmatige aanval verander tog nie skielik in 'n wederregtelike aanval net omdat die dader verkeerdelik glo en die redelike man in die posisie van die dader verkeerdelik sou geglo het dat die aanval op hom wederregtelik is nie.¹⁴ Die objektiewe toets vir wederregtelikheid werk hier, net soos in die geval van die vorige sg uitsondering, heeltemal bevredigend.¹⁵ In ieder geval is die enigste verskil tussen die vorige sg uitsondering en die onderhawige een dat die beskuldigde in die eerste geval weet dat die aanval op hom regmatig is, terwyl die dader in die tweede geval dit nie weet nie.¹⁶

¹³a w 279-80. Vgl 292 i v m noodtoestand en 300 i v m handeling op bevel.

¹⁴Sien n 3. Soos uit die voorgaande blyk, hou die objektiewe toets vir wederregtelikheid geen verband met skuld nie, terwyl die objektiewe toets vir skuld 'n skuldtoets is. Die onderskeid tussen 'n objektiewe toets vir wederregtelikheid en 'n objektiewe toets vir skuld is ongelukkig nie altyd deur ons howe raak gesien nie. In *Motteleni* se saak supra, om maar een voorbeeld te noem, was die beskuldigde onder die indruk dat die oordelede op die punt was om hom aan te val. Sonder om op die vraag in te gaan of daar inderdaad 'n dreigende aanval op die beskuldigde was, verklaar wn ar Galgut 406: "[O]ne cannot say that, in the light of the events which had gone before, the accused was not justified in his fears" (my kursivering); en dit nadat die geleerde regter sy goedkeuring oor die objektiewe toets vir wederregtelikheid uitgespreek het. Soos De Wet a w 86-87 met verwysing na noodtoestand aantoon, gaan dit by die wederregtelikhedsvraag nie om die vrees van die beskuldigde nie, maar om sy nood. Sy vrees is hier, indien dit aan die vereistes vir feitedwaling voldoen, 'n skuldsluitingsgrond en nie 'n regverdigingsgrond nie. Vgl J Neethling 1975 *THRHR* 301 302 oor die *Pretorius*-saak supra. T J Scott 1972 *Scintilla Juris* 29 31 se standpunt dat die objektiewe toets vir onregmatigheid en die objektiewe toets vir skuld dieselfde is, is aan dieselfde kritiek onderhewig. Vgl n 15. Die beswaar is hier nie gerig teen die toepassing van 'n skuldtoets as sodanig by die bepaling van wederregtelikheid nie, maar teen die onnodige toepassing van 'n skuldtoets waar die objektiewe toets vir wederregtelikheid bevredigend werk.

¹⁵Om hierdie rede kan ook nie met Scott a w 30 saamgestem word waar hy putatiewe noodweer aan noodweer gelykstel nie. Sy argument dat die dader hom by putatiewe noodweer nie op 'n afwesigheid van skuld kan beroep waar hy 'n absolute verbieding oortree nie, gaan nie op nie. Die beginsel waarop absolute verbiedinge berus, is die algehele verontagsaming van die skuldvereiste (in die sin van opset of nalatigheid) vir strafregtelike aanspreeklikheid. Dit deug dus nie om via 'n nalatigheidstoets vir wederregtelikheid skuld as vereiste vir absolute verbiedinge in te voer nie. Afgesien hiervan, gaan dit by putatiewe noodweer gewoonlik om 'n feitedwaling en indien Scott se standpunt as korrek aanvaar sou word, sou 'n nalatigheidstoets vir wederregtelikheid die dader van aanspreeklikheid onthef omdat feitedwaling in ons reg 'n verskoningsgrond is. Word Scott se betoog egter uitgebrei na ander putatiewe regverdigingsgronde, soos bv statutêre bevoegdheid, blyk dit dat 'n nalatigheidstoets vir wederregtelikheid die dader gewoonlik nie van aanspreeklikheid sal onthef nie omdat dit dan om 'n regs-dwaling gaan, en regs-dwaling is in ons reg normaalweg geen verskoningsgrond nie. Dus selfs al sou die nalatigheidstoets vir wederregtelikheid as juis aanvaar word, sou dit die dader slegs in gevalle van feitedwaling van aanspreeklikheid onthef en nie in gevalle van regs-dwaling nie – ook nie by absolute verbiedinge nie. Ten slotte, aangesien die aanval by noodweer objektief beoordeel word sonder verwysing na die skuld van die aanvaller, behoort die verdediging ook objektief beoordeel te word.

¹⁶In die eerste geval sal die dader dus nie aanspreeklikheid op grond van n afwesigheid van skuld vryspring nie en in die tweede geval wel.

Sonder om enigsins op volledigheid aanspraak te maak, kan die aandag nog gevestig word op die volgende gevalle waarin die gesindheid van die dader die wederregtelikheid of regmatigheid van sy handeling bepaal of behoort te bepaal:

Eerstens, by regverdigingsgronde moet die dader doelbewus ter beskerming van 'n regsbelang of in die uitvoering van 'n regsplig optree. Doen hy dit nie, is sy handeling wederregtelik in die lig van die skuld waarmee dit gepaard gaan, ook al skyn sy gedrag, objektief gesproke, regmatig te wees. So behoort die persoon op wie 'n wederregtelike aanval gemaak word doelbewus in noodweer te handel alvorens hy hom op noodweer as 'n verweer kan beroep. Hiermee stem De Wet nie saam nie. Volgens hom is daar geen rede waarom 'n handeling wat die afweer van 'n wederregtelike handeling is, as ongeoorloof beskou moet word net omdat die verdediger dit nie as 'n noodweershandeling bedoel het nie.¹⁷ Burchell en Hunt steun in beginsel De Wet se siening op grond daarvan dat dit in ooreenstemming met die objektiewe toets vir wederregtelikheid is, maar meen tereg dat dit in die praktyk tot ongewenste resultate kan lei.¹⁸ Waar A bv met die opset om B te vermoor B skiet en dood, terwyl B self, sonder dat A daarvan bewus was, op daardie oomblik op die punt was om A te skiet, sou A se handeling volgens De Wet se siening objektief 'n handeling in noodweer wees. Om hierdie gevolgtrekking te vermy, doen Burchell en Hunt aan die hand dat A hier op grond van noodweer nie aan moord nie, maar aan poging tot moord skuldig is.¹⁹ Wat hierdie onderskeid aan die saak verander, is nie duidelik nie. Die vraag is hier of A se “noodweershandeling” hom van aanspreeklikheid aan moord onthef. Om A aan poging tot moord skuldig te bevind, los die probleem nie op nie. Inteendeel, 'n skuldigbevinding aan poging tot moord het juis tot gevolg dat die onwenslike resultaat wat Burchell en Hunt probeer vermy, intree, nl dat A aanspreeklikheid aan moord vryspring. Van noodweer kan hier geen sprake wees nie. A is skuldig aan moord omdat hy die opset gehad het om B se dood wederregtelik te veroorsaak en dit gedoen het. Die feit dat B toevallig op daardie tydstip besig was om 'n wederregtelike aanval op A te pleeg, kan hier nie as verskoningsgrond vir A dien nie, eenvoudig omdat hy homself nie verdedig het nie. Die blote feit dat twee persone mekaar gelyktydig aanval, beteken nie noodwendig dat die een se handeling 'n aanvalshandeling en die ander se handeling 'n verdedigingshandeling, of andersom, is nie. Dit mag wees dat albei die persone se handelinge, soos dié in die onderhawige geval, aanvalshandelinge is en die enigste manier waarop vasgestel kan word of 'n persoon se handeling in omstandighede soos hierdie 'n verdedigingshandeling is, is om te vra na die gesindheid waarmee die handeling verrig word, maw of dit as 'n verdedigingshandeling bedoel word of nie.

Tweedens, by nalatige mediese handeling of nalatige bestuur bv is die nalatigheid van die dader ter sake by die bepaling van die wederregtelikheid van sy handeling. Solank as wat die geneesheer bevoeg is om die pasiënt te behandel, die nodige toestemming daartoe het ens, en solank as wat die

¹⁷a w 76. Vgl Van der Merwe en Olivier a w 71 n 23.

¹⁸a w 276 n 50.

¹⁹ibid.

motorbestuurder 'n lisensie het, die verkeersreëls gehoorsaam ens, kan nie beweer word dat die mediese behandeling as sodanig of die motorbestuur as sodanig wederregtelik is nie. Wat die mediese behandeling en die motorbestuur hier wederregtelik maak, is die gesindheid waarmee dit gepaard gaan. Die verbodsbepaling van die reg is maw nie gerig teen mediese behandeling as sodanig of motorbestuur as sodanig nie, maar teen nalatige mediese behandeling en nalatige motorbestuur. Voordat die handeling in hierdie gevalle as wederregtelik bestempel kan word, moet dit gekoppel wees aan skuld.²⁰

Derdens, by ondeugdelike poging is die handeling op sigself ook nie wederregtelik nie. Die verkoop van 'n bottel water, byvoorbeeld, of die afbring van 'n dooie foetus is nie wederregtelik nie, tensy dit gepaard gaan respektiewelik met die opset om sterk drank onwettig te verkoop of die opset om 'n lewende foetus af te dryf.²¹ By putatiewe poging, daarenteen, maak die opset van die dader om 'n wederregtelike handeling te verrig sy handeling nie wederregtelik nie en voldoen die objektiewe toets vir wederregtelikheid.²²

Vierdens, by deelneming, waar daar spesifieke eienskappe van die dader vereis word ingevolge die misdadomskrywing, bepaal die skuld waarmee 'n medepligtige handel die wederregtelikheid van sy handeling as hy nie aan die vereistes vir daderskap voldoen nie. Waar die misdaad by vereis dat die dader 'n werkgewer moet wees en 'n werknemer bevorder die misdaad van 'n werkgewer, is die werknemer se handeling op sigself nie wederregtelik nie omdat die verbods- of gebodsbepaling van die reg nie teen hom gerig is nie. Sy bedoeling om die misdaad van die werkgewer te bevorder, maak egter sy handeling wederregtelik, sodat die toets vir wederregtelikheid ook hier skuld is.

Uit bostaande blyk dus dat daar 'n aantal gevalle is waarin die objektiewe toets vir wederregtelikheid geen uitsluitel gee oor die wederregtelikheid of regmatigheid van 'n handeling nie, veelal omdat die handeling as sodanig nie in stryd met 'n verbods- of gebodsbepaling van die reg is nie en soms omdat die objektiewe toets vir wederregtelikheid tot ongewenste resultate lei.²³ In hierdie gevalle is 'n skuldtoets nodig of wenslik om die wederregtelikheid of regmatigheid van 'n handeling te bepaal. By die skuldtoets is die vraag of die dader opset of nalatigheid tav die wederregtelikheid van sy handeling gehad het of nie, maw was dit sy bedoeling om wederregtelik te handel of nie, of sou die redelike man in sy posisie bewus

²⁰Dit spreek vanself dat die skuldvorm in hierdie gevalle opset ipv nalatigheid kan wees. Hierbenewens dien opgemerk te word dat waar genoemde nalatige mediese behandeling of nalatige motorbestuur 'n bepaalde gevolg, soos dood of beserings, teweegbring, sodanige gevolg wel objektief wederregtelik is.

²¹Vgl Burchell en Hunt a w 380 en 387. Die rede hiervoor is dat die toets by ondeugdelike poging 'n subjektiewe eerder as 'n objektiewe toets is. Die posisie is dieselfde by ondeugdelike uitlokking.

²²Dit geld ook tav putatiewe uitlokking.

²³Bv waar die objektiewe toets onreg of onbillikheid tot gevolg het, soos in die geval van A en B hierbo.

gewees het van die wederregtelikheid van sy handeling of nie?²⁴ Is die wederregtelikheid van 'n handeling nie objektief bepaalbaar nie, moet 'n skuldtoets in werking gestel word. Is die wederregtelikheid van 'n handeling wel objektief bepaalbaar, maar lei dit tot ongewenste resultate, moet die objektiewe toets laat vaar word en 'n skuldtoets aangewend word. Verskaf die objektiewe toets vir wederregtelikheid egter 'n duidelike antwoord en lei dit nie tot ongewenste resultate nie, is daar geen rede vir die toepassing van 'n skuldtoets nie.

F F W VAN OOSTEN
Universiteit van Pretoria

'n Mens kan vir hom die lewe aangenaam maak deur aan die geregtigheid te glo. Naas die voortreffelikheid dat dit 'n menslike deug is, besit die geregtigheid die wesentlike eienskap dat dit nie duidelik gedefinieer kan word nie. Regverdig is wat as reg beskou word, en oor hierdie "reg" kan in die vereniging van goeie mense geen twyfel bestaan nie. Tot die genootskap van goeie mense het elkeen toegang wat nie betuig dat hy 'n slegte mens is nie. Die ervaring leer dat elkeen dit met homself oor hierdie punt eens is. Derhalwe kan die wese van die geregtigheid presies bepaal word: hy wat anders as die goeie mens handel, is sleg; die slegte moet vervolg en sover moontlik uitgeroei word, en dit is geregtigheid.

Daar die meeste mense hul geregtighedsdrang bevredig wil sien sonder hulself te moet bemoei, is besondere beboeders van die geregtigheid ingestel. Op hierdie manier word die enkeling vrygestel van nadenke oor skuld en onskuld en kan die aanhangers en beamptes van die justisie met die geregtigheid ongestoord alleen wees. Ten einde 'n beroepspraktyk te ontwikkel het die mense ooreengekom dat die slegte bestraf en die goeie nooit beloon moet word nie.

*Vertaal uit Hans Rothe oor die karikaturis Honoré Daumier –
Daumier und die Justiz*

²⁴Dit gaan hier dus om die wederregtelikheidsbewussyn van die dader.

Vonnisse

WESTERN BANK v IANNONE 1976 2 SA 774 (O)

Opeisbaarheidsklousule – finansieringskoste – vermindering van

Hierdie vonnis is een van 'n groot aantal van die afgelope tyd wat die opeisbaarheidsklousule en die gevolge van die inwerkingtreding daarvan behandel. Ten spyte van die leek se besliste geloof dat alles met 'n wet reggestel kan word, blyk dit dat die wetgewer ten aansien van hierdie onderwerp wetgewing aangeneem het wat tot groot verwarring aanleiding gegee het en dat eers by die uitspraak van die vonnis in hierdie saak daar duidelikheid oor van die vernaamste fasette van die betrokke wetgewing, naamlik die Wet op die Beperking en Bekendmaking van Finansieringskoste, 1968 gekom het.

Die opeisbaarheidsklousule is 'n beding wat by 'n afbetalingskontrak voorkom en wat bepaal dat as die skuldenaar in gebreke bly om 'n paaiement betyds te betaal die skuldeiser alle uitstaande paaiemente dadelik kan opeis. Vir die skuldeiser hou dit die voordeel in dat hy dan slegs eenmaal oor al die uitstaande bedrae hoef te litigeer. Vir die skuldenaar hou dit die vanselfsprekende gevolg in dat hy die krediet waarvoor die kontrak voorsiening maak, verbeur en dat hy dadelik die uitstaande bedrag moet betaal.

Afgesien van die genoemde gevolg is daar ook die ongunstige uitwerking van die inwerkingtreding van hierdie klousule ten aansien van enige finansieringskoste (rente) wat by die paaiemente ingesluit is. Dit kan naamlik gebeur dat die skuldeiser, in plaas daarvan om die verskuldigde finansieringskoste van tyd tot tyd te debiteer, die finansieringskoste wat oor die terugbetalingstydperk betaal sal word uit te werk, by die kapitale som te voeg en dan die hele bedrag in paaiemente wat min of meer gelyk is in te deel. As die opeisbaarheidsklousule in so 'n geval in werking tree, sal dit die gevolg hê dat die skuldeiser geregtig word op betaling van 'n som geld wat rente of finansieringskoste wat normaalweg eers in die toekoms betaalbaar sou word, insluit. Dit bevoordeel die skuldeiser in die sin dat hy 'n aanspraak het op meer as wat hy by reëlmatige nakoming van die kontrak sou gekry het en dit benadeel die skuldenaar in die sin dat hy dadelik finansieringskoste op geld waarop hy nie geregtig is nie, en moet terugbetaal, verskuldig is.

Dadelik sal mens dink dat hierdie geval deur die Wet op Strafbedinge van 1962 gereël word sodat die skuldenaar die hof kan vra vir 'n vermindering van die finansieringskoste wat vooruit betaal moet word. (Kyk *Western Credit Bank Ltd v Kaje* 1967 4 SA 386 (N); *Claude Neon Lights (SA) Ltd v Schlemmer* 1974 1 SA 143 (N); *Premier Finance Corporation (Pty) Ltd v Steenkamp* 1974 3 SA 141 (D); *Western Bank Ltd v Lester & McLean* 1976 4 SA 200 (OK) waar 'n vermindering van rente na inwerkingtreding van 'n opeisbaarheidsklousule ter sprake was.) Die gevolgtrekking is egter onderhewig daaraan dat die verhouding tussen die partye nie deur die Wet op

die Beperking en Bekendmaking van Finansieringskoste gereël word nie. Die gemelde wet bevat bepalings wat op die onderhawige soort situasie betrekking het en dit is gevolglik 'n geregverdigde uitleg dat die wet insake strafbedinge nie van toepassing is vir sover die besondere wet van toepassing is nie (*Western Bank Ltd v Van der Merwe* 1976 4 SA 119 (SWA) 123 en vonnis daar gemeld).

Die wet insake finansieringskoste bevat verskeie artikels wat in verband met opeisbaarheidsklousules ter sprake gebring is. Artikel 6 handel oor die vermindering van paaieimente by vervroegde betaling, artikel 5 beperk die som wat van die skuldenaar (synde een op wie die wet van toepassing is) verhaal kan word en artikel 4 handel oor die bedrag wat by versuim om te betaal verhaalbaar is. Hierdie artikels handel elkeen oor 'n besondere onderwerp maar is nou verwant omdat die wet as 'n geheel uitgelê moet word en die inhoud en betekenis wat daar aan die een artikel gegee word die betekenis en inhoud van die ander beïnvloed. As artikel 6 byvoorbeeld die skuldenaar op die voorgeskrewe vermindering van finansieringskoste in ons probleemgeval geregtig maak, dan moet dit ingereken word by die bedrag ingevolge artikel 5 verhaalbaar; en as die bykomende finansieringskoste waarvoor artikel 4 voorsiening maak vanaf 'n sekere tydstop begin te loop, dan is dit 'n vraag of dit nie in aanmerking geneem moet word by die uitleg van artikel 5 nie. Ongelukkig het die probleme inherent aan die uitleg van sulke verbandhoudende artikels aanleiding gegee tot uiteenlopende en weersprekende uitsprake. Ons sal vervolgens aandag gee aan die verskillende gewysdes in verband met die uitleg van die betrokke artikels. En vanweë die belang van die sentrale artikel 5 sal ons eers kortliks die relevante gedeeltes daarvan aanstip.

“(1) 'n Gelduitlener of kredietgewer verkry in verband met 'n geldleningstransaksie of 'n krediettransaksie nie vonnis vir of verhaal nie op 'n geldopnemer of kredietopnemer, 'n bedrag wat groter is nie as die som van—

- (a) die hoofskuld aan hom deur die geldopnemer of kredietopnemer verskuldig;
- (b) . . .
- (c) finansieringskoste op die hoofskuld . . .
- (d) bykomende finansieringskoste bereken op die wyse in artikel 4 voorgeskrif: . . .”

Die probleem was hoe om die verhaalbare finansieringskoste te bereken. Moes dit bereken word soos in die kontrak uiteengesit of moes dit bereken word tot op die tydstop waarop die opeisbaarheidsklousule in werking getree het of miskien tot op die tydstop waarop die hoofskuld vereffen is? As dit bereken word tot op die tydstop wat daar in die kontrak vir die duur van die lening afgespreek word, sit mens met die vraag welke verligting die hof aan die skuldenaar kan bied as hy voor die afgespreekte tyd betaal. En in hierdie verband was dit voor die handliggend om na die artikel wat met vervroegde betalings handel te kyk. As dié artikel van toepassing was, sou dit die verlangde verligting bied en die geldigheid van die berekening nie teenstaan nie. Maar die hof het tot die gevolgtrekking gekom dat hierdie artikel (wat voorsiening maak vir 'n vermindering van $7\frac{1}{2}\%$ p j) slegs van toepassing is waar die skuldenaar vrywillig voor die opeisbaarheidswording van die skuld betaal en dat dit nie van toepassing is waar die skuldenaar ingevolge 'n opeisbaarheidsbeding verplig is om alle paaieimente vooruit te betaal nie (*Western Bank Ltd v Rautenbach* 1974 4 SA 960 (OK); *Western Bank Ltd v Adams*

1975 4 SA 648 (K); *Western Bank Ltd v Woodroffe* 1976 1 SA 482 (N); *Western Bank Ltd v Iannone* 1976 2 SA 774 (O); *Premier Finance Corporation (Pty) Ltd v Ward* 1976 2 SA 816 (T); *Western Bank Ltd v Van der Merwe* 1976 4 SA 119 (SWA)). Die ratio is eenvoudig dat die artikel van toepassing is, volgens sy bewoording, waar die skuld “in paaiemente oor ’n tydperk in die toekoms betaal moet word en die finansieringskoste deel van daardie paaiemente uitmaak” terwyl die skuld na die inwerkingtrede van die opeisbaarheidsklousule dadelik ten volle en nie in paaiemente in die toekoms betaalbaar is nie (*Woodroffe* se saak supra 484 en *Ward* se saak supra 821). Hierdie vertolking is deur ’n volbank van die Transvaalse hooggeregshof verwerp in *Western Bank Ltd v Hammond* (1975 2 SA 625 (T)) waar daar gekonkludeer is dat die finansieringskoste bereken moet word op die tydstip waarvoor die kontrak voorsiening maak maar dat as die skuldenaar vooruit betaal hy op die afslag van artikel 6 geregtig is. Hierdie vertolking is egter weer deur ’n ander volbank van die Transvaalse hof verwerp juis omdat dit met die artikel se bewoording strydig is (die *Ward*-saak supra). Daarmee is dit, wat artikel 6, betref uit en gedaan.

Ten aansien van die omvang van die verhaalbare finansieringskoste bied artikel 5 geen direkte hulp nie. Volgens die woordomskrivingsbepaling (artikel 1) is die finansieringskoste basies die verskil tussen die hoofskuld en die bedrag verhaalbaar in terme van die ooreenkoms as geldwaardige teenprestasie, uitgesonderd sekere bedrae wat of by die hoofskuld ingesluit word of uitdruklik uitgesluit is. Die finansieringskoste is dan die bedrag wat die skuldenaar moet terugbetaal bo en behalwe die skuld ingevolge sy ooreenkoms. Waar die opeisbaarheidsklousule in werking gestel word, is die finansieringskoste die verskil tussen die somtotaal van die paaiemente en die geldskuld (met uitsondering van die bedrae waarvoor spesiale reëlings bestaan). Die volgende vraag sou dan wees of die skuldeiser hierdie finansieringskoste ten volle kan verhaal.

Die hoewe het egter ’n benadering aanvaar wat die saak baie ingewikkeld gemaak het. In *Western Bank Ltd v Rautenbach* supra word vonnis verleen nie vir die bedrag van die uitstaande paaiemente nie, maar vir die bedrag van die hoofskuld en dan finansieringskoste teen die koers waarop ooreengekom is vanaf die datum waarop die skuld aangegaan is (die geld oorbetal is) tot op die datum van betaling. Hierdie benadering is gevolg in *Western Bank Ltd v Van der Merwe* supra maar om die een of ander onverklaarde rede word die finansieringskoste bereken nie vanaf die datum van die oorbetalings van die geld aan die skuldenaar nie, maar vanaf die datum waarop die opeisbaarheidsklousule in werking tree. Miskien was die gedagtegang dat die paaiemente wat tot op daardie tydstip betaal is reeds voorsiening maak vir die finansieringskoste tot op daardie tydstip, maar waarom hulle dan in daardie saak ten volle van die hoofskuld afgetrek word, bly dan onverklaar.

Die gemelde benadering is verwerp in *Western Bank Ltd v Hammond* supra waar die hof onderskei tussen die sogenaamde gebruikstydperk (*actual use period*) en die kontrakstydperk (*contractual loan period*). Die uitgangspunt van die hof is dat artikel 6, wat die skuldenaar ’n vermindering van finansieringskoste toelaat, werk met finansieringskoste bereken oor die hele tyd-

perk van die kontrak en dat telkens waar daar sprake is van finansieringskoste dit gesien moet word in verband met die tydperk waarvoor die ooreenkoms voorsiening maak. Die gevolg is dat die skuldeiser geregtig is op die volle finansieringskoste soos ooreengekom. Ten aansien van die vraag of die skuldenaar op enige verligting geregtig is, kom die hof tot die gevolgtrekking, verkeerdelik soos reeds geblyk het, dat hy op die vermindering geregtig is waarvoor artikel 6 voorsiening maak.

Die beslissing in die *Hammond*-saak is gou bevraagteken en by herooring deur 'n ander volbank omvergewerp. In *Premier Finance Corporation (Pty) Ltd v Ward* supra word daar beslis dat die tydperk vir die berekening van finansieringskoste eindig by die betaling van die skuld. Die hof verwerp die gebruik van die begrippe "kontrakstydperk" en "gebruikstydperk" omdat hulle nie in die wet voorkom nie. Verder verwerp die hof die uitleg van die verskillende artikels wat voer tot die gevolgtrekking dat die maksimum finansieringskoste wat ingevolge die wet verhaal kan word, bereken moet word volgens die sogenaamde "kontrakstydperk". Die hof se standpunt is dat daar aan die vereistes van die wet voldoen is as daar finansieringskoste toegestaan word teen 'n koers wat nie die maksimum voorgeskrewe koers oorskrei nie.

Hierdie benadering word nie gevolg in Natal en die OVS nie. In *Western Bank Ltd v Woodroffe* supra kom die Natalse volbank tot die gevolgtrekking dat die eiser geregtig is op finansieringskoste "up to but not beyond the date of payment" (485E). Volgens die hof het die opeisbaarheidsklousule die uitwerking om die periode waaroor die finansieringskoste bereken word in te kort (486H). Alhoewel dit nie duidelik uitgespel word nie, wil dit voorkom asof die hof die finansieringskoste bereken het vanaf die datum waarop die skuld aangegaan is tot op die tydstip waarop die opeisbaarheidsklousule in werking gestel is. (Die "true amount" soos op laasgenoemde datum verskuldig word as saamgestelde bedrag toegeken; 'n bedrag soos herbereken.) Die uitspraak in *Western Bank Ltd v Iannone* supra is egter baie duideliker. Die Vrystaatse volbank stem saam met die gevolgtrekking "that the accelerated date of payment is, by necessary implication from the Act as a whole, the finite date for payment for calculation of finance charges in terms of section 5(1)(c)" (780G). Die hof ken aan die skuldeiser 'n bedrag toe wat bestaan uit die hoofskuld met finansieringskoste daarop teen die ooreengekome koers soos herbereken in die lig van betalings gemaak en met inagneming van die tydperk vanaf die geldlening tot by die inwerkingtreë van die opeisbaarheidsklousule.

Wil 'n mens die verskillende benaderings beoordeel, moet mens begin by die bewoording van die wet self. Artikel 5 sê nie hoe die finansieringskoste bereken moet word nie. Die woordomskriving sê wat finansieringskoste is en daarvolgens is dit die bedrag wat die skuldenaar bo en behalwe die hoofskuld moet terugbetaal ingevolge die ooreenkoms. Volgens die opeisbaarheidsklousule is die volle paaielemente terugbetaalbaar wanneer die klousule in werking tree en die finansieringskoste is dan dieselfde as wat betaal sou word as die klousule nie in werking getree het nie en die paaielemente soos ooreengekom betaal is. Daarmee eindig die saak nie, want volgens die wet kan jy nie meer finansieringskoste verhaal as wat daar toegelaat word nie.

Op hierdie stadium moet daar kennis geneem word van die begrippe “finansieringskostekoers” en “periode” omdat hulle relevant is met betrekking tot die berekening van die maksimum finansieringskoste toelaatbaar. Die “periode” word omskryf en is in ’n geval waar die skuld op ’n bepaalde of bepaalbare toekomstige datum betaal moet word, die tyd wat moet verloop tussen die datum waarop die transaksie aangegaan is en die datum waarop betaling van die geldsom moet geskied. In ons geval is dit die periode tot by die inwerkingtrede van die opeisbaarheidsklousule. Vir sover dit die paaielemente vooraf betref, is dit die tydperk wat tussen paaielemente moet verloop. Volgens artikel 2 van die wet kan die skuldeiser nie finansieringskoste wat die toelaatbare oorskrei “beding, eis of ontvang nie”. Vir die toepassing van hierdie artikel moet die werklike finansieringskostekoers, met inagneming van die betrokke periodes, bepaal word as ’n koers per jaar en dan vergelyk word met die toelaatbare finansieringskostekoers per jaar. Vir sover die werklike koers die toelaatbare oorskrei, is dit nie verhaalbaar nie.

In die mate wat die uitsprake van die houe aan hierdie benadering gevolg gee, kan hulle ondersteun word. Daar bestaan egter die indruk dat hulle op die ooreengekome koers (wat dikwels toevallig die maksimumkoers ook is) let sodat, hoewel hulle berekening op dieselfde matematiese antwoord sal uitloop, die grondslag daarvan ietwat verskil van die benadering hierbo. As die kontrak voorsiening maak vir die betaling van finansieringskoste teen ’n bepaalde koers wat dan gerieflikheidshalwe bereken word, is dit natuurlik finansieringskoste teen dié koers wat betaalbaar is en nie die somme soos bereken nie. Maar die opeisbaarheidsklousule verander sake, want hier gaan dit oor die bedrag wat betaalbaar is en nie langer finansieringskoste teen die bepaalde koers nie. As dit anders was, was dit bloot ’n kwessie om die kontrak uit te lê en dan by ’n antwoord uit te kom en was dit onnodig om die wet uit te lê ten einde te bepaal of die volle bedonge bedrag verhaalbaar is soos deur die opeisbaarheidsklousule bepaal.

Dit volg ook uit bogenoemde dat daar voorkeur gegee moet word aan die *Iannone*- en *Woodroffe*-beslissings en dat die benadering in die *Rautenbach*-, *Van der Merwe*-, *Hammond*- en *Ward*-sake nie onderskryf kan word nie.

Ten slotte: addisionele finansieringskoste. Artikel 4 maak voorsiening vir wat artikel 5(1)(d) bykomende finansieringskoste noem. Indien die skuldenaar versuim om die bedrag wat hy verskuldig is te betaal “op die tydstip waarop sodanige bedrag betaalbaar is”, kan die skuldeiser bykomende finansieringskoste kry, bereken met inagneming van die totale bedrag wat betaalbaar maar onbetaald is teen die finansieringskostekoers per jaar waarteen finansieringskoste aanvanklik op die hoofskuld gevorder is. In sommige vonnisse het die hof eenvoudig bykomende finansieringskoste “bereken soos deur artikel 4 voorgeskryf” toegeken sonder verdere besonderhede (*Western Bank Ltd v Rautenbach* supra; *Western Bank Ltd v Adams* supra; *Western Bank Ltd v Van der Merwe* supra). In *Western Bank Ltd v Hammond* supra word die bykomende finansieringskoste toegeken vanaf ’n datum in die toekomst, naamlik die datum waarop die laaste paaielement betaalbaar word. Hierteen kan daar die beswaar geopper word dat die rente met reg toegeken sou kon word op elke paaielement vanaf die datum waarop elkeen opeisbaar sou word, of geword het. Eers in *Western Bank Ltd v Woodroffe* supra geniet

die betekenis van artikel 4 besondere aandag in die uitspraak. Daar word tereg verklaar dat artikel 4 oor *moratore* rente (rente *a tempore morae*) handel vir die tydperk wat die versuim duur (487B-D). Hierdie rente word deur die hof bereken of toegeken vanaf die datum waarop die opeisbaarheidsklausule in werking tree, dit wil sê die datum waarop die skuld betaalbaar word. In *Premier Finance Corporation (Pty) Ltd v Ward* supra ken die hof, sonder bykomende motivering bykomende finansieringskoste op dieselfde manier toe maar ken ook, as gevolg van die hof se besondere uitgangspunt (wat ons reeds verwerp het), gewone finansieringskoste toe vanaf dieselfde datum tot by betaling, dit wil sê 'n bevel word gemaak waarvolgens die skuldeiser tweemaal die ooreengekome finansieringskoste kry vanaf die tydstip waarop die skuldenaar in *mora* verkeer. Hierdie verbasende bevel word uitgewys in *Western Bank Ltd v Iannone* supra 779F. Klaarblyklik is dit die bedoeling dat die bykomende finansieringskoste gewone finansieringskoste opvolg (die naam is vir die leek misleidend) en dat dit eers begin loop wanneer gewone finansieringskoste ophou om te loop. Die voordeel van die bepaling van artikel 4 is nie om die skuldeiser enige boeterente in die hand te stop nie, maar om hom *moratore* rente teen die besondere koers toe te ken op beide die hoofskuld en die verskuldigde rente. As die skuldenaar dus in *mora* verkeer vanaf die tydstip waarop die opeisbaarheidsklausule in werking tree, begin die rente dan loop en hou die gewone finansieringskoste dan op. As die skuldenaar eers in *mora* verkeer wanneer die paaientente inderdaad volgens ooreenkoms betaalbaar is (sonder om die opeisbaarheidsklausule in ag te neem), begin die bykomende finansieringskoste eers dan.

Die doel van hierdie bespreking was om aan te toon dat daar baie beslissings is wat die een artikel op 'n aanvaarbare manier uitleë en dan 'n ander op 'n onaanvaarbare manier. In *Western Bank Ltd v Iannone* supra het ons 'n beslissing wat aldrie belangrike artikels op 'n aanvaarbare manier vertolk.

D J JOUBERT
Universiteit van Pretoria

S v I AND ANOTHER 1976 1 SA 781 (RA)

Crimen iniuria – privaatheidskending – regmatigheid van

Die toepaslike feite in hierdie saak is kortliks die volgende: H was van sy vrou vervreem. Sy stel 'n privaatspeurder aan ten einde getuienis oor H se vermoedelike huweliksontrou in te win. Op die aand van die beweerde *crimen iniuria* het die privaatspeurder H se motor in die motorhuis van 'n sekere mev M ontdek. Nadat hy vasgestel het dat H en M hulle in M se slaapkamer bevind, stel hy H se vrou daarvan in kennis. Die privaatspeurder en H se vrou betrap H en M op heterdaad toe hulle deur die venster van die slaapkamer loer. Hewig ontsteld oor wat sy gesien het, het H se vrou saam met die privaatspeurder daarna die huis binnegedring deur 'n glaspaneel van 'n deur te breek en die deur van binne oop te sluit. In die magistratuurshof word H se vrou en die privaatspeurder op grond van 'n klagte van M onder andere aan *crimen iniuria* skuldig bevind. Teen hierdie bevinding word nou geappelleer.¹

¹Sien 782-3 van die verslag.

Ten aanvang wys hoofregter Beadle daarop dat daar geen twyfel bestaan nie “that the privacy of the complainant was invaded and that that invasion injured her dignity”.² Die reg op privaatheid is egter nie absoluut nie maar onderhewig aan baie beperkinge. Die kernvraag is gevolglik in welke mate die privaatheid van ’n persoon in omstandighede soos die onderhawige regmatig geskend kan word.³ Hierdie vraag moet volgens die hoofregter beantwoord word aan die hand van “the mode of thought prevalent amongst any particular community at any period of time”.⁴ By die toepassing van die *boni mores*-toets moet die hof dikwels botsende regsbeginnels met mekaar versoen. Die botsende beginnels wat in hierdie verband ter sprake is, blyk uit die volgende dictum:⁵

“How is an adulterous spouse who denies his adultery to be brought to book if he is not kept under observation and his privacy invaded? In the interests of society a balance must be struck. The protection of the rights of privacy of the persons committing adultery must not be carried to an extent which would enable them to commit adultery almost with impunity. On the other hand, too much latitude must not be allowed the injured spouse in her search for evidence lest, in her search, she invades the privacy of innocent persons and is guilty of committing another social evil, the invasion of the free-born man’s inborn right of privacy.”

Ten einde hierdie belange met mekaar te versoen, doen hoofregter Beadle vervolgens die volgende maatstawwe aan die hand:⁶

“In a case where one spouse suspects the other of committing adultery, which the guilty spouse denies, invasion of the privacy of the guilty spouse and of his paramour by the injured spouse may be justified where the injured spouse invades that privacy *solely* with the *bona fide* motive of obtaining evidence of the adultery, and the invasion is no more than is reasonably necessary for the purpose of obtaining that evidence. I stress here the word *solely* because, if the injured spouse knows that she already has, or that she clearly has the means of getting, other adequate evidence of adultery and her motive for invading the privacy of the guilty spouse is as much to embarrass them as for the purpose of obtaining evidence, then the invasion of privacy will not be justified. The evidential *onus* of proving her motive must rest on the injured spouse. In the event of the injured spouse inadvertently invading the privacy of innocent persons in circumstances which would normally expose her to a prosecution for the offence of criminal *injuria*, to avoid conviction an evidential *onus* will be on the injured spouse to show (a) that what she did she did solely with the *bona fide* motive of obtaining evidence of adultery; (b) that she had reasonable grounds for believing that she was not invading the privacy of innocent persons but was in fact invading only the privacy of the guilty party, and (c) that the invasion of privacy which occurred was no more than was reasonably necessary for the purpose of obtaining evidence of adultery.

In cases of this sort, the same principles apply to any agent lawfully engaged by the injured spouse for the purpose of obtaining the necessary evidence of adultery.”

In die lig hiervan beslis hy dat die beskuldigdes, deur deur die venster te loer, nie die reg op privaatheid van die klaagster gekrenk het nie. Hulle motief was naamlik slegs om getuienis aangaande H se owerspel in te win en

²783G; die vraag of die reg op privaatheid ’n selfstandige persoonlikheidsreg is dan wel aan die “dignity” (eer of waardigheid) gelyk gestel moet word, het ek reeds elders bespreek – sien 1976 *THRHR* 121 ev; vgl ook hoofregter Beadle se argumente op 783–4 van die verslag.

³op 784D.

⁴op 784H.

⁵op 786 C–D.

⁶op 787.

hierdie optrede het ook nie verder gegaan as wat in die omstandighede redelik noodsaaklik was nie. Die binnedringing van die huis, aan die ander kant, was egter nie redelikerwys noodsaaklik vir doeleindes van getuienis oor die owerspel nie en het klaarblyklik plaasgevind met die motief om H en die klagster in verleentheid te bring. Gevolglik word die beskuldigdes met betrekking tot laasgenoemde optrede aan crimen injuria skuldig bevind.⁷

Alhoewel daar in die algemeen met hoofregter Beadle se uitspraak saamgestem kan word, is sekere aspekte daarvan tog vatbaar vir kritiek en verdien dit dus nadere toeligting. As uitgangspunt kan aanvaar word dat die reg op privaatheid, soos trouens alle subjektiewe regte, noodwendig begrens word deur die regsbelange van ander regssubjekte en die openbare belang. Die omvang van die reg op privaatheid kan dus slegs bepaal word met verwysing na die regte van ander en in die lig van die regsorde as 'n geheel. Ten einde geregtigheid te laat geskied, moet die reg op privaatheid voortdurend teenoor ander regsbelange afgebaken word. Hierdie afbakingsproses geskied, soos die hoofregter tereg betoog, aan die hand van die redelikheidskriterium⁸ of die algemene regsgevoel van die gemeenskap (die toets van die boni mores).⁹ Om hierdie afbakingsproses te vergemaklik, het daar met verloop van tyd sekere praktiese middels, die sg regverdigingsgronde, uitgekristalliseer. Voorbeelde van tradisionele regverdigingsgronde wat by die reg op privaatheid ter sprake kan kom, is noodtoestand, noodweer, toestemming tot benadeling en uitoefening van 'n statutêre reg of amptelike bevoegdheid.¹⁰

Myns insiens het mens in die huidige geval met die regverdigingsgrond noodweer te make.¹¹ 'n Noodweershandeling bestaan daaruit dat die dader hom verset teen 'n onregmatige of dreigende onregmatige handeling ten einde sy geregverdigde belange te beveilig.¹² Alvorens die dader egter met 'n verweer van noodweer kan slaag, moet dit enersyds vasstaan dat die belang wat hy beveilig deur die privaatheid van die reghebbende te krenk, in abstracto gesien, inderdaad 'n *geregverdigde belang* is. Wat alles geregverdigde belange is, kan alleenlik met verwysing na die norme van die objektiewe reg bepaal word. Soos uit die uitspraak van hoofregter Beadle blyk, word die een gade se belang in die ander se huwelikstrou beslis as 'n geregverdigde

⁷op 789-90.

⁸Sien *Gosschalk v Rossouw* 1966 2 SA 476(W) 492.

⁹Sien ook *S v A and Another* 1971 2 SA 293(T) 299; *O'Keeffe v Argus Printing and Publishing Co Ltd and Another* 1954 3 SA 244 (K) 248 en *Rhodesian Printing and Publishing v Duggan* 1975 1 SA 590 (RA) 594-5; vgl in die algemeen my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* (Proefskrif 1976) 328 ev; dit is belangrik om daarop te let dat die vereistes vir crimen injuria soortgelyk aan dié vir siviele aanspreeklikheid is - sien in die algemeen Bliss *Belediging in die Suid-Afrikaanse Reg* (1933) 36 ev. Gevolglik kan ook van die siviele sake in die onderhawige verband kennis geneem word.

¹⁰Hierdie regverdigingsgronde kan eintlik almal tuisgebring word onder die begrip "uitoefening van 'n reg" - sien *Die Reg op Privaatheid* a w 329 332 ev.

¹¹Hoofregter Beadle identifiseer nie noodweer as die betrokke regverdigingsgrond nie, maar wys slegs daarop die "bevoorregte geleentheid" as regverdigingsgrond nie toepaslik is by "those occasions where the mode of thought of the community considers that, because of the reprehensible conduct of the complainant, the invasion of his privacy is justified in the particular circumstances of the case". (788-9).

¹²Sien Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1970) 69 ev; De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1975) 71 ev.

belang deur die reg erken. Andersyds moet die privaateidskending, in concreto gesien, redelikerwys die *noodwendige middel* ter beveiliging van daardie belang wees. Kan die belang dus op ander wyses voldoende beskerm word, is die privaateidskending ontoelaatbaar.¹³ Waar 'n man dus met buite-egtelike verhoudings doenig is en sodoende sy vrou se geregverdigde belang in sy huwelikstrou bedreig of inderdaad krenk, kan spioenering op sy aktiwiteite beslis in noodweer geregverdig wees.¹⁴

Staan dit vas dat die dader wel noodsaaklikerwys ter beveiliging van 'n geregverdigde belang handel, soos in die huidige geval, moet hy sy belang myns insiens steeds op 'n *redelike wyse* handhaaf.¹⁵ Van Heerden¹⁶ verklaar: "Redelikheid is in hierdie verband steeds 'n relatiewe begrip, dit veronderstel 'n afweging van die nut wat die gebruik van die dader meebring teenoor die nadeel wat die getroffene as gevolg daarvan ly." Faktore wat in hierdie opsig in die huidige geval 'n rol speel, is myns insiens die volgende:

Eerstens kan die *motief* of *oogmerk* waarmee die dader handel, 'n aanduiding van die onredelikheid van die uitoefening van 'n geregverdigde belang wees.¹⁷ In die Duitse reg is die motief van die dader trouens van deurslaggewende betekenis by die beoordeling van die onregmatigheid al dan nie van die krenkingshandeling.¹⁸ Staan dit egter vas dat die uitoefening redelik was, kan die motief, hoe kwaadwillig ook al, nooit die krenkingshandeling onregmatig maak nie.¹⁹ Aan die ander kant kan ook die beste motief, as die onredelikheid van die handeling vasstaan, nie die krenkingshandeling regverdig nie. Tereg verklaar appèlregter Schreiner²⁰ dan ook in 'n ander verband:

"For just as the best motive will not cure on otherwise illegal arrest so the worst motive will not render on otherwise legal arrest illegal."

Anders as wat Burchell²¹ te kenne gee, beklemtoon hierdie dictum myns insiens nie die "irrelevancy of motive" nie. Motief speel wel 'n rol by die vraag na onregmatigheid maar is beslis nie 'n alleenstaande faktor nie.

Tweedens (en myns insiens is dit die belangrikste faktor) moet die privaateidskending *nie groter wees as wat nodig is* om die geregverdigde belang te beveilig nie.²² Of die omvang van die aantasting inderdaad noodsaaklik

¹³Vgl De Wet en Swanepoel a w 76 met betrekking tot noodweer.

¹⁴Dit is die posisie in byvoorbeeld die Duitse reg – sien *Die Reg op Privaatheid* a w 83; aangesien mens ook in noodweer ter beveiliging van ander se belange kan optree (Van der Merwe en Olivier a w 71), geld wat met betrekking tot 'n gade-dader van toepassing is, ook met betrekking tot 'n aangestelde privaatspeurder.

¹⁵Die uitoefening van 'n reg op 'n onredelike wyse word ten onregte soms as misbruik van reg tipeer. Vir doeleindes van hierdie bespreking is dit onnodig om op al die beskouinge oor misbruik van reg in te gaan – sien in die algemeen Van der Merwe en Olivier a w 63 e.v.

¹⁶*Grondslae van die Mededingingsreg* (1961) 182.

¹⁷Ook hoofregter Beadle, soos opgemerk, benadruk hierdie faktor; vgl ook Van der Merwe en Olivier a w 67–8; Joubert en Van der Walt 1967 *THRHR* 376; De Wet en Swanepoel a w 69.

¹⁸Sien *Die Reg op Privaatheid* a w 78.

¹⁹Sien Van Heerden a w 182; vgl Van der Merwe en Olivier a w 67.

²⁰*Tose v Minister of Justice* 1951 3 SA 10(A) 17.

²¹1976 SALJ 270.

²²Sien De Wet en Swanepoel a w 77–8; Van der Merwe en Olivier 72 met betrekking tot

was, is 'n feitlike vraag. Burchell²³ se opmerking in hierdie verband verdien volle instemming:

"It is understandable that the spouse seeking evidence of adultery for a divorce should not be unduly hampered in her attempts to do so, *but it must also be borne in mind that circumstantial evidence of adultery may be sufficient. It is not necessary to go to the length of catching the guilty parties in the very act of adultery.*"²⁴

In die lig van hierdie faktor is die beslissings in *S v A and Another*²⁵ en *Epstein v Epstein*,²⁶ waar dit oor die plasing van meeluisteringsapparate in die man se afsonderlike woonstel en sogenaamde "rough shadowing" respektiewelik gegaan het, myns insiens korrek. In albei gevalle het die optrede verder gegaan as wat noodsaaklik was om die betrokke gade se belang in die ander se huwelikstrou te beveilig. Selfs in die huidige geval was nie alleen die binnedringing van die woning nie, maar myns insiens ook die loer deur die venster onnodig om getuienis oor die vermoedelike owerspel in te win²⁷ en gevolglik onregmatig. Die ontdekking van H se motor in M se motorhuis tesame met die bevinding dat H en M hulle in haar slaapkamer bevind het, was reeds voldoende om die vermoedelike owerspel te staaf. Gevolglik behoort die beskuldigdes op beide klagtes aan crimen iniuria skuldig bevind te gewees het.

Ten slotte verg die derde vereiste wat hoofregter Beadle vir die beoordeling van 'n geval soos die huidige stel, naamlik die geloof op redelike gronde dat slegs die skuldige party se privaatheid gekrenk word, nadere beskouing. Hierdie vereiste het myns insiens geen rol te speel by die vraag na die onregmatigheid al dan nie van die krenkingshandeling nie. Staan dit vas dat die een gade beslis die ander se belang in sy of haar huwelikstrou bedreig of inderdaad krenk en die uitoefening van die privaatheidskending redelik was, is laasgenoemde handeling regmatig onafhanklik daarvan of dit geskied het in die geloof op redelike gronde dat slegs die skuldige party se privaatheid gekrenk word. Die aanwesigheid van sodanige geloof, op redelike gronde al dan nie, dui myns insiens op die opsetvereiste van die onderhawige misdaad. Waar die betrokke gade dus glo dat sy slegs die skuldige party se privaatheid krenk – anders gestel, dat sy regmatig optree – en die krenkingshandeling in die lig van bostaande faktore onregmatig is, dan ontbreek onregmatigheidsbewussyn en bygevolg opset. In so 'n geval het mens met putatiewe noodweer te make.

Wat die Suid-Afrikaanse regspraak betref, is hierdie gebied nog grootliks onverkende terrein. Indien gevestigde regsbeginsele en -figure egter voor oë gehou en toegepas word, behoort die afbakening van die grense van die reg op privaatheid in die algemeen nie probleme op te lewer nie.

J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

noodweer; soos opgemerk, beklemtoon hoofregter Beadle ook hierdie faktor; vgl verder *Gosschalk v Rossouw* 1966 2 SA 476 (K) 492.

²³1976 SALJ 268.

²⁴My kursivering.

²⁵1971 3 SA 293(T).

²⁶1906 TH 87.

²⁷Sien ook Burchell 1976 SALJ 270; anders dus, soos gesien, as hoofregter Beadle se bevinding.

Boeke

THE LAW OF SOUTH AFRICA

BAND 1: Accountants and Auditors to Banking, Financial Institutions and Currency

Redakteur W A JOUBERT MA LLD

Advokaat van die Hooggeregshof, Professor in die Regte, Universiteit van Suid-Afrika Durban: Butterworth & Co (SA) (Pty) Ltd, 1976. xiv & 652 bl. Prys R44 per band, onderbewig aan verandering gedurende verloop van publikasie soos genoodsaak deur verhoogde koste

'n Suid-Afrikaanse *Corpus Iuris* – so sou ons die ensiklopediese *The Law of South Africa*, waarvan die eerste band teen die einde van verlede jaar verskyn het, graag wil noem. In die advertensiebiljet praat die uitgewers met geregverdigde trots van die mees ambisieuse en omvattende publikasieprojek op regsgebied wat ooit in Suid-Afrika aangepak is. Hulle deel ons verder mee dat dit oorspronklik die bedoeling was om die werk in albei landstale te laat verskyn, maar dat hierdie voorneme om praktiese redes ondoenlik geblyk het en dat derhalwe besluit is – om klaarblyklike redes – om die werk – vir die huidige altans – uitsluitend in Engels die lig te laat sien. Die verskyning van die openingsband is vir die Suid-Afrikaanse juristepublik 'n opwindende gebeurtenis en dit is met besondere vreugde dat ons die eerste deel van 'n unieke toevoeging tot ons regs literatuur in die *Tydskrif* – wat ook aan die stal van Butterworths behoort en wat onder redaksie van professor W A Joubert staan wat nou as redakteur van *The Law of South Africa* 'n enorme taak op sy skouers geneem het – verwelkom. Die uitgewers, die redakteur en die medewerkers verdien ons dank en ons gelukwense.

Daar kan geen twyfel wees nie dat die werk 'n plek by ons sal inneem vergelykbaar met dié van *Halsbury* in Engeland of *Staudinger* in Duitsland. Die werk beoog nie die verdringing van die gespesialiseerde handboeke nie maar wil as kompilasie 'n aanvullende plek langs hulle inneem en 'n gerieflike toegang tot die Suid-Afrikaanse reg as geheel verskaf. Die werk is in titels verdeel – daar is nege titels in die eerste band – en elke titel staan onder die naam van sy outeur. Elke titel is onderverdeel in paragrawe. Voetnote volg op elke paragraaf. Daar word gestrewe na eenvormigheid van styl en aanbieding, maar tog kan gekonstateer word dat die verskillende outeurs nie tot *homines fungibiles* gereduseer word nie. Die redaksionele en tegniese versorging van die werk is puik. Die drukstyl is beslis aangenaam op die oog, die bladsygrootte is gerieflik en die binder het seker gemaak dat die band opgewasse sal wees teen veelvuldige hantering.

Die titels wat in die eerste band opgeneem is, is gewy aan onderwerpe van wyd uiteenlopende aard, soos verwag kan word in 'n ensiklopediese werk waarin die onderwerpe in alfabetiese volgorde aan die beurt kom.

Afhangende van die individuele gebruiker se soort praktyk of akademiese doseeropdrag sal hy hom tot sekere titels meer dikwels wend as tot ander. Daar is titels waarin wettereg die oorheersende plek inneem, soos "Accountants and Auditors" (deur regter P J Rabie), "Agriculture" (deur professor Leonard Gering), "Banking, Financial Institutions and Currency" (deur professor Catherine Smith) en "Aviation and Air Transport" (deur regter C S Margo, dr A M Conradie en mnr R D Margo). Aan die ander kant is daar die titel "Agency and Representation" (deur professor J C de Wet) waarin die stof feitlik geheel en al uit ius bestaan. In die titel "Animals" (deur professore C G van der Merwe en M A Rabie) is ius en leges albei redelik sterk verteenwoordig. Die administratiefreg stel 'n vervlegting van ius en leges van 'n besondere soort daar en word deur professor Marinus Wiechers behandel in die titel "Administrative Law". Ons arbitrasiereg het wel 'n gemeenregtelike grondslag maar word deesdae tot 'n groot hoogte deur wetgewing bestryk. Hierdie afdeling van ons reg word deur professor Catherine Smith beskryf in die titel "Arbitration". Die titel "Associations" (deur regter L R Caney en mnr P E J Brooks) is uitsluitend aan gemeenregtelike universitates gewy.

Uit die aard van die saak konfronteer sommige van die onderwerpe hulle bearbeiders met 'n minder dankbare taak as ander. Des te meer is dit te begroet dat daar skrywers is wat bereid is om die behandeling van onderwerpe op hulle te neem wat so droog soos die sand van SWA/Namibia is. Aan hulle is ons besondere dank verskuldig. Hoewel hierdie leser groot waardering het vir die werk van elkeen van die bydraers, sal dit hom nie verkwalik word nie as hy die mening uitspreek dat die bydrae van die doyen van die Suid-Afrikaanse akademiese juriste oor ons verteenwoordigingsreg 'n skitterende juweel daarstel.

Ons sien uit na die verskyning van die volgende bande met die wete dat ons hoë verwagtinge nie teleurgestel sal word nie.

K SCHWIETERING
Universiteit van Stellenbosch

THE SOUTH AFRICAN LAW OF TRUSTS

deur TONY HONORÉ

*Tweede uitgawe, Juta & Kie Bpk, Kaapstad, Wynberg, Johannesburg,
1976; 508 bl; prys R44,00*

By die eerste verskyning daarvan in 1966 is hierdie bekende werk van prof Honoré enersyds verwelkom as "a quite exceptional contribution to South African legal literature and to jurisprudence" (R S Welsh QC in (1966) 83 *SALJ* 374); andersyds is aangevoer dat die boek "met groot omsigtigheid hanteer behoort te word" vanweë die feit dat dit "wemel van mistasting, wanopvattinge en foute", dat dit "verbysterende stellings" bevat wat "in stryd is met die grondidee van die trust in enge sin", en dat daar selfs soms "louter onsin" gepraat word (C P Joubert in (1968) 31 *THRHR* 124-146,

262–281). Dit is nie nodig om die meriete van hierdie aantygings weer op te haal nie: Honoré se eie antwoord daarop verskyn in (1969) 32 *THRHR* 126–133.

In formaat en sistematiek het die boek weinig verandering ondergaan. Die laaste hoofstuk oor “The Future of the Law of Trusts” val weg want, so voer Honoré in sy Voorwoord aan, “though the law stands in need of reform, there are other more appropriate places to advocate it”. Hoofstukke 13 en 14 word omgeruil sodat die laaste hoofstuk in die nuwe uitgawe, miskien meer logies, dié is oor “Trusts in the Conflict of Laws”. Die verskillende hoofstukke word nou onderverdeel in Afdelings (A, B, C ens) wat ongetwyfeld bydra tot helderder omlyning van die sistematiek. Die deurlopend genommerde paragrawe word behou maar die nommers van die paragrawe, behalwe in die eerste hoofstuk, stem nie ooreen met dié in die eerste uitgawe nie. My algemene indruk is dat die tweede uitgawe in geheel “lekkerder lees” as die eerste en ook met groter gemak as naslaanwerk gebruik sal kan word.

Daar bestaan vandag in Suid-Afrika waarskynlik honderde trusts en nuwes word steeds opgerig (vir syfers aangaande die getalle van geregistreerde trusts sedert 1954, sien die eerste uitgawe bl 9 n 60, tweede uitgawe bl 10). Ten spyte van die gewildheid van die trust in die praktyk, bly dit ’n verskynsel waarvan die teoretiese grondslag in ons reg onseker is en wat tot skerp meningsverskil onder juriste aanleiding gee – en soms skynbaar selfs tot ’n styging in die bloeddruk! Hierdie tweede uitgawe sal seker ook gemoedere gaande maak want Honoré handhaaf sy uitgangspunt dat positiesfregtelik “the trust is a single institution under which the ownership of the trust assets may not be vested in the administrator or trustee according to the form of the trust instrument”. In sy Voorwoord sê Honoré dat die trust en bewind in ons reg ineengevloei het en dat “this fusion has been sealed by legislation such as the Trust Moneys Protection Act 1934 and the Administration of Estates Act 1965”. Hy stel dit egter duidelik dat die “normale” (en dogmaties suiwerder?) vorm van trust dié is waar die trustee die eienaar is van die trustbates (bl 3–4).

Die spraak- en begripsverwarring in ons positiewe reg, en miskien ook die juistheid van Honoré se uitgangspunt, kan geïllustreer word aan die hand van ’n beslissing wat Honoré se arendsoog moes ontglim het want hy verwys nie daarna nie. Artikel 40 van die Boedelwet 66 van 1965 (wat art 61 van die ou Boedelwet 24 van 1913 herverorden en uitbrei) lui onder meer soos volg:

“(1) Indien ’n administrateur aangestel is om enige goed van ’n oorledene ingevolge sy testament te administreer . . . moet die eksekuteur–

(a) . . .

(b) die bepalings van die testament of verwysing daarna, vir sover dit op die administrasie betrekking het, teen die titelbewyse van die goed wat onroerend is, . . . laat aanteken, en . . . die titelbewyse . . . aan die administrateur aflewer.”

In *Registrar of Deeds (Natal) v Estate Shaw* 1928 AD 425 427 sê ar Curlewis met verwysing na art 61 van die ou Boedelwet: “The Registrar erred in thinking that an endorsement could in certain cases transfer the ownership.” Honoré (bl 203) kritiseer hierdie standpunt en sê “[t]he simplest view is that the effect of endorsement depends entirely on the terms of the will. If the will grants ownership, ownership is transferred. If it does not,

then the administrator obtains such lesser powers as the will bestows". Die standpunt van Honoré vind bevestiging in *Holness and Another NNO v Pietermaritzburg City Council* 1975 2 SA 713 (N). Op bl 719D sê r Shearer: "In the present case the will contemplates the transfer of ownership. The transfer from the executor to the administrators can only be effected by the endorsement, or by operation of law, in which case the endorsement registers the rights of ownership thus transferred. I must, therefore, respectfully disagree with the *dictum* referred to" (dws die *dictum* van ar Curlewis hierbo aangehaal).

Uit voorgaande is dit duidelik dat 'n mens volgens art 40 van die Boedelwet 'n administrateur of trustee kan hê wat òf eienaar van die trustgeld kan wees òf nie. Dit is ook interessant om daarop te let dat hoewel art 40 dit het oor 'n "administrateur" en sy "administrasie" van goed van 'n oorledene ingevolge sy testament, die kantskrif van die artikel lui: "Aantekening van testamentêre trusts teen titelbewyse en verbande." Dit is duidelik dat die bestaende situasie in ons positiewe reg dogmaties onsuiver en verwarrend is. Intussen gaan die wetgewer voort met die skepping van verdere verwarring deur die oprigting van statutêre trusts met regs persoonlikheid ('n onlangse voorbeeld is art 2(1) van die Wet op die Kakamastrust 107 van 1976).

Regspraak, wetgewing, boeke en artikels wat sedert 1966 verskyn het, is volledig bygewerk. Die inhoud van die boek het in die proses heelwat verandering ondergaan. Sommige gedeeltes is heeltemal oorgeskryf en uit talryke kleinere wysigings is dit duidelik dat elke sin in die boek deeglik heroorweeg is. Honoré benader die kritiek en die sienswyses van ander geleerdes met 'n oop gemoed en aarsel nie om af te wyk van standpunte wat hy in die eerste uitgawe ingeneem het nie. Die feit dat die trustee 'n amp beklee, word veel sterker beklemtoon en as gevolg daarvan beweeg Honoré baie nader aan die standpunt van C P Joubert dat die trustee in 'n verteenwoordigende hoedanigheid eienaar is van die trustbates – sien by par 170 op bl 210 ev in die tweede uitgawe vergeleke met par 164 op bl 202 ev in die eerste uitgawe. 'n Verdere gevolg van hierdie siening van die aard van die trustee se eiendomsreg is dat Honoré tans 'n ander standpunt inneem oor die gevolge van die insolvensie van die trustee. Hy beskou (op bl 405) die argumente wat aangevoer word (onlangs nog deur C P Joubert in (1975) 92 *SALJ* 22) ter ondersteuning van die sienswyse dat die trustbates nie in die insolvente boedel van die trustee val nie, as veel "weightier" as dié ten gunste van die teenoorgestelde standpunt wat hy in die eerste uitgawe onderskryf het.

Hoewel die hoofstuk oor "The Future of the Law of Trusts" wegval, lê Honoré in sy Voorwoord die vinger op die belangrikste probleme in ons trustreg. Hy spreek die hoop uit dat voordat 'n derde uitgawe van die boek nodig word, "we shall see some Verligte Aksie on these matters". Miskien sal hierdie hoop nie beskaam word nie want die Suid-Afrikaanse Regskommissie is tans besig met 'n ondersoek na ons trustreg.

Intussen bly hierdie boek met reg die standaardwerk oor die Suid-Afrikaanse trustreg. Vir regspraktisyns en andere wat met trusts gemoed is, is dit 'n onontbeerlike handleiding. Elke faset van die trust, die oprigting en

administrasie daarvan, die regte, pligte en remedies van die verskillende partye, die herroeping, wysiging en beëindiging van trusts, en les bes die belastinggaarder se belangstelling in die trust, word helder en in groot besonderhede bespreek.

Die tegniese versorging van die boek is puik. Oor die prys van R44,00 kan 'n mens maar net 'n sug van berusting slaak: in 'n tyd van voortdurende prysstygings kan 'n boek van hierdie aard seker nie teen 'n laer prys aan die betreklik klein Suid-Afrikaanse mark beskikbaar gestel word nie.

H J ERASMUS
Universiteit van Stellenbosch

THE LAW AND PRACTICE OF CONVEYANCING IN SOUTH AFRICA

by R J M JONES

*Second edition, Juta & Co Ltd Cape Town, Wynberg and Johannesburg, 1976;
pp xv and 675; price R45,00*

The first edition of this work was published in 1963. The author writes that he might be thought brave to go to print with a second edition now since the deeds offices are in a state of flux. This state is caused by awaited reports of committees and commissions of enquiry which may result in changes in the functioning of the deeds offices, by computerisation and the conversion of documents in deeds offices to microfilm. The author's implied thinking that the possible changes are unlikely for some years to render substantial portions of the book obsolete and that a new edition is needed, is likely to be correct.

The second edition has been revised and expanded. More examples of deeds and documents are given. A new index and, says the author, a "revised layout" make easier finding what is wanted. To call the changes the author has effected to the second edition "a revised form of layout" is an understatement. Few chapters of the book remain substantially as originally arranged. Much of the text has been rewritten and several chapters may be described as new because the contents have been presented in such a different and, indeed, refreshing way.

As in the first edition, the book is designed not only as a textbook for students taking conveyancing examinations – it contains typical examination questions and the answers to them – but as a guide to the practice of the deeds office. The work is suitable for the needs of articulated and conveyancing clerks and typists and provides a reliable reference book for use by conveyancers and by the staffs of deeds offices.

G G DENOON
Cape Town

Noodweg

C G van der Merwe en G F Lubbe

Universiteit van Stellenbosch

SUMMARY

Basic precepts of Roman and Germanic law having been stated, certain problems in respect of a way of necessity are investigated.

Originally Roman law recognised a way of necessity to reach a grave. Germanic law recognised a road of egress. Roman-Dutch law seems to have followed the Roman law but acknowledged certain ideas of Germanic law. South African law, again, has not distinguished the various historic sources of the law and their effects.

The various types of way of necessity, the circumstances under which they are granted, the ways in which they vest and the ways in which they are terminated are examined.

It is contended that Germanic law had a more socialized approach to the problem of a way of necessity and that this is reflected in modern South African law. This seems to indicate a greater role for ways of necessity in the future.

INLEIDING

Netelige probleme kan ontstaan in gevalle waar 'n grondstuk om die een of ander rede verbinding met openbare verkeersweë verloor en daar nie onderling tussen die eienaars van die aanliggende grondstukke ooreengekom kan word¹ omtrent 'n uitweg tot openbare verkeersweë nie. Sodanige ingeslotenheid kan ontstaan waar 'n publieke pad verlê of gesluit word,² waar as gevolg van natuurrampe 'n grondstuk van openbare verkeersweë afgesluit word,³ of waar grondstukke verdeel word op so 'n wyse dat 'n afgesnyde deel 'n verbinding met 'n openbare pad mis.^{4, 5} Omdat 'n ingeslote grondstuk behoorlike eksplorasie en ontwikkeling ontbeer, trag ons reg om ingevolge die instelling van noodweg "die elementêre reg wat enige grondeenaar vanweë die gemenerereg besit om ingang en uitgang na sy grond van sy bure te eis"⁶

¹In sodanige geval word 'n serwituut van weg deur ooreenkoms en registrasie gevestig.

²'n Gewone serwituut van weg verskil in belangrike opsigte van 'n noodweg. Sien *infra*.

³Sien o.a. *Trautman NO v Poole* 1951 3 SA 200 (K); *Bekker v Van Wyk* 1956 3 SA 13 (T).

⁴Sien o.a. *D 8 6 14 1* en *Trautman NO v Poole* 1951 3 SA 200 (K).

⁵Sien o.a. *Wilhelm v Norton* 1935 EDL 143.

⁶Die verdeling kan geskied as gevolg van die besluit van die eenaar van die grondstuk of ingevolge 'n bemaking of 'n ooreenkoms tussen mede-eienaars. In aldie hierdie gevalle ontstaan 'n stilswyende serwituut van weg by verdeling ten gunste van 'n agterste gedeelte oor die voorste gedeelte na die publieke pad. Sien o.a. Glück *Pandekten* (Erlangen 1796) Bd VII par 628. Hierdie standpunt word in die jongste Suid-Afrikaanse beslissing in twyfel getrek. Sien *infra*. Daarom kom onderverdeling as regsfeit waaruit 'n aansoek om 'n noodweg kan voortspruit hedendaags meer dikwels voor.

⁷Per regter Potgieter in *Maree v Raad van Kuratore vir Nasionale Parke* 1964 3 SA 727 (O) 730. Sien ook *Wilhelm v Norton* 1935 EDL 143 152.

te verweselik. Noodweg behels dan dat grondstukke onder sekere omstandighede selfs teen die wil van hul eenaars die verpligting opgelê word om deurgang aan die eenaar van buurgrond te verskaf.

Die oogmerk van hierdie bydrae is om aandag te gee aan die omstandighede ingevolge waarvan eiendom van grond op hierdie uitsonderlike wyse beperk word. Eerstens sal nagegaan word of ons reg verskillende soorte noodweë ken. Aan die hand hiervan sal die omstandighede waarin 'n noodweg verleen word ondersoek word. Verder sal ons bepaal op watter maniere 'n noodweg gevestig word en watter faktore beslissend is vir die bepaling van die rigting en inhoud van 'n besondere noodweg. Ten slotte sal nagegaan word in watter omstandighede die reg op 'n noodweg ten einde loop. Aangesien die talle teenstrydige standpunte omtrent die instelling voortspruit uit die feit dat die Suid-Afrikaanse noodweg 'n samesmelting is van die Romeins-regtelike *via ex necessitate* en die Germaansregtelike "uitweg" sal ons ten aanvang kortliks die historiese ontwikkeling daarvan skets.

HISTORIESE AGTERGROND

Tradisioneel word aangeneem dat die Romeinse reg behalwe in die uitsonderingsgeval van 'n reg van weg tot 'n graf (*iter ad sepulchrum*)⁷ nie die regsverskynsel van 'n noodweg geken het nie.⁸ Hierdie standpunt klop met die standpunt dat eiendom in die Romeinse reg individualisties, absoluut en uitsluitlik was en so min as moontlik beswarings deur middel van serwi-tuut of andersins wou akkommodeer. Die behoefte aan 'n noodweg was waarskynlik ook kleiner in die Romeinse reg as gevolg van die instelling van *limes*, ingevolge waarvan 'n spasie van vyf voet tussen grondstukke vir ploegdoeleindes en as publieke deurgang oopgelaat moes word.⁹ Uit nie-juridiese geskrifte van landmeters (*agrimensores*) blyk egter dat die instelling van 'n noodweg selfs in die Romeinse reg nie tot 'n *iter ad sepulchrum* beperk was nie.¹⁰ Die geskrifte¹¹ bevat aanduidings wat selfs in regs geskrifte neerslag gevind het,¹² dat die Romeine vroeg reeds 'n noodweg vir die publiek oor private grond erken het indien die *via publica* byvoorbeeld in die geval van 'n oorstroming onbegaanbaar geraak het. Daarbenewens be-

⁷D 8 6 4; 11 7 12 *pr*; 47 12 5; 11 7 10. Sien ook Glück *Pandekten* Bd VII par 628; Biondi "Passo Necessario" *Studi Besta* I 284 ev; Biondi *La Categoria Romana delle "servitutes"* 264 ev.

⁸Perozzi *Istuzioni di diritto romano* (2e uitg) I 635 ev; Bonfante *Corso di diritto romano* II 1 259 ev; Avangio-Ruiz *Istituzioni di diritto romano* (5e uitg) 181.

⁹Van daar die algemene reël soos vervat in C 3 34 11 (294 nC): "*Per agrum guidem alienum, qui servitutum non debet, ire vel agere vicino minime licet: uti autem via publica nemo recte prohibetur.*" Vir verdere besonderhede oor *limes* sien Fabricius *Paulys Realenzyklopadie der klassischen Altertumwissenschaft* 13; Brugi *Dottrine giuridiche degli agrimensori* 331 ev.

¹⁰Sien Levy *West Roman Vulgar Law: The Law of Property* 105 ev; Kaser *Das römische Privatrecht* I 407; Glück Bd VII par 628; Noodt *De Usufructu* Bd I 8.

¹¹Frontinus *De controversiis agrorum*; Hyginus *De condicionibus agrorum*. Ter sake tekste word aangehaal deur Levy 106 en 107. Die volledige teks van hierdie geskrifte verskyn in Bruns *Fontes Iuris Romani Antiqui* laaste gedeelte 85.

¹²D 8 6 14 1: "*Cum via publica vel fluminis impetu vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet.*" Party skrywers voer hierdie gedagte terug na die XII Tafels en rekonstrueer die bepaling soos volg: "*Viam munito; ni sam dilapidassint, qua volet iumentum agito.*" Sien Biondi "Passo Necessario" *Studi Besta* I 270.

staan gesag dat selfs 'n private noodweg oor buurground in die Romeinse reg reeds erken is in gevalle waar 'n ingeslote grondstuk andersins braak sou lê.¹³ In die lig van die individualistiese aard van Romeinsregtelike eiendom kan ons egter aanneem dat hierdie beginsel slegs tot gevalle van absolute ingeslotenheid beperk was.

Hoewel die Romeinse reg dus aanduidings bevat dat die regsverskynsel van noodweg nie slegs in die geval van 'n *iter ad sepulchrum* erken is nie, is die Romeins-Hollandse en Suid-Afrikaanse instelling van noodweg juis aan die hand van laasgenoemde voorbeeld van 'n noodweg uitgewerk.¹⁴ In die Romeinse reg kon 'n *iter ad sepulchrum* op een van twee maniere verkry word. Ten eerste kon die aanspraakmaker die grondeienaar in der minne versoek om aan hom 'n weg tot die graf toe te staan. Weier die buurman om tot 'n onderlinge reëling te kom, kon ingevolge 'n *rescriptum* van die keisers Antoninus en Severus met behulp van 'n buitengewone prosedure by die hof aansoek gedoen word om vestiging van 'n noodweg. Indien die toestand dit regverdig is 'n *iter ad sepulchrum* gewoonlik teen 'n redelike vergoeding aan die aanspraakmaker toegestaan. Op hierdie manier is 'n noodweg deur hofbevel gevestig.¹⁵

In teenstelling met die (oënskynlik) geringe toepassingsgebied van die instelling van noodweg in die Romeinse reg, het die Germaanse reg 'n algemene reg op *uitweg* geredelik erken. Hierdie soepel benadering van die Germaanse reg spruit uit die feit dat Germaanse privaateiendom uit 'n stelsel van gemeenskaplike eiendom ontwikkel het. Reste hiervan in die vorm van bureregtelike verpligtinge het verhoed dat die Germaansregtelike eiendomsbegrip tot dieselfde hoogte as die Romeinsregtelike absoluut en uitsluitlik was. Juis die verpligting van bure om wedersyds 'n reg van weg na die kerk, 'n begraaftplaas, die dorp of waar ook al te verleen, het lank nog bly geld.¹⁶ Hierdie toestand van sake word duidelik weerspieël deur die volgende algemene stelreël wat ook in die oud-Nederlandse streeks- en stadsregte neerslag gevind het:¹⁷ *das vordere Gut soll dem hinteren Weg und Steg geben.*

Met die resepsie van die Romeinse reg in Holland steun die Romeins-Hollandse skrywers op die *iter ad sepulchrum* om 'n algemene reg op noodweg te regverdig.¹⁸ Omdat dié instelling onontwikkeld is en baie ooreenkom-

¹³Siculus Flaccus *De conditionibus agrorum*. Ter sake gedeeltes word aangehaal deur Levy 106, 107 en Glück Bd VII par 628. Verdere aanduiding van 'n noodweg kan (dalk) in die volgende tekste gevind word: *D* 8 2 41; 30 81 3; 8 3 23 3.

¹⁴Sien oe Voet 8 3 4.

¹⁵Sien *Wilhelm v Norton* 1935 EDL 143 175.

¹⁶Sien oe Stobbe *Handbuch des Deutschen Privatrechts* II (3e uitg) par 101 332. Stobbe verwys na verskeie Germaansregtelike bronne soos Grimm *Rechtsalterthümer* 552 ev. sien verder Gierke *Deutsches Privatrecht* II par 126; Endeman "Notweg und öffentlicher Weg" *Festschrift Otto Gierke* II 952 en Figge "Der Notweg" 1961-62 *ACP* 410.

¹⁷Sien oa *Die Statute van 's Hertogenbosch* 1607 IX 43; Van Leeuwen *De Costumen van Rijnland* a 100 n 30. sien verder Fockema Andreae *Het Oud Nederlandsch Burgerlijk Recht* I 280 n 1. Dat die oud-Nederlanders ook 'n wyer interpretasie aan die term noodweg gegee het, blyk ook uit die feit dat die woord "not" waaruit die woord "notweg" saamgestel is in middel-Nederlands vee of dit wat by 'n plaas hoort, beteken het. sien Van Apeldoorn *WPNR* 3512, 186. Fockema Andreae I 281.

¹⁸Voet 8 3 4; Van der Keessel *Praelectiones ad Grotium* 2 35 7 en 8; Van Leeuwen *Censura Forensis* 1 2 14 34; Christinaeus *In Leges Municipales Mechlinienses* 14 51 2. Die volgende

ste met 'n persoonlike serwituut toon,¹⁹ word sommige beginsels van die Germaansregtelike uitweg daarop ingeënt. Die gevolg hiervan is dat die Romeins-Hollandse instelling van noodweg 'n tweeslagtige karakter vertoon wat in die Suid-Afrikaanse praktyk aanleiding gee tot verwarring wat betref die soorte noodweë, die omstandighede waarin 'n noodweg verleen word en die wyse waarop 'n noodweg gevestig kan word.

SOORTE NOODWEË

Wat die soorte noodweë betref, is in die Romeinse reg in geval van *iter ad sepulchrum* 'n onderskeid gemaak met betrekking tot die wyse waarop die *iter ad sepulchrum* gevestig is. 'n Noodweg kon naamlik in der minne deur onderlinge ooreenkoms (*precario peti*) tussen die partye gereël word of, indien geen ooreenkoms bereik kon word nie, kon deur gebruikmaking van 'n buitengewone prosedure (*extraordinaria interpellatio*) by die hof aansoek gedoen word om verlening van 'n noodweg.²⁰ Aan die hand van hierdie onderskeiding het die Romeins-Hollandse skrywers,²¹ gevolg deur die Suid-Afrikaanse regspraak,²² 'n heeltelmal nuwe onderskeid gaan soek tussen 'n periodieke of tydelike noodweg ("precarious way of necessity")²³ of noodweg ter bede) en 'n permanente noodweg. Die verskil tussen 'n periodieke en 'n permanente noodweg is dat 'n tydelike noodweg sonder vergoeding verkry kan word, terwyl 'n permanente noodweg slegs teen 'n redelike vergoeding toegestaan word. Verder verskaf die periodieke noodweg minder genotsbevoegdhede aan die aanspraakmaker in die sin dat hy slegs in noodsituasies daarom kan vra en die grondeienaar te eniger tyd die bepaalde pad wat by 'n vorige geleentheid as noodweg verleen is, kan verlé of kan omploeg. Anders as in die geval van die *iter ad sepulchrum*, wat in die Romeinse reg deur onderlinge ooreenkoms gevestig kon word, kan die aanspraakmaker van sowel 'n periodieke as 'n permanente noodweg in die Romeins-Hollandse en Suid-Afrikaanse reg by die hof aansoek doen dat sy reg op noodweg deur 'n hofbevel bevestig word.²⁴

Soos hierbo aangedui, onderskei die Suid-Afrikaanse regspraak duidelik tussen 'n permanente en 'n periodieke noodweg. Terselfdertyd onderskei

Europese Romanistiese skrywers steun ook die opvatting: Brunnean *Commentarius ad C* 3 34 14; Glück Bd VII par 628; Windscheid *Pandekten* par 212 n 6.

¹⁹Dit kan as 'n *servitus irregularis* ten gunste van die familie van die oorledene wat in die graf begrawe is, gekonstrueer word.

²⁰*D* 11 7 12 *pr* en hierbo.

²¹Hulle onderskei tussen 'n *ius viae plenum* en 'n *via precario*. Sommige onderskei in dier voege tussen 'n "noodweg" en 'n "uitweg". Sien Voet 8 3 4; Schorer *ad Grotium* 2 35 8; Grotius 2 35 7, 8, 12; Van Leeuwen *RHR* 2 21 8 en *Censura Forensis* 1 2 14 34, 39; Van der Aa *Inleiding tot de Hedendaagsche Hollandsche Regsgeleerdheid en Praktijk* 1 2 18 9, 10, 12; Zypaeus *Notitia Iuris Belgici sv de viis publicis*; Bocy *Woordentolk sv noodweg*; Pauw *Observationes Tumultuariarum Novae* II 989.

²²*Neilson v Maboud* 1925 EDL 26, 33; *Wilhelm v Norton* 1935 EDL 148 175-178; *Beukes v Crous* 1975 4 SA 215 (NK).

²³Hierdie woordgebruik dui heel waarskynlik op 'n verwarring tussen die manier van vestiging van 'n *iter ad sepulchrum* in die Romeinse reg en die aard van 'n periodieke noodweg in die Romeins-Hollandse reg. Dit is te betwyfel of die woord *precarium* op enigeen van hierdie plekke in sy tegniese betekenis as 'n vergunning ter bede gebruik word.

²⁴*Neilson v Maboud* 1925 EDL 26 33; *Beukes v Crous* 1975 4 SA 215 (NK) 221.

die regspraak nie tussen 'n permanente noodweg en 'n gewone serwituut van weg nie.²⁵ Onses insiens moet daar wel deeglik 'n onderskeid tussen 'n gewone serwituut en 'n permanente noodweg getrek word.²⁶ Eerstens kan 'n noodweg teen die wil van die eienaar²⁷ deur 'n hofbevel gevestig word; 'n gewone serwituut van weg ontstaan deur ooreenkoms tussen die partye voltooi deur registrasie, deur verjaring of deur enigeen van die ander maniere waarop 'n serwituut van weg ontstaan. Tweedens kan aanspraak op 'n noodweg gemaak word slegs wanneer dit redelikerwys noodsaaklik is; 'n gewone serwituut van weg kan ook verkry word in gevalle waar 'n heersende erf bloot 'n korter of geriefliker uitweg oor die dienende erf wil vestig. Derdens is die vergoeding wat ten opsigte van 'n noodweg betaalbaar is 'n redelike vergoeding en nie noodwendig dieselfde prys as dié waarop twee partye by die verlening van 'n reg van weg sou ooreengekom het nie. Vierdens kan 'n noodweg beëindig word indien geen noodsituasie meer bestaan nie te wete wanneer 'n heersende erf 'n redelike uitgang uit die openbare verkeerstelsel bekom; 'n gewone serwituut, daarenteen, bly in beginsel voortbestaan vir solank dit tot voordeel van die heersende erf strek.

Die Suid-Afrikaanse regspraak trek verder 'n duidelike onderskeid tussen 'n noodweg en 'n reg van weg wat slegs ter bede (*precario*) aan die eienaar van die dienende erf verleen is.²⁸ In laasgenoemde geval bestaan die reg van weg tot wederopsegging. Tot tyd en wyl die vergunning ingetrek word, kan die eienaar van die heersende erf nie op 'n noodweg aanspraak maak nie.²⁹

OMSTANDIGHEDE WAARIN 'N NOODWEG VERLEEN WORD

Die historiese ontwikkeling van die instelling van noodweg gee ook aanleiding tot botsende standpunte met betrekking tot die omstandighede ingevolge waarvan 'n noodweg verleen kan word. Voorstanders van die Romeinsregtelike gedagte van absoluutheid en onbeperktheid van eiendom beweer uit individualistiese oogpunt dat 'n noodweg slegs in geval van absolute ingeslotenheid of volstrekte onbereikbaarheid verleen moet word.

²⁵*Neilson v Maboud* 1925 EDL 26 33: "(It) is clear from Voet that payment is only to be demanded when a right of way amounting in fact to a servitude is sought". Sien ook *Wilhelm v Norton* 1935 EDL 143 178. In *Beukes v Crous* 1975 4 SA 215 (NK) praat regter Van den Heever te 221 van die verskil tussen 'n noodweg ter bede en 'n noodweg as *servituut*.

²⁶Sien die volgende uittaling in *Carter v Driemeyer* 1913 NPD 1 3: "Now the nature of a way of necessity must not be forgotten. It is a right which apart from any right of servitude the owner of the property has to pass over the property of adjoining owners to the nearest public road". Sien ook die uittaling in *Saner v Inanda Road Board* (1892) 13 NLR 225 227: "The road in question is not a by-road, or right of way which is a servitude by deed, prescription or dedication, but it is a way of necessity on the applicant's land for a necessary purpose in connection with his business".

²⁷Sien *Wilhelm v Norton* 1935 EDL 143 178: "It is obvious that Pothier, like Brunneman regards the compulsory grant of a *plenum ius viae ex necessitate* in return for a compensation in money as a compulsory sale . . ." Sien ook *Beukes v Crous* 1975 4 SA 215 (NK) 221.

²⁸Uit bostaande blyk dat die Romeine sodanige weg as 'n noodweg *precario* beskou het.

²⁹Vir voorbeelde van 'n reg van weg wat *precario* verleen is, sien *Uitenhage Divisional Council v Bowen* 1907 EDC 72 80 en *Lloyd v Oates* (1906) 27 NLR 60.

Voorstanders van die Germaansregtelike standpunt wat klem op die algemene belang lê, huldig weer die standpunt dat 'n noodweg nie slegs in gevalle van geografiese ingeslotenheid verleen moet word nie, maar ook in gevalle waar 'n geskikte uitweg onontbeerlik is vir die behoorlike eksploitasie en ekonomiese ontwikkeling van 'n grondstuk.³⁰

Uit die Romeins-Hollandse bronne³¹ blyk dit dat absolute ingeslotenheid in beginsel as uitgangspunt vir die verlening van 'n noodweg aanvaar word. Grotius verklaar soos volg:

“Alle landen die niet uit en koomen op de heere-weg ofte buirweg moeten bij ons noodweg hebben”.³²

Hiernaas dui sekere uitlatings van ander Romeins-Hollandse skrywers daarop dat 'n breër siening waarin algemene belang 'n rol speel, gehuldig word.³³ 'n Voorbeeld hiervan is die uitlating van Huber dat noodweg 'n instelling ter bevordering van die landbou is.³⁴ Die erkenning van 'n periodieke noodweg in oestye dui ook op 'n sterk invloed van Germaansregtelike denkbeelde.³⁵ Die skrywers is egter nooit bereid om 'n noodweg toe te staan op grond daarvan dat 'n bestaande uitweg bloot langer en meer ongerieflik is nie.³⁶ Dit strook ook met die uitlating van Van Leeuwen dat 'n persoon nie geregtig is op 'n noodweg indien 'n uitweg in die vorm van 'n publieke waterweg tot sy beskikking is nie.³⁷

'n Versoening tussen 'n individualistiese en 'n meer sosiale benadering tot die aangeleentheid is ook duidelik sigbaar in die Suid-Afrikaanse beslissings wat die omstandighede ingevolge waarvan 'n noodweg verleen word, ondersoek. Daar heers eensgesindheid dat 'n noodweg toegeken moet word in gevalle van 'n blokland, dit wil sê waar 'n erf heeltemal afgesny is van openbare verkeersweë. Aan die ander kant word ook saamgestem dat in gevalle waar 'n gerieflike uitweg na die publieke verkeersweë voor hande is in die vorm van 'n bestaande serwituut van weg of 'n reg van weg wat slegs tot wederopsegging verleen is, geen aanspraak op 'n noodweg gemaak kan

³⁰Sien in die algemeen Van Apeldoorn 3512, *WPNR* 185 en 3513, *WPNR* 197; Endemann 965, *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs* (1898) 3590–3591. Op 3591 word daarop gewys dat die algemene belang verydél sal word as grondstukke deur 'n groot aantal weë versnipper sal word indien noodweë te vryelik toegestaan word.

³¹Sien oa Grotius 2 35 8; Schorer *ad Grotium* 2 35 8; Van der Keessel *Praelectiones ad Grotium* 2 34 7 8; Voet 8 3 4; Van der Aa *Inleiding tot de Hedendaagsche Hollandsche Regtsgeleerdheid en Praktijk* 1 2 18 6, Boey *Woordentolk* sv Noodweg; Lybrechts *Redeneerend Vertoog* II XIV (bl 116) Zypaeus *Notitia Iuris Belgici de via publica in pr* (bl 219).

³²Grotius 2 35 8.

³³Van Leeuwen *Rooms-Hollands-Regt* 2 21 7; Van Leeuwen *Censura Forensis* 1 2 14 34; Huber *Hedendaagsche Rechtsgeleerdheid* 2 43 19; Christinaeus *In Leges Municipales Mechlienses* 14 15.

³⁴Huber 2 43 19.

³⁵Grotius 2 35 7; Boey sv Noodweg; Lybrechts *Deel* II hfstk XIV (bl 116); Van der Aa 1 2 18 9. Sien verder die Duitse skrywer Brunneman *Commentarius ad C* 3 34 14 en die *Pandektis Glück* Bd VII par 628.

³⁶Sien hieroor die *Pandektis Glück* Bd VII par 628.

³⁷*Rooms-Hollands-Regt* 2 31 8 10 12.

word nie.³⁸ Menings loop egter uiteen oor die omstandighede ingevolge waarvan 'n noodweg ten spyte van die beskikbaarheid van 'n ander uitweg wat nie redelikerwys in die behoeftes van die blokland kan voorsien nie, verleen kan word.

In *Saner v Inanda Road Board*³⁹ het die padraad bevind dat hoewel ene Smith se grondstuk nie blokland was nie, hy nietemin geregtig was om 'n pad oor Saner se grond as 'n noodweg te gebruik ten einde toegang te verkry tot 'n openbare pad. Sodoende sou suiker verwerk in 'n fabriek op die grondstuk by die naaste spoorwegstasie gelewer kon word. Die alternatiewe uitweg na 'n ander spoorwegstasie was langer, maar nie prakties onbruikbaar nie. Die onderliggende rede vir die beslissing van die padraad, wat deur die hof gehandhaaf word, blyk inderdaad te wees dat die weg wat toegestaan is nodig was vir die optimale eksploitasie van die grondstuk.⁴⁰ Hierdie benadering lyk in verskeie opsigte baie wyd. In latere beslissings is dan ook beklemtoon dat die grondeienaar nie noodwendig 'n aanspraak het om langs die gerieflikste weg by die openbare pad te kom nie.⁴¹ Nietemin is die beginsel dat 'n noodweg verleen solank "no other reasonable and sufficient access" tot openbare verkeersweë bestaan nie, bestendig.⁴² Of die beskikbare uitgange redelikerwys genoegsaam is, word uitgemaak meestal met verwysing na die geskiktheid daarvan vir die verwesenliking van die ekonomiese bestemming van die betrokke grondstuk.⁴³

Teenoor hierdie benadering staan die standpunt ingeneem in *Trautman NO v Poole*,⁴⁴ naamlik dat *noodsaak* die toets is vir die verlening van 'n noodweg en dat nie bloot geoordeel moet word in die lig van "what is reasonably required" nie.⁴⁵ Regter Steyn beroep hom in hierdie verband veral op 'n beslissing van lord De Villiers in *Van Schalkwyk v Du Plessis*⁴⁶ waar 'n strenge toets gestel word: Alleenlik waar die alternatiewe roete so moeilik

³⁸Dit maak nie saak dat die vergunning te eniger tyd opgehef kan word nie. Eers nadat die vergunning ingetrek is, kan die eienaar aanspraak maak op 'n noodweg indien omstandighede dit regverdig. Sien *Gray v Gray and Escourt Road Board* (1907) 28 NLR 151 154 en 155. Sien *Uitenhage Divisional Council v Bowen* 1907 EDC 72 80 en *Lloyd v Oates* (1906) 27 NLR 60 (m.b.t. 'n reg van weg wat *precario* verleen is).
³⁹(1892) 13 NLR 225.

⁴⁰277.

⁴¹*Ellman v Werth* (1899) 16 SC 173; *Lloyd v Oates* (1906) 27 NLR 60; *Gray v Gray* (1907) 28 NLR 151 154; "He is not entitled to go by the best and nearest road as long as he has a reasonably sufficient one, and there is nothing to show that he has not"; *Uitenhage Divisional Council v Bowen* 1907 EDC 72 79; *Carter v Driemeyer* 1913 NPD 1 5-6: "Access through land to the nearest main road does not necessarily mean the shortest possible cut from a person's house to the nearest main road".

⁴²Aanvanklik slegs in Natal en heel waarskynlik na aanleiding van die wetgewing i.v.m. padrade wat noodweë kon verleen: *Gray v Gray* 1907 28 NLR 151; *Carter v Driemeyer* 1913 NPD 1; *Illing v Wodehouse* 1925 NPD 166.

⁴³Sien veral *Lentz v Mullin* 1921 EDL 268 270: "[T]o enable him, if he is a farmer, to carry on his farming operations". Sien ook *Neilson v Maboud* 1925 EDL 26.

⁴⁴1951 3 SA 200 (C).

⁴⁵207: "A via necessitatis is awarded on the basis of what is necessary and not merely because it is reasonably required". Volgens hom is dit verkeerd om die toets van "reasonableness as opposed to necessity" toe te pas. Sien ook *Van Rensburg v Coetzee* 1975 2 SA 320 (T) 321.

⁴⁶17 SC 454.

is dat dit prakties onmoontlik is om gebruik daarvan te maak, sal die beskikbaarheid daarvan nie die verlening van 'n noodweg verhinder nie.⁴⁷ Gesien saam met die uitlating van regter Maasdorp in dieselfde saak dat "a *via necessitatis* only means that a man must have some means of getting to his property"⁴⁸ sou die *Van Schalkwyk*-beslissing miskien die indruk skep van 'n meer individualistiese siening van die kwessie van noodweg as die voorgaande beslissings wat ons bespreek het.⁴⁹ 'n Nadere beskouing van dié beslissing toon egter dat die hof insien dat die probleem by noodweg wesenlik daarin bestaan dat 'n reëling getref moet word wat die optimale benutting van die betrokke grondstuk verseker. Van Schalkwyk se aansoek om 'n deurgang misluk nie bloot omrede die alternatiewe uitgang, hoewel langer, meer ongerieflik en belemmerend vir sy boerdery,⁵⁰ nie prakties onmoontlik was nie maar veral omdat die buurgrond 'n smal bewerkte stuk grond was.⁵¹ Die ongerief wat die gebruik van die bestaande roete vir Van Schalkwyk ingehou het, was na die mening van die hof nie van so 'n ernstige aard dat dit die bewaring wat vir die buurgrond uit die verlening sou volg, kon regverdig nie. Volgens hierdie interpretasie is die *Van Schalkwyk*-saak nie in botsing met 'n sosiale benadering van die aangeleentheid nie.

Ook ander beslissings wat in die rigting van 'n streng individualistiese standpunt neig, voer hierdie standpunt nie tot sy logiese konsekwensies nie. So beslis r Hathorn in *Illing v Woodhouse*⁵² uitdruklik op gesag van die *Van Schalkwyk*-saak dat die blote bestaan van 'n alternatiewe uitweg nie 'n aanspraak op noodweg uitsluit indien die bestaande weë nie bloot absoluut fisies nie, maar hoogstens "practically impossible" was.⁵³ Van uiterste belang is om daarop te let dat hierdie besluit geneem word omdat die bestaande weë ontoereikend geblyk het vir die voer van 'n doeltreffende boerdery op Illing se plaas. Ook in die *Trautman*-beslissing word, sonder dat die aangeleentheid pertinent beslis word, aanvaar dat 'n noodweg in ander omstandighede as absolute geografiese ingeslotenheid kan bestaan en die houding is kennelik dat volgens 'n verkeersmaatstaf wat ag slaan op die benutting van die blokland vir landboudoeleindes geoordeel moet word. Hierbenewens is *Van Schalkwyk* se saak 'n belangrike uitbouing van hierdie benadering deurdat die hof beklemtoon dat die vraag of 'n noodweg verleen behoort te word nie slegs gaan om die vraag of behoorlike benutting van die blokland verkry kan word deur die verlening van die weg nie, maar dat ook gelet moet word op die behoeftes van aanliggende grondstukke.

Samevattend kan gesê word dat 'n noodweg verleen sal word in gevalle van geografiese ingeslotenheid, maar dat hierbenewens noodweg ook te pas kom waar beskikbare alternatiewe weë nie die ekonomiese behoeftes

⁴⁷464.

⁴⁸403.

⁴⁹Sien Wille *Principles of South Africa Law* (6de uitg) 220 vir 'n ekstreme standpunt.

⁵⁰Sien die feite van die saak.

⁵¹464: "But the inconvenience to the plaintiff is not so great as to justify the court in putting the defendants to the still greater inconvenience of having a cattle-track through their narrow and cultivated strip of land".

⁵²1925 NPD 166.

⁵³Sien ook *Neilson v Mabond* 1925 EDL 26 32-33; *Natal Parks Game & Fish Preservation Board v Maritz* 1958 4 SA 545 (N).

van 'n grondstuk bevredig nie. Die belange van die omringende erwe word egter ook in aanmerking geneem en hoe groter die beswaring wat uit die verlening van die noodweg vir die dienende erf volg, hoe sterker moet die behoeftes van die blokland wees alvorens 'n noodweg toegestaan sal word.

Die vraag of deurgang *ex necessitate* benewens na 'n openbare pad ook verleen kan word om verbinding met 'n belangrike openbare vervoermiddel soos die spoorweg te bewerkstellig, het buite Natal nog feitlik geen aandag geniet nie. In die Natalse wetgewing word die padraad uitdruklik gemagtig om 'n noodweg na 'n spoorstelsel te verleen sonder dat 'n openbare pad hoegenaamd op die spel kom.⁵⁴ Hoewel hierdie reëling al by geleentheid bestempel is as 'n uitbreiding van die gemene reg is dit moeilik in te sien waarom in ander provinsies tot 'n ander beslissing gekom sal word: Die gemeenregtelike gesag dui immers daarop dat naas paaie iets soos openbare waterweë ook in gedrang kom.⁵⁵ Indien 'n beginsel te formuleer is, kan gesê word dat ingevolge die instelling van noodweg deurgang tot 'n openbare *verkeersmiddel* verkry kan word sonder dat openbare paaie of waterweë vir besondere behandeling uitgesonder hoef te word. Hoewel noodweg in Suid-Afrikaanse beslissings dan gewoonlik genoem word in verband met toegang tot 'n openbare pad, kan hieruit beswaarlik afgelei word dat hierdie uitlatings enigsins beoog om 'n substantiewe vereiste vir noodweg daar te stel.

Die implikasies van sodanige uitbreiding is dat 'n noodweg na 'n spoorwegstasie as doelpunt ook verleen kan word indien boerderydoeleindes dit regverdig en al bestaan 'n redelik effektiewe verbinding met 'n publieke pad. In *Illing v Woodhouse*⁵⁶ word dan ook sodanig beslis:

“Surely, if there is a railway station close to the man's farm, is he not entitled to reasonably necessary means of access to that station if he wants a station, just as if he wanted to get to a road he is entitled to reasonably necessary means of access to the road?”⁵⁷

Let daarop dat boerdery-belange ook in hierdie saak 'n deurslaggewende rol gespeel het.

Die Suid-Afrikaanse regspraak is verdeeld oor die vraag of die doelwit van 'n noodweg noodwendig beperk is tot openbare verkeersweë. In *Trautman v Poole*⁵⁸ is verklaar dat 'n ondersoek na gemeenregtelike gesag geen aanknopingspunt toon vir die stelling dat 'n noodweg verleen kan word ten einde 'n eenaar in staat te stel “to proceed to any part of his property”. 'n Teenoorgestelde houding word ingeneem in *Natal Parks Board v Maritz*,⁵⁹ ewe eens aan die hand van die gemene reg. In hierdie saak wou die Natalse parkeraad graag 'n verkenningspos op 'n afgeslote gedeelte van die wildreservaat vestig ten einde wilddiefstal te bekamp. As gevolg van die aanwesigheid van 'n diep kloof was die afgeslote gedeelte prakties byna onbereikbaar. Daarom doen die parkeraad aansoek om 'n noodweg oor buur-

⁵⁴a 17(b), Natalse wet 35 van 1901.

⁵⁵Van Leeuwen *Rooms-Hollands-Regt* 2 31 8 10 12.

⁵⁶1923 NPD 166.

⁵⁷170.

⁵⁸1951 3 SA 200 (K) 208.

⁵⁹1958 4 SA 545 (N).

grond ten einde die twee gedeeltes van die wildreservaat met mekaar te verbind en sodoende patrolling van die afgeslote gedeelte moontlik te maak. Die hof beslis ten gunste van die parkeraad. Alhoewel regter Holmes se beslissing miskien versoen kan word met die enge standpunt deur te argumenteer dat dit bloot daarom gaan om 'n gedeelte van 'n grondstuk in verbinding te plaas met 'n openbare pad *via* die gedeelte wat nie afgeslote is nie, skyn dit darem asof die regter voel dat 'n noodweg slegs sonder sodanige rasionalisasie te pas kan kom. Die regter beklemtoon die kwessie van nood wat bepaal word na aanleiding van die vraag of die grondstuk sonder die noodweg effektief benut sal kan word met inagneming van die gepaardgaande belemmering vir die dienende erf. Dit blyk uit sy uitspraak dat die dienende erf selfs bevoordeel sou kon word deur die verlening van die noodweg omdat patrolling van die afgeslote gedeelte ook diefstal op die dienende erf sou kon verminder.⁶⁰ Alhoewel bedenkinge ingebring kan word teen die slotsom dat die gemene reg genoegsame steun vir sodanige uitbreiding van die instelling van noodweg bied, pas hierdie uitbreiding goed in by 'n sosiale siening van die kwessie van noodweg.⁶¹

Vanselfsprekend kan 'n persoon nie aanspraak maak op 'n noodweg indien hyself die noodsituasie geskep het nie:

“For otherwise a person could by design place himself in a position where he could virtually expropriate some of his neighbour's real rights.”⁶²

As hy byvoorbeeld afstand doen van 'n bestaande serwituut van weg of meewerk om 'n publieke pad gesluit te kry⁶³ of 'n brug afbreek met die oogmerk om om 'n noodweg aansoek te doen, sal sy aansoek van die hand gewys word. Die posisie is dieselfde as hy 'n bestaande uitweg met 'n gebou versper⁶⁴ of wanneer hy 'n stuk grond afverkoop met die uitsluitlike bedoeling om 'n beroep op 'n noodweg moontlik te maak.

Waar 'n verbinding wat 'n grondstuk wel met 'n openbare pad het ontoereikend blyk te wees vanweë die ligging van die eienaar se huis of plasing van sy boerderyaktiwiteite op die grondstuk, het ons met 'n soortgelyke probleem te doen. In *Carter v Driemeyer*⁶⁵ is in hierdie verband verklaar:

“If he chooses to build his house in an inaccessible spot, he cannot claim a way of necessity through a neighbour's land if his land abuts on a sufficient right of way to a public road.”⁶⁶

Of die beginsel van hierdie tipe geval ongekwalfiseerd behoort te geld, word nie deur die hof uitgemaak nie. Daar word egter ter oorweging gegee

⁶⁰op 459 van die verslag.

⁶¹Hierdie vraag het ook ter sprake gekom in *Van Schalkwyk v Du Plessis* 1900 17 SC 454 464.

⁶²Per r Dowling in *Bekker v Van Wyk* 1956 3 SA 13 (T) 14.

⁶³Sien feite van *Bekker v Van Wyk* 1956 3 SA 13 (T).

⁶⁴*Ross Executors v Ritchie* (1898) 19 NLR 103. Volgens r Dowling in *Bekker v Van Wyk* 1956 3 SA 13 (T) 14 het die eiser nog steeds 'n uitweg tot die publieke weg omdat hy die gebou of 'n gedeelte daarvan kan afbreek.

⁶⁵1913 NPD 1.

⁶⁶Per r Broome op 6; *cf* r Dove-Wilson op 4-5. Die standpunt is obiter omdat die beskikbare roete hoewel effens langer as die aangevraagde roete steeds 'n redelik genoegsame uitweg daargestel het.

dat waar die lokalisering van 'n huis op 'n plaas gerigsnoer is deur oorwegings gemik op die mees doeltreffende ekonomiese eksploitasie van die grondstuk, 'n ander benadering gevolg behoort te word. As voorbeeld hiervan kan die feite van *Illing v Wodehouse*⁶⁷ geneem word. 'n Mielieboerdery is bedryf op die noordelike gedeelte van 'n plaas van 6 700 akkers wat sowat 5 tot 6 myl lank was. Die eienaar het vanaf die suidelike gedeelte deurgang geniet tot openbare verkeersweë maar die geardeheid van die plaas was sodanig dat die alternatiewe roete as prakties onmoontlik beskou is. Hoewel die hof bogenoemde beginsel nie uitdruklik ter sprake bring nie en ten gunste van 'n noodweg beslis bloot op grond daarvan dat die bestaande roete nie redelikerwys genoegsaam is vir die voer van boerderyaktiwiteite nie, word tog melding gemaak daarvan dat die suidelike gedeelte van die plaas waar die opstal voorheen was, nie geskik was vir landboudoeleindes nie. Die feit dat besluit is om die boerdery na die noordelike gedeelte van die grondstuk te verplaas, hoewel die noodtoestand prakties daardeur geskep is, het dus nie die verlening van die noodweg in die weg gestaan nie.

VESTIGING VAN 'N NOODWEG

Die historiese ontwikkeling van die instelling van 'n noodweg het ook onduidelikheid laat ontstaan oor die maniere waarop 'n noodweg gevestig kan word. Die feit dat 'n *iter ad sepulchrum* in die Romeinse reg deur 'n skikking in der minne (*precario*) gevestig kon word, skeep verwarring. Verder bestaan skaars duidelikheid of beide soorte noodweë, naamlik 'n periodieke en 'n permanente noodweg, op presies dieselfde maniere gevestig kan word nie. Laastens word die maniere waarop 'n noodweg gevestig word nie altyd duidelik onderskei van die maniere waarop 'n gewone serwituut van weg gevestig word nie.

Aanvanklik het die Suid-Afrikaanse regspraak die standpunt gehuldig dat die eienaar van blokland aanspraak kan maak op 'n noodweg slegs indien die noodweg op een van die erkende wyses waarop 'n gewone serwituut van weg, te wete ooreenkoms voltooi deur registrasie, wetgewing, verjaring of 'n hofbevel, gevestig is.⁶⁸ In latere hofbeslissings is egter erken dat 'n noodtoestand as sodanig 'n aanspraak op 'n noodweg *simpliciter* laat ontstaan en dat 'n latere hofbevel wat die aanspraak bevestig slegs verklarend en nie konstitutief van aard is nie. Hiermee saam word egter beslis dat die eienaar van blokland nie aanspraak het op 'n spesifieke pad as noodweg alvorens sy reg op die betrokke pad nie op een van die erkende wyses van ontstaan van 'n gewone serwituut van weg gevestig is nie. 'n Duidelike onderskeid word dus gemaak tussen 'n aksie *de servitute constituenda* ingevolge waarvan die eienaar van blokland aanvra dat sy algemene reg op noodweg erken word en 'n aksie *de servitute constituta* ingevolge waarvan hy aanvra dat 'n spesifieke pad aan hom as noodweg toegestaan word.⁶⁹ Hoewel die be-

⁶⁷1923 NPD 166.

⁶⁸*Cadle v Martens* (1882) 3 NLR 83 84; *Naidoo v Inanda Road Board* 1918 NPD 64 72; *Neilson v Mahoud* 1925 EDL 26; *Rampersad v Goberdun* 1929 NPD 32.

⁶⁹*Wilhelm v Norton* 1935 EDL 143 151; *Mazista Slate Quarries v Oosthuizen* 1943 TPD 28 31; *Wynne v Pope* 1960 4 SA 37 (C); *Maree v Raad van Kuratore Nasionale Parke* 1964 3 SA 727 (O) 731 *Beukes v Crous* 1975 4 SA 215 (NK).

slissings dit nie uitdruklik so meld nie, kan die eenaar van blokland klaarblyklik vir homself met die aksie *de servitute constituenda* 'n aanspraak op 'n periodieke noodweg bevestig, terwyl hy met 'n aksie *de servitute constituta* vir hom 'n permanente noodweg langs 'n bepaalde roete kan beding.⁷⁰

Uit bostaande blyk weer eens⁷¹ dat geen voldoende onderskeid tussen die vestiging van 'n noodweg en dié van 'n gewone reg van weg getrek word nie.⁷² As gevolg van hierdie gebrekkige onderskeid word sonder meer aanvaar dat 'n noodweg ten opsigte van 'n bepaalde pad of roete ('n permanente noodweg?) op dieselfde maniere gevestig word as dié waarop 'n gewone reg van weg gevestig word. Soos reeds gesê, kan 'n noodweg slegs deur 'n hofbevel of 'n besluit van 'n bevoegde statutêre liggaam soos die padraad in Natal, gevestig word. 'n Noodweg ontstaan uit 'n noodsituasie en nie as gevolg van 'n ooreenkoms tussen partye, 'n wetgewingsdaad of die beginsels wat die grondslag van verkryging deur verjaring vorm nie.⁷³ In 'n noodsituasie kan die hof genader word om die bestaan van 'n aanspraak op noodweg te bevestig of om 'n permanente noodweg oor 'n bepaalde roete te konstitueer. Anders as 'n gewone servituut van weg wat onbepaald bly voortbestaan, bly sodanige hofbevel slegs van krag solank die noodtoestand bly voortbestaan. Daarom is dit onnodig om 'n noodweg te registreer. Indien registrasie wel plaasgevind het, behoort die eenaar van die dienende erf die reg te hê om aansoek te doen om rojering van die servituut wanneer die noodsituasie nie meer bestaan nie.

Indien dit vasstaan dat die eenaar van die blokland geregtig is op 'n noodweg en bereid is om vergoeding te betaal, ten einde 'n permanente noodweg oor die dienende erf te vestig, rus die taak by die regter of lede van die padraad om die dienende erf uit te soek en die spesifieke roete daarvoor te bepaal. Reeds met betrekking tot 'n *iter ad sepulchrum* is bepaal dat die regter 'n ondersoek *in loco* moet hou ten einde vas te stel dat die eenaar van die dienende erf nie deur die verlening van die noodweg buitengewone nadeel sou ly nie.⁷⁴ In die Romeins-Hollandse reg⁷⁵ is in navolging van plaaslike

⁷⁰Sien egter r Van den Heever in *Beukes v Crous* 1975 4 SA 215 (NK) 222: "Ek ondervind ook probleme met die konsep dat die Hof deur toekennings 'n noodweg ter bede kan omskep in 'n servituut van *via necessitatis simpliciter* sonder vergoeding".

⁷¹Sien supra 4.

⁷²Ook die handboekskrywers meen dat 'n noodweg op dieselfde manier as 'n servituut van weg gevestig word. Sien o.a. Hall and Kellaway *Servitudes* (3e uitg) 77: "A *via necessitatis* must be constituted like other rights of way by grant, prescription, *vetustas*, or order of court". Sien ook Maasdorp *Institutes of South African Law (The Law of Property)* (9e uit) II 141.

⁷³Onses insiens neig regter van den Heever in *Beukes v Crous* 1975 4 SA 215 (NK) 221 in hierdie rigting waar sy verklaar: "Ek ondervind probleme in logika met die konsep dat 'n servituut ten opsigte van 'n *via necessitatis* in teenstelling met slegs 'n *via* kan ontstaan uit verjaring juis omdat by gebruik van 'n noodweg ter bede 'the causa is wanting inasmuch as the right depends on the pleasure and will of the grantor.'" 'n Verwysing na 'n periodieke noodweg?)

⁷⁴*D* 11 7 12 pr " . . . *ita tamen ut index etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatum detrimentum.*"

⁷⁵Van Leeuwen *Rooms-Hollands-Regt* 2 21 7-8; *Censura Forensis* 1 2 14 34; Schorer *Aanteekeningen op De Groot* 2 35 8; Voet 8 3 4; Van der Keessel *Praelectiones ad Grotii Introductionem* 2 35 11; Van der Aa *Inleiding tot de Hedendaagsche Hollandsche Regsgeleerdheid en Praktijk* 1 2 18 11; Boey *Woordentolk* sv "noodweg"; Van den Berg

verordeninge⁷⁶ aanvaar dat die noodweg “ter minsten Schade ende ter naaste lage”⁷⁷ verleen moet word, naamlik “cum minimo damno et ex ea regione fundi quae proxime ducit in viam publicam.”⁷⁸ Hierdie riglyne is ook in die Suid-Afrikaanse regspraak aanvaar.⁷⁹ Dit hou in dat ’n noodweg verleen moet word oor die grondstuk wat die kortste uitweg vanaf die ingeslote grondstuk na die publieke pad verleen en wat die minste benadeling vir die eienaar van die dienende erf meebring. Indien die kortste uitweg oor die dienende erf byvoorbeeld die waarde van tuingrond, ’n boord of sakeperseel drasties sou verminder, staan dit die regter of padraad vry om ’n langer roete as noodweg uit te wys.⁸⁰

Die algemene riglyn waarvolgens die aanliggende erf wat die kortste uitweg tot die naaste publieke pad kan verskaf, verplig is om sodanige uitweg te verskaf, vind nie toepassing in gevalle waar ’n grondstuk blokland geword het as gevolg van onderverdeling nie. Waar ’n grondstuk in twee of meer gedeeltes verdeel word, en een van die gedeeltes as gevolg van die onderverdeling blokland word, leer Van Leeuwen⁸¹ en ons vroeëre Suid-Afrikaanse beslissings⁸² dat die agterste gedeelte ’n reg van weg oor die voorste gedeelte na die publieke pad verkry. Die rede wat Van Leeuwen vir hierdie reëling aanvoer, is die volgende:

“om dat de splitsing van het land de Gebuyren geen dienstbaarheid kan opdringen”.

In werklikheid bestaan in sodanige geval ’n stilswyende serwituut van weg ten aansien van die voorste gedeelte. Hierdie serwituut kan te eniger tyd deur registrasie in ’n uitdruklike serwituut omskep word. Ons het dus hier streng gesproke nie met die verlening van ’n noodweg te doen nie. In die jongste hofbeslissings word twyfel uitgespreek oor die toepaslikheid van die beginsel soos deur Van Leeuwen geformuleer in die Suid-Afrikaanse reg.⁸³ In *Matthews v Richmond Road Board*⁸⁴ word verklaar:

“In a country like South Africa, where vast tracts of land exist for farming purposes, it would be impractical from a distance point of view alone, where an owner has subdivided his land, to compel the owner of the subdivision to use the right of way enjoyed by the seller, and none other when a closer and more reasonable means of access is available by the grant of a way of necessity over a neighbour’s property”.⁸⁵

Nederlandsch Advysboek Deel 4 *consultation* 118 (bl 314); *Christinaeus In Leges Municipales Mechlinienses* 14 51; *Lybrechts Redeneerd Vertoog over't Notaris Ampt* 2 14 (bl 116); *Pauw Observationes Tumultuariæ Novæ* II 989.

⁷⁶Sien Van Apeldoorn 3513 *WPNR* 200 vn 34.

⁷⁷*Costuymen van Rijnland* a 100.

⁷⁸Van der Keessel *Praelectiones ad Grotium* 2 35 11.

⁷⁹*Cadle v Martins* (1882) 3 *NLR* 83; *Leask v Pellew* (1890) 11 *NLR* 74; *Wilhelm v Norton* 1935 *EDL* 143, 168.

⁸⁰Sien o.a. Van Apeldoorn 3513 *WPNR*, 200 en uitspraak in *Hof den Bosch* 3 April 1951 (1952 *NJ*, 410), vir ’n soortgelyke posisie in die moderne Nederlandse reg.

⁸¹*Rooms-Hollandsche-Regt* 2 21 12.

⁸²*Peacock v Hodges* (1876) 6 *Buch* 65 71; *Ridden v Quin* 1909 *EDC* 373 378; *Wilhelm v Norton* 1935 *EDL* 143 169–170. sien ook *Louw v Louw* 1921 *CPD* 320.

⁸³*Matthews v Richmond Road Board* 1967 3 *SA* 244 (N); *Van Rensburg v Coetzee* 1975 2 *SA* 320 (T) 322.

⁸⁴1967 3 *SA* 244 (N).

⁸⁵247.

In *Beukes v Crous*⁸⁶ word aanvaar dat indien die stilswyende serwituut wat by ondervdeling ontstaan nie geregistreer word nie die serwituut nie bindend is teen regsopvolgers van die eenaar van die dienende erf indien hul geen kennis van die ongeregisteerde serwituut het nie. Sodanige benadering, wat in ooreenstemming met 'n meer sosiale benadering ten opsigte van noodweg is, open die weg vir meer aansoeke om 'n noodweg in die toekoms.

Die inhoud van 'n bepaalde reg op noodweg word bepaal in ooreenstemming met die ekonomiese behoeftes van die blokland: oa hoe breed die noodweg moet wees, hoe dikwels daarvan gebruik gemaak kan word en watter soort verkeer daarop toegelaat sal word.⁸⁷ In beginsel kan nie groter gebruik van die noodweg gemaak word as wat die noodsaak van die geval vereis nie.⁸⁸ Die eenaar van die blokland kan ook nie sonder meer die verpligting van die dienende erf verswaar deur sy ekonomiese aktiwiteite uit te brei na nuwe industrieë of mynaktiwiteite nie.⁸⁹ In beginsel behoort 'n noodweg slegs 'n verbinding met die publieke verkeerstelsel te verskaf en nie te dien as op- en aflaaiplek vir plaasprodukte en gereedskap nie.⁹⁰ Afhangende van die ekonomiese eksploitasie van die blokland kan die noodweg egter vir uiteenlopende aktiwiteite gebruik word, byvoorbeeld om produkte in vragmotors daarvoor te vervoer, om beeste daarvoor aan te dryf of om boomstompe daarvoor aan te rol.

Indien die eenaar van die blokland aansoek doen om die vestiging van 'n permanente noodweg is die taak van die hof om benewens die rigting en omvang ook 'n billike vergoeding daarvoor te bepaal. In sowel die Romeinse⁹¹ en Romeins-Hollandse⁹² as die Suid-Afrikaanse reg⁹³ word vereis dat die eenaar van die blokland 'n billike prys (*iustum pretium*) vir 'n permanente noodweg moet betaal. Dit beteken dat die prys in verhouding tot die voordele verkry deur die eiser en die nadele gelyk deur die verweerder bepaal moet word. Die neiging in moderne Westerse regstelsels is daarenteen om nie 'n billike prys nie, maar eerder skadevergoeding aan die eenaar van die dienende erf toe te ken. By die bepaling van die omvang van skadevergoe-

⁸⁶1975 4 SA 215 (NK) 220 ev.

⁸⁷In die Romeins-Hollandse reg word die breedte van 'n noodweg somtyds op agt voet gestel. Sien Van den Berg *Nederlandsch Advysboek Deel 4 Consultatien* 118 (bl 135). Volgens die Duitse reg hoef 'n noodweg nie noodwendig bo-oor die grond te gaan nie. Afhangende van die omstandighede van die geval kan dit ook in die lug of ondergronds verleen word. In bergagtige skioorde in Duitsland word noodweë byvoorbeeld in die vorm van sweefbane verleen. Sien *RGZ* 159 305.

⁸⁸*Peacock v Hodges* (1876) 6 Buch 65 69.

⁸⁹Sien die uitlating in *Beukes v Crous* 1975 4 SA 215 (NK) 221 ten aansien van 'n noodweg ter bede.

⁹⁰Sien die Duitse beslissing *BGHZ* 31 159.

⁹¹*D* 11 7 12 *pr*.

⁹²Voet 8 3 4; Schorer *ad Grotium* 2 35 8; Glück *Pandekten* 7 1 par 628; Pauw *Observationes Tumultuariæ Novæ* II 989: "quantum indices e vicinia æquum arbitrarentur."

⁹³*Wilhelm v Norton* 1935 EDL 143 176; *Wiles v Praeg* 1952 1 SA 87 (T) 89: "Now compensation must be in proportion to the advantages granted by the plaintiff and the disadvantages suffered by the defendant". Hierdie uitlating is eerder in ooreenstemming met die standpunt dat 'n billike prys vir die noodweg betaal moet word as dat blote skadevergoeding aan die eenaar van die dienende erf toegeken moet word.

ding speel faktore soos die volgende 'n rol: waardevermindering van die grond as gevolg van die verlening van die noodweg; ongerief wat die noodweg veroorsaak; en risiko's van oa besmetting van vee wat dit meebring.⁹⁴

BEËINDIGING

Uit die aard van die saak verval die reg op 'n noodweg indien die noodtoestand nie meer bestaan nie, soos wanneer 'n nuwe publieke pad deur of langs die vroeëre blokland aangê word. Indien die ekonomiese aktiwiteit wat die noodweg redelikerwys noodsaaklik gemaak het beëindig word, soos waar 'n steengroef uitgewerk of boerdery-aktiwiteite na 'n ander gedeelte van 'n groot plaas verskuif is,⁹⁵ behoort die bestaande noodweg ook te verval. Indien die noodtoestand nie meer bestaan nie, kan die eenaar van die dienende erf by die hof aansoek doen om 'n bevel wat die vroeër verleende noodweg ophef. Indien bostaande aanvaar word, behoort 'n mens in beginsel ook te aanvaar dat waar nuwe omstandighede intree, soos wanneer as gevolg van die aanleg van 'n nuwe openbare pad 'n belangrike kortere verbinding tussen die ingeslote grondstuk en die openbare verkeerstelsel moontlik word, 'n mens ook 'n wysiging van 'n bestaande noodweg behoort te kan verkry.⁹⁶ 'n Verlegging van 'n permanente noodweg of die erkenning van 'n nuwe periodieke noodweg oor 'n ander dienende erf kan dus in die lig van veranderde plaaslike omstandighede aangevra word. Dit staan die eenaar van die dienende erf in elk geval vry om 'n bepaalde noodweg te verlê mits die verlegging nie die posisie van die eenaar van die dienende erf verswaar nie.⁹⁷ Met voorgaande hang ook saam dat 'n mens nooit 'n permanente serwituut van weg ten aansien van 'n bepaalde noodweg deur verjaring kan verkry nie en dat die reg op 'n noodweg nie deur nie-gebruik tot niet kan gaan nie.

SLOTOPMERKING

Die tendens om 'n meer sosiale benadering te volg ten opsigte van die omstandighede ingevolge waarvan 'n noodweg verleen word, blyk duidelik uit voorgaande. Hierdie tendens tesame met die neiging om stilswyende serwitute in die geval van onderverdeling van 'n grondstuk te ontken, dui *prima facie* op 'n groter praktiese rol vir die instelling van noodweg in die toekoms. In die lig hiervan moet die regspolitiese strominge wat in verband met die instelling van noodweg ter sprake kom duidelik geïsoleer word ten einde logiese en toepaslike reëls vir die instelling uit te werk. Hierdie taak sal heel waarskynlik in die skoot van die appèlhof val wanneer dié hof die eerste keer genader word om 'n geskilpunt in verband met die instelling van noodweg op te los. □

⁹⁴Van der Aa 1 2 18 8 meen reeds dat die skade vergoed moet word wat aan die dienende erf veroorsaak is. Wat die moderne Hollandse reg betref: Rb Rotterdam 18 Februarie 1944, 1946 NJ, 38.

⁹⁵Sien die feite van *Illing v Wodehouse* 1925 NPD 166.

⁹⁶Sien Van Apeldoorn 3513 WPNR; *Ontwerp BW* 5 4 18 3de lid.

⁹⁷Van den Berg *Nederlands Adrysboek* IV C 118 (bl 313); Van der Aa 1 2 18 12; *Hollandsche Consultatien* I cons 50; Schomaker *Consultatien en Advisen* Deel IV Cons 21 n 68; *Wynne v Pope* 1960 3 SA 37 (C) 39 mbt 'n periodieke noodweg.

Oor waarde, banke en die reëlmatige houer

F R Malan

Randse Afrikaanse Universiteit

SUMMARY

A holder in due course is a holder for value. The Bills of Exchange Act of 1964 has no unequivocal definition of the concept of "value", and although it is generally accepted in judicial decisions and in literature that the holder in due course has to give value for the bill himself, it is not all that clear what is to be understood by this requirement. The insistence on the fact that the holder in due course has to give value himself, tends to give a mechanical quality to this requirement. This is particularly so when it has to be determined whether a bank which honours cheques of a customer drawn against uncleared effects, qualifies as the holder for value of these effects which were delivered to it for collection. It is accepted that the collecting bank can become a holder for value by in fact honouring a cheque drawn against an uncleared effect. The submission is made that the collecting bank does attain the status of a holder in due course not by the mere mechanical honouring of a cheque drawn against uncleared effects, but by the acquisition thereof by contract and under onerous title. It is further submitted that its acquisition will only be under onerous title, either when it is legally obliged to grant credit to its customer and not where the granting of credit is merely in its discretion, or when, after exercise of this discretion, it has in fact granted credit on the strength of uncleared effects.

Die reëlmatige houer is 'n houer "vir waarde". Artikel 27(1)(b) van die Wisselwet van 1964 bepaal immers dat 'n reëlmatige houer die dokument "vir waarde" moet geneem het. "Waarde" is volgens artikel 1 (xiv) "geldwaardige teenprestasie ooreenkomstig die bedoeling van artikel vyf-entwintig". Artikel 25 wemel van vraagstukke. Volgens subartikel 1 daarvan kan geldwaardige teenprestasie vir 'n wissel tot stand kom deur "(a) enige oorsaak wat voldoende is om te dien as grondslag vir 'n aksie uit hoofde van kontrak of ooreenkoms" en "(b) 'n voorafgaande skuld of aanspreeklikheid, ongeag of die wissel op aanvraag of op 'n toekomstige tydstip betaalbaar is." Subartikel 2 vererger die onduidelikhede. Hiervolgens word 'n houer, "indien waarde te eniger tyd vir 'n wissel gegee is . . . geag 'n houer vir waarde te wees wat betref die akseptant en al die wisselpartye wat vóór daardie tydstip sodanige partye geword het".

Teen hierdie agtergrond is die vraag nou – soos dit gestel word – of die reëlmatige houer "real value" vir die wissel moet gegee het. Is dit inderdaad so 'n "perplexing question"?¹ 'n Woordgetroue vertolking van die ter sake bepalings lewer natuurlik nie bevredigende resultate op nie. So 'n uitleg laat enersyds die moontlikheid dat die verkryger uit hoofde van by-

¹Sien Petersen "The chameleon-like quality of 'value' in the Bills of Exchange Act" 1971 *SALJ* 155 159.

voorbeeld 'n skenkingskontrak as reëlmattige houer sou kon kwalifiseer en skep andersyds die indruk dat die reëlmattige houer nie "self" waarde vir die dokument hoef te gee het nie, maar dat hy op die vermoede wat deur artikel 25(2) daargestel word, kan staatmaak. Ook ander vraagstukke van die wisselreg is te wyte aan die onnoukeurige gebruik van die woord "waarde" in die Wisselwet van 1964 en, soos gepas opgemerk is,² kan al hierdie onduidelikhede slegs bevredigend opgeklar word indien die betrokke wetsbepalings in historiese en vergelykende perspektief vertolk word. Die Wisselwet laat in elk geval self die moontlikheid om tot 'n historiese juiste uitleg van die woorde "en vir waarde" in artikel 27(1)(b) te kom. Die definisie van "waarde" en artikel 1(xiv) geld slegs – so lui die aanhef daarvan – "tensy uit die samehang anders blyk"³ en soos hieronder aangedui sal word, verg elke tradisie van die wisselreg dat die reëlmattige houer, om dit voorlopig so uit te druk, *self waarde* vir die wissel moet gee het.

Die Suid-Afrikaanse beslissings skyn nie veel ruimte vir twyfel te laat nie. Die reëlmattige houer of sy gemeenregtelike voorganger, die "holder for value, without notice (who) takes full right, without respect to the equities which may exist between prior endorsers",⁴ word in hierdie verband op meerdere wyses na verwys. Daar word gepraat van die houer "for valuable consideration"⁵ of "for due consideration"⁶ of van die houer wat waarde vir die dokument gee het.⁷ Verwysings na hom as 'n "onerous endorsee"⁸ of as 'n verkryger vir 'n quid pro quo⁹ of ex causa onerosa¹⁰ kom ook voor. Ook in die literatuur heers daar 'n groot mate van eenstemmigheid daaroor dat die reëlmattige houer ten einde aldus te kwalifiseer, self waarde vir die dokument moes gee het.¹¹

Hierdie verwysings na waarde of 'n quid pro quo en dergelike, en na die feit dat die reëlmattige houer "self" waarde moet gee het, skep die indruk dat dit hier om bloot 'n meganiese vereiste by die verkryging van die dokument gaan. Die gevaar bestaan trouens dat die vereiste dat "vir waarde" verkry moet word, tot 'n heel tegniese vereiste omvorm kan word. Dit is veral so in die geval waar beoordeel moet word of 'n invorderingsbank vir waarde verkry het en aan hierdie vereiste in die omskrywing van die reëlmattige houer voldoen. Die omstandighede waarin hierdie vraag ter sprake kom, is wanneer 'n bank tjeks, wat deur sy kliënt op hom getrek is op sterkte van 'n tjek wat ter invordering oorhandig is, maar waarvan betaling nog nie

²Cowen-Gering *Cowen on the Law of Negotiable Instruments in South Africa* (1966 4e uitg) 94.

³Sien Coaker-Schutz *Wille and Millin's Mercantile Law of South Africa* (1967) 530.

⁴*Blackburn's Trustee v Landsberg & Son* (1865) 5 Searle 180 181-2.

⁵*Dell NO v Otto* 1883 HCG 53 55.

⁶*Sandeman v Solomon* 1907 NLR 140 143.

⁷*Factory Investments Pty Ltd v Ismails* 1960 2 SA 10 (T) 15.

⁸*Hovil & Matthew v Wood* (1840) 1 Menz 97 99; *Kennel v Harries* (1830) 1 Menz 85.

⁹*Netherlands Bank of South Africa Ltd v Smith* 1971 3 SA 647 (W) 652.

¹⁰*Hadzipetros v Onasis Discount Store* 1971 3 SA 608 (D) 611.

¹¹Cowen-Gering 283-5; Coaker-Schutz 530; De Wet-Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (1964 2e uitg Durban) 359; Klapka *Bills, Cheques and Banking* (1930 Durban) 49. sien ook Riley *The Law relating to Bills of Exchange in Australia* (1964 2e uitg Sidney-Melbourne-Brisbane) 119; Britton *Handbook of the Law of Bills and Notes* (1961 St Paul Minn) 214.

ontvang is nie, honoreer of onderneem om uit te betaal. Is die bank nou houer vir waarde van die tjek wat aldus ter invordering gelewer is? In die gesaghebbende Engelse beslissing *Westminster Bank Ltd v Zang*¹² word in hierdie verband deur Salmon LJ opgemerk:

“An obvious way of becoming a holder for value is to give value by honouring a cheque drawn against an uncleared cheque whether or not there is an antecedent agreement to do so.”

Die korrektheid van hierdie stelling is in die Suid-Afrikaanse howe aanvaar.¹³ Gaan dit nou inderdaad om so 'n meganiese handeling van die bank?

Wanneer 'n bank onder die gemelde omstandighede 'n houer vir waarde is, word daar gesê dat hy die “houer (is) en alle gelde wat hy invorder word dan namens homself ontvang”.¹⁴ Daar word ook te kenne gegee dat die houer vir waarde die reg verkry om ander partye in eie naam aan te spreek.¹⁵ 'n Houer word natuurlik nie die houer, omdat waarde vir die dokument gegee is nie. 'n Houer is in die woorde van artikel 1(v) “die nemer of geendosseerde van 'n wissel wat in besit daarvan is, of die toonder daarvan” sodat selfs die dief of die vinder van 'n verlore wissel die houer daarvan kan wees. En dan kan elke houer ook, of hy nou dief, vinder, verteenwoordiger of slegs nominale houer is, uit hoofde van artikel 36(a) “onder eie naam kragtens die wissel aanspreek”.¹⁶

'n Bank sal die houer vir waarde van tjeks wat ter invordering gedeponeer word, wees “where, for example, there exists between the banker and customer a contract, express or implied, that the banker will, before receipt of the proceeds, honour cheques of the customer drawn against cheques paid into his account”.¹⁷ Hieruit volg dit dat by die beantwoording van die vraag of 'n bank 'n houer vir waarde is, dit gaan om die bestaan al dan nie van 'n ooreenkoms tussen die kliënt en die bank. Nie die blote gee van waarde of blote honorering van 'n tjek wat teen oningevorderde dokumente getrek is, is voldoende nie. Daar moet 'n ooreenkoms tussen kliënt en bank wees dat die kliënt geregtig sal wees om teen oningevorderde tjeks te trek. Meestal sal so 'n ooreenkoms stilswyend gesluit word.¹⁸ Daar word egter be-

¹²1965 1 All ER 1023 (CA) 1034.

¹³Sien by *Danka v Barclays Bank DCO* 1967 4 SA 291 (T) 295-6; *Volkskas Beperk v Bloems Timber Kilns (Pty) Ltd* 1975 4 SA 108 (W) 118.

¹⁴*Die Trust Bank van Afrika Bpk v Gerbich* 1967 1 PH A 31.

¹⁵*Volkskas Beperk v Zagnoiev* 1958 2 SA 550 (W) 553.

¹⁶*Sien McNab & Co v Viljoen* 1910 TPD 137.

¹⁷*Netherlands Bank of South Africa Ltd v Smith* 1971 3 SA 647 (W) 650. Sien ook *Standard Bank of SA Ltd v De Villiers* 1935 CPD 382 387-8: “Whether the bank is a holder for value depends on whether there was an express or implied agreement between banker and customer that the latter might draw against the cheque before it is cleared.” Verder *Freeman v Standard Bank* 1905 TH 26 31; *R v Bester* 1961 2 SA 52 (FC) 55; Christie “Banker and customer, some recent developments” 1968 *Rhodesian LJ* 40 48 ev. Die kwalifikasie “for example” in die aanhaling in die teks verwys waarskynlik na die vermoede geskep deur art 25(3). Ek laat my nie nou hieroor uit nie.

¹⁸Sien by *Volkskas Bpk v Bloems Kiln Timbers (Pty) Ltd* 1975 4 SA 108 (W). Die vasstelling van so 'n ooreenkoms in hierdie “meganiese” omstandighede, is klaarblyklik 'n moeilike taak. Sien die opmerkings van Sneed-Morrison “Bank collections – A comparative study” 1951 *Texas Law Review* 713 718.

swaarlik ontken dat dit hier om die bestaan van 'n ooreenkoms gaan. Tot die bewys van so 'n kredietgewingsooreenkoms kan talryke omstandighede dien, maar dit is ook goed denkbaar dat dit in bepaalde omstandighede deur die honorering van 'n enkele tjek voltrek kan word.¹⁹

Die ooreenkoms tussen kliënt en bank het egter nie slegs verbintenis-regtelike gevolge in die sin dat die bank aan die kliënt krediet verleen nie. Dit gaan per slot van rekening om die vraag of die bank houër vir waarde van die tjek wat ter invordering ingelewer is, geword het. Die vraag is nie of die bank krediet aan sy kliënt verleen het of onderneem het om dit te doen nie, maar of die bank skuldeiser van die partye tot die tjek wat ter invordering ingelewer is, geword het. Wanneer dus beoordeel moet word of 'n bank 'n houër vir waarde is, word in werklikheid gevra of die bank reghebbende op grond van die tjek is, of hy met ander woorde eienaar of ander saaklikreghebbende van en skuldeiser uit hoofde van die tjek is.²⁰ Die bank, en dit geld ook vir enige houër van 'n verhandelbare dokument, kan slegs reghebbende in hierdie sin wees, indien sy verkryging van die dokument ingevolge 'n wisselkontrak plaasgevind het. Die wisselkontrak is sowel saaklike as verbinteniskeppende ooreenkoms en word normaalweg deur lewering van die dokument voltrek.²¹ Met lewering dra die trekker of ander party sy saaklike reg op, en na gelang die geval, persoonlike regte uit die dokument oor aan en verbind hy hom ook wisselregtelik teenoor die verkryger-houër. Waar dit gaan om die verkryging van 'n reghebbende, verkry die houër die regte van sy voorman, maar waar – soos artikel 36 lui – die titel van die voorman gebrekkig is, word die saaklike en persoonlike regte op en uit die dokument op oorspronklike wyse verwerf indien die verkryging in ooreenstemming met die vereistes van artikel 27 geskied. Daar bestaan inderdaad geen verskil tussen 'n houër vir waarde en 'n reëlmatige houër vir sover dit gaan om die tydstip waarop waarde gegee moet word nie.²² Die ooreenkoms gaan egter veel verder. Albei moet deur kontrak verkry, maar die uitdrukking houër vir waarde is misleidend, omdat die verkryger van 'n wissel ingevolge 'n skenkingskontrak ewe goed skuldeiser uit hoofde van en eienaar van 'n wissel kan wees – en dus houër vir waarde sou wees. So 'n begiftigde is egter geen reëlmatige houër nie. Die vereiste dat die reëlmatige houër vir waarde moet verkry, is in die geskiedenis van die wisselreg gesmee. Dit is ook nie 'n vereiste wat eie aan slegs die Engelse reg is nie.

¹⁹Daar is reeds tereg aanvaar dat die blote kreditering van die kliënt se rekening nie voldoende is nie (*R v Bester* 1961 2 SA 52 (FC) 55) en dat die woorde op die inlegstrokie, bv "Cheques etc, handed in for collection will be available as cash when paid" (*Volkskas Bpk v Bloems Timber Kilns Pty Ltd* supra 114), nie konklusief is nie (*Standard Bank of SA Ltd v Minister of Bantu Education* 1966 1 SA 229 (N) 245). Vir 'n geval waar bevind is dat so 'n ooreenkoms nie tot stand gekom het nie, sien *Kearney NO v Standard Bank of SA Ltd* 1961 2 SA 647 (T).

²⁰Vgl *Standard Bank of SA Ltd v Minister of Bantu Education* 1955 1 SA 229 (N) 244 248; *Fondsadviseurs Bpk v Trust Bank van Afrika Bpk* 1974 4 SA 883 (A) 891; *Volkskas Bpk v Darrenwood Electrical Pty Ltd* 1973 2 SA 386 (T) 388.

²¹Sien Malan "Evolusie van die wisselreg" 1976 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 1 13. So 'n ooreenkoms hoef mi nie noodwendig met die fisiese oorhandiging van die dokument te bestaan nie. Dit kan ook later gesluit word. Sien *Standard Bank of SA Ltd v Minister of Bantu Education* 1966 1 SA 229 (N) 246. Lewering vind dan *brevi manu* plaas.

²²Sien *Volkskas Bpk v Bloems Timber Kilns (Pty) Ltd* 1975 4 SA 108 (W) 119–20.

Uit die gebruike van die Engelse diskontohandel kom velerlei van die beginsels van die moderne wisselreg.²³ Die verdiskontering van 'n wissel is 'n transaksie "by means of which the merchant received his money 'a great while before it is money indeed'"²⁴ of, om dit anders te stel, die aankoop van 'n wissel voor die vervaldag daarvan teen 'n prys laer as die sigwaarde daarvan.²⁵ Die verkryging van 'n wissel deur 'n diskontotransaksie is die verkryging daarvan deur kontrak, maar, in eie terminologie, onder beswarende titel. Reeds vroeg word gesê:

"A party who discounts a bill which has been stolen is bound to shew . . . that a good consideration was really bona fide given for the bill."²⁶

En in 'n beslissing waar dit gaan om die verkryging van 'n verlore wissel word opgemerk:

"If there was fraud in the transaction, as if a bona fide consideration had not been paid for the bill by the plaintiffs, to be sure they could not recover."²⁷

Dan word ook, in seker een van die belangrikste vonnisse uit die vroeë Engelse wisselreg, die *action of trover* vir die waarde van 'n *bank note* afgewys teen iemand wat dit verkry het "for a full and valuable consideration, and in the usual course and way of his business, and without any notice or knowledge of this banknote being taken out of the mail".²⁸ Die beskerming van die bona fide-houer vir waarde het egter nie slegs tot die verkryging van 'n verhandelbare dokument bepaaldelik by wyse van 'n diskontotransaksie beperk gebly nie. Ook ander bona fide-houers vir waarde is deur die norme van die wisselreg verskans.²⁹ In 'n bepaalde beslissing is 'n wissel aan 'n materiaalhandelaar verhandel wat as teenprestasie daarvoor "cloth and other articles, and cash; and small bills" gegee het. Lord Mansfield lewer 'n gewigtige uitspraak en merk op dat die houer van 'n wissel of promesse nie as 'n sessionaris van die nemer beskou kan word nie. 'n Sessionaris, sê hy, neem die vordering onderworpe aan al die verwere of aansprake waaraan sodanige party bloot is. Hierdie beginsel durf mens nie op wissels en promesses toepas nie, want dit sou die vrye oordraagbaarheid daarvan tot niet maak. Vir hom staan die reg vas:

"[A] holder, coming fairly by a bill or note, has nothing to do with the transaction between the original parties . . ."³⁰

²³Sien by Fagan "Commercial bad faith in the law of negotiable instruments" 1956 *Fordham Law Review* 449.

²⁴Thomas Wilson *Discourse upon Usury* (1572 London, 1962 herdruk) 67-8.

²⁵*Tucker v Ginsberg* 1962 2 SA 58 (W) 62; *Naidoo v Von Gerard and Chapman* 1931 AD 374 379; *Moser v Meiring* 1931 OPD 74 77-8; *New York Shipping Co (Pty) Ltd v EMMI Equipment (Pty) Ltd* 1968 1 SA 355 (SWA) 365.

²⁶*Gill v Cubitt* (1824) 3 B & C 466 476 (107 ER 806). Hierdie beslissing is natuurlik omstrede maar die debat daaroor het mi slegs betrekking op die hof se siening van die bona fides-begrip.

²⁷*Lawson v Weston* (1801) 4 Esp 56 (170 ER 640).

²⁸*Miller v Race* (1758) 1 Burr 452 459 (97 ER 398).

²⁹Sien in die algemeen Fagan 449 e.v.

³⁰*Peacock v Rhodes and Another* (1781) 2 Dougl 634 636 (99 ER 402). Die geskiedkundige ontwikkeling van die Engelse Wisselreg word goed beskryf deur Ulmer "Geschichtliche und rechtsvergleichende Studien zum Englischen Wechselrecht" in *Festgabe für Phillip Heck, Max Ruemelin, Arthur Benno Schmidt* (1931 Tübingen) 178 en natuurlik Holden *The History of Negotiable Instruments in English Law* (1955 London).

Hoewel die beginsel wat hierdie reedsvermelde beslissings onderlê, redelik duidelik blyk, is dit nie altyd moontlik om die talryke gemeenregtelike vonnisse wat op die betekenis van die begrip waarde betrekking het, te versoen en om 'n eenvormige beeld van die Engelse reg daar te stel nie.³¹ Die waarheid is nie so eenvoudig dat sonder meer gekonstateer kan word dat die gemeenregtelike bona fide-houer vir waarde "self waarde moet gegee het" nie. Een van die oorsake van die onsekerheid is die (omstrede) standpunt in sommige van die beslissings dat die verwer "want or failure of consideration" nie titelgebreke of, soos dit eens genoem is, "equities attaching to the bill", daarstel nie.³² Die betekenis van hierdie standpunt word gewoonlik só verduidelik: Wanneer beoordeel moet word of die verwer "want or failure of consideration" tussen verwyderde partye ontvanklik is, word twee vrae gestel; naamlik, wat het die verwerder vir sy onderneming ontvang en wat het die eiser vir die wissel gegee. Dan word bygeê:

"An action between remote parties will not fail unless there be absence or failure of both these considerations. And if any intermediate holder between the defendant and the plaintiff gave value for the bill, that intervening consideration will sustain the plaintiff's title."³³

In die lig hiervan is artikel 27(2) van die Bills of Exchange Act, 1882 waarvolgens 'n houer geag word 'n houer vir waarde te wees indien waarde maar te eniger tyd vir die wissel gegee is, begryplik. Deurdat waarde vir die wissel gegee word, word die *consideration* vir die wisselskuldenaar se aanspreeklikheid daargestel. Enige latere houer – of hy nou self waarde vir die dokument gee of nie – is nou bevoeg om die wisselvordering wat met die gee van die *consideration* tot stand gekom het, af te dwing. Daar word van die houer wat waarde vir die wissel gegee het, gepraat as hy "who has advanced his money upon the bill, and made the transaction a reality which was before a nullity."³⁴

Waarde of die gee daarvan kan natuurlik 'n rol speel by die beoordeling van die goeie trou van die houer³⁵ en dit kan verder dui op die onafhanklike beregtiging van die houer as wisselskuldeiser – veral waar die wissel deur bedrog of ander ongeoorloofde middele van die skuldenaar verkry is.³⁶

³¹Vgl Britton 215.

³²Sien Donald "Negotiation of an overdue bill of exchange or promissory note" 1970 *Alberta LR* 75 80. Vgl ook Falconbridge *Falconbridge on Banking and Bills of Exchange* (1969 7e uitg Toronto) (deur Rogers) 618–21.

³³Byles *A Treatise on the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Bank Notes and Cheques* (1899 16e uitg London) 153–4. Vgl *Mills v Barber* (1836) 1 M & W 425 430 (150 ER 500): "No doubt the rule of law is, that, where a plaintiff has not given consideration for a bill of exchange, for which no consideration has been previously obtained, he cannot recover upon it."

³⁴*Simpson v Clerke* (1835) 2 CM & R 342 347–8 (150 ER 148).

³⁵In *De la Chaumette v The Bank of England* (1829) 9 B & C 208 217 (109 ER 78) word by gepraat van die houers "[who] gave such value as to exempt them from all ground of suspicion of any knowledge that this note was improperly obtained". In hierdie verband kan ook daarop gewys word dat die negentiende eeuse Franse regspraak die gee van waarde nie as vereiste by die toepassing van die beginsel van die nieteenstelbaarheid van verwerre gestel het nie, maar dit slegs as bewys van die goeie trou beskou het. Sien Friedel *De L'inopposabilité des Exceptions en Matière D'effets de Commerce* (1951 Paris) § 103 149.

³⁶*Bailey v Bidwell* (1844) 13 M & W 73 76 (153 ER 30): "It certainly has been, since the later cases, the universal understanding, that if the note were found to have been ob-

En wanneer nou gevra word welke vereiste gestel is wanneer beoordeel moes word of 'n houer vry is van 'n bepaalde verweer, afgesien van "want or failure of consideration", en of hy onder sekere omstandighede 'n saaklike aanspraak op die dokument gevestig het, kan gekonstateer word dat daar oorwegend vereis is dat die houer self waarde vir die dokument moes gegee het.³⁷ Enige van die ouere beslissings wat te kenne gee dat 'n ander gevolgtrekking ook moontlik is,³⁸ is veel eerder 'n illustrasie van die groot beskerming wat die opvolger van 'n reëlmatige houer of dié se gemeenregtelike voorganger toekom.³⁹

Die vereiste dat die reëlmatige houer vir waarde of vir 'n "valuable consideration" moet verkry het, kan vir die Engelse reg slegs een betekenis hê en dit is dat die reëlmatige houer deur kontrak moet verkry. "Value" is kragtens artikel 2 van die Bills of Exchange Act, 1882 "valuable consideration" en artikel 27(1) daarvan bepaal:

"Valuable consideration for a bill may be constituted by, - (a) any consideration sufficient to support a simple contract."⁴⁰

Die Engelse kontrak is 'n "bargain", 'n transaksie waarvolgens die partye ooreenkom om prestasies onderling uit te ruil.⁴¹ Vir die totstandkoming daarvan word "consideration", "the price of the promise" of, in 'n baie algemene en soms misleidende sin, 'n quid pro quo vereis.⁴² Vir die Suid-Afrikaanse wisselreg is 'n verkryging bloot deur kontrak nie genoegsaam nie; die verkryging moet ook onder beswarende titel wees. In ooreenstemming hiermee word aan die eise gestel in die definisie van die reëlmatige houer voldoen indien die dokument deur 'n verdiskonteringstransaksie verwerf is,⁴³ indien 'n ander verhandelbare dokument daarvoor gegee is,⁴⁴ indien dit ter betaling van 'n voorafbestaande skuld ontvang is,⁴⁵ indien dit as teenprestasie vir 'n onderneming om vir 'n onwettige kind te sorg, ver-

tained by fraud, or affected by illegality, that afforded a presumption that the person who had been guilty of the illegality would dispose of it, and would place it in the hands of another person to sue upon it, and that proof casts upon the plaintiff the burden of showing that he was a *bona fide indorsee for value*." Vgl *Jones v Gordon* (1877) 2 AC 616 (H of L) 627-8 en die huidige a 28(2) Wisselwet 1964.

³⁷Sien die beslissings vermeld in voetnoot 26-30 hierbo. Verder Hunter "Holders for value of negotiable paper" 1927 *Illinois LR* 287 294 en die beslissings by Ames *A Selection of Cases on the Law of Bills and Notes and Other Negotiable Paper* (1881 Boston) vol II 464.

³⁸Sien by *Uther v Rich* (1839) 10 Ad & E 784 788 (113 ER 297).

³⁹Byles (1899) 145 sê van die reëlmatige houer "his title enures to any subsequent transferee, whether for value or not, not a party to the fraud or illegality". Sien ook a 27(3) Wisselwet 1964.

⁴⁰A 27(1)(b) bevat natuurlik 'n baie belangrike uitbreiding van die tradisionele "consideration"-begrip. Oor die geskiedenis hiervan sien Holden 138-9.

⁴¹Shatwell "The doctrine of consideration in the modern law" 1954 *Sydney LR* 289 317.

⁴²Shatwell 299.

⁴³*Cape of Good Hope Bank v Elliott Brothers and Sutherland* (1841) 1 Menz 102.

⁴⁴A 3-303 van die *Uniform Commercial Code (UCC)* bepaal by: "A holder takes the instrument for value (a) when he gives a negotiable instrument for it or makes an irrevocable commitment to a third person." Sien Britton § 98 241 en vgl *Stretch v Campbell* (1840) 2 Menz 275.

⁴⁵Waarde is immers volgens a 25(1)(b) "n voorafgaande skuld of aanspreeklikheid"! Sien ook a 3-303(b) UCC.

kry is,⁴⁶ indien dit ter voldoening van 'n onderhoudsverpligting ontvang is⁴⁷ of indien dit verkry is ingevolge 'n ooreenkoms waarvolgens krediet deur die ontvanger verleen sal word.⁴⁸ 'n Verkryging onder hierdie omstandighede is 'n verkryging "vir waarde" soos deur artikel 27 van die Wisselwet van 1964 vereis word. 'n Oordrag van die dokument onder hierdie omstandighede is veel meer as en veronderstel ook nie noodwendig⁴⁹ die formele verhandeling wat deur artikel 29 van die Wisselwet in die vooruitsig gestel word nie. Die lewering van die dokument ingevolge artikel 29 is die uitwendige vorm van 'n wisselkontrak, van 'n verhandeling in materiële sin, waardeur die houër die regte tot en uit die papier van sy voorman verkry of, indien hy aan al die vereistes deur artikel 27 gestel, voldoen, die vorderings- en saaklike regte oorspronklik verwerf.⁵⁰ Die reëlmatige houër is 'n bona fide-"koper" van die wissel en sy beskerming is vergelykbaar met die beskerming wat op sekere gebiede van die reg aan die bona fide-koper van roerende goed verleen word.⁵¹ Soos in hierdie verband opgemerk word:

"The bill or note, particularly the former, was a substitute for money which was property, the bona fide purchase of which was protected against infirmities in the title. To this extent, the bill or note was looked upon, not as the evidence merely of certain promissory undertakings, but as a piece of property."⁵²

Die figuur van die reëlmatige houër is nie in soveel woorde aan die vroeë Vastelandse wisselreg bekend nie. Ten spyte hiervan word uitvoerige besprekinge oor die vraagstuk van die nieteentstelbaarheid van verwere, "die wichtigste des ganzen Wechselrechts",⁵³ by skrywers van die sewentiende en agtiende eeue aangetref. Hoewel die verskillende uitsprake nie altyd versoenbaar is nie, kan die volgende veralgemenings gemaak word. Waar die vraag beantwoord moet word of die akseptant van 'n wissel die vordering van die geëndosseerde kan ontsetel deur 'n beroep te maak op persoonlike verwere wat steun op sy verhouding met die endossant, oordeel Casaregis:

"[Q]uod exceptio inadimpleti, vel alia, quae obstat cedenti, vel giranti, non obstat cessionario, vel giratario ex causa onerosa."⁵⁴

Gaan dit aan die ander kant om die regresaanspreeklikheid van die trekker of endossant is die antwoord nie so maklik te vind nie.⁵⁵ Tot 'n groot mate

⁴⁶*Van Graan v Buystendag* 1907 TS 550 555-6.

⁴⁷*Hadzipetros v Onasis Discount Store* 1971 3 SA 608 (D).

⁴⁸*bv Volksekas Beperk v Bloems Timber Kilns Pty Ltd* 1975 4 SA 108 (W).

⁴⁹Sien voetnoot 71 hieronder.

⁵⁰Sien voetnoot 21 hierbo.

⁵¹Sien, wat betref die beskerming van die bona fide-koper van fideikommisêre goed: Van der Merwe-Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* (1974 2e uitg) 300-1 314 en verder die beslissings by Van der Merwe "Die aard en grondslag van die sogenaamde kennisleer in die Suid-Afrikaanse privaatreë" 1962 *THRHR* 155. Vir die Anglo Amerikaanse reg sien Ames "Purchase for value without notice" 1887 1 *Harvard LR* 1; Gilmore "The commercial doctrine of good faith purchase" 1954 *Yale LJ* 1057.

⁵²Aigler "Payees as holders in due course" 1927 *Yale LJ* 608 621.

⁵³Schaps *Zur Geschichte des Wechselindossaments* (1892 Stuttgart) 117.

⁵⁴*Discursus Legales de Commercio* (1970 Venetiis) disc 48 19. Ook disc 48 22; Ansaldo *De commercio et Mercatura. Discursus Legales* (1629 Romae) disc 2 37. Sien Schaps 117-8; Friedel 27.

⁵⁵Sien by Schaps 118-121.

hang die teenstelbaarheid van persoonlike verwerre af van die inhoud van die valutaklousule wat in die wissel of in die endossement vervat is.⁵⁶

Lui hierdie klousule *per la valuta havuta of conta* en dui dit met ander woorde aan dat die trekker of endossant wel waarde, naamlik die teenprestasie van die remittent of geëndosseerde, vir die wissel ontvang het, kan die *exceptio non numeratae pecuniae* nie teen die vordering van die houër opgewerp word nie.⁵⁷ Hoewel die vereiste nie in soveel woorde gestel word nie en die groot klem wat op die inhoud van die valutaklousule geplaas word belangrike aankopingspunte vir die ontwikkeling van die bona fides-begrip daarstel, skyn dit korrek te wees om te sê dat die houër ook in hierdie omstandighede onder beswarende titel moes verkry het.⁵⁸ Waar Van der Keessel trouens die vraag na die teenstelbaarheid van die *exceptio non numeratae pecuniae* behandel, is sy oplossing eenvoudig. Hy sê:⁵⁹

“Indien die eiendomsreg oor die wissel na die geëndosseerde oorgegaan het, wat aan die remittent of houër waarde betaal het, kan teenoor hierdie geëndosseerde, waar hy teen die trekker optree, die *exceptio non numeratae pecuniae* of die eksepsie van nie ontvangte waarde nie opgewerp word nie, selfs ook al het die remittent die waarde nie aan die trekker betaal nie, en selfs al is die trekker bereid om daardie eksepsie met bewys te staaf.”

Die verwysing na die geëndosseerde in hierdie en tydgenootlike literatuur as eienaar van die wissel is nie vreemd nie. Waar die geëndosseerde eienaar – die “koper” – van die wissel is, is hy “een wezenlyke schuldeischer van den betrokkenen, en volle eigenaar van den wissel”⁶⁰ en staan hy vry van hierdie en ander persoonlike verwerre wat tussen vorige partye ontvanklik is.⁶¹ Waar die geëndosseerde of houër egter nie die eienaar van die wissel is nie, het hy in beginsel nie meer regte teen die wisselkuldenaar as sy voorman nie.⁶²

Die vereiste dat die reëlmatige houër vir waarde moet verkry, word in al die wisselwette in die Anglo-Amerikaanse lande gestel.⁶³ Die Geneefse

⁵⁶Sien by Casaregis *Il cambista istruito per ogni caso de' fallimenti, o sia instruzione per le piazze mercantili* (in sy *Discursus*) 4 48–9.

⁵⁷Casaregis *disc* 48 6, 7; Scaccia *Tractatus de Commerciis, et Cambio* (1619 Romae) 2 *gl* 8 5, 6. Scaccia 2 *gl* 8 6 beskryf die werking van die valutaklousule (*per la valuta havuta de contanti*) soos volg: “quia eiusmodi cedulae habent eandem vim, et vigorem, ac si realiter, et in pecunia numerata facta esset solutio; ideoque nec in iudicio, nec extra poterit opponi, solutionem non fuisse realem; quare cum, stantibus praedictis verbis, per la valuta havuta de contanti; non sit locus exceptioni non numeratae pecuniae, mercatores, qui dant cambio, semper acciperunt litteras cum praedictis verbis.” Sien ook Dupuis *L'art des Lettres de Change* (1690 Paris) 5 22–3.

⁵⁸Vgl Baldasseroni *Leggi e Costumi del Cambio Ossia Trattato sulle Lettere di Cambio* (1796 2e uitg Firenze) 2 13 2. Sien ook Scaccia 2 *gl* 8 6 waar hy die regresreg van die *adiectus in rem suam* bespreek.

⁵⁹Van der Keessel *Praelectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii introductionem ad iurisprudentiam Hollandicam* (1966 uitgawe) vertaling van Gonin *Tb* 600.

⁶⁰Heineccius *Grondbeginselen van het Wisselrecht* (1774 2e druk Middelburg) (vertaling van Reitz) 2 10.

⁶¹Vgl Van der Keessel *Tb* 576 579 580 en 592.

⁶²Casaregis *Il Cambista Istruito* 4 5 stel dit goed: “lo scrivente [trekker] non resterebbe obligato, perchè gli competerebbono contro del giratario tutte quelle eccezioni, e particolarmente delle valuta non pagata, che gli possono competere contro il ricevitore della sua lettera, il quale l'ha girata.” Sien ook Van der Keessel *Tb* 610; Dupuis 5 22.

⁶³Bv a 29 1 BEA; a 27 1 Wisselwet 1964; a 52 *Uniform Negotiable Instruments Law*; a 3–302 (1) UCC.

Eenvormige Wisselwet van 1930, wat in die meeste Europese lande en ook elders aanvaar is, ken nie die begrip van die reëlmatige houer nie. Dit beteken egter nie dat die houer van die wissel nie in vergelykbare omstandighede as dié waaronder die reëlmatige houer verkry, verskans word nie. 'n Verkryging "vir waarde" word egter nie deur die Geneefse Eenvormige Wisselwet in soveel woorde as vereiste gestel nie. Artikel 16 daarvan beskerm die besitter van 'n wissel, wat sy titel daartoe deur 'n ononderbroke ketting van endossemente kan aantoon, in sy besit daarvan "unless he has acquired it in bad faith, or unless in acquiring it he has been guilty of gross negligence". Artikel 17 gee beslag aan die beginsel van die nieteenstelbaarheid van verwere. Dit bepaal dat die verweerder, wanneer hy aangespreek word, teenoor die eiser geen verweer wat op sy persoonlike verhoudinge met die trekker of vorige houers gebaseer is, mag opwerp nie "unless the holder, in acquiring the bill, has knowingly acted to the detriment of the debtor". Ook in hierdie artikel word nie vereis dat 'n verkryging vir waarde moet plaasgevind het nie. Hierdie standpunt is waarskynlik beïnvloed deur die Duitse reaksie wat in die sewentiende eeu teen die gebruik van die valutaklousule in die wissel en die meegaande beklemtoning van die begrip waarde in die wisselreg ontstaan het.⁶⁴

Die Geneefse Eenvormige Wisselwet is in die Duitse reg aanvaar⁶⁵ en daar bestaan dus geen wetlike vereiste in die Duitse reg dat die houer vir waarde moet verkry het ten einde aanspraak op besitsbeskerming of op die nieteenstelbaarheid van verwere te maak nie. Nogtans kan die verkryger om niet van 'n verlore of gesteelde wissel, ten spyte van sy goeie trou, tot teruggawe van die dokument verplig word⁶⁶ en staan hy ook nie vry van persoonlike verwere wat tussen vorige partye ontvanklik is nie.⁶⁷ Tot hierdie resultaat word gekom deur die norme van die verrykingsreg tot aanwending te roep en daardeur nie slegs die verkryger om niet tot teruggawe van die wissel aan die eienaar daarvan te verplig nie, maar om hom ook – deur 'n analoë aanwending van artikel 816(I) van die *Bürgerliches Gesetzbuch* -⁶⁸ verbintenisregtelik tot die teenstelbaarheid van hierdie persoonlike verwere te dwing. Hierdeur word 'n verwerwing van die dokument vir waarde nie tot 'n meganiese element in die verkrygingshandeling verhef nie. Dit gaan inderdaad om 'n teenprestasie, maar dan ook om 'n verkryging deur 'n *Verkehrsgeschäft*. Hieronder word tuisgebring veel meer as 'n bloot formele

⁶⁴Sien hieroor Dabin *Fondements du Droit Cambiaire Allemand* (1959 Liège) § 16–8 27–31. Oor die vereistes waaraan die houer moet voldoen ten einde vry te staan van verwere en in sy besit beskerm te word, het nie altyd eenstemmigheid geheers nie. Sien by Ripert-Roblot *Traité Élémentaire de Droit Commercial* (1973 7e uitg Paris) II § 2044 156. Hierdie meningsverskil word ook in die debatte oor artikels 16 en 17 GEW weerspieël. Sien die *Records of Laws on Bills of Exchange, Promissory Notes and Cheques* League of Nations C 360 M 151 1930 II 197–200 291–4.

⁶⁵Die *Wechselgesetz* van 21 Junie 1933. Sien Baumbach-Hefermehl *Wechselgesetz und Scheckgesetz* (1973 11e uitg München) 1–2 55. Dieselfde opmerkings geld ook vir artikels 21 en 22 van die Geneefse Eenvormige Tjekwet van 1931 wat as die *Scheckgesetz* van 14 Augustus 1933 aanvaar is.

⁶⁶Baumbach-Hefermehl 145.

⁶⁷Baumbach-Hefermehl 145; Canaris *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* (1971 München) 241 en sy "Der Einwendungsausschluss im Wertpapierrecht" (1971) 9 *Juristische Schulung* 441 444.

⁶⁸Sien ook a 822 *BGB*.

verhandeling in die sin van die lewering van 'n toonderwissel of die lewering en endossement van 'n orderwissel. Wat nodig is, is 'n materiële verhandelning – 'n oordragshandeling waardeur die daadwerklike omloop en vereemding van die papier plaasvind.⁶⁹ Vertolk in hierdie sin is die begrippe “verhandel” en “vir waarde” soos dit in artikel 27 van die Wisselwet voorkom, nou verwant en dui dit op twee aspekte van dieselfde transaksie. Die wisselreg staan tot diens van die verkeerslewe. Daarom kan hierdie selfde verkeerslewe ook verder bepaal welke transaksies deur die norme van die wisselreg beskerm moet word.⁷⁰

Om nou terug te keer na die bank wat die houer vir waarde is van 'n tjek wat ter invordering ingelewer is. *Onderneem* 'n bank om aan sy kliënt krediet te verleen op sterkte van tjeks wat ter invordering ingelewer maar nog nie betaal is nie, verkry die bank vir waarde en kan dit, mits aan die ander elemente in die definisie van reëlmatige houer voldoen word, op daardie status aanspraak maak.⁷¹ In die Noord-Amerikaanse reg word so 'n “executory consideration” egter nie as waarde vir doeleindes van reëlmatige houerskap beskou nie. Hierdie benadering vind 'n mate van steun in artikel 54 van die *Uniform Negotiable Instruments Law* waarvolgens 'n houer wat kennis van titelgebreke verkry “before he has paid the full amount agreed to be paid” slegs as reëlmatige houer tot die mate waarin hy toe reeds geprester het, beskou word. Onder die regime van die *Uniform Negotiable Instruments Law* is 'n bank onder die ter sake omstandighede dus slegs as 'n reëlmatige houer beskou in die mate waarin inderdaad voorskotte op sterkte van tjeks wat ter invordering ingelewer is, gemaak is. Om nou egter te bepaal of 'n bepaalde uitbetaling op sterkte van tjeks gemaak is, word van die “the first money in is the first money out”-reël (FIFO) gebruik gemaak. Hiervolgens word finger dat krediete in die orde waarin hulle ingeskryf is, uitgeput word.⁷²

⁶⁹Canaris *Vertrauenshaftung* 240; Baumbach-Hefermehl 144.

⁷⁰a 3–302 3 UCC bepaal spesifiek: “A holder does not become a holder in due course of an instrument: (a) by purchase of it at judicial sale or by taking it under legal process; or (b) by acquiring it in taking over an estate; or (c) by purchasing it as part of a bulk transaction not in regular course of business of the transferor.” Dit is te betwyfel of 'n verkryging onder hierdie omstandighede 'n houer in die Suid-Afrikaanse of Engelse wisselreg as reëlmatige houer sal diskwalifiseer. A 27(1)(a) BEA bepaal immers dat “valuable consideration” vir 'n wissel tot stand mag kom deur “any consideration sufficient to support a simple contract”. Die gemeenregtelike interpretasie wat aan die woorde “vir waarde” in a 27 van die Wisselwet 1964 gegee is, vereis ook slegs 'n verkryging *ex causa onerosa*. Geen materiële verhandelning of verkryging “vir waarde” vind plaas, wanneer die wissel aan 'n verteenwoordiger of selfs aan 'n vertrouensman ('n “fiduziarische Rechtsübertragung”) verhandel word nie – selfs al sou die vertrouensman 'n teenprestasie daarvoor gee. Sien Baumbach-Hefermehl 144. Aan die anderkant kan 'n materiële verhandelning wel aan iemand wat die dokument ten behoeve van 'n ander verkry, plaasvind. Sien *VS Rajah & Co v Fann* 1976 2 SA 351 (D).

⁷¹A 84 van die Wisselwet 1964 kom natuurlik ook hier ter sprake. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie artikel onder die omstandighede daarin in die vooruitsig gestel, die bank nie houer maak nie, maar slegs die regte verleen wat dit sou gehad het indien by die oorhandiging ter invordering van die dokumente daarin vermeld “die houer reeds 'n blanko endossement daarop aangebring het”. Dit doen maw weg met die formele verhandelning van a 29. Sien my aantekening in 1974 *De Jure* 59; egter Cowen-Gering 449–50; *Volkskas Bpk v Bloems Timber Kilns (Pty) Ltd* 1974 4 SA 108 (W) 115.

⁷²Britton § 97 235; Anoniem “Bank credit as value: The Commercial Code article III”

Ten spyte van die bykans onoorkomelike vraagstukke – veral in die geval waar meerdere tjeks terselfdertyd gedeponeer word – waartoe die toepassing van hierdie reël lei,⁷³ neem die *Uniform Commercial Code* in die algemeen die standpunt in dat 'n houer slegs vir waarde neem “to the extent that the agreed consideration has been performed”.⁷⁴ Hierdie beskouing word in die algemeen bevestig in gevalle waar dit gaan om die verlening van bankkrediet en die invorderingsbank word slegs tot reëlmatige houer verhef in die mate waarin reeds gepresteer is.⁷⁵ Hierdie standpunt, waarvolgens 'n “executory consideration” slegs in die mate waarin dit uitgevoer is as waarde vir doeleindes van reëlmatige houerskap dien, het 'n mate van aantreklikheid. Die beleidsoorweginge wat dit ten grondslag lê, is dat die verkryger van 'n dokument wat nog nie sy eie verpligtinge gestand gedoen het nie, bloot kan weier om te presteer en op hierdie wyse verlies kan voorkom, indien hy van verwerre wat teen die wisselvordering ontvanklik is, te wete kom. Daar bestaan dus nie, so word verder aangevoer, dieselfde noodsaak om so 'n verkryger tot reëlmatige houer te verhef as dié een wat reeds gepresteer het nie.⁷⁶ Verleidelik soos hierdie argument is, kan dit nie aanvaar word nie. Dit kom nie alleen onrealisties voor om sonder meer van die houer wat nog nie gepresteer het nie, te verwag om uit 'n transaksie terug te tree nie, maar dit is ook regspolities wensliker om die sekuriteit van regshandeling te handhaaf as om van die houer wat 'n bepaalde transaksie in die vertroue op die betalingsbeloftes vervat in die dokument gesluit het, te vergo om daaruit terug te tree.

'n Tjek is natuurlik 'n verhandelbare dokument. So min twyfel bestaan hieroor dat vandag met verbasing daarvan kennis geneem kan word dat die aard van die tjek eens 'n omstrede onderwerp was.⁷⁷ Nietemin is die

1948 *Yale LJ* 1419 1420–1. Hierdie benadering is sonder sukses vir die Suid-Afrikaanse reg voorgestel; *Volkskas Bpk v Bloems Timber Kilns (Pty) Ltd* supra 120–1.

⁷³Britton § 97 235 ev.

⁷⁴a 3–303(a) UCC.

⁷⁵A 4–209 UCC bepaal dat 'n bank waarde gee tot die mate waarin dit 'n sekuriteitsbelang op tjeks ens wat ter invordering ingelewer is, het. A 4–208.1 lui: “A bank has a security interest in an item and any accompanying documents or the proceeds of either (a) in case of an item deposited in an account to the extent to which credit given for the item has been withdrawn or applied; (b) in case of an item for which it has given credit available for withdrawal as of right, to the extent of the credit given whether or not the credit is drawn upon and whether or not there is a right of charge-back; or (c) if it makes an advance on or against the item.” Volgens sub-artikel (b) kan 'n bank ook houer vir waarde vir 'n “executory consideration” wees. Hierdie sub-artikel het blykbaar nie betrekking op die geval waar kredietverlening in die diskresie van die bank is nie. Volgens een uitleg daarvan is dit van toepassing op bv 'n ooreenkoms waarvolgens 'n bankoortrekking aan die kliënt verleen word. Sien Rosenthal “Negotiability – Who needs it?” 1971 *Columbia LR* 375 391; Clarke-Bailey-Young *Bank Deposits and Collections* (1972 Philadelphia) 50–3. Die pragmatiese benadering van a 4–208 UCC bring mee dat “the title of a bank to a check handled for collection is usually irrelevant to the banks' right to recover on the check as holder in due course” – Bailey *The Law of Bank Checks* (1969 4e uitg Boston) 199.

⁷⁶Cosway “Negotiable instruments – A comparison of Washington law and Uniform Commercial Code Article 3” 1965 *Washington LR* 281 294–5. Sien ook die offisiële kommentaar op a 303(a) UCC in *Uniform Laws Annotated. Uniform Commercial Code with Annotations from State and Federal Courts* (1968 Mineola-St Paul Minn) 100.

⁷⁷Sien die geskiedenis by Holden 215–9.

tjek 'n dokument wat inderdaad selde verhandel word en ook nie met daardie doel die wêreld ingestuur word nie. Dit is 'n betaalmiddel wat die hande van die eerste nemer meestal slegs verlaat om aan dié se bank ter invordering oorhandig te word. Waarom nou die invorderingsbank wat bereid is om op sterkte van so 'n tjek krediet aan sy kliënt te verleen, tot die reëlmatige houër daarvan verhef? Dit gaan nou nie noodwendig om 'n transaksie soos die verdiskontering van 'n tjek waar die verkryger hom inderdaad op die kredietwaardigheid van diegene wat hul handtekening op die dokument aanbring het, verlaat nie. Die invorderingsbank sal hom trouens merendeels slegs van die kredietwaardigheid van sy kliënt, die deposant, vergewis. Die moontlikheid is bowendien nie uitgesluit nie dat krediet outomaties en slegs omdat die rekenoutomaat van die bank so geprogrammeer is en sonder dat 'n bewuste besluit van geval tot geval daaroor geneem word, verleen kan word.⁷⁸ 'n Verhandeling aan 'n invorderingsbank in hierdie omstandighede het die wisselreg gevolglik op ander weë as die tradisionele geneem.

Is dit 'n wenslike stand van sake? Die invorderingsbank het klaarblyklik behoefte aan beskerming en – om die tradisionele regverdiging vir besondere reëls van die wisselreg op te diep – die snelle vloei van die handelslewe moet verseker word. Maar weeg dit op teen die belange van die niksvermoedende gewone man wat sy alledaagse skulde per tjek betaal en nou, wanneer hy op goeie gronde betaling wil aflas, met die suiwer wisselregtelike vordering van die invorderingsbank as reëlmatige houër gekonfronteer word? Hierdie geval is natuurlik 'n uiterste, maar dit illustreer die veranderende beskermingsbehoefte waarmee die wisselreg voortdurend rekening moet hou. Moet die invorderingsbank nou sonder meer beskerming in hierdie omstandighede ontsê word? Moet daar dogmaties voortgegaan word en konstateer word dat die blote onderneming van die bank om krediet te verleen, voldoening aan die vereiste dat vir waarde verkry word, is, of moet die pragmatiese benadering van die *Uniform Commercial Code* waarvolgens die bank slegs 'houër vir waarde is in die mate waarin krediet inderdaad verleen is, gevolg word?

Na my mening is dit nie onregverdigbaar om aan die invorderingsbank in omstandighede waar daar 'n stilswyende kredietgewingsooreenkoms met die kliënt bestaan en voordat inderdaad gepresteer is, die status van 'n reëlmatige houër te verleen nie. Dit gaan volstrek nie om 'n radikale wegbreek van tradisie nie. Die probleem lê nie daarin dat die bank 'n voordeel ten koste van die ander wisselpartye bekom sonder dat op dié se kredietwaardigheid staatgemaak is nie. Dit gaan oor die vraag of onder beswarende titel verkry is. Die reëlmatige houër verkry as koper. Sy prestasie mag nie – soos telkens in hierdie gevalle – in sy diskresie berus nie. Daar word aan die hand gedoen dat slegs wanneer die bank *regtens verplig* tot kredietverlening op sterkte van die ingelewerde tjeks is, of andersins na uitoefening van sy diskresie *inderdaad gepresteer* het, sy verkryging as onder beswarende titel aangemerkt kan word. Slegs dán bestaan daar die regverdiging om hom die besondere status van 'n reëlmatige houër toe te ken. □

⁷⁸Sien bv die weergawe van die getuienis in *Volkskas Bpk v Bloem Timber Kilns Pty Ltd* 1975 4 SA 108 (W) 112–5 en die bespreking van Rosenthal 381–394.

The effect of a threat of criminal prosecution on contract

J R Harker

University of Natal

OPSOMMING

In 'n drielik vonnis het ondernemings om geld wat na bewering gesteel sou gewees het terug te betaal, voor die houe gedien. Die afdwingbaarheid van die aanspraak is in elke geval ondersoek deur te vra of dit op grond van vreesaanjaging aanvegbaar was of nie.

Die vraag ontstaan egter of die ooreenkomste nie dalk nietig is nie deurdat hulle met die openbare beleid strydig is omdat hulle dalk die neiging mag hê om strafregtelike vervolging te verhinder. Daar word tot die gevolgtrekking gekom dat as 'n dreigement om die ander persoon strafregtelik te vervolg, gebruik word as hefboom om hom te oorreed om die onderneming te gee, die belofte regtens ongeoorloof en nietig is. Vreesaanjaging kom dan nie ter sprake nie.

There seems to be some uncertainty in our law as to the effect on contract where the victim, X, uses a threat of criminal prosecution to induce the thief, Y, to sign an acknowledgment of debt; in terms of which Y undertakes to repay the value of property stolen or funds misappropriated. The cases in our law in which this problem arose are *Jans Rautenbach Produksies (Edms) Bpk v Wijma*;¹ *Arend v Astra Furnishers (Pty) Ltd*;² *Ilanga Wholesalers v Ebrahim*.³

The *Jans Rautenbach* case was considered solely on the basis of duress. The defendant's reliance on the *exceptio quod metus causa*, however, failed for two reasons. First, although satisfied upon a preponderance of possibilities that the defendant had wrongfully appropriated the money for which he was sued, the court was not satisfied that the alleged threat had indeed been made.⁴ Secondly, the court was of the opinion that even if the threat had been made, it would have had no effect upon the validity of the contract. This was because Trengrove J, following *Du Plooy v National Industrial Credit Corp Ltd*⁵, considered that the potential informer is not guilty of criminal compounding,⁶ unless his undertaking not to institute criminal proceedings is given in return for some advantage to which he is not en-

¹1970 4 SA 31 (T).

²1974 1 SA 298 (C).

³1974 2 SA 292 (D).

⁴at 32 ff.

⁵1961 3 SA 741 (W).

⁶The crime of compounding is defined by P M A Hunt *South African Criminal Law and Procedure* II (1970) 163 as "unlawfully and intentionally agreeing for reward not to prosecute a crime which is punishable otherwise than by a fine only". This definition is cited with approval by Corbett J, as he then was, in *Arend's* case supra 308.

titled.⁷ Consequently, a creditor cannot be said to act contra bonos mores, in using a threat of prosecution to induce his debtor to acknowledge his true liability;⁸ hence provisional sentence was granted on an acknowledgement of debt in terms of which the defendant had undertaken to repay the funds misappropriated plus interest at 8½%.

An exceptio quod metus causa to a claim for provisional sentence on an acknowledgment of debt, however, succeeded in the *Ilanga Wholesalers'* case. It was an undisputed fact that the defendant signed the acknowledgment of debt as a result of threats that if he declined to do so his activities would be reported to the police and that he would be arrested and sent to gaol.⁹ The preponderance of probabilities also showed that the defendant had indeed been involved in a stamp pilferage racket, whereby he, in effect, stole money from the plaintiff. There was, however, no certainty as to the amount involved; Milne J was satisfied that the liability which the defendant had been induced to acknowledge did not represent his true liability but constituted "a very rough estimate" fixed by an "indignant guess".¹⁰ Therefore, because the threat of criminal prosecution had been used to exact an undertaking to pay an amount which was not due, that constituted an unlawful use of pressure and provisional sentence was accordingly refused. Once again, the possibility that the acknowledgment of debt may be null and void was not canvassed; the case was dealt with solely on the basis of duress. In fact Milne J said:¹¹

"Wessels, Law of Contract in South Africa, 2nd ed, para 1187, p 336, states: 'If, however, the creditor made an improper use of the process of arrest or actually imprisoned the debtor illegally the latter can avoid a contract made under threat of such imprisonment.'

In the *Jans Rautenbach* case Trengrove, J, refers to a number of authorities which are in similar terms. I respectfully agree with the conclusion of the learned judge in that case, viz that where the sum which the debtor agrees to pay in fear of arrest is in fact the sum which is due the creditor does not act contra bonos mores in using the threat of criminal prosecution to induce him to acknowledge his true liability. In these circumstances he is doing no more than to exercise his legal rights."

In *Arend v Astra Furnishers*, however, Corbett J doubted the correctness of the proposition that a person does not commit the offence of compounding unless his undertaking not to prosecute is given in return for an advantage to which he is not entitled.¹² The learned judge remarked:¹³

"[In] modern South African law, it seems to me that an important consideration is the fact that, generally speaking, an agreement of the type under discussion would constitute an unlawful compounding. This would not only render the threat unlawful, from the point of view of the application of the principles of duress, but would

⁷The learned judge's reliance on *Du Plooy's* case supra clearly seems misplaced; see infra n32.

⁸at 33 ff.

⁹at 297E.

¹⁰at 297A.

¹¹at 297G-H.

¹²at 308 ff Corbett J referred with approval to the strong criticism of *Du Plooy's* case supra by Hunt op cit 167 ff.

¹³at 308D.

vitiate the entire agreement as being void for illegality (cf the comment on the *Jans Rautenbach* case, *supra*, in 1970 *Annual Survey* at p 106)."

He said further:¹⁴

"I have come to the conclusion that generally speaking a contract induced by the threat of criminal prosecution is unenforceable on the ground of duress and, in certain instances, also on the ground that it involves the compounding of a crime and the stifling of a prosecution. It is not necessary to express a positive view on whether this rule obtains where the party threatened in fact owes a liquidated amount to the party making the threat and the agreement involves merely the payment of this amount since, for the reasons already stated, that is not the position in this case."

It was not necessary to decide this point because the acknowledgment of debt signed by the defendant was for an unliquidated amount, which amount was not, on a preponderance of probabilities, shown to be the amount misappropriated.¹⁵ In the exercise of the discretion, conferred upon a court in terms of rule 32(5) of the Uniform Rules of Court, Corbett J declined to grant summary judgment on the acknowledgment of debt.

With due deference to the learned judges in our trilogy of cases, it is submitted that heavy weather was made of a relatively simple matter. Considerations of duress aside and quite apart from whether the crime of compounding has been committed or not, it is believed that an acknowledgment of debt, signed by the thief in response to threats of criminal prosecution, is unenforceable, i.e. null and void, on the ground of public policy, in that it constitutes an implied agreement to stifle a prosecution. It must be appreciated at the outset that a reference to Roman-Dutch law with a view to answering the problem raised in our trilogy of cases will be of little avail. The Roman-Dutch authorities¹⁶ seem to have accepted that a private individual was free to compromise his own right of action for damages or loss arising out of the commission of a crime. From this it would follow that a threat of legal proceedings, used to induce the wrongdoer to acknowledge his civil liability, was probably not regarded as *contra bonos mores* so as to give rise to a remedy for duress, unless the threat was used to extort an advantage which was not due.¹⁷

The position in modern South African law, however, is different. The compounding of a crime, punishable otherwise than by a fine, constitutes a criminal offence; moreover, an agreement to stifle a prosecution is null and void. The crime of compounding and the concomitant contract rule was

¹⁴at 311G.

¹⁵at 314-16.

¹⁶Voet 2 15 17-20; Grotius *Inleiding* 3 4 5; Schorer *ad Grotius* 3 4 5; Van der Keessel *Select Theses* 520; and see generally JW Wessels *Law of Contract in South Africa* (2nd ed) I par 500-505.

¹⁷In determining whether the pressure, alleged to have induced an agreement, is unlawful for the purposes of duress, the threat is not considered in isolation but in conjunction with the purpose for which it was used; see PJJ Olivier "Onregmatige Vreesaanjaaging" 1965 *THRHR* 187. Thus in dealing with duress the Roman-Dutch writers require either a threat of illegal imprisonment or else an element of extortion, where the threat was *per se* a lawful one. See Grotius 3 48 6; Voet 4 2 3; 4 2 17; Van der Linden's translation of Pothier 1 3 2 56.

taken over from English law by our courts at an early stage.¹⁸ This borrowing from the English law, it is submitted, was not a bad thing. The offence of compounding and the contract rule seem necessary in the public interest to ensure a proper administration of justice.¹⁹ It is submitted, therefore, that the problem raised in our trilogy of cases must be determined by reference to the decided cases in our law.

The general policy of our law is that all agreements seriously and deliberately entered into should be enforced. The dictates of public policy, however, require that the freedom to contract should not be entirely unfettered. The limits of public policy, in this regard, are fairly clearly defined by judicial precedent; consequently, contracts which, inter alia, tend to interfere with the administration of justice, being contrary to the public interest, will not be enforced. Thus for instance, an agreement to pay excessive witness fees has been held to be unenforceable, because the witness may be tempted to colour his evidence and so impede the administration of justice.²⁰ Similarly, a collusive agreement between a husband and wife in respect of divorce proceedings which has the object or effect of misleading the court as to the true facts has been held null and void.²¹ Likewise, an agreement to stifle a prosecution is considered null and void, because to uphold and enforce such an agreement would interfere with the ordinary processes of justice.²² There are a number of reasons which may be advanced in support of the rule. First, by making the agreement the potential informer in a sense usurps the function of the attorney-general and deprives the courts of an opportunity to determine the wrong-doer's case. Secondly, to uphold and enforce such an agreement would mean that crimes and criminals would not receive equal treatment. Thirdly, such an agreement may tend to encourage crime by giving the criminal the comforting thought that there may be an

¹⁸The first reported conviction for criminal compounding in our law is *R v Thomas* (1883) 1 Buch AC 205. The same year the English rule that an agreement to stifle a prosecution is null and void was followed in the case *Harris v Executrix of Krige* (1883) 2 SC 399. See Hunt op cit 162.

¹⁹Hunt ibidem.

²⁰*Knox v Koch* (1883) Buch AC 382.

²¹*Kuhn v Karp* 1948 4 SA 825 (T).

²²*Harris v Executrix of Krige* supra; *Bezuïdenhout v Strydom* (1884) 4 EDC 224; *Hotz v Standard Bank* (1907) Buch AC 53. This rule, as mentioned above, seems to be based essentially on English law authority. It is submitted however that the rule is not in conflict with Roman-Dutch law principle. For although Roman-Dutch law recognised the right of a private individual to compromise his civil law right to recover compensation from the wrongdoer, the Roman-Dutch authorities make it clear that the compromise between the injured person and the wrongdoer only concerned them personally. It did not affect the right of the state to prosecute. See Grotius 3 4 5; Schorer *ad Grotius* 3 4 5 where he says: "Persons specially injured by a crime may freely compromise the same, in so far as they are entitled to a civil action for compensation in damages for such injury." (Italics supplied. Maasdorp's translation at 571.) By implication, therefore, should the agreement to compromise be accompanied by a condition to stifle prosecution, the whole agreement was probably void. See also Voet 4 2 3 where in discussing the right of the wrongdoer to recover what he has parted with in fear of exposure says: "The rule would have been otherwise if without the occurrence of such intimidation a person had voluntarily bought himself off at a price so as not to be exposed as caught in the shameful act, for in that case the claim to recover what was given would fall away." (Gane's translation.)

easy way out for him. Fourthly, the public interest in many instances demands that the criminal be brought to book. This is because conviction for certain offences such as fraud and theft would debar the wrongdoer from holding various offices of a public nature.²³

An agreement to stifle prosecution need not be express but may be implied;²⁴ such implication seems inescapable where the agreement is made in response to threats of criminal prosecution. For, as Corbett J in *Arend v Astra Furnishers* points out:²⁵

“A threat to prosecute unless an agreement is signed would normally carry with it an implied undertaking not to prosecute in the event of the agreement being signed.”

Similarly, De Villiers CJ in *Hotz v Standard Bank* said:²⁶

“[I]f it is clear that the object of the defendant was, to the banker’s knowledge, to stifle a prosecution of the Israelsohns for forgery, and that the bank assisted in the attainment of the object by first leading the defendant into the belief that there would be a prosecution unless he came to the rescue of the firm, and then, upon receipt of the defendant’s note, withdrawing preliminary proceedings which the bank had previously ostentatiously taken with the view to such prosecution, the transaction would undoubtedly be against public policy and wholly illegal. It is not to be expected, in such a transaction, that the maker of the note would candidly avow his object, or that the indorsee would compromise himself by making a definite promise not to prosecute; but if the conduct of the parties is inconsistent with any other object or promise, then the unspoken words became as eloquent and convincing as the most persuasive speech.”

He continued:²⁷

“In so far as the learned Judge found that such a threat was not made in express words, I feel bound to accept his finding . . . But a threat may be made by deeds as well as words, and I cannot conceive of a more forceable mode of conveying such a threat than by an ostentatious shadowing of the offender, and by expressing a willingness to a near relative of the offender to accept his note in substitution for the notes which had been fraudulently altered . . . In regard to the promissory note, I am satisfied that the only consideration for which it was given was the return of the forged notes, and that there was a tacit understanding between De Kok, the defendant, and Meyer Israelsohn that, upon receipt of the note, De Kok would stay his hand and would not take the further criminal proceedings which, by his conduct, he had led them to believe he would take.”

What then was the position in our trilogy of cases? In *Ilanga Wholesalers* and *Arend v Astra Furnishers* the court accepted, on a balance of possibilities, that the acknowledgment of debt had been obtained by threats that if it were not signed the defendant’s activities would be reported to the police and that arrest would inevitably follow. Bearing in mind the remarks of De Villiers CJ and Corbett J the inescapable conclusion seems to be that the

²³Such as trustee of an insolvent estate in terms of s 55(1) of the Insolvency Act, 24 of 1936; director of a company in terms of s 218(d) of the Companies Act, 61 of 1973; member of Senate or the House of Assembly in terms of s 55(a) of the Republic of South Africa Constitution Act, 32 of 1961.

²⁴*Harris v Executrix of Krige* supra; *Hotz v Standard Bank* supra; *Arend v Astra Furnishers (Pty) Ltd* supra.

²⁵at 308H.

²⁶at 59.

²⁷at 64.

acknowledgment of debt was given in return for a tacit undertaking not to prosecute and consequently that the agreement was null and void on the ground that it constituted an implied agreement to stifle a prosecution. The *Jans Rautenbach* case, on the other hand, does create some difficulty. The court, it seems, was not satisfied, upon a preponderance of probabilities, that the alleged threats had been made, and indeed, because of its misplaced reliance on *Du Plooy v National Industrial Credit Corp Ltd*, the court considered this to be an irrelevant consideration. It is respectfully submitted, however, that the consideration was of crucial importance,²⁸ for, if the threats were made, that would invariably give rise to an implied agreement to stifle a prosecution, in which case the agreement would be null and void. Moreover, for the same reason, should it appear that no threat was made, the court should enquire further and ascertain from the surrounding circumstances whether or not the parties could be said to have reached an implied agreement not to prosecute.

The approach adopted in the *Jans Rautenbach* and the *Ilanga Wholesalers'* cases is supported by *JA v S D'Oliviera*²⁹ and *AJ Kerr*³⁰ largely, it seems, on the basis of the view taken by Kuper J in *Du Plooy v National Industrial Credit Corp Ltd*³¹ that a criminal compounding is not committed unless the agreement not to prosecute gives the potential informer an advantage to which he is not entitled.³² Thus because the victim has a legal right to recover compensation for the loss suffered, he commits no offence by agreeing not to institute criminal proceedings provided the thief undertakes to repay the amount of his unlawful appropriations; hence the acknowledgment of debt is not tainted with any illegality. Furthermore, so it is argued, the victim does not act contra bonos mores, so as to give rise to a remedy for duress, by using a threat of criminal prosecution to induce the thief to acknowledge his liability.

"In view of the social effects of a public prosecution on a man, his family and his reputation, society may not regard the action of the creditor as unlawful; it may even commend him."³³

With respect, this reasoning is erroneous. It overlooks entirely the fact that an agreement which impedes the administration of justice is null and

²⁸The illegality of an agreement is a matter which should mero motu be raised by a court; see *Cape Dairy & General Livestock Auctioneers v Sim* 1924 AD 167.

²⁹1974 SALJ 284.

³⁰*The Principles of the Law of Contract* (2nd ed) 172-3.

³¹supra at 745 ff.

³²Reliance on *Du Plooy's* case seems misplaced: see McLennan 1970 *Annual Survey* 106; 1974 *Annual Survey* 91 ff. The restriction which Kuper J seeks to impose on the meaning of reward for the purposes of the crime of compounding is not supported by authority; see EM Burchell 1961 *Annual Survey* 333. At most the cases seem to require some advantage which operated as the quid pro quo for the undertaking not to prosecute; see *R v Cadle* (1914) 35 NLR 356 359; *R v Klugman* 1959 1 PH H37 (D); *S v Ngobese* 1963 4 SA 479 (N) 482. Moreover, for the reasons given by Hunt op cit 167 ff, it is submitted that Kuper J's definition of reward for these purposes must be regarded as incorrect; see the remarks of Corbett J in *Arend v Astra Furnishers* supra 309.

³³per D'Oliviera op cit 289. Some members of society may commend this sort of conduct, however, for the reasons given supra; it is believed that the public interest, in a very real sense, demands that a criminal prosecution should follow.

void on the ground of public policy. Considerations of duress, therefore, do not arise. Duress is only of relevance where there is prima facie a valid contract, but which is voidable on the ground that the aggrieved party's consent was unreal, having been obtained by the unlawful exercise of pressure.³⁴ Moreover, one must be wary of reasoning backwards in this regard; the agreement to stifle a prosecution is null and void on the ground of public policy, because it impedes the administration of justice and not because in making the agreement an offence has been committed. Where, however, the undertaking to stifle prosecution is given in return for a reward, the potential informer commits criminal compounding.³⁵ To illustrate, suppose that X, the victim of theft, threatens Y, the thief, with criminal prosecution unless Y offers for sale his Alpha motor car to Z, who is bona fide and knew nothing of the theft. Suppose further that Y in breach of his agreement with X, intimates an intention to sell the car to D. Would X, pending acceptance by Z, succeed in obtaining an interdict to restrain the sale and delivery of the car to D? It is submitted not; it seems clear that the courts would refuse to entertain any action on the contract, such an agreement being null and void on the ground of public policy. But the crime of compounding has not been committed in these circumstances; the potential informer has not, himself,

³⁴Thus where the threat used to obtain the acknowledgment of debt was not one of criminal prosecution but rather one of civil proceedings to recover compensation from the thief, and the victim made it clear that it was merely the thief's civil liability that he was prepared to compromise, no inference of an intention to stifle a prosecution would arise. The agreement may, however, nevertheless be voidable on the ground of duress, should the threat be used to obtain an advantage to which the person making the threat was not entitled. This advantage, in appropriate circumstances, may consist in obtaining the acknowledgment of debt itself (see *Freedman v Kruger* 1906 TS 817 821 ff) or in an undertaking to pay interest at a higher rate than the legal rate to which the victim would have been entitled had he instituted civil proceedings against the thief, established the amount of his loss and obtained judgment for that amount; see *Arend v Astra Furnishers* supra 309 but contrast D'Oliviera op cit 289 ff.

³⁵With due deference to the learned judge, Corbett J in *Arend's* case would also seem to be guilty of reasoning backwards in this regard. He says: "The rationale underlying the penalisation of such an agreement is that it tends to interfere with the proper administration of justice. In as much as conclusion of such an agreement constitutes a crime, the agreement itself is void for illegality (see *Hotz v Standard Bank* 3 Buch AC 47 at p 52)" (at 308G). The agreement not to prosecute is null and void on the ground that it impedes the administration of justice; in addition, where the undertaking not to prosecute is given in return for reward the crime of compounding is committed. However, the commission of the offence is a consideration quite distinct from the nullity of the agreement itself. See, for instance, the remarks of Barry JP in *Bezuidenhout v Strydom* supra where he said: "Whether or not the defendants, after engaging to make this payment in consideration that no proceedings should be taken against their son, have satisfied themselves that they had acted conscientiously, is a question distinct from the legal effect of the contract. The legal effect of entering into such an illegal contract is, that it cannot be supported" (at 225). In the same case Buchanan J stated: "It is clear that the note was given in pursuance of a contract which was contrary to public policy, and illegal and void . . . I am surprised that the Magistrate, when it was brought to his knowledge that a crime had been committed, did not cause proceedings to be taken against the accused" (at 226).

Seen in this light, the apparent difficulty which D'Oliviera op cit 291 has in accepting that a compounding agreement is void and not merely voidable falls away. This is so because a contract induced by fraud, despite the commission of the crime of fraud, is not in itself tainted with any illegality as is an agreement to stifle a prosecution.

received any reward or advantage in return for his undertaking not to institute criminal proceedings.

The position must surely be the same where the threat of criminal prosecution is used to obtain an acknowledgment of debt by the thief. It seems clear that the thief would not be able to recover damages for breach of contract, nor would he succeed in obtaining an interdict should the potential informer, in breach of his implied agreement, either inform or intimate an intention to inform the relevant authorities of the theft. If this is so, why should the agreement be enforceable in the other direction? The potential informer by undertaking not to prosecute provided the acknowledgment of debt is signed, in a very real sense interferes with the processes of justice.

It is submitted, therefore, that where a threat of *criminal prosecution* is used to obtain an acknowledgment of debt, in terms of which the thief undertakes to compensate his victim in the amount of his misappropriations, duress is an irrelevant consideration: the acknowledgment of debt is null and void on the ground that it constitutes an implied agreement to stifle a prosecution and this is so irrespective of whether the crime of compounding has been committed or not. It is believed, however, that the potential informer is guilty of criminal compounding even where the acknowledgment of debt represents the exact amount of the thief's unlawful appropriations. The crime of compounding seems necessary in the public interest. The victim of theft, by promising not to institute criminal proceedings in return for the acknowledgment of debt, interferes with the administration of justice: in a very real sense he takes the law into his own hands and usurps the function of the courts.³⁶ Reward for the purpose of the crime of compounding, it is submitted, means no more than the advantage which operated as the quid pro quo for the undertaking not to prosecute. It would include, therefore, the case where the victim receives his property back or the thief repays the amount misappropriated. To restrict the definition of reward, for the purposes of criminal compounding, to mean an advantage to which the potential informer is not entitled,³⁷ is not supported by authority.³⁸ Moreover, to impose this restriction on the meaning of reward makes nonsense of the crime of compounding, with the result that the offence may just as well be jettisoned from our law altogether.³⁹ □

³⁶It might be argued that, where a threat of criminal prosecution is used to obtain the acknowledgment of debt, compounding is not committed, because true consent on the part of the thief is lacking; see Hunt op cit 163 n 46. However, this would seem to be an irrelevant consideration; "agreement" for the purposes of the offence seems to denote a promise or an undertaking not to prosecute in return for a reward and not a subjective agreement, in the sense of a free and voluntary meeting of the parties' minds. The lack of volition on the part of the thief would, however, be of relevance should he be charged as a socius, since that would probably exclude the element of unlawfulness in so far as the thief himself is concerned; see Hunt op cit 164.

³⁷As the *Du Plooy v National Credit* supra, *Jans Rautenbach* and *Ilanga Wholesalers'* cases seek to do.

³⁸Burchell loc cit; McLennan 1971 *SALJ* 161.

³⁹Hunt op cit 168.

The applicability of customary international law in municipal law - South Africa's monist tradition

A J G M Sanders

University of South Africa

OPSOMMING

Die volkereg is nie net van inter-staatlike belang nie. Dikwels is dit van binne-staatlike belang. Gevolglik bestaan daar 'n behoefte aan 'n toepassing van die volkereg binne die nasionale sfeer. Die onderskeie state, met inbegrip van Suid-Afrika, voorsien in die behoefte deur die volkereg in beginsel as deel van die nasionale reg te beskou. Die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg volg in hierdie opsig die patroon van die Engelse reg en is dienooreenkomstig op die sogenoemde transformasie-reël (1974 *THRHR* 364) en Blackstone se beginsel gegrondves. Laasgenoemde beginsel, wat inpas by die algemeen-Europese *monistiese* tradisie, bepaal dat die gewoonteregtelike volkereg vanself deel van die nasionale reg vorm. Maar soos ons regspraak bevestig, is hierdie beginsel aan uitsonderings onderworpe.

In a previous article in this journal I briefly referred to the monist tradition of South African law in the matter of the municipal applicability of *customary* international law.¹ In this article this tradition will be further explained, with special reference to our case law.

THE HISTORIC BACKGROUND

The term monism stands for the viewpoint that the international legal order and the various national legal orders together constitute one universal legal order within which the national legal orders take a subordinate position. The idea of a universal legal order has been authoritatively stated by the father of the rationalist school of natural law, Hugo Grotius. For example, in Prolegomenon 16 of his *De Jure Belli ac Pacis* (1625) he constructs a kind of genealogical tree with human nature as the mother of natural law at the head. He then goes on to represent consent as the mother of the *jus civile* and the *jus gentium*, adding that consent itself derives its force from natural law, so that human nature turns out to be the great-grandmother of the *jus civile* and the *jus gentium*.

But although in its origins the monist doctrine owed much to this rationalist construction of a universal legal order, it survived even after natural law theories ceased to be fashionable.

¹1974 *THRHR* 369-371.

In Roman-Dutch law the monist view is clearly apparent from Grotius' *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid* (1631) I 2 10-14 and II 3 14, and in general from the immediate municipal application by Roman-Dutch law writers of international law rules.²

The so-called Blackstonian principle³ is yet another expression of the European monist tradition that was set in motion during the 17th century, and is therefore more than just a principle of English law. According to this principle, customary international law forms part of the law of the land. It is an established fact that the famous Lord Mansfield has played a prominent role in the implementation of this principle in English judicial practice.⁴ The principle received its present name because so affirmed by Sir William Blackstone in his *Commentaries on the Laws of England* (1765) IV 5 67:

"In arbitrary states this law (of nations), wherever it contradicts or is not provided for by the municipal law of the country, is enforced by the royal power: but since, in England, no royal power can introduce a new law, or suspend the execution of the old, therefore the law of nations, wherever any question arises which is properly the object of its jurisdiction, is here adopted in its full extent by the common law, and is held to be a part of the law of the land."

It should be noted that the Blackstonian principle refers to *customary* international law only, and not also to treaties. At the time of Lord Mansfield's decisions and Blackstone's writings it was already an established principle of English law that the executive in its function of handling foreign affairs could not legislate since the law-giving function was vested solely in parliament. This balance of power resulted from the 17th century constitutional struggle concerning the prerogative. Consequently treaties, the conclusion of which was an executive function, required "transformation" by act of parliament for their municipal application. This remains the position under modern English law.⁵ The transformation rule also forms part of South African law.⁶

It must further be noted that in course of time the Blackstonian principle has been made subject to a series of qualifications⁷:

²The international law rules most frequently referred to by Roman-Dutch law writers (as well as by their contemporaries in other countries) related to diplomatic immunity and war. Examples of this are found in *Hollandsche Consultatien en Advysen*; Joannes Loenius' *Decisien en Observatien*; Cornelius van Bynkershoek's *Questionum Juris Publici Libri Duo, Observationes Tumultuariarum*, and *De Foro Legatorum*; and Joannes van der Linden's *Rechtsgeleerd, Practicaal, en Koopmans Handboek*.

³For references to this principle in South African legal literature see CJR Dugard 1971 *SALJ* 13-15, and Sanders 1974 *THRHR* 369-371.

⁴*Triquet v Bath* (1764) 3 Burrow 1478 1481; *Heathfield v Chilton* (1767) 4 Burrow 2015 2016. With regard to Lord Mansfield's role in the matter see L Erades and Wesley L Gould *The Relation between International Law and Municipal Law in The Netherlands and in the United States* (1961) 236.

⁵Compare, for example, Lord McNair *The Law of Treaties* (1961) 83-94. The leading English case is *The Parlement Belge* (1879) 4 PD 129 at 154-155.

⁶Compare Sanders "Transformation of treaties" 1974 *THRHR* 364 ff. The leading South African case is *Pan-American World Airways Incorporated v SA Fire and Accident Insurance Co Ltd* 1965 3 SA 150 (A) 161.

⁷Compare *Chung Chi Cheung v R* 1939 AC 160 167-168.

In the first place the Blackstonian principle has been adversely affected by the doctrine of the legislative sovereignty of parliament, namely in this way that in the event of a clear conflict between customary international law and an act of parliament the latter must prevail whether the act of parliament be earlier or later in date than the customary rule(s) concerned. There is, however, a presumption that parliament does not intend to derogate from customary international law, so that if legislation proves ambiguous, the courts will follow the meaning more favourable to customary international law.⁸

Secondly, there is the judicial policy of *stare decisis*. In terms of this policy the courts, for reasons of uniformity and certainty, tend to follow judicial precedent even if judicial precedent does not (any longer) reflect the true state of customary international law.⁹ But it is good to remember here that *stare decisis* was never intended to mean stagnation, but rather stands for uniform, consistent and predictable growth. It is further suggested that in cases dealing with public international law the courts should seek uniformity and certainty with constant reference to international law and not just by conveniently relying on national precedents.

Finally, mention must be made of the refusal on the part of the English courts (a) to review acts of state, i.e. acts performed by the executive in the exercise of its prerogative in foreign affairs¹⁰; (b) to review the executive, legislative and judicial acts of foreign entities which have been recognized by the executive¹¹; and (c) to take cognizance of non-recognized foreign entities, their representatives and official acts.¹² In other words, the English courts will give effect to acts of state and the official acts of recognized foreign entities even if such acts would be in conflict with customary international law, and they will refuse to take cognizance of non-recognized foreign entities, their representatives and official acts even if such refusal would be contrary to customary international law. The idea behind these self-imposed rules of judicial policy is that, because it is the executive's prerogative to conduct foreign affairs, the courts should not hinder the executive in the performance of its function. But it would seem that the English courts have given too rigid an application to this policy consideration. Account should be taken not only of the executive's function of handling foreign affairs but also of the courts' own function to uphold the law

⁸The impact of the doctrine of the legislative sovereignty of parliament on the Blackstonian principle is illustrated by *R v Keyn* (1876) 2 Ex D 63 at 85, and *R v Dudley and Stephens* (1884) 14 QBD 273 at 284.

⁹For example, the English courts' attitude towards the immunity of property of foreign states is still based on the view taken in *The Parlement Belge* (1880) 5 PD 197 as interpreted in *The Porto Alexandre* [1920] P 30, a view which in the opinion of many writers no longer fully reflects modern customary international law.

¹⁰Compare, for example, *Buron v Denman* (1848) 2 Ex 167; *West Rand Central Gold Mining Co v The King* [1905] 2 KB 391; *Luther v Sagor* [1921] 1 KB 456; *Duff Development Co Ltd v Kelantan Government* [1924] AC 797; *The King v Bottrill, ex parte Keuchenmeister* [1947] KB 41.

¹¹Compare *Luther v Sagor* [1921] 3 KB 532 (CA) and *Princess Paley Olga v Weisz* [1929] 1 KB 718 (CA), as interpreted in *Helbert Wagg and Co Ltd* [1956] Ch 323; *Johnstone v Pedlar* [1921] AC 262 at 290; *Re Amand* [1942] 1 All ER 236 at 243, 249, 251.

¹²Compare, for example, *Luther v Sagor* [1921] 1 KB 456.

and the rights of the individual. Anyway, not all cases touching on foreign affairs are vital to the executive's foreign policy. I have elsewhere suggested that only in cases vital to the conduct of foreign affairs is there a need for the courts to follow in the footsteps of the executive, and that the decision whether a case falls into this category should rest with the courts acting in consultation with the executive. I have shown there that there are indeed signs that the English courts are breaking away from submissiveness.¹³

SOUTH AFRICAN CASE LAW

My reason for having elaborated on the Blackstonian principle and its qualifications is that our courts have traditionally acted on this basis. Their motivation is not far to seek. In the first place, the South African governmental structure is derived from the English model, and is accordingly characterized by a balance of power between the three branches of government which resembles the English one. Secondly, the South African courts have been endowed with attributes similar to those of their English counterparts, and in exercising their functions have likewise adopted the *stare decisis* principle.

Although, to my knowledge, the Blackstonian principle has never been expressly mentioned by our courts, a survey of our case law makes clear that the courts consider customary international law as being, in principle, directly operative in the municipal sphere, so that they can take immediate judicial notice of it, just as they do with law of municipal origin. At least some 35 odd cases bear, directly or indirectly, evidence of this.¹⁴ I did not come across any decision disputing the principle of the direct municipal applicability of customary international law.

¹³"The Justiciability of Foreign Policy Matters under English and South African Law" 1974 *CILSA* 215-221 (Unfortunately, the printer's devil ran riot there, especially in the footnotes.); "Recognition of Foreign States and Governments and the Courts" 1975 *SALJ* 165-173.

¹⁴Compare *Acutt, Blaine and Co v Colonial Marine Assurance Co* (1882) 1 SC 402; *Ncumato v Matwa and others* (1882) 2 EDC 272; *Mshwakezele v Guduza* (1901) 18 SC 167; *Alexander v Pfau* 1902 TS 155; *Achterberg v Glinister* 1903 TS 326; *Van Deventer v Hancke and Mossop* 1903 TS 401; *Lemkubl v Kock* 1903 TS 451; *Maree v Conradie* 1903 ORC 23; *Oliver v Wessels* 1904 TS 235; *Smit v Bester* 1904 ORC 30; *Du Toit v Kruger* (1905) 22 SC 234; *Claassens v Wilkens* 1905 ORC 139; *Postmaster-General v Taute* 1905 TS 582; *Randjeslaagte Syndicate v The Government* 1908 TS 404; *Ex parte Belli* 1914 CPD 742; *Marburger v The Minister of Finance* 1918 CPD 183; *Mabomed and minor son v Immigrants Appeal Board* 1918 NPD 7; *De Howorth v The SS India* 1921 CPD 451; *Sbingler v Union Government (Minister of Mines)* 1925 AD 556; *Verein für Schutzgebietsanleihen EV v Conradie NO* 1937 AD 113; *Ex parte Lowen* 1938 TPD 504; *Ex parte Schumann* 1940 NPD 251; *Ex parte Sulman* 1942 CPD 407; *Kavouklis v Bulgaris* 1943 NPD 190; *R v Holm, R v Pienaar* 1948 1 SA 925 (A); *R v Neumann* 1949 3 SA 1238 (Special Criminal Court, Transvaal); *Commissioner of Taxes, Federation of Rhodesia v McFarland* 1965 1 SA 470 (W); *S v Eliasov* 1965 2 SA 770 (T), 1967 4 SA 583 (A); *S v Penrose* 1966 1 SA 5 (N); *S v Bull* 1967 2 SA 636 (T); *South Atlantic Islands Development Corporation Ltd v Buchan* 1971 1 SA 234 (C); *Parkin v Government of the République Démocratique du Congo and another* 1971 1 SA 259 (W); *S v Devoy* 1971 1 SA 359 (N), 1971 3 SA 899 (A); *Leibowitz and others v Schwartz and others* 1974 2 SA 661 (T); *Lendalease Finance Co (Pty) Ltd v Corporation de Mercadeo Agricola and others* 1975 4 SA 397 (C).

As illustrations of the monist approach of our courts the following judicial pronouncements are worth citing:

In *Acutt, Blaine and Co v Colonial Marine Assurance Co* (1882) 1 SC 402 De Villiers CJ stated at 406:

“If it had been proved that the defendants were residents of Natal at the time judgment was given, no difficulty would arise, because *the court would be bound by the comity of States* to give effect to the judgment against persons domiciled in the States in which judgment was given.” (My emphasis.)

In *Du Toit v Kruger* (1905) 22 SC 234 De Villiers CJ again subscribed to the monist view when he remarked at 238:

“The modern authorities, to which this Court has been referred, on the rights of capture during war do not afford much assistance for the decision of the appeal. The *rules* which are laid down by some writers from exempting the private property of an enemy from capture have not been so *universally accepted and acted upon* as to *justify this Court in treating them as binding principles of law.*” (My emphasis.)

In *ex parte Schumann* 1940 NPD 251 we find the following dictum of Selke J at 254:

“I see no reason to suppose that these principles of international law [to the effect that during a state of hostilities no subject of a belligerent state can legally transfer his allegiance to an enemy state] are other than principles of general application throughout the civilised world; . . . and, in my opinion, they are principles which are recognised by the law of this country.”

But the South African locus classicus on the subject is found in *South Atlantic Islands Development Corporation Ltd v Buchan* 1971 1 SA 234 (C) where Diemont J remarked at 238:

“Although I am surprised that there is no decision in which a South African Court has expressly asserted that international law forms part of our law, I would be even more surprised if there were a decision asserting the contrary. It appears to have been accepted in both the English and the American Courts that international law forms part of their own law. (See *West Rand Central Gold Mining Co, Ltd v R*, (1905) 2 KB 391 and *Banco Nacional de Cuba v Sabbatino*, (1963) 376 VS 398). And there are also one or two indications in decisions in our Courts that judicial notice will be taken of international law. See, for example, *De Howorth v the SS India* 1921 CPD 451 at p 457, and *Ex parte Sulman*, 1942 CPD 407, and other cases referred to in the *South African Law Journal* 1966, (part II) at p 131. In my view it is the duty of this Court to ascertain and administer the appropriate rule of international law in this case.”

In *Leibowitz and others v Schwartz and others* 1974 2 SA 661 (T) one finds an interesting example of how our courts interpret their duty to administer the rules of customary international law. It was held by Nicholas J that the principle laid down by the appellate division in *Kethel v Kethel's Estate* 1949 3 SA 598 (A) that all beneficiaries under a will must be joined as defendants in an action wherein an order is claimed declaring that will invalid, must give way to the principle of customary international law that the courts of a country will not by their process make a foreign state a party to legal proceedings against that state's wish.

But, as in England, the principle that customary international law forms part of the law of the land is subject to certain qualifications. It would seem that the following dictum of Myburgh J in *Parkin v Government of the*

République Démocratique du Congo and another 1971 1 SA 259 (W) at 261 intends to make this clear:

“The answer to this problem [of jurisdiction over property belonging to a foreign state] is to be found in international law *to the extent that our common law recognizes such international law*”. (My emphasis.)

These qualifications derive partly from the legislative sovereignty of parliament, and partly from the judicial policies of *stare decisis* and of treating foreign policy matters as non-justiciable.

In accordance with the doctrine of the legislative sovereignty of parliament our courts will apply legislation even when legislation is in conflict with customary international law. This is clearly implied in *Ncumato v Matwa and others* (1882) 2 EDC 272, a case dealing with the capture of a rebel's property, where it was expressly pointed out by Barry JP at 279 that existing legislation did not touch the relevant rules of customary international law. In *Alexander v Pfau* 1902 TS 155, a case dealing with commandeering, it was held that the *Krijgswet*, “Law” no 20 of 1898, of the South African Republic would have to be followed in preference to conflicting customary international law. In the words of Innes CJ at 164:

“This Court continues the functions of the late Court, and is bound to apply the law of the Transvaal as it existed when the seizure was made. It must, therefore, decide that by virtue of the *Krijgswet* the Government of the Transvaal had the right to appropriate the goods of any resident, and therefore the horse of the appellant; and whatever the rule of international law may be, the local law of the late South African Republic must be followed in preference to a conflicting rule of international law.”

The court was, however, unanimous that there existed no conflict between the *Krijgswet* and customary international law, and consequently based its decision on customary international law. It should be added here that also in South African law there is a presumption that the legislature does not intend to derogate from customary international law. Support for this presumption is found in *Achterberg v Glinister* 1903 TS 326 where it was stated by Bristowe J at 334:

“It is impossible to suppose that this [proclamation] was intended to establish martial law otherwise than in accordance with the most advanced and modern practice of civilised warfare. In my opinion the martial law established was not that of the middle ages, but that of the 20th century, and I therefore hold that no general power of confiscating private property was intended to be exercised by the military authorities by whom the law was administered.”

To the same effect: *Claassens v Wilkens* 1905 ORC 139 at 141. The presumption in favour of customary international law also appears from the following dictum of Harcourt J in *S v Penrose* 1966 1 SA 5 (N) at 11:

“If . . . it had been the legislative intention to include professional or career consuls in the additional class of accredited diplomatic representative it is inconceivable that this should not have been done in express terms particularly when . . . international usage is against the extension to them of diplomatic immunity.”

In addition to the doctrine of the legislative sovereignty of parliament there is the *stare decisis* principle which may adversely affect the municipal application of customary international law. On the strength of this principle our courts occasionally follow judicial precedent where customary inter-

national law is at stake. For example, in *Kavouklis v Bulgaris* 1943 NPD 190 and the *Parkin* case the court, on a point of customary international law, had recourse to judicial precedent without even mentioning international law writers or other evidential sources of international law. In *Lendlease Finance Co (Pty) Ltd v Corporacion de Mercadeo Agricola and others* 1975 4 SA 397 (C), which like the *Kavouklis* and *Parkin* cases dealt with the question of the jurisdictional immunity of foreign states, De Kock J expressly invoked the *stare decisis* principle when he stated at 404:

“. . . in any event, it seems to me that this Court, sitting as a Court of first instance, should adhere to the traditional view of granting immunity in respect of property which belongs to a sovereign State or of which it is in possession or control. The decision in the *Baccus* case . . . is directly in point and in my view we should follow that case and the principle laid down by Gardiner, J, in the *SS India* case.”

Contrast, however, the *Leibowitz* case where the court applied customary international law in disregard of judicial precedent.

Finally, mention must be made of the refusal on the part of our courts to pronounce on foreign policy matters, even if such refusal would run counter to the dictates of customary international law. Prominent among the foreign policy matters are the acts of state, or the executive's acts performed in the exercise of its prerogative of conducting foreign affairs. Thus it was held in *Van Deventer v Hancke and Mossop* 1903 TS 401 that the validity of the executive's act of annexation could not be questioned with reference to customary international law. As Innes CJ stated at 409-410:

“It is no doubt correct as a general rule of international law that two circumstances are necessary to create a complete title by conquest: the conqueror must express in some clear manner his intention of adding the territory in question to his dominions, and he must by the exercise of military force demonstrate his power to hold it as part of his own possessions. It is also true that in March, 1901 [which was six months after the Annexation Proclamation by which the South African Republic was declared to form part of the British dominions], large portions of the Transvaal . . . were neither occupied nor dominated by British troops; but on the contrary were under the *de facto* control of the Boer forces. And if this were a foreign Court engaged in trying a cause in regard to which the question of when the conquest of the Transvaal was complete became relevant to the inquiry, it is possible that points of considerable intricacy and difficulty would present themselves. But those considerations are not present here. This is a Court constituted by the British Crown, exercising powers and discharging functions derived from the Crown. In its dealings with other States the Crown acts for the whole nation, and such dealings cannot be questioned or set aside by its Courts. They are acts of State into the validity or invalidity, the wisdom or unwisdom, of which domestic Courts of law have no jurisdiction to inquire.”

In *Postmaster-General v Taute* 1905 TS 582 (which was followed in *Shingler v Union Government (Minister of Mines)* 1925 AD 556) Innes CJ reiterated at 586 that:

“Because annexation is an act of state, . . . neither the act itself nor its legal consequences can be called in question in the courts . . .”

Similarly, Maasdorp JP stated in *ex parte Belli* 1914 CPD 742 at 747, with regard to the conduct of war:

“The ‘necessities of war’ is a matter that this court cannot deal with. It is a matter really within the knowledge and affects the discretion of the Government.”

Express confirmation by the appellate division that acts of state are not justiciable is found in *Verein für Schutzgebietsanleihen EV v Conradie* NO 1937 AD 113 where Feetham AJA remarked at 146-147:

"In those cases where the identity of a State or territory disappears as the result of its absorption in a larger unit, the question whether the State which acquires title by cession or by annexation becomes liable for the obligations of the ceded or annexed territory as its successor is a question as to liabilities resulting from a Treaty or from an Act of State which are not enforceable against the State so acquiring title by proceedings in its own Municipal Courts."

Authority for the view that the courts should not inquire into the legal validity of the official acts of *recognized* foreign entities may be found in *Haak and others v Minister of External Affairs* 1942 AD 318 at 326.

Examples of judicial refusal to take cognizance of *non-recognized* foreign entities are also known in our case law. In the *Van Deventer* case the court adduced non-recognition on the part of the executive as one of its reasons for not recognizing the laws passed by the government of the South African Republic subsequent to the Annexation Proclamation; the court was, however, prepared to give effect to the acts of the Boer forces which, in its opinion, had been recognized as belligerents. To the same effect: *Lemkuhl v Kock* 1903 TS 451.

For the sake of completeness it should be mentioned that executive recognition or non-recognition of foreign entities are facts of which our courts, like the English courts, take judicial notice. This means that instead of requiring proof to be furnished on the matter the courts act on their own knowledge and information. In the *Van Deventer* case the court, acting on its own knowledge, rejected the argument that the British government had recognized the continued existence of the South African Republic, but found that the Boer forces had been recognized by the executive as belligerents. Again in the *Parkin* case the court independently arrived at the conclusion that although there was no diplomatic contact between the Republic of South Africa and the Democratic Republic of the Congo (now Zaire), the respondent was the government of a foreign state recognized by the South African government. I would suggest, however, that when there can be doubt as to whether the executive has recognized a foreign entity and the case in issue is vital to the government's foreign policy, the courts should address themselves to the executive. Of course, the executive may in any case issue a certificate to be utilized in legal proceedings for proof of recognition or non-recognition. *S v Devoy* 1971 3 SA 899 (A) is authority that our courts, like the English courts, will in principle accept such statements as binding and conclusive.¹⁵

DO THE EXCEPTIONS RULE?

According to JES Fawcett *The British Commonwealth in International Law* 1963 at 18

"If there is one thing clear in the United Kingdom, and in the legal systems derived

¹⁵For a discussion of the question of executive certification see Sanders 1975 *SALJ* 167-168.

from it, it is that there is no general adoption or incorporation of international law so that it makes sense to speak of it as 'part of the law'."

Considering the various exceptions to the Blackstonian principle Fawcett thought it appropriate to turn these exceptions into a new general, though not absolute, rule. But his conclusion is not shared by other prominent writers such as J L Brierly *The Laws of Nations* (1963) 86-93, Ian Brownlie *Principles of Public International Law* (1966) 39-44, JG Starke *Introduction to International Law* (1972) 84-91, or Michael Akehurst *A Modern Introduction to International Law* (1971) 63-68, who all view the English type of approach as being firmly governed by the monist principle.

In a recent article in this journal (1975 *THRHR* 315) H Booyesen, ostensibly arguing *de lege lata*, goes a step further than Fawcett by categorically stating that customary international law does not form part of our law at all. To sustain this conclusion he had to perform some acrobatics. Suffice it to list the major objections to his line of reasoning. In the first place, he virtually ignores the wider historic and policy aspects of the matter. Secondly, he quotes cases out of context. For example, he cites *Alexander v Pfau* as crucial authority for his thesis that customary international law does not form part of our law. In doing so he overlooks that Innes CJ when referring to "the local law" obviously had legislation (namely the 1898 Krijgswet of the South African Republic) in mind. And equally significant, he fails to mention that this case was decided in terms of customary international law. I cannot see how *Alexander v Pfau* can be interpreted otherwise than as authority for the principal rule that customary international law forms part of our law. In fact, none of the authorities cited by Booyesen in support of his general thesis really fit the bill. In the third place, Booyesen tries hard to play down the significance of the fact that our courts have freely applied customary international law. In his opinion many of these cases could have been resolved solely on the basis of legal rules of domestic origin. He does not substantiate this challenging remark. In any event, the important fact is that these cases have not been so decided. I find it impossible to share Booyesen's implied view that in the many instances where our courts have directly employed customary international law, they have acted for no apparent reason and in ignorance of the proper law of the forum. But truly remarkable is Booyesen's following statement at 317:

"Eerstens is daar geen reëls, soos in die geval van internasionale privaatreë, wat die toepassing van volkereg in sekere gevalle verpligtend maak nie. Volkereg word nie beskou as vreemde reg in die sin dat dit deur deskundige getuënis bewys moet word alvorens 'n hof dit kan toepas nie."

Surely, the second sentence serves as an explanation for the first.

CONCLUSION

International law does not affect only states, state-like entities and international organizations. It also regularly affects the constituent members of the various national legal systems. This requires some means of having international law applied in national proceedings, particularly in the absence of a system of international courts according locus standi to individuals. The various nations have responded to this need by treating international law as forming in principle part of the law of the land. South Africa is no exception to this. □

The incidence of estate duty on limited interests in property

CH van Wijk

University of South Africa

OPSOMMING

Boedelbelasting is 'n regstreekse belasting wat gerig is op diegene wat 'n nalatenskap uit 'n oorledene se boedel ontvang of op die een of ander wyse deur die oorledene se dood-bevoordeel word. Aanvanklik was die grondslag van die belasting die oorgaan van eiendom op 'n erfster maar die vertolking wat aan hierdie begrip gegee is, het probleme opgelewer en die eiendom van die oorledene het gevolglik die skyf vir die belasting geword.

Aangesien die belasting vermy kon word deur die skepping van beperkte regte van genot op eiendom, is beperkte regte op eiendom uitdruklik in die eiendom van 'n oorledene ingesluit.

Hierdie kategorie regte op eiendom bestaan hoofsaaklik uit vruggebruikregte en fidusiêre regte en het dié gemeenskaplike eienskap dat albei 'n reg verskaf om die inkomste wat deur die beswaarde bates opgelewer word, te geniet. Om egter belasbaar te wees, is dit volgens die houe nie noodsaaklik dat die bevoordeelde 'n soortgelyke reg as dié wat die oorledene gehad het, moet ontvang nie; dit is vir die heffing van die belasting genoeg as hy in een of ander opsig 'n reg van genot op die eiendom, van watter aard ook al, by die dood van die houder van 'n beperkte reg op die eiendom, ontvang.

Dié reg moet egter 'n gevestigde reg wees en 'n waardasie moet daarvan gemaak kan word. Omdat 'n vruggebruikreg die mees voorkomende van hierdie soorte reg tussen egliede is, geniet vruggebruikregte in sulke gevalle 'n groot mate van verligting van boedelbelasting anders as in die geval van fidusiêre regte. In dié omstandighede speel die presiese aard van die soort reg 'n groot rol by die bedrag boedelbelasting wat uiteindelik van die erfgenaam geverg gaan word.

Die houding van die houe is om 'n uitleg ten gunste van 'n vruggebruikreg bo 'n fidusiêre reg te verkies. Selfs wanneer 'n bevoordeelde nie alleen die reg op die genot van beswaarde bates se inkomste geniet nie, maar ook die persoon of persone kan aanwys aan wie die bates uiteindelik oorhandig moet word, is dit die houe se houding dat só 'n persoon slegs 'n vruggebruikreg op die inkomste van die bates het, tensy gesê kan word dat hy ook met dominium oor die bates beklee is.

Die hele aangeleentheid sentreer dus om die vasstelling van die erfster se bedoeling.

1 THE STATUTORY PROVISIONS GENERALLY

Estate duty is a duty which is levied by the government of the Republic upon the estates of deceased persons and is presently collected in terms of the Estate Duty Act 45 of 1955.

Since a duty is properly leviable on, inter alia, the transfer of property, whereas a tax is leviable upon persons directly, estate duty must be seen as a duty payable in respect of the property or, rather, the proprietary rights of

a deceased person accruing or passing to heirs or legatees.¹ The duty is then justifiably payable by the estate of the deceased person in the first instance. For reasons which need not be enumerated here, provision is made in section 11, read with section 13 of the act, for that portion of the total duty which is allocable to certain types of property to be recovered from the person(s) who received the property or benefited therefrom.

Prior to the coming into operation of the 1955 act, death duties, which consisted of an estate duty and a succession duty, were levied in terms of the Death Duties Act 29 of 1922. Whereas estate duty was payable by the estate of a deceased person, succession duty was payable by the beneficiary who succeeded to property from the estate of a deceased person.

The expressions "property which passes" and "property which is deemed to pass" came in for some adverse criticism by the appellate division of the supreme court as far back as 1943² and it is probably for this reason that in the 1955 act the legislature used the expressions "property of a deceased person" and "property which is deemed to be property of the deceased".³

In the case of a person who was ordinarily resident in the Republic at the date of his death, his estate would comprise, inter alia, all rights in or to property, movable and immovable, corporeal and incorporeal, as well as any fiduciary, usufructuary or other like interest in property held by him immediately prior to his death, and also certain annuity rights.

If the deceased was not ordinarily resident in the Republic at the date of his death, his South African estate would generally comprise all rights in or to property which can be located or enforced in the Republic.

As was pointed out by Watermeyer C J in *Crewe's* case, not all property in the sense of rights to property can pass on the death of a deceased since some of those rights merely cease and determine upon death.⁴ It is probably for this reason that limited interests in property have been specially included in the dutiable estate of the deceased holder thereof, since in the absence of such inclusion a testator could avoid the payment of estate duty by arranging his affairs in such manner that a particular property in his estate would devolve upon succeeding beneficiaries under successive usufructuary or fideicommissary interests.

As regards the estate of the testator no problem is encountered, since where a usufructuary or a fideicommissary interest in property is created under a testamentary disposition on the death of the testator, the asset over which such limited interest is created forms part of the testator's estate, with the result that estate duty is levied on the full value of the asset in that estate.

¹See the long title of the Estate Duty Act, 1955 and *CIR v Estate Whiteaway* 1933 TPD 486 495.

²See the remarks of Watermeyer C J in the case of *CIR v Estate CP Crewe and Another*, 1943 AD 656; 12 SATC 344.

³s 3(1) Act 45 of 1955.

⁴668 of the AD report.

Where a usufructuary interest in property ceases upon the death of the person in enjoyment thereof, estate duty is chargeable on the capitalized value of the benefit which accrues to either a further usufructuary or to the holder of the bare dominium in the encumbered property upon the death of the holder of the usufructuary interest.

In the case of a ceasing fiduciary interest the estate duty is chargeable on the capitalized value of the benefit which upon the death of the fiduciary accrues to either a further fiduciary heir or to the fideicommissary heir.

However, despite this similarity in the method of determining the value of these two types of limited interest, their inclusion in the dutiable amount of an estate may result in different results having far-reaching estate duty consequences, depending upon whether the interest is either the one or the other, since exemption from estate duty is permitted in respect of a usufructuary interest included in the dutiable estate when that interest was created by the predeceased spouse of the deceased and the property over which the usufruct was held had formed part of the dutiable estate of such predeceased spouse.⁵ A further advantage which a usufructuary interest enjoys over a fiduciary interest is that there is an upper ceiling beyond which the value to be placed upon the ceasing usufructuary interest may not extend, viz the difference between the full value of the encumbered property as at the date of death of the usufructuary and the value of the bare dominium in the property as at the date when it was first acquired under the disposition in terms of which the usufruct was created.

2 THE NATURE OF THE RIGHTS UNDERLYING LIMITED INTERESTS IN PROPERTY

The expression limited interest in property is not defined in the act and is employed in this article in contradistinction to absolute ownership. Whereas absolute ownership connotes ownership without limitation or condition or control by anyone ie unlimited and unfettered in any direction whatever (to the extent that this is permitted by law) a limited interest in property would cover those instances where a person has ownership or, in the absence of ownership, an interest in property which is something less than absolute ownership ie an interest in property which entitles the holder thereof to possession or ownership in respect of the property for a limited period only, during which period the holder is in any event entitled to take for his own use the income or fruits of the property.

In the United Kingdom the Administration of Estates Act and various finance acts contain deeming provisions in terms of which a person is deemed to have a limited interest in property if in circumstances outlined in those acts he is entitled to be paid the income of the residue of an estate.⁶ From a commonsense standpoint it would seem to be reasonable to require that, in these circumstances, a limited interest in property should extend to

⁵See for instance *CIR v Lukin's Estate* 1956 1 SA 617 (A); 20 SATC 415.

⁶See John B Saunders (General Editor) *Words and Phrases Legally Defined* Vol 3 (I-N) 1969.

those cases in which the beneficiary is entitled to receive the income produced by incorporeal property which is under the control of trustees and which must, at a certain future date, be handed over to other named beneficiaries.

It is not considered feasible or desirable to focus attention on limited interests other than usufructuary and fiduciary interests and interests such as rights of habitatio, grazing rights etc may conveniently be left out of consideration. Section 3(2)(a) of the act refers to any fiduciary, usufructuary or other like interest in property. *Noscuntur a sociis*: the expression "other like interest" must be held to mean a like interest to a usufruct.⁷ As regards the valuation of the interest under the provisions of section 5(1)(b) of the act, it is not essential that the person to whom the advantage or benefit accrues as a result of the cessation of the deceased's interest must acquire a right which in all respects or in essence can be equated with the right held by the deceased. It is sufficient, for the provisions of sections 5(1)(b) and 11(a)(i) of the act to be invoked, that that person acquires, upon the cessation of the deceased's interest at the date of the latter's death, in some respect a right of enjoyment over the encumbered property, whatever the nature of such right of enjoyment may be.⁸ This principle was followed in *Jackson and Others v SIR*.⁹ In *Visser NO v SBI*¹⁰ the court held that the expression "right of enjoyment" implied the right of use and of acquiring the fruits and increase of the thing used. The deceased died possessed of a fiduciary interest in a farm property which was burdened by a usufructuary interest in favour of his mother who survived him. In terms of the will of the deceased's parents his fiduciary interest in the undivided half-share in the farm passed to his eldest son, subject to the usufruct still enjoyed at the time by the latter's grandmother.

In the view of the court the existence of the usufructuary interest deprived the son from acquiring a "right of enjoyment" and therefore left no extent of enjoyment by him to be valued for inclusion in the estate of his deceased father.

Both the usufructuary interest and the fiduciary interest in property, secure for the beneficiary, in relation to a predetermined period or for life, as the case may be, a right to the income produced by the encumbered assets, which may or may not be under the administration of a trustee appointed in terms of a trust deed. If the encumbrance has reference to immovable property it is required to be registered in the deeds registry office against the title deeds relating to the property.¹¹

In a large number of cases the income beneficiary enjoys in addition the right, or should one rather say the privilege, of appointing the "remainder man" i.e the person(s) who will, upon the cessation of the limited interest

⁷*CIR v Lazarus' Estate and Another* 1958 1 SA 311 (A); 21 SATC 379. See also *Estate Koster v CIR* 1963 2 SA 716 (C); 25 SATC 262.

⁸*SBI v Jordaan en 'n Ander* 1967 3 SA 329 (A); 29 SATC 81 91.

⁹1969 1 SA 151 (C); 30 SATC 209. The decision was confirmed on appeal, but on different grounds - See *Jackson and Others v SIR* 1969 3 SA 217 (A); 31 SATC 88.

¹⁰1968 2 SA 78 (O); 30 SATC 44.

¹¹S 16 of the Deeds Registries Act, 1937.

or the winding-up of the trust fund, be entitled to receive the assets constituting the corpus of the trust.

Where no power of appointment is reserved in favour of the income beneficiary, the settlor in the deed *inter vivos* or the testator in his last will either nominates a beneficiary or defined categories of beneficiaries upon whom the trust corpus is to devolve ultimately or couches the deed or will in terms reserving the devolution of the trust corpus to beneficiaries to be determined at some date in the future.¹²

Apart from the estate duty payable in the estate of the settlor or testator, the interest of the Revenue is centered upon the cessation of the interest of the income beneficiary: it is not a tangible asset and details in respect thereof must be specially declared to enable a valuation of the interest. Suffice it further to say that before the interest can be included in the dutiable estate of the deceased it must be certain that the deceased held a vested beneficial interest in the property.¹³

In terms of section 13 of the act the estate duty attributable to the inclusion of the relative interest in the dutiable estate is recoverable from the person(s) to whom the corresponding benefit accrues as a result of the cessation of the interest enjoyed by the deceased. However, before a beneficiary can be called upon to pay his share of the estate duty, the estate duty liability in relation to the relative limited interest must be antecedently fixed, necessitating as it does a valuation of the interest under the provisions of section 5 of the act. It is in this connection particularly that it is necessary to determine what the true nature of the interest is: is it a mere personal right or a right for the recovery of a debt or is it a real right in property? Furthermore, as the valuation of the interest is related to the period during which the person succeeding to the rights enjoyed by the deceased will enjoy such rights, it is *ante omnia* essential, in terms of decisions of the courts prior to the 1960 amendment to section 5(1)(b) of the act,¹⁴ that such beneficiary or beneficiaries be ascertainable as at the date of death of the deceased.¹⁵

In *Hansen NO v CIR*¹⁶ the court was called upon to decide whether a person who was entitled to receive for life certain income from a trust

¹²Cf *CIR v MacNeillie's Estate* 1961 3 SA 833 (A); 24 SATC 282.

¹³*CIR and Others v Sive's Estate* 1955 1 SA 249 (A) 261. See also *Crewe's case* (*supra*) at page 669 of the SA law reports: "What a will does is to dispose of rights in favour of beneficiaries, and, if the rights so disposed of are only to be enjoyed in the future they may be vested or contingent. Such a future right is vested if the beneficiary is determined and his ownership of the right is unconditional; it is contingent if his ownership of it is conditional upon some uncertain event."

¹⁴Introduced by s 4(b) of Act 65 of 1960: This act added a third proviso to s 5(1)(b) of the Estate Duty Act, 1955, in terms of which the capitalization of the right of enjoyment of property shall be made by reference to a period of fifty years, or other lesser period agreed upon by the executor and the secretary for inland revenue, in those cases in which it is not possible to ascertain until some future date the person or some or all of the persons who will become entitled to the right of enjoyment of the property.

¹⁵See *McNeillie's case* (*supra*); *CIR v Smollan's Estate* 1955 3 SA 266 (A) 272; 20 SATC 155.

¹⁶1955 2 SA 470 (W); 20 SATC 165.

fund enjoyed an "interest" similar in character to a life usufruct as required by section 3(4)(c) of the Death Duties Act 1922. Murray J held that the relative interest was of a usufructuary nature:¹⁷

"The next question to be considered is the nature of the deceased's interest. The plaintiff contends that . . . the deceased's right during her lifetime to receive an annual income . . . is nothing more than a debt recoverable from the trustees or a right of action enforceable against them . . . In my opinion, however, if the law of the Union has to be applied, the interest of the deceased in regard to the trust is more extensive than a right of action enforceable against the trustees or a debt recoverable from them. Despite their practically unfettered powers of administration of the trust estate . . . and the consequent exclusion of the deceased from any control direct or indirect in the management of the trust, the trustee would in our law have been merely the type of administrative fiduciary recognised in *Estate Kemp and Others v McDonald's Trustee*, . . . The beneficial interest in the entire income . . . was enjoyed by the deceased. Her rights may have been rights *in personam* against the trustee but they were *ad rem* . . . Even if she had been left only a fixed income chargeable on the estate, to pay which the trustees could draw at their discretion on whatever trust funds they wished, her interest could fittingly be described as of usufructuary character . . . Her position is even stronger when the entire balance of income was left to her . . ."

This view was confirmed when the matter came before the appellate division on appeal.¹⁸ However, on the question whether the words "or other like interest" in the act connoted an interest based on a real right, the court would not commit itself.

An identical problem came for decision before the appellate division in *CIR v Lazarus' Estate*,¹⁹ in which Schreiner J A said this:

"Reverting to section 3(4)(c), the contention for the respondents is that the right to the income of the trust fund does not fall under this provision. Their main argument was that a beneficiary under a trust, whether created by will or by act *inter vivos*, has only a personal right against the trustee, while a usufruct, though it is a personal servitude, is a real right. It was therefore argued that the right to receive the income of a trust fund is not only not a usufructuary interest but is not even like such an interest, since it differs from it in this juristically fundamental respect."

The judge went on to reject this argument.²⁰

"In the absence of a detectable reason, however, I find the assertion that nothing can be like a usufruct which is not a real right unconvincing. It seems to me that the right to receive the income from a trust fund has, from a commonsense standpoint, a strong resemblance to a usufruct, and I can see no reason why, when it was taxing the disappearance and reappearance of beneficial interests, the Legislature should have concerned itself, not with the enjoyment of the benefits, but with the legal remedies of the beneficiaries."

This judgment received unfavourable criticism from the same court in *McNeillie's case*.²¹

The next question which normally leads to considerable controversy is the question whether such income benefits could qualify as a usufructuary interest or whether they constitute a fiduciary interest in property.

¹⁷474.

¹⁸*Hansen's Estate v CIR* 1956 1 SA 398 (A); 20 SATC 246.

¹⁹Supra.

²⁰323 of the report.

²¹838 of the report.

Stricto sensu they would appear to be neither exactly, since the beneficiary has a right merely to receive income.²² This is probably the distinction to which Centlivres C J referred in *CIR v Lukin's Estate*:²³

"Strictly speaking it may be said that when a person has the usufruct of a thing he is entitled to have the control and custody of that thing, but in ordinary everyday language it is often said that a person has the usufruct of the residue of an estate when all that is meant is that he is entitled to receive the income produced by that residue."

Apart from specific legacies the income of the residue of this estate was bequeathed by the testator to his wife for the term of her natural life, giving her the right to dispose by will of the corpus of the estate. The testator appointed executors and trustees, but did not specifically bequeath the estate to them. He further made provision for the devolution of the estate in the event of his wife dying intestate.

The view of the court was that the wife's interest in the estate constituted a usufructuary interest and that the absence in the will of any reference to the location of the dominium of the estate during his widow's lifetime did not alter the nature of her interest.

Centlivres C J expressed himself as follows²⁴ in construing sections 3(4)(b) and 3(4)(c) of the Death Duties Act 1922:

"The bequest to Lady Lukin is confined to 'the usufruct or income of the rest . . . of my estate' and is followed by conferring on her 'the right of disposition of the said estate by will'. All that the bequest to Lady Lukin amounts to is that she is entitled to the income derived from the residue - income which it is implicit from the will read as a whole must be paid to her by the Bank on which is imposed the duty of administering the residue. There is no reason to suppose that the testator intended that Lady Lukin should be vested with the *dominium* in the *corpus* of the residue. For the purpose of this case it is not necessary to decide whether the *dominium* in that *corpus* vested in the Bank as executors in the first instance and afterwards in the Bank as administrators and trustees when it was awarded the residue on the confirmation of the final liquidation and distribution account in the testator's estate. If, as I think is the case, Lady Lukin had no *dominium* in the residue, it follows that she did not hold a fiduciary interest . . . but a usufructuary interest."

It would seem that the ratio to be drawn from the decision in this case is that the right to receive income from an estate makes the grantee of the right a usufructuary, even where there is no express bequest of the dominium of the estate to trustees to be held in trust. The grantee of a right to income must then indisputably be a usufructuary where the dominium of the estate is bequeathed to trustees in express terms, since, as Centlivres C J pointed out in *Lukin's* case, modern law accepts that the right to receive income is sufficiently analogous to a usufruct to warrant the reference to the grantee as a usufructuary. See also *CIR v Lazarus' Estate*.²⁵

²²See *Schaumberg v Stark* NO 1956 4 SA 462 (A); 21 SATC 61. At 468 of the AD report Centlivres C J expressed himself as follows: "It was contended that the direction in the will that the revenue from the estate shall be paid to the testator's widow indicated that the testator intended that his widow's interest should be usufructuary. I do not agree. Whether the widow's interest is usufructuary or fiduciary, in either event she is entitled to the revenue."

²³622 of the report.

²⁴624.

²⁵322 et seq of the report.

In view of the decision in *CIR v Lukin's Estate*,²⁶ it may now be accepted as settled law that the holding by a person of a power of appointment in regard to the devolution of property settled upon him by some other person cannot vest dominium in such property in the person exercising the power of appointment.

If, therefore, the will of a deceased person in clear terms bequeaths the residue of an estate to trustees, as well as a right of enjoyment in respect of the trust income to a beneficiary, coupled with a right in favour of the latter to nominate the person or class of persons who would ultimately succeed to the trust corpus, it may safely be concluded that the income beneficiary holds merely a usufructuary interest and not a fiduciary interest in the property.

However, in the final analysis the ultimate test is: what was the intention of the testator?²⁷

3 THE LIABILITY FOR ESTATE DUTY OF LIMITED INTERESTS IN PROPERTY

A fiduciary or usufructuary interest in property held by one of two spouses married in community of property constitutes an interest attaching to the person and consequently does not fall within the community estate. This means that upon the death of one of two spouses married in community of property the full value of the limited interest held by such deceased spouse immediately prior to his or her death falls to be included in the dutiable value of the estate in terms of section 3(2) of the act.

On the other hand no portion of any fiduciary or usufructuary interest in property held by the survivor of two spouses married in community of property can be included in the dutiable value of the estate of the first-dying of the spouses.

These principles would be applicable even if, in terms of a fideicommissum, the spouse of the fiduciary is to enjoy a usufructuary interest in the event of the death of the fiduciary before such spouse, since the contingent usufructuary interest cannot be taken to mean that the spouse in whose favour it operates acquires any interest in the fiduciary interest. If the fiduciary predeceases his/her spouse, the full value of the fiduciary interest falls to be included in the dutiable value of the estate for estate duty purposes.

The contingent usufructuary interest is not a limited interest in property but a mere spes to acquire such interest and since it is expunged if the holder thereof predeceases the holder of the fiduciary interest, neither the contingent

²⁶Supra. See also the dicta of Van den Heever JA in *CIR v Smollan's Estate* (supra) at 273F of the report.

²⁷*Cuming v Cuming and Others* 1945 AD 201; *Estate Koster v CIR* supra. See also *Schaumburg v Stark* NO supra. In this case Centlivres CJ, confirming the principle laid down in *Ex parte Melle and Others* 1954 2 SA 329 (A), considered the clause in the will bequeathing the entire estate to the testator's wife, who was described as "my heiress", to be the dominant clause in the will and accordingly held that her interest in the estate of her late husband was a fiduciary interest and not a usufructuary interest.

usufructuary interest (it has no value!) nor any portion of the value of the fiduciary interest can be included in the dutiable value of such spouse's estate for estate duty purposes.

A direct bequest of property by a testator to a beneficiary subject to the condition that the property be administered by trustees and that the income of the trust is to be paid to the beneficiary for life, who is clothed with a power to appoint by testamentary disposition the ultimate successors to the property, must be regarded under South African law to constitute a fiduciary interest conferred upon the beneficiary in relation to the trust property. This follows from the direct bequest of the property to the beneficiary and the decision in *Estate Late D M Watkins-Pitchford and Others v CIR*.²⁸

The picture changes, however, when the bequest is not a direct bequest to the beneficiary but to a trustee who is charged with the duty of carrying out the terms of the bequest. Thus, where a testator bequeaths property to a trustee who is charged with the duty of paying the income of the trust property to a beneficiary and distributing in due course the trust corpus to a third person to be nominated by testamentary appointment by the income beneficiary under a power given to the latter by the testator, the following situation will arise:

The trustee in whom the property vests, is a non-beneficial fiduciary;²⁹ the income beneficiary who receives the income produced by the trust assets is a usufructuary and the third person who is nominated in the will of the income beneficiary to receive the property upon the cessation of the latter's usufructuary interest is a fideicommissary.³⁰

If a deceased person held one or other of the abovementioned categories of limited interest in property immediately prior to his death, the value of such interest, appropriately determined in terms of section 5(1)(b) read with section 5(2) of the Estate Duty Act 1955, is included, in terms of section 3(2) of the act, in the dutiable value of the estate as property of the deceased. □

The customs, needs, beliefs, or needs of a primitive time establish a rule or formula. In the course of centuries the custom, belief, or necessity disappears, but the rule remains. The reasons which gave rise to the rule have been forgotten, and ingenious minds set themselves to enquire how it is to be accounted for. Some ground of policy is thought of, which seems to explain it and reconcile it with the present state of things; and then the value adapts itself to the new reasons which have been found for it, and enters on a new career. The old form receives a new content, and in time even the form modifies itself to fit the meaning which it has received. — Holmes The Common Law 4

²⁸1955 2 SA 437; 20 SATC 127.

²⁹*Estate Kemp and Others v McDonald's Trustee* 1915 AD 491 499. See also *Crookes NO and Another v Watson and Others* 1956 1 SA 277 (A) 304-5: "In a trust, . . ., it is usual that the goods concerned come entirely from the settlor. No goods of the trustee are involved and he does not acquire any beneficial ownership or right to the settlor's goods. It is merely *pro forma*, and by way of more or less technical legal abstraction that he is recognised as the holder of the *dominium*, denuded of all benefit to himself . . ." See also *CIR v Sive's Estate* (supra) at 261 of the report.

³⁰*CIR v Lukin's Estate* (supra).

Nalatige wanvoorstelling as aksiegrond in die Suid-Afrikaanse reg

Susan Scott

Universiteit van Suid-Afrika

(slot)*

III ASPEKTE WAT BESONDERE AANDAG VERDIEN

Uit wat hierbo gestel is, is dit duidelik dat nalatige wanvoorstelling in ons reg 'n anomalie is wat moeilik te verklaar is in die lig van Romeins-Hollandse regsbeginsels. Dit is duidelik dat die Engelse reg die belangrikste invloed op die positiewe reg uitgeoefen het en dat die howe hulle tot 'n groot mate gebonde ag aan vorige uitsprake.

Daar sal nou gepoog word om enkele aspekte van die probleem wat besondere aandag verg, nader toe te lig.

1 Onregmatigheid

(i) *Romeinse Reg*

Die *lex Aquilia* het in die Romeinse reg voorsiening gemaak vir aanspreeklikheid op grond van saakbeskadiging. Hoofstuk een handel oor die doodmaak van slawe en vee en die derde hoofstuk oor die verbrand, verbreek of verniel van alle ander sake.¹⁴⁹ Deur die interpretasie van die juriste is dit uitgebrei om aanspreeklikheid vir skade wat op onregmatige, skuldige wyse deur 'n positiewe daad aan 'n saak toegebring is, daar te stel.

Opset en nalatigheid is albei as skuldforme aanvaar. In die woorde *damnum iniuria datum* kry ons een van die vereistes wat vir aanspreeklikheid gestel is. Die *iniuria*-vereiste sou ons vandag as onregmatigheid tipeer. Daar is verskeie tekste¹⁵⁰ wat oor die betekenis van *iniuria* handel. Hierdie tekste word deur Romaniste verskillend geïnterpreteer.¹⁵¹ In die vroeë stadium het die juriste nie tussen skuld en *iniuria* onderskei nie,¹⁵² dit het aanleiding gegee tot die verwarring wat ons vandag nog aantref.¹⁵³

*Sien 1976 *THRHR* 347; 1977 *THRHR* 58.

¹⁴⁹*D* 9 2 2 *pr*; 9 2 2 7 5; Kaser *Das Römische Privatrecht* (Erster Abschnitt Zweite, Neubearbeitete Auflage 1971) 619.

¹⁵⁰*Gai Inst* 3 2 11; *Just Inst* 4 3 2 & 3; *D* 9 2 3; 9 2 4 91; 9 5 1.

¹⁵¹Beinart "Culpa in omittendo" 1949 *THRHR* 141; "The relationship of *iniuria* and *culpa* in the *lex Aquilia*" *Studi Arrangio-Ruiz* i 279; Grueber *The Roman Law of Damage to Property* (1886) 214; Lawson *Negligence in Civil Law* (1950) 14 36; Van den Heever *Aquilian Damages in South African Law* Vol I 8; Kaser 504 n 8.

¹⁵²Beinart *THRHR* 149; *Studi* 285 *ev*; Van den Heever 26.

¹⁵³De Wet *Estoppel by Representation* (Leiden 1939) 48 *ev*; Swanepoel "Bedenkings oor die regsplig by Onregmatige Daad" 1958 *THRHR* 50.

Die Romeine het geen onregmatigheidsteorie ontwikkel nie en dit was ook nie vir hulle nodig nie, aangesien die *lex Aquilia* spesifiek bepaal het watter handeling aanspreeklikheid ingevolge die wet tot gevolg gehad het. Sodanige handeling was onregmatig behalwe as daar regverdigingsgronde aanwesig was.¹⁵⁴

(ii) *Romeins-Hollandse Reg*

Daar word dadelik direk oorgegaan tot 'n bespreking van die Romeins-Hollandse Reg, aangesien dit wil voorkom asof die besprekings van bogenoemde tekste deur die Middeleeuers nie die saak ophelder nie.¹⁵⁵

Ons vind dat die idee van onregmatigheid deur die meeste skrywers in gedagte gehou word. Die skrywers wat deur die Romeinse reg beïnvloed is behou die betekenis van *iniuria* soos dit in die Romeinse reg aangetref word.¹⁵⁶ De Groot¹⁵⁷ en andere¹⁵⁸ volg 'n ander sisteem maar die idee van onregmatigheid van die handeling word behou.

Volgens Voet lyk dit asof alle handeling wat skade veroorsaak onregmatig is,¹⁵⁹ behalwe as daar regverdigingsgronde teenwoordig is.¹⁶⁰ Huber is skynbaar dieselfde mening toegedaan.¹⁶¹

Die Romeins-Hollandse reg bring geen duidelikheid oor die *iniuria*-vereiste nie en is in 'n groot mate dieselfde as die Romeinse reg. Vir die ouere juriste was dit so duidelik wanneer 'n handeling as onregmatig beskou word dat hulle dit nooit gedefinieer het nie.

(iii) *Suid-Afrikaanse Reg*

Daar kan hoofsaaklik twee gedagterigtings oor die vraag na onregmatigheid onderskei word. Die een is dat onregmatigheid in die skending van 'n subjektiewe reg geleë is en ons kan dit beskou as die uitgangspunt van 'n bepaalde regs-wetenskaplike sisteem.¹⁶² Die ander is dat dit geleë is in die skending van belange wat deur die objektiewe reg beskerm word¹⁶³ en dat daar 'n "duty of care" bestaan om nie die belange aan te tas nie.

Dit is myns insiens nodig om die onregmatigheidsvereiste te behou vir alle onregmatige dade omdat dit 'n essensiële vereiste is soos die benaming ook aandui. Aangesien dit 'n vereiste is wat vir alle onregmatige dade gestel word behoort dit baie wyd gestel te word soos die Nederlandse en Duitse skrywers en praktyk reeds ondervind het. Die standpunt wat Slagter¹⁶⁴

¹⁵⁴Beinart *THRHR* 148.

¹⁵⁵Bv Accursius *Glossa Ordinaria* se glos op *iniuria* is niksseggend: *Quod non iure fit*.

¹⁵⁶Voet *Comm ad Pand* 9 2 4; 9 2 6; 9 2 14.

¹⁵⁷*Inl* 3 33 2; 3 37 1; 3 37 4.

¹⁵⁸Van der Keessel *Praelectiones* 3 34 1, 4; 3 37 1 verwys nie na *iniuria* nie, die vereiste word gestel dat dit "invito eo cuius interest, perduntur, auferentur vel corrumpuntur".

Van Leeuwen *Het Roomsche Hollandsche Recht* 4 34; 4 38.

¹⁵⁹2 14.

¹⁶⁰2 15, 22, 24, 28, 29.

¹⁶¹*Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 6 4 2, 4, 7, 8-12.

¹⁶²Van der Merwe en Olivier *Onregmatige Daad* 51 ev.

¹⁶³McKerron *The Law of Delict* (7e uitg) 5; Hahlo & Kahn *The Union of South Africa* (1969) 507.

¹⁶⁴Slagter W J *De Rechtsgrond van de Schadevergoeding bij Onrechtmatige Daad* (Gravenhage 1952) 200.

inneem is aanvaarbaar, veral in die lig van die Engelse beïnvloeding wat ons reg ondergaan het.

Slagter¹⁶⁵ is van mening dat “onregmatig” grammatikaal en logies “instryd met die objektiewe reg” beteken. Die objektiewe reg verbied handeling waardeur op subjektiewe regte inbreuk gemaak word en

“de inbreuk op *belangen* word deur die objektiewe recht alleen verboden, indien de dader in die *wijze* van aantasting niet voldoende met deze belangen rekening heeft gehouden”.¹⁶⁶

Belange word net in besondere omstandighede beskerm, omdat belange nou eenmaal regtens minder beskerm is.¹⁶⁷ Waar inbreukmaking op ’n subjektiewe reg in die afwesigheid van ’n regverdigingsgrond op sigself onregmatig is, is belange-aantasting eers onregmatig wanneer die besondere omstandighede aanwesig is.

Daar sal onmiddellik deur sommige skrywers besware ingebring word teen die standpunt dat onregmatigheid in belange-aantasting geleë is, aangesien aangevoer sou kon word dat ’n regsbeskermd belang niks anders as ’n subjektiewe reg is nie. Laasgenoemde standpunt sou nie noodwendig verkeerd wees nie, maar die uiteensetting as sou onregmatigheid geleë wees in belange-aantasting skyn my weer aanvaarbaar te wees as dié waartoe diegene sal moet geraak wat die skending van die subjektiewe reg as enigste onregmatigheidskriterium aanhang.

Van der Merwe en Olivier het probleme om die subjektiewe reg in gevalle van nalatige wanvoorstelling te identifiseer:

“Die probleem waarmee die hof hier telkens te kampe het, is egter om die grense van ’n bepaalde subjektiewe reg af te baken ten einde die onregmatigheid al dan nie van die gewraakte handeling vas te stel, en om die omstandighede te bepaal waarin ’n dader geag moet word nalatig te gehandel het. Dergelike grense kan nie teoreties a priori vasgestel word nie, maar moet in die praktyk van ons howe uitkristalliseer. Dit gaan hier om gevalle en feitekomplesse, nie om beginsels nie; laasgenoemde is duidelik.”¹⁶⁸

Genoemde skrywers aanvaar dat ’n subjektiewe reg geskend is en dat dit net ’n probleem is om die grense van die reg vas te stel. Die kernprobleem is egter dit: watter subjektiewe reg word geskend by nalatige wanvoorstelling wat suiwer ekonomiese verlies tot gevolg het? Ek wil my vereenselwig met De Wet se kritiek op die aanhaling hierbo:

“Oor welke ‘subjektiewe reg’ gaan dit hier? *Is dit ’n ander ‘subjektiewe reg’* as die een wat geskend word by bedrog? Het dit ander grense? Is die bestaan al dan nie van ’n subjektiewe reg en die ‘grense’ daarvan dan nie by uitstek ’n regsvraag nie? As die beginsels so duidelik is, dan behoort dit tog seker moontlik te wees vir beoefenaars van die ‘regswetenskap’ om aan te dui hoe daardie beginsels aangewend moet word om die ‘subjektiewe reg’ te identifiseer en sy grense te bepaal.”¹⁶⁹

¹⁶⁵Slagter 210.

¹⁶⁶213.

¹⁶⁷Slagter 201.

¹⁶⁸Van der Merwe en Olivier *Onregmatige Daad* 278.

¹⁶⁹De Wet *Boekbespreking* 78.

Veronderstel dat daar wel 'n subjektiewe reg by nalatige wanvoorstelling geskend word, dan is die grense van hierdie reg so beperk dat 'n mens dit nouliks nog 'n reg kan noem. Ook sal die bestaande kategorieë subjektiewe regte uitgebrei moet word, aangesien die belang wat hier beskerm word nie onder een van die bestaande vier kategorieë tuisgebring kan word nie.

Argumentshalwe sal hier aanvaar word dat in die gevalle waar daar duidelik 'n subjektiewe reg geskend word soos waar 'n wanvoorstelling 'n vorderingsreg¹⁷⁰ of 'n persoonlikheidsreg¹⁷¹ skend, daar nie probleme is nie want *toevallig* word 'n erkende subjektiewe reg geskend.

Die probleemgevalle waaroor dit hier gaan, is daardie gevalle waar nie een van die vier kategorieë subjektiewe regte geskend word nie, byvoorbeeld, waar A se wanvoorstelling blote ekonomiese verlies vir B veroorsaak.¹⁷² Die enigste moontlike kategorie erkende subjektiewe reg waaronder die geskonde reg in sulke gevalle tuisgebring kan word, is die persoonlikheidsreg.¹⁷³ Die objek van hierdie reg is die persoonlikheid en dit gaan om die beskerming van die persoonlikheid; dit wil nie impliseer dat skade wat uit sodanige persoonlikheidsaantasting ontstaan, nie ook verhaalbaar is nie. Die belang of objek wat beskerm word is steeds die persoonlikheid. By nalatige wanvoorstelling is die belang wat beskerm word nie die persoonlikheid nie, maar ekonomiese belange.¹⁷⁴

Net soos daar geredeneer word dat die bestaan van 'n subjektiewe reg op die mens se vermoë tot 'n te wye aanspreeklikheid aanleiding sal gee en tegelykertyd die vierledige indeling sou misken, aangesien die som van die objekte van die vier kategorieë die objek van hierdie reg op die vermoë sou vorm, net so kan beswaar ingebring word teen die siening dat blote ekonomiese verlies verhaalbaar is as synde 'n gevolg van die skending van 'n persoonlikheidsreg. Dit sou meebring dat die postulasie van 'n skending van die persoonlikheidsreg alleen sinvol sal wees as 'n "kapstok" waaraan die eintlike verhaal, naamlik dié vir geskonde vermoënsbelange gehang word: dit sou dieselfde effek hê as die erkenning van 'n algemene reg op die vermoë.

Dit is dus myns insiens nie moontlik om in die gevalle waar blote ekonomiese verlies die gevolg van 'n wanvoorstelling is, 'n geskonde subjektiewe reg te konstrueer nie. Selfs in gevalle waar 'n erkende subjektiewe reg geskend is, soos in *Hamman v Moolman*, is die howe nie bereid om aanspreeklikheid te erken nie.

Die meerderheid regters in die Suid-Afrikaanse beslissings aanvaar die uiteensetting wat hoofregter Innes gee van die "duty of care", wat as teen-

¹⁷⁰*Hamman v Moolman* supra; *Latham v Sber* supra.

¹⁷¹*McKerron Delict* 218.

¹⁷²*Herschel v Mrupe*.

¹⁷³Joubert W A *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (1953) 42: "das Empfindungsleben und die Vorstellungswelt".

¹⁷⁴Joubert *Grondslae* 117 "As die persoonlikheidsreg ook moet dien tot beskerming van die mens in sy "ekonomiese bestaan", dan vra 'n mens jou af of daar nog 'n onderskeiding tussen persoonlikheidsreg en vermoënsreg gemaak kan word, of die persoonlikheidsreg eie inhoud en karakter besit".

kant die reg "not to be injured in person or property" het, maar lê dan meer klem op die benadeling as op die geskonde reg. 'n Streng interpretasie van hulle uitsprake sou meebring dat 'n mens nalatige wanvoorstelling sal moet sien as 'n "injury to person or property", 'n argument wat nie opgaan nie, behalwe as "property" so wyd geïnterpreteer word dat dit op 'n mens se vermoë in die algemeen slaan.¹⁷⁵

Appèlregter Schreiner¹⁷⁶ sien die probleem korrek in:

"I shall also assume that financial or pecuniary loss, as opposed to damage flowing from injury to person or property, may in a proper case be recovered."

Ook appèlregter Wessels¹⁷⁷ in *Hamman v Moolman* praat van "pecuniary loss".

Die beste benadering is myns insiens om te aanvaar dat onregmatigheid in besondere omstandighede geleë is in die aantasting van belange, 'n siening wat die posisie in ooreenstemming met die Engelse reg en ons positiewe reg bring. Uit die positiewe reg kan ons dan ook die besondere omstandighede aflei.

2 Logiese eindontwikkeling van die *lex Aquilia*

In die Suid-Afrikaanse reg is daar verskil van mening oor die vraag of die *lex Aquilia* sy sogenaamde logiese eindontwikkeling bereik het, al dan nie. Hierdie eindontwikkeling sou meebring dat die *lex Aquilia* alle gevalle dek waar skade op onregmatige en skuldige wyse toegebring is en dat nalatige wanvoorstelling gevolglik ook hieronder tuishoort. Diegene wat bogenoemde standpunt nie aanvaar nie is van mening dat ons met afsonderlike onregmatige daade te doen het en dat nalatige wanvoorstelling 'n nuwe, afsonderlike onregmatige daad met sy eie besondere vereistes is.¹⁷⁸ Die vereistes in die toepassing van hierdie "nuwe" onregmatige daad is afkomstig uit die Anglo-Amerikaanse reg.¹⁷⁹

Verskeie skrywers betoog dat die *lex Aquilia* reeds hier sy eindontwikkeling bereik het.¹⁸⁰ Van der Merwe en Olivier¹⁸¹ neem ook hierdie standpunt in:

"Aan die hand word gedoen dat in soverre dit om skadevergoeding weens skuldige vermoënsbenadeling gaan, die *actio legis Aquiliae* die aangewese remedie is en dat afsonderlike aksies om besondere gevalle van skadeberokkening te beheers, onnodig is."¹⁸²

¹⁷⁵McKerron 1963 *SALJ* 488 n 20a.

¹⁷⁶*Herschel v Mrupe* 478H.

¹⁷⁷348H.

¹⁷⁸McKerron *Delict* 217-224.

¹⁷⁹*Hedley Byrne v Heller* en *International Products Co v Erie Railway Co.*

¹⁸⁰Hunt 1968 *Annual Survey* 92; Van der Merwe en Olivier *Onregmatige Daad* 181; Price 1950 261 *SALJ*; Van den Heever 33-35; *Mc Kerron* "Liability for Mere Pecuniary Loss in an Action under the *Lex Aquilia*" 1973 *SALJ* 2; ar Jansen in *Smit v Saipem* 1974 4 SA 918 A 926; ar Rabie 947E.

¹⁸¹Die meriete van hierdie aanname word onder die afdeling, Romeins-Hollandse reg, hieronder bespreek. McKerron *Delict* 8; R Barry in *Alliance Building Society v Deretitch* 207.

¹⁸²Van der Merwe en Olivier *Onregmatige Daad* 181.

Daar word veral gesteun op uitlatings van en gesag aangehaal deur hoofregter De Villiers in *Cape of Good Hope Bank v Fischer*¹⁸³ en *Matthews v Young*.¹⁸⁴ In die lig hiervan sal die posisie in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg ook kortliks nagegaan word.

Daar moet by 'n bespreking van die ontwikkeling wat die *lex Aquilia* ondergaan het, gewys word op die gevaar om algemene beginsels te stel uit 'n stelsel wat self kasuïsties te werk gegaan het.¹⁸⁵ Die gevolge van sodanige benadering is duidelik uit die feit dat ons probleme ondervind, om, selfs met ons sg beginsel van algemene deliktuele aanspreeklikheid,¹⁸⁶ in gevalle van nalatige wanvoorstelling aanspreeklikheid te fundeer.

By 'n nadere bestudering van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg blyk dit dan ook dat ons probleem nie nuut is nie en dat ons voorgangers reeds aanspreeklikheid vir nalatige wanvoorstelling in besondere omstandighede erken het.

(i) *Romeinse reg*

Die vraag ontstaan of die Romeine reeds bereid was om deliktuele aanspreeklikheid daar te stel in gevalle waar suiwer ekonomiese verlies verhaal word.

Die *actio doli* is 'n aksie wat by uitstek hiervoor geskik was. Die aksie is toegestaan in gevalle waar dit as onbehoorlik beskou is as iemand skade gely het en daar geen aksie vir hom beskikbaar was nie.¹⁸⁷ Die subsidiêre geaardheid van die aksie het meegebring dat dit vroeër toegestaan is in gevalle wat by Justinianus onder die *lex Aquilia* tuisgebring is.¹⁸⁸

Gaius *Institute* 3 202 maak melding van die geval waar een persoon geld uit 'n ander se hand klap sodat 'n derde met die geld wegkom. Hy verwys na moontlike aanspreeklikheid met 'n *actio utilis*.

In *D* 9 2 27 21 word Ulpianus aangehaal waar hy dieselfde geval noem en die posisie bespreek as die geld nie in die hande van 'n derde beland nie maar in 'n rivier of in die see val. Ulpianus haal Sabinus aan wat aantoon dat 'n *actio in factum* in so 'n geval gegee moet word.¹⁸⁹

Paulus skryf in *D* 9 2 30 2 dat waar een persoon 'n ander se wyn drink of sy koring verbruik, die direkte aksie nie beskikbaar is nie, maar 'n *utilis actio*.

¹⁸³4 SC 368 376.

¹⁸⁴1922 AD 492 505.

¹⁸⁵Beinart *Studi* 279 ev.

¹⁸⁶Soos ons dit aantref in Art 1401 van die Nederlandse *Burgerlijk Wetboek*, n 2 supra.

¹⁸⁷Kaser 246 627. Oor die subsidiêre karakter van die aksie.

¹⁸⁸Kaser 627 n 21. Van Oven "Opmerkingen over de zogenaamde Wilsgebreken in het Romeinse Recht" 1948 21; *THRH*; Watson "*Actio de dolo and actiones in factum*" 1961 *ZJS* 392; "Some Cases of Distortion by the Past in Classical Roman Law" 1963 *TR* 69; Gaudemet "Recensioni critiche: Albanese, B., *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *Ann Sem Giur Univ Palermo* 28 (1961) 151" 1962 *IURA* 291.

¹⁸⁹In *D* 19 5 23 gee Alfenus 'n *actio in factum* waar een persoon 'n ander se ring in die Tiber gooi. Watson *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (1965) 223.

Grueber in sy kommentaar oor laasgenoemde tekste is van mening dat in daardie gevalle daar nie 'n onregmatige beskadiging van die saak was nie omdat dit gebruik is vir die normale doel waarvoor dit deur die natuur daargestel is. Dit is die verklaring vir die toestaan van 'n *actio utilis*.¹⁹⁰

Die verklaring van die aanspreeklikheid in bogenoemde tekste is die volgende: alhoewel daar geen saakbeskadiging, soos in die wet voorgeskryf, was nie, is die effek van die optrede dieselfde, naamlik skade wat 'n persoon ly as gevolg van die verlies van sy saak.

Hierdie oplossing verklaar ook die aanspreeklikheid waarna Justinianus in die *Institute* 4 3 16 verwys:

“sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.”

'n *Actio in factum* is deur die praetor toegestaan in gevalle waar die omstandighede van die geval van so 'n geaardheid is dat 'n bestaande aksie nie daarvoor voorsiening maak nie, maar die praetor dit nodig ag om na analogie van die bestaande aksie, 'n aksie gebaseer op die feite, te gee.¹⁹¹

Lawson¹⁹² wys daarop dat Rotondi van mening is dat die *actio in factum* wat hier ter sprake is, gebaseer is op die *actio doli* en nie op die *actio legis Aquiliae* nie. Rotondi steun veral op die ooreenstemming wat *Institute* 4 3 16 vertoon met *D* 4 3 7 7.¹⁹³ Alhoewel hierdie standpunt nie algemeen aanvaar word nie, mag dit interessant wees om dieper daarop in te gaan. In *D* 4 3 7 7 is dit duidelik dat die *actio in factum* waarna Quintus verwys betrekking het op die *actio doli*. By die klassieke juriste het die *lex Aquilia* nie dieselfde uitbreiding ondergaan wat dit in die tyd van Justinianus ondergaan het nie en daarom is dit 'n redelike afleiding dat die *actio in factum* wat hier ter sprake is, nie met die *lex Aquilia* verband hou nie. Daar is ook ander gevalle waar die *actio doli* deur die vroeëre juriste toegestaan is, terwyl Justinianus heelwaarskynlik die *actio legis Aquiliae* sou toestaan.¹⁹⁴

Op die oog af wil dit voorkom asof die *actio in factum* waarna Justinianus verwys algemene aanwending gevind het in gevalle van suiwer ekonomiese verlies. Dit is 'n ongegronde afleiding.¹⁹⁵ As die *lex Aquilia* so 'n wye aanwending gevind het, sou daar geen nut vir die *actio doli* gewees het nie.

D 9 2 33 1¹⁹⁶ word as gesag aangehaal vir die stelling dat die *lex Aquilia* 'n algemene skadevergoedingsaksie daarstel. Die bedoeling van die teks is

¹⁹⁰Grueber 125; Van den Heever 80 in sy kommentaar oor *D* 9 2 30 2 verwys na *D* 9 2 27 25 en verduidelik dat die grondliggende gedagte in hierdie gevalle filosofies van aard is en nie juridies nie. Die idee is dat die produkte gebruik word.

¹⁹¹Van Warmelo *Die Oorsprong en Betekenis van die Romeinse Reg* (2de druk) 273.

¹⁹²Lawson 25.

¹⁹³“Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: se misericordia, in factum actionem dari debere”.

¹⁹⁴*D* 4 3 7 7; 19 5 14; 47 2 50 4.

¹⁹⁵Grueber 208.

¹⁹⁶“In damnis quae lege Aquilia non tenentur in factum datur actio”.

dat die praetor 'n actio in factum sal toestaan as die omstandighede sodanig is om dit te regverdig. In al die gevalle waar 'n actio in factum, gebaseer op die lex Aquilia, toegestaan word, ontstaan die ekonomiese verlies uit die feit dat 'n persoon skade gely het. Alhoewel daar nie saakbeskading was nie, bly die verband met die saak behoue.¹⁹⁷

In die Romeinse Reg was daar wel gevalle waar suiwer ekonomiese verlies verhaal is, maar hierdie gevalle hou steeds verband met saakbeskading.¹⁹⁸ Dit wil nie sê dat die Romeine nooit 'n aksie sou toestaan op grond van nalatige wanvoorstelling nie. Myns insiens kan 'n mens redeneer dat hulle in so 'n geval 'n actio in factum, gebaseer op die actio doli, sou toestaan mits die omstandighede van die geval van so 'n geaardheid was dat die praetor dit as billik sou beskou om 'n aksie toe te staan. So 'n argument kan 'n mens nader bring aan 'n algemene skadevergoedingsaksie. Hierdie ontwikkeling is dan nie gebaseer op die lex Aquilia nie, maar op die ontwikkeling wat al die deliksaksies deur die optrede van die praetor ondergaan het. Dit sou nie beteken dat alle gevalle deur so 'n algemene aksie gedek word nie, maar dat daar ruimte gelaat word vir nuwe ontwikkeling. Die howe (soos die praetor) kan die omstandighede waarbinne hulle 'n aksie sal toestaan, bepaal.

(ii) Romeins Hollandse Reg

Alhoewel dit die middeleeuse Romeinse reg was wat in die Nederlandse gerespieer is, sal dit nie bespreek word nie aangesien daar waarskynlik nie noemenswaardige ontwikkeling wat vir hierdie onderwerp van belang is, plaasgevind het nie.¹⁹⁹ Daar is egter in die Romeins-Hollandse reg enkele aanknopingspunte vir die toestaan van 'n aksie vir suiwer ekonomiese verlies.

Damhouder stel dit soos volg:

“So oock een Notaris/Griffier/oft andere diergelijcke/die uyt onwijshede/negligentie¹ onwetenthede oft onachtsamighede (niet uyt arg oft quaedhede) by der valscheyd van zijnder geschrift/yemandt eenighe schade doet/wiens negligentie ende onwetenthyedt in de schuldt is/die en wordt niet ghepunieert Criminelijck/maer alleenlijck Civielijck/dat is/ met soo veel schade te restituieren ende repareren/als alle't verlies ende schade daer uyt spruytende.”²⁰⁰

Hieruit blyk dit duidelik in watter mate daar oorvleueling tussen strafregtelike en siviele aanspreeklikheid bestaan het. As die dader opsetlik gehandel het word hy tot skadevergoeding verplig en gestraf, andersins net tot skadevergoeding.

¹⁹⁷Grueber 136 206; Lawson 27.

¹⁹⁸Van den Heever 29: “All we can say, therefore, is that in Justinian law the Aquilian act in general still required damage to corporeal property although the assessment of damages was not limited to the loss to such *corpus* but rather to the consequential losses suffered by the estate to which the *corpus* belonged”.

¹⁹⁹*Scripta Anecdota Glossatorum* Edidit Augustus Gaudentius Bononiae MCMXIII 94 *De lege Aquilia* . . . quandoque patior damnum non circa rem vel bonitatem rei, sed in patrimonio, veluti si quis solvit servum misericordia ductus”. Vir 'n kort bespreking van die posisie in die Middeleeue sien Pauw “Aanspreeklikheid vir ‘suiwer vermoënskade’ in die Suid-Afrikaanse Reg” 1975 *De Iure* 23 25.

²⁰⁰*Practyce in Criminele Saken* Cap 122 8.

Sande²⁰¹ rapporteer 'n uitspraak waar die acturius tot skadevergoeding veroordeel was:

“Ac Secretarius postea fuit condemnatus resarcire creditori, quod is ob vitium registrationis passus erat, et ea, quae tradunt, Panormitanus & Canonistae in *cap Quoniam extra de probat Damhoud in praxi criminal 119 num 8 vers Si Notarius vel Scriba*. (b) Similiter registratio generalis hypothecae non facta in loco domicilii debitoris, pro non facta fuit habita. (c)”

Sande steun dus op die aangehaalde gesag van Damhouder en die kanoniste.

De Groot²⁰² noem ook die moontlikheid van aanspreeklikheid vir suiwer vermoënskade:

“Een rechter wijzende jegens wetten diemen behoort te weten, ofte gunnende uitstel jegens recht, een landmeter doende onrechte meetings, ende een beampste schrijver maeckende een gheschrift jeghens de wetten, alwaer het door onverstand, zijn gehouden in alle schade die iemand daer door komt te lijden.”

Vinnius²⁰³ aanvaar *Institute* 4 3 16 en is van mening dat in die geval waar 'n persoon 'n ander se bye verjaag deur rook te maak, 'n actio in factum gegee moet word ooreenkomstig wat gesê word in *D* 19 5 en 4 3 7 7. Hieruit is dit nie duidelik of dit 'n actio in factum na voorbeeld van die *lex Aquilia* of die actio doli is nie.

Antonius Matthaeus II haal ook 'n geval aan, maar verklaar uitdruklik dat die dader callide of dolo malo²⁰⁴ moes handel:

“Quod si iudex ipse, vel acturius interrogati dissimulaverint priorem obligationem dolo malo, in id quod interest decepto in factum actione tenentur.”

Dit is duidelik dat Matthaeus hier 'n aksie weens bedrog in gedagte het. Die vraag is egter waarom 'n actio in factum, en nie die actio doli nie, toegestaan word? Die antwoord mag wees dat Matthaeus moontlik die subsidiêre karakter van die actio doli in gedagte het en, omdat Sande reeds 'n aksie in sodanige gevalle toegestaan het, kan die actio doli nie aanwending vind nie en moet 'n aksie op die feite toegestaan word soos by Sande.

Van Leeuwen²⁰⁵ stel die vraag of 'n advokaat aanspreeklik is as hy verkeerde advies gee maar antwoord dat geen aanspreeklikheid daaruit volg nie, behalwe as hy dit bewustelik gedoen het.

Voet in sy kommentaar op *D* 9 2 verwys slegs na die geval waar een persoon geld uit 'n ander se hand klap, as voorbeeld van persone wat aanspreeklikheid ingevolge die *lex Aquilia* opdoen. Nêrens in sy bespreking is daar 'n verwysing na 'n geval waar suiwer ekonomiese verlies verhaal word nie – daar is telkens 'n verband met 'n saak (of corpus – vry persoon). Voet bespreek ook nie *D* 4 3 7 7 nie.

In sy bespreking van die aanspreeklikheid van die acturius verwys Voet egter na Sande en Mattheus en voeg by dat nalatige optrede ook aan-

²⁰¹3 12 15.

²⁰²3 37 9.

²⁰³*Ad Inst* 4 3 16.

²⁰⁴*De Auctionibus* 19 1 86.

²⁰⁵*Roomsch-Hollandsch-Recht* 4 23 11.

spreklikheid tot gevolg het.²⁰⁶ Die feit dat Voet nalatigheid in hierdie gevalle betrek, is nie maklik te verklaar nie. Sande en Matthaeus het duidelik albei 'n skelmstreek in gedagte, maar Damhouder wil die onkundige of onagsame ten minste sivilregtelik aanspreklik hou. Voet verwys nie na Damhouder nie en daarom is dit nie moontlik om vas te stel of hy deur hom beïnvloed was nie. Verder dui Voet nie uitdruklik vir ons aan of die aanspreklikheid vir nalatige optrede 'n ontwikkeling van sy tyd was nie. Voet noem die aksie 'n *actio in factum*, heel waarskynlik omdat hy deur Sande en Matthaeus beïnvloed is.

Hierdie uitlating van Voet het in ons howe aanleiding gegee tot die gevolgtrekking dat Sande, Voet en Matthaeus deur *actiones in factum* aanspreklikheid op grond van die *lex Aquilia* uitgebrei het tot:

“a degree never permitted under the Roman law. The action in factum was no longer confined to cases of damage done to corporeal property, but was extended to every kind of loss sustained by a person in consequence of the wrongful acts of another, and, thus extended, bore a curious analogy to the action on the case in the English law.”²⁰⁷

Daar kan glad nie met bogenoemde gevolgtrekking saamgestem word nie. Daar is geen redelike gronde vir 'n afleiding dat bogenoemde skrywers hierdie *actio in factum* enigsins as verbandhoudend met die *lex Aquilia* beskou nie. Dit is 'n besondere aanspreklikheid wat verband hou met die besondere amp wat die dader bekleed. Dit is in hierdie opsig dat bogenoemde verwysings as aanknopingspunt vir aanspreklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling kan dien. Daar word van persone wat 'n besondere beroep beoefen verwag dat hulle die nodige sorg aan die dag sal lê by die uitoefening van hulle pligte.

Van Bynkershoek²⁰⁸ noem 'n geval waar die VOC aanspreklik gehou is vir skade (suiwer vermoënskade) wat deur aandeelhouers gely is as gevolg van die nalatige optrede van die “opperboekhouder”. Dit word as 'n geval van *damnum culpa datum* beskou.

Van der Keessel²⁰⁹ aanvaar *Institute* 4 3 16 en voeg by dat die aksie wat daar gegee word 'n *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* is.

Uit bogenoemde bespreking is dit duidelik dat die enigste besondere ontwikkeling wat plaasgevind het, dié was wat daartoe gelei het dat professionele lui aanspreklik gehou is vir hul nalatige optrede wat suiwer ekonomiese verlies tot gevolg gehad het. Die gesag wat aangehaal word ter ondersteuning van die standpunt dat die *lex Aquilia* reeds in die Romeins-Hollandse reg sy logiese eindpunt bereik het is ongegrond. Daar is geen

²⁰⁶20 1 11 in fin: “Quod si culpa vel dolo actuarii ea, quae ad hypothecae generalis aut specialis constituendae solennitatem desiderata sunt, praetermissa fuerint, vel actuarius rem liberam esse asseruerit rogatus, cum illa jam sollemniter alii per publicam scripturam devincta esset, & ob id creditor suo hypothecae aut praelationis jure careat, adversus actuarium in factum actio ad id quod interest danda foret, ut . . . Sande . . . Ant Matthaeus”.

²⁰⁷*Cape of Good Hope Bank v Fischer* supra.

²⁰⁸*Obs Tum* 1195.

²⁰⁹*Dictata ad Inst* 4 3 8 Beinart en Van Warmelo II 155.

aanduidings dat bogenoemde aanspreeklikheid as aanspreeklikheid gebaseer op die *lex Aquilia* beskou was nie, en verder is dit 'n aanspreeklikheid wat duidelik verband hou met die besondere amp wat die verweerder beklee. Dit wil voorkom of hierdie aanspreeklikheid uit die kanonieke reg afkomstig is, ongelukkig was dit nie vir my moontlik om vas te stel of dit inderdaad so is nie. Die volgende persone is dan vanweë die amp wat hul beklee aanspreeklik gehou: die regter,²¹⁰ landmeter,²¹¹ actuarius,²¹² advokaat²¹³ en boekhouer.²¹⁴

(iii) *Suid-Afrikaanse Reg*

Daar is verskeie gevalle²¹⁵ van deliktuele aanspreeklikheid wat nie deur ons howe as aquiliese aanspreeklikheid beskou word nie en wat nie met hierdie "progressiewe gedagterigting", te wete, dat die *actio legis Aquiliae* ingestel kan word in alle gevalle waar skade op onregmatige en skuldige wyse veroorsaak is, te versoen is nie.

Nalatige wanvoorstelling is ook een van hierdie gevalle. Van der Merwe en Olivier²¹⁶ aanvaar dat die *actio doli* in die algemene beginsels van die *lex Aquilia* opgeneem is.²¹⁷ Volgens hulle standpunt behoort daar dan geen probleme te wees om nalatige wanvoorstelling sondermeer onder Aquiliese aanspreeklikheid tuis te bring nie. As 'n mens die argument logies sou wou deurvoer, beteken dit dat wanvoorstelling die onregmatige handeling is en dat opset of nalatigheid verskyningsvorms van skuld is. Volgens hierdie argument sou 'n mens woorde en daede sonder meer aan mekaar moet gelykstel. Dit is nie die posisie in die positiewe reg nie en daarom moet Van der Merwe en Olivier nalatige wanvoorstelling afsonderlik behandel.²¹⁸

In *Herschel v Mrupe* aanvaar die regters dat daar in gevalle van nalatige wanvoorstelling wat tot ekonomiese verlies aanleiding gee, 'n "duty of care" kan wees. Appèlregter Schreiner aanvaar dat die uitlatings van regter Andrews in *International Products Company v Erie Railway Company*²¹⁹ met vrug in sulke gevalle toegepas kan word:

"Liability in such cases arises only where there is a duty, if one speaks at all, to give the correct information. And that involves many considerations. There must

²¹⁰De Groot, Matthaëus II.

²¹¹De Groot.

²¹²Damhouder; De Groot; Sande; Matthaëus II.

²¹³Van Leeuwen, mits hy bewustelik die skade veroorsaak het.

²¹⁴Van Bynkershoek.

²¹⁵Bv skade wat erfgename en legatarisse ly deurdat 'n oorledene se vroeë dood waarskynlik verhoed dat sy boedel groter sou gewees het; afhanklikes se eis vir skadevergoeding vir verlies aan onderhoud; skadevergoeding op grond van skok en die aksie op grond van wanvoorstelling; *Combrinck Chiropraktiese Kliniek (Edms) Bpk v Datsun Motor Vehicle* 1972 4 SA 185 (T); McKerron 1973 *SALJ* 1; die *actio quod metus causa*; *actio Pauliana*, *actio negatoria* en die *condictio furtiva*.

²¹⁶*Onregmatige Daad* 199. Contra McKerron 1973 *SALJ* 2.

²¹⁷Om net kortliks die onjuisheid van hierdie aanvaarding te illustreer, kan verwys word na Voet *Comm ad Pand* 4 3, waar hy uitvoerig die toepassing van die *actio doli* bespreek. Ook Groenewegen *De Legibus ad D* 4 3 toon duidelik aan watter aspekte nie meer van toepassing is nie, die res bly natuurlik voortbestaan.

²¹⁸*Onregmatige Daad* 273 ev; De Wet J C "Boekbespreking" 1970 *THRHR*.

²¹⁹supra.

be knowledge, or its equivalent, that the information is desired for a serious purpose; that he to whom it is given intends to rely and act upon it; that if false or erroneous, he will because of it be injured in person or property.²²⁰ Finally, the relationship of the parties, arising out of contract or otherwise, must be such that in morals and good conscience the one has the right to rely upon the other for information, and the other giving the information owes a duty to give it with care . . .

When such a relationship as we have referred to exists may not be precisely defined, all that may be stated is the general rule. In view of the complexity of modern business, each case must be decided on the peculiar facts presented. The same thing is true, however, in the usual action for personal injuries. There whether negligence exists depends upon the relations of the parties, the thing done or neglected, its natural consequences, and many other considerations. No hard and fast line may be drawn.²²¹

Hierdie standpunt is in verskeie ander Suid-Afrikaanse beslissings gevolg²²² met die beperking in *Hamman v Moolman* dat dit nie van toepassing is op wanvoorstelling gemaak voor die sluiting van 'n kontrak of wat aanleiding tot die sluiting van 'n kontrak gegee het nie.

Dit is die posisie in die Suid-Afrikaanse positiewe reg. Die posisie is duidelik baie onbevredigend en dit is jammer dat die howe nie meer op die ontwikkeling in die Anglo-Amerikaanse regstelsels gelet het nie.

4 Slotbeskouing

Die Engelse howe het nog nie sover gegaan om nalatige wanvoorstelling wat blote ekonomiese verlies meebring op dieselfde lyn te plaas as nalatige wanvoorstelling wat tot "injury to person or property" lei nie, of anders gestel, hulle is nog nie bereid om 'n "duty of care" sonder meer te erken waar daar ekonomiese belange in gedrang kom nie.

Hulle is bereid om 'n "duty of care" te konstrueer waar daar 'n "assumption of responsibility" is. Laasgenoemde kan uit verskeie faktore afgelei word, byvoorbeeld, kontraktuele verhoudings, fidusiêre verhoudings, uit 'n besondere kennis of bedrewenheid waaroor die persoon beskik, waar iemand uitdruklik verantwoordelikheid aanvaar vanweë die feit dat die dader geweet het dat die inligting vir 'n ernstige doel benodig word en dat op die inligting wat hy verskaf, gereageer sal word. Om nalatigheid in sodanige gevalle te bepaal, kan die redelike man-toets met net soveel vrug toegepas word soos op ander gebiede van die reg.²²³

Alhoewel die regters in *Hedley Byrne* baie klem op die "assumption of liability" geplaas het, moet dit beskou word as 'n faktor wat die "special relationship" daarstel. Die rede waarom 'n "special relationship" vereis word is om sodanige verhoudings te verhef bo gevalle waar advies gegee word op sosiale vlak.²²⁴

²²⁰Soos McKerron aandui moet "property" hier wyd verstaan word om ook blote ekonomiese verlies in te sluit.

²²¹380 C-E.

²²²*Currie Motors v Motor Union Insurance supra; Murray v McLean supra.*

²²³Millner 39; Hahlo en Kahn 556.

²²⁴Millner 39.

Sommige skrywers²²⁵ is van mening dat dieselfde mate van sorg sowel ten opsigte van woorde as dade van 'n persoon verwag kan word, maar hierdie standpunt word nie algemeen aanvaar nie.²²⁶ Dit sou beteken dat die persoon wat inligting aan die verbyganger op straat verskaf, aanspreeklik gehou kan word vir skade wat voortvloei uit die inligting wat hy op nalatige wyse verskaf het. Die funksie van die reg is om in gevalle van botsende belange 'n belange-afweging te maak en in hierdie gevalle is die belange van die gemeenskap beter te dien deur die dader nie aanspreeklik te hou nie, as die belange van die benadeelde. Sodanige aanspreeklikheid sou 'n tē swaar beperking op menslike verhoudinge plaas. Pitlo²²⁷ wil sodanige verpligting selfs nie sonder meer op amptenare plaas nie. Daar behoort wel in besondere omstandighede van 'n persoon verwag te kan word om versigtig te wees met sy woorde. Die skending van 'n erkende subjektiewe reg²²⁸ is nie so 'n besondere omstandigheid nie, aangesien daar in gevalle van nalatige wanvoorstelling iets meer verwag word. Die belange wat aangetas word, word eers beskerm wanneer die omstandighede sodanig is dat die reg van die belange-aantasting kennis neem. Die reg sal daarvan kennis neem as die partye in 'n besondere verhouding tot mekaar staan. Daarom kan gesê word dat 'n kassier wat op nalatige wyse verkeerde inligting verskaf wat tot gevolg het dat 'n kliënt se Persiese tapyt beskadig word, nie aanspreeklik gehou kan word nie omdat 'n "special relationship" ontbreek.

Waar blote ekonomiese belange beskerm word, word verwag dat daar 'n "special relationship" sal wees. Gevalle waar daar 'n "special relationship" teenwoordig is, is nie geslote nie en daar is steeds ruimte vir uitbreiding. So kan beroepslui, persone in vertrouensverhoudinge, persone wat inligting verskaf, wetende dat die verskaffing van verkeerde inligting skade tot gevolg sal hê; persone wat voorgee om oor 'n besondere kennis of bedreweheid te beskik en persone wat uitdruklik verantwoordelikheid op hulle neem, aanspreeklik gehou word. Hierdie aanspreeklikheid vloei voort uit die feit dat al die omstandighede hierbo genoem tot gevolg het dat daar 'n "special relationship" tussen die partye ontstaan. Volgens hierdie verklaring is daar tussen partye tot 'n kontrak, in besonder, 'n "special relationship" en behoort daar aanspreeklikheid te wees as die een nalatige wanvoorstellings teenoor die ander maak.

Sekere gevalle van "special relationships" het reeds uitgekristalliseer soos die eise van die tyd dit geverg het. Daar kan nog ander gevalle voorkom en dit is vir die howe om te besluit of daar in bepaalde omstandighede 'n "special relationship" aanwesig is al dan nie. Hierdie besluit moet die howe, met inagneming van die behoeftes van die praktyk en die billikheid, neem.

Alhoewel hierdie benadering uit die Engelse reg afkomstig is, is dit nie in stryd met die beginsels van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg nie, aangesien hierdie behoefte aan aanspreeklikheid vir suiwer ekonomiese

²²⁵Price 1950 *SALJ* 413; 1951 *SALJ* 80 88; Millner 38; Goodhart 300.

²²⁶McKerron 1930 *SALJ* 370.

²²⁷*Verbintenissenrecht* 69.

²²⁸*Hamman v Moolman*. Voorts het ar Van den Heever in *Herschel v Mrupe* beslis dat daar nie in die Suid-Afrikaanse reg 'n reg op korrekte inligting bestaan nie.

verlies reeds vanaf die Romeinse reg bestaan het,²²⁹ en deur elke groep juriste op hul manier opgelos is. In die Romeinse reg deur die optrede van die praetor, en in die Romeins-Hollandse reg word sekere persone, vanweë die beroep wat hulle beoefen,²³⁰ met 'n aksie gebaseer op die feite aanspreeklik gehou. Daar kan gesê word dat die grondslag vir aanspreeklikheid waarskynlik die vertrouensverhouding²³¹ tussen verweerder en sy kliënt in die omstandighede is.

Die regsposisie met betrekking tot nalatige wanvoorstelling soos dit tans is, is myns insiens bevredigend, maar as 'n mens *algemene* aanspreeklikheid uit onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg daar wil stel sal weggekom moet word van die idee dat die *lex Aquilia* sy sogenaamde eindontwikkeling bereik het en alle ander deliksaksies geabsorbeer het. Daar kan eerder geredeneer word dat ons van mening is dat alle deliksaksies deur middel van *actiones utiles* en in *factum* sò uitgebrei is in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg dat ons nou in die Suid-Afrikaanse reg op 'n punt gekom het waar ons algemene deliktuele aanspreeklikheid wil erken en dat ons vir sodanige aanspreeklikheid bepaalde vereistes neerlê, wat hierdie vereistes ookal mag wees. Verder sal aangeleenthede soos deur wie die aksie ingestel kan word en die oorerflikheid van die aksie uitvoerig gereël moet word. Dit sal egter die taak van òf die wetgewer òf die appèlhof wees om sodanige aanspreeklikheid te formuleer. Dit is duidelik dat die appèlhof traag is²³² om dit te doen – miskien tereg – in aggenome dat die Romeins-Hollandse reg nog die gemene reg van Suid-Afrika is en dat die stelsel die reg insake onregmatige daad bevredigend reël.

□

Vigilantibus non dormientibus subvenit lex. Those who are content to leave their affairs to chance cannot complain if the law is unable to assist them. – Per Margo J in Kruger v Downer 1976 3 SA 172 179

“disturb” with reference to an animal means wilfully or negligently to injure, to tease, to alarm, to hinder, to interfere with, to throw an object at or to make aggressive – S 1(iv) National Parks Act 57 of 1976

²²⁹Watson ZSS 401: “The action is not subsidiary because it is infaming, but it is infaming because it was conceived of as protecting parties who were, one might say, in a fiduciary relationship but were not in the particular circumstances of the case protected by the *ius civile*”. Ook Gaudemet *IURA* 291 ev.

²³⁰Dit is duidelik dat aanspreeklikheid in die Romeins-Hollandse reg tot beroepsluit beperk was, maar as die vertrouensverhouding as grondslag vir aanspreeklikheid aanvaar word, is daar geen rede om dit tot sodanige persone te beperk nie en kan daar omstandighede wees waar persone deur hulle optrede sodanige vertrouensverhouding wat tot aanspreeklikheid lei, skep.

²³¹Dit is moeilik om die grondslag vir hierdie aanspreeklikheid te bepaal, maar daar word aan die hand gedoen dat die mees aanvaarbare grondslag die vertrouensverhouding tussen die partye is.

²³²In *Smit v Saipem* 1974 (4) SA 918 A 926, is dit duidelik dat die appèlregters terdecé van hierdie gedagterigting bewus is, maar nie bereid is om hulle daarvoor uit te laat nie. (Veral ar Rabie 947E.)

Aantekeninge

THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY: UNBRIDLED POWER BEHIND THE THRONE

Introduction

The principle of legality is encountered in constitutional law, criminal law and administrative law. It is aimed at the protection of fundamental human or civil rights, and at ensuring certain minimum standards of justice (sometimes referred to as procedural human rights) through corresponding restrictions on the power of the legislature, the judiciary and the executive.

Basically the underlying purpose of the principle of legality in all its manifestations is the protection of individuals against the arbitrary exercise of power by the state. It embodies something of the old Diceyan emphasis on the protection of individual rights against interference by the state. And although it has now realistically been recognized that it is often necessary for the state in the exercise of its many functions to curtail the rights of the individual, the principle of legality seeks to guarantee that this be done only in instances where it is essential in the public interest and just towards the individual. In short, the aim is to harmonize the concepts of public interest and individual liberty in terms of justice.

Constitutional law context

The principle of legality in its constitutional law context is part of the rule of law. (See generally Mathews *Law, Order and Liberty in South Africa* (1971) 5 et seq.) The rule of law has traditionally been associated with Dicey's exposition which will not again be set out here. I should rather like to point out that the rule of law can be understood in a formal and a material sense.

In a formalistic and literal sense, rule of law simply means that subjects should be ruled in terms of law and not by the whim of persons. Such a view would, however, guarantee little protection, since the law is, after all, created through the wishes of persons, i.e. legislators. Our supreme legislative organ, parliament, is, however, dominated by the executive in that the ruling political party commands a majority in parliament. Although parliament is sovereign in that it can make any law, the true sovereignty is situated in the governing and policy-making body or bodies of the ruling party. This effectively reduces parliament to a kind of rubber stamp. To aver that everyone is subject to the law accordingly has little meaning since the law can, in effect, be made and changed more or less according to the wishes of the leaders of the ruling party. Rule of law therefore amounts rather to the rule of the lawmaker, in particular, the power which dominates the legislature. Carried to its logical conclusion, it would mean that even where a dictator

is given the widest conceivable powers through which the most serious and flagrant infringements of individual rights can be effected, this would be in agreement with the rule of law, as long as these powers were entrusted to him by means of legislation.

However, rule of law is not generally interpreted in this restricted formalistic sense. The underlying idea is that the rule of law should be given a material content through which certain fundamental rights or minimum standards of justice can be guaranteed. Rule of law therefore does not imply the rule of *any* law, but the rule of *good* or *just* law. However, such a view presupposes that the legislature must be bound by these standards. And this is where the basic problem arises: parliamentary sovereignty is irreconcilable with such restrictions. Dicey attempted to reconcile the rule of law with parliamentary sovereignty by claiming that the English parliament recognized certain self-imposed restrictions on its power. These restrictions, however, are not legal rules, rather are they rules of proper political behaviour or of the ethics of government. Viewed as such, the rule of law has no meaning as a basic juridical principle. The South African parliament has at any rate apparently not sensed such restrictions on its sovereign power, and although reference is occasionally made to the rule of law and human rights are in principle afforded protection in South African law (see Van der Vyver *Die Beskerming van Menseregte in Suid-Afrika* (1975) 114 et seq), there is no constitutional guarantee that such protection will ensue and that minimum standards of justice will in fact be complied with. This is not merely a theoretical problem, since our parliament has already sanctioned drastic interferences with both material and procedural human rights (see Van der Vyver op cit passim and VerLoren van Themaat *Staatsreg* (2nd ed by Wiechers) 134 et seq), while the courts have been unable to declare parliamentary legislation (except legislation concerning the so-called entrenched clauses of the constitution) void on any but procedural grounds (see s 59 of the Republic of South Africa Constitution Act 32 of 1961 and cf VerLoren van Themaat op cit 281 and 484 et seq; Barrie 1969 *THRHR* 209 et seq and Van der Vyver op cit 42 et seq).

Rule of law as regards parliamentary legislation in South Africa, therefore, can perhaps be included in the realm of political science or of jurisprudence, rather than that of constitutional law.

Criminal law context

The principle of legality in its application to criminal law is also known as *nullum crimen sine lege*. One of the distinguishing characteristics of a crime is that it is conduct for which punishment is prescribed *by the law*. In other words no person may be punished unless this is sanctioned by the law. As in the case of the rule of law, the *nullum crimen sine lege* principle can also be understood in a formal and in a material sense.

Viewed in a formal or literal sense, the principle implies that there can be no crime unless a legal rule (ie of either common law or statutory origin) determines the conduct in question to be criminal. In other words criminal punishment can only be meted out in terms of the law. Consistently applied, however, this would mean that eg punishment in terms of some of the

notorious Nazi criminal laws would nevertheless be in accordance with the *nullum crimen* principle. All that would then be required for criminal punishment would be a statutory basis. Viewed as such this principle would obviously provide very little, if any, assurance for the maintenance of minimum standards of justice and the protection of human rights against arbitrary interference. All that it in effect does is to place a restriction on the courts in that they may not impose punishment upon a person unless he has contravened the criminal law. This implies that courts of law may not themselves create crimes, they may only impose punishment for conduct which the legislature has declared to be criminal.

However, the *nullum crimen* principle is not generally understood in the above-mentioned restricted sense. Two of its most important facets are (a) that criminal provisions should be clearly and precisely formulated and (b) that they should not be enacted with retrospective effect. These aspects relate to the creation of crimes by the legislature. The important question, however, is whether the legislature is obliged to comply with these requirements of the *nullum crimen* principle. Although certain subordinate criminal legislation can be declared void by the courts if it is vague (cf *Naidoo v Pretoria Municipality* 1927 TPD 1013 and *R v Jopp* 1949 4 SA 11 (N)) or if it is made with retrospective effect without authority being provided in the empowering act (cf eg *R v Manyisana* 1929 CPD 399), parliament, being sovereign, can and has violated the above-mentioned requirements of the *nullum crimen* principle in that vague criminal provisions (eg s 21(1) of the General Law Amendment Act 76 of 1962; see Mathews op cit 175 et seq), and *ex post facto* criminal provisions (eg s 9(1) of the Terrorism Act 83 of 1967) have been created. Our courts, as has been indicated, have no power to declare such legislation void. The most that they can do to uphold the *nullum crimen* principle is to apply certain rules relating to the interpretation of statutes which tend to support this principle, ie the rule that criminal provisions should be strictly interpreted (see Steyn *Die Uitleg van Wette* (4th ed 1974) 117 et seq) and the presumption against retroactivity of criminal provisions (Steyn op cit 86 et seq and 243 et seq). However, these rules apply only in so far as parliament does not by clear language to the contrary exclude their operation. The fact accordingly remains that parliament, if it wishes to do so, can declare *any* conduct criminal and no judicial control is available to enquire about the validity of such a criminal law.

The principle of legality also plays an important role as far as the law relating to criminal procedure and evidence is concerned. The protection afforded to suspected offenders and accused persons in terms of criminal procedural law may be referred to as establishing procedural human rights and should be a strong indication of the degree of justice which prevails in a society. (See Strauss Vol 2 no 3 (1973) *Crime, Punishment and Correction* 26–28.) However, there is nothing which prevents parliament from amending or abolishing the protection afforded to suspected offenders and accused persons, and parliament has on a number of occasions in fact reduced or removed this protection. (See Mathews op cit 253 et seq.)

Administrative law context

The principle of legality in its administrative law context implies that

administrative action should always be *based on law*, either common or statutory law (see Wiechers *Administratiefreg* (1973) 182 et seq and Wiechers 1967 *THRHR* 309 et seq). Illegal administrative action – ie administrative action which does not comply with the requirements of the law – can be declared invalid by the court. Some of these requirements, particularly the common law rules of natural justice, do ensure some degree of justice in administrative actions. However, these rules have several crippling limitations. In the first place, they are only concerned with procedure and do not ensure a just result (and unreasonableness of the administrative action is not generally recognized as a ground which affects the validity of administrative actions; see Wiechers op cit 243 et seq). Moreover, judicial review of administrative compliance with the rules of natural justice in South Africa is a very restricted remedy (see Wiechers op cit 226 et seq and Dean 1976 *THRHR* 279 et seq). Furthermore, parliament can always exclude the operation of these rules and has not hesitated to do so. (See for instance the flagrant violation of the rules of natural justice by officials of the department of agriculture as reflected in *Adjunk-Minister van Landbou v Heatherdale Farms (Pty) Ltd* 1970 4 SA 184 (T). See in particular the note by Amicus Curiae in 1971 *SALJ* 37 et seq.) Finally, parliament often not only excludes the rules of natural justice; it goes even further and excludes the courts' power of judicial review altogether. (See Wiechers op cit 289 et seq.)

And since parliament has sovereign legislative power, there is no restriction on the powers which it can grant to the administration. Evidence of this is provided by the numerous wide discretionary powers and the wide powers to enact subordinate legislation which have regularly been granted to ministers and other officials. Thus, although the administration is technically bound by the law, this has very little substantive value for the individual, since parliament can and does provide a basis for the arbitrary exercise of administrative power.

Conclusion

In conclusion, attention should again be drawn to the fact that the basic shortcoming of the principle of legality as it is applied in South African law, is that it does not ensure that laws would correspond to the dictates of at least the minimum standards of justice, nor does it ensure the protection of fundamental human or civil rights. It is no guarantee against the arbitrary exercise of power to assert that all power in the state may only be exercised in terms of the law, if there is no guarantee as to the quality of that law. Parliamentary sovereignty implies that parliament can enact any law it wishes. But, as has been pointed out, parliament is dominated by the ruling political party, which means that the governing and especially policy-making body or bodies of that party, the cabinet, constitute the sovereign power in the state. In short, the party can do almost as it pleases. The fact that it must formulate its wishes in the form of laws provides very little, if any, safeguard against the arbitrary exercise of power. It makes little difference that wide powers are exercised in terms of some or other law. A legal basis for action, in other words, constitutes no guarantee against the exercise of arbitrary power. While, accordingly, it is true that in South Africa power can only be exercised in terms of the law – ie that the *existence* of a law is

necessary before any executive or judicial action can be taken against an individual – there is no assurance that the *contents* of that law will correspond to at least the minimum standards of justice. There is thus no guarantee against the exercise of arbitrary power by the state.

Two possible ways in which the above-mentioned power can be effectively checked, are the following: It can be done through the enactment of a kind of entrenched bill of rights in which minimum standards of justice are ensured through judicial control of legislation and the avoidance by the court of any legislation which is in conflict with the provisions of this bill of rights. This solution has e.g. been applied in the United States of America and in the Federal Republic of Germany. Irrespective of the merits of this solution, it is highly unlikely that our powers that be would voluntarily impose such a restriction upon itself. The only other effective check which presently suggests itself would be through a strong political opposition party which could constantly utilize the pressure of the next general election as a weapon to ensure parliamentary compliance with minimum standards of justice in its legislation – that is to say if this is desired by the electorate. Such an opposition, unfortunately, is not presently a reality in South Africa, nor does its materialization appear likely. It must therefore be concluded that the maintenance or disregard of fundamental human rights or of the minimum standards of justice would in all probability for the foreseeable future remain dependent upon the whim of the governing political party's ruling body. I need hardly labour the point that this is an unsatisfactory state of affairs.

ANDRÉ RABIE

University of Stellenbosch

WEER EENS “WET” EN “REG”

Die ander dag is in 'n dagblad al weer na 'n bekende professor verwys as “van die departement grondwetlike reg” van 'n sekere universiteit.

Die uitdrukking is eintlik komies maar bevat tog 'n regspraak wat uitgeroei behoort te word. Sy oorsprong in joernalistieke kringe is weliswaar begryplik. Die standaard-woordeboek vertaal “constitution” deur twee terme: “grondwet” en “konstitusie”. Die nie-juris weet dan nie dat Afrikaans twee woorde met verskillende betekenisse het waar Engels slegs die één term het nie. Elke staat het 'n konstitusie, maar nie alle state het grondwette nie. “Grondwet” dui op 'n konstitusie wat “onbuigsam” van aard is, di slegs deur 'n spesiale prosedure van die wetgewende orgaan gewysig kan word – sy bepalinge is “verskans”. By ons is die grondwet van die VSA in hierdie verband bekend. Die wet wat die Republiek van SA daargestel het (wet 32 van 1961) heet wel “Grondwet” maar is nie werklik 'n grondwet nie. Dit kan oor die algemeen deur 'n gewone wet van die parlement gewysig word. Dit is veeleer 'n konstitusie.

Dit is dus onjuis om te praat van 'n “grondwetlike beraad” insake bv SWA. Dit gaan daar grotendeels om 'n nuwe konstitusie vir die land. Of so 'n konstitusie die aard van 'n grondwet gaan aanneem, is hierby nie ter sake nie. “Konstitusionele beraad” is die juiste uitdrukking om te gebruik.

Die professor se vak is dus konstitusionele reg. Mooier in Afrikaans is staatsreg, omdat die betrokke vak met meer as konstitusies te doen het. Hy sou op sy rug val om te hoor dat hy net grondwette of die reg aangaande grondwette behandel.

Met die goeie Afrikaanse woord “konstitusie” is daar niks verkeerd nie. Dit kom maar net uit Latyn en is nie 'n Anglisme nie! Moet ons dan die woord “republiek” ook verwerp?

Pers en radio, mag u aandag hiervoor ge vra word?

WAJ

Vonnisse

BORMAN EN DE VOS NNO EN 'N ANDER v POTGIETERSRUSSE TABAKKORPORASIE BPK EN 'N ANDER 1976 3 SA 488 (A)

Pactum successorium

Bogemelde saak is een van weinige waarin die pactum successorium as regsfiguur in die appèlhof ter sprake gekom het. Die feite was sodanig dat daar aansienlike verskil van mening bestaan het oor die reg wat toegepas moes word. Die begrip "pactum successorium" was eintlik die sleutel tot die beslissing, en aangesien die beginsel van stare decisis geld en daar bowendien 'n eenparige uitspraak van die vyf regters was, is hierdie beslissing ongetwyfeld van groot gewig. Die beslissing kan egter tot interessante implikasies aanleiding gee en dit sal dus die moeite loon om nou reeds nader daarop in te gaan en verskeie aspekte van die beslissing in sy geheel te beskou. Aangesien die beslissing (soos reeds gesê) van vyf regters van die appèlhof afkomstig is wat dit met mekaar eens was, word die volgende op- en aanmerkings met groot huiwering gemaak en (laat dit onmiddellik vooraf gesê word) met al die verskuldigde eerbied.

Die feite van die saak was betreklik eenvoudig en sodanig dat 'n mens jou dit kan voorstel dat hulle meermale in die praktyk kan voorkom. Gedurende sy lewe was D 'n lid van die tabakkorporasie wat kragtens die Wet op Koöperatiewe Verenigings 29 van 1939 geregistreer was. Die regulasies van die korporasie was bindend (kragtens a 17(1) van die wet) op die lede "in dieselfde mate asof elke lid hulle onderteken het en asof hulle verbintenisse behels" wat op die lede en hulle regsopvolgers bindend is. Kragtens daardie regulasies word 'n persentasie van die opbrengs van die verkope van elke lid se tabak deur die korporasie in 'n fonds gestort. Die regulasies het verder bepalings bevat vir die uitbetaling aan die lede van die gelde wat ten behoeve van elkeen in die fonds gekrediteer is. Word sulke gelde nie gedurende sy lewe aan hom uitbetaal nie, dan is daar 'n regulasie wat voorskryf dat die gelde na sy dood "aan sy weduwee of die bevoordeelde uit die boedel van die afgestorwe lid" betaal word. 'n Ander artikel lui:

"Die belange van 'n oorlede lid in die maatskappy ingevolge hierdie artikel vorm nie deel van die oorledene se boedel nie en enige uitbetaling daarvan geskied ooreenkomstig die bepalings van hierdie statuut."

(Die bedoeling is dus dat die uitbetaling moet geskied "aan sy weduwee of die bevoordeelde uit die boedel van die afgestorwe lid", soos in die bepaling hierbo aangehaal, bedoel is.) By die dood van D, word die bepaling in sy testament gevind dat hy "enige bedrag tot my krediet by die Potgietersrusse Tabakkoöperasie Bpk ten opsigte van my reserwefonds of enige ander krediet hoegenaamd aan my seun C bemaak".

Die geskil het dus uiteindelik daaroor gegaan of die weduwee of die seun op die gelde geregtig was. Namens die seun is aangevoer (om dit kort

te stel) dat die regulasie 'n pactum successorium inhou en dus 'n onafdwingbare bepaling behels. Namens die weduwee is geargumenteer (ook om dit kort te stel) dat die bepaling van die regulasie 'n beding ten behoewe van 'n derde bevat en dat 'n fideicommissum inter vivos beoog word; dat dit dus nie 'n ongeldige pactum successorium vorm nie.

Die hof (by monde van appèlregter Rabie) verwerp die argument dat hier 'n beding ten behoewe van 'n derde of 'n fideicommissum inter vivos was. Die belangrikste oorweging (om dit kort weer te stel) was:

“Dit gaan hier om die oorledene se vorderingsreg teen die maatskappy, en daardie reg het tot op die oomblik van sy dood 'n bate van sy boedel gebly.”¹

Dit was immers 'n vorderingsreg van die oorledene; hy het gelde van die maatskappy ontvang en eers by sy dood het die restant op sy weduwee of sy erfgenaam (soos in die regulasie bepaal) oorgegaan. Die hof gaan egter uitvoerig op die pactum successorium² in en kom tot die gevolgtrekking dat die regulasie—

“n ooreenkoms beliggaam wat 'n lid van die maatskappy sy testeervryheid ontnem of dit inperk, en dat die ooreenkoms gevolglik as ongeldig beskou moet word”.

Voordat daar nader na die reg in hierdie verband gekyk word, is dit miskien nie onwenslik nie om na sekere moontlike implikasies van hierdie bevinding te kyk. Vir die beoordeling van sulke implikasies kan miskien ten eerste gekyk word na die geval van die gebruikelike pensioenskemas. A betaal gereeld geld by 'n pensioenfonds in. By sy uittrede uit sy betrekking word 'n pensioen aan hom betaal en by sy dood kry sy weduwee ook 'n (geringer) pensioen. Wat haar betref, het ons te doen met 'n beding ten behoewe van 'n derde en sy kan haar vordering aanvaar en afdwing teen die pensioenfonds. Hierdie kontrak tussen A en die pensioenfonds sal seker nie as 'n verbode pactum successorium beskou word nie: haar vordering sal nie beskou word as 'n vordering wat A toegekom het en wat “tot op die oomblik van sy dood 'n bate van sy boedel gebly het nie,” alhoewel 'n mens jou dit maklik kan voorstel dat A, by uittrede uit sy betrekking, 'n vordering teen die fonds vir inbetaalde gelde het; of, indien daar nie 'n weduwee is nie, dat A self, en na sy dood sy erfgename, 'n vordering teen die fonds mag hê. Alles hang af van die bedinge waaronder die toetrede tot die fonds gereël word. Natuurlik, soos die geval hier is, het A hoegenaamd geen vordering teen die fonds vir die weduwee se pensioen nie en kan hy dus nie daarvoor inter vivos of mortis causa beskik nie. Daar mag nou bygevoeg word dat dit in die onderhawige geval skynbaar die bedoeling was om 'n soortgelyke toestand te skep. Daar was immers 'n regulasie:

“Die belange van 'n oorlede lid in die maatskappy ingevolge hierdie artikel vorm nie deel van die oorledene se boedel nie en enige uitbetaling daarvan geskied ooreenkomstig die bepalings van hierdie statuut.”

Dit mag dus die bedoeling van die partye gewees het. Die hof bevind egter op die feite dat die oorledene steeds 'n vorderingsreg teen die korporasie gehad het en dat die vorderingsreg deel van sy boedel vorm. (Dit is on-

¹op 506C van die hofverslag.

²op 501 ev van die hofverslag.

nodig om te vra of 'n reg 'n deel van 'n boedel vorm en of dit die bate of belang is wat dit verteenwoordig. Dit is genoeg om te sê dat indien daar geen bates in die fonds was nie, D of sy boedel niks sou gekry het nie; en as die koöporasie insolvent sou geraak het, D of sy boedel slegs 'n konkurrente vordering sou gehad het.)

'n Tweede moontlike tipe geval wat miskien deur hierdie saak gedek kan word, is die lewensversekeringspolis of die lyfrentekontrak ten behoeve van 'n derde. A neem 'n versekering op sy eie lewe uit met die bepaling dat dit aan sy weduwee uitbetaalbaar sal wees.³ Dit is duidelik 'n beding ten behoeve van 'n derde en een wat die weduwee kan aanvaar of verwerp. (Die geval waar A 'n lyfrente vir sy vrou koop wat na A se dood uitbetaal sal word, is van dieselfde geaardheid en hoef nie afsonderlik genoem te word nie.) Daar kan aanvaar word dat hierdie tipe geval in die praktyk so gevestig is dat dit nie as 'n verbode pactum successorium (dit wil sê tussen A en die versekeringsmaatskappy) geag sal word nie en dat die weduwee op die uitbetaling geregtig sal wees. Om die geval meer in ooreenstemming met die huidige saak te bring: veronderstel dat A 'n testament maak en daarin uitdruklik bepaal dat die uitkering onder die polis nie na sy weduwee sal gaan nie, maar na sy erfgenaam X. Laat ons ook aanvaar (net soos in die huidige geval) dat die weduwee nie voorheen te kenne gegee het dat sy die uitkering sal aanvaar of nie sal aanvaar nie, of dat sy onbewus van die hele polis was. Dit is moeilik om jou dit voor te stel dat die testamentêre beskikking die oorspronklike kontraktuele beding ongedaan sal maak.

Daar is 'n verdere moontlike geval wat geopper kan word: veronderstel dat (om tot die huidige geval terug te keer) die kontrak tussen D en die korporasie so ingeklee was dat daar 'n trust opgestel was, dit wil sê dat sekere krediete wat D toekom in 'n fonds van die korporasie sal gestort word. Hierdie fonds of trust sal deur die korporasie beheer word en ooreenkomstig voorgeskrewe reëls sal daar uitkeringe aan D gemaak word en ten slotte ook, na sy dood, aan sy weduwee. Om die geval net 'n bietjie anders te konstrueer: veronderstel daar is 'n fideicommissum inter vivos waarkragtens D aan die korporasie sekere krediete laat toekom. Die korporasie is die fiduciarius en die weduwee sal die fideicommissaria wees. Daar is geen twyfel dat die oprigter van die trust of van die fideicommissum met sy testament nie die bepalings van daardie trust of fideicommissum sal kan verander nie. Daar sal ook nie geredeneer kan word dat die oprigter 'n vordering het wat op sy boedel sal vererf nie. Die weduwee (dus die begunstigde onder die beding ten behoeve van haar as derde) kan die uitkering aanvaar, as sy wil. Ook in hierdie gevalle sal die trust of fideicommissum nie as 'n verbode pactum successorium beskou word nie.

Ten slotte mag nog 'n verbandhoudende voorbeeld genoem word wat in die praktyk maklik kan voorkom. Veronderstel A, B, C en D sluit 'n vennootskapkontrak en elkeen stort op 'n gemeenskaplike rekening 'n bedrag geld. Hierdie bedrag is bestem om die besigheid van die vennootskap te bevorder en dit sal tot gevolg hê (ten minste, so is die bedoeling van die

³Hierdie feite stem bykans ooreen met dié van die saak *Botes v Afrikaanse Lewensversekeringsmaatskappy Bpk* 1967 3 SA 19 (W).

vennote) dat hierdie kapitaal sal vermeerder en dat bates daarmee aangekoop sal word wat weer die gesamentlike eiendom van die vennote sal wees. Die afspraak is verder dat met die winste wat behaal sal word, 'n sekere persentasie jaarliks onder die vennote verdeel sal word en dat die res op die gemeenskaplike rekening sal bly om so die kapitaal te vermeerder om verdere gemeenskaplike bates aan te skaf. Verder word die afspraak gemaak dat, indien die vennootskap deur opsegging of deur die dood van een van die vennote ontbind word, die kapitaal en gemeenskaplike bates die eiendom van die orige vennote sal bly (met sodanige uitkering aan die vennoot wat op sê of, in geval van sy dood, aan sy weduwee as wat op 'n voorgeskrewe manier bereken word). Hier is daar weer 'n beding wat moontlik ten behoewe van 'n derde (die weduwee of die ander vennote) kan strek en wat gevolg sal hê na die dood van die gemelde vennoot. Dit is dus 'n pactum successorium, net soos dit in sommige voorbeelde hierbo aangehaal ook die geval is. Die belangrike vraag is natuurlik of sulke pacta verbode is of nie. Dat dit nie altyd as verbode beskou sal word nie (die voorbeeld van die lewensversekeringspolis of die lyfrentekontrak en seker ook dié van die pensioenfonds) kan met veiligheid aangeneem word. Maar wat van die meer twyfelagtige gevalle soos dié in die onderhawige saak en die ander voorbeelde?

Die voorbeelde hierbo gestel is dus slegs gebruik as 'n aanloop tot die huidige geval. Daar kan geredeneer word dat, in al die gevalle hierbo genoem, daar 'n pactum successorium is, alans in soverre as wat daar 'n bate is wat as "deel van die oorledene se boedel" (om die woorde van die een regulasie te gebruik) beskou kan word. Daar mag gemeld word dat in al die bogestelde voorbeelde dit nie onmoontlik is nie dat die oorledene, tydens sy lewe, 'n vorderingsreg vir die bates (geheel of gedeeltelik) kon gehad het nie. Aan die ander kant, kan die bates as sodanig nie beskou word om altyd sy eiendom te wees nie (soos in die geval van die pensioenfonds, die trust, die fideicommissum inter vivos) en dus kan onderskei word tussen die ooreenkoms wat betrekking het op bates van die afgestorwene en die ooreenkoms wat betrekking het op 'n vorderingsreg. Of so 'n onderskeid enige waarde het, is weer 'n ander vraag.

Ten slotte moet die vraag gestel word of die testamentêre beskikking van die afgestorwene 'n sterker uitwerking het as die oorspronklike bepaling van die ooreenkoms. Soos in die onderhawige geval is die afspraak dat die derde (die weduwee) die voordeel sal trek onderhewig aan 'n opskortende termyn (die dood van die oorledene). As die oorspronklike reëling nie 'n verbode pactum successorium is nie, is dit moeilik om 'n mens voor te stel dat die testamentêre beskikking voorrang sal geniet.

Alles draai dus om die vraag oor wat 'n verbode pactum successorium is. Om hierdie vraag van nader te beskou, word van die veronderstelling uitgegaan dat die gemene reg, dit wil sê die Romeins-Hollandse reg, nog in Suid-Afrika geld. Hierdie veronderstelling dwing ons om by die Romeinse reg te begin waar die hele leerstuk aangaande die pactum successorium sy aanvang neem. Die leerstuk het 'n lang geskiedenis in daardie regstelsel,⁴ maar

⁴Die meeste van die gebruiklike Romeinsregtelike handboeke behandel die onderwerp

dit is gelukkig nie nodig om in al die besonderhede daarop in te gaan en hulle te herhaal nie, aangesien beoog word om hoofsaaklik na die Romeins-Hollandse reg (soos reeds gestel) te kyk. Daar kan dus in die eerste plek na die fideicommissum van die Romeinse reg gekyk word, want dit is niks anders as 'n tipe *pactum successorium* nie. Want in beginsel het ons te doen met A wat met B afspreek dat hy (B) 'n bate uit A se boedel aan C sal laat toekom. Dit is ook 'n beding ten behoeve van 'n derde, naamlik C. 'n Voorbeeld wat enigsins ooreenstem met die huidige geval word gevind in *D* 30 77. (Dit is die geval wat eintlik die voorvader is van daardie anomalie van latere regstelsels, naamlik die fideicommissum *inter vivos*) en is afkomstig uit die middel van die tweede eeu van ons jaartelling. A het geld aan B in bewaring gegee. Hy gee B opdrag om die bedrag aan C uit te betaal. Volgens 'n keiserlike beslissing word die geval as 'n fideicommissum behandel, naamlik asof die erfgenaam versoek is om die vordering kwyte te skeld; en as die erfgenaam nou tog die bedrag van die skuldenaar (die bewaarnemer) vorder, word hy met die *exceptio doli* afgeweer. (Interessantheidshalwe kan na Voet⁵ verwys word wat hierdie teks spesifiek aanhaal.) Dit skeep dus die vermoede dat nie elke *pactum successorium* as verbode of sonder effek beskou moet word nie. Daar mag bygevoeg word dat, in so 'n geval, dit seker vir die erflater moontlik is om die fideicommissum te herroep en dat dit seker ook deur middel van sy testament kan gebeur. In die huidige saak het die hof egter bevind dat daar geen fideicommissum *inter vivos* was nie. Veronderstel dat dit tog in die vorm van 'n fideicommissum *inter vivos* gegiet was (hoe dit moes gebeur moet liever nie ter sprake gebring word nie), of veronderstel die fonds is 'n trust genoem, dan doen die vraag hom voor of 'n hof in die huidige tyd bereid sou wees om te verklaar dat die fideicommissum of die trust deur die testament ongedaan gemaak is of kan word.

Die Romeinse reg ken egter 'n reeks *pacta successoria* wat as verbode beskou is. Hulle kan hoofsaaklik in twee groepe verdeel word. Die eerste groep omvat daardie gevalle waar A en B ooreenkom om mekaar as erfgename in te stel, of selfs om dit nie te doen nie, of mekaar se erfenis nie abintestaat te aanvaar nie.⁶ (Daar mag opgemerk word dat 'n belangrike

nie juis uitvoerig nie. Daar kan verwys word na *Vismara Storia dei patti successorii* (2 vol 1941) en *Voci Dirritto ereditario romano* (vol I 1960) 475 ev.

⁵*Commentarius ad Pandectas* 30–32 n 14 in fine.

⁶Cf *D* 45 1 61 ('n *stipulatio* waarkragtens A aan B 'n bedrag sal betaal, indien A nie vir B as sy erfgenaam instel nie); *D* 38 16 16 'n vader kom met die toekomstige skoonseun ooreen dat die dogter 'n bruidskat sal ontvang en dat sy dan geen erfreg teen die vader sal hê nie: die kontrak verander nie die erfreg nie en sy kan wel van die vader erf – tot op 'n sekere hoogte val hierdie voorbeeld onder die tweede groep wat later genoem word); *D* 2 14 34 (die abintestate erfreg van 'n persoon kan nie deur ooreenkoms prysgegee word nie: duidelik word bedoel dat die erfgenaam sy erfreg prysgee deur met die erflater ooreen te kom); *C* 3 28 35 1 (die erflater kom met die erfgenaam ooreen dat laasgenoemde nie die eersgenoemde se testament met die *querella inofficiosi testamenti* sal aanval nie); *C* 5 14 5 (die man en vrou kom ooreen in die ooreenkoms betreffende die bruidskat dat hy sal erf en daar is verder 'n testament waarin anders beskik word); *D* 38 18 (17) *pr* ('n persoon word met 'n fideicommissum versoek om 'n ander sy erfgenaam te maak: dit is nie toegelaat nie, want dit sou daarop neerkom dat die *fiduciarius* gevra word om sy erfenis terug te gee – enigsins ook 'n grensgeval).

uitsondering gemaak word wat die soldaat betref.⁷ Dieselfde beperking word nie op sy *pactum successorium* gestel nie.) Daar sal gemerk word dat 'n derde party in hierdie geval nie ter sprake kom nie. Somtyds word die volgende motivering vir hierdie verbod gegee, naamlik dat 'n persoon se vrye bevoegdheid om oor sy vermoë te beskik nie deur so 'n ooreenkoms ingekort moet word nie.⁸ Dit is nie nodig om te diep op hierdie punt in te gaan nie. Daar kan gevra word in watter mate hierdie stukkie wysheid op die *pactum successorium* betrekking het; ook kan gevra word hoe dit versoek kan word met die feit dat die Romeinse reg geensins 'n onbeperkte testeervryheid geken het nie, soos onmiddellik uit die bepalings van die *lex Falcidia* blyk en ook uit 'n instelling soos die *querella inofficiosi testamenti*. Desnietemin is dit vanselfsprekend dat die verbod (soos hierbo gestel) om volgens kontrak of andersins ooreen te kom om mekaar as erfgename in te stel of nie in te stel nie, gebaseer is op die gedagte dat so 'n afspraak die partye die bevoegdheid om met 'n testament oor die erfenis te beskik, kan ontnem of dit kan beperk.

Miskien is die tweede klas verbode *pacta successoria* meer interessant. Dit is daardie ooreenkomste wat as kontrakte vasgelê word en waarvolgens A en B ooreenkom ten aansien van die erfenis van C wat hulle hoop en vertrou aan hulle sal toekom. Hulle kom ooreen om die nalatenskap òf te verdeel, òf te verwerp, ens. Volgens die Romeinse oordeel was dit *contra bonos mores* om so oor 'n derde se nalatenskap te beskik voor die persoon dood is. Hierop is daar die belangrike beperkings dat so 'n afspraak nie verbode is as die de cuius geen beswaar het teen A en B se ooreenkoms nie en ook nie (so wil dit voorkom) as dit nie oor 'n spesifieke derde se nalatenskap gaan nie, maar oor nalatenskappe wat in die algemeen aan die partye tot die ooreenkoms sal toekom. In hierdie laaste gevalle word die ooreenkoms nie as *contra bonos mores* beskou nie.⁹

Bogaande is dan 'n poging om uit die gevalle wat gerapporteer is en wat

⁷C 2 3 19.

⁸Cf D 24 1 32 3; 34 4 4; C 1 2 1.

⁹Cf C 8 38 (39) 4 ('n ooreenkoms betreffende 'n toekomstige erfenis is strydig met die goeie sedes); C 2 3 15 ('n ooreenkoms betreffende 'n bruidskat, naamlik dat die vrou die vaderlike erfenis gelyk met haar broer sal deel); C 6 20 3 (in die kontrak tav haar bruidskat kom die vrou ooreen dat sy met die bruidskat tevrede sal wees en nie van haar vader sal erf nie: dit ontnem haar nie haar abintestate erfreg teenoor die pater nie); C 2 4 11 (twee broers kom tot 'n skikking oor 'n *fideicommissum* wat aan hulle nagelaat is: die skikking is geldig, omdat daar geen bedrog op die spel is nie – weer 'n grensgeval wat egter daarop dui dat daar geen wet van Mede en Perse in hierdie verband was nie en dat die ooreenstemming (of andersins) met die goeie sedes deurslaggewend was); D 18 4 1 en 18 4 7 (die koop en verkoop van 'n toekomstige erfenis afkomstig van 'n derde is verbode); D 28 6 2 2) 'n persoon kan gedwing word om 'n erfenis te aanvaar vir behoud van die *fideicommissum* daarin gestel, as dit 'n geval is van die testament van die pupil deur middel van *substitutio pupillaris*; maar dit is slegs moontlik as die pupil reeds dood is, want anders gaan dit oor die erfenis van 'n derde lewende); D 35 2 15 1 ('n persoon stel sy suster as sy erfgename in: hy bewerk dit so dat 'n derde stipuleer dat sy nie gebruik van haar reg kragtens die *lex Falcidia* sal maak nie, onderhewig aan 'n boetebeding; omdat die reg nie deur 'n privaat kontrak ter syde gestel kan word nie, is die *stipulatio* ('n *pactum successorium* oor 'n derde se nalatenskap) onafdwingbaar); D 36 1 18 (17) *pr* (met 'n *fideicommissum* word 'n persoon versoek om 'n derde as sy erfgenaam te benoem).

bewaar gebly het 'n algemene samevatting bestaande uit twee stellings weer te gee. Dit is moontlik dat dit nie al die gevalle so suiwer dek nie.¹⁰ Dit sal duidelik wees uit hierdie miskien taamlik vae omlýning dat die bedoeling in die Romeinse reg is dat A en B nie regtens tot 'n ooreenkoms kan geraak betreffende die vererwing van hulle eie erfenisse oor en weer of betreffende die beskikking oor die erfenis van 'n derde nie.

Dit is verder duidelik dat die gebied van die *pactum successorium* die Romeine moeilikhede besorg het en daarom kom Justinianus self na vore met 'n *constitutio* van die jaar 531 van ons jaartelling om die saak finaal te reël.¹¹ Dit is 'n taamlik lang *constitutio* en is van belang omdat dit as uitgangspunt gedien het vir die regstelsels van later eeue, waaronder dan ook die Romeins-Hollandse reg. Om die bepaling kort weer te gee: die Keiser begin met die geval waar twee persone tot 'n ooreenkoms kom betreffende die beskikking oor 'n erfenis wat in die toekoms aan hulle sal toekom. Hierdie tipe ooreenkoms word afgekeur¹² en word as in stryd met die goeie sedes bestempel. Wel word 'n uitsondering gemaak ten opsigte van die geval waar die persoon oor wie se erfenis die ooreenkoms gemaak word daardie ooreenkoms goedkeur. Dit is opvallend dat hier nie gehandel word met die geval waar A en B ooreenkoms betreffende die vererwing van hulle eie erfenis (of erfenisse) oor en weer nie. (Dit is egter nie so vreemd wanneer die betrokke geval wat tot die *constitutio* aanleiding gee in ag geneem word nie.) Die kern van die saak is egter dat sulke ooreenkoms nie is, nie juis omdat hulle oor erfopvolging handel nie, maar omdat hulle geag word om in stryd met die goeie sedes te wees. Dit is ook nie vreemd nie, wanneer in ag geneem word dat baie tipes ooreenkoms betreffende 'n erfenis, of 'n bate wat aan die de cuius verskuldig is, in die Romeinse reg toelaatbaar was. 'n Mens herinner jou aan die *fideicommissum* en in besonder aan die afspraak tussen die de cuius en sy debiteur dat laasgenoemde buite die boedel moet betaal; of die geval van *vennote* wat ooreenkoms dat bates wat hulle sal erf gemeenskaplik sal word;¹³ en dan is daar nog die kontrakke waarkragtens die debiteur beloof om te presteer "na die dood van die krediteur" of "aan sy erfgenaam".¹⁴

As ons dus die geval van die *Borman*-saak volgens die Romeinse reg

¹⁰Daar mag op 'n ander samevatting gewys word. Dit word in die sg *lex Romana Burgundionum* 38 3 gevind en word gebaseer op 'n onbekende *constitutio*: "De successione viventum, nec de sua nec de aliena, quemquam pacisci posse, nec huiusmodi scripturam nomen pacti legibus vindicare, secundum legem Gregoriani et Hermogeniani."

¹¹*N1 C 2 3 30*.

¹²"*Odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus*".

¹³*Cf D 17 2 3 2; 17 2 7-13*.

¹⁴Die Romeine het kennelik op 'n gegewe moment in die ontwikkeling die behoefte gevoel aan 'n kontrak (*stipulatio*) wat die strekking had dat die debiteur, na die dood van die krediteur, aan laasgenoemde se erfgenaam sal presteer. Dit is die voorloper van die hedendaagse lewensversekeringspolis of die lyfrentekonstrak. Dit is egter 'n beding ten behoewe van 'n derde (nl die erfgenaam) en was dus in beginsel verbode. In die tyd van Gaius (cf sy *Inst 3 100*) het die Romeine nog geknoei om verby die verbod te kom. In die tyd van Justinianus (cf sy *Inst 3 19 13*) word hierdie tipe kontrak erken as een van die aanvaarde geoorloofde kontrakke met 'n beding ten behoewe van 'n derde.

moet beoordeel, kan met stelligheid gesê word dat dit nie as *contra bonos mores* beskou sal word nie, net omdat A met B ooreenkom hoe B ter wille van C oor 'n bate sal beskik wat normaalweg vir A sal toekom. Dit is inderdaad 'n beding ten behoewe van 'n derde, maar een van daardie uitsonderinge op die reël dat sulke bedinge (in die Romeinse reg) nietig is. Die kontrak tussen A en B is bindend as synde een van daardie kontrakte waarvolgens B "na die dood van A" moet presteer. Omdat dit 'n bindende kontrak (tussen A en B) is, sou A dit ook nie eensydig in sy testament ongedaan kon maak nie en dus aan B 'n ander opdrag gee waarin B nie ingestem het nie. Wat die begunstigde betref, sal die geheel of beskou word as 'n beding ten behoewe van 'n derde wat na die dood van die een party uitgevoer sal word (soos reeds genoem), of dit kan as 'n *fideicommissum* interpreteer word wat in C se guns ingestel is (soos in die geval wat reeds genoem is van die debiteur wat die skuld nie aan die erfgename moet betaal nie).

Die reg in verband met die *pactum successorium* word in die middel-eeue¹⁵ en daarna langsaam maar seker uit die Romeinse reg in die Europese regstelsels respiciër. Die juriste vanaf hierdie tyd hou hulle in 'n groot mate met die klassifikasie van die *pacta successoria* besig. Ook het daar die uiters belangrike uitsondering gekom (en hier word ingrypend van die Romeinse reg afgewyk) dat 'n man en 'n vrou met hulle huweliksvoorwaardekontrak bindend kan beskik oor die vererwing van hulle afsonderlike en gesamentlike vermoëns.¹⁶

Wanneer meer spesifiek na die Romeins-Hollandse reg gekyk word, dan blyk dit dat die prentjie ongeveer dieselfde is as die een wat hierbo geskilder is. Die leer van die *pactum successorium* is immers uit die Romeinse reg oorgeneem, die klassifikasie van die middeleeue en daarna word aangetref, en dan kom daar ook nog die belangrike uitsondering op die verbod teen sulke kontrakte by, naamlik die een betreffende die huweliksvoorwaardekontrak wat in die vorige paragraaf genoem is.

Waarskynlik word die volledigste beeld in hierdie verband by Vinnius¹⁷ aangetref. Sy uitgangspunt is natuurlik die Romeinse reg. Hy praat ten eerste van die ooreenkomste aangaande die erfenis van 'n derde persoon wat nog in lewe is. Die rede vir die verbod op so 'n ooreenkoms, soos hy dit stel, is dat dit in stryd met 'n testamentêre bepaling of 'n regsbeplanning kan wees. (As A en B oor die toekomstige erfenis van C beskik, dan wil hulle miskien met hulle ooreenkoms 'n moontlike testamentêre beskikking van C omseil of 'n bepaling van die abintestate erfreg ongedaan maak.) Bowendien is so 'n afspraak in baie gevalle in stryd met die goeie sedes. Hy wys dan ook onmiddellik daarop dat afsprake van hierdie geaardheid in huweliksvoorwaardekontrakte, anders as wat die posisie in die Romeinse reg was, wel in die moderne reg geoorloof is. Hy noem ook dat die verbod nie gehandhaaf word

¹⁵Daar kan onder andere verwys word na Vismara "I patti successori nella dottrina di Baldo" (*Studi in onore di Biondo Biondo* III 1965) 39 e.v.; Vismara "I patti successori nella dottrina di Bartolo" (*Studi in onore di Betti* IV 1962) 465 e.v.

¹⁶Daar kan in hierdie verband volstaan word met 'n verwysing na die meesterlike reeks artikels van C P Joubert, "Pactum successorium" 1961 *THRHR* 18 e.v 108 e.v 177 e.v 250 e.v en 1962 *THRHR* 46 e.v 93 e.v.

¹⁷*Tractatus de Pactis* Cap xix.

nie, indien die derde (die persoon oor wie se nalatenskap die ooreenkoms ge-
maak is) daartoe instem. Hy gee ook indelings van sodanige ooreenkomste.

Wat Voet¹⁸ betref; hy gee die Romeinse reg weer, baseer die verbod op die vereistes van die goeie sedes en wil, in beginsel, die verbod handhaaf selfs as die toekomstige erflater daartoe instem. Hy erken egter die uitsondering van die huweliksvoorwaardekontrak en ander.¹⁹ Dus is die ooreenkoms betreffende die erfopvolging in die erfenis van een of altwee van die partye inter se, of betreffende die erfenis van 'n bepaalde lewende derde persoon, in die reël verbode.²⁰ Dit is onnodig om al die besonderhede wat Voet op die aangehaalde plekke noem in besonderhede weer te gee.

Daar kan ook na De Groot²¹ verwys word. Hy praat slegs in die algemeen van die pactum successorium betreffende die "erfenisse eens levenden mensches" met verwysing na die uitsondering van die huweliksvoorwaardekontrak. Van der Keessel in sy kommentaar op De Groot²² is net so kripties en wy uit oor die uitsondering van die huweliksvoorwaardekontrak. Verder is egter insiggewend met betrekking tot De Groot en Van der Keessel se standpunte soos aangehaal, ten eerste, Van der Keessel se eie kommentaar op die *Institute* van Justinianus²³ waar hy verwys na pacta successoria wat afgekeur is, omdat hulle in stryd met die goeie sedes is, aangesien hulle beskou kan word om die verlange na die dood van 'n ander in te hou.²⁴ Daar word duidelik gedink aan die ooreenkoms betreffende 'n derde se erfenis. Hy bespreek verder watter uitsonderinge daar is. Weer kom die uitsondering van die pacta antenuptialia na vore en ook bespreek hy die uitsondering van die geval wat nie handel oor die erfenis van 'n bepaalde lewende persoon nie (hy dink aan die geval van die vennootskap, wat reeds vroeër gemeld is) en waar die derde tot die kontrak instem. Ten tweede is ook Schorer se uitvoerige noot op 'n ander teks van De Groot insiggewend.²⁵ Dáár word die moontlikheid bespreek van die koop van die erfenis van 'n derde. Schorer verduidelik dan ook dat die pactum successorium in Holland nie geoorloof is nie, naamlik die ooreenkoms betreffende die erfenis van 'n derde wat nog in lewe is.²⁶ Hy voeg egter by dat daar op hierdie manier wel afstand van 'n derde se erfenis gedoen kan word en hy noem ook die geval van die huweliksvoorwaardekontrak. Dit is onnodig om hier verder oor sy woorde uit te wy.

Om nou tot 'n slotsom oor die Romeins-Hollandse reg te kom soos by die skrywers aangetref, blyk dit dadelik dat hulle die verbod op die pactum successorium ken en verstaan ooreenkomstig die Romeinse reg op hierdie gebied. Hulle is miskien somtyds kripties, want die uitgangspunt is dat die

¹⁸*Commentarius ad Pandectas* 2 14 16-17; ook *ad Pandectas* 28 3 10 mag na verwys word.

¹⁹Cf Voet *ad Pandectas* 5 2 35-37.

²⁰"... reprobatae manent apud nos convenieter juri Romano superius proposito conceptae de tertii certi vel ipsorum paciscentium haereditate conventiones..."

²¹*Inleidinge* 3 1 41.

²²*Praelectiones ad h* 1.

²³*Dictata ad Justiniani Institutionum libros quattuor ad Inst* II 10 no 3.

²⁴"... quia videbantur continere votum mortis alienae..."

²⁵*Inleidinge* 3 14 11 n 22.

²⁶"... pactum de futura alicujus viventis hereditate acquirenda nullius esse momenti..."

leser die Romeinse reg ken. Hulle lê groot nadruk op die uitsonderinge op die verbod en in besonder dié een wat deur middel van 'n huweliksvoorwaardekontrak ontstaan. Dit is opvallend dat hulle uitgangspunt die ooreenkoms betreffende 'n derde se erfenis is. Die rede is seker dat hulle dit as vanselfsprekend beskou, dat as A en B ooreenkom om die ander as erfgenaam in te stel of andersins na sy dood te bevoordeel, so 'n ooreenkoms dan nie 'n teenstrydige testamentêre beskikking of selfs een van die testamentêre erfreg ongedaan kan maak nie. Die hele grondslag vir die verbod is en bly dat dit in stryd met die goeie sedes is. Dit is in hoof trekke soos die reg ook in ander stelsels van dié tyd aangetref word. As 'n laaste opmerking mag daarop gewys word dat die neiging skynbaar was om die verbod steeds meer te beperk en na uitsonderinge te soek. Vermoedelik was die gevoel dat die *pactum successorium* nie, in beginsel, altyd in stryd met die goeie sedes is nie.

Interessantheidshalwe, en ook om te illustreer dat die uitgangspunt van die Romeins-Hollandse reg volkome op die goeie sedes, wat die *pactum successorium* betref, gebaseer was, kan verwys word na twee beslissings van die *Hooge Raad* in die jaar 1758. Hulle is deur Pauw gerapporteer²⁷ en dit word net volledigheidshalwe genoem dat die *Hooge Raad* destyds die hoogste hof in die land was en dus vergelyk kan word met die hedendaagse appèl-afdeling van die hooggeregshof. 'n Man en sy vrou het met hulle testament hulle kinders as erfgename vir die legitieme porsie ingestel en verder mekaar as erfgename benoem vir die hele vermoë van elkeen. Die vrou het eerste gesterf en het 'n seun nagelaat. Die pa en die seun sluit vervolgens 'n kontrak en daarin word bepaal dat die vader nie rekening sal moet lewer en verantwoording van die goedere van die moeder sal moet doen nie en ook dat die vader nie die legitieme porsie sal moet oorhandig nie; verder dat die vader wat betref die vermoë wat hy op die oomblik sal besit, niks van beide boedels (syne of dié van sy vrou afkomstig) sal vervreem of op enige manier sal belas nie; dat die dokumente wat dien om die eiendomsreg te bewys deur 'n bepaalde derde persoon in bewaring geneem sal word om dit na die dood van die eerssterwende aan die langslewende te gee, sodat hy dan met die boedel kan handel asof dit sy eie goedere is; ten slotte doen die seun afstand van die legitieme porsie. Die vraag was of dit 'n geldige kontrak is. Twee of drie raadshere het getwyfel, want die laaste bepaling is 'n soort uiterste wilsbeskikking of in ieder geval een waarin die vrye bevoegdheid om 'n testament te maak ingekort word en (so redeneer hulle) altwee is in stryd met die reg. Hulle verwys na Voet *Commentarius ad Pandectas* 2 14 n 16 (waarna reeds voorheen verwys is). Die meerderheid beskou dit dat hierdie 'n gewone skikkingskontrak is en een wat nòg met die goeie sedes, nòg met die reg in stryd is. So word dan uiteindelik deur die *Hooge Raad* beslis. Die *ratio decidendi* is dus dat die kontrak nie in stryd is met die goeie sedes of die reg nie. Hier gaan dit oor 'n beskikking waarkragtens die partye mekaar oor en weer laat erf.

Die tweede geval kom tussen dieselfde pa en seun voor, want hulle het 'n tweede, afsonderlike kontrak gesluit. Hulle het ooreengekom dat, as die seun na die vader sou sterf sonder om kinders na te laat, al sy goedere na die bloedverwante van vaders- en moederskant sal gaan; as die vader egter die

²⁷*Observationes Tumultuariae Novae* (Tom II 1976) nrs 663 en 664.

seun oorleef, sou hy geregtig wees om oor sy goedere testamentêr te beskik net soos hy wil. Weer die vraag: wat is die effek van die kontrak? Die *Hooge Raad* het eenparig besluit dat dit ongeldig is, want die ooreenkoms is klaarblyklik een van daardie soort wat 'n uiterste wilsbesikking is. Daar word dus gepoog om die voorskrifte betreffende die maak van 'n testament te ontduik. Daar mag verwys word na die *Schauer*-saak waarna in noot 29 verwys word. Natuurlik word daar gedink aan die eerste deel van die ooreenkoms, waarkragtens die goedere van die seun op die bloedverwante sal oorgaan.²⁸

Wanneer na die regsposisie in Suid-Afrika gekyk word, en die regsontwikkeling aldaar onder oë geneem word, kan gemeld word dat daar 'n behoorlike getal sake is²⁹ waarin die pactum successorium gemeld is. 'n Aantal het betrekking op die huweliksvoorwaardekontrak waarin so 'n ooreenkoms voorkom. Daar is ook gevalle waar A en B 'n kontrak aangaan en waarin altwee partye verpligtinge oor en weer onderneem, terwyl daar bepaal word dat die een "na sy dood" sal presteer.³⁰ Dit wil egter voorkom asof daar nog nie voorheen 'n ander saak voorgekom het wat van dieselfde geaardheid is as die onderhawige *Borman*-saak nie.

Wat die pactum successorium betref, is die mees bevredigende bespreking van die figuur in die algemeen (dit word met die nodige verskuldigde eerbied gesê) miskien dié van regter Schreiner in *Van Jaarsveld v Van Jaarsveld Estate* 1939 TPD 343. Die saak het gehandel oor 'n ooreenkoms tussen man en vrou aangaande die vererwing van een van hulle se boedel. Daar word verwys na die saak van *Nieuwenhuis v Schoeman's Estate* (maar dit is nie gevolg nie) en na C 2 3 30 asook na Voet *Commentarius ad Pandectas* 2 14 n 16. Daar word gewys op die feit dat Voet dit stel dat *hodie* die verbod op die pactum successorium verslap word.³¹

²⁸Cf ook die verwysings by Van Apeldoorn se aantekeninge (1926) op De Groot se *Inleiding* 2 21 3 en 2 29.

²⁹Die advokate in die saak het na hulle verwys. Cf in besonder bl 491. Ook moet weer na die artikels van Joubert (in noot 16 genoem) verwys word.

³⁰Dit word natuurlik nie so simplisties in die praktyk teengekom nie. Cf *Nieuwenhuis v Schoeman's Estate* 1927 EDL 266. In hierdie saak word gevind dat die belofte waarkragtens iemand belooft om iets in sy testament na te laat, nietig is. Hier word met instemming verwys na *Salzar v Salzar* 1919 EDL 221, *Jones v Goldschmidt* (1881) 1 SC 109 en *Eksteen v Eksteen* 1920 OPD 199. In die saak van *Keeve and Another v Keeve NO* 1952 1 SA 619 (O) was daar iets soortgelyks, maar toe is bevind dat daar nie 'n pactum successorium was nie. Miskien moet nog verwys word na die saak van *Schauer NO v Schauer* 1967 3 617 (W). In hierdie geval het A en B ooreengekom dat A (wat 'n melk-bedryf beoefen het) aan B sy "milk rounds" afstaan. Daar word sekere opsies aan B gegee om die besigheid oor te neem. Verder word ook ooreengekom dat, indien A sterf voordat die opsies uitgeoefen is, B die besigheid dan sonder meer kry. Daar word egter uitdruklik in die ooreenkoms gesê dat B "shall inherit". Daar word bevind dat daar 'n skenking was wat die "milk rounds" betref, maar die klousule wat die "erf" van die bedryf betref, 'n informele erflating probeer bewerkstellig en as sodanig ongeldig is.

³¹Daar mag genoem word (en dit word gemeld in *Costain and Partners v Godden NO and Another* 1960 4 SA 456 (SR)) dat Wessels *Law of Contract in South Africa* (2nd ed) 403 en die onderwerp behandel en dit so stel dat daar geen behoefte aan die verbod in die moderne tyd is nie. Die uitgangspunt is natuurlik dat na die bona fides van die partye en die goeie sedes gekyk moet word. In 'n mate stem dit ooreen met die strekking van die Romeins-Hollandse reg soos by Voet *ad Pandectas* 2 14 n 16 gemeld.

Wanneer weer op die *Borman*-saak teruggekom word, moet in ag geneem word dat 'n saak somtyds beslis word op grond van sekere billikheids-oorwegings wat nie onmiddellik na vore kom nie. Dit kan dan beteken dat dit kan voorkom asof die beslissing nie die gebruikelike tendens van die reg volg nie. Dit wil voorkom asof die tendens van die Romeinse reg (waar die grondslag vir die verbod die goeie sedes was) en van die Romeins-Hollandse reg (waar die neiging dat die verbod verslap word, waarneembaar is) in hierdie saak prysgegee is. Bowendien wil dit voorkom asof die eintlike verbode pactum successorium die ooreenkoms is (soos reeds gestel) dat die vermoë van die een of altwee die partye oor en weer sal vererf (of nie sal vererf nie), of die ooreenkoms betreffende die erfenis van 'n spesifieke derde wat nog in lewe is. Die vraag kan gestel word of die ooreenkoms in hierdie geval inderdaad in stryd met die goeie sedes is, maar dit kan moeilik deur iemand wat nie deel aan die geding had nie, beantwoord word. Die moeilikheid van 'n saak soos die *Borman*-saak is dat dit as 'n presedent kan dien. Dit sou verkeerd wees om weer op die meriete van die presedenteleer in te gaan.

P VAN WARMELO
Universiteit van Suid-Afrika

**EICHELGRUEN v TWO NINE EIGHT SOUTH RIDGE ROAD
(PTY) LTD 1976 2 SA 678 (D)**

*Uitwissing van 'n servituutpad deur confusio – skepping daarvan opnuut nominatim
expresse*

Die *casus positio* in hierdie geding is soos volg deur rp James gestel:

"The Plaintiff is the registered owner of subdivision G of lot 12 of the farm Cato Manor in Durban in extent 36,61 perches, and the defendant is the owner of the remainder of lot 12 in extent 1 acre, 3 roods, 4,962 perches.

"According to the registered title deeds of the properties the benefit of a servitude of road 33 feet wide over subdivision G is registered in favour of the remainder.

"When the plaintiff first initiated action she claimed that this servitude had been extinguished by prescription but she subsequently added an alternative to her claim to the effect that when Mrs Helen Fannin became the registered owner of subdivision G on 27 April 1938 she was already the owner of the remainder of lot 12 and that, as a consequence, the servitude thereupon lapsed by the merger of the two properties under her ownership. At the trial the plaintiff relied solely on the latter contention and asked for no more than a ruling that the servitude has lapsed by merger on 27 April 1938.

"The defendant admitted that Mrs Fannin became the registered owner of both properties on 27 April 1938 and that the servitude then lapsed as a result of their merger but it avers that the servitude over subdivision G had been expressly or, alternatively, tacitly revived or had been revived as a matter of law when Mrs Fannin transferred subdivision G to a Mr Leonard Jackson in 1956.

"The history of the properties is as follows. Mrs Fannin became the registered owner of the remainder of lot 12 under deed of transfer 1459 of 1931 and the owner of subdivision G by deed of transfer 1894 of 1938. Both deeds made direct reference to the servitude of road 33 feet wide over subdivision G in favour of the remainder and recorded that the servitude was as shown on the diagram of the said subdivision G, and that it had been created in deed of transfer 1459 of 1931.

Mrs Fannin sold subdivision G to a Mr Leonard Jackson in 1956 and the property was transferred to him by deed of transfer 6258 of 1956, dated 18 July 1956.

The power of attorney to transfer set out that subdivision G was held by Mrs Fannin under deed of transfer 1894 of 1938 and the servitude of road 33 feet wide in favour of the remainder was incorporated in the deed of transfer in the same manner as it had appeared in deed of transfer 1894 of 1938. No copy of the deed of sale between Mrs Fannin and Mr Jackson can now be traced so it cannot be established whether the servitude was actually mentioned in it but Mr Jackson, who was the only witness who gave *viva voce* evidence at the trial, said that Mrs Fannin's husband had drawn his attention to the fact that there was a road servitude over subdivision G in favour of the remainder and that when he bought subdivision G he accepted that it would be transferred subject to the servitude. I have little doubt that both of them considered that the servitude they were discussing was the servitude shown on the diagram of subdivision G. Thereafter Mr Jackson sold subdivision G to a Mrs Lowenberg in 1963 and the servitude of road was duly recorded in the deed of transfer. Mrs Lowenberg, in turn, sold subdivision G to Mrs Eichelgruen, the plaintiff in this action, in 1968 and deed of transfer 11591 of 1968 transferring the property also made reference to the servitude". (Bl's 687F-679F van die verslag.)

Nadat "*subdivision G*" opgemeet, afgebaken en op die voorgestelde kaart voorgestel is met die aanduiding van die roete van die servituutpad daarop, is dié gedeelte oorgedra deur die eienaar van "lot 12" met 'n oordragakte wat 'n *deductio servitutis* bevat het. Dit kon destyds só, by wyse van *leges fundi* wat in die transportakte gestel is, gedoen word en kan trouens nog steeds só gedoen word, nl kragtens artikel 76(1) van die Registrasie van Aktes Wet, 1937 waarvan die relevante gedeelte soos volg lui:

"n Grondserwituut vir 'n bepaalde of onbepaalde tydperk mag by 'n transport van grond gevestig word alleen as die serwituut aan die getransporteerde grond opgelê word ten gunste van ander grond wat op naam van die transportgewer geregistreer is of ten gunste van die getransporteerde grond opgelê word aan ander grond wat op naam van die transportgewer geregistreer is: . . ."

As daar dan so 'n *deductio servitutis* deur *leges fundi* in 'n transportakte gedoen is, is destyds en word vandag nog 'n endossement op die titelsertifikaat van die *praedium dominans* aangebring met die gevolg dat sowel op die titelsertifikaat van die *praedium dominans* as in dié van die *praedium serviens* die *leges fundi* uitdruklik gestel word. Telkens as die betrokke stukke grond daarna oorgedra word, moet in die oordragaktes die *leges fundi*, tans presies juis in die taal waarin dit oorspronklik gestel is, uitvoerig uitgespel word met verwysing na die oorspronklike oordragakte waardeur die *deductio servitutis* gedoen is.

Dit is somtyds heel opvallend en/òf vir die aktesbesorger en/òf vir die aktekantoorpersoneel dat 'n *praedium serviens* en 'n *praedium dominans* in een hand kom en dan gebeur dit in die aktebesorgingspraktyk dat die regsfeit *confusio* in die betrokke akte(s) gestel word; dan is die betrokke serwituut ook formeel "dood en daarmee heen" en is die betrokke aktes "skoon". Somtyds is die *confusio* egter nie só opvallend nie; dan word die *leges fundi*, wat nou nie meer 'n "lewendige" verskynsel beskryf nie, van akte tot akte, as't ware meganies, oorgeskryf (deur die aktestikster?. - Vergelyk die gebeure in *Kruger v Downer* 1976 3 SA 172 (W) 176F-177F). 'n *Error juris* word begaan en bestendig en in die relevante oorkondes is daar dan foutiewe inligting, 'n fout in ons registrasiesistelsel wat, soos allerweë aanvaar word, sg "negatief" van aard is. Die error moet as *pro non scripto* beskou word.

Hierdie tafereel is voorgעהang om te illustreer wat, na vermoed word, gebeur het in die verloop van sake wat tot die onderhawige geding aanleiding

gegee het, d w s soos dit blyk uit die uiteensetting van die *casus positio* deur r p James.

Die advokaat vir die eiseres het volgens die r p se weergawe haar aanspraak dat die servituutpad verval het op die volgende wyse gemotiveer:

“*Mr Gordon, who represented her at the trial, based his whole argument on the proposition that the merger of the properties in Mrs Fannin’s ownership extinguished the road servitude and it could only be reactivated by the creation of a new servitude expressly agreed upon between Mrs Fannin and Mr Jackson when she sold him the property. For this proposition he relied on Hall and Kellaway, Servitudes, 3rd ed p 151, and Salmon v Lamb’s Executor and Naidoo, (1906) 20 EDC 351. He submitted further that since Mr Jackson and Mrs Fannin’s husband both thought that the servitude over subdivision G was still in existence and had not been extinguished they took no steps to create a new servitude and that consequently no servitude in fact existed over the property. He therefore submitted that, notwithstanding the fact that the deed of transfer referred to a servitude, it could not be said to have constituted formal judicial delivery of any servitude because no servitude in fact existed to transfer and the proper steps to create and register a new servitude were not taken.*” (680A–C van die verslag.)

Na my oordeel kon mnr Gordon ten behoeve van eiseres hom op D 8 2 30^{pr} beroep het. Die teks lui: *Si quis aedes, quae suis aedibus serviente cum emissit traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est, et si rursus vender, vult, nominatim imponenda servitus est: alioquin liberae veniunt.* (Monro vertaal soos volg: “If a man purchases and takes delivery of a house which serves his own house, the servitude is merged and taken away, and, should he wish to sell the house again, the servitude must be expressly renewed; otherwise the house will be sold free.”)

Mnr Gordon sou hom ten behoeve van eiseres ook op Voet 8 6 2 kon beroep het, asook op die ander gemeenregtelike outoriteite wat deur professor Scholtens in sy stuk s v “Merger of Servitudes” 1967 *SALJ* 220, aangehaal is. Dié stuk is geskryf na aanleiding van die vonnis wat regter Ogilvie Thompson in *Du Toit v Visser* 1950 2 SA 93 (K) uitgewys het.

Mnr Gordon het nie sodanige beroep gedoen nie, denkbaar, weens die feit dat ’n beroep op dié tekste, en ook op ander gesaghebbende bronne wat vir sy standpunt kan dien, meermale in die wind geslaan is. Na aanleiding hiervan word die volgende dictum uit r Ogilvie Thompson se uitspraak in *Du Toit v Visser* supra 102–3, aangehaal om die stand van sake in ons regspraak in 1950, aan te dui:

“In *Salmon v Lamb’s Executor and Naidoo* (1906) EDC 351 (upon which the respondents, very naturally, greatly rely) the decision – proceeding exclusively upon the common law and, amidst a sharp conflict of authority, preferring the view advanced in Voet 8 6 3 and 19 1 6 (see especially pp 370 to 373 of the very learned judgment by Kotze, JP) – reached the conclusion that a servitude extinguished by merger does not (in absence of a re-imposition of the servitude) revive on a subsequent severance of the *praedium serviens* and *praedium dominans*. It is however important to notice that the servitude in issue was not only originally duly registered, but to-day, after severance of the dominant and servient *praedia*, remains – in the manner detailed earlier in this judgment – duly recorded (and of apparent full force and effect) in the Deeds Registry. That a previously existing servitude is susceptible of being revived upon subsequent severance of the *praedia* is recognised by all authorities. The Roman Law required express revival: *nominatim imponenda* is the phrase used in Digest 8 2 30, while van der Keessel in his *Dictata* (see 1906, EDC p 368 *in fine*) uses the word “*expresse*”. Voet (8 6 3) speaks of a pact (*pacto speciale*) which *Hoskyn* translates as a “special agreement” to revive, but in dealing

with the case of the heir *Voet* also alludes with approval to tacit agreements to that effect. The question is what our law requires in order to bring about an express revival of a previously existing servitude which was duly registered: as I have already pointed out, there was no registration in *Salmon's* case; and that decision can therefore not be accepted as decisive of the enquiry.

I incline to the view that, having regard to modern concepts of registration in the Deeds Registry, it would under our law constitute sufficient revival of a previously existing and duly registered servitude, if upon severance of the *praedia*, the transfer deed conveying the former servient tenement were to incorporate (even if only by reference) the servitude as one of the conditions to which – according to the Deeds Registry – the transferee becomes subject; . . .”

Nou het mnr Gordon in 1976 boonop te kampe gehad met *Myers v Van Heerden* 1966 2 SA 649 (K) waar die applikant hom tevergeefs op Voet 8 6 2 en 8 6 10 beroep het en die betrokke regter, r van Zyl daarbenewens nog vérlangs verwys het na Van der Linden 1 114, Van der Keessel *Praelectiones* par 37 2 en Huber 2 45 3.

Hoe dit ook al sy, rp James het in sy uitspraak by wyse van beslissing na aanleiding van mnr Gordon se betoog vir eiseres in die *Eichelgruen*-saak sy vonnis oorleunend oor die boeg gegooi van die moontlikheid in ons regsbedeling om verbetering van ’n dokument deur ’n bevoegde hof te laat gelas. Hy sê:

“It seems to me that as between Mrs Fannin and Mr Jackson there would have been little or no likelihood that Mr Jackson would have been able to apply successfully for the rectification of the title deed because the true intention of the parties was in fact that there should be a servitude of road over the subdivision G which would be in accordance with the servitude shown on the diagram of subdivision G. As far as the plaintiff is concerned, her position is, of course, very much worse. She bought from Mrs Lowenberg who, in turn, bought from Jackson and both she and Mrs Lowenberg bought the property on the basis that the transfer deeds correctly reflected the position in regard to the servitude. The existence of the servitude must have had the effect of reducing the price which the purchasers were prepared to pay for the subdivision (sic). Furthermore the plaintiff is now seeking relief against the defendant who bought the remainder of lot 12 from Mrs Fannin and there has been no suggestion whatsoever that when it bought it did not bona fide believe that the deed of transfer correctly reflected the position. It seems to me self-evident that the plaintiff cannot in these circumstances ask for a rectification of the defendant’s deed of transfer or of her own.” (680F–681H van die verslag.)

Rp James het dus die teenbetoog van die verweerder aanvaar, ’n teenbetoog wat hy soos volg weergee: “that the answer to this argument is to be found in Mr *Friedman's* submission that the registration of the servitude in the deed of transfer is *prima facie* proof of the existence of the servitude described in the deed and that, until the deed is rectified, it remains the unassailable judicial record of what the seller has sold and delivered to the purchaser”. (680C van die verslag.) Nêrens het rp James dit uitgespel dat die verweer een van erkenning met teenwerping was en dat die bewyslas ten opsigte van wat ook al by wyse van teenwerping geopper is, op die verweerder gerus het nie.

Ek glo dat die “*prima facie* proof of existence of the servitude” en die “unassailable judicial record of what the seller has sold . . .” as motivering min om die lyf het. Hoe kan ’n fout in ’n transportakte *prima facie* iets bewys of ’n geregtelike oorkonde van iets anders as ’n fout wees? Ek glo voorts dat die ratio dat dit slegs op ’n baie beperkte aantal gronde geoorloof is om

'n fout in 'n transportakte te verbeter ewe min om die lyf het . . . en dan bly ek gedagtig ook aan die vonnis gewys in *Barclays Nasionale Bank Bpk v Registrateur van Aktes Transvaal* 1975 4 SA 936 (T).

Rp James het hom oor die verweer van erkenning met teenwerping van 'n "revival of [an] earlier servitude", in die lig van sy weiering om 'n fout in die transportakte te herstel, soos volg uitgelaat:

"It is not, therefore, strictly necessary to consider Mr *Friedman's* alternative submission that there had, in fact, been a revival of earlier servitude when the servient tenement was transferred to Mr Jackson because the servitude was incorporated in the deed of transfer as one of the conditions to which the transfer was made subject. For this proposition he relied on *Du Toit v Visser and Another*, 1950 2 SA 93 (C) at p 102. If it is proper to look at the negotiations surrounding the sale of the servient tenement to Mr Jackson then I think it has been clearly established that Mr Jackson was aware that Mrs Fannin required him to recognise the existence of the servitude which then appeared in the title deeds of subdivision G and on the subdivisional diagram and that he agreed to do so. This, to my mind, is strong evidence that both parties intended that when the property was transferred the deed of transfer was to reflect the servitude and it seems to me that when the servitude was in fact incorporated in the deed of transfer this had the legal effect of reviving it. The subsequent dealing with the two properties and the subsequent correspondence between the owners of the two properties, if this is indeed relevant, strongly support this view." (681A-D van die verslag.)

Die "viva voce evidence" van mnr Jackson se getuienis is dan die sg "strong evidence" van die "revival of [an] earlier servitude". Dié "evidence" word aanvaar ongeag die bepalings van artikel 1 van Wet 12 van 1884, waarvan die relevante gedeelte soos volg lui: geen "contract for the sale, purchase, mortgage, charge or gift of, or on, any immovable property or any interest therein . . . (shall be maintainable) unless and save so far as such contract shall be evidenced by some writing signed by or on behalf of the person sought to be bound thereby, or by or behalf of some person for whose contracts the person sued may then be liable". In dié verband word aan die hand gedoen dat die verwysing na die "servituutpad" wat vervat is in die transportakte wat namens mev Fannin verly is om aan mnr Jackson oordrag te gee, nie aangevoer kan word as "evidence in writing" nie. Dit was tog 'n verwysing na iets wat dood was en nie "revive" kon word nie. 'n Servituutpad moes per slot van rekening opnuut geskep word. Dat dit gebeur het, moes verweerder in geskifte bewys en dan wel in 'n deugdelike oorkonde wat deur of namens mev Fannin geteken is. Dié bewys het ontbreek en verweerder het hom na my oordeel nie van die "bewyslas gekwyf" nie en daar kon selfs geen bevel van absolusie van die instansie wees nie, laat staan nog "judgment for defendant with costs" (681D van die verslag).

As verweerder 'n verweer van erkenning met teenwerping van "estoppel by representation" ingelewer het, het hy na my oordeel, op meriete 'n meer verantwoordelike standpunt ingeneem, 'n standpunt wat egter waarskynlik groter inspanning om dit gehandhaaf te kry, sou geverg het.

Naskrif

Die mate waarin die reël *nemini res sua servit*, denkbaar onder die invloed van ons regspraak, misken word, selfs deur die owerheid, blyk uit die volgende uittreksels uit 'n brief wat die direkteur van plaaslike ontwikkeling, provinsiale administrasie van die Kaap die Goeie Hoop op 3 September 1976 geskryf het:

“Some time ago the Registrar of Deeds instructed this department that all servitudes which have been approved of by the Administrator when approving of a minor subdivision in terms of Section 9 of Ordinance 33/1934 and/or Section 196 of Ordinance 15/1952 and Section 2 of Act 10/1944 should be registered as and when a subdivided portion is registered in the Deeds Registry as a *separate erf*.

In other words, all servitudes should be registered notwithstanding the fact that an erf is not alienated but registered in the same ownership by means of a Certificate of Registered Title.”

Die registrateur van aktes se instruksie gaan oor die eventuele skepping van 'n grondservituut, naamlik na goedkeuring deur die betrokke owerheidsinstansies van 'n onderverdeling van 'n stuk grond en wel as die onderverdeling nie op 'n algemene plan van persele of erwe in 'n dorpsgebied voorgestel is nie. As die onderverdeling, soos goedgekeur, by die roete van 'n pad wat, eventueel, by oordrag van 'n gedeelte van die betrokke stuk grond, 'n servituutpad oor die restant sal wees, aandui, moet volgens die instruksie 'n “servituut” geregistreer word as die eienaar van die stuk grond 'n vervangende titelbewys ten opsigte van 'n gedeelte van sy grond ingevolge artikel 43 van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 laat uitreik. (Die kantnoot by a 43 voormeld: “Sertifikaat van geregistreerde titel van 'n gedeelte van stuk grond”.) So 'n vervangende titelbewys maak van die betrokke gedeelte 'n aparte saak vir registrasiedoeleindes, maar daar vind geen eiendomsoorgang plaas nie en die eienaar bly eienaar sowel van die restant as van die gedeelte, as aparte saak. Die reël *nemini res sua servit* moet dus geld. Die reël word egter deur die registrateur van aktes se instruksie wat hierbo aangehaal is, genegeer. Daar mag aangeneem word dat 'n eienaar 'n vervangende titelbewys ingevolge artikel 43 voormeld laat uitreik juis om die betrokke gedeelte vir “ontwikkelingsdoeleindes” met 'n verband te beswaar en dat as daar nie sorg gedra word vir die “registrasie” van die eventuele servituut nie, die verbandnemer benadeel mag word. 'n Mens mag seker sê: *caveat pigeraticius creditor*. As so 'n standpunt as ligsinnig beskou mag word, word daarop gewys dat die registrasiepraktyk reeds voor die registrateur se instruksie omgesien het na die belange van diegene vir wie die eventuele registrasie van die grondservituut wesenlik mag wees, insluitende die belange van 'n verbandnemer. Voordat die instruksie voormeld gegee is, was dit die praktyk om by wyse van 'n caveat op die betrokke titel-sertifikaat 'n aantekening aan te bring dat geen oordrag van of die betrokke gedeelte of die betrokke restant mag plaasvind tensy die betrokke grond-servituut gelyktydig geregistreer word nie. Dié praktyk was 'n deugdelike reëling. Dit was dus na my oordeel onnodig vir die betrokke owerheidsinstansies om by wyse van administratiewe optrede opdrag te gee dat die regsreël *nemini res sua servit* genegeer word.

A B DE VILLIERS
Universiteit van Stellenbosch

S v MOKOENA EN 'N ANDER 1976 4 SA 162 (O)

Onbewustheid van die oorskryding van die perke van noodweer – wederregtelikeid-bewussyn as vereiste by opsets misdade

X was besig om Y weg te sleep met die oogmerk om haar te verkrag. A en B, 'n vader en sy seun, het Y (die dogter van eersgenoemde en suster

van laasgenoemde) te hulp gesnel. A het X met 'n yster en mes te lyf gegaan en verwond terwyl B, X met 'n klip raakgegooi en gewond het.

Daar word bevestig dat 'n mens in noodweer ook ter beskerming van 'n ander se belange kan optree en dat hierdie belange ook kan wees die vroulike eer en kuisheid. 'n Landdros se skuldigbevinding van beide A en B aan aanranding met die opset om ernstig te beseer, word by appèl ter syde gestel.

Sonder om uitdruklik te bevind dat hul optrede deur noodweer geregverdig is – wat 'n onskuldigbevinding in elk geval voldoende sou verklaar – bevind die hof dat selfs al sou hulle die perke van noodweer oorskry het, hulle nogtans onskuldig bevind moet gewees het omdat hulle dan die perke van noodweer nie bewustelik oorskry het nie. Die tersydestelling van hul skuldigbevinding sou dus agv 'n gebrek aan wederregtelikheidsbewussyn geregverdig kon word, aanranding synde 'n opsetsmisdaad. Regter Steyn verklaar:

“Indien 'n beskuldigde nie daarvan bewus is dat hy die perke van geregverdigde noodweer oorskry nie, is hy ook nie bewus daarvan en bedoel hy dus nie om onwettiglik op te tree nie en het hy nie die vereistes *mens rea* vir 'n aanranding nie.” (163E-F).

Daar word gesteun op *S v Ntuli* 1975 1 SA 429 (A) waarin bevind is dat opset inhou “an intention to do an *unlawful act*” (436F) en dat 'n beskuldigde aan 'n opsetsmisdaad soos aanranding skuldig kan wees slegs indien hy bewus daarvan is dat hy die perke van noodweer oorskry (437A).

Met hierdie toepassing in *Mokoena* van die beginsel dat wederregtelikheidsbewussyn 'n element van opset is – soos uiteengesit in *Ntuli* – bevestig die hof die logiese en dogmaties suiwer standpunt dat die verwyrt dat hy opsetlik opgetree het 'n beskuldigde slegs gemaak kan word indien sy opset betrekking het op al die elemente van die misdaadomskrywing, insluitende wederregtelikheid. Daarmee word die bekende vermoede dat elkeen die reg ken – *ignorantia iuris neminem excusat* – by implikasie verwerp. Die vermoede dat almal die reg ken, synde onweerlegbaar, kan tot gevolg hê dat 'n beskuldigde in 'n gegewe geval inderdaad nie bewus daarvan is dat sy optrede wederregtelik is of moontlik kan wees nie. Daar sou dus 'n botsing kan ontstaan tussen die beginsel dat opset betrekking moet hê ook op wederregtelikheid en die beginsel dat onkunde van die reg in die strafreg geen ver skoning bied nie. In ons regspraak is daar inderdaad geen eenstemmigheid mbt die vraag of wederregtelikheidsbewys sun 'n element van opset is nie. 'n Groot aantal beslissings kan aangehaal word ter staving van die stelling dat wederregtelikheidsbewussyn 'n vereiste vir die bestaan van opset is (sien Burchell & Hunt *South African Criminal Law and Procedure* Vol 1 (1970) 134 vn 162, Botha *Wederregtelikheidsbewussyn in die Strafreg* (ongepubliseerde proefskrif UP 1973), 240–9, en Van Rooyen 1974 *THRHR* 30 vn 111 tot vn 120), terwyl 'n ewe indrukwekkende lys saamgestel kan word van beslissings wat die *ignorantia iuris*-reël ondersteun (sien Burchell & Hunt 133 vn 153 en Van Rooyen 29 vn 95 tot vn 106).

'n Persoon kan in verskillende omstandighede onbewus wees van die wederregtelikheid van sy gedrag.

(a) Hy kan bv totaal onbewus wees van die bestaan van 'n misdaadomskrywing wat sy gedrag as misdadig bestempel. In *R v Kgau* 1958 2

SA 606 (SWA) was die beskuldigde onbewus daarvan dat moord misdadig is, terwyl beskuldigde nr 1 in *S v Tshwape* 1964 4 SA 327 (K) weer onbewus daarvan was dat die slag van 'n bok sonder 'n permit op straf verbied was. (Vgl ook *S v Rabson* 1972 4 SA 574 (T).)

(b) Hy kan bewus wees van die bestaan van 'n misdaadomskrywing, maar weens 'n dwaling mbt een van die elemente van dié misdaadomskrywing wat neerkom op 'n dwaling mbt 'n regsaspek, verkeerdelik meen dat sy gedraging nie in die omstandighede binne die betrokke misdaadomskrywing val nie. 'n Persoon weet bv dat bigamie 'n misdaad is, maar is verkeerdelik onder die indruk dat sy eerste huwelik, indien sy vrou toestem, ontbind is en hy dus geregtig is om 'n tweede huwelik aan te gaan (vgl *R v Gumede* 1952 1 PH H 54 (N)).

(c) Hy kan bewus wees van die bestaan van 'n misdaadomskrywing wat moontlik op sy voorgenome gedrag betrekking mag hê, maar na die inwinning van advies besluit dat sy gedrag tog nie binne die misdaadomskrywing sou val nie. In *S v Mabai* 1966 2 SA 533 (OK) is bv aan die beskuldigde deur verantwoordelike persone te kenne gegee dat 'n sekere strafbepaling, van die bestaan waarvan hy kennis gedra het, nie op sy voorgenome gedrag betrekking sou hê nie (vgl ook *R v Meischke's (Pty) Ltd* 1948 3 SA 704 (A), *R v Sachs* 1953 1 SA 392 (A) en *S v Dorfler* 1971 4 SA 374 (RA)).

(d) Hy kan in die waan verkeer dat sy gedrag in die omstandighede deur een of ander grond geregverdig word. 'n Persoon meen bv dat honde op sy grond "oortree" en skiet hulle dood, terwyl hy onbewus is van die feit dat die honde gebruik is in die loop van 'n wettige jagtog ingevolge die bepalings van Ord 8 van 1953 (O) (*S v Marshall* 1967 1 SA 171 (O)), of 'n beskuldigde glo verkeerdelik dat die „twala"-gebruik abduksie regverdig (*R v Sita* 1954 4 SA 20 (OK)). 'n Ander voorbeeld sou die geval wees waar 'n konstabel meen dat hy die amptelike bevoegdheid het om 'n betrokke persoon te arrester, maar hy in werklikheid in besit van 'n ongeldige lasbrief is. (Hierdie regsdwaling word uitdruklik ingevolge a 32 van die Strafproseswet 56 van 1955 verskoon.)

(e) Hy kan onder die verkeerde indruk verkeer dat sy gedrag binne die perke van 'n betrokke regverdigingsgrond val. 'n Persoon dood bv 'n rondloperhond wat vleis op sy werf gesteel het terwyl die hond probeer ontvlug, omdat hy in die waan verkeer dat hy die reg daartoe het (*R v Meyer* 1924 SWA 93. Vgl ook *R v Pope* 1953 3 SA 890 (K)). Die onderhawige beslissing van *Mokoena* skyn ook op dié basis beslis te gewees het.

Wat al hierdie gevalle met mekaar gemeen het, is dat die beskuldigde telkens geglo het dat sy gedrag in die omstandighede *regmatig* was. Of hy nou heeltemal onbewus was van die betrokke misdaadomskrywing, of verkeerdelik gemeen het dat sy gedrag nie binne die misdaadomskrywing val nie, of dat dit deur 'n regverdigingsgrond geregverdig word en of hy onbewustelik die perke van 'n regverdigingsgrond oorskry het, hy was steeds onder die indruk dat hy regmatig optree; wederregtelikebewussyn het dus by hom ontbreek.

Onkunde van die reg in die sin van onkunde van die bestaan van 'n betrokke misdaadomskrywing (geval (a) hierbo) word nie deur ons regspraak as verskoning aanvaar nie. ('n Enkele uitsondering was *S v Zakwe*

1967 1 SA 298 (N). Onskuldigbevinding van beskuldigde nr 1). Hierdie beslissing is egter gekritiseer (sien 1967 *SALJ* 266-7) en is in stryd met talle ander waarin beroep op onkunde van die reg verwerp is (vgl ook *S v Mdladla* 1972 3 SA 53 (N) 55A-D)). In dié opsig geld die ignorantia iuris-reël volgens ons regspraak ten volle. 'n Beskuldigde kan hom dus nooit suksesvol daarop beroep dat hy bv hoegenaamd nie daarvan bewus was dat dit misdadig is om 'n ander mens te dood nie.

Gevalle (b) tot (e) hierbo is almal voorbeelde van *regsdwalings* in dié opsig dat die beskuldigde nie onkundig was mbt die bestaan van die misdaadomskrywing nie, maar verkeerdelik gemeen het dat die betrokke misdaadomskrywing nie op sy gedraging van toepassing was nie. Of sodanige dwaling 'n beskuldigde verskoon word, maw of aanvaar word dat 'n regsdwaling wederregtelikheidsbewussyn negatiewe, is 'n aspek ten opsigte waarvan daar – soos hierbo aangetoon – in ons regspraak geen eenstemmigheid heers nie.

Wanneer sodanige *regsdwalings* wel aanvaar is as synde opsetuitsluitend, is dit gewoonlik gedoen onder die dekmantel van die sg “claim of right” verweer, dws waar nie beskuldigde bewus was van die bestaan van die misdaadomskrywing, maar verkeerdelik gemeen het dat dit nie op sy gedraging van toepassing was nie, omdat hy meen dat hy in die omstandighede regmatig optree. Ons howe het egter nie deurgaans aanvaar dat “claim of right” 'n uitsondering op die ignorantia iuris-reël daarstel nie, dat dit maw opset uitsluit nie. Dit wil voorkom asof die howe in die verlede geweier het om “claim of right” as 'n uitsondering op die ignorantia iuris-reël te aanvaar wanneer hulle besef het dat hierdie “claim of right” in effek neerkom op 'n *regsdwaling* en dat die ignorantia iuris-reël ook ten opsigte hiervan moet geld (sien Burchell & Hunt aw 265 vn 53). Anders – en dit geld vir die meeste gevalle – is “claim of right” wel as 'n uitsondering op die ignorantia iuris-reël beskou. In *S v Rabson* (1972 4 SA 574 (T) 577B) is egter uitdruklik bevind dat “claim of right” in effek tog op 'n *regsdwaling* neerkom, maar dat dit nogtans 'n uitsondering op die ignorantia iuris-reël daarstel, dat dit maw 'n dwaling is wat opset uitsluit.

Logies beskou is dit nie nodig dat “claim of right” noodwendig uit 'n *regsdwaling* hoof voort te spruit nie. Dit lyk egter of Burchell & Hunt meen dat 'n “claim of right” altyd uit 'n *regsdwaling* voortspruit. Hulle verklaar nl dat “the defence of claim of right is nothing but the defence of ignorance or mistake of law in a different guise” (aw 265). “Claim of right” kan egter net soseer uit 'n *feitedwaling* voortspruit. Iemand wat bv verkeerdelik meen dat hy aangeval word (*feitedwaling*) konkludeer daaruit dat hy die reg het om hom teen Y te verweer. 'n Persoon kan dus van mening wees dat hy die reg het om op 'n sekere wyse op te tree omdat hy die feite verkeerd interpreteer. Nietemin sou hy hom klaarblyklik liever op sy *feitedwaling* wou beroep as op “claim of right” omdat daar mbt 'n *feitedwaling* geen onsekerheid bestaan dat opset daardeur uitgesluit kan word nie, terwyl 'n verweer van “claim of right” nie altyd slaag nie.

Alle *dwalings*, hetsy feite- of *regsdwalings*, het tot gevolg dat die beskuldigde van mening was dat hy geregtig was om te handel soos hy gehandel het. Dit is die belangrike kwessie sover dit opset betref. Welke soort *dwaling*

of onkunde tot hierdie resultaat aanleiding gegee het, behoort geen verskil te maak nie aan die feit dat die beskuldigde inderdaad gemeen het dat hy die bevoegdheid gehad het om te handel soos hy gehandel het, en as dit sy opvatting was, ontbreek wederregtelikheidsbewussyn (sien Van Rooyen a.w 35). Aan hierdie feit kan selfs 'n skuldigbevinding weens die toepassing van die ignorantia iuris-reël geen verskil maak nie. Indien die reël toegepas sou word, sou mens slegs kon sê dat dit nie die *bestaan* van 'n regsdwaling (en dus die afwesigheid van wederregtelikheidsbewussyn) affekteer nie, maar wel die *aanvaarbaarheid* daarvan ten einde opset en dus strafbaarheid uit te sluit.

Volgens *S v Rabson* (supra 577A-B) word "claim of right" beperk tot "those cases where an accused was not merely ignorant of the law but knew that his act was generally speaking illegal, but he mistakenly believed that he had the right to act as he did". (Vgl ook Burchell & Hunt a.w 265.) Hoewel "claim of right" gevalle hiervolgens dus beperk word tot dié waar die beskuldigde bewus is daarvan dat sy optrede normaalweg misdadig wou wees, dat hy maw weet van die bestaan van die betrokke misdaadomskrywing en dat hy hom dus net m.b.t. die reg vergis, is dit tog denkbaar dat "claim of right" 'n wyer aanwending kan vind, nl. in gevalle waar die beskuldigde onkundig is oor die bestaan van die betrokke misdaadomskrywing. Iemand wat nie weet dat sy gedrag misdadig is nie, glo immers dan vanselfsprekend dat hy regmatig optree, dat hy 'n reg het om te doen wat hy doen. So beskou is alle gevalle van onkunde van die reg tegeelykertyd gevalle waarin "claim of right" gepleit kan word. Hiervolgens sou dit 'n beskuldigde dus inderdaad loon om sy negatiewe verweer van onkunde van die reg – wat prakties nooit slaag nie – liewer positief as 'n regsdwaling – wat dikwels wel slaag – in te klee. Hy moet maw beweer dat hy gedink het dat hy die reg het om op te tree soos hy wel gedoen het, liewer as dat hy nie geweet het dat wat hy gedoen het misdadig is nie. Beoordeel volgens Burchell & Hunt se standpunt (a.w 132 ev en 260 ev) sou mens egter moet sê dat dit gevalle van "claim of right" is wat uit onkunde m.b.t. die reg voortspruit en dat dit die beskuldigde derhalwe nie verskoon sou word nie. Hoewel "claim of right" wat voortspruit uit 'n regsdwaling volgens ons regspraak dikwels geslaag het as 'n verweer by opsets misdade, lyk dit of "claim of right" wat voortspruit uit onkunde van die reg nie sal slaag nie. Alhoewel daar in beginsel geen verskil bestaan tussen die twee gevalle nie – die beskuldigde beroep hom in beide gevalle daarop dat hy geglo het dat hy die reg het om te handel soos hy gehandel het, dat hy maw regmatig gehandel het – verskoon ons howe "claim of right" slegs waar die beskuldigde bewus was van die bestaan van die betrokke misdaadomskrywing, maar verkeerdelik gekonkludeer het dat sy gedraging nie binne die misdaadomskrywing geval het nie. Dit is maar weer 'n toepassing van die ignorantia iuris stelreël in die sin dat algehele *onkunde* van die reg (in die sin van die bestaan van misdaadomskrywings) nooit 'n verskoning is nie, maar dat 'n *dwaling* m.b.t. die reg – solank die beskuldigde bewus is van die bestaan van die betrokke misdaadomskrywing – wel 'n verskoning mag wees.

Daar bestaan wel in beginsel 'n verskil tussen onkunde én dwaling omdat onkunde eenvoudig 'n gebrek aan kennis veronderstel, terwyl dwaling wel kennis veronderstel, maar dan foutiewe kennis (vgl Burchell & Hunt

aw 251). In dié opsig sou mens wel kon onderskei tussen onkunde van die reg en 'n regsdwaling. 'n Mens sou dus kon sê dat gebrek aan wederregtelikheidsbewussyn weens onkunde van die reg nie verskoon word nie, terwyl 'n regsdwaling (gewoonlik wanneer dit in die vorm van "claim of right" ingeklee is) wel verskoon kan word. Indien mens egter met kennis "ware kennis" veronderstel, sou mens soos Glanville Williams (*Criminal Law*, The General Part (2de uitg 1961) 151-2) kon redeneer dat dwaling 'n spesie van die genus onkunde is:

"Ignorance is lack of true knowledge, either (1) because the mind is a complete blank or (2) because it is filled with untrue (mistaken) knowledge of a particular subject. The first variety, lack of knowledge without mistaken knowledge, may be called simple ignorance. The second variety, lack of true knowledge coupled with mistaken knowledge, is mistake. Ignorance is the genus of which simple ignorance and mistake are the species."

Dat dwaling as 'n spesie van onkunde beskou word, blyk ook daaruit dat soms van onkunde gepraat word terwyl dit in werklikheid 'n geval van regsdwaling was (*S v Colgate-Palmolive Ltd* 1971 (2) SA 149 (T) 155A-C).

'n Onderskeiding tussen onkunde van die reg en regsdwaling sou hiervolgens weinig sinvol wees omdat dit in albei gevalle gaan om onkunde van die korrekte regsposisie. Sowel in die geval van regsdwalings as van onkunde van die reg, is die beskuldigde *onkundig* oor die korrekte regsposisie en dit is waarop die ignorantia iuris-reël volgens baie van ons beslissings en volgens Burchell & Hunt (aw 138-40) betrekking skyn te hê. Die onderliggende ratio sou dan wees dat almal veronderstel word om die korrekte regsposisie wat op hul geval betrekking het, te ken. Dit voer die saak aansienlik verder as die siening dat almal veronderstel word om kennis te dra van die bestaan van misdaadomskriftings. Trouens dit veronderstel dat almal super regsgeleerdes moet wees, iets wat nie alleen onmoontlik is nie, maar wat, indien dit ook op ander gebiede van die reg moet geld, die regsberoep feitlik oorbodig sal maak. Soos Lord Mansfield opgemerk het "it would be very hard upon the profession, if the law was so certain, that everybody knew it". (*Jones v Randall* (1774) Cowp 40 (98 ER 956.)) Trouens, selfs howe se siening van 'n gegewe regsposisie is nie altyd korrek nie en word dikwels by appèl tersyde gestel. Hoe kan daar dan van die beskuldigde verwag word om altyd die korrekte regsposisie wat op hom van toepassing is, te ken?

Ook is daar geen beginselverskil tussen 'n feite- en 'n regsdwaling nie. Of 'n persoon nou verkeerdelik meen dat sy lisensie nog geldig is en of hy verkeerdelik meen dat 'n dokument wat hy in sy besit het 'n lisensie is, behoort geen verskil te maak aan die feit dat hy in beide gevalle glo dat hy regmatig handel en nie die bepaling wat opsetlike handeldryf sonder 'n lisensie strafbaar stel, oortree nie; tog word algemeen aanvaar dat sy feitedwaling in laasgenoemde geval hom verskoon word, terwyl daar 'n sterk standpunt is dat sy regsdwaling in eersgenoemde geval hom nie verskoon word nie.

By 'n beoordeling van die botsende standpunte nl dat enersyds wederregtelikheidsbewussyn as 'n element van opset beskou word, maar dat die ignorantia iuris-reël andersyds gehandhaaf word, moet daar steeds in gedagte gehou word dat 'n oplossing slegs dan bevredigend kan wees indien dit verantwoord kan word met verwysing na die doel en regverdiging van straf. Daar moet nooit uit die oog verloor word nie dat ons met straf te doen het

en dat dit in die laaste instansie moet gaan om die doel van en regverdiging vir straf.

So beskou, sou mens jousef moet afvra of dit geregverdig is en of dit enige doel sou dien om iemand te straf vir 'n opsetsmisdaad ten spyte daarvan dat hy nie bewus daarvan was dat sy gedrag misdadig was of moontlik kon gewees het nie.

Aangesien gedrag in hierdie omstandighede nie as moreel afkeurenswaardig beskou kan word nie, sou die oplegging van straf nie deur die vergeldingsteorie geregverdig kan word nie. Straf sou in so 'n geval onverdiend en dus ongeregtig wees.

Gesien vanuit die oogpunt van die voorkomingsteorieë, lyk dit of die saak vir die behoud van die *ignorantia iuris*-reël vierkantig sou moet berus op individuele en algemene afskrikking; dat die reël maw slegs geregverdig sou kon word indien daar aangetoon sou kon word dat bestrawwing van 'n persoon vir 'n opsetsmisdaad waar wederregtelikheidsbewussyn by hom ontbreek, die effek sal hê dat:

(a) hy self deur sy straf daarvan weerhou sal word om weer so 'n misdaad te pleeg; en

(b) ook ander persone weens die straf wat hom opgelê word, afgeskrik sal word om so 'n misdaad te pleeg.

Dit mag sekerlik so wees dat iemand dmv die oplegging van straf op hom self of op 'n ander persoon (mits die bestrawwing tot sy kennis kom) as't ware ingelig mag word oor die bestaan van die misdaadoms-krywing en dat hy dus in die toekoms nie onkundig sal wees oor die bestaan van die betrokke strafregtelike verbod of gebod nie, en dat hy die misdaad gevolglik vermoedelik nie in die toekoms sal pleeg nie. Mens kan egter wel vra of die oplegging van straf die mees doeltreffende wyse is om onkunde te bekamp en bowendien of dit hoegenaamd geregverdig is om onkunde by opsets-misdade te bestraf. Daar bestaan sekerlik meer verbeeldingryke, goedkoper en minder belastende metodes as gebruik van die strafsanksie om die bestaan van misdaadoms-krywings onder die aandag van mense te bring.

Soos hierbo aangetoon is, gaan dit egter in die praktyk meesal nie oor onkunde van die bestaan van 'n betrokke misdaadoms-krywing nie, maar wel oor 'n dwaling mbt die toepaslikheid van die misdaadoms-krywing op 'n bepaalde beskuldigde. Dit is dus nie soseer naakte onkundigheid wat aanleiding gee tot 'n gebrek aan wederregtelikheidsbewussyn nie, maar eerder 'n verkeerde voorstelling dat die beskuldigde se gedraging nie deur die betrokke misdaadoms-krywing—van die bestaan waarvan hy wel bewus is—geraak word nie. Dit is moeilik om in te sien hoe die oplegging van straf betekenisvol daartoe kan bydra om sodanige dwalings in die toekoms uit te skakel, veral as besef word dat die toepassing van die reg van geval tot geval verskil en dat sodanige toepassings-situasies wat in die toekoms mag opduik, legio is. Bestrawwing sal dus kwalik misdaadvoorkomend kan werk. Bestrawwing van beskuldigdes vir opsetsmisdade waar wederregtelikheidsbewussyn ontbreek, kan dus nie aan die hand van die strafteorieë geregverdig word nie.

Daar word respekvol ter oorweging gegee dat die beslissings in die *Ntuli*-en *Mokoena*-saak korrek is en dat 'n beskuldigde wat daarvan onbewus

is dat hy die perke van 'n regverdigingsgrond oorskry (geval (e) hierbo) nie aan 'n opsetsmisdaad skuldig kan wees nie, aangesien wederregtelikheidsbewussyn ontbreek. Die beginsel dat wederregtelikheidsbewussyn 'n element van opset is, behoort egter konsekwent aanvaar te word, wat dus sou meebring dat dit ook op gevalle (a)-(d) hierbo toegepas behoort te word.

ANDRÉ RABIE
Universiteit van Stellenbosch

This appeal raises a semantic problem which has troubled many philosophers for centuries, and it can, I think, be expressed in the aphorism that an elephant is "difficult to define but easy to recognise".

I find difficulty in defining the word "flood" as used in this policy; I have no difficulty in looking at the evidence in this case and coming to the conclusion, as I do, that the water in the lavatory was not a flood within the meaning of para 8 of this policy.

*per Lawton LJ in Young v Sun Alliance and London Insurance Ltd
1976 3 All ER 561 563*

The first point to be considered is personal fitness for the study and practice of law. Besides the general requisites which are always necessary for the study of sciences, a man must have a certain peculiar character in order to become a good jurist. As this study is, from its nature, often dry and troublesome, he must be industrious and patient. The correct application of principles to particular cases being the true criterion of a good lawyer, he must therefore be judicious. As the chief object in the administration of legal proceedings must always be to render every man his own, he must be upright and a man of honour. The great variety of cases that present themselves, the daily intercourse with all sorts of people, entail a knowledge of human nature. As it is part of his duty to lay the interests of his clients properly before the judge, a natural fluency of speech is essentially necessary. A lazy and impatient man – one who is wanting in sound judgment, whose nature is dishonest and dishonourable, who does not know how to deal with men, or who cannot express himself fluently – ought by no means to embrace the profession of the law.

Van der Linden Institutes of Holland (Juta) I 2

The principle, being important and suitable, should not be lightly discarded. I do not pause to consider whether it should be regarded as statutory. Because it seems to me that any vital principle woven into the texture of a legal system, and suitable to the times, is practically as secure as a statute against attacks on the ground of desuetude. It must be clear that it has fallen into disuse in the face of circumstances calling for its application.

per Innes C J in O'Callaghan v Chaplin 1927 AD 310 327-8

Boeke

DICTIONARY OF LEGAL WORDS AND PHRASES

saamgestel deur C J CLAASSEN

Vier bande; Butterworth & Kie Durban 1975-77; v & 449, v & 436, v & 305, v & 315 bl; prys R86 plus R1 hanteringskoste

Binne net meer as 'n jaar het die vier bande van oud-regter Claassen se verwerking van die bekende *Bell's South African Legal Dictionary* verskyn. Dis nouliks nodig om op die belangrikheid en bruikbaarheid van die wedergebore en verjongde werk te wys. Die oorspronklike verskyning daarvan in 1910 is deur 'n tweede in 1925 en 'n derde in 1951 gevolg; lg is deur Milne, Cooper en Burne versorg. Hier het ons nou 'n sterk bygewerkte en aangevulde vorm van die derde uitgawe (1951), waaruit die skrywer soms die behandeling van 'n woord of sitaat letterlik oorgeneem het. Waar daar egter tussen 1950 en 1975 betekenisvolle uitsprake of woordoms krywinge in die hofverslae of in regs publikasies verskyn het, verwys hy daarna; hy maak soms ook melding van ouere gewysdes wat nie in die 1951-uitgawe verskyn het nie.

Hoofde waarby daar in band 1 belangrike byvoegings voorkom, is o a die volgende: ATTEMPT (was 8 reëls; nou 3 kolomme); AUDI ALTERAM PARTEM; CESSION; CRIMEN INJURIA; CULPABLE HOMICIDE; DAMAGES (was 8 reëls; nou 3 kolomme); DRIVING . . . LIQUOR ('n veel uitvoeriger en 'n stelselmatige indeling kom by). Vir die ander drie bande geld dieselfde. By geleentheid is daar Afrikaanse woorde of begrippe wat in Afrikaans verklaar word (bv KRAAMKOSTE band 2 bl 321) sowel as Afrikaanse sitate uit gewysdes (bv KWASI-GEREGTE-LIKE proses ib bl 322). Daar is verder heelwat verwysings na artikels in die *THRHR* (by AANWAS band 1 bl 4) of in *Acta Juridica* (by PLUS PETITIO band 3 bl 163).

By 'n regspreuk of spreekwoord word daar dikwels na hr Wessels se bekende werk oor die kontraktereg verwys, maar sonder opgaaf van die spreuke se herkoms; in baie gevalle kan dit nie anders nie omdat daardie spreuke anoniem is, maar waar Wessels wel die inligting verskaf, is dit raadzaam om sowel die vertaling as die bewysplaas op te gee (soos wel by wyse van uitsondering by CIVILITER MODO gebeur).

Dit sou uit die aard van die saak 'n onbegonne taak wees om te probeer vasstel of elke relevante gewysde of nuwe begripsoms krywing wat sedert 1950 die lig gesien het deur die skrywer opgeneem is; ek volstaan dus om aan die positiewe kant te konstateer dat die nuttigheid van hierdie naslaanwerk vir die regspraktisyn sterk verhoog is.

Hier volg egter 'n paar opmerkinge oor onjuisthede en leemtes, asook 'n aantal setfoute. Verwysings soos volg (elke bladsy het twee kolomme):

1 51 (1) 7 = band 1 bl 51 kolom 1 reël 7

2 384 (1) 14 v o = band 2 bl 384 kolom 1 reël 14 van onder

(a) Onjuisthede wat uit die derde uitgawe (1951) herdruk is

Deel 1

6 (2) 7 “*abolitio* . . . signifies to annul”; dis 'n ontoelaatbare gelykstelling van 'n snw met 'n ww; dit moet “annulment.” wees.

9 (2) ad fin ABROGATE . . . “to repeal, to annul . . .; to become obsolete by disuse”. Die *aktief* kan nie “to become obsolete” beteken nie; voeg “passive” in voor “to become”.

39 (2) ad fin ACTIO UTILIS . . . “derived in this sense from *uti* the adverb, and not *uti* the verb”. Die woorde “derived . . . the verb” is 'n aanhaling uit Austin *Lectures on Jurisprudence* lect 35 vol II 621 (1879) wat hierdie verbasende stelling *ex cathedra* maak. Dis bekend dat die uitgang *-ilis* aan 'n ww-stam geheg, gewoonlik die passiewe betekenis “wat ge- kan word” dra, soos in *probabilis* “wat gebillik kan word”; en soms, maar heel selde, aktief. Dis egter te betwyfel of dit ooit aan 'n bw gevoeg kan word; en die bewys moet in ons geval baie oortuigend wees waar daar reeds so 'n gebruiklike kombinasie met 'n *ww*-stam bestaan soos *utilis* “bruikbaar”; te meer nog waar die betekenis “bruikbaar” glad nie by *actio* onaanvaarbaar is nie; dis nl 'n “nuttige, bruikbare aksie, dws aanwendbaar om jou in 'n analoë geval uit te help”; die aangebode etimologie is nie aanneemlik nie.

259 (2) CIVILITER MODO. “In a reasonable manner . . .”. Dié uitleg is taalkundig heeltemal foutief: *civiliter* is 'n bw; dit kan nie “reasonable” beteken nie maar “reasonably”; die eintlike misverstand word egter deur *modo* veroorsaak; dis nie die abl van *modus* nie, maar die bw *modo* = Eng “only”; hier is dit die verkorte vorm ipv *dummodo* = “mits maar”; “provided only”. In die *Digestateks* waaruit die woorde kom (8 1 9) sê Celsus dat die begunstigde oor enige deel van die grond sal kan gaan ens, *civiliter modo* (sonder ww); dis 'n verkorte voorwaardelike sin wat soos volg voluit geskryf kan word: (*dum*)*modo civiliter (eam servitutum exerceat)* = Eng “provided that he exercises that servitude with due regard to the rights of the other party (*lit* in a citizenlike way)”. Dis dus foutief om, soos in die hier vermelde saak van die *Kakamas-Bestuursraad* van 1960, te praat van “om *civiliter modo* op te tree” (204H; 207 init et B; 232 init et G); of “to exercise the servitude *civiliter modo* (208H; 214G; 217A en E) of “to act *civ modo*” (217F; 219 init); net so onaanneemlik is “om sy serwituut *civ modo* te beoefen” (226F) of “om *civ modo* te handel (229F); en “om *inciviliter modo* te handel” (229E) is gans onmoontlik.

Ons moet met die ww *exercere* slegs *civiliter* gebruik (as die bw wat “op omsigtige wyse” beteken), soos regter Innes ook gedoen het in die saak wat hier deur regter Hoexter op bl 226C aangehaal word. Daarenteen mag ons wel van “die beginsel (of leerstuk) van *civiliter modo*” praat (bv 231 init).

406 (1) ad fin DIES CEDIT; bewysplaas moet wees *Dig* 50 16 213 pr (nie 50 16 1 213 nie).

432 (1) middel: "Grot 111 2 1"; liewer 3 2 1 (soos op bl 431 (2) sv DOMINIUM EMINENS).

(b) Onjuisthede by die nuwe toevoeginge

Band 1

7 (2) ad fin – 8 (1) ABERRATIO ICTUS "Means literally deflection of the blow". Dit is onjuis daar dit impliseer dat die hou (of koeël) eers 'n ander voorwerp of persoon getref het en daarvan afgekaats is voordat dit by die slagoffer uitgekóm het; dieselfde geld wanneer daar van 'n "deflection of a ray (of light)" gepraat word. *Deflecto* beteken "ek buig iets weg, laat dit van rigting verander of wegswenk". Vgl die verklaring van "deflect" in die *OED* "(tr) to bend aside; (intr) to turn to one side or from a straight line". Die Afrikaanse ekwivalent van "deflection" sou "afskramming" wees (wat by De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1975) 142 en *Suid-Afrikaanse Strafreg* 131; en by Hiemstra en Gonin *Regswoordeboek* (1963) foutiewelik vir *aberratio ictus* aangegee word). Maar die snw *aberratio* beteken iets heel anders, nl "'n afdwaling". Ar Holmes verklaar die frase volkome juis op 751(D) in die *Mtshiza*-saak (hier deur die skrywer aangehaal) as "a convenient Latin expression descriptive of the situation where a blow is aimed at A, misses him and lands on B". Dit blyk ook uit 749E dat die messteek in hierdie saak die slagoffer *direk* getref het maar nie na hom gemik was nie. Dit lyk my die Engelse vertaling moet lui: "misdirection of the blow; ill-aimed (miskien: inadwertent?) blow". Afrikaans: "verdwaalde trefhou; afdwaling (afwyking of wegswenking) van die slag".

Die lemma *aberravit* en moet self in sy alfabetiese volgorde voor ABLE-BODIED ADULT gestaan het.

10 (2) ad fin ABSENTO (IN). Die woorde staan slegs in die *kopstuk* van 1945 NPD 276, vorm geen deel van die gewysde nie en is klaarblyklik "potjies-Latyn" wat geen erkenning waardig is nie.

34 (1) middel "an . . . invasion . . . into his rights" moet wees "of".

In die volgende gevalle is die byvoeging van die vertaling en/of die bewysplaas onontbeerlik:

41 (2) ad fin ACTOR REI FORUM SEQUITUR: bewysplaas Cod 3 13 2 (wel in 1951-uitgawe).

70 (2) AGERE IS VIDETUR . . . ACTOR EST: bewysplaas *Dig* 44 1 1.

194 (2) ad fin BONI IUDICIS . . . AMPLIARE: "it is the duty of a good judge to widen the jurisdiction (of his court)".

269 (1) COGITATIONIS POENAM NEMO PATITUR: die vertaling sowel as die bewysplaas *Dig* 48 19 18 moet aangegee word. (Die verwysing in "See TREASON" bied geen oplossing nie.)

286 (1) COMPLETA VIDETUR CONDITIO QUANTOCUMQUE IMPLETA SIT is heeltemal onverstaanbaar met die foutiewe lesing, wat *quandocumque* moet wees. Vert soos by Wessels par 3006; bewysplaas Cod 6 25 8 pr ad fin.

313 (2) ad fin CONSUETUDO . . . VINCIT LEGEM: vertaling.

323 (1) 4 en 12 CONTRACTUS . . . DAT en CONTRACTUS . . . ACCIPIUNT: vertaling.

355 (1) voeg in (was al in 1951-uitgawe) CULPA EST IMMISCERE SE REI AD SE NON PERTINENTI met bewysplaas *Dig* 50 17 50 en vertaling.

368 (1) middel DAMNUM INFECTUM: vert “anticipated, apprehended damage”.

372 (2) 1 DE QUIBUS REBUS . . . EATUR: bewysplaas *Dig* 11 2; *Cod* 3 1 10.

Band 2

42 (1) ad fin EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENDIUM moet wees *concupbentium*; die gebruikelike skryfwyse van die deelwoord (*concupbentium*) is foutief; dit sou van ’n ww *concupbere* (3) afgelei moet wees, wat nie bestaan nie; die ww is *concupbere*.

129 (2) GANIF: bevredig die leser se nuuskierigheid met die betekenis “thief”.

219 (2) IN OMNIBUS . . . SPECTANDA SIT: skryf eerder (met Mommsen) *EST*; bewysplaas *Dig* 50 17 90.

227 (2) IN TESTAMENTIS . . . INTERPRETANTUR (*Dig* 50 17 12): vervang die slotwoord (met Mommsen en Krüger) met *interpretamur* (*interpretantur* kan as deponens in die reël nie in die indikatief ’n passiewe betekenis hê nie).

280 (1) INTUITU MORTIS: voeg as vertaling die gewone “in the contemplation of death” by.

282 (1) laaste reël IPSO IURE: voeg by ver “by (the mere) operation of law”.

302 (2) 6 JUS FETIALE (nie *feciale* nie).

Band 3

36 (1) NON SOLET LEX STULTIS . . . : *lex* het hier in die teks ingedring, is oortollig en moet geskrap word; bewysplaas *Dig* 22 6 9 5 ad fin. Dis ook foutief by Wessels par 1080 (maar reg by par 957); voeg die vertaling by.

195 (1) PRIOR EST AC . . . DICENTIS: voeg die vertaling by.

243 (1) QUANDO ALIQUID CONCEDITUR . . . NEQUIT: voeg die vertaling by.

250 (1) ad fin QUICUMQUE SUB CONDITONE . . . OBLIGATUR: voeg die vertaling by.

250 (2) 1 QUICUNQUE . . . AEQUUS FUERIT. Dis ’n foutiewe aanhaling van twee *verseëls* uit Seneca *Medea* (199–200) wat soos volg lui en so gedruk moet word:

qui aliquid *statuit*, parte inaudita altera,
aequum licet statuerit, haud aequus *fiit*.

Dit behoort alfabeties heelbo by bl 247 kolom 2 te staan. Dis ook by 1955 SA (3) 68 foutief aangehaal; voeg die vertaling by.

286 (2) regswetenskap: voeg by as vertaling "jurisprudence".

Band 4

88 (1) SIBI IMPUTARE DEBET (Dig 11 6 1 1): duister sonder vertaling.

171 (1) TEMPUS NON SIT MODUS FINIENDAE OBLIGATIONIS SED FACIENDAE SOLUTIONIS: soos afgedruk is dit duister; dit staan hier as hoofsin: maar waarom die konjunktief *sit*? Die aanhaling was oorspronklik (soos by Wessels par 4318 aangehaal) 'n bysin deur *quia* ingelei; dis dus raadsaam om dit (as hoofsin) met *est* te druk. Voeg die vertaling by.

245 (2) USUFRUCTUS PLENA (aldus 1932 CPD 44) moet wees *ususfructus plenus*.

265 (1) VINCULA PIGNORIS DURARE ACTIONE PERSONALI REMOTA (*Cod* 8 30(31) 2) moet liever as *durant* gedruk word, daar dit tans 'n akkusatief en infinitief is waarvan die hoofww, nl *intelligere debes* aan die begin weggelaat is. Die vertaling wat aangebied word, "The broken bonds . . .", is foutief en moet lui: "even if the personal action has fallen away (become extinguished) the bonds of (the contract of) pledge remain in force"; cf ACJ Wessels at 1931 AD 506.

273 (2) VOLUNTATE SOLUM . . . NOVANDUM: bewysplaas *Cod* 8 42 8 1.

(c) Setfoute

Dit is weliswaar onmoontlik om die drukkersduiwel heeltemal uit te skakel, maar daar moet groot sorg met die proeflees van Latynse sitate gedra word, veral as slegs 'n frase *wat nie vertaal word nie* as lemma dien.

Die volgende is die hinderlikste setfoute (veral in die Latynse woorde):

Band 1

32 (1) ACTIO DE PLUVIA *ARCENA* ipv *arcenda*; *acito* ipv *actio*.

44 (2) ACTUS CURAE (ipv *curiae*) waar *curae* wel 'n gewone Latynse woord is en dus nie onmiddellik as fout herken sal word nie.

77 (2) *interpreted* (ipv *interpreted*).

125 (2) ARBITRIUM BONI VIRI*s* ipv *viri*.

149 (1) ad fin ATTACHMENT AD FUNDANDUM ipv *fundandam*.

176 (1) ad fin BENEFICIUM AUTHENTICAE QUA MULIER: voeg in *si* voor *qua*.

234 (1) 1 CAUSA CONTINENTIA ipv *causae*; en voeg die verwysing by: "see *continentia* rule".

- 294 (2) laaste reël *CONDUCTIO* ipv *conductio*.
 334 (1) reël 3 vo *CO-REI* ipv *correi*; voeg vertaling by.
 371 (2) 9 *DE HOMINE . . . EXHIBENDI* ipv *exhibendo*.
 432 (1) ad fin *DOMINUS FLUMINIUM* ipv *fluminum*.

Band 2

- 6 (1) *EIUS . . . PATREM NON HABIT* ipv *habet*) *PRIMA . . . MATRE NUMARI* (ipv *numerari*) *DEBET* (*Dig* 50 1 9).
 25 (2) middel *ERROR IN NEGOTIA* ipv *negotio*.
 37 (2) 6 *EX DOLO . . . ORITOR* (ipv *oritur*) *ACTIO*.
 65 (1) sub fin: *FACIE CURIAE*: voeg by *IN . . .*
 77 (1) sub fin: *FAVOREM INNOCENTIAE*: voeg by *IN . . .*
 171 (1) *HEREDITAS ADITIO* moet *hereditatis* wees, en moet alfabeties na *HEREDITAS JACENS* staan.
 204 (1) *IMPOTENTIA COENIDI* ipv *coeundi*.
 213 (2) *IN EMPTIS . . . QUOD ACTIUM* (ipv *actum*) . . . *DICTUM SIT SEQUENDUM EST* (*Dig* 18 1 6 1). Voeg die vertaling by soos in die 1951-uitgawe.
 222 (1) *IN POENIS . . . ACCIDIENDA* (ipv *accipienda*) *EST*.
 360 (1) *LIT UT FINIS SIT* moet *litium* wees.
 373 (1) ad fin *MACHINATO* ipv *machinatio* en die bewysplaas 75 C 165 moet 7 *SC* 165 wees.
 384 (1) *MANDAMENT VAN DEBITIS*: die gewysde is 1910 *TLD* 151 (nie *TH* nie).

Band 3

- 13 (1) 3 *NECESSITAS* (ipv *necessitatis*) *VIA*.
 21 (1) ad fin (a) *NEMO EST HERES VIVENTES* ipv *viventis*.
 (b) *NEMO EX ALTERIUS FACTO PRAECRAVARI* (ipv *praegravari*) *DEBET*.
 23 (1) middel *NEMO RES . . . PRAEMITUR* ipv *praesumitur*.
 34 (1) reëls 6 en 7 *NON ESSE ET NON . . . INJURE* ipv *in jure* as twee woorde.
 36 (2) reëls 7 en 8 *NON VIDETUR . . . QUI JURA* (ipv *jure*) *SUO*; voeg vertaling by.
 48 (2) middel *NULLA . . . CONSISTERE QUARE* ipv *quae*.
 133 (1) reël 3 vo *PECULIAM* (ipv *peculiam*) *PROFECTITIUM*.
 162 (1) middel *PLENE ADMINISTRATIVE* ipv *administravit*.

177 (1) *Calvinus* ipv *Calvinus Lex Juridicon* ipv *Juridicum*.

225 (1) *in jura* ipv *jure*.

247 (2) QUI DICET (ipv *dicit*) DE UNO.

249 (1) middel *vigilatebus* ipv *vigilantibus*.

252 (1) laaste lemma: QUOTIENS PEREUM (ipv twee woorde: *per eum*) CUIS (ipv *cuius*) . . . IMPLERI. Voeg by: *Dig* 50 17 161.

252 (2) reëls 1–3 QUOTIES IN STIPULATIONIBUS . . . RES IN TOTO (ipv *tuto*) SIT. Voeg by *Dig* 45 1 80 en die vertaling; reëls 6–9 QUOTIES IN VERBIS . . . CONTRA VERBA FIENDA (voeg in *sic, pro facienda*) EST. Voeg ook by: cf *Dig* 32 25 1. *Fienda* bestaan nie in klassieke Latyn nie en selfs nie in na-klassieke Latyn nie; dit is na analogie van *fi* gevorm. Dit staan reeds in die 3de uitgawe (1951) en by *Broom Legal Maxims* 12de uitg bl 419.

Band 4

98 (2) 10 SOCIUS CRIMINIS “a *partnership* (or *accomplice in crime*)” moet “partner” wees.

167 (2) sub fin TAXATION OF DOMICILIONES ipv *domiciliaries*.

245 (2) ad fin UT FINIS SIT LITUM ipv *litium*.

257 (1) VERBA ITA SUNT INTELLEGENDA UT RES . . . : voeg hier in: *magis VALEAT QUAM PEREAT*. Voeg by cf *Dig* 34 5 12.

H L GONIN

Universiteit van Suid-Afrika

THE CUSTOMARY LAW OF IMMOVABLE PROPERTY AND OF SUCCESSION

deur A J KERR

Versprei deur die Publications Department, Rhodes University Library; 1976; 289 bls; prys R7,50

Hierdie werk, wat geskryf is deur 'n ou bekende op die gebied van die Bantoereg, prof A J Kerr, word in twee afdelings ingedeel, naamlik een oor onroerende goedere en een oor die erfreg. Die werk is taalkundig goed versorg en die spel- en drukfoute wat bestaan, is van so 'n geringe omvang dat dit nie noemenswaardig is nie.

Die enkele groot beswaar teen dié werk is dat dit nie rekening hou met die omvangryke en gespesialiseerde navorsing wat reeds op die gebied gedoen is nie. Daar is by hoegenaamd geen verwysing na die volgende werke nie: R D Coertze *Die Familie-, Erf- en Opvolgingsreg van die Bafokeng van Rustenburg* (1969); P P Jacobs *Die Judisiele Stelsel en die Familie-, Erf- en Opvolgingsreg van die ImiDushane* (DPhil-proefskrif, Universiteit van Pretoria, 1974); J L W de Clercq *Die Familie-, Erf- en Opvolgingsreg van die Abakwa-*

Mzimela, met verwysing na Prosesregtelike Aspekte (DPhil-proefskrif, Universiteit van Pretoria, 1975); M W Prinsloo *Grondslae van die Administratiewet by die Matlala van Maserumule* (LLD-proefskrif, Universiteit van SA, 1976). In laasgenoemde proefskrif word daar intensief ondersoek ingestel na die regsreëls tav beheer en gebruik van grond. Sover dit verwysing na wetgewing en hofsake betref, is prof Kerr se werk volledig en deeglik. Enigeen wat belangstel in die Bantoereg behoort dié werk aan te skaf. Aangesien dit handel oor twee van die afdelings van die Bantoereg waarmee regspraktisyns die meeste te doen kry, word dit met vrymoedigheid ook by prokureurs en advokate aanbeveel. Dié werk is veel meer as sy prys werd.

J M T LABUSCHAGNE
Universiteit van Pretoria

But whether the authority and position of an individual judge, or the due administration of justice, is concerned, no wrong is committed by any member of the public who exercises the ordinary right of criticizing, in good faith, in private or public, the public act done in the seat of justice. The path of criticism is a public way: the wrong-headed are permitted to err therein: provided that members of the public abstain from imputing improper motives to those taking part in the administration of justice, and are genuinely exercising a right of criticism, and not acting in malice or attempting to impair the administration of justice, they are immune. Justice is not a cloistered virtue: she must be allowed to suffer the scrutiny and respectful, even though outspoken comments of ordinary men.

Per Lord Atkin in Ambard v AG for Trinidad and Tobago 1936 AC 322 335

Ex studio praeceptionum quarundam, et theorematum universalium, quibus ad judicandum ex bono et aequo de singulis negotiis praeparemur et informemur, cognitio Jurisprudendiae tantum speranda est. Nam singularia, quia infinita sunt, sub nullam artem, aut praeceptionem cadunt.

F Duarenus Epistula de ratione docendi discendique Iuris.

Die swygreg van kerkleraars

JD van der Vyver
BCom Hons-BA LLD

Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys

SUMMARY

In *Smit v Van Niekerk* 1976 4 SA 293 (A), the appellate division of the supreme court has decided that the priest-penitent privilege does not form part of South African law. Section 192 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 compels every person "not expressly excluded by this Act from giving evidence" to testify in a criminal case; and by virtue of section 201 the act extends the privilege to remain silent to legal practitioners only. Nor can one construct a privilege from disclosing information entrusted to a clergyman on the ground of public policy or public interest as envisaged in section 202 of the act. When dealing with the equivalent of this section in the old act (section 233 of Act 56 of 1955), Rumpff CJ held that the indications given by the legislature of the contents of "public policy" and "public interest" as portrayed in the South African statutory law was clearly against the supposition that a clergyman ought to be absolved, on grounds of public policy or public interest, from his duty to assist a court in detecting a crime. The judgment of Jeppe J in *Wissekerke v Wissekerke* 1923 1 PH F5 to the effect that a minister of religion was entitled to withhold from the court information that had been conveyed to him in confidence by the defendant in a divorce suit must be taken to have been wrongly decided.

English cases dealing with the privilege under consideration can be divided into three categories: (a) cases in which the existence of such a privilege was denied; (b) cases in which the existence of such a privilege was confirmed; and (c) cases in which the judge supposed that such a privilege could not be relied upon as of right but stated that he would not, in the circumstances of a particular case, have compelled a clergyman to disclose a communication made to him by an accused or defendant. The general opinion seems to be that English law does not provide for a priest-penitent privilege and in 1967 the law reform committee decided against introducing such a privilege into English law, stating that one ought rather to emphasise the wide discretion of a judicial officer to disallow evidence "where disclosure would be a breach of some ethical or social value and non-disclosure would be unlikely to result in serious injustice in the particular case in which it is claimed".

In the United States, 47 of the states have made statutory provision for a priest-penitent privilege, and the proposed rules of evidence in federal procedures also provide for such a privilege. In general the American statutes subject the priest-penitent privilege to stringent rules, such as the following: (a) the communication in question must have been made to a clergyman by means of a religiously inspired confession; (b) the person confided in must be a minister; (c) when hearing the confession the minister must have been acting in his capacity as a clergyman; etc.

The priest-penitent privilege stems historically from the Roman-Catholic dogma which comprises the obligation on the part of the penitent to confess and the strict duty on the part of the priest to remain silent.

Detecting crime and securing punishment for a criminal is a basic function of the state which derives from the very destiny of a state as the citadel of law and justice. In dealing with the present conflict of interests as evidenced by the opposing value structures of the law and religion, the state has no option but to give priority to those interests that are inherently interwoven into its own structural destiny. It is, however, suggested that

the state may, as a generous concession to religion, relieve a clergyman from his legal duty to give evidence in cases where the creed of the particular denomination compels its members to confess their crimes to the clergyman in question.

Die dilemma waarin 'n mens gedompel word wanneer jy met oënskynlik teenstrydige verpligtinge gekonfronteer word, het onlangs weer eens geblyk uit die polemieë rondom die vraag of 'n predikant verplig moet kan word om verklaarings wat in vertroue aan hom gemaak is, in getuie aan 'n gereghof mee te deel. Die openbare debat oor die onderwerp het gespruit uit die eenparige beslissing van die appèlhof in *Smit v Van Niekerk*¹ dat die Suid-Afrikaanse bewysreg nie in strafsake aan 'n predikant die kompetensie verleen om as getuie in die hof te swyg oor mededelings wat hy in die hoedanigheid van kerkleraar aangehoor het nie, en dat die openbare beleid in Suid-Afrika nie so 'n swygreg van 'n kerkleraar verg of in die verlede gevegr het nie.

Op versoek van die redakteur bied skrywer hiermee enkele gedagtes oor die hele aangeleentheid aan.

1 DIE HEERSENDE REGSPOSISIE

1.1 Die Suid-Afrikaanse reg

Die bestaan van 'n swygreg kan in die Suid-Afrikaanse strafprosesreg in beginsel op enigen van twee regsgronde gebaseer word: eerstens op die nadruklike verordening van so 'n reg; en tweedens op die feit dat die bekendmaking van die ter sake inligting nie in die openbare belang sal wees nie.

1.1.1 Ingevolge artikel 192 van die Strafproseswet 51 van 1977 is elke persoon wat nie van die aflegging van getuie deur gemelde wet uitgesluit is nie, bevoeg en verplig om in 'n strafsake te getuig.² Sou 'n bevoegde getuie wat in die hof teenwoordig is, weier om 'n vraag aan hom gestel te beantwoord, stel hy homself ingevolge artikel 189(1) van die Strafproseswet bloot aan 'n vonnis van gevangenisstraf vir 'n tydperk van hoogstens twee jaar, behalwe as hy 'n voldoende verskoning vir sy weiering kan aanbied.

Die vraag of die gemene reg aan 'n kerkleraar 'n swygreg toegesê het, is dus in die onderhawige verband nie ter sake nie. Wat die geldende reg van Suid-Afrika betref, is die vraag bloot of so 'n reg deur die Strafproseswet gesanksioneer word. In die verbygaan kan gemeld word dat *Voet* 22 5 6 wel melding maak van die swygreg van 'n priester, maar dit is te betwyfel of hy beoog het om daarmee die stand van die destyds geldende Romeins-Hollandse reg weer te gee. Hy vergelyk klaarblyklik bloot die swygreg van 'n regsvertegenwoordiger met die kanonieke verbod wat vir priesters geld om konfessies wat voor hulle afgelê is, bekend te maak. Grotius maak op een plek melding van die groot onderskeid wat vroeër tussen geestelikes en burgerlike leke bestaan het maar wat met die kerkhervorming verval het.

¹1976 4 SA 293 (A). Hierdie saak is ingevolge die ou Strafproseswet (56 van 1955) beslis. In wat volg word mutatis mutandis na die nuwe wet (51 van 1977) verwys.

²Dit blyk uit *Smit v Van Niekerk* supra dat hierdie voorskrif onder meer ook vir persone geld wat kragtens a 83 van die Strafproseswet 56 van 1955 (sien tans a 205 Wet 51 van 1977) deur 'n landdros aangesê is om voor hom te verskyn sodat hy deur 'n staatsaanklaer ondervra kan word met die oog op ter sake dienende getuie oor 'n beweerde misdryf.

Hy meld in besonder dat “alle voorregten van Geestelijken zoo in Regtspleginge als in andere zaken ’t bysonder Burgerregt rakende ophouden” en dat dit derhalwe onnodig geword het om die bedoelde differensiasie te bly handhaaf.³ In sy aantekeninge op hierdie teks meld Van der Keessel onder meer die swyggreg van geestelikes as ’n voorbeeld van die verskille in die status van geestelikes en burgerlikes wat Grotius in die oog gehad het.⁴ Saam gelees lyk dit dus asof die swyggreg van kerkleraars by die vroeëre privilegies van geestelikes wat met die Reformasie verval het, ingereken moet word, maar daar moet ook op gewys word dat Van der Keessel, deur die gebruik van die teenwoordige tyd by die vermelding van die swyggreg van geestelikes,⁵ terwyl die ander privilegies wat hy noem in die verlede tyd beskryf word, die indruk skep dat die gemelde swyggreg tog wel in sy tyd nog van krag was. Dit egter net terloops . . .

Die vraag is dus of die Straffproseswet aan kerkleraars ’n swyggreg verleen.

Artikel 201 erken uitdruklik die swyggreg van advokate, prokureurs, wetsagente en ander regspraktisyns wat bevoeg is om in ’n hof, sowel binne die Republiek as elders, te praktiseer en wel ten aansien van ’n feit, aangeleentheid of saak wat so iemand te wete gekom het terwyl hy beroepsdienste gelewer of advies gegee het. Die persoon wie se mededeling aan ’n regspraktisyn aldus geprivilegieerd is, kan egter toestemming verleen dat die regspraktisyn wel die bedoelde mededeling in getuienis openbaar maak; en die privilegie geld in elk geval nie vir feite, aangeleenthede of sake wat die regspraktisyn te wete gekom het voordat hy beroepsdienste gelewer het of uit hoofde van sy beroep geraadpleeg is nie, indien die persoon aan wie die regspraktisyn later dienste gelewer of advies gegee het in ’n strafsak waarin die regspraktisyn gelas word om te getuig, teregstaan. Die soort feite, aangeleenthede en sake wat binne die trefwydte van die onderhawige privilegie val, word in die artikel met ’n kruisverwysing na die stand van die Engelse reg soos dit op 30 Mei 1961 gegeld het, gekwalifiseer.⁶ Dit is duidelik dat hierdie bepaling nie, met die oog op wat die Engelse reg in dié verband op 30 Mei 1961 ook al mag gewees het, die privilegie waarom dit gaan na ander persone as regspraktisyns uitbrei nie, maar dat dit bloot die tipe getuienis wat ’n regspraktisyn nie verplig of toegelaat is om te lewer nie, aan die hand van die Engelse reg van 30 Mei 1961 presiseer.

³*Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit* 1 15 1. Vgl ook *ibid* 1 11 8.

⁴*Praelectionis Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam* 1 15 1.

⁵“In iudicio quoque saeculari testimonium dicere non cogebantur.”

⁶Die relevante gedeelte van die artikel verwys na “’n feit, aangeleentheid of saak met betrekking waartoe so ’n regspraktisyn op die dertigste dag van Mei 1961 uit hoofde van ’n aanstelling of raadpleging nie sonder sodanige toestemming bevoeg sou gewees het om getuienis af te lê nie”. Die woorde “op die dertigste dag van Mei 1961 . . . bevoeg sou gewees het om” het reeds in 1963 in die plek gekom van “bevoeg sou wees om in ’n soortgelyke saak wat voor die Hooggeregshof in Engeland sou dien”. Hierdie wysiging het klaarblyklik nie die materie van die bepaling enigsins verander nie: die wetgewer se bedoeling is steeds om die Suid-Afrikaanse reg aangaande die swyggreg van ’n regsverteenvoorder gelyk te stel met die ooreenstemmende bepaling van die Engelse reg. Al wat wel deur die wysiging verander is, is dat die reëls van die Engelse reg wat in dié verband in Suid-Afrika bly geld het, vasgepen is op 30 Mei 1961.

Kortom, 'n mens kan nie uit artikel 201 van die Strafproseswet deur te gryp na die reg van 30 Mei 1961 'n swygreg vir iemand anders as regspraktisyne, en by name vir kerkleraars, probeer opdiep nie. Dat dit in elk geval op 'n ondeugdelike poging sal uitloop – omdat die Engelse reg nie aan kerkleraars 'n swygreg toesê nie – sal hierna nog aangetoon word. Daar is aan die ander kant veel te sê vir die standpunt dat artikel 232 in die lig van die stelreël: *inclusio unius est exclusio alterius* vertolk moet word en dienooreenkomstig beoog om die swygreg tot die kader van regspraktisyne te beperk.⁷

'n Mens sou egter ook kon argumenteer dat artikel 252 van die Strafproseswet die agterdeur oopgelaat het om 'n swygreg vir kerkleraars uit die Engelse reg te probeer konstrueer. Daardie artikel stel in die breë die Suid-Afrikaanse strafproses- en bewysreg “met betrekking tot die toelaatbaarheid van getuies” gelyk met die ter sake reëls wat op 30 Mei 1961 in die genoemde verband gegeld het, welke reëls dié was wat op daardie datum in strafsake in die hooggeregshof van Engeland gegeld het;⁸ maar dan ook slegs “in elke geval waarvoor nie uitdruklik in hierdie Wet of 'n ander wet voorsiening gemaak word nie”. Die appèlhof het naamlik in *Ex parte Minister of Justice: In re R v Demingo and Others*⁹, waar dit wel nie om 'n swygreg nie maar om die onbevoegdheid van getuies gegaan het,¹⁰ met die oog op die gelykluidende bepaling in artikel 320 van die Wet op de Kriminele Procedure en Bewijslevering 31 van 1917 by die Engelse reg gaan kers opsteek ten einde die bevoegdheid van 'n medepligtige om getuies teen 'n medebeskuiddigde af te lê, nadat die medepligtige reeds skuldig bevind is maar nog nie gevonnissen is nie, uit te pluus. Ingevolge gemelde artikel sou die Engelse reg slegs geld indien daar vir die betrokke geval geen uitdruklike voorsiening bestaan in die hoofstuk van die wet waarin artikel 320 voorkom nie. Hoofregter Centlivres het bevind dat die wet nêrens 'n inventaris verskaf van persone wat wel onbevoegde getuies is nie,¹¹ en daarom het hy op die Engelse reg teruggeval om onbevoegde getuies te identifiseer. Hierdie beslissing kan om daardie rede nie as gesag geld vir die submissie dat artikel 252 die infiltrasie van Engelse reg ten opsigte van persone met 'n swygreg, veroorloof nie: artikel 201 van die Strafproseswet maak wel uitdruklik vir 'n swygreg voorsiening en daarom geld die algemene bepaling van artikel 252 nie in die onderhawige verband nie. Die teenoorstaande argument, dat

⁷Vgl die obiter-opmerking van ar Rumpff in *Smit v Van Niekerk* (supra) 301–2.

⁸'n Soortgelyke wysiging as dié wat hierbo in voetnoot 6 beskryf is, is in 1963 by die oorspronklike artikel aangebring en die effek van die wysiging is *mutatis mutandis* dieselfde as dié van die ooreenstemmende wysiging van a 232 van die ou wet (nou a 201)

⁹1951 1 SA 36 (A).

¹⁰Wanneer dit gaan oor die vraag of 'n persoon hoegenaamd as getuie in die hof kan optree, het 'n mens met “bevoegdheid van getuies” te doen, terwyl die swygreg 'n privilegie is wat aan 'n getuie, wat wel bevoeg is om te getuig, toekom uit hoofde waarvan hy mag weier om bepaalde vrae te beantwoord.

¹¹40. A 263 van die Wet op Kriminele Procedure en Bewijslevering 31 van 1917 het wel die gevalle genoem waarin 'n getroude persoon wel 'n bevoegde getuie teen sy/haar eggenoot(ote) is, waaruit afgelei kan word dat 'n getroude persoon in gevalle wat nie in die artikel genoem word nie, wel 'n onbevoegde getuie is, maar die negatiewe formulering van a 263 van die wet was blykbaar nie as voldoende beskou om die werking van a 320 van die wet uit te sluit nie.

artikel 201 van die wet net vir die swygreg van regspraktisyns geld sonder om 'n numerus clausus van persone met 'n swygreg daar te stel en dat die moontlike swygreg van ander persone ingevolge artikel 252 uit die Engelse reg van 30 Mei 1961 vasgestel moet word, oortuig eenvoudig nie. Hoe dit egter ook al mag wees, bly die vraag of 'n mens 'n swygreg vir kerkleraars op die Engelse reg van 30 Mei 1961 mag fundeer van bloot akademiese belang, omdat – soos hierna aangetoon sal word – die Engelse reg in elk geval nie so 'n swygreg verleen nie.

Samevattend kan dus verklaar word dat die Strafproseswet nie nadruklik of indirek aan 'n kerkleeraar 'n swygreg toesê nie. Enige twyfel wat nog in dié verband mag bestaan het, is met die appèlhof se beslissing in *Smit v Van Niekerk* uit die weg geruim.

1.1.2 Nog is dit egter die einde nie! Die vraag moet ook ondersoek word of 'n kerkleeraar op grond van artikel 202 van die Strafproseswet sou kon weier om in 'n strafsak oor mededeling wat in vertroue aan hom gemaak is, te getuig. Dit gaan hier om getuienis aangaande 'n feit, aangeleentheid of saak, of aangaande 'n mededeling aan of deur die betrokke getuie gemaak, wat op grond van “openbare beleid” of met die oog op die “openbare belang” teen openbaarmaking geprivilegieerd is. Om vas te stel of die bekendmaking van 'n bepaalde feit, aangeleentheid of saak, of van 'n mededeling aan of deur die getuie gemaak, die openbare beleid of openbare belang nadelig sou tref, verwys die wetgewer nogmaals na die stand van die Engelse reg op 30 Mei 1961.¹² Die onsinnigheid wat blyk uit die feit dat die openbare beleid en openbare belang van Suid-Afrika vasgestel moet word met die oog op wat 'n Engelse hooggeregshof in 1961 sou bevind het indien die saak dáár gedien het, moet nie ongemerk verbygaan nie.

In *Smit v Van Niekerk* is kortweg bevind dat 'n kerkleeraar hom nie op die openbare beleid of openbare belang kan beroep ten einde in getuienis die bekendmaking van mededeling wat aan hom gemaak is, te ontwyk nie. Die hof grond sy opinie op die feit dat nòg die Engelse nòg die Suid-Afrikaanse wetgewer aan kerkleraars 'n swygreg verleen: indien die openbare beleid (of die openbare belang) 'n swygreg van kerkleraars (of van geneeshere) vereis het, sou die wetgewer nadruklik vir so 'n reg in die Strafproseswet van 1917 en/of van 1955 voorsiening gemaak het, aldus hr Rumpff.¹³

'n Mens se siening van die eise van die openbare belang of openbare beleid is méér vatbaar vir persoonlike meningsverskille as wat die geval sou wees met die bloot formele vraag of 'n bepaalde wet of regstelsel hierdie of daardie reg verleen of nie. In wese verg begrippe soos “openbare belang” en “openbare beleid” 'n aksiale oordeel oor dit wat die interpreteur as bevorderlik of skadelik vir die welsyn van die betrokke staatlike samelewing beskou. Die subjektiewe geaardheid van sodanige oordele, asmede die vaagheid van die begrippe waarom dit gaan, dra daartoe by dat enige slotsom

¹²n Soortgelyke wysiging as dié wat hierbo in voetnoot 5 beskryf is, is in 1963 by hierdie artikel aangebring en die effek van die wysiging is mutatis mutandis dieselfde as dié van die ooreenstemmende wysiging van a 232 van die wet.

¹³303.

waartoe 'n mens in dié verband mag kom, noodwendig omstrede sal wees. Hoofregter Rumpff het weliswaar in *Smit* se saak aan sy regsinding 'n betreklik "objektiewe" kleur gegee deur die openbare belang of openbare beleid aan die hand van daadwerklik bestaande wetgewing vas te stel. Daarmee kan nie fout gevind word nie, behalwe miskien vir sover hy bogenoemde onsinnigheid van artikel 202 van die wet (233 in die 1955-wet) enigsins omseil het deur nie soseer, of nie net, te let op wat in 1961 in 'n Engelse hooggeregshof aangaande die openbare belang of openbare beleid bevind sou gewees het soos die letter van die wet vereis nie, maar deur in besonder ook 'n afleiding te maak van wat die Suid-Afrikaanse wetgewer in die Strafproseswet as die openbare belang of openbare beleid aangedui het.

Die hof se benadering in *Smit* se saak was natuurlik daarop ingestel om die daadwerklik geldende stand van die Suid-Afrikaanse reg te peil. Wanneer 'n mens, met die oog op moontlike regshervorming, die behore van die bestaande regsposisie beoordeel, moet jy vanselfsprekend die openbare belang vanuit 'n ander gesigspunt benader. Dan is die vraag nie wat die wetgewer daadwerklik met terme soos "openbare belang" of "openbare beleid" bedoel het nie, maar of jy, op grond van jou uitgangspunt en met jou eie subjektiewe insigte, van mening is dat die belange van die regsgemeenskap 'n verandering van die reg vereis. 'n Eie siening, wat dit betref, word hierna onder die kant-skrif *Prinsipiële beskouing* aan die hand gedoen.

1.1.3 'n Enkele opmerking oor die swygreg van kerkleraars in 'n privaatregtelike aksie kom ook hierin te pas.

Die aandag moet naamlik gevestig word op die beslissing van wn r Jeppe in *Wissekerke v Wissekerke*¹⁴ dat 'n predikant hom op 'n ampsprivilegie kan beroep waar hy in 'n egskeidingsgeding deur die eiser gevra is om te getuig oor mededeling wat die verweerder aan hom sou gemaak het. Hierdie saak is klaarblyklik verkeerd beslis. In beginsel behoort daar in die onderhawige verband geen onderskeid in die bewysreg gemaak te word tussen burgerlike en strafgedinge nie.

1.2 Die Engelse reg

Daar word betreklik algemeen aanvaar dat die Engelse reg sedert die Reformasie nie 'n swygreg aan kerkleraars verleen het nie. Wigmore¹⁵ verklaar trouens dat daar selfs ook onsekerheid bestaan oor die vraag of so 'n swygreg vóór die Reformasie in Engeland bestaan het. Hy verwys in dié verband na 'n statuut "of ambiguous purport", te wete die *Articles of Clergy* (1315-16),¹⁶ en na *Garnett's Trial*¹⁷ waarin 'n vraag wat op 'n konfessie betrekking gehad het wel aan 'n priester gestel is maar klaarblyklik nie daarop gerig was om hom te verplig om oor die inhoud van die konfessie uit die huis te praat nie. Dat priesters voor die Reformasie wel 'n swygreg gehad het, kan met groter sekerheid afgelei word uit die feit dat dit destyds in Engeland algemene gebruik was om gevolg te gee aan Roomse gebruike,

¹⁴1923 1 PH F5.

¹⁵*Evidence in Trials at Common Law* (1961) 8 2394 (bl 869).

¹⁶9 Edw 2 c 10, waarin soos volg bepaal word: "Placet Domino Regi ut latrones appellatores, quandocumque voluerint, possint sacerdotibus sua facinora confiteri; sed caveant confessores, ne erronee hujusmodi appellatores informent."

¹⁷2 St Tr 218 (1606) 225.

welke gebruike onteenseglik priesters verplig en veroorloof het om die inhoud van konfessies wat voor hulle afgelê is geheim te hou.¹⁸

Wat die tydperk na die Reformasie betref, word dikwels kortweg verklaar dat die Engelse reg nie 'n swygreg aan kerkleeraars verleen nie.¹⁹ Daar is egter ook handboekskrywers wat aantoon dat die Engelse reg aangaande die swygreg van kerkleeraars nie so duidelik uitgekristalliseer het nie.²⁰ In aansluiting daarby laat Best sy eie voorkeur vir die verlening van so 'n privilegie duidelik blyk.²¹ Miskien vind 'n mens die beste weergawe van die stand van die Engelse reg in die onderhawige verband in die volgende samevatting van Archbold:

“The tendency of judicial *dicta* is that, while in strict law the privilege (priest and penitent) does not exist, the minister should not be required to give evidence as to a confession made to him.”²²

Die toepaslike regspraak kan in drie groepe ingedeel word: eerstens kan daardie gewysdes onderskei word waarin die swygreg van 'n kerkleeraar ontken word; tweedens is daar 'n groep gewysdes wat blykbaar van die bestaan van so 'n privilegie uitgaan; en in 'n derde groep gewysdes bevestig die regsprekende beampte dat kerkleeraars hulle nie op 'n swygreg kan beroep nie maar dat hy self nie 'n leraar in die betrokke omstandighede sou verplig om besonderhede wat by wyse van 'n konfessie aan hom meegedeel is in getuienis openbaar te maak nie. Oor enkele voorbeelde van elkeen van hierdie drie groepe gewysdes vervolgens 'n kort woord.

1.2.1 Die bewering dat 'n kerkleeraar nie kan weier om te getuig oor die inhoud van verkларings wat by wyse van 'n konfessie aan hom gemaak is nie, kom dikwels in Engelse gewysdes voor.

In *The King v Sparkes*²³ is bevind dat 'n konfessie wat deur 'n Rooms-Katolieke voor 'n protestantse predikant afgelê is, toelaatbare getuienis is en dat die predikant verplig kan word om die inhoud van die betrokke verklaring in getuienis bekend te maak. In *R v Gilham*²⁴ is insgelyks beslis dat 'n konfessie nie deur 'n kerkleeraar vir die hof geheim gehou kan word nie, selfs al sou dit een wees wat deur 'n Rooms-Katolieke ingevolge sy biegpilig voor 'n priester afgelê is. In *Normanshaw v Normanshaw*²⁵ is 'n predikant nie toegelaat om mededeling wat die eiser se eggenote aan hom gemaak het, te verswyg in 'n egskeidingsgeding nie.

¹⁸Vgl die Ierse gewysde *Cook v Carroll* (1945) Ir R 515 517 waar r Duffy verklaar: “I have no doubt that the seal of the confessional was respected in the courts of England before the Reformation . . . and its recognition before the Norman Conquest seems to be proved.” Vgl ook Best *The Principles of the Law of Evidence* (11th ed 1911) par 584 (bl 563 ev) wat eweneens geen twyfel in dié verband het nie.

¹⁹Vgl bv Cross *Evidence* (3de uitg 1967) 244–6; Roscoe *Digest of the Law of Evidence on the Trial of Actions at Nisi Prius* (14de uitg 1879) 172; Stephen *A Digest of the Law of Evidence* (11de uitg 1930) a 117 (bl 132).

²⁰Vgl bv Best a w par 561–85 (bl 561–67); Stephen a w noot XLIV (bl 204–6).

²¹tap.

²²*Criminal Pleadings, Evidence and Practice* (39ste uitg 1973) par 1314 (bl 711). Vgl ook Phipson *The Law of Evidence* (11de uitg 1970) par 587 (bl 249); Powell *Principles and Practice of the Law of Evidence* (8ste uitg 1904) 116–17.

²³Aangehaal in *Du Barré v Livette* (1791) Peake 108 109–10.

²⁴(1828) 1 Mood 186 198.

²⁵(1893) 69 LT 468 469.

In die meeste gevalle is die bestaan van 'n swygreg van kerkleraars by wyse van obiter dicta ontken.²⁶ 'n Mens sou in dieselfde asem ook sake kon noem waar nie uitdruklik van die swygreg van 'n kerkleeraar gepraat word nie, maar waarin beklemtoon word dat *slegs* regsverteenvoerders hulle op 'n swygreg kan beroep.²⁷

*R v Hay*²⁸ is 'n interessante gewysde wat in die onderhawige verband na albei kante toe geïnterpreteer kan word. In hierdie saak is 'n kerkleeraar verplig om te antwoord op die vraag van wie hy sekere gesteelde goedere ontvang het. Die vraag waaroor die hof 'n bevinding moes maak, was of hy hom op 'n swygreg kan beroep aangesien hy die inligting waarom dit gaan in die loop van 'n konfessie bekom het. Die hof se houding was dat hy wel die inligting moet verstrek omdat dit bloot gaan om die identiteit van 'n persoon van wie hy 'n saak ontvang het en nie om wat aan hom gesê is nie. 'n Mens sou dus hieruit die afleiding kan maak dat as dit wel gegaan het om wat die boetvaardige aan hom gesê het, die kerkleeraar nie verplig sou gewees het om die betrokke vraag te beantwoord nie. *Hay* se saak word dan ook in daardie sin soms aangehaal as gesag vir die bestaan van 'n swygreg.²⁹

1.2.2 *R v Hay*³⁰ steun in die bogenoemde sin die submissie dat 'n kerkleeraar wel in die Engelse reg 'n swygreg het, maar in daardie sin kan dit hoogstens as obiter-gesag vir die bedoelde gevolgtrekking geld. Dit is eweneens so gesteld met 'n gewysde soos *Attorney-General v Briant*,³¹ waar baron Alderson B (obiter) beweer dat *R v Gilham*,³² waarin die swygreg van kerkleraars ontken word, nie behoorlik beredeneer is nie en 'n statu-têre voorskrif wat kerkleraars verbied om konfessies bekend te maak uit die oog verloor het.

Meer direkte gesag vir die bestaan van 'n swygreg van kerkleraars word gevind in *R v Griffin*,³³ waar dit gegaan het om 'n bekentenis wat gemaak is aan 'n leraar wat die beskuldigde besoek het "as her spiritual adviser to administer to her the consolations of religion". Na analogie van die swygreg en -plig van regsverteenvoerders konstrueer die hof hier 'n aanspraak van die beskuldigde op "proper spiritual assistance" en word die bekentenis as gepriviligeerd beskou. Alderson B voeg egter daaraan toe:

"I do not lay this down as an absolute rule; but I think that such evidence ought not to be given."

²⁶Vgl by *Greenlaw v King* (1838) 1 Beav 137 145; *Russell v Jackson* (1851) 9 Hare 387 392; *Anderson v Bank of British Columbia* (1875) 2 Ch D 644 651; *Wheeler v Le Marchand* (1881) 17 Ch D 675 681; *McTaggart v McTaggart* 1948 2 All ER 754 755-56; *Attorney-General v Mulholland*; *Attorney-General v Foster* (1963) 2 QB 477 489; *Pais v Pais* 1970 3 All ER 491 492-93. Wigmore verwys in die onderhawige verband ook na 'n anonieme saak wat gerapporteer is in 90 Eng Rep 179-80, maar die verwysing daarin na wat met 'n "parson" die geval sou wees, is so onduidelik dat na my mening geen afleiding daaruit gemaak kan word nie.

²⁷By *Wilson v Rastall* (1792) 4 TR 753 759-60.

²⁸(1860) 2 F & F 4 6-7.

²⁹Vgl die redaksionele opmerking wat hierop betrekking het in 175 Eng Rep 933 394-35.

³⁰supra.

³¹(1846) 15 LJ Ex 265 271.

³²supra.

³³(1853) 6 Cox Crim Cas 219.

In die onderhawige verband moet miskien ook gewys word op *R v Radford*,³⁴ waar 'n kerkleer by die beskuldigde daarop aangedring het om 'n konfessie te maak terwyl hy op die godsdienstige gevoelens van die beskuldigde gespeel het en sonder om hom te waarsku dat so 'n konfessie as getuienis teen hom gebruik kan word. Die hof bevind dat toelating van die konfessie "gevaarlik" sou wees omdat dit nie vrywillig afgelê is nie. In die lig van die besondere omstandighede van die saak sou hierdie gewysde sekerlik nie as gesag vir 'n algemene swygreg van kerkleraars aangehaal kon word nie.

1.2.3 Daar moet ten slotte ook gewys word op 'n reeks gewysdes waarin bevestig is dat 'n kerkleer nie 'n swygreg het nie maar waarin die regsprekende beampte sy persoonlike voorkeur te kenne gee om 'n leraar nie te verplig om oor die inhoud van 'n bekentenis wat in die vorm van 'n godsdienstige konfessie voor hom afgelê is, te getuig nie.

Aldus het lord Kenyon in *Du Barré v Livette*³⁵ verklaar dat hy self sou gehuiwer het om die getuienis van die kerkleer waarom dit in *The King v Sparkes*³⁶ gegaan het, toe te laat. In *Broad v Pitt*³⁷ het Best CM insgelyks verklaar:

"I, for one, will never compel a clergyman to disclose communications, made to him by a prisoner; but if he chooses to disclose them, I shall receive them in evidence."

'n Mens sou kon saamvat deur te bevestig dat die Engelsregtelike gesag oorweldigend die bestaan van 'n swygreg van kerkleraars ontken.

1.3 Die Amerikaanse reg

Terwyl die Verenigde Koninkryk 'n toonbeeld bied van 'n regstelsel wat nie aan kerkleraars 'n swygreg toesê nie, kan die Verenigde State van Amerika 'n insig bied in statutêre voorskrifte wat wel so 'n swygreg verorden.

In aansluiting by wat hierbo in verband met die Engelse reg aangestip is, word algemeen in die VSA aanvaar dat die *common law* nie die tipies Roomse privilegie wat uit die kerklike verhouding tussen priester en boetvaardige ontstaan, erken het nie.³⁸ Met New York aan die spits,³⁹ het die

³⁴Aangehaal in *R v Gilham* (supra) 197-98 en 202.

³⁵(1791) Peake 108 110.

³⁶supra.

³⁷(1828) 3 Car & P 518 519.

³⁸Vgl *State v Morebous* 97 NJL 285 (1922); *Johnson v Commonwealth* 310 Ky 557 (1949); *Killingsworth v Killingsworth* 283 Ala 345 (1968). In die federale hooggeregshof is bv in *Trotten v United States* 92 US 105 (1876) 107 obiter te kenne gegee dat kerkleraars wel 'n swygreg het, maar vgl daarenteen *West Virginia State Bd of Education v Barnette* 319 US 624 (1943) 645. Van besondere belang is die New Yorkse saak *People v Phillips* (vgl 1 West LJ 109) waarin die bestaan van so 'n privilegie op die grondwet van New York en die *common law* gebaseer is. Kort daarna, in *Christian Smith's Trial* 1 Am St Tr 799 (1817), het die New Yorkse hof geweier om 'n swygreg aan 'n protestantse predikant toe te staan, aangesien protestantse kerke nie hulle leraars tot swye verplig nie.

³⁹Die New Yorkse wet is nav *Christian Smith's Trial* (supra) in 1828 aangeneem en bepaal soos volg: "No minister of the gospel, or priest of any denomination whatsoever, shall be allowed to disclose any confession made to him in his professional character,

state binne die Amerikaanse federasie egter een na die ander met wetgewing ingegryp om aan kerkleraars 'n swygreg te verleen. Sover vasgestel kon word,⁴⁰ het 47 van die 50 state wat deel vorm van die Amerikaanse federasie reeds sodanige wetgewing aangeneem⁴¹ en is daar ook bewysreëls vir prosesse in die federale houe opgestel wat onder meer vir 'n swygreg van kerkleraars voorsiening maak.⁴²

1.3.1 Wat die betrokke regsreëlings in die state-jurisdiksies betref, kan daar vanselfsprekend 'n groot verskeidenheid ver wag word. In 'n besonder insiggewende artikel in die *Oklahoma Law Review* onderskei Medina⁴³ tussen, aan die een kant, die tradisioneel gebonde statute wat op die voetspoor van die oorspronklike New Yorkse wetgewing 'n restriktiewe inhoud aan die swygreg van kerkleraars verbind⁴⁴ en, aan die ander kant, die meer moderne statute wat in die onderhawige verband 'n betreklik wydlopige privilegie aan hulle toesê.

In die regspraak het *In re Swanson*,⁴⁵ volgens Medina,⁴⁶ die pas vir 'n meer liberale uitleg van die swygreg van kerkleraars aangegee. Daardie saak stem, wat die feite betref, ooreen met die Suid-Afrikaanse gewysde *Wissekerke v Wissekerke* en die Engelse gewysde *Normanshaw v Normanshaw* waarop die aandag hierbo gevestig is: In 'n egskeidingsgeding wou die eiseres haar man se owerspel met verwysing na 'n gesprek wat hy met sy predikant gevoer het, bewys. Die hof het by appèl beslis dat die predikant nie verplig kon word om die getuienis te lewer nie; en dit ten spyte van die feit dat hy nie deur die betrokke kerkorde tot swye verplig word nie. Die woord "konfessie" wat in die toepaslike wet van Minnesota gebruik word, is in die saak gedefinieer as

"penitential acknowledgement to a clergyman of an actual or supposed wrongdoing while seeking religious or spiritual advice, aid, or comfort, and . . . it applies to a voluntary confession as well as to one made under a mandate of the church".⁴⁷

Aan die hand van Medina kan die elemente wat oor die algemeen in die toepaslike regspraak van die Verenigde State aan die statutêre swygreg van kerkleraars toegeskryf word, soos volg uiteengesit word:⁴⁸

(a) Die mededeling moet die vorm aanneem van 'n konfessie wat deur godsdienstige motiewe geïnspireer is. In *Johnson v Commonwealth*⁴⁹ is dien-

in the course of discipline enjoined by the rules of practice of such denomination." Vgl NY Rev Stat art 3 ch 7 tit 3 par 72.

⁴⁰Vgl J Michael Medina "Evidence: 'Is There a Time to Keep Silence?' - The Priest-Penitent Privilege in Oklahoma" in 1974 *Oklahoma Law Review* 258.

⁴¹Alabama, Mississippi en New Hampshire is die uitsonderings.

⁴²Vgl hieroor Thomas G Krattenmaker "Testimonial Privileges in Federal Courts: An Alternative to the Proposed Federal Rules of Evidence" in 1973 *The Georgetown Law Journal* 61.

⁴³Vgl vn 37 supra 258-9.

⁴⁴Die New Yorkse wet wat hierbo in vn 36 aangehaal is, is self daarna vervang (vgl NY Code Cr Pro par 392; NY Civ Prac Law par 4505) en soos dit tans daar staan hoort dit nie meer by die "tradisionele benadering" tuis nie.

⁴⁵183 Minn 602 (1931).

⁴⁶a w 259.

⁴⁷604.

⁴⁸Vgl ook 22 ALR 2d 1152 (1952).

⁴⁹supra.

ooreenkomstig verklaar dat “communications to clergymen, however confidential, when not made in connection with or in discharge of some . . . religious duty or obligation” nie beskerming geniet nie. Aldus word mededelings aan ’n priester tydens ’n “sosiale besoek”, of wat nie uit boetvaardigheid gemaak is nie, nie by die privilegie betrek nie.

(b) Die persoon aan wie die verklaring gemaak is, moet ’n kerkleeraar wees.⁵⁰ Aldus geniet mededelings aan ’n ouderling⁵¹ of ’n non⁵² nie beskerming ingevolge die privilegie nie.

(c) Die kerkleeraar aan wie die verklaring gemaak is moet, toe hy die verklaring aangehoor het, in die hoedanigheid van kerkleeraar opgetree het. Waar hy die verklaring aangehoor het terwyl hy as notaris opgetree het of waar hy toevallig tussen ’n groep mense teenwoordig was, kan hy hom nie op ’n swygreg beroep nie. Daar bestaan twee teenstrydige beslissings oor die vraag of die privilegie geld vir gevalle waar die kerkleeraar as huweliksvoorligter opgetree het.⁵³

(d) Die mededeling moet gemaak gewees het kragtens die voorskrifte van die betrokke kerkgenootskap. In *Sherman v State*⁵⁴ is dienooreenkomstig verklaar:

“The mere fact that the confession is made to a minister of the gospel, or a priest, and made to him as such, and even made to him to obtain his help or assistance, is not sufficient to exclude the confession.”

(e) Die verklaring moet gemaak gewees het deur ’n lidmaat van die kerk waaraan die betrokke leraar behoort.

(f) Die privilegie geld vir mededelings wat aan die kerkleeraar gemaak is en nie vir sy eie waarnemings of opmerkings nie.

In die verbygaan kan daarop gewys word dat die predikant in ’n geval soos *Smit v Van Niekerk*⁵⁵ hom in elk geval nie op ’n swygreg sou kon beroep het as die Suid-Afrikaanse reg in dié verband met die Amerikaanse reg ooreengestem het nie. Dit blyk naamlik uit die feite van die saak dat die predikant nie deur die beskuldigde genader is nie, maar dat die predikant op versoek van die beskuldigde se broer na die beskuldigde gegaan en met haar ’n gesprek aangeknoop het. Verder was die beskuldigde ook nie lid van die betrokke predikant se gemeente nie.

1.3.2 Reël 506 van die bewysregtelike prosedurevoorskrifte wat vir regspleging in die federale howe van die Verenigde State opgestel is, maak voorsiening vir ’n swygreg van kerkleraars in die volgende woorde:

“A person has a privilege to refuse to disclose and to prevent another from disclosing a confidential communication by the person to a clergyman in his professional character as a spiritual adviser.”

⁵⁰Vgl hieroor ook 49 ALR 3d 1205 (1973).

⁵¹*Knigh v Lee* 80 Ind 201 (1881), maar daarenteen *Reutkemeier v Nolte* 179 Iowa 342 (1917).

⁵²*In re Murtha* 115 NJ Super 380 (1971); 49 ALR 3d 1196 (1973).

⁵³*Kruglikov v Kruglikov* 29 Misc 2d 17 (1961) en *Simrin v Simrin* 233 Cal App 2d 90 (1965).

⁵⁴170 Ark 148 (1926) 151.

⁵⁵supra.

'n "Clergyman" word vir die doeleindes van die reël gedefinieer as—

"a minister, priest, rabbi, or other similar functionary of a religious organization, or an individual reasonably believed so to be by the person consulting him".

'n Kommunikasie is, luidens die reël, konfidensieel—

"if made privately and not intended for further disclosure except to other persons present in furtherance of the purpose of the communication".

Ten slotte omskryf die reël ook nog die persone wat hulle op die privilegie kan beroep, te wete hy wat die mededeling gemaak het, sy voog of sy opsiener ("conservator"), of indien eersgenoemde persoon oorlede is, sy persoonlike verteenwoordiger. Die kerkleraar kan hom namens die begunstigde op die privilegie beroep; en sy volmag om dit te doen, word weerlegbaar vermoed.

Reël 511 maak voorsiening vir afstanddoening van 'n privilegie, naamlik indien die begunstigde—

"voluntarily discloses or consents to disclosure of any significant part of the matter or communication".

Dit geld egter nie as die bekendmaking van die betrokke kommunikasie self gepriviligeerd is nie.

2 PRINSIPIËLE BESKOUIING

Die vraag of die Suid-Afrikaanse reg gewysig behoort te word om, op voetspoor van die Amerikaanse stelsel, 'n swygreg vir kerkleraars in te stel, is na aanleiding van *Smit v Van Niekerk*⁵⁶ druk bespreek.

Prinsipiëel gaan dit om die vraag of die vertrouensverhouding wat tussen 'n kerkleraar en 'n lidmaat van sy gemeente mag bestaan hoër aanspraak moet word as die geregtigheidseis dat misdadigers aan die man gebring en die volle waarheid in sowel strafsake as privaatregtelike aksies aan die hof voorgelê moet word.

2.1 Historiese perspektief

Die swygreg van kerkleraars is ongetwyfeld 'n voortvloeiende uit die biegverplichting wat in die Rooms-Katolieke geloofsleer verkondig word. Vir die doeleindes hiervan word dit voldoende geag om – aan die hand van die voortreflike standaardwerk van Ph J Huijser oor *Het Ambtsgeheim van de Zielszorger*⁵⁷ – die volgende kursoriese momente van die toepaslike geskiedenis aan te teken.

Daar kan met redelike sekerheid aanvaar word dat die Rooms-Katolieke bieg, wat deur Huijser⁵⁸ omskryf word as die "*algemeen geldige verplichting tot het afleggen van een geheime zondebelijdenis aan de priester*", in die negende eeu ontstaan het. Die eerste kerklike strafbepalings teen openbaarmaking van die bieggeheim is teen die einde van die negende eeu ingestel;⁵⁹ en op grond

⁵⁶supra.

⁵⁷Kampen 1961, veral hfst III (177 ev).

⁵⁸a w 58.

⁵⁹Huijser a w 181–2. Vroeëre uitlatings soos dié van Augustinus, wat in een van sy preke (nav Mattheus 18:15–18) beweer dat 'n biskop nie 'n moordenaar in die openbaar

van hierdie voorskrifte het die leer aangaande die onskendbaarheid van die biegeheim binne die Rooms-Katolieke dogmatiek ontwikkel.⁶⁰

Huijser⁶¹ vermeld vier bepalings in die *Corpus Iuris Canonici* wat op geheimhouding van kerklike konfessies betrekking het. Die eerste bepaling verplig die priester tot geheimhouding van die sondes wat in die biegevertroulik aan hom openbaar gemaak is. Oortreding van die gebod word met afsetting en die ban bedreig. Die tweede bepaling het betrekking op die vraag of 'n kerklike regter voor wie 'n beskuldigde teregstaan en wat tevore sy misdaad voor die regter bely het terwyl die regter as biegevader opgetree het, die kennis wat hy aldus opgedoen het teen die beskuldigde in ag mag neem. Die antwoord op die vraag is negatief. Die derde bepaling het 'n spesifieke geval in die oog wat hom afgespeel het toe kerklike owerhede van 'n priester die naam van iemand wou weet wat in Rome diefstal gepleeg het en voor die priester 'n konfessie afgelê het. Om die priester te wil dwing om die inligting te verstrek wat in die biege aan hom meegedeel is, word as 'n "verderflike handelwyse" afgewys. In die vierde bepaling word die biegeplig van Rooms-Katolieke lidmate en die geheimhoudingsplig van die biegevader in een asem omskryf. Die biegevader mag wel na aanleiding van 'n konfessie raad en advies inwin, maar mag nie die identiteit van die boetvaardige laat blyk nie. Oortreding van die gebod bring mee dat die priester uit sy amp onthef en tot ewige boetedoening in 'n klooster opgesluit word.

Die *Codex Iuris Canonici*, wat sedert 1918 in die Rooms-Katolieke invloedssfeer van krag is,⁶² bevat eweneens verskeie bepalings wat in die onderhawige verband relevant is: 'n biegevader moet sorg dra dat hy op geen manier, om welke rede ook al, die boetvaardige verrai nie (kanon 889 par 1); 'n tolk en alle ander persone wat op enige wyse kennis van die biege opgedoen het, is ook tot geheimhouding verplig (kanon 889 par 2); dit is vir die biegevader verbode om, indien dit vir die boetvaardige swarigheid sou meebring, gebruik te maak van kennis (scientiae) wat hy uit die biege te wete gekom het, selfs al sou daar nie gevaar bestaan dat die biegeheim daar deur bekend sal word nie (kanon 890 par 1); 'n geestelike is vrygestel van die plig om as getuie die waarheid te antwoord op vrae wat betrekking het op feite wat hy in die loop van sy amptelike bediening te wete gekom het (kanon 1755 par 2); priesters is onbevoeg om as getuies inligting te verstrek oor aanleenthede wat in die sakramentele biege tot hulle kennis gekom het (kanon 1757 par 3); en voorsiening word gemaak vir swaar strawwe in geval van oortreding van die onderskeie gebods- en verbodsbepalings wat op die biege betrekking het (kanon 2369).

tereg moet wys nie sodat hy hom nie verrai nie maar hom met Goddelike teregwyding moet oorreed om vir sy daad boete te doen, is volgens Huijser a w 60 e v nie bedoel om 'n biegeplig van die lidmate en 'n swygeplig van die geestelike te beskryf nie. Dieselfde kan gesê word van 'n uitlating van Leo I († 461), biskop van Rome, waarin hy standpunt inneem teen 'n gebruik van destyds waarvolgens die name en sondes van boetvaardiges in die openbaar afgekondig is en hy 'n stelsel bepleit waarvolgens sondeberou alleen aan biskoppe en priesters in 'n geheime konfessie bely moet word (vgl Huijser a w 63-4).

⁶⁰Vgl daaroor Huijser a w 182-4.

⁶¹a w 184 e v.

⁶²Vgl daaroor Huijser a w 203 e v.

Dat die Rooms-Katolieke kerk die swygplig van priesters in 'n besonder ernstige lig beskou, blyk verder uit die feit dat geen dispensasie van hierdie verpligting veroorloof word nie. Oor die vraag of die boetvaardige self toestemming kan verleen tot openbaarmaking van 'n biegeheim bestaan daar 'n twisgeskryf in Rooms-Katolieke geleedere.⁶³ Dit staan vas dat sodanige toestemming, ingevolge kanon 1757 par 3, nie 'n priester se swygplig vir die doeleindes van kerklike prosesse ophef nie; en vir sover sommige Rooms-Katolieke skrywers meen dat 'n boetvaardige wel in burgerlike prosesse die biegvader van sy swygplig kan onthef, stel hulle die kompetensie onderworpe aan allerlei spitsvondige voorvereistes.

Die Reformasie het hom uiteraard ook teen Roomse leerstellinge rondom die biege verset. Daar het egter reste van die priesterlike swygplig in die leerstellinge van sommige protestantse kerke oorgebly. Aldus het byvoorbeeld die Lutherse kerk inderdaad die biegeplig afgeskaf maar nietemin 'n verpligting aan die kant van sy kerkleraars bly konstrueer om vertroulik-verkreë kennis geheim te hou.⁶⁴

In Engeland is die Reformasie opgevolg deur 'n reeks statute waarin besondere privilegies wat onder Rooms-Katolieke invloed aan die amp van 'n kerkleeraar gekoppel is, stelselmatig afgewater en uiteindelik afgeskaf is.⁶⁵ Soos hierbo aangedui is, het die swygreg van kerkleraars – aangenome dat dit tevore bestaan het – ook in die proses verlore geraak.

Die Rooms-Katolieke kerkleer het nooit op die Suid-Afrikaanse reg wat hier te lande ontwikkel het direk 'n invloed uitgeoefen nie.⁶⁶ In die onderhawige verband gaan dit om 'n bewysregtelike reël; en aangesien die Suid-Afrikaanse bewysreg van Engelsregtelike oorsprong is, is die toedrag van sake soos dit in Engeland ontwikkel het, tans van belang.

Histories beskou, het die kerkregtelike swygreg van geestelikes dus nooit – direk of via die Engelse reg – in die Suid-Afrikaanse reg inslag gevind nie.

2.2 Prinsipiële perspektief

Die vraag is egter of dit vir die toekoms so moet bly.

Suid-Afrikaanse handboekskrywers volstaan feitlik sonder uitsondering met die bloot feitelike mededeling dat 'n kerkleeraar nie in Suid-Afrika 'n swygreg het nie,⁶⁷ sonder om dus die regspolitiese vraag na die behore van die huidige stand van die Suid-Afrikaanse reg aan die orde te stel. In die Suid-Afrikaanse regs literatuur is 'n tydskrifartikel van FG Richings, wat dit

⁶³Vgl daaroor Huijser a w 206–10.

⁶⁴Vgl daaroor Huijser a w 210–21.

⁶⁵Vgl hieroor Edward Jenks *A Short History of English Law* (London 1912) 158.

⁶⁶Die kanonieke reg het wel in 'n mate 'n invloed op die Romeins-Hollandse reg, wat die gemene reg van Suid-Afrika is, uitgeoefen, maar daardie invloed is hoofsaaklik tot die huweliksreg en enkele erfregtelike fragmente beperk. Vgl Van der Vyver & Van Zyl *Inleiding tot die Regswetenskap* (Durban 1972) 245.

⁶⁷Vgl Scoble *The Law of Evidence in South Africa* (3e uitg Durban 1952) 316; May *South African Cases and Statutes on Evidence* (4e uitg Kaapstad/Wynberg/Johannesburg 1962) 259; Hoffmann *The South African Law of Evidence* (2e uitg Durban 1970) 194; Schmidt *Die Bewysreg* (Durban 1972) 413.

betref, 'n uitsondering; maar hy volstaan ook maar net met 'n enkele, heel pragmatiese, argument teen die vergunning van die privilegie waarom dit gaan aan kerkleraars, naamlik dat so 'n vergunning dit moeilik sou maak om 'n logiese grondslag te konstrueer vir die uitsluiting van ander groepe konfidensiële informasie.⁶⁸

In Engeland is Best waarskynlik die bekendste pleitbesorger vir 'n swygreg van kerkleraars. Hy vind "considerable force" in 'n argument wat deur ene Edward Badeley gepubliseer is en wat daarop neerkom dat die Engelse reg, met die vergunning van so 'n swygreg aan geestelikes, vir 'n Rooms-Katolieke onderdaan "the perfect enjoyment of all the ordinances of his creed" behoort te verseker.⁶⁹ Best wil inderdaad nie so 'n swygreg net vir die leraars van 'n bepaalde denominasie voorbehou nie, maar wil met 'n swygreg van kerkleraars in die algemeen die beginsel verseker dat "the party who bona fide seeks spiritual advice should be allowed it *freely*".⁷⁰ Dit lyk egter nie of Best se standpunt in Engeland byval vind nie. In 1967 het die law reform committee die instelling van 'n swygreg onder meer vir kerkleraars oorweeg en daarteen besluit.⁷¹ Die komitee het nietemin beklemtoon dat 'n regsprekende beampte 'n wye diskresie het om getuienis nie toe te laat nie,

"where disclosure would be a breach of some ethical or social value and non-disclosure would be unlikely to result in serious injustice in the particular case in which it is claimed".⁷²

In die Verenigde State word die onderhawige privilegie in die algemeen ook oor die boeg van die vertrouensposisie van 'n kerkleerbaar geregverdig. Aldus het die New Yorkse hof in *People v Shapiro*⁷³ in die onderhawige verband gewys op "a long standing public policy to encourage uninhibited communication between persons standing in a relation of confidence and trust, such as . . . confessor and clergyman . . .". Naas hierdie oogmerk van die privilegie wys Medina⁷⁴ ook nog op die terapeutiese waarde van skuldbelydenisse aan 'n kerkleerbaar en op die verleentheid wat dit vir hom mag meebring as hy verplig word om konfidensiële mededelings in getuienis bekend te maak. Krattenmaker⁷⁵ sien in die noodsaak van getuieprivilegies "a sound regard for the right of privacy and the principle of freedom of speech".

Bloot uit 'n godsdienstige oogpunt beskou, bly kerklike verordeninge oor 'n swygpilig van kerkleraars 'n raaisel. As 'n mens aanvaar dat kerklike skuldbelydenisse deur opregte berou geïnspireer word, behoort die boetvaardige aangemoedig te word om sy oortreding ook aan die burgerlike owerheid te erken en hom aan wêreldlike straf te onderwerp. Is hy nie daartoe bereid nie, moet die opregtheid van sy skuldbelydenis ernstig in twyfel

⁶⁸"Privilege of Religious Advisers" 1974 *SALJ* 167 168.

⁶⁹Vgl Best a w par 594A (bl 566).

⁷⁰Idem par 585 (bl 567).

⁷¹Vgl hieroor Hoffmann a w 194-95.

⁷²Cmnd 3472 par 1.

⁷³308 NY 453 (1955) 458.

⁷⁴a w 263.

⁷⁵a w 101.

getrek word en raak die beskerming wat hy van kerkweë ontvang uiters problematies.

Maar in die reg gaan dit nie daarom nie. Ter wille van geordende regspleging moet die burgerlike owerheid sover moontlik toesien dat die geverifieerde waarheid aan die geregshowe blootgelê word op 'n wyse wat die implementering van reg en geregtigheid sal waarborg. 'n Belangrike beginsel wat hierby te pas kom, lê opgesluit in die reël dat niemand verplig moet word om teen homself te getuig nie en dat 'n bekentenis alleen as getuienis toegelaat moet word as dit volkome vrywillig afgelê is. Hierdie beginsels kom in die gedrang as 'n kerkleeraar getuienis gaan gee oor inligting wat ingevolge 'n bieggelig – en dus teenstrydig met die boetvaardige se eie belang en nie volkome vrywillig nie – deur 'n kerklidmaat aan hom meegedeel is.

Sien 'n mens die hele aangeleentheid vervolgens van die kant van die leraar wat gevra word om getuienis te lewer, duik probleme op in gevalle waar 'n swygplig hom van kerkweë opgelê word. In so 'n geval tree die reg se funksie van belangeharmonisering sterk op die voorgrond; en aangesien dit vir die staatsowerheid altyd in die eerste plek om die volvoering van sy eie bestemming as regshandhawer gaan, moet die kerk, as sy lidmate en ampsdraers hulle op die akker van die staatlike lewe begeef of bevind, na die pype van die staat se voorskrifte dans. Daarom kan die kerk die staat nie verwyrt as hy sy ampsdraers tot bekendmaking van feite verplig as die bekendmaking van die feite vir regshandhawing nodig is nie.

Dat so 'n gestrenge toepassing van die eise van die gemeenskapsbelang vir 'n leraar met 'n kerklike geheimhoudingsplig in die soort dilemma dorpel waarvan in die inleidende paragraaf melding gemaak is, spreek vanself. Die Suid-Afrikaanse regsvormer het al meermale sy bereidwilligheid getoon om in sulke konfliktsituasies 'n toegewing aan die kerk te maak. 'n Spreekende voorbeeld daarvan vind 'n mens in artikel 67(3) van die Verdedigingswet 44 van 1957, waarin 'n kompromie met diegene met gewetensbesware teen oorlogvoering aangegaan word. Ek glo dat daar, bloot vanuit die oogpunt van die gemeenskapsbelang beskou, ten minste ewe veel rede bestaan om in die reg ook die geheimhoudingsplig van kerkleraars te eerbiedig.

Wat die beginsel van die saak betref, behoort daar dus, algemeen gesproke, nie 'n swygreg aan kerkleraars verleen te word nie; maar indien 'n beskuldigde bona fide tot 'n kerkgenootskap behoort wat hom verplig om sy sondes aan 'n leraar van die kerk te bely, behoort kessessies wat hy aldus afgelê het, op grond van basiese beginsels van die bewysreg nie as getuienis teen hom toelaatbaar te wees nie;⁷⁶ en indien 'n kerklike leraar deur die dogma van sy kerk tot swye verplig word, kan die staat, as 'n spesiale blyk van sy verdraagsaamheid ten opsigte van godsdienstige leerstellinge, hom ook vrywaar van die gewone verpligting om getuienis af te lê, selfs al was die betrokke lidmaat nie deur die kerk verplig om sy oortredings aan die leraar te bely nie. □

⁷⁶Hierdie opvatting strook met die benadering van lord Kenyon in *Du Barre v Livette* (1791) Peake 108 110 waar hy die swygplig van regspraktisyns grond op die feit dat 'n kliënt verplig is om hom aan sy regsvertegenwoordiger te ontboesem.

Salus reipublicae suprema lex*

F Venter

BIur et Comm LLB

Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys

SUMMARY

South African legislation and jurisprudence do not provide us with a clear definition of the concept "state security". The maxim *salus reipublicae suprema lex* is often connected with state security. The exact origin of the maxim, whether Roman, English or Roman-Dutch law seems to be impossible to indicate with certainty. It is clear though, that state security was considered to be important in all three systems.

The roots of modern South African security law are to be found in the principles of martial law, inter alia that the state, as the individual, is justified to defend itself or act under circumstances of necessity when its existence is threatened. A distinction may be drawn between statutory wartime emergency (the equivalent of martial law), statutory peacetime emergency (for which the Public Safety Act 1953 provides) and common law constitutional necessity and self-defence, the difference being mainly a matter of degree. South African state security law does not fall in any of these categories, though it is in principle related to all of them. Fundamentally "state security" is the opposite of the destruction or overthrow of the state, from which it follows that maintenance of state security means prevention of the lapse of the existing constitutional disposition.

Various organs of the state are burdened with the maintenance of state security: the State Security Council is the highest policy making body, but the new Parliamentary Internal Security Commission may yet rival it in importance. Furthermore various departments of state are involved: the Bureau for State Security is a separate department of state under the administration of the prime minister, the security branch is part of the South African police force, and the South African defence force has a military intelligence section. An innovation in the security structure is the review committee created by s 10*sex* Act 44 of 1950. Until 1976 the maintenance of state security was mainly an executive function, but the creation of the permanent Parliamentary Internal Security Commission represents a deviation from the concept of separation of powers comparable to that of the High Court of Parliament Act 35 of 1952.

The legal means by which state security may be enforced, include the criminal law, law of procedure and evidence, and a wide-ranging list of executive actions.

The main criticisms levelled at South African security law are the wide discretion in the hands of state organs and offices, and the fact that the concept "state security" remains undefined. It is submitted that the security legislation should be consolidated, providing for the use of normal judicial review proceedings, covered however by the Official Secrets Act 1956 and for a coupling of the concept "state security" with the Republic of South Africa Constitution Act 1961.

Staatsveiligheid is 'n onderwerp wat nie volledig bestudeer kan word binne die raamwerk van 'n enkele regswetenskaplike dissipline nie. Afgesien

*Referaat gelewer voor die fakulteit regte van die Potchefstroomse Universiteit.

van 'n regsiedeële benadering,¹ kan die onderwerp nog benader word vanuit 'n strafregtelike en staatsregtelike oogpunt en in die Suid-Afrikaanse opset kom ten minste ook die administratiefreg, die bewys- en prosesreg en moontlik nog die arbeidsreg ter sprake; en die privaatreë het ook belang daarby.² Wanneer die benadering dus hoofsaaklik staatsregtelik is, soos hier beoog word, kan daar nie 'n volledige beeld van die reg met betrekking tot die staatsveiligheid gegee word nie.

Aangesien die staatsreg veel aangaande die onderwerp bevat, moet die huidige bespreking beperk word tot die volgende onderwerpe:

- 1 Die begrip "staatsveiligheid".
- 2 Owerheidsorgane belas met die handhawing van staatsveiligheid.
- 3 Juridiese middele tot beskikking van die owerheid in die handhawing van staatsveiligheid.

¹waarvan AS Mathews *Law, Order and Liberty in South Africa* (1971) 'n goeie voorbeeld is. Mathews se bespreking en beoordeling van die Suid-Afrikaanse binnelandse veiligheidswetgewing is egter ook swaar gekleur deur politieke en sosiologiese oorewegings (vgl by hoofstuk XVIII).

²Die privaatreë is minder direk betrokke by die handhawing van staatsveiligheid – daar gaan dit meer om die regverdiging van inbreukmaking op, of beperking van individue se subjektiewe regte in belang van die handhawing van staatsveiligheid. Dieselfde sou waarskynlik tot 'n groot mate geld vir die arbeidsreg, maar aangesien dié dissipline nie uitsluitlik binne die raamwerk van die privaatreë funksioneer nie, en die staatsowerheid in Suid-Afrika 'n essensiële element in die funksionering daarvan uitmaak, is die arbeidsreg meer betrokke by staatsveiligheid as die "gewone" privaatreëtelike dissiplines. Vgl by a 2(3) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950.

Die leerstuk *salus populi suprema lex* speel 'n beslissende rol in die Engelse "privaatreë" *Wharton's Law Lexicon* 14e uitg (1838) deur AS Oppé 899 meld ter illustrasie van dié leerstuk en m.v.n *Re Beard* (1908) 1 Ch 383: "Thus a condition in a will divesting property in the event of a beneficiary entering the naval or military service of the country is absolutely void."

Ook in die R-HR tref ons hierdie gedagtegang aan. Grotius *De Jure Belli ac Pacis* 3 20 7 1 verklaar: "Elders het ons gesê dat die goed van die onderdane aan die duidelike heerskappy van die staat onderworpe is, sodanig dat die staat, of hy wat in die plek van die staat fungeer, die goedere kan gebruik, vernietig of vervreem, nie alleen in uiterste nood nie, wat ook aan individue een of ander reg op goed van ander verleen, maar ook weens openbare nut, sodat diegene wat hulle in 'n burgerlike gemeenskap saamgevoeg het, geag moet word die wil te gehad het dat privaatreë goedere aan hulleself (gemeenskaplik) toeval." Vgl Herbert Broom *A Selection of Legal Maxims* (6e uitg deur HF Maristry en C Cagney 1884) 2 vn (a) asook die vertaling van *De Jure Belli ac Pacis* van Jan van Gaveren (1705) 831–2. Vgl ook Voet se *Commentarius ad Pandectas* 2 14 16, wat Gane *The Selective Voet* Vol I (1955) 428 soos volg vertaal: "All honourable and possible matters may be made the subject of an agreement, but not those contrary to public law nor those which might redound to the public injury" (eie kursivering). Dat hierdie uitslating van Voet deel geword het van ons reg, blyk uit die gesag wat Gane tap in voetmoot 1(a) aanhaal.

Hier het 'n mens te doen met 'n interessante raakpunt tussen die privaatreë en publiekreg. In die Suid-Afrikaanse reg kan in hierdie verband van die "openbare belang" ("public policy")-leerstuk gepraat word. Hierdie figuur, wat hoofsaaklik in die kontrakreg, maar ook in ander dissiplines soos die erf-, huweliks- en onregmatige dadereg ter sprake kom, tref natuurlik ook wyer openbare belange as staatsveiligheid, maar lg kom beslis op die toneel, veral in krisistye soos gedurende oorlog. Vgl Sir JW Wessels *The Law of Contract in South Africa* Vol I (2e uitg deur AA Roberts 1951) 148–71, veral par 482, *Wille's Principles of South African Law* (6e uitg deur JTR Gibson 1970) 320 en NJ van der Merwe en PJJ Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (2e uitg 1970) 370. Dat daar 'n duidelike verband tussen die "public policy-leerstuk" en staatsveiligheid bestaan, is myns insiens nie te betwyfel nie.

1 DIE BEGRIP "STAATSVEILIGHEID"

'n Verskeidenheid sinonieme uitdrukkings word in die omgang gebruik vir staatsveiligheid, waaronder "openbare orde" ("public order"), "openbare veiligheid" ("public security") ens. Dikwels word die spreuk *salus reipublicae suprema lex*³ gebruik as 'n kapstok waaraan hierdie begrippe gehang word, byvoorbeeld in *S v Essop and Others*:⁴

"The safety of the State is the supreme law of a state; as is said: *salus rei publicae suprema lex.*"

Ander vermeldings van hierdie spreuk in die regspraak is te vinde in byvoorbeeld *Africa v Boothan*⁵ en *S v Baker*, *S v Doyle*,⁶ waarop hieronder teruggekom word.

Hiemstra en Gonin⁷ gee die betekenis van *salus populi suprema lex* aan as "die veiligheid van die volk is die hoogste reg", *Wharton's Law Lexicon*⁸ as "the safety of the people is the supreme law", en *Latin for Lawyers*⁹ as "the welfare of the people, or of the public, is supreme law", en gaan dan voort:

"This phrase is based on the implied assent of every member of society, that his own individual welfare shall, in cases of necessity, yield to that of the community; and that his property, liberty, and life shall, under certain circumstances, be placed in jeopardy or even sacrificed for the public good."¹⁰

In *S v Baker*, *S v Doyle*¹¹ word verklaar:

"The State has an inherent right and duty to defend itself. It is experienced in the doctrine: *salus reipublicae suprema lex.*"

Hiemstra en Gonin asook *Broom's Legal Maxims*¹² gee die oorsprong van die spreuk aan as die XII Tafels,¹³ en in die Potgieter-kommissieverslag¹⁴

³Met wisselvorme soos *salus populi (est) suprema lex*, bv in VG Hiemstra en HL Gonin *Engels-Afrikaanse Regswoordeboek* (1963) 123 en *Latin for Lawyers* (1915 Sweet & Maxwell) 241.

⁴1973 2 SA 815 (T).

⁵1958 2 SA 459 (A) 462-3. Die gebruik van die spreuk in hierdie gewysde is ietwat kripties.

⁶1965 1 SA 821 (W).

⁷Tap.

⁸aw.

⁹tap.

¹⁰Vgl *Broom's Legal Maxims* 1-2. Dit is interessant dat *Latin for Lawyers* op 195 en 168 onderskeidelik ook die volgende spreuke en verduidelikings as aanverwant aanee: "Necessitas publica major est quam privata - Public necessity is greater than private", en "In casu extremae necessitatis omnia sunt communia - In cases of extreme necessity, everything is in common . . . There are many cases in which individuals sustain an injury for which the law gives no action; as where private houses are pulled down, or bulwarks raised on private property for the preservation and defence of the kingdom against the king's enemies or to arrest the progress of a fire. If a highway be out of repair a passenger may lawfully go over the adjoining land."

¹¹827E-F.

¹²aw 1.

¹³Maar skrywer kon uit die rekonstruksie van die XII Tafels van CG Bruns *Fontes Iuris Romani Antiqui (Editio Tertia)* (MDCCLXVI) 15-35 nie steun vir hierdie stelling vind nie, en nóg *Hiemstra en Gonin* nóg *Broom's* gee enige gesag daarvoor aan.

¹⁴*Verslag van die Kommissie van Ondersoek na Aangeleenthede betreffende die Veiligheid van die Staat* (verkort) RP 102/1971 par 276 (hierna genoem die "Potgieter-kommissieverslag").

word gesê “[d]ie eeue-oue Romeinse stelreël ‘*salus reipublicae suprema lex*’ geld nog vandag in Suid-Afrika”,¹⁵ terwyl r Snyman in die *Baker- en Doyle*-saak¹⁶ beweer: “This is a doctrine which we have taken over from English constitutional law and it is a doctrine recognised by all States”, maar hy haal geen gesag daarvoor aan nie.

Hahlo en Kahn¹⁷ se behandeling van die middeleeuse regsgeïstorie werp interessante lig op die probleem. Volgens hulle het die magposisie van die middeleeuse Vastelandse heerser, veral sedert die reïsepsie van die Romeinse reg, gegroei totdat hy beklee is met *plenitudo potestatis*. Een van die beginsels wat hieruit voortgevloei het, was dat enige aanspraak van die onderdaan, met uitsondering van dié wat uit die natuurreg voortgevloei het, deur die heerser geïgnoreer kon word op grond van staatsnoodtoestand of openbare nut (*salus reipublicae* of *publica utilitas*). Met verwysing na *Gaines Post Studies in Medieval Legal Thought* (1965) sê die skrywers:¹⁸

“To meet an emergency and protect the State the prince may override private interests, levy extraordinary taxes and apply whatever other means he considers necessary.”

Dit was dan skynbaar die posisie op die Vasteland sowel as in Engeland. Teen die einde van die middeleeue het die klem egter vanaf koninklike absolutisme verskuif na volksoewereiniteit. Die reg het ’n instrument geword van en vir die gemeenskap, sodat—

“[t]here was no doubt any more that private rights have to yield to the public interest, for *salus publica suprema lex*”.¹⁹

Uit wat Hahlo en Kahn skryf, wil dit voorkom of die leerstuk ten grondslag lê van die moderne staat. Indien *salus reipublicae suprema lex* dan vir die afgelepe aantal eeue ’n universeel aanvaarde regsbeginsel was, verbaas dit nie dat dit onduidelik is uit watter regstelsel ons dit ontvang het nie. Dat die leerstuk sedert ten minste die sestiende eeu wel in die Engelse reg in gebruik was, kan afgelei word uit twee verwysings in die aangehaalde Engelse woor-

¹⁵Dat in die latere Romeinse staatsreg wel voorsiening gemaak is vir die handhawing van staatsveiligheid, blyk uit verskynsels soos die *senatus consultum ultimum* en *tutela securitatis rei publicae*: Alfred Söllner *Römische Rechtsgeschichte* (1971 Rombach, Freiburg) 38–9 sê hieroor: “In Notzeiten griff man daher zur Diktatur, das heisst man setzte auf Grund eines Senatsbeschlusses auf die Dauer vor sechs Monaten einen *dictator* mit unbeschränkten Vollmachten ein. In der späten Republik beschritt man vorzugsweise einen anderen Weg: Der Senat befreite die Konsuln von ihrer Pflicht, bei Einzelmassnahmen die Stellungnahme des Senats einzuholen (sog. *Senatus consultum ultimum*: *Videant consules ne quid detrimenti res publica capiat* . . .) und räumte ihnen damit diktatorische Vollmachten ein.” Vgl ook i.v.m. die *senatus consultum ultimum* Sir John Edwin Sandys *A Companion to Latin Studies* (3e uitg 1921) par 340 en 345. Ook is daar sprake in die Romeinse reg van die moontlike verlening van diskresionêre magte aan ’n persoon (waarskynlik die keiser) ter beskerming van die veiligheid van die staat, genoem ’n *tutela securitatis rei publicae*, en ’n “vyand van die staat” (*hominem infensum rei publicae*) is deur die senaat ter dood veroordeel. Vgl Richard A Bauman *Impietas in Principem* (1974 CH Beck München) 121–4.

¹⁶Tap.

¹⁷HR Hahlo en Ellison Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 429–38.

¹⁸Hahlo en Kahn a.w. 432 en vn 15.

¹⁹Hahlo en Kahn a.w. 437. In hierdie lig lyk dit aanneembaar om nie ’n verskil te soek in die betekenis van *salus populi suprema lex* en *salus (rei) publicae suprema lex* nie.

deboeke op die ter sake plekke, naamlik “13 Co 139” in *Latin for Lawyers* en “11 Rep 139”²⁰ in *Wharton's*. Ook (lord) Francis Bacon het die spreuk in die eerste gedeelte van sy *The Elements of the Common Law of England*, naamlik “The Maxims of the Law” (1596),²¹ aangewend,²² sonder om egter die bron daarvan aan te dui.

Hoewel die oorspronklike bron van die uitdrukking *salus (rei) publicae (populi) (est) suprema lex*, as synde die Romeinse, Romeins-Hollandse of Engelse reg, dus nie hier bo twyfel gestel kan word nie, lyk dit geregverdig om te beweer dat daar, regshistories gesproke, beide in die Romeins-Hollandse en Engelse reg, ’n hoë premie op die veiligheid van die staat geplaas is. In die Engelse reg is die spreuk gebruik om uitdrukking te gee aan die voorkeur wat staatsveiligheid en gemeenskapsbelang moes geniet bo individuele belang, terwyl hierdie selfde beginsel in die Romeins-Hollandse reg erken is, sonder dat die betrokke spreuk egter daaraan gekoppel is.²³ In die Suid-Afrikaanse reg word die voorkeur wat algemene gemeenskapsbelang moet geniet tans hoofsaaklik in die *public policy*-leerstuk van die privaatreg uitgedruk,²⁴ terwyl die onderhawige spreuk in ons regspraak skynbaar toenemend gereserveer word om uitdrukking te gee aan die noodsaaklikheid van die handhawing van staatsveiligheid.²⁵

Om nou by die juridiese betekenis van die begrip “staatsveiligheid” in die Suid-Afrikaanse reg spesifiek uit te kom, moet die statutêre aanwending en vertolking daarvan deur die howe nagegaan word.

Die naaste wat die wetgewer tot dusver aan ’n omskrywing van “staatsveiligheid” gekom het, is te vinde in artikel 3(2)(b)(ii) van die Wet op

²⁰Skynbaar is hierdie albei verwysings na *Coke's Reports* van 1572–1616: vgl Institute of Advanced Legal Studies *Manual of Legal Citations* Part I The British Isles (1959) 47 en 69.

²¹*Regula XII*. Vgl *The Works of Lord Bacon* Vol I (MDCCLIV) 559–60.

²²“The law hath many grounds and positive learnings, which are not of the maxims and conclusions of reason; but yet are learnings received which the law hath set down and will not have called in question; these may be rather called ‘placita juris’ than ‘regulae juris’; with such maxims the law will dispense, rather than crimes and wrongs should be unpunished, ‘quia salus populi suprema lex’; and ‘salus populi’ is contained in the repressing offences by punishment”. Hierdie uiteensetting van Bacon was ter verduideliking van die spreuk *receditur a placitis juris potius quam injuriae et delicta maneant impunita*, wat hy heel moontlik iewers uit die Romeinse reg kon gehaal het. Hy het egter doelbewus nie sy bronne aangegee nie: vgl die “Preface” tot sy *Regulae* in *The Works of Lord Bacon* 547 asook die “Introductory Essay” *ibid* xxiii. Gemelde spreuk kom egter ook nie voor in Bruns a w se rekonstruksie van die XII Tafels nie.

²³Vgl vn 2 supra.

²⁴In a 9(2) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950 (soos gewysig) word die uitdrukking “openbare beleid” (“public policy”) egter gebruik waar klaarblyklik staatsveiligheid bedoel is. Vgl vn 50 infra. Hierdie ietwat vreemde aanwending van die begrip “openbare beleid” om staatsveiligheid aan te dui, kan waarskynlik toegeskryf word aan die feit dat dit voorkom in die vroegste van die huidig-geldende veiligheids-wetgewing. Vgl infra. Interessant egter, is die feit dat die Wysigingswet op Binnelandse Veiligheid 79 van 1976, wat om verskeie bepalings van die Wet op die Onderdrukking van Kommunisme 1950 (insluitend dié kort titel) wysig, a 9(2) onaangeroerd gelaat het, maar in die vervangde bepalings deurgaans werk met optrede “wat die veiligheid van die Staat of die handhawing van die openbare orde in gevaar stel”. Vgl die vervangde of ingevoegde a 2(2) (cA), a 6(dA), a 9(1), a 10(1) (a) (iv), a 10 (1) (a) *bis*, a 12A (1) en die lang titel.

²⁵Vgl die aanhalings uit die *Essop*- en *Baker/Doyle*-gewysdes supra.

Amptelike Geheime 1956.²⁶ Daarin word bepaal dat *veiligheidsaangeleentheid* in artikel 3(2)(a) (wat onder meer van die openbaarmaking van iets wat in verband staan met 'n veiligheidsaangeleentheid, 'n misdryf maak) beteken

“'n aangeleentheid wat in verband staan met die veiligheid van die Republiek en ook 'n aangeleentheid waarmee die Buro vir Staatsveiligheid bedoel in artikel 1 van die Staatsdienswet, 1957 (Wet no 54 van 1957), handel of wat in verband staan met daardie Buro of met die verhouding wat tussen iemand en daardie Buro staan”.

Die eerste gedeelte van hierdie bepaling is nutteloos vir die doeleindes van vasstelling van die betekenis van die begrip staatsveiligheid.²⁷

Die Staatsdienswet maak bloot in artikel 1 (die woordbepalingsartikel) en die eerste bylae, kolom I, van die Buro vir Staatsveiligheid 'n “departement” vir die doeleindes van dié wet. Dit bring 'n mens ook nie juis verder nie.

Artikel 1 van die Wet op Veiligheidsinligting en die Staatsveiligheidsraad 1972²⁸ omskryf “nasionale veiligheidsinligting” as—

“inligting wat betrekking het op of relevant kan wees by 'n bedreiging vir die veiligheid van die Republiek op enige terrein”.

Die insameling, evaluering, korrelering en vertolking van nasionale inligting is een van die funksies van die buro ingevolge artikel 2(a) van die wet, ten einde onder meer “'n bedreiging of potensiële bedreiging vir die veiligheid van die Republiek op te spoor en te identifiseer”. Die wetgewer is dus eensins hulpvaardig by 'n poging om die betekenis van die begrip staatsveiligheid vas te stel nie.

In *Geldenhuys v Pretorius*²⁹ het r Hofmeyr artikel 29 van die Algemene Regswysigingswet 1969³⁰ uitgelê met spesifieke verwysing na die begrippe “belange van die staat” en “openbare veiligheid” soos dit daarin voorgekom het.³¹ Nadat hy “belange van die staat” ontleed het³² en bevind het dat dit nie slaan op “die omvangryke en alledaagse belange van die landsbestuur” nie, sê hy:³³

“Openbare veiligheid” is 'n begrip van so 'n radikale en gespesialiseerde aard, dat dit vir die doeleindes van hierdie bespreking buite rekening gelaat kan word”.

Die Suid-Afrikaanse wetgewing en regspraak wat met die begrip “staatsveiligheid” as sodanig werk, dagteken uit die betreklik onlangse verlede.

²⁶Wet 16 van 1956, soos gewysig deur Wette 65 van 1965, 101 van 1969 en 102 van 1972.

²⁷Vgl AS Mathews “Disclose and be Damned – The Law Relating to Official Secrets” in 1975 *SALJ* 357, waar hy i v m a 3(2) sê: “‘Security Matter’ means any matter relating to the security of the Republic. How helpful our draftsmen can be! The act might as well have said ‘security means security means security . . .’” Mathews meen voorts dat die verwysing in a 3 (2) (b) (ii) na die Buro vir Staatsveiligheid ook nie veel help nie “since BOSS is itself blanketed in secrecy”.

²⁸wet 64 van 1972.

²⁹1971 2 SA 277 (O).

³⁰wet 101 van 1969.

³¹Sedertdien is a 29 gewysig deur a 25 van die Algemene Regswysigingswet 102 van 1972, en wel op so 'n wyse dat om albei hierdie begrippe vervang is met die uitdrukking “veiligheid van die Staat”.

³²279B-F.

³³279G.

As juridiese konsep is “staatsveiligheid” modern, maar nie sonder ’n geskiedenis nie. Historiese korrelate van die begrip is veral te vinde in oorlogswetgewing: aldus spreek die Krijgswet Proklamasie van 1914³⁴ reeds van “openbare veiligheid” (“public safety”), en Proklamasie 201 van 1939³⁵ van ’n “landsnoodtoestand” (“state of national emergency”) wat ontstaan het en “wat die veiligheid van die Staat (“security of the State”) in gevaar sou kan bring”; as aanhangsel tot laasgenoemde proklamasie is “Landsnoodtoestandregulasies” uitgevaardig, ingevolge artikel 15 waarvan arrestasies “in staatsbelang” (“in the interest of the State”) gemagtig word. Dit lê voor die hand dat die handhawing van die bestaande staatsbestel in oorlogstyd van primêre belang is. Ons wetgewing oor staatsveiligheid handel nie net oor oorlogstoestande nie, maar wel deeglik met genoemde primêre oorweging in oorlogstyd. Derhalwe kan, in ’n poging om by die wese van die moderne begrip “staatsveiligheid” uit te kom, en in die lig van die betreklik karige gesag spesifiek daarvoor, lig gesoek word by die ryker gesag oor sogenaamde krygswet (“martial law”),³⁶ waarvoor daar ’n relatief groot volume regspraak bestaan.

In breë trekke kan die toestand van krygswet in die Suid-Afrikaanse regspraak soos volg beskryf word: Die oorsprong daarvan is die Engelse reg wat met die stuksgewyse Britse verowering van die land hier posgevat het. Romeins-Hollandse regsfigure is deur die regspraak daarop ingeënt, sonder dat egter veel van die Engelse reg afgewyk is. Voldoende plaaslike en gesaghebbende regspraak is opgebou om ’n mens te regverdig om van die *Suid-Afrikaanse* reg met betrekking tot krygswet te praat.³⁷ Volgens AM Conradie³⁸ kom die afkondiging van krygswet daarop neer dat die uitvoerende gesag van die staat openbare kennis gee dat hy vir ’n onbepaalde tyd buitengewone maatreëls gaan toepas om die veiligheid van die staat tydens ’n heersende noodtoestand te beskerm. Sodanige afkondiging is egter nie noodsaaklik vir die ontstaan van buitengewone bevoegdhede vir die staatsowerheid nie,³⁹ want buitengewone bevoegdhede om homself in noodweer te verdedig of in ’n noodtoestand op te tree, kom die staatsowerheid, net soos die private individu, gemeenregtelik toe.

In *Krohn v The Minister for Defence*⁴⁰ haal r De Villiers met goedkeuring uit *Queen v Bekker*, *Queen v Naudé*⁴¹ aan waar die teorie van voraanstaande Britse juriste soos Stephen en Dicey, wat ook gangbaar was in die Engelse en Amerikaanse reg, aangehang word:

³⁴Proklamasie 19 van 1914 in die Buitengewone Staatskoerant nr 455 van 14 Januarie 1914, in die eerste paragraaf van die voorrede.

³⁵Buitengewone Staatskoerant nr 2679 van 14 September 1939.

³⁶Vgl bv HJ May *The South African Constitution* (3e uitg 1955) 353–8 en JP Verloren van Themaat *Staatsreg* (2e uitg 1967 deur M Wiechers) 140–50, en veral AM Conradie “Krygswet” 1941 *THRHR* 183–203.

³⁷Vgl Conradie a w 183 en Verloren van Themaat a w 141 en 143.

³⁸a w 188–9.

³⁹Vgl *Dedlow v Minister of Defence and Provost Marshall* 1915 TPA 543 553: “The mere proclamation of martial law gives no greater rights to the military than they in fact possess if the necessity for their action arises. If a state of war arises there is no need to proclaim martial law, though no doubt it may be advisable.”

⁴⁰1915 AD 191 210.

⁴¹17 SC (1900) 355.

“According to this theory Martial Law is nothing more nor less than the law of self-defence or the law of necessity. It is put in force in times of public danger, when the maxim *salus reipublicae extrema lex* applies, and when in consequence it becomes necessary for the military authorities to assume control and to take the law into their own hands for the very purpose of preserving that constitution which is the foundation of all the rights and liberties of its subjects. When such a state of things arises in any district, the ordinary rights and liberties of the inhabitants are subordinated to the paramount interests of the State.”

Elders⁴² in dieselfde gewysde verklaar hr Innes:

“But there is an inherent right in every State, as in every individual to use all means at its disposal to defend itself when its existence is at stake; when the force upon which the Courts depend and upon which the constitution is based is itself challenged. Under such circumstances the 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 deliberate procedure of the law a machinery more drastic and speedy in order to cope with an urgent danger. Such a condition of things may be brought about by war, rebellion or civil commotion . . .”

Dit is veral die koppeling van die figure *noodweer* en *noodtoestand* aan krygswet wat daarop dui dat die moderne begrip “staatsveiligheid” heelwat met krygswet gemeen het.

Dit is insiggewend dat daar in die eweknie van die eerste wêreldoorlog se Krygswet Proklamatie van 1914, naamlik Proklamasie 201 van 1939 van die tweede wêreldoorlog, nie sprake was van krygswet nie, maar van ’n “landsnoodtoestand”.⁴³ Dit bring ons by die geldende statutêre terminologie van die Wet op Openbare Veiligheid 3 van 1953, waarvan artikel 2(1) die staatspresident magtig om onder bepaalde omstandighede by proklamasie te verklaar dat ’n noodtoestand in die Republiek of gedeelte daarvan bestaan, en artikel 3 die staatspresident magtig om op dieselfde wyse noodregulasies uit te vaardig. Dit is inderdaad in 1960 gedoen⁴⁴ en die regspraak wat daaruit voortgevloeit het, spreek duidelik van die verband wat bestaan tussen krygswet, ’n nie-oorlogstydse noodtoestand en staatsveiligheid. In *Hathorn: in re Officer Commanding Durban Prison Command and Another*⁴⁵ verklaar r Henochsberg:

“I am satisfied that, although presumptions of the liberty of the subject are usually of great effect in interpreting laws in time of peace, they become relatively weak when there is a State of Emergency or the safety of the Realm is in danger. It is then that the maxim *salus populi suprema lex* is applied as a corrective; . . .”

In *Brink and Others v Commissioner of Police*⁴⁶ sê r Galgut:

“It seems to me that it may well be that circumstances may arise in times of war or internal revolt or similar emergency (eie kursivering) where, because of the extraordinary circumstances, the State assumes extraordinary powers and the Courts will feel impelled to condone serious invasions into the liberty of the subject. It has been said in Courts of law *salus reipublicae suprema lex*. One cannot overlook the fact that, if the State is overthrown, the safeguard of the Courts and law and order will be removed.”

⁴²197.

⁴³Vgl Conradie a w 192.

⁴⁴Proklamasies 90 en 91 van 1960 in die Buitengewone Staatskoerant nr 6403 van 30 Maart 1960.

⁴⁵1960 2 SA 767 (D & C) 771A.

⁴⁶1960 3 SA 65 (T) 68A.

Hierna haal die regter 'n lang passasie aan uit die reedsgemelde klassieke krygswet-gewysde van *Krohn*. Ook r Jansen het in sy uitspraak wat rekening moes hou met die noodtoestand in *Stanton v Minister of Justice and Others*,⁴⁷ die oog gehou op die *Krohn*-uitspraak.

Uit bostaande wil dit voorkom of daar slegs 'n graadverskil tussen krygswet en statutêre (en moontlik ook gemeenregtelike) staatsregtelike noodtoestand is: krygswet kom hoofsaaklik in oorlogstye ter sprake en verleen hoofsaaklik aan die militêre owerhede buitengewone bevoegdhede,⁴⁸ terwyl noodtoestand eerder betrekking het op nie-oorlogstye wanneer uitsonderlike bevoegdhede die nie-militêre uitvoerende gesag toeval. Soos blyk uit die reedsaangehaalde regspraak, is krygswet ter sake gedurende "war, rebellion or civil commotion".⁴⁹ Die statutêre noodtoestand van die Wet op Openbare Veiligheid 1953 word egter geproklameer wanneer die staatspresident (wat natuurlik handel op die advies van die uitvoerende raad) meen dat gebeure plaasvind of omstandighede bestaan wat onder meer die "veiligheid van die publiek" of die "handhawing van die openbare orde" sodanig bedreig dat "die gewone landswette onvoldoende is" om dit die hoof te bied.

Wanneer die Republiek se ander geldende veiligheidswetgewing betrag word, is dit duidelik dat hoofsaaklik voorsiening daarin gemaak word vir tye wanneer nóg "krygswet" (statutêre oorlogsnoodtoestand), nóg statutêre (nie-oorlogstydse) noodtoestand geproklameer is. Dit wil voorkom of gemeenregtelike staatsregtelike noodtoestand en noodweer ook aan hierdie wetgewing onderliggend is. Die welbekende artikel 29 van Wet 101 van 1969 (soos gewysig) handel oor die weerhouding deur die uitvoerende gesag van getuienis en inligting wat "die veiligheid van die Staat nadelig sal raak"; artikel 9(2) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 1950 magtig die minister van justisie om sy redes vir die inperking van 'n persoon op sy versoek te verstrek, slegs in sover as wat dit volgens die minister se oordeel "sonder benadeling van die *openbare beleid* (eie kursivering) bekend gemaak kan word". Hieroor sê hr Rumpff in *Minister van Justisie v Alexander*:⁵⁰

"Andersins toelaatbare getuienis mag, volgens die gemene reg, in die algemeen nie geopenbaar word nie indien die openbaring daarvan in stryd sou wees met die publieke beleid. In hierdie verband omvat die begrip 'publieke beleid' veral oorewegings van Staatsveiligheid, diplomatieke onderhandelings, die opsporing van misdaad en, in sekere gevalle, die werking van die Staatsdiens."

Nadat die hoofregter dan verwys het na die posisie in die Engelse reg en bogemelde artikel 29 van Wet 101 van 1969 aangehaal het, sê hy:⁵¹

⁴⁷1960 3 SA 353 (T) 355B en 356A.

⁴⁸Vgl Conradie 196–201.

⁴⁹Sien supra. Blywende statutêre magtiging aan die staatspresident om in oorlogstyd "noodregulasies" te proklameer word deur a 103 van die Verdedigingswet 44 van 1957 verleen. Soos blyk uit die inhoud van dié bepaling is hier niks anders as krygswet (wat nou skynbaar 'n oudmodiese term geword het) ter sprake nie. "Oorlogstyd" word in a 1 (xvii) omskryf as "enige tydperk waarin 'n staat van oorlog werklik bestaan of volgens die oordeel van die Staatspresident verwag kan word".

⁵⁰1975 4 SA 530 (A) 544–5.

⁵¹546B–C.

“By die beoordeling van artikel 9(2) moet mens nie die samehange van die Wet ignoreer nie. Dit skyn duidelik te wees dat die Wetgewer met Wet 44 van 1950 bedoel het om die bestaan en veiligheid van die heersende staatsorde te handhaaf.”

Ander bepalings van dié wet, soos vervang of ingevoeg deur Wet 79 van 1976, handel dan ook nou konsekwent met optrede “wat die veiligheid van die Staat of die handhawing van die openbare orde in gevaar stel”.⁵² In dieselfde gees bevat die Wet op Veiligheidsinligting en die Staatsveiligheidsraad 1972 bepalings met betrekking tot “’n bedreiging of potensiële bedreiging vir die veiligheid van die Republiek” en handel die Wet op Terrorisme 1967⁵³ oor ’n hele reeks gevolge van dade wat “terrorisme” daarstel, waaronder die veroorsaking of bevordering van algemene ontwrigting, stoornis of wanorde, die veroorsaking, aanmoediging of bevordering van ’n opstand of gewelddadige verset teen die regering, die bevordering of aanmoediging van die teweegbring van ’n maatskaplike of ekonomiese verandering deur geweld of op gewelddadige wyse of deur tussenkoms van of ooreenkomstig die voorskrifte van of onder leiding van of in samewerking met of met die hulp van ’n buitelandse regering, internasionale liggaam of instelling, ens.

Hieruit blyk dit dat die moderne begrip “staatsveiligheid” rekening hou met die meer subtiële vorms van bedreiging van die voortbestaan van die staat as oorlog, rebellie en openbare oproer. Die Suid-Afrikaanse wetgewer identifiseer dus ’n groter verskeidenheid van meer abstrakte en subtiële omstandighede en bedrywighede wat optrede deur die staat in noodweer kan regverdig of ’n staatsregtelike noodtoestand kan skep. Wat die wetgewer dus in effek met sy veiligheidswetgewing gedoen het, is om ’n aantal omstandighede en bedrywighede te vermeld of vir identifisering in die hande van owerheidsorgane gelaat het, wat na sy mening telkens ’n beperkte staatsregtelike noodtoestand skep of die staatsowerheid regverdig om die staat in noodweer te verdedig, en om spesiale owerheidsorgane, prosedures en metodes te skep vir sodanige optrede in noodweer of noodtoestand. Afhangende van die omstandighede, kan daar vir die staatsowerheid, soos uit die reeds gemelde regspraak blyk, ook gemeenregtelike gronde bestaan vir optrede soos dié wat deur die betrokke wetgewing gemagtig word, en selfs moontlik vir meer ingrypende optrede. Of die benadering van die wetgewer, oftewel sy vertolking van die heersende omstandighede met betrekking tot die vraag oor wát die veiligheid van die heersende staatsorde bedreig, geregverdig is, en of die prosedures, metodes en diskresies wat die betrokke wetgewing skep, nie té ingrypend is vir die doeleindes van handhawing van die staatsveiligheid in die heersende omstandighede nie, word nie hier volledig oorweeg nie.⁵⁴ In laasgenoemde verband kan bloot vermeld word dat die na-

⁵²Vgl vn 24 supra.

⁵³Wet 83 van 1967, spesifiek a 2(2).

⁵⁴Kritiek en kommentaar in hierdie verband is te vinde in bv *Erosion of the Rule of Law in South Africa* International Commission of Jurists (1968), veral prof Richard A Falk se opmerkings op 54, AA Mathews en RC Albino “The Permanence of the Temporary” 1966 *SALJ* 16, veral 42-3 en JD van der Vyver *Die Beskerming van Menseregte in Suid-Afrika* (1975) hfs 7. AS Mathews *Law, Order and Liberty in South Africa* lewer veral in hoofstuk XIX skerp en myns insiens ongeregverdigde kritiek, terwyl JA Coetzee “Owerheid en Onderdaan in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg” 1974 *THRHR* 389-402 om ’n goed gebalanseerde oorsig van sieninge en benaderings in dié verband gee. Die teenoorgestelde van wat volgens hr Innes in 1915 die posisie was, is skynbaar deur

oorlogse (“koue oorlog”) tydperk klaarblyklik gekenmerk word deur andersoortige bedreigings vir die voortbestaan van Westerse state as oorlog, rebellie en openbare oproer, en wel in vorms soos die heimlike ondermyning van die staatkundige, ekonomiese, kulturele en godsdienstige bestel. Insiggewend in hierdie verband is hr Rumpff se dictum in die reeds-aangehaalde *Alexander*-gewysde:

“Hoewel daar geen konvensionele oorlog heers nie, is dit tog duidelik dat deur hierdie Wet (op die Onderdrukking van Kommunisme) die Staat in ’n onkonvensionele stryd betrek is met kommuniste en ander persone wat deur die bepalings van die Wet geraak word” (546C).

Dieselfde kan waarskynlik van die ander veiligheidswetgewing gesê word.

Die Potgieter-kommissie het die standpunt ingeneem dat—

“verset teen eksterne dwang en die onderdrukking van interne verstoring van wet en orde (*disorder*) elemente is wat by die meeste, indien nie almal nie, van die omskrywings van die Staat implisiet is”.⁵⁵

Hierdie standpunt hou in dat die handhawing van staatsveiligheid ’n sine qua non is vir die staatsbestaan, met ander woorde dat dit ’n natuurlike uitvloeiing is van die staatsverskynsel.⁵⁶ So ’n standpunt klop met die moontlikheid dat die leerstuk *salus reipublicae suprema lex* sy ontstaan gehad het tydens die opkoms van die nasionale staatsgedagte gedurende die middel-eeue.⁵⁷

Uit bogenoemde inligting blyk dit dat gekonkludeer kan word dat die begrip “staatsveiligheid” fundamenteel beskou kan word as die teenoorgestelde van die verwoesting of omverwerping van die staat. Die handhawing van staatsveiligheid kom dus neer op die voorkoming van die tot niet gaan van die heersende staatsorde. Indien die voortbestaan van die staat,⁵⁸ met ander woorde die staatsveiligheid, bedreig word, ontstaan daar ’n “staatsregtelike noodtoestand”, of is die staat geregverdig om in “staatsregtelike noodweer” te handel tot die nadeel van ander regsobjekte, waaronder veral die staatsonderdane getel moet word. Welke omstandighede ’n bedreiging vir die voortbestaan van die staat daarstel, is ’n netelige vraag sodra aanvaar word dat dit nie net oorlog, revolusie of burgerlike opstand is nie. In die Suid-Afrikaanse staatsveiligheidswetgewing word skynbaar van die standpunt uitgegaan dat selfs ’n potensiele of beperkte bedreiging van die konstitusionele status quo, optrede in die gees van die leerstuk *salus reipublicae suprema lex* regverdig.

die wetgewer tot stand gebring. In die *Krohn*-gewysde het die hoofregter op 197 van die destydse posisie gesê: “The Parliaments both of England, and (so far as I am aware) of the self-governing dominions, while they have refrained from tying the hands of those in authority, have refused to regularise in advance any departure from the ordinary law, or to endow the Government with exceptional powers for exceptional emergencies. The result has been to compel those responsible for the safety of the State to act upon their own judgment in the first instance, and to apply to Parliament for an Act of Indemnity afterwards.”

⁵⁵par 122.

⁵⁶Vgl ook par 123 van die Potgieter-kommissieverslag.

⁵⁷Vgl vnn 17, 18 en 19 supra.

⁵⁸Die Potgieter-kommissieverslag skyn ook die voortbestaan van die staat gelyk te stel met staatsveiligheid: vgl par 277 in fine.

2 OWERHEIDSORGANE IN SUID-AFRIKA WAT BELAS IS MET DIE HANDAWING VAN STAATSVEILIGHEID

Die hoogste beleidmakende owerheidsorgaan in verband met die staatsveiligheid, is die staatsveiligheidsraad, ingestel deur die reedsgemelde Wet op Veiligheidsinligting en die Staatsveiligheidsraad 1972. Hierdie raad bestaan uit die eerste minister, die senior (gewone) kabinetsminister, die ministers van verdediging, buitelandse sake, justisie, polisie, ander ministers wat die eerste minister kan koöpteer, die sekretaris van veiligheidsinligting, die kommandant-generaal van die Suid-Afrikaanse weermag, die sekretarisse van buitelandse sake en van justisie, die kommissaris van die Suid-Afrikaanse polisie en ander hoofde van staatsdepartemente wat die eerste minister kan koöpteer.⁵⁹

Artikel 5 van die wet lui:

“Dit is die funksie van die Raad-

- (a) om die Regering, op versoek van die Eerste Minister, van raad te dien aangaande—
 - (i) Die formulering van nasionale beleid en strategie met betrekking tot die veiligheid van die Republiek, en die wyse waarop sodanige beleid of strategie geïmplementeer en uitgevoer moet word;
 - (ii) ’n Bekampingsbeleid vir enige besondere bedreiging vir die veiligheid van die Republiek;
- (b) om inligtingsprioriteite te bepaal.”

Die Wet op die Parlementêre Kommissie vir Binnelandse Veiligheid 67 van 1976 het nou voorsiening gemaak vir ’n owerheidsorgaan in die Republiek se veiligheidsstruktuur wat op ’n ander vlak funksioneer en maklik die staatsveiligheidsraad na die kroon kan steek wat belangrikheid betref, indien die regering dit so sou verkies. Ingevolge dié wet word ’n “Parlementêre Kommissie vir Binnelandse Veiligheid” ingestel,⁶⁰ bestaande uit hoogstens tien lede van die parlement⁶¹ aangestel deur die staatspresident (handelende op die advies van die uitvoerende raad) vir ’n maksimum tydperk van vyf jaar, wat verleng kan word.⁶² Die kommissie kan deur middel van komitees, aangewys uit sy eie geledere, funksioneer.⁶³ Die kommissie beskik oor kompetensies gelyk aan dié van ’n provinsiale afdeling van die hooggeregshof ten opsigte van getuiedagvaarding, eedaflegging, onder-vraging, voorlegging van bewysmateriaal en betekening van dokumente. Die reg aangaande getuieprivilegie geld ten opsigte van kommissiesittings en dit is ’n misdryf om nie aan dagvaardings van die kommissie te voldoen nie, om valse getuienis voor die kommissie af te lê en om die kommissie in sy werksaamhede te steur, te hinder of te dwarsboom.⁶⁴ Met die eerste oog-

⁵⁹a 4 Wet 64 van 1972.

⁶⁰a 2.

⁶¹Daar moet veronderstel word dat met “lid van die Parlement” bedoel word ’n lid van óf die volksraad óf die senaat, hoewel dit streng gesproke ’n foutiewe benaming is – vgl JP Verloren van Themaat *Staatsreg* 2e uitg 1967 deur M Wichers 281 vn 5 waarin verwys word na LI Coertze 1940 *THRHR* 246.

⁶²a 3. ’n Lid kan egter te eniger tyd ontslaan word indien daar na die oordeel van die staatspresident (handelende op advies van die uitvoerende raad) “gegronde redes” daarvoor bestaan.

⁶³a 6.

⁶⁴aa 8 en 9.

opslag kom dit voor of die funksie van die kommissie uitsluitlik ondersoekend en aanbevelend van aard is. Artikel 4 lui:

“(1) Die Kommissie ondersoek aangeleenthede wat, na die oordeel van die Staatspresident, binnelandse veiligheid raak en wat deur die Staatspresident na hom verwys word, en doen aan die Staatspresident verslag daarvoor.

“(2) Sonder om afbreuk te doen aan die algemeenheid van die bepalings van subartikel (1), kan die Staatspresident ook aangeleenthede betreffende bestaande en beoogde wetgewing en bestaande en beoogde administratiewe werksywyse wat binnelandse veiligheid raak, na die Kommissie vir ondersoek en verslag verwys.”

Ingevolge artikel 5(1) moet die eerste minister die verslae van die kommissie in albei huise van die parlement ter tafel lê, maar subartikels (2) en (3) laat ruimte daarvoor dat hele verslae of gedeeltes daarvan deur die eerste minister, in oorleg met die leier van die opposisie,⁶⁵ nie aldus ter tafel gelê word nie. Hoewel die ondersoek- en aanbevelingsfunksies van die kommissie dus as die primêre opdrag van die kommissie beskou kan word, verleen artikel 12(1)(a) aan die staatspresident 'n baie wye kompetensie om regulasies uit te vaardig “waarby bykomende pligte en bevoegdhede in verband met die binnelandse veiligheid van die Republiek aan die Kommissie opgedra word”.

In 1969 het die staatspresident ingevolge artikel 20(1) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1961⁶⁶ 'n nuwe staatsdepartement met ingang 1 Mei 1969 in die lewe geroep met die naam “Buro vir Staatsveiligheid”.⁶⁷ Die administrasie van dié departement is opgedra aan die eerste minister. Ingevolge die betrokke goewermentskennisgewing is die funksies van die buro om “alle aangeleenthede wat die veiligheid van die staat raak te ondersoek, die inligting wat ingewin word te korreleer en te evalueer en om die regering, belanghebbende staatsdepartemente en ander instansies, waar nodig, daaromtrent in te lig en te adviseer”, en kan verdere funksies en verantwoordelikhede van tyd tot tyd aan die buro opgedra word.

Artikels 2 en 3 van die reedsvermelde Wet 65 van 1972 het die funksies van die buro met betrekking tot veiligheidsinligting duideliker omlyn. Dit kom daarop neer dat die buro inligting wat betrekking het op die staatsveiligheid moet inwin en verwerk, sy resultate in die vorm van advies aan die regering en staatsadministrasie beskikbaar moet stel om die staatsveiligheidsraad se funksies te vergemaklik deur die sake wat dié raad moet hanteer, te formuleer vir goedkeuring deur dié raad, en die buro moet ook die insameling en evaluering van veiligheidsinligting koördineer.

Artikel 3 van Wet 64 van 1972 is ook insiggewend deurdat die belang-

⁶⁵Artikel 1(iii) omskryf “leier van die opposisie” as “die leier van die teenparty met die grootste getalsterkte in die Parlement”. Dit is te betwyfel of die eerste minister ingevolge a 5 verplig is om verslae van die kommissie ter tafel te lê in gevalle waar hy meen dat dit onwenslik sou wees, maar die leier van die opposisie nie saamstem nie. Vgl *R v Mbetse* 1954 4 SA 491 (OD) ivm die betekenis van “oorlegpleging” (“consultation”).

⁶⁶Wet 32 van 1961.

⁶⁷Staatskoerant nr 2397 van 16 Mei 1969, Goewermentskennisgewing nr 808. Uit die feit dat die buro 'n staatsdepartement is, vloeit dit voort dat die hoof daarvan die sekretaris van veiligheidsinligting is waarvan daar in a 4 van Wet 64 van 1972 sprake is.

rikste instansies wat belas is met die handhawing van staatsveiligheid in die verbygaan genoem word,⁶⁸ en die bestaan of potensiele bestaan van ander geïmpliseer word.⁶⁹

Die Polisiewet 1958⁷⁰ bepaal in artikel 4:

“Die werksaamhede van die Suid-Afrikaanse Polisie is, onder meer—
 (a) die bewaring van die binnelandse veiligheid van die Republiek;⁷¹
 (b) die handhawing van wet en orde;
 (c) die ondersoek van enige misdryf of beweerde misdryf; en
 (d) die voorkoming van misdaad.”

Die Suid-Afrikaanse veiligheidswetgewing het telkens betrekking op een of meer van hierdie aangeleenthede, wat van die SAP by uitnemendheid ’n owerheidsorgaan maak wat belas is met die handhawing van staatsveiligheid.⁷² Artikel 7 van dié wet magtig die staatspresident voorts om die mag vir die verdediging van die Republiek “in geval van oorlog of ander noodtoestand . . . hetsy binne of buite die Republiek, maar in Suid-Afrika” te gebruik.

Die SAP bestaan uit ’n “mag”, wat ’n eenheid van persone met verskillende range is.⁷³ Die staatspresident word egter deur artikel 33(1)(c) gemagtig om regulasies uit te vaardig betreffende onder meer “die instelling van . . . die verskillende . . . takke . . . in die Mag”. Dit is algemene kennis dat daar ’n verskeidenheid van gespesialiseerde “takke” van die SAP bestaan, waarvan die veiligheidstak een is.⁷⁴ Daar kan aangeneem word dat die werksaamhede van dié tak in ooreenstemming met die bepalings van die bogenelde artikel 5 van Wet 7 van 1958 sal wees en nie meer as dit sal behels nie,

⁶⁸nl die Suid-Afrikaanse weermag en spesifiek lg se afdeling “militêre inligting”, en “’n polisiemag wat ingevolge ’n Wet van die Parlement ingestel is”, wat op die oomblik hoofsaaklik die Suid-Afrikaanse polisie beteken.

⁶⁹nI sodanige ander staatsdepartemente van wie ingevolge ’n wet vereis word “om ’n funksie met betrekking tot die veiligheid van die Republiek te verrig”.

⁷⁰Wet 7 van 1958.

⁷¹Hierdie spesifieke taak is vir die eerste keer uitdruklik aan die SAP opgedra ingevolge a 3 van die Wysigingswet op Polisie 15 van 1955 wat a *bis* in die Politiewet 14 van 1912 ingevoeg het.

⁷²Dat dit so is, en dat dit ook in ooreenstemming is met die gemene reg, blyk uit die uitspraak in *Wolpe and Another v Officer Commanding South African Police, Johannesburg* 1955 2 SA 87 (W) 93B en C en 94A, waar r Rumpff gesê het: “Dit is die plig van die Polisie, uit die aard van hulle amp, om die binnelandse veiligheid van die Staat en die openbare vrede te bewaar en om misdaad te voorkom . . . Hierdie basiese pligte is opgesluit in die wese van die Polisie as ’n siviele mag in die staat”, en “Dit ly myns insiens geen twyfel dat die Polisie in die eerste plek voorkomende pligte het ten aansien van misdade wat gerig is teen die veiligheid van die staat en die versteuring van die openbare orde. As grond hiervoor kan aangevoer word die bekende gesegde van Anatole France naamlik dat die belange van die geregtigheid heilig is, die belange van die oortreder dubbel heilig maar die belange van die gemeenskap driemaal heilig is.”

⁷³Vgl die woordomskriving van “die Mag” in a 1 en die bepalings van a 2 van Wet 7 van 1958.

⁷⁴Volgens die Potgieter-kommissieverslag, par 24, is die veiligheidstak in 1947 tot stand gebring onder die naam “spesiale tak”, wat later (die datum word nie aangegee nie) die “veiligheidspolisie” genoem is. Juis omdat geen spesifieke magtiging vir die SAP bestaan het om werksaamhede soos dié van die veiligheidspolisie te bedryf nie, is die reedsgemelde a *bis* van Wet 14 van 1912 in 1955 verorden (par 25).

en dat die spesialisasiegebied van die veiligheidstak (onder meer?) die handhawing van die staatsveiligheid is.⁷⁵

Aangaande owerheidsorgane wat deel uitmaak van die Suid-Afrikaanse weermag⁷⁶ en wat gemoeid is met staatsveiligheid, bestaan daar ook geen uitdruklike bepalings in die Verdedigingswet nie. Artikel 7 van laasgenoemde wet bepaal onder meer:

“Die Suid-Afrikaanse Weermag . . . word ingedeel in die gewapende dienste, weermagsdele, korpse, formasies en eenhede *wat die Minister bepaal of wat voorgeskryf mag word . . .*” (eie kursivering).

Hiervolgens kan daar binne die Suid-Afrikaanse weermag byvoorbeeld ’n afdeling in die lewe geroep word by wyse van regulasie van die staatspresident of by wyse van departementele verordening deur die minister van verdediging,⁷⁷ wat belas word met staatsveiligheidsaangeleenthede. Die afdeling “Militêre Inligting” waarvan daar sprake is in die reedsvermelde artikel 3 van Wet 64 van 1972, is waarskynlik⁷⁸ op een van bogemelde wyses of deur middel van ’n reeks verskillende prosedures in die lewe geroep, en die funksies en spesialisasiegebied daarvan afgebaken.⁷⁹

Of daar ander owerheidsorgane binne ander staatsdepartemente bestaan wat belas is met die staatsveiligheid soos deur artikel 3 van Wet 64 van 1972 geïmpliseer word, kan by gebrek aan betroubare gesag nie met sekerheid gesê word nie. Dit lyk egter wel aanneemlik om die mening uit te spreek dat staatsdepartemente wat hulle die beste daartoe leen, moontlik die departemente van buitelandse sake, binnelandse sake en inligting is.

⁷⁵Die ondergeskikte wetgewing wat betrekking het op spesifiek die veiligheidstak is nie gereedelik beskikbaar nie aangesien die kompetensie om dit uit te vaardig, gedeleger is aan die kommissaris van polisie – vgl by Goewermentskennisgewing R 203 van 1964 in Regulasiekoerant 299 van 14 Februarie 1964, a 21(c). Dit kom daarop neer dat enige besonderhede oor die veiligheidstak alleen in “departementele wetgewing” aangetrefsal word. Uit hoofde egter van die feit dat die veiligheidstak ’n deel is van uitsluitlik die SAP en die benaming van dié welbekende tak, word die aanname in die teks gemaak.

⁷⁶wat saamgestel is uit die staande mag, burgermag en kommando’s ingevolge a 5 van die Verdedigingswet 44 van 1957, welke magte ook onderskeidelik beskryf kan word as ’n eenheid van persone wat verskillende range beklee – vgl a 9, 16 en 32 van die Wet.

⁷⁷Vgl die omskrywing van “voorgeskryf” in a 1 van die wet, en in die lig daarvan die bepalings van aa 75, 76 en 87.

⁷⁸a 1(1) van Hfst II van die “Algemene Regulasies vir die Suid-Afrikaanse Weermag en Reserwe”, ingevolge a 87 van die wet afgekondig in Regulasiekoerant 1531 van 26 November 1971 lui: “Behoudens artikel 7 van die Wet word die Suid-Afrikaanse Weermag ingedeel in (a) die SA Leër; (b) die SA Lugmag; (c) die SA Vloot; (d) ’n gesamentlike hoofkwartier vir die SA Weermag wat saamgestel is uit *sodanige afdelings* as wat die Minister ingevolge artikel 76 van die Wet kan *instel en aanwys*”, (eie kursivering); en a 2(1) lui: “Die Staande Mag bestaan uit eenhede van die SA 2(1) lui: “Die Staande Mag bestaan uit eenhede van die SA Leër, SA Lugmag, die SA Vloot en van *sodanige afdelings en organisasies* as wat deur die Minister *ingestel en aangenys* word kragtens artikels 75 en 76 van die Wet” (eie kursivering).

Dit wil voorkom of a 75 van die wet die aangewese magtigende bepaling sal wees vir die instelling van ’n afdeling “militêre inligting”. Dit wil voorkom of geen regulasies in hierdie verband tot dusver in die Staatskoerant gepubliseer is nie. A 75 voorsien immers geen prosedure vir die skepping van “kommandemente, gebiede, gewapende weermagsdele, korpse en eenhede” nie. Daar word bloot bepaal dat die minister sodanige entiteite kan “instel en aanwys”, welke begrippe nie deur die wet omskryf word nie.

⁷⁹Interessante inligting is vervat in die Potgieter-kommissieverslag par 20–1 en 129–39.

'n Nuwigheid wat deur die 1976-wetgewing ingevoer is, is die hersieningskomitee wat die staatspresident kan aanwys om aanhoudingsbevele van die minister van justisie ten opsigte van persone wat na sy oortuiging aan bedrywighede deelneem wat die staatsveiligheid bedreig, te hersien. Daarvoor word voorsiening gemaak in die nuut ingevoerde artikel 10_{sex} van die Wet op Binnelandse Veiligheid 1950.⁸⁰ Sodanige hersieningskomitee word alleen aangestel onder omstandighede (tyd en plek) waar die minister van justisie by wyse van staatspresidensiële proklamasie gemagtig is om gebruik te maak van sy bogemelde kompetensie om sodanige persone te laat aanhou.⁸¹

Die hersieningskomitee bestaan uit drie lede, waarvan een 'n regter of landdros of oud-regter of oud-landdros moet wees, wat dan as voorsitter optree. Die staatspresident kan 'n voorsitter of lid van die komitee te eniger tyd om 'n "gegronde rede" ontslaan. Die hersieningskomitee se funksie is om binne hoogstens twee maande ná 'n persoon se aanhouding uit hoofde van 'n aanhoudingsbevel van die minister, die minister se optrede te ondersoek, en daarna van tyd tot tyd ten minste elke ses maande. Die hersieningskomitee moet oorweging skenk aan skriftelike verhoë aan hom gerig en kan na goeddunke ook mondelinge getuienis of verhoë aanhoor. Die verrigtinge en aanbevelings van die hersieningskomitee is geheim, alleen betrokkenes kan die verrigtinge bywoon en insae in oorkondes van die hersieningskomitee kan alleen amfshalwe verkry word. Gemeenregtelike judisiële hersiening van die verrigtinge van die hersieningskomitee word deur artikel 10_{sex(ii)} uitgesluit. Na afloop van 'n ondersoek maak die komitee 'n aanbeveling aan die minister, wat egter nie verplig is om daaraan gevolg te gee nie. Die aangehoudene word ook van die aanbeveling in kennis gestel. Indien die minister nie gevolg gee aan 'n aanbeveling van die hersieningskomitee om die aanhoudingsbevel op te hef nie, moet hy 'n verslag te dien effekte in die twee huise van die parlement ter tafel lê, en wel binne een maand na die aanbeveling of as die parlement nie in sitting is nie, binne een maand na die aanvang van die eersvolgende sitting.

Soos hieronder sal blyk, vervul die minister van justisie en die prokureurs-generaal individueel ook verdere besondere funksies in die prosedures wat gevolg word by die handhawing van staatsveiligheid.

Dit blyk dus dat, tot met die aanname van Wette 67 en 79 van 1976, die owerheidsorgane wat belas is met die handhawing van staatsveiligheid, gersorteer het onder die uitvoerende gesag van die staat. Dit het, in die lig van die aard en omvang van die kompetensies wat die wetgewende gesag aan die uitvoerende gesag in hierdie verband verleen het, die potensiaal vir konfrontasie tussen die regsprekende en uitvoerende organe van die staat geskep. Hierdie konfrontasiemoontlikheid bestaan steeds, veral in die lig van die feit dat ons howe tradisioneel jaloers is op hul jurisdiksie, dws nie gretig is om perke op hul jurisdiksie te aanvaar nie. Die skepping van die Parlemen-

⁸⁰soos ingevoeg deur a 5 van Wet 79 van 1976.

⁸¹Vir verdere besonderhede oor die nuwe a 10(1)(bA) en 10(1) (a)*bis*, vide infra par 3. Dit wil voorkom of die staatspresident verplig is om 'n hersieningskomitee aan te wys sodra hy ingevolge a 10(1)(bA), a 10(1)(a)*bis*, ter en *quin* by wyse van proklamasie in werking stel.

têre Kommissie vir Binnelandse Veiligheid en die hersieningskomitee van Wet 44 van 1950, het die situasie egter gekompliseer. Deur die 1976-wetgewing word die twee huise van die parlement betrek by owerheidsfunksies wat in die verlede essensieel uitvoerend van aard was. Hierdie situasie raak die fundamente van die Republiek se staatsreg. Hoewel die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1961 nie 'n suiwer skeiding van owerheids-gesag teweeg bring nie, het statutêre vermenging van owerheidsfunksies van hierdie omvang laas voorgekom by die promulgering van die Wet op die Hoë Hof van die Parlement 1952.⁸² Die veiligheidswetgewing van 1976 skep nog meer as vroeëre veiligheidswetgewing die indruk dat die regsprekende gesag van die proses van handhawing van staatsveiligheid uitgesluit word. Die feit dat 'n *parlementêre* kommissie nou binnelandse veiligheidsaangeleenthede sal ondersoek en dat debatte in die parlementshuise moontlik by geleentheid gevoer sal moet word oor die vraag of die minister van justisie geregverdig was om 'n aanhoudingsbevel uit te reik, hou die gevaar in dat die handhawing van staatsveiligheid 'n party-politieke kleur mag kry.

3 KORT OORSIG OOR DIE JURIDIESE MIDDELE TOT BESKIKKING VAN DIE OWERHEID IN DIE HANDHAWING VAN DIE STAATSVEILIGHEID

Die belangrikste juridiese instrument in die handhawing van staatsveiligheid is die strafreg. Afgesien van die gemeenregtelike misdade hoogverraad⁸³ en sedisie⁸⁴ en die reedsbestaande statutêre vorms daarvan,⁸⁵ is daar 'n geweldige verskeidenheid statutêre misdrywe wat almal geskep is in veiligheidswetgewing wat gedurende die afgelope vyf-en-twintig jaar gepromulgeer is⁸⁶ en wat daarop gemik is om aantasting van die staatsveiligheid te verhoed.

Sommige van die bepalings in hierdie wette en ook in ander⁸⁷ wetgewing, plaas ook proses- en bewysregtelike middele in die hande van die owerheid om die taak van handhawing van die staatsveiligheid te vergemaklik. Hieronder resorteer die welbekende verskuiwing van die bewyslas in strafsake na die beskuldigde as uitsondering op die gemene reg en weerhouding van getuienis deur die uitvoerende gesag.⁸⁸

Die veiligheidswetgewing verleen ook aan die hoë uitvoerende gesag,

⁸²Wet 35 van 1952. Hiermee wil egter nie voorgegee word dat die veiligheidswetgewing van 1976 'n konstitusionele vergryp verteenwoordig soos Wet 35 van 1952 nie.

⁸³Vgl PMA Hunt *South African Criminal Law and Procedure* Vol II (1970) hfst 1 en JC de Wet en HL Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreg* (2e uitg 1960) 518-43. Daar word egter tans oorweging geskenk aan die statutêre kodifisering van hoogverraad.

⁸⁴Vgl Hunt a.w. hfst 2 en De Wet en Swanepoel a.w. 555-64. Dit is moontlik dat sedisie ook as gemeenregtelike misdaad sal verdwyn indien hoogverraad, soos hierbo gemeld, statutêr omskryf word.

⁸⁵Vgl Hunt a.w. 33-7 en 51-3.

⁸⁶Vgl JRL Milton en NM Fuller *South African Criminal Law and Procedure* Vol III (1971) hfst 6. Sedert die verskyning van lg werk is nog verskeie misdrywe statutêr geskep, bv deur a 5 van die Wet op Geaffekteerde Organisasies 31 van 1974; a 9 van die Wet op die Parlementêre Kommissie vir Staatsveiligheid 67 van 1976, ens.

⁸⁷soos a 29 Wet 101 van 1969 supra.

⁸⁸Vgl bv Van der Vyver a.w. 152-3 en 155-7, en CWH Schmidt *Die Bewysreg* (1972) 432-4.

veral die staatspresident (handelende op advies van die uitvoerende raad) en die minister van justisie ingrypende en uitsonderlike kompetensies, waarvan sommige hierbo reeds in die verbygaan vermeld is. Ander voorbeelde daarvan is die beperkings wat die minister van justisie "kommuniste of ampsdraers, beamptes, lede of aktiewe ondersteuners van onwettige organisasies" kan opleë ingevolge artikel 5 van die Wet op Binnelandse Veiligheid 1950, die verbod van sekere publikasies deur die staatspresident ingevolge artikel 6 van dieselfde wet, die welbekende "inperkingsbevele" van die minister van justisie ingevolge artikel 10(1)(a) van die wet, die nuwe kompetensie van die minister van justisie om aanhoudingsbevele uit te reik ingevolge artikel 10(1)(a)*bis* van dié wet wanneer hy daartoe gemagtig is deur 'n proklamasie van die staatspresident, uitgereik ingevolge artikel 10(1)(bA),⁸⁹ die kompetensies van die minister van justisie (en 'n landdros) aangaande die verbod op byeenkomste of die bywoning daarvan ingevolge artikel 2 van die Wet op Oproerige Byeenkomste 1956,⁹⁰ die kompetensie van die staatspresident ingevolge artikel 1 van die Wet op Onwettige Organisasies 1960⁹¹ om organisasies wat na sy oortuiging "die veiligheid van die publiek of die handhawing van die openbare orde ernstig bedreig", by wyse van proklamasie onwettig te verklaar, en om op dieselfde wyse organisasies wat hy oortuig is politiek met buitelandse hulp bedryf tot "geaffekteerde" organisasies te verklaar ingevolge artikel 2 van die Wet op Geaffekteerde Organisasies 1974, ens.

Voorts is dit ingevolge 'n verskeidenheid wetsbepalings vir polisie-offisiere, 'n prokureur-generaal of die minister van justisie moontlik om onder meer in omstandighede wat betrekking kan hê op die bedreiging van staatsveiligheid, persone sonder 'n lasbrief te laat arresteer en te laat aanhou vir langer as 48 uur, naamlik vir maksimum tydperke van onderskeidelik 14 dae, 90 dae, 180 dae of selfs onbepaald, afhangende van die betrokke omstandighede.⁹² Ook is die prokureur-generaal by magte om onder soortgelyke omstandighede te gelas dat borgtog nie aan 'n persoon toegestaan word nie.⁹³

⁸⁹a 4 van Wet 79 van 1976 het a 10(1)(a)*bis* van Wet 44 van 1950 vervang. Ingevolge dié bepaling, saamgelees met die nuwe a 10(1)(bA) kan die staatspresident van tyd tot tyd by wyse van proklamasie wat hoogstens twaalf maande op 'n keer kan geld, aan die minister van justisie die kompetensie verleen om persone in 'n bepaalde gedeelte van die Republiek vir 'n deur die minister bepaalde tydperk te laat aanhou indien hy "oortuig is dat 'n persoon aan bedrywighede deelneem wat die veiligheid van die Staat of die handhawing van openbare orde in gevaar stel of bereken is om dit in gevaar te stel". Sodanige aanhouding word bewerkstellig deur 'n kennisgewing van die minister aan die persoon waarin hy verbied word om afwesig te wees uit 'n gevangenis, soos omskryf in a 1 van die Wet op Gevangenis 8 van 1959. Die staatspresident het reeds vir die eerste keer om a 10(1)(a)*bis* ingevolge a 10(1)(bA) in die Transvaal in werking gestel deur Proklamasie 133, 1976 in Staatskoerant 5229 van 16 Julie 1976. Hierdie proklamasie is ongeveer 'n maand later ingetrek ingevolge Proklamasie 159, 1976 in Staatskoerant 5253 van 11 Augustus 1976, wat om a 10(1)(a)*bis* in die hele Republiek in werking gestel het.

⁹⁰Wet 17 van 1956.

⁹¹Wet 34 van 1960.

⁹²Vgl Van der Vyver a w 138-45, asook die nuwe a 12B van Wet 44 van 1950 en die regulasies ingevolge dié artikel in Goewermentskennisgewing R 1281/1976 in Staatskoerant 5228 van 16 Julie 1976.

⁹³Vgl Van der Vyver a w 145-7 asook die nuwe a 12A van Wet 44 van 1950.

4 EVALUERING

Die Suid-Afrikaanse staatsveiligheidsreg het hoofsaaklik binne die betreklike kort tydperk van vyf-en-twintig jaar tot stand gekom en wel stuksgewys deur middel van veelvuldige wetgewingstukke, na gelang die behoefte daarvoor ontstaan het. Dit val op dat die staatsveiligheidsreg dikwels uitsonderings op normale regsreëls bevat: Noodweer en noodtoestand⁹⁴ onderlê die leerstuk *salus reipublicae suprema lex*; 'n spesiale staatsdepartement (die buro vir staatsveiligheid), wat anders as gewone staatsdepartemente funksioneer, is geskep; spesiale ampte, soos dié van die beampte wat die lysie van lede en ondersteuners van onwettige organisasies ingevolge artikel 8 van die Wet op Binnelandse Veiligheid 1950 moet bewaar en dié van die "registrateur van geaffekteerde organisasies" wat ingevolge artikel 3 van die Wet op Geaffekteerde Organisasies 1974 in die lewe geroep is, is geskep; die spesiale hersieningskomitee van artikel 10_{sex} van die Wet op Binnelandse Veiligheid 1950 moet tot stand gebring word; die uitsonderlike verskynsel van 'n permanente parlementêre kommissie is in die lewe geroep deur die Wet op die Parlementêre Kommissie vir Binnelandse Veiligheid 1976, en spesiale regsmiddele soos dié in paragraaf 3 hierbo gemeld, is ontwerp. 'n Bedreiging van die staatsveiligheid kan vandag per slot van rekening, soos in oorlogstye,⁹⁵ nie deur middel van die gewone reg bekamp word nie.⁹⁶ Dit is egter wel geregverdig om te vra of dit nie die saak van staatsveiligheid en geregtigheid sal dien as die staatsveiligheidswetgewing nou hersien en gekonsolideer word nie, en wel op so 'n wyse dat so min moontlik afgewyk word van die gewone reg.

Die belangrikste sinvolle klagtes oor ons staatsveiligheidsreg wat dikwels gehoor word, is dat die diskresies wat daardeur aan owerheidsorgane of -amptenare verleen word te wyd is en dat die vraag wát die staatsveiligheid bedreig, deur die wetgewing grootliks oopgelaat word en dit dus ook oorlaat aan die opinie of diskresie van owerheidsorgane.

In verband met die diskresieprobleem, kan by 'n hersiening van die staatsveiligheidswetgewing met vrug geput word uit die aansienlike volume bestaande reg met betrekking tot administratiewe diskresie-uitoefening. Die reëls van die administratiefreg met betrekking tot geregtelike kontrole van administratiewe handeling kan feitlik onveranderd toepassing verleen word in die staatsveiligheidsreg.⁹⁷ Om egter die probleem van skadelike publisiteit en die handhawing van sekerheid te oorkom, sou geregtelike hersiening van owerheidsoptrede ter beskerming van die staatsveiligheid in camera gehou kon word en die bepaling van byvoorbeeld die Wet op Amptelike Geheime 1956 sou op sodanige verrigtinge van toepassing gemaak kon word. Dit sal ruimte skep vir die optrede van gewone regsvertegenwoordigers voor gewone

⁹⁴Wat, hoewel dit "normale" regsfigure is, tog voorsiening maak vir die regverdiging van andersins wederregtelike handeling, en dus ook maar uitsonderings op die reël moontlik maak.

⁹⁵Vgl die *Krohn*-gewysde, supra.

⁹⁶Vgl die *Hathorn*-, *Brink*- en *Alexander*-gewysdes, supra.

⁹⁷Vgl oor die algemeen ivm die administratiefreg Marinus Wiechers *Administratiefreg* (1973), en in die besonder ivm die administratiewe diskresie en geregtelike kontrole hfst 5 en 6 van dié werk.

regters volgens die gewone prosedure, maar meebring dat enige betrokke 'n ernstige misdryf pleeg as hy enige inligting oor die proses aan ongemagtigde buitepersone verskaf.⁹⁸ Sodanige reëlins sal waarskynlik nie aanleiding kan gee tot onnodige gedingvoering nie, aangesien dit by geregtelike hersiening gaan om die vraag of die ter sake administratiewe handeling regsgeldiglik verrig is, dit wil sê of daar nie magsoorskryding of onreëlmatigheid was nie, en nie soseer om beleidsaangeleenthede nie. Tegelykertyd sal so 'n reëling die staatsveiligheidsreg so na as moontlik aan die gewone reg bring sonder om die staatsowerheid onnodig te belemmer in die handhawing van staatsveiligheid. Eweneens sal so 'n reëling die persone wat diskresie-belaai owerheidsampte beklee, ietwat verlig van die ontsaglike verantwoordelikheid van diskresie-uitoefening van dié omvang, terwyl geregtigheid gewaarborg sal wees.

In verband met die probleem dat ons staatsveiligheidswetgewing nie juis eksplisiet is oor die vraag welke handeling, omstandighede en gesindhede die staatsveiligheid bedreig nie, kan gesê word dat die antwoord te vinde behoort te wees in 'n statutêre omskrywing van die begrip "staatsveiligheid". Hierbo (paragraaf 1) is reeds aangedui dat die tendens van ons gemene reg, regspraak en wetgewing daarop dui dat "staatsveiligheid" fundamenteel beskou kan word as die teenoorgestelde van die verwoesting of omverwerping van die staat. Positief gestel, beteken "staatsveiligheid" die voortbestaan van die staat soos dit juridies gekonstitueer is. Die Republiek is basies in die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1961 gekonstitueer. Deur 'n statutêre definiërende koppeling van die begrip "staatsveiligheid" aan die grondwet, sou die wetgewer dus 'n makliker identifiseerbare wederregtelikhedsmoment in die staatsveiligheidsreg kon inbou. Tegelyk sou sodanige koppeling 'n konstante maatstaf bied by diskresie-uitoefening deur owerheidsorgane belas met die handhawing van staatsveiligheid. Daar kan nie ontken word dat so 'n definisie van staatsveiligheid ingevolge die grondwet steeds vatbaar vir wye interpretasie sou wees nie, maar dit is te betwyfel of dit moontlik is om 'n skerper-omiynde omskrywing te bedink sonder om die staatsowerheid onredelik in sy plig tot handhawing van die staatsveiligheid te belemmer. □

fiat iustitia, ruat coelum

⁹⁸Aangesien die administratiefregtelike hersieningsprosedure aan die gewone burgerlike houe 'n erkende en normale rol toeken, sou die erkenning (oftewel nie-uitsluiting) van die houe se hersieningsjurisdiksie in staatsveiligheidsaangeleenthede met aanpassings tov prosedure, aan ons staatsveiligheidsreg die eienskap van soliditeit gelyk aan dié van die Suid-Afrikaanse regsprekende gesag verleen. Daarteenoor vertoon die huidige verskynsels soos die nuwe hersieningskomitee, waarskynlike parlementêre debatte oor administratiewe optrede en die permanente parlementêre kommissie 'n beeld van ingrypende uitsonderlikheid, wat onafhanklik van ideologiese oorwegings oop is vir regs wetenskaplike kritiek.

Die amptelike curator ad litem van geestesongestelde persone

A Kruger

BA LLD

Kantoor van die prokureur-generaal, Kaapstad

SUMMARY

Historically the attorney-general has always been the curator ad litem of mentally-ill persons, and this is also provided for in the Mental Health Act of 1973.

One of the attorney-general's functions, in his capacity as official curator ad litem, is to transmit documents relating to the reception of mentally ill persons to the judge. In this capacity he only serves as a rubber stamp or clerk and it is contended that the master of the supreme court is the proper official to fulfil this function.

Section 20 of the act (in terms of which a person who avers that he is unlawfully being detained in a mental institution, may apply for his discharge either directly or through a curator ad litem) presents no problems and a clear procedure has developed in practice.

The provision in section 17 of the act, in terms of which the attorney-general as curator ad litem is required to perform certain functions and duties relating to litigation, specifically imposed by the act, serves a useful purpose and should be retained.

Artikel 17 van die Wet op Geestesgesondheid (Wet 18 van 1973; hierna "die wet" genoem) bepaal dat die prokureur-generaal binne sy regsgebied die amptelike curator ad litem is van 'n pasiënt aangehou kragtens 'n opnemingsbevel van 'n landdros of verder aangehou kragtens 'n bevel van 'n regter.¹ Dit is ons bedoeling om hieronder te probeer vasstel waarom hierdie bepaling in die wet is, na te gaan of dit in die wet behoort te wees, en te bepaal wat die bevoegdhedes en pligte van die amptelike curator ad litem is.

1 WAT IS 'N AMPTELIKE CURATOR AD LITEM?

'n Curator ad litem is iemand wat 'n hofgeding namens 'n ander behartig.² Hoe verskil 'n *amptelike* curator ad litem nou van 'n curator ad litem? Gaan 'n mens die vroeëre wetsbepalings na waaruit hierdie artikel voortgevloei het, blyk dat vroeër bepaal is dat die prokureur-generaal

¹Hierdie amptelike curator ad litem fungeer slegs met betrekking tot persone wat reeds as geestesongesteld gesertifiseer is, of deur 'n landdros of deur 'n regter. By 'n de lunatico inquirendo - waar 'n regter ondersoek instel (op aansoek van 'n applikant) na die geestesgesteldheid van 'n persoon - is die amptelike curator ad litem gevolglik nie betrokke nie (kyk reël 57 van die Hooggeregshofreëls).

²Vgl Herbstein en Van Winsen *The Civil Practice of the Superior Courts in South Africa* (2e uitg 1966) 154 waar die geleerde skrywers onder meer vermeld: "But if a person has already been declared by a competent court to be of unsound mind, he cannot sue or be sued without assistance." Kyk oor die aanstel van 'n curator ad litem: *Ex parte Mallach* 1921 TPD 514.

ex officio die curator ad litem sou wees.³ “Ex officio” beteken uit hoofde van ’n amp: die gevolg was dus dat die prokureur-generaal die curator ad litem sou wees sonder dat hy in elke geval aangestel sou moes word.⁴

2 WAAROM VERMELD DIE WET ’N AMPTELIKE CURATOR AD LITEM?

Die vraag waarom artikel 17 in die wet is, kan oï die beste beantwoord word aan die hand van ’n ontleding van die wetsbepalings waaruit dit voortvloei het.

Die eerste voor-Unie-wet,-proklamasie of-ordonnansie waarin ons ’n verwysing na die prokureur-generaal in hierdie verband kon vind, is in die Kaapse Lunacy Act 35 van 1891.⁵ Artikel 31 van daardie wet bepaal dat die “attorney-general”, die “solicitor-general” en die “crown prosecutor” vir hulle onderskeie reggebiede “ex officio curators ad litem” sal wees.

Die Transvaalse Wet 9 van 1894⁶ “[om] voorziening te maken voor de veilige bewaring van gevaarlijke krankzinnigen en voor de zorg en de bewaring van personen van gekrenkte geestvermogens,” onderteken deur president SJP Kruger en dr WJ Leyds, “staatssecretaris”, bevat bepalinge wat vir ons doeleindes van belang is. Die kantnote by artikels 31 en 32, wat lees soos ’n deurlopende opsomming van die artikels, is insiggewend:

31 “Staatsprocureur is *curator ad litem* van zulke krankzinnige.

32 en zal binnen een maand de zaak voor een Rechter in kamers brengen.”

Uit hierdie kantnote en uit die volledige artikels blyk dat die “staatsprocureur” se plig daarin geleë is om die saak voor die regter te bring in gevalle waar ’n “locale autoriteit” ’n aanhoudingsbevel uitgereik het, sodat die regter kan beslis of hy ’n verdere aanhoudingsbevel wil uitreik of ’n ander bevel (a 33). Die “staatsprocureur” verskyn dus voor die regter in die pasiënt se saak; die “staatsprocureur” is uit hoofde van sy amp die pasiënt se curator ad litem.

Die Vrystaatse “Lunacy Ordinance” (13 van 1906) bevat in artikel 13 ’n bepaling dat die prokureur-generaal ex officio die curator ad litem van aangehoude pasiënte is.⁷ In Natal het Wet 1 van 1868 (onderteken deur Erskine as koloniale sekretaris) geen verwysing na die prokureur-generaal of ’n amptelike curator ad litem bevat nie.⁸

Artikel 14 van die Wet op Geestesgebreken⁹ bepaal dat die prokureur-generaal in elke provinsie die amptelike curator ad litem is.

³Vgl a 31 van Kaapse Wet 35 van 1891 en a 13 van Kaapse Wet 1 van 1897; a 13 van Transvaalse Proklamasie 36 van 1902 en a 31 van Transvaalse Wet 9 van 1894 waar die woord “ambshalve” gebruik word, en a 13 van Ordonnansie 13 van 1906 (Oranje-Vrystaat).

⁴Sommige van die vroeëre wette verwys ook na ander persone as die “curator” by die “solicitor-general” en die “crown prosecutor of Griqualand West” in hulle gebiede.

⁵Hierdie wet het die “Lunatics Law Amendment Act” 20 van 1879 herroep. In laasgenoemde wet is daar geen verwysing na die prokureur-generaal of ’n amptelike curator ad litem nie.

⁶Geen kort titel word in die wet aangegee nie.

⁷Die bepaling is soortgelyk aan a 31 van die Kaapse Wet 35 van 1891.

⁸Hierdie wet is herroep deur Wet 38 van 1916 (Unie).

⁹Wet 38 van 1916. Die eerste Unie-wet wat die aangeleentheid betreffende kranksinniges volledig behandel. A 2 van Wet 14 van 1914 bepaal dat die onderskeie voor-Unie

Uit ons kommentaar by die Transvaalse wetsbepaling blyk dat ons van mening is dat hierdie bepaling – dat die prokureur-generaal ex officio die curator ad litem is – in die wet is omdat dit die funksie van die “staats-procureur” was om die saak van die pasiënt voor ’n regter te plaas. In die ander wetsbepalings wat bespreek is, word hierdie funksie uitgeoefen deur die prokureur-generaal, of dergelike amptenaar. Word in die onderskeie wette gekyk na die posisionering van hierdie bepaling, verkry die prentjie meer reliëf: telkens is daar ’n bepaling oor hoe ’n opnemingsbevel in die eerste plek verkry word – Kaapse Wet 35 van 1891: artikels 7, 8 en 27; Transvaalse Wet 9 van 1894: aa 5 en 27, en Vrystaatse Ordonnansie 13 van 1906: a 10; dan volg die bepaling dat die prokureur-generaal of soortgelyke persoon die curator ad litem is – Kaapse Wet 35 van 1891: a 31; Transvaalse Wet 9 van 1894: a 31, en Vrystaatse Ordonnansie 13 van 1906: a 13; dan dat die curator ad litem die saak voor ’n regter moet lê – Kaapse Wet 35 van 1891: a 32; Transvaalse Wet 9 van 1894: a 31, en Vrystaatse Ordonnansie 13 van 1906: a 14; en dan word bepaal wat die regter kan doen – Kaapse Wet 35 van 1891: a 33; Transvaalse Wet 9 van 1894: a 33, en Vrystaatse Ordonnansie 13 van 1906: a 15.

Die vraag hierbo gestel, kan dus soos volg beantwoord word: die prokureur-generaal is die amptelike curator ad litem (ex officio die curator ad litem) omdat hy, soos blyk uit die vroeëre wetsbepalings, die persoon is wat die saak van die pasiënt, nadat die (voorlopige) opnemingsbevel uitgereik is, voor ’n regter moet plaas. Hy ageer voor die regter as curator ad litem. Ons kom hieronder terug op die vraag of hierdie bepaling nog vandag sin het.

3 DIE PLIGTE EN BEVOEGDHEDE VAN DIE AMPTELIKE CURATOR AD LITEM

(1) Deurstuur van dokumente aan regter

Uit bostaande bespreking blyk dat dit die plig is van die amptelike curator ad litem om die saak van die pasiënt voor ’n regter te bring: hierdie plig is tans beliggaam in artikel 18(3) van Wet 18 van 1973.

(2) Verdere verslag kan aangevra word

Die amptelike curator ad litem kan ook ’n verdere verslag oor die geestestoestand van die pasiënt aanvra.¹⁰

prokureurs-generaal voortaan ex officio curator ad litem sou wees vir die onderskeie provinsies. Die kantnoot by hierdie artikel lui soos volg: “Prokureurs-Generaal zijn *curators ad litem* over krankzinnigen in plaats van Minister van Justisie.” Genoemde a 2 vermeld dan ook aan die einde daarvan dat sy bepalings geld niesteenstaande die bepalings van a 139 van die Zuid-Afrika Wet 1909, welke laasgenoemde artikel bepaal dat die “rechtspleging in de ganse Unie” onder ’n minister staan. Die 1914-wetgewer het skynbaar gemeen dat deur sy funksies as ex officio curator ad litem uit te oefen, die prokureur-generaal ’n regsplegende funksie kon uitoefen, waardeur hy inbreuk sou maak op die regte van die minister ingevolge a 139 van die Zuid-Afrika Wet 1909. A 95 van die Republiek-Grondwet 32 van 1961 beklee die minister van justisie met alle administratiewe werksaamhede ivm die regspleging. Netsoos Wet 38 van 1916 bevat die huidige Wet op Geestesgesondheid 18 van 1973 geen behoudingsbepaling in a 17 tot v die Grondwet nie. Wet 18 van 1973 het op 27 Maart 1975 in werking getree.^{10a} 18(3). A 16 van Wet 38 van 1916 bevat ’n soortgelyke bepaling. Die regter kan ook die amptelike curator ad litem oproep om voor hom te verskyn (a 19(1)(b)).

(3) Ondersoek na regmatigheid van aanhouding van pasiënt

Artikel 20 van die wet bevat ook 'n verwysing na 'n curator ad litem. Hierdie artikel bepaal dat iemand wat kragtens 'n bevel van 'n landdros of 'n regter aangehou word regstreeks of deur 'n curator ad litem by die hof aansoek kan doen om 'n ondersoek na die rede en gronde van sy aanhouding.¹¹

'n Pasiënt wat meen dat hy onregmatiglik aangehou word, kan bv 'n brief aan die prokureur-generaal skryf waarin hy beweer dat hy nie geestesiek is nie, die prokureur-generaal plaas dan daardie brief voor 'n regter in kamers, en die hof stel dan 'n advokaat aan as curator ad litem om die saak te ondersoek en verslag te doen.¹² By die ondersoek na die aanhouding van die pasiënt moet dan aanwesig wees: die prokureur-generaal, die curator ad litem en die superintendent van die inrigting waar die pasiënt aangehou word.¹³ Die prosedure word soos volg uiteengesit deur regter Holmes in *Trimble* se saak:¹⁴

"But however all this may be, a procedure has crystallised in the Transvaal which is to the following effect:

- 1 The patient's application may be laid informally before a Judge in his Chambers who shall decide whether he thinks any action should be taken.
- 2 The Judge may, *inter alia*, ask some counsel to interview the patient and file a report.
- 3 The Judge may, if he thinks that there is sufficient reason, order an enquiry to be held, and may appoint counsel as *curator-ad-litem* therefor. The enquiry will be held by the Full Court (that is, more than one Judge)" (p 23).

¹¹A 19 van Wet 38 van 1916 bevat dieselfde bepaling. Ook a 17 van Kaapse Wet 1 van 1897 en a 35 van Kaapse Wet 35 van 1891 bevat hierdie bepaling. Soos reeds hierbo vermeld, bevat Wet 20 van 1879 (Kaap) geen verwysing na die prokureur-generaal of 'n amptelike curator ad litem nie. Laasgenoemde wet bepaal wel dat 'n regter mag ondersoek instel na 'n geval waar 'n persoon wat nie geestesgebrekig is nie, aangehou word in 'n inrigting.

¹²In *Ex parte Attorney-General: in re a mental patient* 1927 TPD 589 maak regter Gey van Pittius onder meer die volgende opmerkings:

"In this matter the Attorney-General, as official curator *ad litem*, under sec 14 of act 38 of 1916, of the mental patient C-- D--, asks for an order directing that an enquiry be held in terms of sec 19 of the Mental Disorders Act no 38 of 1916 into the cause and grounds of the detention of this patient, C-- D--, and for the appointment of some other curator *ad litem* for the purpose of making an application for such enquiry. (589-90)

"It appears that Dunning wrote to the *Attorney-General* practically asking for an enquiry into the cause of his detention. (590)

"The Act provides that a patient may apply directly for an enquiry, and we think as little formality as is possible should attach to such an enquiry. If an application by letter is made by a patient such application should be submitted to the Judge-President, or other judge of the Supreme Court . . ."

Ook in *Ex parte Attorney-General: in re Simon* 1928 OPD 64 is 'n brief aan die prokureur-generaal gestuur waarin aansoek gedoen is dat 'n ondersoek ingevolge a 19 van die wet gehou word. Die hof het 'n advokaat (nie lid van die prokureur-generaal se personeel nie) aangestel om verslag te doen nadat hy 'n onderhoud met die pasiënt gehad het.

¹³In die saak *In re a mental patient* 1928 TPD 98 het die hof besluit dat 'n ondersoek ingevolge a 19 gehou kan word nadat verslag aan die hof uitgebring is deur 'n curator ad litem deur die hof aangestel (vgl *Simon* se saak hierbo). By die ondersoek moet die curatores ad litem en die superintendent dan aanwesig wees (99).

¹⁴*Ex parte Trimble* 1958 4 SA 22 (N).

Volledigheidshalwe moet hier verwys word na die vraag of *staats-presidentspasiënte* (kyk aa 27, 28 en 29 van Wet 38 van 1916; die 1973-wet praat ook van "presidentspasiënt" (aa 28 en 29)) ook aansoek kan doen dat ingevolgt artikel 20 van die wet ondersoek ingestel word na die vraag of hulle regmatiglik aangehou word. Hoewel in *Van Copperbagen v Vermooten NO*¹⁵ beslis is dat 'n ondersoek in dergelike omstandighede wel gehou kan word, het die volbank van die Transvaalse provinsiale afdeling beslis dat sodanige ondersoek nie gelas kan word nie.¹⁶

(4) Die goed van die pasiënt

Die amptelike curator ad litem het geen verpligting ivm die eiendom van die pasiënt nie.¹⁷

(5) Die persoon van die pasiënt

Mediese behandeling kan hier as illustrasie dien. Die feit dat 'n persoon 'n pasiënt is in 'n inrigting beteken nie dat die geneeshere in bevel enige operasie op hom kan uitvoer wat hulle meen tot sy voordeel is nie. 'n Mediese ingryping is eintlik 'n aanranding tensy dit geregverdig word deur die toestemming van die pasiënt of ander bevoegde persoon of 'n ander regverdigende omstandigheid.¹⁸ Algemeen gesproke kan 'n gesertifiseerde pasiënt nie toestem nie,¹⁹ en sodra dit gaan om 'n ernstige ingryping, soos bv 'n operasie, sal toestemming verkry moet word.²⁰

¹⁵1954 1 SA 290 (T).

¹⁶*Kahn and another v Commissioner for mental Hygiene* 1956 3 SA 307 (T).

¹⁷Afhangende van die geraamde waarde van die eiendom van die pasiënt, stel die hof, die meester of 'n regter in kamers, 'n curator bonis aan (a 56(1)). In afwagting van 'n aanstelling deur die hof, kan die meester 'n curator bonis aanstel (a 56(2)). In dergelike gevalle sal die meester 'n aansoek voor die hof bring vir 'n sodanige aanstelling, maar die pasiënt kan ook 'n eie advokaat gebruik (*Ex parte Gifford* 1924 TPD 376 377). Die amptelike curator ad litem speel hier glad nie 'n rol nie.

In *Ward NO v Lockbat Ltd* 1928 AD 279 het 'n skuldeiser van 'n pasiënt die prokureur-generaal gedagvaar in sy hoedanigheid as amptelike curator ad litem van die pasiënt. Die hof beslis dat die amptelike curator ad litem net die pligte het wat die wet hom opleë, en dat hy geen verpligting het ivm die eiendom van die pasiënt nie. Op 284-5 laat appèlregter Curlewis hom soos volg uit: "The various provisions of the Act to which I have referred indicate what the duties and functions are of the official *curator ad litem*, and as that office was created by the Act, the official *curator ad litem* can be required and called upon to perform only those duties and functions which are expressly or impliedly imposed for the purposes of the Act, and for those purposes only. For anything that concerns his property a curator must be appointed, and when such a curator has been appointed he is the person to be sued."

(Vgl ook *Ex parte Davies and another* 1973 4 SA 455 (R), wat oor die Rhodesiese wet gaan.)

¹⁸Die persoon wat toestem, moet bewus wees van die risiko's wat sodanige toestemming teweegbring (*Esterhuizen v Administrator of Transvaal* 1957 3 SA 710 (T)).

¹⁹*Ex parte Dixie* 1950 4 SA 748 (WLD) 751; Gordon Turner and Price *Medical Jurisprudence* (1953) 161; die geleerde skrywers vermeld ook dat 'n kommissie van ondersoek bevind het dat geen verandering in die reg wat betref toestemming in sulke gevalle gemaak word nie; Strauss en Strydom *Die Suid-Afrikaanse geneeskundige reg* (1967) 201-4.

²⁰Die regulasies dek tans slegs 'n leukotomie (die aard van so 'n operasie word in *Dixie* se saak bespreek): kyk Staatskoerant 27 Maart 1975, Goewermentskennisgewing R 565, regulasie 7.

Speel die amptelike curator ad litem 'n rol hier? Regulasie 7, wat handel oor leukotomie, bepaal in paragraaf (3)(c) soos volg:

"waar geen sodanige naasbestaande beskikbaar is nie, die skriftelike toestemming van die amptelike *curator ad litem*".²¹

Dit blyk dus dat waar daar geen naasbestaande beskikbaar is om toestemming te gee tot 'n leukotomie nie, die amptelike curator ad litem genader sal word vir toestemming en die verklarings van minstens drie psigiaters sal voor hom geplaas word (reg 7(2)).²²

Waar dit gaan om toestemming vir 'n ander operasie as 'n leukotomie, sal die hof 'n bevoegde persoon ('n advokaat of mediese spesialis) aanstel, welke persoon dan kan beslis of hy tot die operasie moet toestem of nie.²³

Die vraag ontstaan nou watter prosedure gevolg moet word om 'n dergelike curator aangestel te kry vir doeleindes van toestemming tot 'n operasie.²⁴ Twee moontlike konstruksies bestaan hier.

(i) *Gesien van die hospitaalowerbede se kant*

Die geneesheer besluit dat hy 'n operasie wil uitvoer op 'n pasiënt of bv dat elektrokoktherapie die aangewese behandeling is vir 'n gesertifiseerde pasiënt. Die pasiënt self kan nie toestem nie omdat hy nie weet wat sy toestemming beteken nie, en geen naasbestaandes gevind kan word nie. Die mediese superintendent gaan nou na die staatsprokureur, en laasgenoemde stel 'n advokaat aan om ingevolge a 60(1) van Wet 18 van 1973 by die hooggeregshof aansoek te doen om die aanstel van 'n curator (waarskynlik 'n psigiater van 'n ander hospitaal).²⁵ Die stukke word op die prokureur-generaal bestel in sy hoedanigheid as amptelike curator ad litem van die pasiënt oor wie die aansoek gaan.

Die amptelike curator ad litem het dan die gewone regte van 'n respondent. Die hof stel die curator aan as hy die aansoek toestaan; die curator gee of weerhou sy toestemming tot die operasie; die saak is afgehandel.

(ii) *Gesien van die pasiënt se kant*

Die pasiënt sit in 'n inrigting. Hy is nie bevoeg om tot 'n operasie toe te stem of nie. Hy moet nou die hof gaan vra om iemand aan te stel om hom

²¹GK R 565; 27 Maart 1975.

²²Die operasie kan egter nie uitgevoer word sonder die goedkeuring van die sekretaris van gesondheid nie (reg 7(5)). Die vraag ontstaan waarom die amptelike curator ad litem ook sy toestemming moet gee. Hy baseer immers sy besluit om toestemming te gee of te weerhou op dieselfde mediese verklarings as wat die sekretaris doen, behalwe vir die feit dat die amptelike curator ad litem geen mediese agtergrond het nie.

²³Kyk *Dixie* se saak, in fine. Die aanstelling van 'n curator ad litem is 'n ernstige ingryping. So 'n curator kan nie aangestel word sonder dat die pasiënt as geestesongesteld verklaar word nie (*Hudson v Price* 1933 CPD 367; *Martinson v Brown*; *Gray NO v Armstrong* 1961 4 SA 107 (K) veral op 109E).

²⁴In *Dixie* en *Martinson* het die prosessuele aspekte nie ter sprake gekom nie.

²⁵Die aansoek geskied by wyse van kennisgewing van mosie (reël 6 van die Hooggeregshofreëls), en volg ongeveer die bewoording van vorm 2 by daardie reëls, en word ondersteun deur beëdigde verklarings van die mediese superintendent (wat die geskiedenis van die pasiënt beskryf en verklaar dat geen naasbestaandes van die pasiënt beskikbaar is nie) en die behandelende geneesheer wat die redes uiteensit waarom hy verlang dat die operasie uitgevoer word. Die hof moet ook ingelig word dat die persoon wat aangestel sal word as curator bereid is om so 'n aanstelling te aanvaar.

behulpsaam te wees ten einde te besluit of die operasie gewens is al dan nie. Maar die pasiënt het geen locus standi in iudicio nie omdat hy geestesongesteld is. Wat doen hy nou? Die wet het reeds vir hom iemand aangestel om hofgedinge namens hom te behartig: ampshalwe is die prokureur-generaal sy curator ad litem. In hierdie geval bring die amptelike curator ad litem die aansoek voor die hof as applikant, en die resultaat is dieselfde as hierbo beskryf.²⁶

(6) Die ontslag van presidentspasiënte

Die amptelike curator ad litem het ook sekere pligte by die ontslag van presidentspasiënte ingevolge a 29 van die wet. Dit gaan hier om persone wat ingevolge aa 27, 28 en 29 van Wet 38 van 1916 geestelik gekrenk of gebrekkig is (vgl *S v Mablinza* 1967 1 SA 408 (A)). Dit is die funksie van die amptelike curator ad litem om te beslis of die aanklag met betrekking waartoe iemand as 'n presidentspasiënt aangehou word, ernstige geweld behels of nie behels nie. Die ontslag-prosedure verskil.

(a) Geweldsgevalle

Die amptelike curator ad litem doen by 'n regter in kamers aansoek dat die presidentspasiënt voorwaardelik of onvoorwaardelik ontslaan word of nie meer as sodanig beskou word nie (a 29(1)). Ná ontvangs van die regter se aanbeveling kan die staatspresident die minister van justisie magtig om die pasiënt te ontslaan of te herklassifiseer.

Die amptelike curator ad litem moet hier beslis of die belange van die gemeenskap sowel as dié van die pasiënt gedien sal word deur sy aansoek. Die tweeslagtigheid van die belange blyk hier: die prokureur-generaal as vervolger; die curator ad litem as behartiger van die pasiënt se hofbelange.

(b) Nie-geweldsgevalle

In hierdie gevalle kan die minister van justisie ontslag of herklassifisering magtig nadat hy 'n verslag van die betrokke hospitaalraad en van die amptelike curator ad litem verkry het. Ook hier moet die amptelike curator ad litem oorweging skenk aan die belange van die pasiënt en die gemeenskap.²⁷

4 KONKLUSIES

(1) Artikel 18(3): aanhoudingsbevele

Die wette weerspieël tot op 'n sekere hoogte die gangbare bejeëning wat in 'n land op 'n sekere tydstip bestaan teenoor sekere toestande of mense. Die provinsiale wetsbepalings waarna ons hierbo verwys het weerspieël – dit blyk trouens uit hulle opskrifte²⁸ – die houding dat kranksinnige mense op-

²⁶Ingevolge a 60(1) het die hof die bevoegdheid om 'n (ander) curator ad litem aan te stel (kyk *Ex parte Davies and Another* 1973 4 SA 455 (R)).

²⁷Sien a 37(2) van die wet vir 'n soortgelyke prosedure by die ontslag van 'n geestesongestelde gevangene.

²⁸Kaapse Wet 1 van 1897: "To amend and add to the Law relating to Lunatics." Natal Wet 1 van 1868: "To make provision for the safe custody of persons dangerously insane, and for the care and custody of persons of unsound mind." Vrystaat Ordonansie 13 van 1906: "To amend and add to the Law relating to Lunatics."

gesluit en veilig bewaar moet word. Die uitgangspunt is skynbaar eerder die beveiliging van die maatskappy as die genesing van die pasiënt (hoewel laasgenoemde oogmerk nie uitgesluit word deur die wette nie).

Deur te beveel dat sekere persone vervolg word weens beweerde misdade (ingevolge a 3(1) van die Strafproseswet 51 van 1977) behartig die prokureur-generaal die belange van die openbare orde. In die genoemde provinsiale wetsbepalings gaan dit oor 'n persoon (die pasiënt) wat in 'n inrigting toegesluit moet word. En wie is nou die amptenaar wat in ander sake die regter vra om mense toe te sluit? Die prokureur-generaal.

Die huidige wet bepaal nou dat die prokureur-generaal in sy hoedanigheid as amptelike curator ad litem die saak voor die regter moet plaas. Bestaan daar vandag nog regverdiging vir 'n dergelike reëling? Na ons mening nie. In die praktyk is die prokureur-generaal niks meer nie as 'n rubberstempel wat die saak net verder vertraag en soms as klerk fungeer om dokumente in orde te kry. Weliswaar het die amptelike curator ad litem ingevolge artikel 18(3) die bevoegdheid om 'n verdere mediese verslag aan te vra, maar ons glo dat dit in die praktyk baie selde gebeur. Die regter kan ook 'n verdere verslag aanvra, en hy is immers die persoon wat die bevel moet onderteken.

Die funksie wat hier aan die amptelike curator ad litem opgedra word om die stukke na te gaan en aan die regter deur te stuur het vandag geen bestaansreg meer nie. Die griffier is die aangewese amptenaar om stukke te ontvang en aan die regter voor te lê; en hy behoort die stukke in hierdie geval ook direk te ontvang en aan die regter voor te lê.

(2) Artikle 20: bewering van onregmatige aanhouding

Ons het hierbo reeds verwys na artikel 20 van die wet, ingevolge waarvan 'n persoon wat aangehou word direk of deur 'n curator ad litem by die hof aansoek kan doen dat ondersoek na die gronde en redes vir sy aanhouding ingestel word. Ons het ook verwys na die prosedure wat in die praktyk uitgekristalliseer het waarvolgens hierdie gevalle deur die hof behandel word. Dergelike gevalle kom – vir sover aan ons bekend – betreklik weinig in die praktyk voor, en ons meen nie dat – veral gesien die duidelike praktyk wat ontstaan het – enige wysiging van die reg in hierdie opsig aangewese is nie.

(3) Artikel 17: curator ad litem

Ooreenkomstig artikel 17 is die prokureur-generaal uit hoofde van sy amp die curator ad litem van gesertifiseerde geestesongestelde persone. Waar sodanige persoon in 'n hofgeding betrokke raak, is die prokureur-generaal daar om ampshalwe sy belange in die hof te behartig. Slegs verpligtinge wat die wet uitdruklik of implisiet op die amptelike curator ad litem oplê, is hier ter sake (*Ward* se saak). Hierdie bepaling dien 'n doel en behoort behou te word. □

Transvaal Wet 9 van 1894: "Om voorziening te maken voor de veilige bewaring van gevaarlijke krankzinnigen en voor de zorg en de bewaring van personen van gekrenkte geestvermogens."

Aantekeninge

DIE BEWYSLAS TEN AANSIEN VAN DIE BUITENSPORIGHEID VAN 'N STRAFBEDING

Sedert die aanname van die Wet op Strafbedinge¹ het die vraag op watter party die bewyslas rus in 'n geding wat oor 'n strafbedrag handel, telkens ter sprake gekom. Ten spyte van die kritieke belang van die ligging van die bewyslas en ten spyte daarvan dat die wet reeds 15 jaar op die wetboek staan, toon 'n ondersoek van die gewysdes dat die howe dit allermins eens is oor presies watter party² die bewyslas dra. In die jongste tyd weer het r Baker die volgende stelling gemaak: "Die bewyslas om die strafbedrag te regverdig rus, na my mening, op eiser, want die strafbedrag is prima facie buitensporig."³ Die vraag wat hier ondersoek word, is of dié stelling juis is.

Dit is ongetwyfeld waar dat dit dikwels besonder netelig is om die ligging van die bewyslas te bepaal omdat seker geen ander bewysregtelike vraagstuk meer subtile beginsels betrek nie. Haas geen ander vraagstuk hou groter voor- en nadele vir die litigerende partye in as juis die ligging van die bewyslas nie. Die resultaat van 'n verhoor mag wentel om die vraag of 'n besondere gedingsparty hom van die bewyslas wat op hom rus, gekwyd het. Die bewyslas bepaal watter party die onderspit delf indien onvoldoende getuienis aan die hof voorgelê word om tot 'n bevinding te geraak aangaande 'n feitlike geskildpunt.⁴ In *Vengatsamy v Scheepers* is dit soos volg gestel: "It is only where the evidence is inconclusive that the *onus* of proof becomes decisive."⁵

Ten einde die verwarring wat by ons howe heers oor die ligging van die bewyslas ten aansien van strafbedinge aan te toon, is dit gepas om na enkele dicta te verwys. Die Vrystaatse hof laat hom by monde van r De Wet soos volg oor die kwessie van bewyslas uit:

"Dit moet vervolgens oorweeg word op welke party die bewyslas rus om sodanige benadeling te bewys. Waar vermoënskade ter sprake is wil dit voorkom dat die bewyslas op die skuldenaar rus om te bewys dat die strafbedrag verminder behoort te word. Waar daar egter alleenlik sprake is van benadeling wat deur 'n strafbeding voorkom wil word . . . wil dit vir my egter voorkom dat die bewyslas op die eiser rus om sodanige benadeling te bewys."⁶

¹Wet 15 van 1962 wat op 5 Maart 1962 in werking getree het.

²Terminologie wat infra gebruik word is soos volg: Skuldeiser vir die party wat die voordeel van die strafbedrag verkry en skuldenaar of verweerder vir die party wat die voordeel verskuldig is.

³*Bester v Smit* 1976 4 SA 751 (K) 759H.

⁴Schmidt *Die Bewysreg* 19.

⁵1946 NPD 84 85.

⁶*Bloemfontein Munisipaliteit v Ulrich* 1975 4 785 (O) 790F.

Regter Van Rhyne van die Noord-Kaapse afdeling verklaar soos volg:⁷

“Ek meen egter dat in die praktyk, ’n bewyslas op ’n eiser, hom geen groter of ander moeilikhede in die weg lê as wat die gemene reg in gewone aksies meebring nie^[8] . . . Waar ’n verweerder in ’n verdedigde aksie kaspie maak teen die billikheid van bedoelde verhouding,^[9] berus die bewyslas op die eiser om die hof op ’n oorwig van waarskynlikhede tevrede te stel dat hy geregtig is op wat hy, die eiser, aanvra^[10] . . . Ek meen dat my houding dat die gewone reël geld, naamlik dat die bewyslas by die bepaalde eiser berus, gesterk word deur die bepaling in artikel 3 wat lees: ‘Met dien verstande dat die hof by die bepaling van die omvang van bedoelde nadeel nie slegs die skuldeiser se vermoënsbelange in ag neem nie, maar ook enige ander regmatige belang wat deur die doen of late geraak word.’

Hierdie voorbehoudsbepaling, verwys seer sekerlik na feite waarvan ’n eiser kennis behoort te dra en in meeste gevalle buite die kennis van die verweerder strek.”¹¹

Die Natalse hof stel dit by monde van r Kennedy en wn r Milne soos volg:

“[T]hen, in our view, it is still the position that, in a case of this nature, where it is almost impossible accurately to ascertain, in terms of money, the results of a breach of contract, it is for the debtor to establish that it would be unfair to him not to reduce the penalty.”¹²

Tot sover drie afdelings en drie verskillende menings. Om enigsins dieper in die dicta te delf, sal die verwarring net vergroot en dié bespreking onnodig uitrek. Die verwarring wat in die gewysdes voorkom, word deur ons skrywers bestendig, soos blyk uit die volgende twee standpunte wat bloot verteenwoordigend is van die verskillende menings:

“Die Romeins-Hollandse skrywers stel dit nie bo twyfel op watter party die bewyslas rus nie, maar Wessels^[13] meen dat die bewyslas op die verweerder rus om aan te toon dat die strafbedrag buite verhouding tot die gelede nadeel is en Hepple stel hom op dieselfde standpunt. Hy verklaar ‘. . . it seems inevitable that the defendant will have to prove that the penalty is excessive if he wishes to escape all its consequences’.”¹⁴

Belcher huldig daarenteen presies die teenoorgestelde mening. Hy verklaar:

“[T]he result of the Act is to place the onus on the creditor, in all cases, of satisfying the court that his claim is in proportion to the damages sustained; an onus not different in any marked extent to that of actually proving the damages (*sic*) sustained.”¹⁵

In die lig van die botsende menings van ons howe en skrywers skyn dit wenslik te wees om, vanweë die wesenlike belang wat die ligging van die bewyslas vir gedingvoerende partye het, regswetenskaplike riglyne aan die hand te doen met betrekking tot die bewyslas in gedinge wat wentel om die vraag of ’n strafbedrag verminder behoort te word of nie.

⁷*Cous v Henn* 1969 1 569 (GW).

⁸572E.

⁹dit wil sê die verhouding tussen die strafbedrag en die nadeel deur die skuldeiser gely.

¹⁰573A.

¹¹573B.

¹²*Maiden v David Jones* 1969 1 59(N) 63D-E.

¹³Wessels *Law of Contracts* par 3373.

¹⁴1961 *SALJ* 452.

¹⁵1962 *SALJ* 87.

Die ligging van die bewyslas word bepaal deur die materiële reg en die pleitstukke en verskuif nie gedurende die verhoor nie,¹⁶ terwyl die “weerleggingslas” gedurende die loop van ’n geding telkens van die een gedingsparty na ’n ander kan skuif. Uitgesonderd die eenvoudigste sake, kan daar verskillende geskilpunte wees, en die bewyslas ten opsigte van die verskillende feite in geskil kan op verskillende partye rus. Dit kan aanvaar word dat in ’n geding om ’n strafbedrag af te dwing, die bewyslas op die skuldeiser rus om die ter sake kontraktuele verpligting, die doen of late in stryd daarmee, en die strafbeding te bewys.¹⁷ Bewyslas word hier egter gebruik in die betekenis van welke party die onderspit delf indien onvoldoende getuïenis aan die hof voorgelê word ten einde tot ’n beslissing te kan kom. Waarnemende appèlregter Davis het bewyslas in dié betekenis met sy gebruiklike helderheid soos volg geformuleer:

“[I]n my opinion, the only correct use of the word *onus* is that which I believe to be its true and original sense (cf. D.31.22) namely, the duty which is cast on the particular litigant, in order to be successful, of finally satisfying the Court that he is entitled to succeed on his claim or defence as the case may be . . .”¹⁸

Onses insiens behoort die bewyslas in die genoemde (korrekte) betekenis sonder twyfel op die skuldenaar te rus om te bewys dat die strafbedrag buite verhouding is tot die nadeel wat deur die skuldeiser gely is. Ter ondersteuning van hierdie stelling word op die volgende gewys:

(1) Eerstens blyk dit dat, ofskoon die wetgewer nie uitdruklik bepaal welke party die bewyslas dra nie, daar uit artikel 3 van die wet minstens ’n geïmpliseerde bedoeling dat die skuldenaar die bewyslas moet dra, af te lei is. Die relevante gedeelte lui soos volg:

“Indien dit by die verhoor van ’n eis om ’n strafbedrag vir die hof blyk dat daardie bedrag buite verhouding is tot die nadeel deur die skuldeiser gely weens die doen of late ten opsigte waarvan die straf beding is, kan die hof die strafbedrag verminder in die mate wat hy onder die omstandighede billik ag: . . .”

Daar word aan die hand gedoen dat die woorde “. . . vir die hof blyk dat daardie bedrag buite verhouding tot die nadeel deur die skuldeiser gely . . . is” net kan dui op ’n bewyslas wat op die skuldenaar geplaas word. Die skuldeiser steun juis op die strafbeding en dit kan nie van hom geverg word om die hof te oortuig dat die bedrag van die strafbeding buite verhouding is tot die nadeel wat deur hom gely is nie. Die las kan tog nie op hom rus om sy eie saak te benadeel nie. Dit is sekerlik die taak van die skuldenaar om te bewys dat die strafbedrag buite verhouding is tot die nadeel deur die skuldeiser gely, want hy is die party wat die bestaande stand van sake wil verander. Indien beweer word dat die skuldeiser die bewyslas dra, word die betrokke bepaling vertolk asof dit sou lui: “Indien dit vir die hof blyk dat daardie bedrag *nie* buite verhouding is nie, tot die nadeel deur die skuldeiser gely, word die bedrag onverminderd gelaat.” Indien die betrokke artikel so gelui het, sou die afleiding geregverdig gewees het dat die skuldeiser die bewyslas dra om aan te toon dat die strafbedrag nie buite verhouding is tot die nadeel wat deur hom gely is nie. Die wet is egter nie so bewoerd nie, en indien die

¹⁶*Tregea v Godari* 1939 AD 28.

¹⁷1972 *SALJ* 229 233.

¹⁸*Pillay v Krishna* 1946 AD 946 952-953.

wetgewer so 'n bewyslasreëling wou invoer, moes hy dit op ondubbelsinnige wyse gedoen het.¹⁹

(2) Daar bestaan 'n algemene reël dat die bewyslas op die verweerder rus waar hy 'n "spesiale verweer" opper.²⁰ Dit geld veral 'n geval soos die onderhawige waar dit 'n verweer is van erkenning met teenwerping ("confession and avoidance"). Die verweerder erken dat daar 'n kontrak met 'n strafbeding tussen hom en eiser bestaan, en hy erken dat hy kontrakbreuk gepleeg het en dat die strafbeding nou in werking moet tree, maar hy werp teë dat die strafbedrag buite verhouding is tot die nadeel wat die eiser gely het.

(3) Die feit dat die bewyslas nie anders as op die skuldenaar kan rus nie, blyk nêrens duideliker as in die geval waar die hof by afloop van die verhoor in onsekerheid gelaat word omtrent welke party die onderspit moet delf nie. Gestel dat die ooreengekome strafbedrag R500,00 bedra, en dat die skuldenaar kontrakbreuk gepleeg het. Indien die skuldeiser in enige geding om vermindering van die strafbedrag, soos beweer word, die bewyslas dra, en die hof by afloop van die verhoor nòg na die een nòg na die ander kant oortuig is, blyk die werklikheid se wraak baie duidelik. Volgens die gewone reëls moet die skuldeiser, indien hy die bewyslas dra en hom nie daarvan gekwyt het nie, die onderspit delf. Die strafbedrag sal gevolglik verminder moet word, maar tot watter bedrag? Hoe kan die hof die ooreengekome bedrag verminder indien die hof nie oortuig is dat dit verminder behoort te word nie? Moet koste teen die skuldeiser toegeken word omdat hy hom nie van sy bewyslas gekwyt het nie ofskoon die hof nie oortuig is dat die strafbedrag verminder behoort te word nie? Die onhoudbaarheid van die stelling dat die skuldeiser die bewyslas moet dra, is voor-die-hand-liggend. Daarteenoor, indien die skuldenaar die bewyslas dra, word geen probleme ondervind nie. Gestel weer eens dat die ooreengekome strafbedrag R500,00 is en dat die skuldenaar nie daarin slaag om die hof te oortuig dat die strafbedrag verminder behoort te word nie. In so 'n geval moet die skuldenaar die onderspit delf, en sal die hof bloot die ooreengekome strafbedrag aan die skuldeiser toeken.

(4) Vierdens moet daarop gewys word dat een van die oorwegings waarop gesteun word, ten einde 'n saak daarvoor uit te maak dat die bewyslas op die skuldeiser behoort te rus, die feit is dat die skuldeiser maklik sy werklike nadeel kan bewys, terwyl die skuldenaar normaalweg weinig of geen kennis dra van die werklike nadeel deur die skuldeiser gely nie. Ofskoon die argument oënskynlik meriete het, berus dit op 'n wanopvatting van die juiste regsposisie. Die korrekte stand van die reg word weergegee in die volgende passasie:

"It has been suggested . . . that the onus of establishing any defence based upon mechanical defect must be upon the accused because necessarily the facts relating to it are peculiarly within his own knowledge. The facts, however, relating to a defence of provocation or self-defence . . . are often peculiarly within the knowledge of the

¹⁹Vergelyk *Debate van die Volksraad* Vol 2 Kol 830 van 8 Februarie 1962 waaruit dit blyk dat die wetgewer dit op die oog gehad het dat die skuldenaar die bewyslas moet dra.

²⁰Schmidt a w 32 e v.

accused . . . yet . . . the onus of disproving them undoubtedly rests upon the prosecution. There is no rule of law that where the facts are peculiarly within the knowledge of the accused, the burden of establishing any defence based on these facts shifts to the accused.”²¹

Dit moet nadruklik gestel word dat die blote omstandigheid dat kennis van ’n bepaalde feit in geskil binne die bestek van die skuldeiser se kennis val, nie die bewyslas op hom kan plaas nie.

Ofskoon die omstandigheid dat kennis omtrent ’n bepaalde feit in geskil in die besonder binne die kennis van die skuldeiser val, nie die ligging van die bewyslas kan bepaal nie, speel dit wel deeglik ’n rol by die sogenoemde “weerleggingslas” wat op die skuldeiser rus nadat die skuldenaar ’n prima facie-saak uitgemaak het. Die rede hiervoor is dat die quantum getuienis wat van die skuldeiser met besondere kennis verwag word, meer is as van die party wat nie oor die besondere kennis beskik nie. Die hof sal dus nie van die skuldenaar op wie die bewyslas rus, vereis om verder te gaan met die voorlegging van getuienis as wat ’n redelike man in die omstandighede sou kon gaan nie. Indien die skuldenaar daarin slaag om ’n prima facie-saak uit te maak wat ’n antwoord verg, het hy, by afwesigheid van getuienis van die kant van die skuldeiser, hom van die volle bewyslas gekwyt.²² Indien die skuldeiser weerleggende getuienis aanbied, sal die hof die feit dat hy oor besondere kennis beskik, in ag neem. Die quantum getuienis wat vereis word, kan swaar druk op die eiser met besondere kennis. Lord Mansfield stel die beginsel soos volg: “It is certainly a maxim that all evidence is to be weighed according to the proof which it was in the power of one side to produce, and in the power of the other to have contradicted.”²³ Schmidt stel dieselfde beginsel dat “indien een van die gedingspartye in besonder kennis van ’n feit dra, welke kennis nie deur die ander kant gedeel word nie, dan word die bewyslas nie geraak nie, maar slegs die quantum van getuienis wat vereis word”.²⁴

Die feit dat die skuldeiser oor besondere kennis beskik aangaande die nadeel wat deur hom gely is, behoort in elk geval nie so ’n onoorkomelike struikelblok in die weg van die skuldenaar te wees nie. Al wat van hom verwag word, is om ’n prima facie-saak uit te maak dat die strafbedrag buite verhouding is tot die nadeel wat die skuldeiser gely het. Geringe getuienis aan die kant van die skuldenaar sal dikwels voldoende wees om ’n prima facie-saak daar te stel aangesien die hof die omstandigheid in ag sal neem dat die skuldeiser oor besondere kennis beskik omtrent die nadeel wat hy gely het. Die getuienis wat die skuldenaar aanvoer, kan van ’n veralgemeende aard wees (met ander woorde getuienis dat ’n mens in die algemeen nie sou verwag dat iemand in ’n posisie soos dié van die skuldeiser meer as X rand nadeel sou ly nie), en soms spreek die buitensporigheid van die strafbedrag in so ’n mate uit die pleitstukke self, dat die skuldenaar geen getuienis hoef aan te voer om ’n prima facie-saak uit te maak nie. Al wat vereis word, is dat dit ten gunste van die skuldenaar moet blyk dat daar ’n saak is wat ’n

²¹*R v Spurge* 1961 2 QB 205, aangehaal deur *Phipson on Evidence* (11de uitgawe) 50.

²²*Goosen v Stevenson* 1932 TPD 223.

²³*Blatch v Archer* 1774 1 Cowp 63 op 65, aangehaal deur *Cross on Evidence* (4de uitgawe) 86.

²⁴a w 65.

antwoord van die skuldeiser verg.²⁵ In so 'n geval word 'n hoë mate van weerleggende getuienis van die skuldeiser verlang.²⁶ Waar 'n prima facie-saak vir die skuldenaar uit die pleitstukke blyk en die skuldeiser geen weerleggende getuienis aanvoer nie, het die howe reeds by herhaling uit eie beweging die strafbedrag verminder.²⁷

Die skuldenaar word in die daarstelling van 'n prima facie-saak te hulp gekom deur die feit dat die hof nie in vacuo funksioneer nie. Daar word aan die hand gedoen dat die hof die omvang van 'n strafbedrag mero motu sal verminder wanneer dit uit getuienis of uit die pleitstukke prima facie blyk dat die strafbedrag buite verhouding is tot die nadeel wat deur die skuldeiser gely is. Wat in werklikheid in so 'n geval gebeur, is dat die getuienis of die pleitstukke 'n prima facie-saak namens die skuldenaar laat blyk en dat 'n "weerleggingslas" dan op die skuldeiser geplaas word.²⁸ Die hof funksioneer nie binne 'n lugleegte nie, maar is bewus van relevante praktiese oorwegings soos byvoorbeeld heersende rentekoerse en die stand van die eiendomsmark, veral ook omdat die hof dikwels met sulke aangeleenthede te doen kry. Gewoonlik sal die hof onder sodanige omstandighede geleentheid aan die skuldeiser bied om hom van sy "weerleggingslas" te kwyt, en aan te toon dat die strafbedrag nie buite verhouding is tot die nadeel wat deur hom gely is nie.²⁹ Die skuldeiser kwyt hom egter van 'n "weerleggingslas" en nie van 'n bewyslas nie.

Die stelling van die Vrystaatse hof dat die bewyslas op die skuldeiser rus indien daar slegs benadeling (anders as vermoënskade) deur die strafbedrag voorkom of vergoed wil word, skyn nie juis te wees nie. 'n Gedingsparty wat met die bewyslas ten opsigte van 'n besondere geskilpunt belas is, dra dit totdat die hof tot 'n beslissing kom. Die skuldenaar dra die bewyslas en die aard van die nadeel waarop die strafbedrag gemik is, skyn irrelevant te wees. Die argument dat daar in hierdie verband onderskeid tussen skade en ander nadeel gemaak moet word, skyn analoog te wees aan 'n stelling dat die skuldenaar die bewyslas dra indien die strafbedrag minder as sê R500,00 bedra maar dat die bewyslas na die skuldeiser skuif indien die strafbedrag meer as R500,00 sou wees; 'n toedrag van sake wat tog klaarblyklik onhoudbaar is. Daar word aan die hand gedoen dat daar in die argument 'n gebrek aan insig getoon word ten opsigte van die verskil tussen 'n bewyslas en 'n "weerleggingslas". Die eiser se "weerleggingslas" ten aansien van nie-vermoënsnadeel sal normaalweg aansienlik swaarder wees as dié ten aansien van vermoënsnadeel (skade). Die rede hiervoor is dat die eersgenoemde tipe

²⁵*Union Government v Sykes* 1913 AD 173.

²⁶*Hodgson v Hauptfleisch* 1947 2 SA 100 (K).

²⁷*Ephron Bros Holdings v Foutzitzoglou* 1968 3 SA 226 (W) 230F; *Premier Finance Corp v Steenkamp* 1974 3 SA 141 (D); *Cous v Henn* supra; *South African Mutual Life Assurance Society v Uys* 1970 4 SA 489 (O).

²⁸In *South African Mutual Life Assurance Society v Uys* supra 490F verklaar die hof: "In the present case I am of the opinion that I should give the plaintiff the opportunity to disprove the *prima facie* impression which I have formed that the collection commission provided for in the mortgage bond exceeds the prejudice which the plaintiff is likely to suffer in the circumstances."

²⁹*Cous v Henn* supra. In *Ephron Bros Holdings v Foutzitzoglou* supra kon die hof die strafbedrag op die feite voor hom verminder sonder om enige getuienis aan te hoor.

nadeel meestal slegs aan hom bekend sal wees. Dit onthef die skuldenaar egter nog nie van die plig om 'n prima facie-saak uit te maak nie.³⁰

Uit die voorgaande volg dit dat die stelling van r Baker (in *Bester v Smit* waarna aanvanklik verwys is) dat die bewyslas om die strafbedrag te regverdig op die eiser rus omdat die strafbedrag prima facie buitesporgig is, nie juis is nie. Die gesag wat die hof aanhaal, skyn, met eerbied, hom ook nie altyd te steun nie. Die hof steun onder meer op Hunt³¹ terwyl laasgenoemde op bladsy 96 uitdruklik verklaar: "[T]he onus of proving a penalty excessive will no doubt be held to rest on the person alleging this, i.e. the debtor." Die hof steun ook op *Du Plessis v Oribi Estates*³² maar dit is duidelik dat die beroep op die saak as gesag vir die stelling dat die bewyslas op die eiser rus, totaal mis is. Trouens die regsposisie word in dié beslissing besonder duidelik uiteengesit. Die hof stel dit by monde van r Miller soos volg:

"It has been held by the Full Bench of this Division that where it is 'difficult, if not impossible, precisely to ascertain' the prejudice which the creditor might suffer, it is for the debtor to establish on a balance of probabilities that it would be unfair to require him to pay the stipulated penalty and that, if the Court were left in doubt as to whether the requisite degree of disproportion was present, it should enforce the penalty as agreed.³³ (*Maiden v David Jones (Pty) Ltd.*, 1969 (1) SA 59 (N) at pp. 63-64). But whatever onus there might be on a debtor faced with a claim for payment of a penalty, it is clear that such onus, as in any other case, might be discharged without his giving or leading evidence at all. The very nature of the case and such facts or circumstances as are not in dispute or may safely be inferred, may suffice to reveal such disproportion as entitled and requires the Court to refuse to award the full amount claimed. And it is clear, I think, that the Court may *mero motu* apply the provisions of sec 3 where it appears to it that there is a disproportion such as is visualised in that section. (See *SA Mutual Life Assurance Society v Uys*, 1970 (4) SA 489 (O) at p. 490.) The Courts have applied sec. 3 even where, in an action for enforcement of a penalty, the debtor has been in default of appearance. (*Ephron Bros Holdings (Pty) Ltd., v Foutzitzoglou*, 1968 (3) SA 226 (W); *Cous v Henn*, 1969 (1) SA 569 (G.W.)). Although, in the case now before me, there is no direct evidence as to the financial loss which the plaintiff might suffer, I do not think that judicial nescience extends so far as to require the Court to close its eyes to commercial facts which are not only generally well known but of which the Courts have almost daily experience by reason of the actions and applications which come before it. It would be unrealistic in the extreme to fail to recognize that there is no dearth of opportunities in the Republic for the safe investment of the amount of money in issue in this case. There are building societies and banks and a host of other fields for investment. Nor is it necessary for the Court to feign ignorance of the fact that in the Republic at this time, interest at the rate of 5 per cent *per annum* (the rate applicable in the bond upon which the plaintiff sues) is by no means a high rate of interest."³⁴

³⁰Dieselfde benadering blyk uit *Western Credit Bank Ltd v Kajee* 1967 4 SA 386 (N) 394E waar verklaar word: "If the plaintiff contends for any prejudice in a wider sense than damages (*sic*) suffered by it, it will be for it to produce evidence to establish this." Indien met die stelling bedoel word dat die skuldeiser die bewyslas dra, is die benadering verwerplik.

³¹1962 *Annual Survey of SA Law* 94 op 96.

³²1972 3 SA 75 (N).

³³Ons kursiveer. Hierdie is 'n juiste uiteensetting van wat die bewyslas presies behels.

³⁴79D-80A. Die vereenvoudigde feite van die saak was soos volg: Daar word ooreengekom dat A 'n verband ten bedrae van R8 000 aan B sal toestaan vir 'n tydperk van vyf jaar. Indien A versuim om rente op die verbandskuld tydig te betaal, sou die verband opgeroep kon word maar rente daarop bereken oor die volle termyn sou steeds betaalbaar bly. A verval in mora met sy eerste rentebetaling en B eis die hoofskuld sowel as rente daarop vir die volle termyn. Die vraag was of die rente vir die volle termyn nadat die hoofskuld nou voortydig terugbetaal word, as strafbedrag verminder moes word.

As verdere gesag vir die stelling dat die bewyslas op die skuldeiser rus, verwys r Baker na die beslissings in *Cous v Henn*³⁵ en *South African Mutual Life Assurance Society v Uys*.³⁶ In laasgenoemde saak maak die hof egter die volgende stelling:

"In the present case I am of the opinion that I should give the plaintiff the opportunity to disprove the *prima facie* impression which I have formed that the collection commission provided for in the mortgage bond exceeds the prejudice which the plaintiff is likely to suffer in the circumstances."³⁷

Uit die aangehaalde gedeelte, veral uit die woorde "the opportunity to disprove the *prima facie* impression which I have formed" blyk dit dat van die skuldeiser geverg word om hom van 'n "weerleggingslas" te kwyt nadat 'n *prima facie*-saak deur of namens die skuldenaar uitgemaak is.

In beide laasgenoemde sake het dit uit die pleitstukke geblyk dat die strafbedrag *prima facie* buite verhouding was tot die nadeel wat deur die skuldeiser gely is. In beide sake het die hof geleentheid aan die skuldeiser gebied "to disprove the *prima facie* impression which I have formed". Dit blyk dus dat ook dié twee sake nie ongekwalfiseerde gesag is vir die stelling dat die bewyslas op die eiser rus nie.

Die aandag moet daarop gevestig word dat 'n onjuiste beslissing met betrekking tot die ligging van die bewyslas die benadeelde party geregtig maak op 'n nuwe verhoor indien die foutiewe beslissing tot wesentlike benadeling aanleiding gee het.³⁸ Om dié rede asook vanweë die wenslikheid daarvan dat die basiese beginsels van die reg suiwer en eenvormig toegepas word, word aan die hand gedoen dat die skuldenaar die bewyslas moet dra wanneer die vraag of 'n strafbedrag verminder behoort te word, oorweeg word. Ten einde dit te kan doen, is dit wenslik dat die drie verskillende betekenisse van bewyslas wat wn ar Davis³⁹ aangetoon het, gedurig voor oë gehou word naamlik—

- (i) die volle bewyslas wat op een gedingsparty rus om sy saak te bewys;
- (ii) die verskillende volle bewyslas wat op die ander gedingsparty mag rus om sy saak ten opsigte van 'n verskillende feit in geskil te bewys;
- (iii) die plig van beide partye om deur middel van getuieis 'n *prima facie*-saak wat deur die opponer uitgemaak is, te weerlê. Die laaste plig (die sogenoemde "weerleggingslas"), anders as 'n werklike bewyslas, kan verskuif.

TAR VAN RHYN
ADJ VAN RENSBURG
Universiteit van Suid-Afrika

³⁵supra.

³⁶supra.

³⁷490F.

³⁸*Phipson on Evidence* (11de uitgawe) 44 (397).

³⁹*Pillay v Krishna* supra.

DIE TOEPASSING VAN ARTIKEL 4 VAN DIE WET OP GEVAARLIKE WAPENS 71 VAN 1968

Sedert die minister van justisie kragtens artikel 4(3)(a) van bogenoemde wet die bepalings van artikel 4 in alle distrikte van toepassing gemaak het,¹ vind uitsprake van die verskeie afdelings van die hooggeregshof gereeld hulle pad na die amptelike hofverslae, maar ongelukkig heers daar nie eenstemmigheid nie. Skrywer beoog om die verskillende uitgangspunte teen mekaar op te weeg en te toets aan ons reg.

A Die begrip gevaarlike wapen

Dit is gepas om dadelik te onderskei tussen die besit van 'n gevaarlike wapen² en die gebruikmaking van 'n gevaarlike wapen, by die pleeg van 'n misdryf waarby geweld teenoor 'n ander persoon betrokke is.³

Gerieflikheidshalwe word die relevante bepalings van die wet hier aangehaal. 'n Gevaarlike wapen word omskryf as—

“enige voorwerp behalwe 'n vuurwapen wat waarskynlik ernstige liggaamlike letselsal veroorsaak indien dit gebruik sou word om 'n aanranding te pleeg”.⁴

Artikel 4(1) bepaal soos volg:

“Wanneer iemand bo die ouderdom van agtien jaar skuldig bevind word aan 'n misdryf waarby geweld teenoor 'n ander persoon betrokke is en bewys is dat hy sodanige ander persoon deur gebruikmaking van 'n gevaarlike wapen of 'n vuurwapen gedood of beseer het, word hy, behalwe wanneer die doodstraf of die by artikel 334*ter* of 334*quat* van die Strafproseswet, 1955 (Wet No 56 van 1955) voorgeskrewe straf opgelê word of hy ingevolge artikel 335 van daardie wet 'n gewoontemisdadiger verklaar word, ondanks andersluidende wetsbepalings, gevangenisstraf vir 'n tydperk van minstens twee jaar en indien hy voor 'n landdroshof aldus skuldig bevind word, hoogstens agt jaar opgelê, en kan hy, benewens enige sodanige straf, lyfstraf van hoogstens tien hou opgelê word: Met dien verstaande dat indien die hof oortuig is dat daar omstandighede is wat die oplegging van 'n ligter straf as die by hierdie artikel voorgeskrewe straf regverdig, hy daardie omstandighede in die notule van die verrigtinge aanteken en dan die persoon wat aldus skuldig bevind word, sodanige ligter straf kan oplê: Met dien verstande voorts dat in die geval van 'n landdroshof en sonder afbreuk aan sy bevoegdheid om lyfstraf op te lê, sodanige ligter straf nie 'n boete van vierhonderd rand of gevangenisstraf vir 'n tydperk van twee jaar te bowe gaan nie.”

Dit behoort duidelik te wees dat slegs artikel 2 'n misdaad skep en nie artikel 4 nie.⁵ In artikel 4 praat die wetgewer van 'n persoon bo die ouderdom van 18 jaar wat skuldig bevind word aan 'n misdryf waarby geweld teenoor 'n ander persoon betrokke is. Dit is moeilik om uit hierdie woordgebruik die skepping van 'n misdryf af te lei. Die wetgewer se verwysing na 'n “misdryf waarby geweld . . . betrokke is,” kan alleen as 'n verwysing na bestaande misdrywe beskou word. Te meer het die wetgewer in die lang titel van die wet self

¹GK R 409 van 7 Maart 1975.

²a 2 Wet 71 van 1968 skep 'n misdaad.

³a 4 Wet 71 van 1968.

⁴a 1 Wet 71 van 1968.

⁵*S v Seleke en Ander* 1976 1 SA 675 (T) 680. *S v Motsoeneng* 1975 4 SA 297 (O).

'n duidelike onderskeid getref tussen die verbodsbepalings en beperkings aan die een kant en sy oogmerke aan die ander kant nl:

“Om voorsiening te maak vir die oplegging van voorgeskrewe strawwe waar gevaarlike wapens of vuurwapens by die pleging van misdrywe waarby geweld betrokke is, gebruik is.”

Ook die opskrif bo artikel 4 praat alleen van strawwe waar gevaarlike wapens of vuurwapens gebruik word by die pleeg van misdrywe.

Die verskil tussen 'n artikel wat vir 'n swaarder straf voorsiening maak en 'n misdaadskeppende artikel word duidelik wanneer die opskrif bokant artikel 2⁶ vergelyk word met dié bokant artikel 4. Sake waarin anders beslis is,⁷ is, met respek gesê, vatbaar vir kritiek.

Wat is nou 'n gevaarlike wapen? Hierdie vraag het die howe onnodige hoofbrekens besorg en 'n reeks beslissings tot gevolg gehad wat nie met mekaar te versoen is nie. Die wet is volkome duidelik en daar is hoegenaamd geen rede vir 'n beperkende uitleg nie. Die vraag sal vervolgens onder die volgende hoofde bespreek word:

- (a) Die voorwerp en die aard daarvan.
- (b) Die doel waarvoor dit gebruik is.
- (c) Die waarskynlikheid van ernstige liggaamlike letsel.
- (d) Algemene opmerkings.

(a) Voorwerp en aard daarvan

Die wetgewer praat van 'n voorwerp – enige voorwerp of dit nou die vorm van 'n wapen aanneem al dan nie.⁸

Selfs 'n vlugtige kykie na die vorige wet,⁹ die lang titel van die huidige wet en die gebruik van algemene woorde soos “enige voorwerp,” bring 'n mens dadelik onder die besef dat die wetgewer “enige voorwerp” sonder beperkings bedoel het, behalwe die beperking wat die wetgewer self daarop plaas, naamlik dat dit waarskynlik ernstige liggaamlike letsel sal veroorsaak indien dit gebruik sou word om 'n aanranding te pleeg.

Daar is geen ruimte vir 'n beperkende uitleg nie¹⁰ en dus moet aan die sowereine wil van die wetgewer gevolg gegee word. Die versuim om gevolg te gee aan die wetgewer se bedoeling en die verontagsaming van die reëls van wetsuitleg dat algemene woorde 'n algemene uitleg kry, dat woorde volgens hulle gewone betekenis verstaan moet word en dat die uitlegger nie buite die woorde van die wet mag gaan nie, het, met eerbied gesê, absurde resultate tot gevolg.

Die volgende voorbeelde word uit ons regspraak aangehaal:

⁶“Verbod op die besit van gevaarlike wapens en sekere ander voorwerpe.”

⁷*S v Diedericks* 1969 3 SA 270 (K) 279. *S v Ackerman* 1972 1 SA 130 (K). *S v Bester* 1974 3 SA 863 (K). *S v Phoka* 1975 4 SA 230 (NK). *S v Nalovu* 1974 4 SA 567 (N).

⁸*S v Diedericks* (supra) 274. *S v Nabo* 1968 4 SA 699 (OK) 701.

⁹a 10(1) Wet 54 van 1949.

¹⁰*S v Mkhwazi* 1976 1 SA (N) 44H.

(a) *S v Mtengile*¹¹

Hier word beslis dat vuur nie as *strydmiddel* gebruik is nie maar as 'n *martelmiddel* en daarom is dit nie 'n gevaarlike wapen nie.

(b) *S v Zamesa*¹²

Daar word beslis dat vuur nie 'n gevaarlike wapen is nie want dit is nie 'n *hanteerbare* voorwerp nie.

Word hierdie beginsels nou toegepas op 'n hipotetiese feitekompleks, lyk die prentjie duister. A, B, C en D sit langs 'n vuur; A en B kry rusie met C, vang hom en hou hom oor die vuur sodat hy op sy sitvlak ernstige brandwonde opdoen. C hardloop weg en D gryp 'n brandende stomp (wat dan hanteerbaar is) en dien hom 'n veel geringer brandword aan sy nek toe. A en B het die vuur as 'n "martelmiddel" op die ongelukkige slagoffer gebruik en, as hulle in 'n landdroshof skuldig bevind word, kan elkeen die maksimum vonnis van ses maande gevangenisstraf opgelê word. D daarenteen het 'n brande stomp as "strydmiddel" gebruik en, word hy in 'n landdroshof skuldig bevind, moet die landdros hom 'n minimum vonnis van twee jaar gevangenisstraf oplê (behoudens in omstandighede wat die oplegging van 'n ligter vonnis regverdig). Die feit dat A en B elk tot ses maande gevangenisstraf gevonniss is, kan nouliks as 'n omstandigheid in D se guns aangemerk word.

Gestel die drietal staan gesamentlik tereg: watter regterlike amptenaar wil in 'n volgepakte hofsaal waar geregtigheid nie alleen moet geskied nie, maar inderdaad moet blyk te geskied, so 'n beslissing vel en dan as gesag vir sy beslissing *S v Mtengile* en *S v Zamesa* aanhaal?

So 'n stel feite is nie vergesog nie en kan hul inderdaad voordoen maar die ergste is dat so 'n beslissing wel gevel kan word as beginsels oorboord gegooi word en die leerstuk van stare decisis slaafs nagevolg word.

Waar lê die wortel van die kwaad? Dit is my mening dat die howe onnodig wou uitsluit wat die wetgewer bedoel het om in te sluit. Die vereiste dat die voorwerp hanteerbaar moet wees, het onnodige beperkings tot gevolg en lei tot absurdeiteite soos hierbo aangevoer. Normaalweg sal 'n voorwerp slegs geskik wees vir aanranding as dit hanteerbaar is maar nie noodwendig nie. Wat gebeur as 'n vat met suur¹³ met 'n hyskraan opgelig word en dit deur die druk van 'n hefboom te laat kantel sodat die dodelike inhoud oor 'n aartsyand uitgestort word; of as die vyand gevang word en sy voete vir 'n wyle in die suur gehou word?

(b) Die doel waarvoor die voorwerp gebruik is

Dat die wetgewer enige voorwerp in gedagte gehad het, is volkome duidelik mits dit waarskynlik ernstige liggaamlike letsels sal veroorsaak indien dit in 'n aanranding gebruik word. Die doel waarvoor die voorwerp aangewend word, is dus van belang by die beantwoording van die vraag of 'n gevaarlike wapen gebruik is.¹⁴

¹¹1972 3 SA 796 (K).

¹²1972 4 SA 263 (K).

¹³Voorbeeld ontleen aan *S v Larry & Stevens* 1970 1 SA 362 (K).

¹⁴*S v Lottering* 1976 1 SA 779 (OK).

In die *Seleke*-saak¹⁵ laat die hof hom soos volg uit:

“Na ons mening kan die vraag ewe min beantwoord word in die lig van die bedoeling of opset waarmee die beskuldigde in ’n bepaalde geval die voorwerp gebruik het: nie alleen praat artikel 1 in die toekomstige tyd van die werkwoorde nie; ook artikel 2 laat geen ruimte vir die bybring van bedoeling of hanteringswyse nie.”

Nadat die regter die denkrigting in *S v Ndumeni*¹⁶ en *S v Mtengile*¹⁷ ontleed het, vervolg hy:¹⁸

“Ons kan hierdie denkrigting nie navolg nie omdat dieselfde voorwerp telkens van aard sou verander as die doel waarvoor dit gebruik word, verander.”

Dit blyk later uit die uitspraak dat die regter tog van mening is dat die doel waarvoor die voorwerp gebruik is, deurslaggewend is want op 686D word verklaar:

“Die enkele vraag is of die voorwerp onder beskouing waarskynlik in ’n gevaarlike wapen *kan ontaard* as dit vir die doel van aanranding gebruik sou word. As die antwoord daarop bevestigend is, is dit ’n gevaarlike wapen ongeag waarvoor dit onder vreedsame mense aangewend word.”

Dit word eerbiedig ter oorweging gegee dat die laaste passasie met die bedoeling van die wetgewer strook.

Die wetgewende wil was juis daarop gerig om alle voorwerpe as ’n gevaarlike wapen te betrek, mits dit maar geskik is om waarskynlik ’n ernstige liggaamlike letsel te veroorsaak wanneer dit gebruik word om ’n aanranding te pleeg. Die bedoeling waarmee die voorwerp gebruik word, is dus nie net ’n hulpmiddel nie; dit is van deurslaggewende belang om te bepaal of dit ’n gevaarlike wapen is. Die klem val op *voorwerp* en nie op *wapen* nie. Dink maar in die algemeen hoe vinnig ’n persoon hom met enige denkbare voorwerp kan *bewapen* as hy aangeval word. Natuurlik het die wetgewer dit in gedagte gehad dat hy hom ook met enige voorwerp kan bewapen as hy self wil aanval.

Dink ons aan die huisvrou se besem, die messelaar se troffel, die kantoordame se balpunte en onnoembare ander voorwerpe, leer menslike ervaring ons dat dit ernstige liggaamlike letsels kan veroorsaak indien sulke wapens in ’n aanranding gebruik word. Natuurlik is artikel 4 van toepassing op die kantoordame wat in ’n aanranding haar mede-werker se oë met ’n balpunte uitgesteek het omdat laasgenoemde te vriendelik was met mnr X.

Is dieselfde dame dan ook daaraan skuldig dat sy die vorige dag in stryd met artikel 2 in besit van ’n gevaarlike wapen was, nl dieselfde balpunte? Die antwoord hierop is ’n besliste “nee”. Die verdere vraag wat dan ontstaan is: hoe word dit juridies verklaar? Die antwoord is eenvoudig dat sy in die tweede situasie nooit bedoel het om die pen vir ’n onregmatige doel te gebruik nie. Artikel 2(1) verskaf self die antwoord op hierdie vraag. Word die wet dus in sy geheel gelees, is daar niks teenstrydig nie en kan die uitgebreide betekenis van “gevaarlike wapen” in artikel 1 nooit lei tot absurde resultate wat die wetgewer nie beoog het nie. Dit is jammer dat ’n goed gemoti-

¹⁵supra, op bls 685G.

¹⁶1972 3 SA 799 (K).

¹⁷1972 3 SA 796 (K).

¹⁸op 686A.

veerde uitspraak soos *S v Mkhwazi*¹⁹ ietwat vertroebel word deur die voorbeeld daar aangehaal as synde 'n voorwerp wat nie as gevaarlike wapen sal kwalifiseer nie. Dit kwalifiseer wel as 'n gevaarlike wapen, indien dit vir die doel om 'n aanranding te pleeg, gebruik sou word, en soos vroeër aangevoer, kan dit waarskynlik ernstige liggaamlike letsels veroorsaak indien dit so gebruik sou word.

(c) Die waarskynlikheid van ernstige liggaamlike letsel

Ek wil verder ter oorweging gee dat die liggaamlike letsels wat veroorsaak is nie buite rekening gelaat kan word nie. Die wetgewer het dit nie so bedoel nie want hy vereis dat die voorwerp waarskynlik ernstige liggaamlike letsel sal veroorsaak indien dit in 'n aanranding gebruik word. As 'n persoon na 'n ander persoon se kop in die donker kap sodat die voorwerp in sy hand gladnie uitgeken kan word nie en die slagoffer doen as gevolg van hierdie hou 'n oopgekloude skedel op, is dit tog nie ter sake of die voorwerp 'n byl, of 'n kapmes van watter grootte ook al is nie. Solank dit vasstaan dat dit 'n voorwerp was wat deur die beskuldigde in die aanranding gebruik is, het dit inderdaad ernstige liggaamlike letsels veroorsaak. Dit word eenvoudig in die lig van al die omstandighede (die kaphou ('n aanranding) die doel waarvoor dit gebruik is nl om aanranding mee te pleeg en die gapende wond) as die enigste redelike feit afgelei. Die uitspraak in *S v Xaba*²⁰ is 'n suiwer siening en behoort deur alle howe gevolg te word.

Die aard van die wapen kan egter nie in die lig van die letsels alleen beoordeel word nie omdat die hof hom dan op die onsekere terrein van spekulasie begeef. Daar mag gevalle voorkom waar die klaer met die vuus geslaan is en sy kop op 'n klip oopval. Mediese getuïenis mag dalk aantoon dat 'n boksyster gebruik is. Maar hierdie is blote feitekweessies en behoort nie probleme op te lewer nie, solank al die feite van die geval geweeg word.

(d) Algemene opmerkings

Sommige voorwerpe wat as wapens gebruik word, is so algemeen bekend dat bewys en omskrywing van die aard daarvan werklik oorbodig is.

Gelukkig is die regter of landdros wat nog nie moes besluit oor die aard van 'n Okapi knipmes waar hierdie voorwerp hetsy as martelmiddel of as strydmiddel by 'n bierdrinkery uitgepluk is nie.

Van die aard van vele voorwerpe kan daar geregtelike kennis geneem word. Stimulerend is *S v Bernardus*²¹ waar ar Holmes, nadat hy geregtelike kennis geneem het van 'n bantoe se ondervinding om redelik akkuraat met 'n kiere te gooi, verklaar:²²

“I think that all this is of such general common knowledge that judicial cognisance may be taken of it. To hold otherwise would be to contain the judiciary in an ivory tower without windows.”

¹⁹1976 1 SA 42 (N).

²⁰1975 4 SA 354 (O).

²¹1965 3 SA 287 (A).

²²op 306H.

Die wetgewer maak wette vir sy onderdane en hy gebruik woorde wat vir sy onderdane hulle gewone betekenis het.²³ Hoe verstaan die gewone landsburger die gebesigde woorde? Ek stel 'n bantoegetuie aan die woord toe hy onlangs in 'n strafbare manslag-saak getuig het en die aanklaer, getrou aan sekere gewysdes, van hom wou weet hoe die Okapi knipmes lyk waarmee die beskuldigde die oorledene gesteek het. (Die mes is nooit gevind nie.) Hy het die aanklaer en tolk verbaas op en af gekyk en toe verklaar: "'n Okapi knipmes is 'n gevaarlike wapen - dit is iets wat 'n mens seermaak - dit het die oorledene doodgemaak.'"

B Watter misdade word deur artikel 4 betrek

Alle misdade waarby geweld teenoor 'n ander persoon betrokke is, word ingesluit.²⁴

By strafbare manslag moet daar egter onderskei word tussen gevalle van strafbare manslag waarby aanranding betrokke is en die gevalle waar daar nie aanranding by betrokke is nie. 'n Persoon mag iemand met 'n vuurwapen dood deurdadig hanteer het. Hy mag wel skuldig wees aan strafbare manslag maar artikel 4 is nie van toepassing nie omdat dit nie 'n misdaad van geweld teenoor 'n ander persoon is nie.²⁵

'n Probleem ontstaan egter by wetteregtelike misdade soos aanranding op polisie²⁶ waar die maksimum strafbepaling kragtens die wet wat die misdaad skep, laer is as die minimum kragtens artikel 4. Dit lei min twyfel dat die straf in artikel 4 beoog, dan opgelê moet word. Dit is die bedoeling van die wetgewer en daarom word die woorde "ondanks andersluidende wetsbepalings" in artikel 4(1) sowel as artikel 4(2) gebruik.²⁷

C Artikel 4 en medepligtiges

Die huidige standpunt in die Kaapse provinsiale afdeling²⁸ en die Oos-Kaapse afdeling²⁹ is dat artikel 4 nie van toepassing is op medepligtiges nie. Hierdie standpunt is vatbaar vir kritiek.

Die Kaapse hof het in die *Naidoo*-saak gesteun op *R v Sisilane*³⁰ maar die vraag is of die *Sisilane*-saak inderdaad gesag vir hierdie standpunt is. Om hierdie vraag te beantwoord, moet die geskiedenis van die *Sisilane*-saak

²³Die sogenaamde gulde reël van wetsuitleg: *Union Government v Mack* 1917 AD 731.

²⁴*S v Seleke* supra waar sekere voorbeelde aangehaal word nl moord, strafbare manslag, aanranding, roof, ontvoering en verkragting.

²⁵Vgl *S v Burger* 1975 4 SA 877 (A) 878H.

²⁶a 27(1)(a) Wet 7 van 1958.

²⁷*S v Koke* 1963 1 SA 514 (A) waar die beskuldigde ingevolge die ontugwet tot gewoontemisdadiger verklaar is ten spyte van die maksimum straf van 7 jaar gevangenisstraf kragtens die ontugwet 23 van 1957. *S v Van Eeden* 1974 3 SA 294 (T) waar gevangenisstraf vir korrektiewe opleiding opgelê is vir bestuur onder die invloed van sterk drank ten spyte van die maksimum van twee jaar gevangenisstraf kragtens Ordonnansie 21 van 1966.

²⁸*S v Naidoo* 1972 2 PH H (S) 82.

²⁹*S v Magwada* 1976 3 SA 730 (OK).

³⁰1959 2 SA 448 (A).

in herinnering geroep word. Sisilane, die medepligtige, word saam met die hoofdader weens roof met verswarende omstandighede ter dood veroordeel. Relevant was die omskrywing van "verswarende omstandighede" in artikel 1 van Wet 56 van 1955³¹ wat soos volg lui:

"[A]ggravating circumstances in relation to—

(a) Any offence, either at common law or under any statute, of housebreaking or attempted housebreaking with intent to commit an offence, means the possession of a dangerous weapon or the commission of or any threat to commit an assault, by the offender or an accomplice;

(b) robbery or an attempt to commit robbery, means the infliction of grievous bodily harm or any threat to inflict such harm."

Die grondslag vir die hof se beslissing is:

"In my view therefore para (b) should not be read as if the words 'by the offender or an accomplice' appeared in it, or as if those words had not appeared in para (a)."³²

Die invoeging van "or an accomplice" in paragraaf (a) was oorbodig want die posisie in ons gemene reg is duidelik nl dat die medepligtige aanspreeklik is. Dit is onnodig om wetsbepalings op hom van toepassing te maak. As die wetgewer die medepligtige wil uitsluit, sal hy dit uitdruklik doen en daarom kan daar nie fout gevind word met die hof se benadering dat, omdat hy in paragraaf (a) genoem word en nie in paragraaf (b) nie, die wetgewer hom by paragraaf (b) wou uitsluit nie.

Na die *Siselane*-saak erken die wetgewer sy fout maar begaan weer 'n fout en voeg die woorde "or an accomplice" in paragraaf (b) by,³³ in plaas daarvan om dit te skrap in paragraaf (a) waar dit op grond van die gemene reg oorbodig is. Langs 'n onnodige omweg bevestig die wetgewer net die gemene reg en die afleiding is gevolglik onvermydelik dat die gemeenregtelike beginsels van aanspreeklikheid van die medepligtige moet geld. So gesien, is die *Siselane*-saak geen gesag vir die beslissing in die *Naidoo*-saak nie.

As die wetgewer se optrede enige maatstaf is, bevestig dit alleenlik die vermoede van wetsuitleg dat die wetgewer nie die gemene reg wil wysig nie. In artikel 4 van Wet 71 van 1968 het die wetgewer nie sy flaters van die verlede herhaal nie en daarom is die bepaling van toepassing ook op medepligtiges ingevolge hulle gemeenregtelike aanspreeklikheid.

In die *Magwada*-saak (supra) het regter Eksteen ongelukkig sonder enige motivering die Kaapse standpunt nagevolg. Soos aangetoon sal word, was die regter nie deur die stare decisis-leerstuk gebonde nie.

Dit is egter verblydend dat die Transvaalse provinsiale afdeling 'n besliste standpunt ingeneem het. In die saak teen *Dorrington Mbonde*³⁴ rig r Marais 'n hersieningsnavraag oor die felheid van die opgelegde gevangenisstraf (vier jaar vir die hoofdader en twee jaar vir elk van die twee mede-

³¹soos ingevoeg deur a 1 Wet 9 van 1958.

³²*R v Sisilane* supra op 453H.

³³a 3(a) en (b) Wet 75 van 1959.

³⁴ongerapporteerde Krugersdorpse saak Kagiso 1258/75, hooggeregshofverwysing 6233/75.

pligtiges) maar raak medepligtigheid geensins aan nie. Die saak word na die prokureur-generaal verwys en sy verteenwoordiger verwys in 'n geskrewe stuk pertinent na die *Naidoo*-saak en stel voor dat die vonnisse van die medepligtiges tersyde gestel moet word. Regter Theron bekragtig egter die verrigtinge by hersiening. Dit is jammer dat die aangeleentheid nie beredeneer is en daar nie 'n gemotiveerde uitspraak gelewer is nie, maar daar word aan die hand gedoen dat daar voldoende grond is om te beweer dat r Theron, en ek glo dan ook die Transvaalse regbank, nie met die *Naidoo*-saak saamstem nie.

Die aangeleentheid in verband met artikel 4 wat in hierdie artikel geopper is, behoort spoedig reggestel te word en dit behoort deur die hof self te geskied. In hoeverre kan 'n hof egter afwyk van sy vorige beslissings? In *Fellner v Minister of Interior* verklaar hr Centlivres:³⁵

“English common law has been built up largely on decided cases: hence the reverence for judicial decisions. But with us the position is different: Our common law rests on principles enunciated by the old writers on Roman Dutch law. Consequently there is no reason why we should apply the rule with the same rigidity as it is applied in England.”

Van groot belang is ook die uitspraak in die Transvaalse hooggeregshof in *Habib Motan v Transvaal Government*³⁶ waar op 413 verklaar word:

“Stare decisis is a good maxim, and one to be generally followed, but it is conceivable that circumstances may arise which would render it a lesser evil for a court to override its own legal opinion, clearly shown to be wrong, than indefinitely to perpetuate its error . . .”.

Landdroshowe is ook nie so gebonde aan die leerstuk soos algemeen aanvaar word nie³⁷ en hulle kan in die uitbouing van beginsels 'n belangrike rol speel.

TJ LA GRANGE
Senior landdros, Krugersdorp

DIE KOOPKONTRAK EN 'N OPSKORTENDE VOORWAARDE

Onlangs het twee afdelings van die hooggeregshof beslis dat waar twee partye wat beoog om 'n koopkontrak te sluit hulle ooreenkoms afhanklik stel van 'n opskortende voorwaarde, 'n koopkontrak eers tot stand kom wanneer die voorwaarde vervul word.

In *Cotton Tail Homes (Pty) Ltd v Palm Fifteen (Pty) Ltd* 1977 1 SA 264 (W) was die feite soos volg: Op 11 Desember 1969 sluit verweerder as verkoper en eiser as koper sekere skriftelike ooreenkomste in Johannesburg vir die koop en verkoop van 50 erwe in 'n ongeproklameerde dorpsgebied. Elke ooreenkoms bevat die volgende bepaling: “That the sale hereby made is suspensive and subject to the due proclamation of the said township.” Op 19 Februarie 1970 verleen die Kaapse administrateur ingevolge artikel

³⁵1954 4 SA 523 (A) 529G.

³⁶1904 TS 404.

³⁷*R v Kees* 1968 1 SA 664 (K).

18 van Ordonnansie 33 van 1934 (K) die nodige goedkeuring vir die stigting van die betrokke dorpsgebied, maar stel onder andere die volgende vereistes:

“No erf except reserved erven shall be sold, transferred or built upon until arrangements to the satisfaction of the local authority have been made in regard to the disposal of nightsoil, slopwater, stormwater, drainage, sewage and refuse from the erven in this township.

No erf except reserved erven shall be sold, transferred or built upon until the township owner has entered into an agreement with the local authority regarding the provision of water from the mains of the local authority to this township and each of the erven therein” (267AB).

Op 25 Augustus 1972 word die dorpsgebied ingevolge artikel 20(6) van Ordonnansie 33 van 1934 (K) geproklameer (en word die opskortende voorwaarde gevolglik vervul) maar op dié datum was die verweerder nog in gebreke om die vereistes na te kom wat deur die administrateur gestel is. Die hof word nou gevra om te beslis of die ooreenkomste van 11 Desember 1969 by proklamasie van die dorpsgebied nietig geword het (“became null and void”). Eiser argumenteer dat die ooreenkomste van 1969 nie koopkontrakte was nie maar “. . . merely binding agreements between the parties which were intended to become sales upon the happening of a particular event, namely the proclamation of the township . . .” Toe proklamasie plaasvind en die “binding agreements” koopkontrakte word, het die verweerder nog nie aan die vereistes voldoen wat deur die administrateur gestel is nie, en was die koopkontrakte wat op daardie datum ontstaan het meteen ook nietig ingevolge die verbod op die verkoop van erwe. Verweerder argumenteer dat daar op 11 Desember 1969 geldige ooreenkomste tot stand gekom het waarvan sommige van die gevolge (“ . . . certain of the resultant obligations or the exigible contents of such obligations . . .”) opgeskort was tot proklamasie. Dit word nie uitdruklik gesê nie maar ons meen dat verweerder se argument duidelik impliseer dat dit koopkontrakte was wat in 1969 tot stand gekom het, en die argument lui dan verder dat die geldigheid van dié kontrakte beoordeel moes word volgens die omstandighede wat op 11 Desember 1969 geheers het. Op dié datum was daar geen verbod op die verkoop van die erwe nie en was daar niks wat nietigheid van die kontrakte tot gevolg kon hê nie. Die hof per r Franklin gee eiser gelyk in die volgende woorde:

“Upon proclamation of the township all those agreements crystallised into sales, which would have become valid sales if the conditions had been fulfilled prior to proclamation. All other agreements in respect of which the conditions had not been fulfilled also crystallised or ripened into sales on proclamation, but sales which became invalid because they conflicted with an express prohibition by which the defendant had in the meanwhile become bound. The mere fact that on fulfilment of a suspensive condition a contract is deemed to have a retrospective effect cannot, in my view, alter the fact that until 29 (sic) August 1972 (dit wil sê tot proklamasie) there were no agreements of sale between the parties. The effect of clause 7 of the agreements read with the conditions was that prior to proclamation the parties had entered into agreements in anticipation of sales, but that before those agreements could become perfected sales and (sic) conditions had to be complied with. If they were not, no perfected sales could result” (274AC).

Ons gaan nie op ander aspekte van die beslissing in nie.

In *Le Roux v Sentraal Wes Personeel Ondernemings (Edms) Bpk* 1977 2 SA 510 (K) was daar ook ’n ooreenkoms vir die koop en verkoop van ’n

erf in 'n ongeproklameerde dorpsgebied en die ooreenkoms het wesenlik dieselfde opskortende voorwaarde bevat as die een wat ter sprake was in die *Cotton Tail*-saak. Voor proklamasie (en dus voor vervulling van die voorwaarde) eis die koper oordrag van die erf ingevolge artikel 72(1) van Wet 29 van 1926 en toe oordrag nie binne drie maande plaasvind nie, stuur hy 'n kennisgewing van ontbinding aan die verkoper ingevolge artikel 72 (2) van die wet en eis terugbetaling van die reedsbetaalde paaimente. Die verkoper ontken dat bedoelde artikel 72 hoegenaamd van toepassing is en die hof (r Diemont) gee hom gelyk in die volgende woorde:

“In my view sec. 72 has no application in this case for the simple reason that no contract of sale exists. Before the section can come into operation it is necessary to show (1) that there is an agreement of purchase, (2) that the purchaser has purchased immovable property under the agreement and (3) that the purchase price is to be paid in instalments at specified periods.

The parties in this case have signed an agreement and there certainly is a contractual relationship, but no sale has come into existence yet despite the fact that the parties have gone so far as to describe the agreement as a ‘koopkontrak’. The agreement is clearly subject to the suspensive condition set out in par 6 of the document. It matters not what the parties call the contract – unless and until the condition is fulfilled no sale exists” (512BD).

Nou moet ons onmiddellik toegee dat die betrokke beslissings nie anders kon wees nie. Die standpunt dat 'n opskortende voorwaarde die kontrak self opskort en nie slegs die volle werking daarvan nie word reeds vir byna honderd jaar deur ons regspraak ingeneem. 'n Mens kom dit vir die eerste keer teë in *Fazi Booy v Short* (1882) 2 EDC 301 en daarvandaan is dit konsekwent nagevolg. Die bekendste uiteensetting daarvan is seker die van lord De Villiers in *Quirk's Trustees v Assignees of Liddle & Co* (1885) 3 SC 322, maar 'n mens vind ook duidelike uiteensettings en onomwonde aanvaarding daarvan in verskeie beslissings van die appèlhof (sien *Provident Land Trust Ltd v Union Government* 1911 AD 615 en *Corondimas v Badat* 1946 AD 548).

Daar is ook vonnis waaruit 'n ander benadering blyk (sien byvoorbeeld *Reed Bros v Bosch* 1914 TPD 578; *Sulaiman v Amardien* 1931 CPD 509; *Fichardts Motors (Prop) Ltd v Nienaber* 1936 OPD 221; *Odendaalsrust Municipality v New Nigel Estate GM Co Ltd* 1948 2 SA 656 (O) en veral *R v Katz* 1959 3 SA 408 (K)). Die appèlhof het egter so duidelik standpunt ingeneem dat daar geen ruimte meer is vir 'n provinsiale afdeling om enige ander standpunt in te neem nie. Buite die regspraak is die posisie egter anders. Daar is feitlik geen skrywer wat saamstem met die standpunt dat 'n kontrak eers tot stand kom wanneer die opskortende voorwaarde vervul word nie (sien De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (3e uitg) 246; De Villiers 1943 *THRHR* 13; Flemming *Huurkoopreg* (2e uitg) 7; Diemont en Marais *The Law of Hire-Purchase in South Africa* (3e uitg) 16; Mackeurtan *Sale of Goods in South Africa* (4e uitg) 97–98; Mostert Joubert en Viljoen *Die Koopkontrak* 101). Hoewel ons besef dat ons in hierdie stadium slegs nog twee stemme kan wees wat roep in die woestyn, wil ons ons tog aansluit by dié skrywers wat aanvoer dat die konstruksie wat deur die howe ten opsigte van opskortende voorwaardes aanvaar word, verkeerd is, en wil ons probeer aantoon dat dié konstruksie vir ons reg op twyfelagtige fundamente rus en in elk geval in die praktyk probleme skep. De Villiers (aw 13)

toon reeds oortuigend aan dat die tekste van die Romeinse reg wat oor die opskortende voorwaarde handel, wel aandui dat die kontrak reeds van die begin af bestaan (*I* 3 15 4; *D* 44 7 42; *D* 20 1 13 5; *D* 20 4 11 1; *D* 45 3 26; *D* 45 1 85 7; *D* 18 1 50). In die Romeins-Hollandse reg word hierdie tekste meesal slegs herhaal maar die skrywers wat wel 'n omskrywing van 'n voorwaarde gee, laat blyk dat slegs die gevolge (verbintnisse) van die onsekere toekomstige gebeurtenis afhanklik gemaak word (*De Groot* 3 3 47; *Voet* 45 1 19; *Van der Linden Koopmans Handboek* 1 14 9 2).

Hoe het dit dan gebeur dat ons howe die standpunt ingeneem het dat die hele kontrak opgeskort word? (of, soos dit gestel word, dat geen koopkontrak hangende vervulling van die voorwaarde tot stand kom nie). In die vroeë sake word glad nie na bogemelde gemeenregtelike gesag verwys nie. Die probleem het eintlik ontstaan toe die voorbehoud van eiendomsreg by 'n koopkontrak verkeerdlik (soos ons later aantoon) as 'n opskortende voorwaarde beskou is, en dit dan verder beskou is dat so 'n voorwaarde in stryd was met die wese van 'n koopkontrak sodat voor vervulling van die voorwaarde geen koopkontrak tot stand kon kom nie. So meen lord De Villiers in die *Quirk*-saak dat “. . . a pact that the property in the thing sold shall not pass to the purchaser is condemned” (326). As gesag hiervoor steun hy op *Voet* 18 1 26 wat weer gebaseer is op *D* 18 1 80 3. Die teks steun hom egter nie omdat dit te doen het met 'n geval waar by 'n koopkontrak ooreengekom word dat eiendomsreg van die verkoopte saak *nooit* op die koper sal oorgaan nie (*Wolf v Richards* (1884) 3 HCG 102; *De Wet en Yeats* a w 246; *Flemming* a w 7; *De Villiers* a w 18; *Diemont en Marais* a w 16; *Mostert Joubert en Viljoen* a w 101). Van 'n tydelike voorbehoud is in hierdie teks nie sprake nie. In ons reg is daar in elk geval niks wat die verkoper belet om sy eiendomsreg *tydelik* agterweë te hou nie. Dat dit moontlik is, blyk duidelik waar 'n saak teen kontant verkoop word. In sodanige geval het reeds die Romeinse reg bepaal dat eiendomsreg nie op die koper oorgaan tensy hy vir die saak betaal het of sekuriteit verskaf het nie selfs al is die saak ook aan die koper oorhandig (*I* 2 1 41). Hierdie reël is in ons gemene reg oorgeneem (*De Groot* 2 5 14; *Van Leeuwen RHR* 4 17 3; *Voet* 19 1 11; *Daniels v Cooper* (1880) 1 EDC 174; *Sadie v Standard Bank* (1889) 7 SC 87; *Crockett v Lexard* 1903 TS 590; *Eriksen Motors (Welkom) Ltd v Protea Motors Warrenton* 1973 3 SA 685 (A)). Daar was nooit sprake dat die hele kontrak in sodanige geval opgeskort is nie. Die beginsel word dus erken sodat daar geen rede is waarom die verkoper nie, as hy op krediet verkoop, uitdruklik kan ooreenkom om die eiendomsreg voor te behou wat die reg sonder meer vir hom voorbehou as hy teen kontant verkoop nie.

Tereg wys De Villiers daarop dat eiendomsoorgang ook op ander wyses as deur 'n opskortende voorwaarde by 'n koopkontrak uitgestel kan word (a w 19; sien ook die opmerkings op bladsy 179 in *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd* 1971 3 SA 158 (A); *Flemming* a w 6). So meen hy dat as by 'n koopkontrak 'n beding gevoeg word dat lewering eers na 'n sekere datum sal geskied, eiendomsoorgang ook uitgestel word. Alhoewel sodanige gevalle heel dikwels voorkom, is nog nooit aangevoer dat die wese van die koopkontrak daardeur aangetas word of dat die ontstaan van die koopkontrak uitgestel word nie.

Die stelling dat eiendomsvoorbehoud teen die aard van 'n koopkontrak is, blyk dus heeltemal ongegrond te wees. Dit wil voorkom of die verwarring wat in die vroeë sake tussen die verbintenisskeppende en sakeregtelike handeling voorkom in 'n groot mate aan die invloed van die Engelse reg toegeskryf moet word.

In die Engelse reg is die koopkontrak nie slegs 'n verbintenisskeppende ooreenkoms nie maar ook die instrument waardeur eiendomsreg oorgedra word. Tensy 'n teenoorgestelde bedoeling blyk, beteken besitsoordrag aan die koper dat hy eiendomsreg verkry en selfs nie-betaling van die koopprys het nie tot gevolg dat die verkoper in 'n beter posisie as die van 'n gewone krediteur verkeer nie (*Benjamin Sale of Personal Property* (4e uitg) 763). Hy het slegs 'n persoonlike aksie en tensy hy sodanige reg uitdruklik voorbehou het, kan die verkoper ook nie terugtree op grond van nie-betaling van die koopprys nie (*Benjamin a w* 763). Die partye kan egter eiendomsorgang afhanklik stel van die voorwaarde dat die koper die koopprys betaal in welke geval eiendomsreg dan ook nie sal oorgaan nie. Volgens die Engelse reg het sodanige voorwaarde tot gevolg dat die koopkontrak self opgeskort word en nie slegs die eiendomsorgang nie. Dit spreek eintlik vanself want die koopkontrak dra immers die eiendomsreg oor.

In die *Fazi Booy-* en *Quirk*-saak is erken dat die verkoper eiendomsreg kon voorbehou maar onder invloed van die Engelse reg is die verbintenisskeppende en sakeregtelike handeling nie behoorlik onderskei nie en daarom is die juridiese konstruksie heeltemal verkeerd. Om te verhoed dat die koper deur besitsverkryging eienaar word, word die koopkontrak self opgeskort. Dié konstruksie word daarna oorgedra op gevalle waar dit nie gaan om eiendomsvoorbehoud nie, maar waar die gevolge van 'n gewone koopkontrak afhanklik gestel word van 'n (egte) opskortende voorwaarde.

Afgesien van dogmatiese besware teen die opvatting dat die koopkontrak self opgeskort word, is daar praktiese probleme by aanvaarding van sodanige standpunt. Die standpunt van die houe is dat daar wel onmiddellik regsverhoudinge tussen die partye ontstaan as gevolg daarvan dat hulle die kontrak aangegaan het, ten spyte van die feit dat die kontrak opgeskort is. Dit blyk ook weer uit die *Cotton Tail Homes-* en *Le Roux*-saak. Die vraag is nou op grond waarvan hierdie betrekkinge bestaan want voor vervulling van die opskortende voorwaarde kom die koopkontrak tog glad nie tot stand nie.

In dié verband is daar verskillende teorieë. Volgens Hamman (*Die Risiko by die Koopkontrak in die Suid-Afrikaanse Reg* 44 ev) het die regshandeling voor vervulling van die voorwaarde nog geen werking nie. Die regsposisie bly dus soos dit was. Voor vervulling van die voorwaarde bestaan nog geen verbintenis nie en kan die voorwaardelik reghebbende sy reg nie laat geld nie. Daar bestaan slegs 'n spes obligatoris wat beskerm en gehandhaaf word deur die vinculum necessitatis wat hangende vervulling van die voorwaarde bestaan. Geeneen van die partye kan dus in die tussentyd uit die handeling tree nie maar moet vervulling van die voorwaarde afwag. As een van die partye vervulling van die voorwaarde verhinder, word die voorwaarde as vervul beskou. Indien die prys betaal word, kan dit met die *condictio indebiti* opgeëis word. (Sien ook Mostert Joubert en Viljoen a w 101). Die

standpunt is logies aantreklik maar strook ongelukkig nie met die feit dat daar voor vervulling van die voorwaarde reeds deeglik regsgevolge bestaan nie (sien De Wet en Yeats a w 101-102).

Tweedens word aangevoer dat daar op grond van die ooreenkoms wat die partye aangegaan het wel “a very real and contractual relationship” tussen hulle tot stand gekom het hoewel dit nog nie ’n koopkontrak is nie (*Leo v Loots* 1909 TS 366 371). Die hof kom tot die gevolgtrekking op grond daarvan dat die verbintenisse waarop die partye afgespreek het reeds in werking getree het asof dit ingevolge die koopkontrak self geskied het.

In *Massey Harris Co (SA) Ltd v Van der Walt* 1932 EDL 115 het die verweerder ’n teeneis om skadevergoeding ingestel en die eiser het aangevoer dat aangesien daar (vanweë ’n onvervulde opskortende voorwaarde) nooit ’n koopkontrak tussen die partye tot stand gekom het nie, die verweerder geen skadevergoedingseis het nie. Die regter gee toe dat dit wel die geval sou wees as die verweerder sy eis op die koopkontrak sou baseer. Die koper grond sy eis egter nie op die koopkontrak nie “. . . but on the breach of an agreement . . . whatever its appropriate name . . .” wat tussen die partye tot stand gekom het in hulle poging om die koopkontrak aan te gaan wat nooit gematerialiseer het nie (127). Uit hierdie “kontrak” spruit dus vir die partye regte en verpligtinge. Wat die aard van hierdie kontrak is, word nie op ingegaan nie behalwe dat goedkeurend verwys word na hoofregter Innes se stelling in *Leo v Loots* (sien ook *Kinsella v Hermanus-Mossel River Township (Pty) Ltd* 1945 TPD 104 109; *Corondimas v Badat* 1946 AD 548 558-559; *Ex parte Universal Insurance Co Ltd* 1949 3 SA 801 (T) 806).

Die “interim link” (*Massey Harris*-saak 127) is ook al beskou as ’n innominaat kontrak. Die moontlikheid word in *Frasers Ltd v Nel* 1929 OPD 182 geopper en nou ook weer in die *Cotton Tail Homes*-saak. Regter Franklin aanvaar eenvoudig dat daar tot by vervulling van die voorwaarde ’n innominaat kontrak tussen die partye bestaan sonder om enigsins verder op die saak in te gaan (273E).

As voor vervulling van die voorwaarde wel ’n kontrak tussen die partye bestaan maar dit is nie die koopkontrak nie, is die vraag vanselfsprekend wat die aard van sodanige kontrak is, volgens watter reëls die regte en verpligtinge tussen die partye bepaal moet word en hoe toepassing van hierdie reëls verskil van die posisie as die koopkontrak reeds van die begin af sou bestaan. Skynbaar sal sodanige kontrak minstens al die essentialia van ’n koopkontrak moet bevat (dit wil sê ’n ooreenkoms om ’n saak te lewer teen ’n prys) anders is dit moeilik om te sien hoe die kontrak by vervulling van die voorwaarde aangroei tot ’n koopkontrak. Maar hoe verskil ’n kontrak wat reeds die essentialia van ’n koopkontrak bevat nou van ’n koopkontrak of moet ’n mens gaan sê dat ’n koopkontrak nog ’n verdere, negatiewe essentiale het naamlik dat dit nie aan ’n opskortende voorwaarde onderworpe moet wees nie?

Die onhoudbaarheid van die opvatting dat daar hangende vervulling van die voorwaarde reeds ’n kontrak tot stand kom maar dat dit nie ’n koopkontrak is nie, blyk in besonder by huurkoopkontrakte wat, soos reeds gesê, ook beskou word as kontrakte wat onderworpe is aan ’n opskortende

voorwaarde. Flemming wys tereg daarop dat tussen die partye by 'n huurkoopkontrak in die algemeen verpligtings afgedwing word wat eintlik slegs kan bestaan as tussen die partye 'n koopkontrak bestaan (a w 9; sien ook De Villiers a w 19-20; Diemont en Marais a w 17). So word verkopers aangespreek op grond van verborge gebreke, op grond van waarborge teen eviksie en op grond daarvan dat die koopsaak nie geskik is vir die doel waarvoor dit gekoop is nie (sien byvoorbeeld *Darter and Sons v Paglin* 1917 OPD 1; *Emett v Darter and Sons* 1920 EDL 74; *Frasers Ltd v Nel* 1929 OPD 182). Ook met betrekking tot strafbedinge word opgetree asof reeds 'n koopkontrak tussen die partye bestaan (Flemming a w 9). Dit is dus moeilik om enige verskil te kry tussen hierdie "kontraktuele verhouding" en 'n onvoorwaardelike koopkontrak. Dit wil voorkom of die beginsels van die koopkontrak op die verhouding tussen die partye van toepassing is en of die koopkontrak dus reeds voor vervulling van die voorwaarde bestaan (Flemming a w 9). In *Reed Bros v Bosch* 1914 TPD 578 582 word dan ook duidelik gesê dat "the ordinary principles of purchase and sale apply" en in *Frasers Ltd v Nel* 1929 OPD 182 188 word die tussentydse verhouding as "analogous to sale" beskou (sien ook *Darter and Sons v Paglin* 1917 OPD 1 4 en verder De Villiers a w 20). Op die wyse word natuurlik wel bereik wat die kontrakpartye beoog maar so gesien het die tussentydse "kontraktuele verhouding" of innominaat kontrak in der waarheid geen reëls van sy eie nie maar volg dit die reëls van die koopkontrak en word die verwarring wat sou plaasvind as hierdie kontrak wel sy eie reëls gehad het, in die praktyk eintlik uitgeskakel.

In die *Quirk*-saak het lord De Villiers glad nie aangedui ingevolge welke regsverhouding die koper die saak voor vervulling van die voorwaarde hou nie. In navolging van die Engelse reg plaas regterpresident Barry die koper in die *Fazi Booy*-saak (305) in die posisie van 'n bewaarnemer. Hierdie standpunt oortuig nie vir alle gevalle nie. By 'n huurkoopkontrak toon die verhouding tussen die partye byvoorbeeld weinig ooreenkoms met depositum. Die bewaarnemer lewer sy dienste of gratis of hy word betaal maar hy is nie onder verpligting om betalings te maak nie (Diemont en Marais a w 18).

Die rede waarom 'n pactum reservati dominii verkeerdelik as 'n opskortende voorwaarde beskou is, is dat die howe versuim het om 'n duidelike onderskeid te tref tussen die koopkontrak as verbintenisskeppende ooreenkoms en traditio as sakeregtelike handeling. In ons reg is die koopkontrak en traditio heeltemal afsonderlike handeling wat elk sy eie vereistes stel en gevolg het. Die doel van die koopkontrak is om verbintenisse in die lewe te roep. Dit is voltooi as die partye onvoorwaardelik ooreengekom het om 'n bepaalde saak teen 'n bepaalde prys te koop en te verkoop (Voet 18 1 24). Die gevolge daarvan, die verbintenisse, bestaan dan. Die verbintenisskeppende ooreenkoms skep slegs die verpligting tot eiendomsoordrag maar kan eiendomsreg nie self oordra nie. Eiendom word oorgedra deur 'n afsonderlike regshandeling, traditio, waardeur aan die verpligtinge wat in die koopkontrak onderneem is, uitvoering gegee word. Met ander woorde traditio voltooi nie die koopkontrak nie maar gee gevolg daaraan. Volgens ons reg is dit in elk geval glad nie noodsaaklik vir die bestaan van 'n koopkontrak dat die verkoper onderneem om eiendomsreg aan die koper oor te dra nie (De Wet

en Yeats a w 226; Flemming a w 7; Mostert Joubert en Viljoen a w 101; Diemont en Marais a w 17). Hy moet wel die saak aan die koper lewer en vanselfsprekend is dit juis die gedagte by die koopkontrak dat die koper in die plek van die verkoper eienaar van die verkoopte saak sal word. Dit kan egter net gebeur as die verkoper eienaar is en ons reg vereis nie vir 'n geldige koopkontrak dat hy eienaar hoef te wees nie. (Al wat vereis word, is dat die verkoper aan die koper vacua possessio moet verskaf en hom teen uitwinning moet vrywaar – Voet 19 1 10; De Wet en Yeats a w 226; Fleming a w 7.) So kan 'n mens ook regte verkoop waarop tradisioneel geen eiendomsreg gevestig kan word nie, byvoorbeeld 'n vorderingsreg of vruggebruik.

By die koopkontrak bestaan die verkoper se prestasie eintlik daarin dat hy al die regte wat hy op die koopsaak het aan die koper moet oordra. As hy dus eiendomsreg het, wat gewoonlik die geval sal wees, moet hy dit ook oordra (De Groot 3 15 4; Voet 19 1 11; Mostert Joubert en Viljoen a w 143). Dit is onverenigbaar met die aard van die koopkontrak dat die verkoper enige van sy regte op die koopsaak permanent mag terughou. Maar ook in gevalle waar die verkoper wel eiendomsreg oordra, geskied dit nie deur die koopkontrak nie. Soos reeds gesê, is die doel van die koopkontrak om verbintenisse in die lewe te roep, nie om eiendomsorgang te bewerkstellig nie. 'n Ooreenkoms wat direk op eiendomsorgang gerig is, kan dus juis nie 'n koopkontrak wees nie. En aangesien eiendomsvoorbehoud slegs tot gevolg sou kan hê dat die koopkontrak opgeskort word as die koopkontrak wel eiendomsreg oordra, is dit moeilik om in te sien hoe die *koopkontrak* voorwaardelik kan wees as die partye eiendomsreg wil voorbehou. As V byvoorbeeld aanbied om 'n motor vir R1 000 aan K te verkoop en K die aanbod aanvaar, is die wilsooreenstemming tussen hulle tog nie van 'n toekomstige gebeurtenis afhanklik nie.

Die korrekte konstruksie van eiendomsvoorbehoud is dat in die koopkontrak ooreengekom word dat eiendom voorbehou mag word maar dit veroorsaak nie dat die koopkontrak self voorwaardelik word nie. Die voorwaarde as sodanig het net op traditio betrekking. (Sien ook *Wolf v Richards* (1884) 3 HCG 102; *Pennefather v Gokal* 1960 4 SA 42 (N); De Wet en Yeats a w 101 vn q; Diemont en Marais a w 19; Mackeurtan a w 96; Mostert Joubert en Viljoen a w 103; Flemming a w 6). Waar die regter hom dus reg aan die begin in die *Fazi Booy*-saak (304 305) op Voet oor die *lex commissoria* (18 3 1) en 'n kontrak onderworpe aan 'n voorwaarde (18 6 5) beroep, is dit duidelik dat die onderskeid tussen die verbinteniskeppende en sakeregtelike handeling nie ingesien word nie. Voet het te doen met 'n *lex commissoria* wat aan 'n *koopkontrak* gevoeg is of met 'n *koopkontrak* wat aan 'n voorwaarde onderworpe is en nie met traditio nie. Daar is ook nog 'n verdere rede waarom die huurkoopkontrak nie self opgeskort kan wees nie. By die huurkoopkontrak is die voorwaarde waaraan die eiendomsorgang onderworpe gestel word deurgaans volledige betaling van die koopprys. Nou, prysbetaling is 'n konstitutiewe element van die koopkontrak en kan nooit 'n voorwaarde daarvan wees nie. Van voorwaardelike verbintenisse kan hier dus geen sprake wees nie want as dit die geval sou wees, sou elke koop voorwaardelik wees. By elke koop hou die prestasie (lewering van die saak) immers verband met en is dit afhanklik van die teenprestasie (betaling

van die koopprys). (Sien Frank *Het Overeenkomst van Huurkoop* 24.) Nakoming van sy verpligting deur die koper kan tog nie 'n voorwaarde wees vir uitvoering van sy prestasie deur die verkoper nie. Slegs as die hele ooreenkoms, dit wil sê die lewering van die saak sowel as die betaling van die prys van 'n toekomstige onsekere gebeurtenis afhanklik gestel word, kan 'n mens praat van 'n voorwaardelike koop.

Ons het hierbo daarop gewys dat wanneer die howe verklaar dat daar hangende die vervulling van 'n opskortende voorwaarde 'n innominaat kontrak tussen die partye bestaan, dan het dié innominaat kontrak dieselfde kenmerke as die koopkontrak wat by vervulling van die voorwaarde tot stand kom. 'n Mens hoef egter slegs na die *Cotton Tail Homes*- en die *Le Roux*-saak te kyk om te beseft dat dit 'n baie groot verskil kan maak of 'n mens aanvaar dat 'n koopkontrak by sluiting van die ooreenkoms tot stand kom of eers later (in sommige gevalle jare later) by vervulling van die voorwaarde.

Daarmee wil ons nie te kenne gee dat indien 'n ander standpunt in hierdie twee sake ingeneem is, die eiser in die *Cotton Tail*-saak sonder 'n remedie of die verweerder in die *Le Roux*-saak sonder 'n verweer sou gewees het nie. In eersgenoemde saak is naamlik ook die oordrag van erwe verbied vir voldoening aan die vereistes deur die administrateur gestel. Dit kon dus moontlik geblyk het dat die verweerder in die saak nie meer in staat was of nie meer van plan was om aan die vereistes te voldoen nie, in welke geval die eiser 'n remedie sou gehad het op grond van verweerder se onmoontlikmaking of repudiëring van sy oordragverpligting. Andersins sou die moontlikheid bestaan het om die verweerder in mora te stel met betrekking tot sy oordragverpligting. In die *Le Roux*-saak weer kon dieselfde beslissing gegee gewees het bloot op die uitleg van artikel 72. So verklaar r Diemont self:

“But the parties have expressly contracted that no transfer of the land can be given until such time as the general plan of the township has been approved and proclaimed. If sec. 72 of the Act were applicable it would mean that the defendant company would be liable for damages for failing to do what it is impossible for it to do, and for what it expressly contracted it would not do. Such a result would be absurd” (513CD).

'n Kontrak is 'n feit. 'n Feit kan nie opgeskort word nie, slegs die gevolge daarvan is vir opskorting vatbaar. Windscheid stel dit onomwonde:

Das von der Bedingung Abhängige ist nicht die Existenz des Willens, sondern die Existenz der durch denselben zu erzielenden Wirkung, nicht das Wollen, sondern das Gewollte” (*Lehrbuch des Pandektenrechts*: I (herdr 1963) 452 vn 3(a). (Ons vertaling: Dit wat van die voorwaarde afhanklik is, is nie die bestaan van die wil nie maar die bestaan van die werking wat met die wil beoog word, nie die wil self nie maar die gevolg daarvan.)

Miskien kan 'n mens tog nog bly hoop dat die appèlhof sy konstruksie van 'n koopkontrak onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde in heroorweging sal neem wanneer die geleentheid hom voordoen.

DSP CRONJÉ
JG LOTZ
Universiteit van Suid-Afrika

“UNBRIDLED POWER” EN OPENBARE MENING

Professor Rabie se konklusies in sy aantekening in 40 (1977) *THRHR* 179 laat die vraag weer eens opduik: Watter beperkings is daar werklik op die soewereiniteit van die parlement?

Afgesien van moontlike beperkings deur professor Rabie voorgestel asook van die bestaan al dan nie van ander beperkings, kom die vraag telkens op na die werklike effektiwiteit van die *openbare mening* as “beperking” op die soewereiniteit van die parlement. Gepaardgaande hiermee duik die vraag op na die werklike betekenis van die *mandaat van die kiesers* as moontlike “beperking” op die soewereiniteit van die parlement – ’n begrip wat professor Rabie tereg prakties interpreteer as “the party can do almost as it pleases” (182).

Dit is nogal interessant om die opinies van die vooraanstaande skrywers van die Engelse staatsreg na te gaan en die verskil in benadering onder hulle te bespeur. Soos gesien sal word, is daar soms radikale beginselverskille onder hulle oor die aangeleentheid.

Lucas maak die bewering:

“And, first, Parliament cannot exercise the whole of creative sovereignty, for it is merely the agent of the electorate. It is said to enjoy full lawful authority to make what laws it pleases, but it has in fact a limited mandate only. For instance, it may not hand over its legislative duties to another body, say to the Benchers of the Four Inns of Court. Moreover, it is difficult to define ‘lawful authority’ as used in this connection. There is indeed no legal machinery to restrain Parliament from infringing its mandate, but that alone is not sufficient to establish its right to do legally what it is disentitled to do constitutionally.”¹

Wade en Phillips huldig die mening dat die parlement ’n definitiewe verantwoordelikheid het teenoor die kiesers, die politieke soewerein.² Sommige konstitusies maak daarvoor voorsiening dat konstitusionele veranderings alleenlik deur middel van ’n referendum aangebring kan word. Selfs in die geval van konstitusies soos ons eie wat nie die referendum ken nie, word soms van ’n volkstemming gebruik gemaak. Sommige konstitusies maak weer voorsiening vir ’n sg inisiatief. Hiervolgens kan die kiesers die parlement opdrag gee om voort te gaan met die een of ander maatreël. Dit is ook die taak van die opposisie om enige afwykings van die mandaat te kritiseer.

Drie vrae duik hier op:

- (a) Deel die parlement sy wetgewende soewereiniteit met sy kiesers?
- (b) Het ons hier te doen met ’n beperking op die wetgewende soewereiniteit van die parlement?
- (c) Het ons hier te doen met niks meer as ’n blote morele verpligting op die parlement om sy mandaat nie te oorskry nie?

Op die eerste vraag is die antwoord myns insiens negatief. Wade en Phillips maak ook spesifiek die stelling dat die wetgewende soewereiniteit van die

¹Lucas *The Primordial Functions of Government and the Legal Status of Sovereignty* (1938) 100.

Volgens hierdie skrywer heers daar ’n kontrak tussen die algemene wil en die parlement: “A contract or, at least, a trust exists, which implies a quasi contractual relationship.”

²Wade en Phillips *Constitutional Law* (1965) 55.

parlement nie met die kiesers gedeel word nie.³ Dit staan egter vas dat alhoewel die parlement bv oor die mag beskik om sy lewensduur te verleng, hy dit nie sal doen nie tensy daar een of ander noodtoestand heers. Die posisie blyk te wees dat die parlement sy wetgewende soewereiniteit uitoefen met inagneming van sy verantwoordelikheid teenoor die kiesers. Die geskiedenis het bewys dat die parlement vir die openbare mening baie gevoelig is.⁴

Wat die tweede vraag betref, is daar sekere skrywers wat die mening toegedaan is dat ons wel te doen het met 'n beperking op die wetgewende soewereiniteit van die parlement. Laski beweer dat die parlement byvoorbeeld nooit sal poog om die Rooms-Katolieke die stemreg te ontsê of om vakbonde te verbied nie. Hy beweer dat die soewereine parlement meer gehoorsaam is aan die kiesers as omgekeerd.⁵ Jennings stel die standpunt van Laski juridies suiwerder waar hy beweer dat daar 'n konvensie bestaan dat die mandaat van die kiesers gehoorsaam moet word.⁶

Volgens Jennings is dit nie net 'n kwessie van "political expediency" nie maar wel 'n definitiewe beperking op die bevoegdheids van die parlement. Sy opvatting word opgesom as die "leerstuk van die mandaat":

"There is, too a *convention* which limits the powers of parliament in respect of internal matters. Apart altogether from political expediency, it is now recognised that fundamental changes in policy must not be effected unless they have been in issue at a general election. This appears as a limitation upon the Government. But since the Government . . . controls Parliament, it is a limitation upon Parliament itself."⁷

Jennings gee egter toe dat die leerstuk vaag is en dat die werking daarvan 'n kwessie van dispuut mag wees. Nogtans beklemtoon hy dat die leerstuk van belang is en dat die bestaan daarvan erken is.⁸ Volgens Jennings het die leerstuk in 1852 ontstaan, maar eers in die twintigste eeu in 'n konvensie ontwikkel. Hy illustreer sy standpunt verder deur daarop te wys dat volgens Cromwell, toe lg die "long parliament" ontbind het, "geen hond eers daarvoor geblaf het nie"; dat 'n land met goeie gevolge regeer kan word sonder 'n parlement. Jennings se antwoord op Cromwell se mening is dat "the dogs bark in Parliament; if there were no Parliament, they might bite".

³Wade en Phillips 55; "Legislative supremacy is not shared with the electorate." GH Le May 1967 *SALJ* 33 verklaar hieroor: "If Parliament is sovereign, then the people cannot be, and the 'mandate' has no validity; if the 'mandate is binding and the people are sovereign, then Parliament is not." Volgens hierdie skrywer word soewereiniteit nie gedeel nie.

⁴bv in die agtiende eeu met die val van die Fox-North-koalisie en die opkoms van die "jongere" Pitt. Wade en Phillips 56: "Parliamentary government makes for flexible government and probably for truer and more effective concern for the public interest of the community as a whole."

⁵Laski *A Grammar of Politics* (1955) 52-3. "A series of by-elections, for instance, produce with amazing rapidity a change in the will and temper of the sovereign."

⁶Jennings *The Law and the Constitution* 176.

⁷Jennings *Cabinet Government* 505. Vgl 505-8 vir voorbeelde waarop die leerstuk gebaseer is. Sien verder dieselfde skrywer *The Law and the Constitution* 176 vir ander voorbeelde. Lord Hartingdon beweer so ver terug as 1886: "The constituencies of Great Britain are the source of the power at all events of this branch of parliament, and I maintain that, in the absence of an emergency that could not be foreseen, the House of Commons has no right to initiate legislation . . . of which the constituencies were not informed . . ." *Life of the Duke of Devonshire* II 141-2 soos aangehaal deur Jennings *Cabinet Government* (1959) 504.

⁸Ibid 510.

Volgens diegene wat Jennings volg, is die bekende uitdrukking "Parliament may legislate as it pleases" onjuis. Lucas val GC Haines se bewering⁹ dat daar geen reg in Engeland so fundamenteel is dat dit buite die bevoegdheid van die parlement is nie, aan deur te verklaar:

"It is suggested, however, that this, so far as it relates to fundamental law, only enables Parliament to make such a change as is within the political contemplation of the day, for Parliament is a delegated body."¹⁰

Lucas huldig die mening dat daar sekere beginsels is, so fundamenteel en so karakteristiek van die volk dat geen parlement bevoeg is om hulle sonder 'n uitdruklike mandaat te verander nie.¹¹ Dicey, wat 'n uitgebreide studie van die invloed van publieke opinie op wetgewing gemaak het, wys daarop dat die kiesers onoorkomelik teenstand kan bied aan die meerderheidsparty indien die parlement wette deurvoer wat drasties indruis teen die kieser se gewoontes of wat hul morele sentiment skok.¹² C Campion stel dit pertinent dat die politieke soewereiniteit van die volk so sterk is dat dit die wetgewende soewereiniteit van die parlement al hoe meer beperk.¹³

Jennings baseer hierdie leerstuk verder op die demokratiese grondslag van die Britse parlementêre stelsel.¹⁴

"The fact that no Government could secure powers to kill all blue-eyed babies is not due to any legal limitations on the power of Parliament but to the fact that both the Government and the House of Commons derive their authority from the people."

Hereshoff Bartlett wys daarop dat die volk¹⁵ oor die bevoegdheid beskik om gesamentlik op te tree en die gesag wat deur hulself daargestel is, omver te werp.¹⁶ Greaves is dieselfde mening toegedaan. Ook hy verwys na 'n *konvensie* dat die politieke soewereiniteit van die kiesers die wetgewende soewereiniteit van die parlement beperk. Greaves beskou hierdie politieke soewereiniteit van die kiesers as 'n fundamentele en organiese beginsel van die Britse konstitusie. Hy plaas die konvensie onder die kategorie konvensies wat ten doel het om harmonie te bewerkstellig tussen die regering en wetgewende optrede aan die een kant en die publieke opinie aan die ander kant.¹⁷

⁹GC Haines *American Doctrine of Judicial Supremacy* (1932) 36.

¹⁰Lucas 102.

¹¹Ibid 102: "A man has the 'right' to change his diet unwisely, and even to ruin his health, if he chooses. But Parliament is an agent, and is not entitled to ruin the constitution of the country by legislation which is out of harmony with the mind of the country."

¹²Dicey *Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* (1952) 10.

¹³C Campion *Parliament, a Survey* (1952) 24.

¹⁴Jennings *Parliament* 8.

¹⁵Vgl E McWhinney "Court versus Legislature in South Africa: The Assertion of a Right of Judicial Review." 1953 *Canadian Bar Review* 52: "The 'mandate' concept in so far as it can be said to exist as a principle of Commonwealth Constitutional Law, is no doubt a special instance of a convention of the constitution."

¹⁶CF Hereshoff Bartlett "The Sovereignty of the People" *Law Quarterly Review* (37) 497.

¹⁷Die ander twee kategorieë konvensies is:

- (a) konvensies ter bevordering van die werking tussen die parlement en die uitvoerende gesag;
- (b) konvensies ter bevordering van die funksionering van bepaalde regeringsinstellings. 'n Voorbeeld hiervan is dat alleenlik die "law lords" sitting neem as die *House of Lords* as 'n hof van appel sit.

Myns insiens kan daar nie sonder meer aangevoer word dat so 'n konvensie bestaan nie en dat ons hier te doen het met 'n beperking op die wetgewende soewereiniteit van die parlement. Verloren van Themaat¹⁸ in sy bespreking van die vernaamste konvensies meld dat Jennings hier 'n konvensie sien wat die parlement aan sy mandaat by die verkiesing bind. Verloren van Themaat self laat hom nie duidelik uit of hy homself met Jennings se standpunt vereenselwig nie. 'n Aanduiding van sy houding blyk miskien uit die voorbeeld wat hy gee om te illustreer hoe die Suid-Afrikaanse parlement al anders opgetree het waar hierdie aangeleentheid ter sprake gekom het. In 1939 het die parlement geen spesifieke mandaat gehad om oorlog te verklaar nie en nogtans is oorlog verklaar. In 1953 het dr Malan weer verklaar dat 'n republiek nie uitgeroep sal word tensy die kwessie pertinent by 'n verkiesing aan die kiesers voorgelê word nie. Dit wil my voorkom asof daar geen duidelike en konsekwente gevalle in die Engelse staatsregtelike geskiedenis is wat daarop dui dat so 'n konvensie bestaan nie.

Hood Phillips sien die aangeleentheid myns insiens in sy werklike perspektief, en laat die vraag oop of daar so 'n konvensie bestaan of nie. Hy beweer dat die wil en wense van die kiesers van geen regsbetekenis is nie. Eerder dat "ordinary prudence reminds Ministers that within five years at most they will have to submit themselves for election again."¹⁹ Dit wil dus voorkom asof die leerstuk van die mandaat alleenlik bestaan as 'n morele of politieke beperking. Eerstens is dit soms moeilik om te bepaal of daar wel 'n mandaat gegee is of nie en tweedens is dit moeilik om te sien hoe die mandaat uitgevoer moet word. Hood Phillips wys daarop dat in die geval van die *Irish Home Rule Bill* en die *Parliament Bill*, die beskouing gegeld het dat 'n mandaat nodig was voordat die parlement daarmee kon voortgaan. Met die *Anglo-Ierse Verdrag* en uitbreiding van die stemreg is die teenoorgestelde mening gehuldig.

Sir Henry Maine se opvatting blyk myns insiens die korrekte te wees. Hy verklaar:

"The vast mass of influences, which we may call for shortness moral, perpetually shapes, limits, or forbids the actual direction of the forces of society by its Sovereign."²⁰

Dit wil dus voorkom of ons hier te doen het met bloot 'n morele verpligting wat op die parlement rus. Dit kan natuurlik nie ontken word nie dat die leerstuk van die mandaat wel in die toekoms tot 'n konvensie kan ontwikkel.

Afgesien van die vraag of die parlement aan die sg mandaat gebonde is of nie, ontstaan die verwante vraag of die parlement bevoeg is om 'n wet deur te voer wat so sterk teen die openbare mening indruis dat dit deur die gemeenskap as onaanvaarbaar beskou word. Hierdie kwessie is losstaande van dié van die mandaat. Die "mandaat-teorie" het slegs betrekking op die vraag of die parlement 'n belangrike wysiging van die bestaande reg kan teewegbring sonder opdrag van die kieserskorps. Die vraag wat nou ondersoek word, is breër. Stephen se voorbeeld van 'n statuut wat bepaal dat alle blouoogbabas doodgemaak moet word, is 'n goeie illustrasie hiervan.

¹⁸Verloren van Themaat 160.

¹⁹Hood Phillips *Constitutional Law* 274.

²⁰Sir Henry Maine *Lectures on the Early History of Institutions* (1905) 359.

Rus daar regsbeperkings op die parlement met inhoud dat dié liggaam onbevoeg is om sodanige wetgewing deur te voer?

As uitgangspunt geld die “area of power”-reël – dit wil sê die algemene reël. Soos reeds verskeie keer nou al aangetoon, is daar geen regsbeperkings op die inhoud van die parlement se wetgewende bevoegdheid nie. Geen statuut van die parlement kan deur die howe as *ultra vires* beskou word op grond daarvan dat die parlement onbevoeg is om oor daardie onderwerp ’n wet te maak nie.²¹ Die gebiedsfeer van die parlement se wetgewende bevoegdheid is onbeperk. Hart stel dit kernagtig waar hy beweer: “There are, and can be, no legal limits on his own law-creating power . . . the legally unlimited power of the sovereign is his by definition . . .”²² Wat die Engelse staatsreg betref, is dit ’n onbetwisbare feit. Die antwoord op die vraag of die parlement ’n wet kan deurvoer wat vir die gemeenskap onaanvaarbaar is, is dus dat dié liggaam wel so ’n wet kan maak.

Die feit dat daar regtens geen perke aan die wetgewende soewereiniteit van die parlement is nie, beteken geensins dat daar *feitlik* geen beperkings bestaan nie. Beperkings op die parlement se wetgewende mag bestaan wel – maar hulle is nie *regsbeperkings* nie.

Geen bewys is nodig vir die stelling dat persone wat die opperste wetgewende gesag in ’n staat besit, hul soms van die een of ander optrede weerhou omdat die openbare mening daarteen gekant sal wees nie. Dié punt is reeds hierbo gestel. In ’n demokratiese staat word die volgende verkiesing voortdurend in ag geneem; en afgesien daarvan bestaan daar altyd die moontlikheid dat in ’n uiterste geval die wetgewing nie uitgevoer sal word nie of selfs dat die volk in opstand sal kom.²³

Hierdie beperkings is geensins van *juridiese* aard nie. Die howe sal die argument dat wetgewing nie deel van die reg geword het nie omdat dit met die openbare mening bots of teen bestaande normaliteit is, verwerp.

Prakties word sodanige wetgewing eenvoudig net nie deurgevoer nie. Stephen se antwoord op sy beroemde vraag supra is dat as die parlement wel so ’n wet deurvoer dan sal dit onwettig wees om blouoog-babas te laat leef “but legislators must go mad before they could pass such a law”.²⁴

²¹Vgl egter Salmond *Jurisprudence* (1957) 142; Hart *The Concept of Law* (1961) 66: “The ‘area’ if not the ‘form’ of his legislative power is unlimited by law.”

²²Hart 65.

²³Afgesien hiervan gebeur dit in die praktyk dat die parlement noodwendig die wil en algemene gees van die gemeenskap verteenwoordig, daar die parlement self deel van die gemeenskap en ’n produk van daardie gemeenskap is. Dicey *Law and the Constitution* 80: “Even a despot exercises his powers in accordance with his character, which is itself moulded by the circumstances under which he lives, including under that head the moral feelings of the time and the society to which he belongs.” Vinogradoff *Collected Papers* II (1928) 211; *Law and Opinion in England in the Twentieth Century* (1959) 264; *Common Sense in the Law* (1945) 18: “The close relationship between moral and legal relations is striking. No wonder ancient thinkers . . . included the discussion of the elements of law in their treatment of ethics . . .” Paton *Jurisprudence* (1946) 106: “The law cannot but be influenced greatly by the philosophy of life which a community holds.”

²⁴Stephen *Science of Ethics* (1882) 143; Dicey *Law and Public Opinion in England* (1963) 10.

Schumpeter en Lippmann verkondig die interessante opvatting dat die parlement die openbare mening kan reguleer en dit sodoende kondisioneer om wetgewing van enige aard te aanvaar.²⁵ Eersgenoemde meld dat "the will of the people is the product and not the motive power of the political process". Dus, in plaas daarvan dat die openbare mening die parlement kontroleer, is dit die parlement wat die openbare mening kontroleer.

GN BARRIE

Departement van buitelandse sake, Pretoria

PETERE FONTES

Vrae oor die wetenskaplike ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg ontlok dikwels bespreking oor die aard en rol van die Romeins-Hollandse reg. In 'n werk wat onlangs gepubliseer is, beklemtoon die skrywers dat daar in die soeke na gesag in die ou bronne aandag gegee moet word aan—

"the difference between the search for a specific rule of Roman-Dutch law . . . and a search for principles, concepts and doctrines of Roman-Dutch law".

In eersgenoemde geval—

"it is the area of the province of Holland that determines [the] search . . . in the latter case, however, where it is a question of searching for a principle of Roman-Dutch law from which to develop further rules, then Roman-Dutch law means the common law of precodal western Europe.

"The search for Roman-Dutch or, wider still, Romanist principles from which to develop supplementary rules of law for the South African legal system now leads us logically to a consideration of the western European legal systems which although codified, rest on a firm Romanist substratum. Such a material source also merits consideration if the criteria for the satisfactory extension of our law are to be uniformity and assimilability."

WJ Hosten, AB Edwards, Carmen Nathan, Francis Bosman
Introduction to South African Law and Legal Theory 214-5

²⁵Schumpeter *Capitalism, Socialism and Democracy* (1952) 263. Lippmann *The Phantom Public* (1927) 38. Vgl verder Kranenburg *Positief Recht en Rechtsbewustzijn* (1928) 40-42, waar die skrywer die sg "teorie van den volksgeest" ontleed asook 'n bespreking van von Savigny se *Volksgeist*. Volgens Kranenburg sal die positiewe reg altyd 'n weer-
spieëling van die "gemeenschappelijk bewustzijn des volks" wees.

Vonnisse

UNITED STATES v FISHING VESSEL TAIYO MARU NO 28 395 F SUPP 413 (D Me 1975)

Hot pursuit – fisheries zone

In 1975 the United States district court for the district of Maine, in a landmark decision, held that the right of hot pursuit may be commenced within the US contiguous fisheries zone for violations of US *exclusive fishing rights* in that zone. The court rejected an argument that the four purposes for which a contiguous zone may be created under the Geneva Convention of 1958 on the Territorial Sea and Contiguous Zone (where hot pursuit may be initiated under the Convention on the High Seas) were exclusive.

The case began as a classic exercise in maritime law enforcement. On the afternoon of 5 September 1974, the Japanese longliner Taiyo Maru No 28 was fishing for shark and tuna in the vicinity of Monhegan Island, Maine. An airplane chartered by the National Marine Fisheries Service spotted the ship between nine and ten miles from the shore of that island. According to one report, the vessel abandoned her nets and fled while the chartered plane was overhead. Other aircraft – this time from the US coast guard – were launched to investigate and document the Taiyo Maru's position. In addition, the coast guard cutter Yankton was ordered to proceed to the scene. The longliner was directed to heave to by radio, flashing light signals, and by message block dropped from the coast guard aircraft. Despite these orders to stop, the Taiyo Maru steamed on with the Yankton and coast guard aircraft in hot pursuit. Finally, well beyond the limits of the contiguous fisheries zone, the larger and faster cutter the Decisive was able to intercept the fleeing vessel. In all, the pursuit had lasted more than seven hours. The following day the ship reached Portland harbour under escort.

Briefly stated, hot pursuit is the doctrine under which, when a foreign vessel violates the laws of the coastal state by acts in waters within the latter's jurisdiction, the coastal state may pursue the offending vessel beyond the limits of national jurisdiction in order to effect the arrest of the vessel. Traditionally, the right of hot pursuit had to be initiated within the territorial waters of a nation, but with time customary international law came to recognize that the pursuit might validly be initiated within certain other maritime zones where more limited powers were exercised by the coastal state. Finally, with the 1958 Geneva Conventions on the Law of the Sea, express recognition was given to the exercise of hot pursuit from such zones. Under article 23(1)(a) of the Convention on the High Seas, hot pursuit "must be commenced when the foreign ship or one of its boats is within the internal waters or the territorial sea or the contiguous zone of the pursuing

State, and may only be continued outside the territorial sea or the contiguous zone if the pursuit has not been interrupted". The Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, in turn, states that "[i]n a zone of the high seas contiguous to its territorial sea, the coastal State may exercise the control necessary to . . . [p]revent infringement of its customs, fiscal, immigration or sanitary regulations within its territory or territorial sea . . ."

Missing from the enumeration of purposes for which a contiguous zone may be created, of course, was fishing. As a result, exercise of the right of hot pursuit from contiguous zones created for the regulation of fisheries had to be justified on the basis of customary international law. Virtually all hot pursuit incidents in recent years have concerned seizure of vessels alleged to have been fishing in exclusive fishing zones.

The United States is, it may be added, not alone in claiming the right to initiate hot pursuit from a fisheries zone beyond the limits of territorial waters. As pointed out in the *Taiyo Maru* case, of the more than 60 coastal states which claim exclusive fisheries jurisdiction over a 12-mile zone, the United States is not aware of any nation which disclaims the right to conduct hot pursuit to enforce it.

The principal legal issue before the district court was rooted in the 1958 Geneva conventions. In essence, the point made by the owners and the master of the *Taiyo Maru* No 28 was that the right of hot pursuit conferred by the Convention on the High Seas may be exercised only for infringements of coastal state laws in the territorial sea or in the contiguous zones specifically authorized by the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone. Since, the argument goes, the latter convention permits the creation of contiguous zones only for "*customs, fiscal, immigration or sanitary*" measures to a limit of 12 miles from the "baselines from which the breadth of the territorial sea is measured", fishing zones are by necessary implication *excluded* from the reach of the hot pursuit article of the Convention on the High Seas.

Rejecting the *Taiyo Maru's* argument, the district court held that nothing in the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone affirmatively prohibits a coastal state from creating a contiguous zone for purposes other than the four enumerated ones. The court pointed out that "(t)he language of Article 24, relating to the purposes for which a contiguous zone may be established, is permissive, rather than restrictive. It provides that a coastal state 'may' establish a contiguous zone for the purposes of enforcing its customs, fiscal, immigration or sanitary regulations. Although Article 24 only affirmatively recognizes the right of a coastal state to create a contiguous zone for one of the four enumerated purposes, nothing in the Article precludes the establishment of such a zone for other purposes, including the enforcement of domestic fisheries law".

The decision also reviews the negotiating history of the contiguous zone provisions of the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone and notes that the two basic issues at the Geneva Conference on the Law of the Sea of 1958 – the breadth of the territorial sea and the permissibility of "an additional contiguous zone in which the coastal States could

exercise exclusive jurisdiction over fishing” – remained unresolved. “The 1958 Geneva Conference was unable to achieve agreement on either issue, primarily because of the volatile political ramifications involved in setting a limit to the territorial sea” (420). Since the fishing zone issue was not resolved in 1958, or again in 1960 at the Second Law of the Sea Conference, the court concluded that by signing the 1958 Conventions “the United States could not have intended to accept any limitation on its right to conduct hot pursuit for violations of exclusive fishery rights occurring within 12 miles of its coast” (421).

With this decision, the district court provided judicial approval for the first time of the hot pursuit claims and practices consistently followed by the United States since the contiguous fisheries zone was created. To the extent that it recognizes that the right of hot pursuit may be necessary for the protection of coastal state rights even where the right of hot pursuit is not expressly conferred by international agreement, the decision could prove to be important in the future enforcement of state’s prohibition on foreign harvesting.

With the proposed adoption of a South African 200 mile exclusive fisheries zone and a proliferation of such zones in existence (and many more such declarations in the offing), the likelihood of judicial tests of hot pursuit in these contexts may no longer be discounted.

Looking beyond the present sweep of law enforcement activities on the high seas, it is worth noting that the Informal Single Negotiating Text circulated at the end of the 1975 Geneva session of the Third UN Law of the Sea Conference recognizes the right of hot pursuit not only from the territorial sea and contiguous zones created for customs, fiscal, immigration, or sanitary purposes, but also from the proposed 200-mile “economic zone” and from the area over the continental shelf. Even though the *Taiyo Maru* decision represents an advance in the recognition given to coastal state maritime enforcement powers, treaty provisions along the lines of the Informal Single Negotiating Text could, therefore, move the law far beyond the point reached in this case.

GN BARRIE

Department of Foreign Affairs

VALDAVE INVESTMENTS (PTY) LTD v TOTAL SA (PTY) LTD
1977 2 SA 94 (D)

Uitleg van standaardkontrakte waar woorde deurgehaal en vervang is

Hierdie gewysde handel oor die uitleg van ’n voorafvoorbereide geskrewe kontrak (hierna genoem standaardkontrak) wat met sekere invoegings en veranderings deur die partye aanvaar is.

Dit is welbekend dat voornemende kontraktante standaardkontrakte vooraf voorberei met oop ruimtes vir die invoeging van die besonderhede van enige besondere transaksie (soos die naam van die koper/huurder, die

voorwerp verkoop/verhuur, die prys/huurgeld, die datum van lewering en die betaling van die prys/huurgeld). In ander gevalle koop hulle sulke vorms op die ope mark.

Wanneer dit kom by die voltooiing van die standaardkontrak, kan dit gebeur dat die partye sekere dele deurhaal omdat hulle sekere van die bedinge in die standaardkontrak buite werking wil stel, omdat hulle een of meer alternatiewe bepalinge wil uitskakel of omdat hulle in 'n bepaalde geval die woorde van die standaardkontrak wil vervang met ander (òf om die besondere geval te pas òf om hulle bedoeling by die kontraksluiting getrouer weer te gee). Die onderhawige gewysde handel oor die uitleg van 'n standaardkontrak waar die partye die bewoording van sekere dele daarvan deurghaal het en deur hulle eie vervang het.

In die algemeen bepaal die houe die bedoeling van kontraktante deur 'n uitleg van die woorde van hulle ooreenkoms sonder verwysing na ekstrinsieke getuienis oor die verloop van die onderhandelings tussen die partye of enige besondere voorstelle wat die een gemaak het en wat die ander verwerp het. Wanneer dit dus gaan oor die uitleg van 'n kontrak soos die onderhawige, sou 'n mens verwag dat die hof na die finale keuse van die partye met betrekking tot die bewoording van hulle ooreenkoms sou kyk en dit sou uitlê ooreenkomstig die gewone reëls sonder om enige ag te slaan op enigiets daarbuite, dus sonder om ag te slaan op deurgehaalde woorde of enigiets anders wat die partye in getuienis mag aanbied. Dit is dan ook die weg wat r James in hierdie geval volg en waarlangs hy tot sy beslissing kom.

As die saak by die bogemelde gebly het, sou dit waarskynlik nooit die hofverslae bereik het nie. Die regter besluit egter om 'n klip in die bos te gooi en die vraag te opper of hy nie tog geregtig sou wees om na die deurgehaalde woorde in die standaardkontrak te kyk ten einde tot 'n beslissing te kom nie. Hy doen dit wel en vind dat as hy dit sou mag doen, die gegewens wat hy sou verkry die gevolgtrekking waartoe hy langs konvensionele weë gekom het, sou versterk het.

Die rede vir die versigtige klip in die bos is natuurlik dat die oorweging van die deurgehaalde woorde nie deur die Suid-Afrikaanse regsbronne gesanksioneer word nie. Die regter verwys na dicta in Engelse vonnisse. In die eerste (*London & Overseas Freighters Ltd v Timber Shipping Co* 1972 AC 1 15) word verklaar dat waar die partye 'n vorm *deur ander voorberei*, gebruik, daar nie verklaar kan word dat hulle bedenkinge gehad het oor die woorde wat deur een voorgestel is nie en dat getuienis van daardie woorde dus nie getuienis van hulle onderhandelings is nie; en in die tweede (die sogenaamde *Anastasia*-saak 461 Lloyds List LR 1) erken die regter dat hy self altyd na die deurgehaalde woorde kyk omdat dit dikwels lig werp op die bedoeling van die partye soos in hulle ooreenkoms beliggzaam.

In die afwesigheid van enige besondere presedent moet die beoordelaar homself afvra of dit in beginsel geregverdig is om na die deurgehaalde woorde te kyk. Die regverdiging vir so 'n stap is waarskynlik dat die deurgehaalde woorde nie die bedoeling van die partye weergee nie en dat hulle in die woorde wat hulle wel gebruik het, iets anders bedoel het as wat die deurgehaaldes verklaar. In 'n bepaalde geval mag hulle slegs een woord ver-

ander en in 'n ander geval 'n hele frase of sin. Die beoordelaar moet vasstel of hulle al die deurgehaalde woorde wou verwerp en of hulle slegs 'n enkele woord of gedagte wou verander. Sou ons dan vir die oomblik veronderstel dat 'n uitlegger vasgestel het wat die deurgehaalde en wat die ingevoegde woorde beteken, dan sal hy weet in welke opsig die partye afgewyk het van die woorde van die standaardvorm. Die vraag van die regter of 'n mens by die uitleg van die ingevoegde woorde na die deurgehaalde woorde mag kyk, veronderstel egter dat die ingevoegde woorde nie heeltemal duidelik is nie en dat die uitlegger, deur na die deurgehaalde woorde te kyk, inligting sal bekom wat hom in staat sal stel om die onduidelike woorde wat wel gebruik is te vertolk sodat hulle duidelik word. Die uitlegger se probleem is dan egter dat hy nie sal weet in hoever die partye van die oorspronklike bewoording wou afwyk en in hoever hulle dit slegs wou herbewoord omdat hulle 'n nuwe of ander bewoording aan hulle ooreenkoms wou gee nie. Die uitlegger se probleem is dus dat hy, sonder om die betekenis van die ingevoegde woorde heeltemal onafhanklik te bepaal, nie sal weet in hoever die partye die deurgehaalde woorde wou verwerp nie.

Neem ons egter aan dat 'n beoordeling van die deurgehaalde woorde die uitlegger in staat sou stel om 'n gevolgtrekking te maak insake die betekenis van die vervangende woorde (soos in die onderhawige geval), dan bly dit egter 'n vraag of hy dit mag doen. Dit is 'n basiese reël dat ekstrinsieke getuïenis by die uitleg van skriftelike kontrakte en ander stukke nie toelaatbaar is nie, behalwe in erkende uitsonderingsgevalle wat nie hier ter sprake is nie. As die reg dan ekstrinsieke getuïenis oor die onderhandelings tussen die partye uitsluit, is dit ongeoorloof om van sodanige getuïenis kennis te neem. Die hof se "probleem" is eintlik dat die deurgehaalde woorde nog leesbaar is in die skriftelike stuk wat aan die hof voorgelê word, terwyl die hof regtens belet word om enige inligting wat die deurgehaalde woorde aan hom mag openbaar, by die formulering van sy besluit in aanmerking te neem. Die regter moet volgens die gemelde basiese reël dan maar die versoeking weerstaan om sy uitspraak te ondersteun met argumente gebaseer op daardie deurgehaalde woorde of om daaruit enige morele steun vir sy uiteindelijke beslissing te put.

'n Mens mag egter vra of die reël insake die uitsluiting van ekstrinsieke getuïenis nie gekwalifiseer moet word nie. Ten gunste van kwalifikasie daarvan is die feit dat die getuïenis geredelik beskikbaar is en daarteen die feit dat kennis insake dit wat die partye nie bedoel het nie, nie noodwendig vir ons vertel wat hulle wel bedoel het nie. En as dit wel geoorloof sou wees om na die deurgehaalde woorde te kyk, waarom nie vryelik getuïenis oor onderhandelinge wat die kontraksluiting voorafgaan, toelaat nie? Om te onderskei tussen bedinge deur die partye voorgestel en bedinge deur 'n buitestaander voorgestel (soos in die een Engelse vonnis hierbo vermeld) is ongelukkig nie oortuigend gemotiveer nie. In alle gevalle (of die party die standaardkontrak self opstel, of hy dit laat opstel en of hy dit koop) is daar 'n voorstel insake die terme van die kontrak wat hy en die ander party verwerp of wysig.

Die hof kan egter moontlik dieselfde resultaat bereik deur 'n ander erkende manier van redenering, naamlik deur homself af te vra waarom die

partye nie hulle ooreenkoms anders bewoord het nie. Daar word tog gewoonlik gesê dat as die partye die een of ander iets bedoel het, hulle die ooreenkoms sus of so kon bewoord het. Aangesien hulle dit nie gedoen het nie, dui dit daarop dat hulle nie daardie iets bedoel het nie. Die hof kan homself dan afvra waarom die partye nie die ooreenkoms bewoord het soos dit oorspronklik bloot by wyse van voorbeeld gestaan het nie en dan daaruit 'n gevolgtrekking probeer maak.

Interessantheidshalwe kan vermeld word dat die hof in *Hermanides v Pauls* 1977 2 SA 450 (O) by die uitleg van 'n ooreenkoms tussen litigante, wat 'n bevel van die hof gemaak is, wel na die onderhandelinge tussen hulle gekyk het en vasgestel het dat waar een van die partye 'n bepaalde beding verwerp het, dit 'n aanduiding was dat die uiteindelijke dubbelsinnige bewoording slegs kon dui op die moontlikheid wat nie deur hom verwerp is nie. Indirekte steun, dus, vir die klip in die bos.

DJ JOUBERT
Universiteit van Pretoria

MAKHUBEDU v MINISTER VAN POLISIE EN 'N ANDER 1977 1 SA 420 (T)

Strafproses – artikel 37 Wet 56 van 1955 tot doodslag beperk

Twee belangrike beginsels rakende die inhegtenisneming van 'n verdagte wat in hierdie beslissing ter sprake gekom het en verdere kommentaar verdien, is (1) die vraag of a 37 van die Strafproseswet deur 'n arresteerder as regverdigingsgrond gebruik kan word in gevalle waar hy die klaer of eiser tydens arrestasie slegs verwond, sonder om hom te dood, en (2) die middele wat die arresteerder mag aanwend om die arrestasie ten uitvoer te bring.

In die lig van die bespreking wat volg, is dit dienstig om net eers te let op die bepaling van a 37(1). Dit bepaal soos volg:

“Wanneer iemand wat ingevolge hierdie Wet gemagtig is om 'n persoon wat 'n in die Eerste Bylae bedoelde misdryf gepleeg het of op redelike gronde van die pleeg daarvan verdink word, in hegtenis te neem of by sy inhegtenisneming hulp te verleen, 'n poging aanwend om so 'n persoon in hegtenis te neem en daardie persoon vlug of bied weerstand en kan nie op 'n ander wyse in hegtenis geneem en verhinder word om te ontsnap nie as deur die persoon wat aldus vlug of weerstand bied, te dood, word sodanige doodslag regtens geag straffelose manslag te wees.”

Die feite in die onderhawige saak was kortliks dat die eiser (Makhubedu) 'n aksie om skadevergoeding weens liggaamlike besering teen die verweerder ('n konstabel) ingestel het nadat hy deur verweerder in die rug geskiet is. Uit die getuienis het dit geblyk dat verweerder besig was om eiser sonder enige lasbrief op 'n klag van diefstal te arresteer. Hoewel eiser gevlug het, was daar alle rede om te veronderstel dat hy bekend was aan die mense in die omgewing, en om hom op 'n ander wyse, behalwe om op hom te skiet, op te spoor, het nie so moeilik gelyk nie. Geen waarskuwingskote is gevuur nie hoewel die verweerder die nodige patrone daarvoor gehad het. Die eiser

was op 'n kort afstand en sou waarskynlik deur 'n skoot geïntimideer ge-wees het. Verweerder het egter net geskreu: "Staan, ek is 'n polisieman!" Daar was ook geen poging om eiser nie-noodlottig te verwond nie, soos om hom slegs in die bene te skiet.

Die hof het bevind (op bl 422) dat verweerder redelike gronde gehad het om eiser daarvan te verdink dat hy gesteelde goedere verkoop en dat dit 'n misdad is wat in die Eerste Bylae tot die Strafproseswet omskryf word. Gevolglik was die verweerder geregtig om uit hoofde van a 22(1)(b) van die Strafproseswet eiser sonder lasbrief in hegtenis te neem. Verweerder was ook, volgens die hof, geregtig om sodanige geweld uit te oefen as wat nodig was om 'n arrestasie te bewerkstellig.

Wat betref die moontlike beroep op a 37 in gevalle van nie-noodlottige verwonding of besering, is daar wisselende standpunte deur ons howe in die verlede ingeneem.

Nie een van die appèlregters het in *R v Hartzler* 1933 AD 306 'n beslissing gevel oor die vraag of a 44 van die ou Strafproseswet (die voorganger van die huidige a 37) ook ten opsigte van beserings toegepas kan word nie. Die ondertoon van al die individuele uitsprake in genoemde saak dui egter daarop dat die hof in beginsel van mening was dat dié artikel ook beserings kan insluit (vgl Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* (1967) 43-44; *S v Nell* 1967 4 SA 488 (SWA) 493C-E).

Dié betrokke vraag word ook nie in *R v Britz* 1949 3 SA 293 (A) behandel nie. In hierdie saak word goedkeurend na *R v Hartzler* (supra) verwys en die hof meen (op bl 299-300) dat a 44 in *R v Hartzler* as wyd genoeg geïnterpreteer is sodat dit nie net doodslag nie, maar ook beserings kan insluit, vermoedelik uit hoofde daarvan dat die grotere die kleinere insluit. Ook in *Mazeka v Minister of Justice* 1956 1 SA 312 (A) word hierdie punt nie bespreek nie, ten spyte daarvan dat die beskuldigde die klaer in dié saak slegs in die been verwond het toe laasgenoemde probeer ontsnap het.

Teenoor al hierdie indirekte gesag vir 'n wye interpretasie van a 37, bevind w rp Galgut in *R v van Heerden* 1958 3 SA 150 (T) 152B-C uitdruklik dat a 37 slegs in gevalle waar die dood ingetree het, toegepas kan word. Die regter is van mening "that sec 37, referring as it does to 'killing' and 'justifiable homicide', was meant to cover only cases where death results. It was not intended to cover a case where an accused fires at, say, the legs of the fugitive and wounds him". (Sien ook *S v Gumbi* 1962 1 SA 188 (N) 189).

Die wil voorkom asof r Milne in *R v Steenkamp* 1960 3 SA 680 (N) 685D-E die standpunt van die hof in *R v Heerden* (supra) wil onderskryf as hy verklaar dat "[i]t may be, on the principle that the greater includes the less . . . [that] . . . a person who is entitled to arrest another would be justified in deliberately wounding that other if there were no other means of preventing his escape . . . but I prefer not to base my view on the provisions of sec 37 of the Code" (my kursivering).

Die korrektheid van die beslissing in *R v van Heerden* word in *R v Oosthuizen* 1961 1 SA 604 (T) 605-6 in twyfel getrek. (Sien ook *S v Gumbi*

(supra) 190.) In *Oosthuizen* se saak word verklaar dat dit anomalies sou wees indien a 37 nie in gevalle van besering toegepas kan word nie omrede dieselfde handeling verrig deur dieselfde arresteerder onder dieselfde omstandighede wel 'n verweer sou bied as die gevolg noodlottig was, maar nie as 'n minder ernstiger gevolg soos verwonding sou intree nie. Hierdie stukkie kritiek word net so deur die hof in *S v Mnanzana* 1966 3 SA 38 (T) 41 aanvaar as beslis word dat a 37 ook beserings insluit. Die hof beskou hom nie gebonde aan *R v van Heerden* nie omrede laasgenoemde 'n obiter dictum op dié punt was.

S v Mnanzana (supra) word in *S v Nell* (supra) op bl 493G–H gevolg toe beslis word dat a 37 van die Strafprosesordonnansie van Suidwes-Afrika 34 van 1963 (wat enersluidend is met a 37 van die Strafproseswet) in nie-noodlottige gevalle toegepas kan word. Die intree van die dood word dus nie vereis nie. So meen r Margo in *Sambo v Milns* 1973 4 SA 312 (T) 320C dat “[f]or present purpose I need do no more than assume in the defendant’s favour that Sec 37 is wide enough to cover a case where injury and not death is caused to a fugitive from arrest”. Die hof vind hom ook in *Tola v Securitas of SA (Pty) Ltd* 1974 1 SA 115 (W) 118A–F gebonde aan die *Mnanzana*-beslissing. Die moontlikheid om a 37 toe te pas in gevalle waar die voortvlugtige deur middel van 'n polisiehoond tydens arrestasie slegs beseer word, word in *Jooste NO v Minister of Police* 1975 1 SA 349 (OK) 352G, 353G–H ook genoem.

Dit is dus duidelik dat, behalwe vir die beslissing in *R v van Heerden* en moontlik dié in *R v Steenkamp*, a 37 van die Strafproseswet deur die hofe as wyd genoeg geïnterpreteer word om, benewens gevalle waar die dood intree, ook gevalle van besering in te sluit.

Ten spyte van die stroom van beslissings daarteen, verwerp w rp Hiemstra in die onderhawige saak die huidige tendens van die hofe om 'n wye betekenis aan a 37 te heg. Hy bevind, soos die hof in *R v Heerden* beslis het, dat a 37 slegs tot gevalle waar die dood ingetree het, beperk moet word. Om a 37 wyd uit te lê sodat dit besering ook dek, druis vir die hof in “teen die beginsel van wetsuitleg om 'n duidelike bewoording te veronagzaam”. Daar word dan bevind dat a 37 “ondubbelsinniglik betrekking [het] op doodslag en niks anders nie” (422H).

Die hof meen voorts dat om a 37 se voordele te beperk tot doodslag nie so absurd is dat 'n hof kan sê dat die wetgewer dit nie so kon bedoel het nie. Daar word aan die hand gedoen dat die sienswyse van w rp Hiemstra gevolg behoort te word. Die basiese geskilpunt hier is of 'n arresteerder sonder remedie sal wees indien a 37 hom as verweer ontnem sou word in omstandighede waar hy op 'n voortvlugtige gevuur het ten einde hom in hegtenis te neem en in die proses die voortvlugtige slegs beseer of verwond het. Is daar, met ander woorde, ander bepalings buite a 37 wat sodanige optrede magtig?

Die hof in casu wys tereg daarop dat die bevoegdheid om geweld te gebruik ten einde die arrestant in bedwang te hou by arrestasie, deur verskillende bepalings in Hoofstuk IV van die Strafproseswet gemagtig word. Dit blyk meer bepaald uit die bepalings van a 36(1), waarvolgens die arres-

terder die arrestant "onder bedwang [moet] stel". A 37 dui daarop dat die wetgewer die gebruik van 'n vuurwapen vir dié doeleindes in gedagte gehad het. As sodanig het a 36(1) te doen met die geweld wat uitgeoefen kan word om die arrestant onder bedwang te stel, wat onder andere die gebruik van 'n vuurwapen insluit, terwyl a 37 vir die uitsonderlike geval waar die dood en slegs die dood sou intree, voorsiening maak.

Hieruit volg dat in gevalle waar slegs besering of verwonding die gevolg van die gebruik van 'n vuurwapen by arrestasie is, die arresteerder se remedie in a 36(1) opgesluit lê, en nie in a 37 nie. Daarom moet, met respek, verskil word van die beslissing in *Tola v Securitas of SA (Pty) Ltd* (supra) naamlik dat daar geen statutêre regverdiging bestaan vir die geval waar die arresteerder 'n persoon gearrester het en, nadat hy ontvlug het, doelbewus op hom skiet om hom te verwond, tensy hy andersins binne die bestek van a 37 val nie.

Gemelde ondersteunbare standpunt van w rp Hiemstra het boonop vir die arresteerder, in gevalle waar hy hom op a 36(1) beroep, die voordeel dat die staat bo redelike twyfel moet bewys dat die geweld buitensporig was. (Vgl *S v Gumbi* (supra) 190C-E.) Beroep hy hom op a 37, dra hy die bewyslas om die vereistes vir die inwerkingtreding van a 37 te bewys. (Sien *Sambo v Milns* (supra) 320F ivm dié vier vereistes.)

In die lig van al hierdie omstandighede bevind die hof dat die verweerder se optrede buite die voorskrifte van a 37 val. Die gevolg hiervan is dat die eiser die bewyslas dra om die hof te oortuig dat die middel wat aangevend is, naamlik die skote met die vuurwapen, onredelik was.

Die probleem by die gebruik van vuurwapens by arrestasie is dat dit enersyds onwenslik sou wees om dit heeltemal te verbied terwyl dit andersyds ewe onaanvaarbaar sou wees om 'n te vrye gebruik daarvan toe te laat. Die logiese gevolg hiervan is dat die goue middeweg as oplossing moet dien.

Dit is dan inderdaad ook die beleid van die howe, want hoewel die gebruik van vuurwapens by arrestasie toelaatbaar is, het die howe nog altyd die versigtige aanwending daarvan beklemtoon. (Sien bv *S v Scholtz* 1974 1 SA 120 (T) 124F.) Van deurslaggewende rol hier is die moontlikheid om die ontvluggende op 'n ander wyse te arresteer. Dit word deur ar Wessels in *R v Hartzer* (supra) 309 soos volg uitgespel: "In any case a policeman cannot shoot at a person arrested merely because he runs away. He must first use other means to recapture him, and can only resort to a firearm if he can use no other means whatever to recapture the arrested person." 'n Voorbeeld waar die hof die gebruik van 'n vuurwapen as redelik beskou het, is te vinde in *S v Scholtz* (supra).

Die redelikheid al dan nie daarvan om 'n vuurwapen te gebruik by arrestasie, sal natuurlik deur die feite van die bepaalde saak bepaal moet word. Dit blyk uit die dictum van r Dowling in *R v Basson* 1961 3 SA 279 (T) 315-6: "Shooting at a motor car to effect an arrest of persons in such motor car . . . may be lawful in certain circumstances, but it would, as I have said, be dangerous to the public interest to proclaim a general right so to do."

In die toepassing van gemelde riglyne bevind w rp Hiemstra dat verweerder se gebruik van die vuurwapen buitensporig en derhalwe onregmatig was. Die hof se oorweging hiervoor is hoofsaaklik daarin geleë dat ander middele vir verweerder tot diens was om eiser te arresteer, sonder om op hom te vuur (423E-F). Bowendien het eiser 'n geringe misdaad (diefstal) gepleeg in verhouding tot die geweld wat gebruik is.

Die gevolgtrekking waartoe die hof in casu gekom het is dus heeltemal geregverdig. Die slotsom is gevolglik dat hierdie beslissing nie anders as suiwer beskou kan word nie en dat dit in alle opsigte gevolg behoort te word.

JL SNYMAN
Universiteit van Zoeloeland

GENGAN v PATHUR 1977 1 SA 826 (D)

Koopkontrak – onmoontlikwording van prestasie – skadevergoeding

Gedurende Februarie 1974 het die verweerder 'n perseel in Durban aan die eiser verkoop. Okkupasie is onmiddellik gegee maar oordrag het eers gedurende Desember 1975 plaasgevind. Par 6(c) van die koopkontrak het soos volg gelui:

“The risk in and to the said property shall pass to the purchaser upon registration of transfer.”

Op 30 Augustus 1974 is sekere geboue op die perseel buite die skuld van sowel die eiser as die verweerder deur 'n brand beskadig. Die verweerder het aanspreeklikheid ontken om die geboue te laat herstel en die eiser het hulle op sy koste laat herstel teen R9 580. Dié bedrag vorder die eiser daarna van die verweerder as skadevergoeding.

Vir die bewering in sy oorspronklike uiteensetting van vordering dat die verweerder aanspreeklik was om die betrokke bedrag te vergoed, het die eiser veral staat gemaak op sy interpretasie van die aangehaalde par 6(c) van die koopkontrak. Daar is naamlik namens hom aangevoer dat die betrokke paragraaf meer gedoen het as net die *res perit domino*-reël op die betrokke koopkontrak van toepassing te maak: dit sou ook 'n verpligting op die verweerder geplaas het om die beweerde verlies te vergoed. Met ander woorde die korrekte interpretasie van par 6(c) was dat die verweerder sy prestasie gewaarborg het (sien die lang aanhaling uit r Kumleben se uitspraak op bladsy 829 van die verslag). Die hof het dié betoog verwerp en 'n eksepsie teen die eiser se uiteensetting van vordering gehandhaaf. R Kumleben het egter daarop gewys dat die eiser wel 'n remedie sou hê ingevolge die beginsels met betrekking tot gedeeltelike onmoontlikwording van prestasie en hom verlof verleen om 'n gewysigde uiteensetting van vordering in te dien.

Hierna het die eiser sy uiteensetting van vordering skynbaar ietwat uitgebrei (“. . . somewhat expanded his original particulars of claim . . .” per rp James 829G-H) sonder om enige wesentliche nuwe bewerings te maak. Daar word nog beweer:

- "13. After the said buildings were damaged as alleged in para. 9 hereof the defendant elected to abide by the said written agreement.
14. In the premises the defendant became obliged to restore the said buildings to the condition in which they were before the occurrence of the said fire.
20. By reason of the provisions of the said written agreement the defendant was obliged to deliver the said property to the plaintiff in the condition in which it was prior to the occurrence of the said fire."

Soos te verwagte was, teken die verweerder ook teen die gewysigde uiteensetting van vordering eksepsie aan, maar dié keer slaag die eksepsie nie. Die eiser, so sê die hof, maak nie nou slegs staat op par 6(c) van die koopkontrak om sy eis te fundeer nie, maar op die algemene beginsels van die kontraktereg ingevolge waarvan die verweerder verplig was om behoorlike prestasie te lewer. Aangesien die verweerder nie behoorlike prestasie gelewer het nie, is die eiser geregtig op skadevergoeding.

Die hof se benadering van die kwessie van onmoontlikwording van prestasie is skynbaar dat algehele onmoontlikwording van prestasie die skuldenaar se prestasieverpligting uitwis maar dat 'n skuldenaar steeds verplig bly om behoorlike prestasie te lewer waar sy prestasie gedeeltelik onmoontlik geword het maar die skuldeiser verkies om die kontrak in stand te hou. Indien die skuldenaar dan nie behoorlike prestasie kan lewer nie, maak hy hom skuldig aan kontraktbreuk. Rp James verklaar (830):

"Thus, where there is total destruction of the *merx* through no fault of the seller, the contract comes to an end and that is that. But where the *merx* is only partially destroyed the purchaser appears to have certain remedies under the common law. For example he is entitled to accept delivery of what is left of the thing sold as a proper fulfilment of the contract (see *Stansfeld v. Kubn*, 1940 NPD 84 at p. 92), and indeed *Mr. Levinsohn*, who appeared on behalf of the defendant, conceded that this was the position. The question however remains whether the plaintiff is entitled in addition to claim for a reduction in price because the thing delivered is something less than the thing sold. Is he entitled to claim damages because of the reduced value of the thing sold caused by its partial destruction before delivery? To take an example. If A sells B as a motor car on condition that the risk will not pass to B until delivery and when delivery is tendered it has suffered R100 damages while in A's possession, can B insist on taking delivery of the car (subject to tendering performance of his obligations) and also claim compensation for the reduction in value of the car? It seems to me that he can and that the obligation to deliver the article sold arises independently of whether the inability to deliver the precise article arose through the negligence of the seller or not."

Ter stawing van sy standpunt verwys die hof dan na die uitspraak van r Van Zijl in *Radiotronics (Pty) Ltd v Scott, Lindberg & Co Ltd* 1951 1 SA 312 (K) (waar wanprestasie te wyte was aan die skuld van die persoon wat moes presteer); na De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* 3e uitgawe 137 onderaan (waar dit gaan om die geval waar A 'n koei aan B verruil vir 'n perd en die perd na sluiting van die ooreenkoms deur B se nalatigheid ernstig en permanent beseer word); en na *Norman's Purchase and Sale in South Africa* 4e uitgawe 387 (waar spesifieke nakoming en die omstandighede waaronder 'n hof 'n bevel tot spesifieke nakoming sal weier, bespreek word). Op geeneen van die aangehaalde plekke word 'n geval van gedeeltelike onmoontlikwording van prestasie bespreek nie.

Ek doen aan die hand dat die hof se benadering van gedeeltelike onmoontlikwording van prestasie nie heeltemal korrek was nie. Die korrekte benadering word deur De Wet en Yeats a w 122 soos volg uiteengesit:

“Word prestasie gedeeltelik onmoontlik sonder die skuld van die skuldenaar, is hy, indien die prestasie deelbaar is, *pro tanto* bevry, en die teenprestasie word na verhouding verminder. Is die prestasie ondeelbaar dan het gedeeltelike onmoontlikheid dieselfde gevolge as algehele onmoontlikheid, tensy die skuldeiser gewillig is om die gedeeltelike prestasie te aanvaar. In so ’n geval word die teenprestasie na verhouding verminder.” (Sien ook *Bedford v Uys* 1971 1 SA 549 553 (K).)

Dit is dus nie waar dat die verweerder in *Gengan v Pathur* kontrakbreuk gepleeg het en gevolglik vir skadevergoeding aanspreeklik was nie. Myns insiens moet die eiser in sy uiteensetting van vordering beweer het dat die verweerder se prestasie as gevolg van die gedeeltelike onmoontlikwording daarvan ’n bepaalde bedrag minder werd was en dat die eiser se prestasieverpligting gevolglik met ’n gelyke bedrag verminder moes word. Sodanige bewering is nie gemaak nie en die eksepsie moes dus nog eens geslaag het.

Ek wil toegee dat dit moontlik is dat die bedrag waartoe die verweerder se prestasie in die onderhawige geval minder werd was wel gelyk was aan die bedrag wat dit gekos het om die geboue te herstel. Dit hoef egter nie noodwendig die geval te wees nie.

JG LOTZ
Universiteit van Suid-Afrika

VAN DER MERWE v SEKRETARIS VAN BINNELANDSE INKOMSTE 1977 1 SA 462 (A)

Inkomstebelasting – “bruto inkomste” – vennootskapsooreenkoms

N, P en V het in vennootskap as argitekte gepraktiseer. Ingevolge die vennootskapsooreenkoms moes die oorblywende vennote by afsterwe van een van hulle aan lg se weduwee of iemand in sy testament aangewys ’n bedrag geld betaal vir sy aandeel in die klandisiewaarde en onvoltooide opdragte van die vennootskap. Die bedrag wat oor drie jaar betaal moes word, sou in die eerste jaar gelyk wees aan die bedrag wat die oorlede vennoot sou ontvang het indien hy lewend was, in die tweede jaar die helfte daarvan en in die derde jaar ’n derde daarvan. In die betrokke saak is N oorlede en sy weduwee ontvang R14 000, R13 000 en R10 000 in 1968, 1969 en 1970 respektiewelik. V (die appellant in die saak) is telkens op die helfte van die bedrae belas en P op die ander helfte. V en P het hierteen onsuksesvol beswaar gemaak in die Kaapse spesiale hof vir die verhoor van inkomstebelastingappèlle. Daarna appelleer V met die nodige toestemming direk na die appèlhof.

Die vraag waarvoor die appèlhof te staan kom, is of die bedrae wat aan die weduwee betaal is deel van P en V se “bruto inkomste” soos in a 1 van die Inkomstebelastingwet 58 van 1962 omskryf, uitmaak. Daar is namens V betoog dat dit nie die geval is nie omdat hy nie die bedrae vir sy eie voordeel ontvang het nie maar dit aan N se weduwee moes oorbetal.

Ons howe het nog geen eenstemmigheid bereik oor die vraag wat onder “voordeel” in dié verband verstaan moet word nie en of dit hoegenaamd ’n vereiste is dat ’n belastingpligtige ’n bedrag tot sy eie voordeel moet ont-

vang voordat dit deel van sy bruto inkomste uitmaak. Dit lyk asof daar, wat die betekenis van voordeel betref, twee gevalle onderskei kan word waar ontvangs van 'n bedrag nie tot 'n belastingpligtige se voordeel is nie:

(1) waar 'n persoon bloot fisiese beheer oor 'n bedrag verkry bv as agent, trustee of fiduciarius (kyk *CIR v Genn* 1955 3 SA 291 (A) en *Holley v CIR* 1947 3 SA 119 (A)); en

(2) waar die belastingpligtige 'n bedrag waarop hy geregtig is, aan 'n ander sedeer voordat dit aan hom uitbetaalbaar is (kyk *SIR v Smant* 1973 1 SA 754 (A)).

Dit is 'n ope vraag of voordeel 'n vereiste is waar die geval nie onder een van bogenoemde tuishoort nie. In *Geldenhuys v CIR* 1947 3 SA (K) is bevind dat "ontvang" beteken ontvangs vir eie voordeel terwyl in *Ochberg v CIR* 1931 AD 215 beslis is dat die voordeel wat 'n persoon uit 'n bedrag verkry geen kriterium is vir bepaling of dit in sy bruto inkomste val of nie.

Die hof, by monde van appèlregter Rabie, gee egter geen beslissing hieroor nie en aanvaar ten gunste van V dat die vraag of die ontvanger van 'n bedrag enige voordeel daaruit trek wel 'n relevante oorweging is.

Namens V is op twee gronde aangevoer dat hy en P nie die bedrae tot hulle eie voordeel ontvang het nie. Die eerste grond was dat 'n vennootskap vir doeleindes van likwidasie bly voortbestaan en 'n gewese vennoot geregtig bly op sy deel van die onverdeelde vennootskapsinkomste. Indien 'n vennoot oorlede is, sou dié reg in sy boedel val. Hierdie reg is egter ingevolge N se testament aan mev N oorgedra. Volgens die argument is mev N dus geregtig om in die inkomste te deel soos hierbo uiteengesit en gevolglik kon P en V nie die bedrae tot hulle eie voordeel ontvang het nie. Die hof bevind egter dat die partye in die vennootskapsooreenkoms bedoel het om bogenoemde reg van die uittredende vennoot aan die oorblywende vennote oor te dra. P en V het dus die bedrae tot hulle eie voordeel ontvang en dit daarna aan mev N uitbetaal ingevolge 'n verpligting wat hulle op hulle gemeem het om vergoeding te betaal vir hulle oorname van N se belang. Die tweede grond wat aangevoer is waarom P en V nie die bedrae tot hulle eie voordeel sou ontvang het nie, is dat N sy belang in die vennootskap aan P en V oorgedra het onderhewig aan 'n fideicommissum of trust ten gunste van mev N. Die betoog word ook verwerp ogv bogenoemde bevinding dat N sy belang aan P en V vir hulle voordeel oorgedra het. Op dié gronde word die appèl van die hand gewys.

Vir die groot aantal praktisyns wat in vennootskap praktiseer, is die vraag waarskynlik: Wat moes P en V gedoen het om nie aanspreeklik te wees vir belasting op die bedrae wat aan mev V betaal is nie? Om die vraag te beantwoord, moet eers onderskei word tussen die onderskeie komponente waaruit die bedrae saamgestel is. Die beantwoording van die vraag gaan tov elke komponent in 'n groot mate verskil. Die betrokke bedrae is uit die volgende saamgestel:

- (a) N se aandeel in die klandisiewaarde van die vennootskap;
- (b) die inkomste van die nuwe vennootskap tussen P en V (vgl 475H van die verslag);

- (c) die inkomste uit die ou vennootskap tussen N, P en V tov werksaamhede wat eers tydens likwidasie voltooi is (vgl 475G van die verslag);
- (d) die inkomste uit die vennootskap tussen N, P en V tov werksaamhede wat reeds voltooi is maar wat nog nie aan N toegeval het nie omdat die verdeelbare inkomste nog nie bereken is nie (vgl *Sacks v CIR* 1946 AD 31).

Ad(a) Die betaling van die bedrag wat P en V aan N verskuldig was tov sy aandeel in die firma se klandisiewaarde sou geeneen van hulle se aanspreeklikheid vir belasting beïnvloed nie omdat die koopsom kapitaal van aard is. Gevolglik sou N (of mev N) nie op die bedrae ontvang belasbaar gewees het nie en P en V sou dit nie van hulle inkomste kon aftrek nie. Hierop geld die uitsondering dat indien P en V die klandisiewaarde by N gekoop het met die doel om dit teen 'n wins te herverkoop, hulle die koopsom wel sou kon aftrek. Die rede hiervoor is dat die koopsom nou 'n uitgawe met die oog op inkomste geword het (kyk AS Silke *South African Income Tax* (8e uitg) § 231 en AF van Niekerk *Inkomstebelasting in die Suid-Afrikaanse Reg* § 522).

Ad(b) In die onderhawige hofszaak is bevind dat die bedrae wat aan mev N betaal is ook saamgestel is uit die inkomste van die nuwe vennootskap tussen P en V (kyk 478A). N se aandeel in die vennootskap met P en V kon hom geen aanspraak gee op die inkomste van die nuwe vennootskap tussen P en V nie en hy kon dus ook nie so 'n aanspraak aan mev N oordra nie. Hoewel P en V die inkomste uit die nuwe vennootskap gebruik het om mev N te betaal, het hulle die geld aan haar oorhandig nadat dit deur hulle ontvang is en nadat hulle gevolglik daarop aanspreeklik geword het vir belasting. En wat 'n belastingpligtige met sy inkomste doen nadat hy dit ontvang het, is vir die fiscus van geen belang nie. (Vgl *CIR v Witwatersrand Association of Racing Clubs* 1960 3 SA 291 (A).) P en V kon belastingaanspreeklikheid op die bedrae ontkom deur mev N as vennoot toe te laat. Op dié wyse sou mev N direk in die nuwe vennootskapswinste deel en P en V sou nie daarop belasbaar wees nie.

Ad(c) en (d) Die inkomste wat die vennootskap tussen N, P en V verdien het maar wat eers tydens ontbinding aan hulle verdeel is, vorm gewoonweg deel van die onderskeie vennote se bruto inkomste volgens die ooreengekome winsverdelingsverhouding. 'n Vennoot kan egter sy deel van die vennootskapsinkomste aan 'n derde sedeer of bemaak, sodat lg daarop belasbaar is (vgl *SIR v Smant* 1973 1 SA 754 (A)). Daar moet egter sorg gedra word dat dit duidelik blyk dat die sessionaris of erfgenaam nie 'n ander vennoot is nie maar 'n derde en dat die bedrag wat lg ontvang, wins is en nie 'n koopsom nie. Dit beteken nie noodwendig dat die bedrag wat die uittredende vennoot, sy sessionaris of erfgenaam ontvang, gelyk moet wees aan die uittredende vennoot se winsverdelingsverhouding nie. Daar kan ooreengekom word dat die vennoot se winsdeel by uittrede verhoog of verlaag word solank daaruit nie 'n bedoeling afgelei kan word dat die deel aan die oorblywende vennote toekom, soos in die onderhawige saak gebeur het nie.

Boeke

GESKIEDENIS EN BEGINSELS VAN DIE ROMEINSE PRIVAATREG

deur DH VAN ZYL

*Butterworth & Kie (S.A) Edms Bpk Durban 1977; xiii & 481 bl; prys R26,50
(hardeband) en R19,75 (sagteband)*

Soos uit die voorwoord blyk, is die skrywer se hoofdoel om met hierdie werk die studie van die Romeinse reg by die behoeftes van die Suid-Afrikaanse student, en miskien meer spesifiek die Afrikaanssprekende student, aan te pas. Dit is dan ook met hierdie doel voor oë dat die Afrikaanse vertalings van tekste wat hoofsaaklik uit die *Institutiones* van Gaius en die *Digesta* en *Institutiones* van Justinianus afkomstig is, by wyse van 'n aanhangsel by die werk ingelyf is. Die tekste word slegs aangehaal om sekere stellings en regs-beginsels verder toe te lig, sonder enige tekskommentaar. Dit is veral in hierdie opsig dat die werk hom van die meeste ander leerboeke onderskei en mits die keuse van die tekste aan die behoeftes van die betrokke student se dosent voldoen, sal die vertalings dit ongetwyfeld by die student 'n treffer maak. Die vertaling is goed en die Latynse tekste is verbasend vry van drukfoute.

Na 'n oorsigtelike behandeling van die geskiedkundige ontwikkeling van die Romeinse reg en regsbronne (teen die agtergrond van die staatkundige ontwikkeling) vanaf die vroegste tye tot en met Justinianus, volg 'n paar kort opmerkings oor die voortbestaan van die Romeinse reg na Justinianus. Dan volg 'n uiteensetting van die Romeinse privaatreë, persoonereg, sakereg, erfereg en verbintenisreg; die klem val veral op die sakereg en verbintenisreg omdat dit "vir die Suid-Afrikaanse regsgeleerde van wesenlike belang is by die bestudering van moderne privaatreëtelike instellings" (bl vi). Die werk word afgesluit met 'n beknopte oorsig van die Romeinse siviele prosesreg.

Die stof word sistematies en eenvoudig aangebied maar in die voetnote is daar oorvloedige verwysings na meer wetenskaplike werke, veral dié van Kaser, Monier, Hermesdorf, Jolowicz en Buckland. Die gemiddelde Suid-Afrikaanse student sal ongelukkig baie van die verdere verwysings vanweë taalprobleme nie kan opvolg nie en passasies in Duits, en hier en daar selfs in Frans, sal vir hom betekenisloos wees. Aldus sal die omskrywing deur Kaser van die proses van vulgarisering van die Romeinse reg, wat op bl 53 in Duits aangehaal word, byvoorbeeld verlore gaan. Indien sodanige Duitse gedeeltes in vertaalde vorm of by wyse van parafrase weergegee was, sou dit veel meer waarde gehad het.

Die poging om te vereenvoudig het ongelukkig soms tot 'n bolangse behandeling van sekere begrippe en instellings gelei. Die begrip *ius civile* word byvoorbeeld slegs omskryf as “die streng formalistiese gemene reg” (bl 21) sonder enige verdere bespreking of 'n vermelding van die bronne daarvan. Hier kon met vrug gebruik gemaak gewees het van *Inst Inst 1 2 1* om die verskillende betekenisse van *ius civile* en die teenstelling met die *ius gentium* duideliker uit te bring. 'n Verdere verduideliking van die begrip *infamia* wat bloot as “eerloosheid” weergegee word (soos op bl 278) en minstens op elf verskillende plekke in die werk genoem word, sou ook nie onvanpas wees nie. Die behandeling van die intestate erfreg in die algemeen en in besonder die praetoriese instelling van *bonorum possessio* en veral van *bonorum possessio intestati* op bl 203 bevredig ook nie en laat die leser wonder hoe hierdie instelling in die praktyk toegepas is. 'n Kort verduideliking dat elke groep of klas wat vir *bonorum possessio* in aanmerking sou kom, 'n tyd gegun is om dit te eis, en die volgende klas na verstryking van die tydperk in aanmerking geneem is, sou die hele instelling meer verstaanbaar maak.

Ongelukkig word hierdie heel bruikbare werk deur heelwat taalfoute ontsier waarvan die volgende die steurendste is:

Die gebruik van die onverbonde deelwoord bv: “Aangestel deur een van die *consules* was sy bedrywighede gewoonlik sterk militêr georiënteer” (bl 18).

Die verkeerde gebruik van die negatief na die woord “sonder” maak 'n sin soms heeltemal kripties, bv: “Die nodige regs kennis moes hy self opdoen en, indien nodig, 'n raad (*consilium*) van juriste raadpleeg, *sonder om egter deur hulle menings gebind te word nie* (bl 379 – my kursivering). Op dieselfde bladsy kom ook voor: “Die saak kon regstreeks en mondeling bepleit word, *sonder dat daar vaste reëls van bewysreg was waaraan die gedingvoerders onderhewig was nie*” (my kursivering).

“Soveel so” ipv “in so 'n mate” (bl 41 & 65).

“. . . die kind *waaraan* 'n slavin geboorte gegee het” (bl 76).

“. . . 'n slaaf wat deur sy meester *abandonmeer* was . . .” (bl 77).

“Die man . . . is verbied om haar sonder egskeiding te verjaag of *abandonmeer*” (bl 99).

“Die vader het die aansoek geloots” (bl 85). Afgesien van die verkeerde spelling sou die juiste woord hier nie “loods” wees nie, dog “lanseer” wat op sy beurt weer onnodig geaffekteerd is – waarom nie eenvoudig “gedoen” nie?

“. . . wanneer 'n bedrog teen hom gepleeg is” (bl 116).

“Dit was anders *gestel* met sake wat verlore gegaan het . . .” (bl 149).

“. . . *extorsie* van geld . . .” (bl 349).

“*Groot aantal reëls* . . . het mettertyd ontwikkel . . .” (bl 387).

THE LAW OF SOUTH AFRICA

BAND 2: Building Contracts, Architects, Engineers, Quantity Surveyors
TO Conflict of Laws

Redakteur WA JOUBERT MA LLD *Advokaat van die hooggeregshof, professor
in die regte, Universiteit van Suid-Afrika*

*Butterworth & Co (S.A) (Pty) Ltd Durban; viii & 462 bl; prys R44 per band,
onderbewig aan verandering gedurende verloop van publikasie soos genoodsaak deur
verhoogde koste*

Hierdie tweede band van *The Law of South Africa* beslaan elf titels. Die onderwerpe strek van boukontrakte tot by die internasionale privaatreg en sluit oa in vervoerkontrakte, sessie, burgerskap en nasionaliteit en die reg insake mededinging. Weer eens kan ons die verskillende medewerkers, die redakteur en die uitgewers gelukwens met 'n puik produk. Uit die aard van die saak kan so 'n werk hier nie in besonderhede bespreek word nie. Derhalwe wil ons volstaan met die opmerking dat in die tweede sin van par 370, waarin daar sprake is van "the obligatory agreement between the debtor and the cessionary, whereby the ceded right has been created" met "cessionary" eintlik "cedent" bedoel word.

K SCHWIETERING
Universiteit van Stellenbosch

DIE LEERSTUK VAN DIE "UNDISCLOSED PRINCIPAL"

deur JC VAN DER HORST

*Annale van die Universiteit van Stellenbosch, Volume 33 Serie B nr 2; Stellenbosch
1971; 121 bl; prys R4,40 (sagteband)*

Dr van der Horst vertaal die leerstuk van die "undisclosed principal" as die leerstuk van die verborge prinsipaal omdat die leerstuk ter sprake kom juis waar die opdrag- of volmaggewer nie aan die derde bekend is nie en nie soseer waar die bestaan van die opdrag- of volmaggewer nie deur sy lashebber of gevolmagtigde by die aangaan van die handeling bekend gemaak word nie. Na aanleiding van hierdie omskrywing ondersoek hy die bestaan van die leerstuk in die Suid-Afrikaanse reg asook die houdbaarheid van die verskillende verklarings wat ten gunste daarvan aangevoer word tesame met die vraag of die leerstuk inderdaad in ons reg nodig is.

Die uitgangspunt van die skrywer is dat die leerstuk van die verborge prinsipaal as gevolg van Engelsregtelike beïnvloeding sy verskyning in die Suid-Afrikaanse reg gemaak het. Hy ondersoek nietemin ook die Romeins-Hollandse reg en kom tot die gevolgtrekking dat die leerstuk daar afwesig was. Aangesien die leerstuk in die Suid-Afrikaanse reg gelding verkry het buite die Romeins-Hollandse reg om, is die waarde van hierdie gevolgtrekking dat dit mens in staat stel om te sê dat die leerstuk aan ons eie gemene reg vreemd was. Maar daar kan miskien gesê word dat die skrywer se gevolg-

trekking te sterk gestel is, want ten spyte van die feit dat daar in die Romeins-Hollandse reg insake die verborge prinsipaal geen sprake is van 'n leerstuk met die kenmerke van die moderne leerstuk nie, is daar tog talle bronne wat alleen verstaan kan word as mens aanneem dat 'n verborge prinsipaal tog in sekere gevalle aanspreeklik was teenoor die derde en dat hy in sekere gevalle die derde sonder sessie van aksie kon aanspreek. In eersgenoemde geval is dit die reste van die ou *actio utilis in iustitia* en verwante aksies en in laasgenoemde geval die Romeinse fiksie dat sessie plaasgevind het telkens waar die lasgewer nie sessie van aksie kon verkry nie. Die skrywer se behandeling van die Romeins-Hollandse reg moet dus met hierdie voorbehoud benader word.

Vanweë die feit dat die leerstuk by ons 'n Engelsregtelike oorsprong het, spreek dit vanself dat die behandeling van die Engelse reg 'n vername plek sal inneem. Maar vanweë die oorsprong van die leerstuk is daar die moontlikheid dat daar in die toekoms weer na die Engelse reg gekyk sal word ten einde gevalle waarvoor presedente ontbreek, te besleg. Die boek bevat dan ook 'n baie nuttige hoofstuk oor die Engelse reg wat juis met die oog hierop volledig en krities bespreek word. Uit die behandeling van die Suid-Afrikaanse gewysdes blyk dit egter dat daar 'n selfstandigheid bestaan en dat die Suid-Afrikaanse leerstuk insake die verborge prinsipaal nie in alle opsigte met die Engelse leerstuk ooreenstem nie, bv met betrekking tot skuldvergelyking. Die skrywer wys al hierdie verskille uit en doen dan aan die hand van sy gefundeerde kritiek op die Engelse reg voorstelle met betrekking tot die toekomstige rigting wat die regspraak sou kan inslaan. Ongelukkig wys die skrywer geen basiese filosofie aan waarvolgens die ontwikkeling moet geskied nie, seker omdat daar geen teoretiese regverdiging vir die leerstuk in die literatuur te vinde is nie en die skrywer, as opponent van die leerstuk, geen aanvaarbare grondslag daarvoor wil verskaf nie.

Dit is een van die deugde van die werk dat dit 'n oorsig bied van al die teoretiese verklarings wat in die vonnisse en vakliteratuur van veral Engeland en Amerika na vore gebring is. Na deeglike oorweging word hulle almal deur die skrywer verwerp. Die gevolg is dat hy dan te make het met 'n leerstuk wat volkome anomalies is in die opsig dat dit in stryd is met die basiese beginsels van verteenwoordiging en dat daar geen ander erkende beginsels aangewys kan word waarvolgens die derde toegelaat moet word om die prinsipaal aan te spreek nie, of waarvolgens die prinsipaal toegelaat moet word om die derde aan te spreek nie. Die aksie van die derde is dus 'n buitengewone remedie van regsweë en dit laat die vraag ontstaan of dit geregverdig kan word. Die aksie van die prinsipaal is volgens ons reg 'n aksie om die lashebber of gevolmagtigde se vorderingsreg af te dwing en moet dus op 'n fiktiewe oorgang van daardie vorderingsreg op die prinsipaal berus.

Ten einde die nut van die leerstuk te bepaal, gaan die skrywer in op dié soort gevalle waarin dit ter sprake kom en toets hulle aan die hand van die pogings van 'n drietal Europese regstelsels (Duitsland, Frankryk en Nederland) om die verborge prinsipaal-geval te hanteer in die afwesigheid van 'n ooreenstemmende leerstuk. Dit blyk dat die derde geen regsmiddel teen die prinsipaal het nie (behalwe 'n *action oblique* in die Franse reg ten aansien van

dit wat die prinsipaal aan die lashebber verskuldig is) maar dat daar wel pogings is om die prinsipaal te beskerm in die geval van die insolvensie van die lashebber of gevolmagtigde. By die oorweging van die afskaffing van die leerstuk van die verborge prinsipaal sal die wetgewer homself dus moet afvra of hy nie ooreenstemmende (of ander) beskermingsmaatreëls moet invoer nie. Alhoewel die skrywer self meen dat die leerstuk dien om die prinsipaal te beskerm in die geval van die insolvensie van die lashebber of gevolmagtigde, is hy egter van oordeel dat hierdie beskerming nie geregverdig kan word nie.

Hierdie werk kan by die leser aanbeveel word as 'n ernstige en afgeronde poging om helderheid oor hierdie belangrike faset van die verteenwoordigingsreg te bring.

DJ JOUBERT
Universiteit van Pretoria

THE LAW OF BUILDING CONTRACTS AND ARBITRATION IN SOUTH AFRICA

deur HS MCKENZIE (bygestaan deur GB SHAPIRO)

*Derde uitgawe; Juta en Kie Bpk Kaapstad, Wynberg, Johannesburg 1977; xxxix
& 282 bl; prys R27,50*

Die eerste twee uitgawes van hierdie werk is vroeër in die *Tydskrif* bespreek en aangekondig (1966 *THRHR* 292; 1972 *THRHR* 431). Onder die omstandighede is dit nie juis nodig om te veel op besonderhede in te gaan nie. Dit is miskien genoeg om daarop te wys dat die werk sy derde uitgawe beleef, terwyl dit die eerste keer in 1966 verskyn het. Dit dui op die waarde van die boek dat daar binne 'n betreklike kort tydperk so 'n aanvraag was dat 'n derde uitgawe nou reeds verskyn. (Dit wil natuurlik nie sê dat as daar geen aanvraag vir 'n publikasie is, dit noodwendig van geringe waarde is nie. Dikwels is sulke werke juis van waarde, maar bo die vuurmaakplek van baie beoogde lesers.) Dit is dan ook 'n werk wat besonder waardevol is vir diegene wat met boukontrakte en arbitrasie te doen het.

Dit is nuttig om kortliks weer te gee waaroor die werk handel. Die boek is in vier afdelings ingedeel. Elke afdeling is weer in hoofstukke verdeel en daar is twee-en-twintig hoofstukke. Die eerste afdeling handel oor die algemene beginsels van kontrakte (wat redelik oorsigtelik behandel word) en die toepassing daarvan op die boukontrak. Die tweede afdeling handel oor die regte en verpligtinge van die partye (argitek, bestekopnemer, ingenieur en ander). Dit word so uiteengesit dat die persoon wat dit lees die hele uiteensetting maklik kan verstaan, ook al het hy niks nie of slegs weinig met die reg te make. Die volgende afdeling handel oor sekere besondere aspekte van die boukontrak (byvoorbeeld tydsbepalings, strafbedinge, koste, ens). Ten slotte word 'n afdeling aan arbitrasieklousules gewy en word op hulle werking ingegaan.

Uit die aard van die saak is die werk vir die praktisyn geskryf, maar tog ook vir die leek wat op een of ander manier met sulke boukontrakte te make

het. Daar mag weer eens gesê word dat die opset geslaagd is. Dit is baie nuttig om die aanhangsels bymekaar in die boek te hê. Hulle (agt in totaal) wissel van die model-“Lump Sum”-kontrak tot die wette op argitekte, op bestekopnemers en op beroepsingenieurs en sluit ook die Arbitrasiewet in. Verder is daar sommige regulasies wat kragtens sommige van hierdie wette uitgevaardig is.

Vir diegene wat met die vorige edisies bekend is, sal dit duidelik wees dat hierdie uitgawe nie veel van die voriges afwyk nie.

Nuwe beslissings word hoofsaaklik in die voetnote aangehaal en in die voorwoord word ook gesê dat meer as sestig sake gerapporteer is sedert die tweede uitgawe verskyn het. (In die voorwoord word verwys na *The Government v Thorne* 1974 2 SA 1 (A). Hierdie appèlhofsak bevestig die Transvaalse uitspraak, waarna in die voetnote en register van sake verwys word as *Thorn* (sic) and *Another NNO v The Government* 1973 (4) SA 42 (T). Dit is jammer dat die verwysing na die appèlhofsak in die slag gebly het.) Verskeie paragrawe in die boek is òf grondig verwerk òf aangevul (byvoorbeeld op bl 29, 37, 77, 80, 83, 133, 142, 148, 156, 159, 170, 171); voetnote is bygevoeg of reggestel (byvoorbeeld op bl 43 n 7; op bl 133, op bl 103 n 6; bl 157 sqq) en ’n aantal nuwe paragrawe is ingevoeg (byvoorbeeld op bl 30, 33, 49, 70, 71, 73, 80, 90, 91, 92, 103, 106, 138, 143, 144, 147). Die belangrikste toevoeging is egter op bl 45 sqq in verband met vergoeding van skade veroorsaak deur die werkgewer omdat hy homself aan versuim skuldig maak; dan is daar nog die nuwe hoofstuk 14 (*Price adjustment clauses*); ten slotte nog die verwerking en toevoegings van hoofstuk 21 aangaande die toekenning wat in geval van arbitrasie gemaak word.

Van belang is dat die addenda ook op datum gebring is, dit wil sê die “Lump Sum”-kontrak, die Wet op Argitekte en ook die regulasies op die wette betreffende argitekte, landmeters en beroepsingenieurs. Ook is die voorkoms van die boek enigszins verander, byvoorbeeld die lettertipe van die opskrifte van hoofstukke. Die tegniese versorging van die uitgawe is besonder goed en foute is tot ’n minimum beperk.

P VAN WARMELO
Universiteit van Suid-Afrika

THE SOUTH AFRICAN JOURNAL OF CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY / DIE SUID-AFRIKAANSE TYDSKRIF VIR STRAFREG EN KRIMINOLOGIE

edited by ROLAND R GRASER and JAN H VAN ROOYEN

*Butterworth & Co (SA) (Pty) Ltd, Durban, in collaboration with NICRO;
published in April, July and November; subscription R9,75 per annum*

The post - World War II era has seen a quickening of academic interest in the field of criminal law, criminal procedure & evidence and criminology - topics usually grouped under the generic term of “criminal justice”. Institutes for its study have been founded at a number of leading Anglo-

American universities, notably at Cambridge and Chicago, and a veritable avalanche of learned publications on the topic has appeared.

Nor has this renewed interest passed South Africa by. The epoch-making *Strafreg* by Professors De Wet & Swanepoel (now in its fourth edition) appeared in 1949; more recently, the first three volumes of *South African Criminal Law and Procedure* have made their appearance and the fourth is expected shortly. Until this year however, there existed no fully-fledged journal devoted solely to articles dealing with the criminal law and its administration. This lacuna has now been supplied by the publication of the *South African Journal of Criminal Law and Criminology*, the first two numbers of which have already appeared.

Due to limitations of space, any attempt at a detailed criticism of the two issues would be an invidious task. Instead, a few comments and suggestions on the scope and objects of the *SACC* might be more apposite here.

The *SACC* is the successor of the now defunct publication of the National Institute for Crime Prevention and Rehabilitation of Offenders (NICRO) *Crime, Punishment and Correction*, which ran from 1972 to 1976. Although modest in size and circulation, its importance is attested by its not inconsiderable influence on the *Viljoen Commission Report* and indirectly on South Africa's new code of criminal procedure.

The *SACC* however is clearly more ambitious in its aims and readership than its predecessor, as appears from the wide spectrum of topics covered. Thus there are contributions on such varied matters as the working of the Abortion and Sterilization Act 1975 (Strauss); the Office of the Attorney-General in South Africa (Yutar); The Terrorism Act (Van der Vyver); Crime in South Africa (Midgley); the dagga problem (Volbrecht); Property Offences (Snyman); Victimology (Sheleff) and Criteria for Identifying and Creating Crimes (Rabie). With the clamour raised by the *Morgan* case in Britain (and the ensuing Heilbron Commission) not yet stilled, it is not surprising to find two penetrating discussions on rape. A further extremely useful contribution (also by Rabie) is a bibliography of books and articles on the general principles of South African criminal law. This should prove invaluable to the researcher, as very few South African legal journals are currently listed in the *Index to Foreign Legal Periodicals*.

Although the *SACC* by its very nature is primarily concerned with Southern Africa, the first two numbers contain three articles from the pens of overseas contributors – from the London School of Economics; the Institute of Criminology, University of Tel-Aviv; and Monash University, Melbourne. Afrikaans contributions are to be preceded by a summary in English, which in turn should ensure a wider overseas readership.

While on the subject of contributors, a disappointing feature is the absence of articles from members of the various departments of criminology at South African universities. Do their members publish? And, if so, where? They need in future look no further than the *SACC* as a vehicle for their views. (None of these departments, oddly enough, have any connection with law faculties or the law. It is heartening, however, that the newly-

established Institute of Criminology at UTC – of which one of the *SACC*'s editors is Director – forms an integral part of the law faculty there.)

As regards the journal's format, it is at present divided somewhat starkly into editorial, articles and book reviews. Certain "articles", however, are in reality case-notes; perhaps in future a separate section could be devoted to these? Sections on recent legislation, commission reports and sentencing would also be useful – the latter particularly so, as it would bring to light any disparities in sentencing practices in South Africa. (One thinks here of a particularly glaring example in the Transvaal, in two rape trials a few years back.) Such a section, however, in order to be fully comprehensive, would have to include cases drawn from the main national newspapers as well as from the law reports – a somewhat daunting task.

The editors are to be congratulated on this publication, which can be expected to take its place alongside such veterans as the *American Journal of Criminal Law and Criminology* (founded as far back as 1910), the *English Criminal Law Review* and the Canadian *Criminal Law Quarterly*. Its appearance has filled a long-felt need.

FG RICHINGS
University of South Africa

LAW, CRIME AND THE COMMUNITY

Proceedings of a conference on Crime, Law and the Community; Juta 1976; 272 pp; price R5

This book is a publication of the proceedings of the conference on Crime, Law and the Community held at the University of Cape Town on 1–4 April 1975 under the joint auspices of the law faculty of the university and NICRO.

It consists of a number of papers delivered by eminent jurists, criminologists and persons concerned with prison services from the United States, United Kingdom and South Africa.

The main paper delivered under the heading "Crime and Punishment in a Historical Setting" by Professor B Beinart from the University of Birmingham would be of specific interest to any student in criminal law or criminology, as it presents a concise picture of the historical development of criminal law, and especially punishment, both in Roman and Roman-Dutch law.

The main paper which was delivered by Professor Norval Morris from the University of Chicago (under the heading "The Overreach of the Criminal Law") deals with the problems arising out of a totally prohibitory criminal law system. He would prefer to place drunkenness, narcotics gambling and sexual behaviour under a regulatory system, backed up by criminal sanction. The areas in which the criminal law "overreaches," are the so-called "victimless crimes" and the prohibition of sinful and immoral behaviour. The paper must be seen in the context of American law.

The lead-in paper by Professor JD van der Vyver of Potchefstroom University for CHE points out the "overreach" in the South African criminal law system. A few examples are the Sunday observance laws, curfew regulations, alleged trespasses etc.

The main paper delivered by Dean Robert B McKay of New York University under the heading "The Investigation and Prosecution of Crime" deals with the pre-trial process in the United States under the headings: Police Functions; The Provision of Defence Services; Electronic Surveillance e.g. wiretapping and bugging by law enforcement officials; Discovery and Procedures before Trial and Pleas of Guilty, which deals with the problem of plea bargaining.

The lead-in paper delivered by Professor JH Van Rooyen, formerly of the University of South Africa, contrasts the American and South African pre-trial systems. A concise exposition of the South African system is given which could be of tremendous assistance to students in criminal procedure and criminal law. The pros and cons of an exclusionary rule in respect of illegally obtained evidence are carefully weighed up.

In a main paper under the heading "Towards a Proper Trial" Professor Sir Rupert Cross from the University of Oxford questions the desirability of rules of evidence regarding admissibility of confessions made to police before the commencement of a trial. He also deals with the exclusion of inadmissible confessions and inclusion of admissible evidence resulting from inadmissible confessions. This question is embodied in the *11th Report of the English Criminal Law Revision Committee* to which a draft bill clause is annexed. He also distinguishes between a "fair" and a "proper" trial.

In the lead-in paper Professor SA Strauss from the University of South Africa strongly recommended Black participation in the administration of justice in our courts. He also voiced his concern regarding the possibility of police acquiring confessions by devious means and suggested that some form of effective judicial check or review on confessions be introduced.

Under the heading "Sentencing" the two main papers delivered by DA Thomas from the University of Cambridge and R Graser from the University of Cape Town, deal with sentencing from a sociological and criminological viewpoint. Mr Thomas advocates legal training incorporating "the role of sentencing and criminology".

Brigadier (Dr) JP Roux from the department of prisons in South Africa, in a main paper, under "Alternatives to Imprisonment", sets out the aims of the prisons department and their implementation, which are not only to provide for the safe custody of prisoners, but also for such treatment as would lead to their reformation and rehabilitation.

Under the heading "The Treatment of Offenders" Adv JJ Labuschagne of the University of South Africa deals with the historical development of the treatment of offenders. In dealing with juvenile offenders Dr JO Midgely from the London School of Economics and Political Science describes the juvenile justice approach, whereby the guilt of the offender is determined by formal criminal procedures, but "segregation, individualization and the

application of social work methods in disposal" distinguish this court from its adult counterpart. The South African juvenile court, in contrast with the children's court, is also discussed.

In his main paper on "The Victim of Crime" Dr L Shaskolsky Sheleff from the University of Tel Aviv unequivocally states that the victim of crime has not received many, if any, of the benefits of a welfare society. He then proceeds to plead for victim compensation schemes, being of the opinion that satisfactory compensation can only be derived through state schemes. The state could, when implementing such a scheme, hold the criminal responsible for a substantial contribution towards compensating the victim. In criticism of this it is felt that the success of such a scheme is questionable in the South African context, where one has a large number of people living below the bread-line with no or insufficient assets. The discussion then proceeds to the types of claim to be allowed and the manner of payment; rights of bystanders at the scene of a crime, as well as people who innocently find themselves the victims of a criminal trial.

The symposium on "Capital Punishment" should be of interest to the student not yet inundated by papers, articles and symposia on this topic which have been held here and overseas during the last decade.

Under the title "Living in Manenburg and Bonteheuwel," two coloured townships in Cape Town, the reader will find interesting interviews with citizens in these townships as well as talks given by social workers working amongst these people.

This book affords very interesting reading material to jurists, students, criminologists, social workers and possibly to journalists as well. As an academic contribution each paper must be assessed separately by the individual concerned with or interested in the specific topic discussed.

RÓNELL PIRON
University of South Africa

"It requires little talent to teach what one knows, but a great deal to teach what one doesn't?"

Montesquieu Lettres persanes 58 soos aangehaal in die voorwoord tot R David en John EC Brierly Major Legal Systems in the World Today.

"The English do not think of the Common Law as a system of 'national law'; it is much more 'the common heritage of the English-speaking peoples' and, as such, destined to play a part analogous to that played by Roman law in continental Europe until the period of codification."

R David and John E C Brierly in Major Legal Systems in the World Today 334

Oor die minderjarige se handelingsbevoegdheid: Romeinsregtelike grondslae*

R Dannenbring

Dr jur LLB

Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

Legal capacity, more specifically capacity to act, is normally bound up with certain stages in a person's life. Legal problems mainly occur with regard to minors who have restricted capacity to act. In modern law this field is largely based on the Roman law of minority, which, however, distinguished between three stages of life, that of *infantes* who had no capacity to act, *impuberes infantia maiores* who enjoyed partial capacity to act and *minores* who were in fact fully capable of performing juristic acts but enjoyed a special protection by *in integrum restitutio*. Although there was a strong tendency, especially in post-classical and Justinianic law, to treat *impuberes infantia maiores* and *minores* on the same footing, a full assimilation of the law pertaining to both groups of minors was never completely achieved.

It seems that the different treatment of two groups of minors in Roman law is still to a large extent responsible for many problems in modern law, in connection with the effect of contracts of minors, the granting of restitution or the question whether or not the guardian's assistance might bar restitution.

Handelingsbevoegdheid is, soos algemeen bekend, normaalweg vasgeknoop aan sekere leeftydsgrense. Elke mens is volgens sy bepaalde leeftyd of onbevoeg, beperk handelingsbevoeg of volkome handelingsbevoeg.

*Lesing gelewer voor die fakulteit regsgeleerdheid van die Universiteit van Suid-Afrika op 27 Augustus 1976. Naas die bekende afkortings word ook die volgende gebruik: Bull: *Bullettino dell'Istituto di diritto romano, Nuova serie 'Vittorio Scialoja'* (Milaan); Dernburg: H Dernburg *Pandekten* 7de uitg. (1902) 3 bande bd I; De Wet & Yeats: JC de Wet en JP Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* 3de uitg (1964); De Groot: Hugo de Groot *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, door F Dovring HFWD Fischer, EM Meijers (1952); Donaldson: M Donaldson *Minors in Roman-Dutch Law* (1955); Heumann-Seckel: H Heumann - E Seckel *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (unveränderter Abdruck der 1907 erschienenen Ausgabe, 11de uitg Graz 1971); Huber: U Huber *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* 5de druk (Amsterdam 1768); Kaser RP I II: M Kaser *Das römische Privatrecht* band I 2de uitg 1971; band II 2de uitg (1975); Kaser: M Kaser *Römisches Privatrecht* 6e uitg (1968) M. Kaser *Roman Private Law* vertaal deur R Dannenbring 2e uitg (1968); Labruna: L Labruna *Rescriptum divi Pii Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate* (1962); Lenel: O Lenel *Das Edictum perpetuum* 3e uitg (1927); Niederländer: H Niederländer *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht* (1953); Oltmans: AC Oltmans *De Institutionen van Justinianus* 4e druk (1967); Schulz: F Schulz *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961); Spiro: E Spiro *Law of Parent and Child* 3e uitg (1971); St Grosso: *Studi in onore di Giuseppe Grosso* I II (1968) III (1970) IV (1971) V (1972) VI (1974, al die bande in Turino); SZ: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*.

Handelingsonbevoegdheid en onbeperkte handelingsbevoegdheid bring as sodanig ook maar min probleme mee waarmee die juris te kampe het. Die posisie is anders in die geval van beperkte handelingsbevoegdheid, veral die van minderjariges waarmee ons ons vervolgens besig sal hou.

Die vraagstuk van die kontraktuele aanspreeklikheid of gebondenheid van minderjariges wat beperk handelingsbevoeg is, dus van persone wat die sewende lewensjaar voltooi het maar nog nie meerderjarig is nie, kom gereeld in hofuitsprake na vore.

Volgens die feitebevindings in die onlangse saak *Louw v MJ & H Trust (Pty) Ltd* 1975 4 SA 268 (T) het 'n twintigjarige-minderjarige 'n motorfiets gekoop en 'n sekere bedrag geld daarop afbetaal. Na mondigwording eis hy by wyse van *restitutio in integrum* terugbetaling van die bedrag. Die teenparty se verweer is dat die koper hom as meerderjarig of minstens as gemansipeer voorgedoen het en hy stel 'n teeneis in weens skade aan die fiets asook vir die betaling van agterstallige paaieimente. Die hof beskou die kontrak as ongeldig of nietig (*void*), met die gevolg dat die verkoper die minderjarige nie gebonde kan hou nie, en weier om aan laasgenoemde restitusie toe te staan weens die bedrog wat hy gepleeg het deur homself as meerderjarig voor te doen.

Sterk kritiek teen hierdie beslissing is uitgespreek deur P Pauw wat in ooreenstemming met De Wet en Yeats daarop neerkom dat 'n minderjarige wat hom as meerderjarig voordoen, kontraktueel gebonde behoort te wees.¹ 'n Ander opvatting word egter deur Spiro verkondig wat meen dat die minderjarige nie *ex contractu* gebonde is nie, maar weens wanvoorstelling ta v sy ouderdom deliktueel aanspreeklik kan wees. Spiro dui egter nie aan of hierdie onregmatige daad tot gevolg moet hê dat die minderjarige aan die kontrak gebonde gehou word nie.²

Ons hedendaagse reg op hierdie gebied is baie sterk Romanisties beïnvloed en dit sal derhalwe lonend wees om na die Romeinsregtelike grondslae daarvan te kyk.

In dié verband lyk dit noodsaaklik om van die begin af vas te stel dat die Romeinsregtelike agtergrond van ons eie reg feitlik uitsluitlik gebaseer is op die reg aangaande persone *sui iuris*. Weliswaar het die laat klassieke reg miskien reeds sommige van die reëls wat op minderjarige persone *sui iuris* van toepassing was ook op persone onder *patria potestas* toegepas. Veral die na-klassieke en die tydperk van die vulgaatreg verwar die verskille in 'n groot mate, maar dit moet tog beklemtoon word dat die posisie van "minderjariges" onder vaderlike gesag dwarsdeur die hele ontwikkelingsgeskiedenis van die Romeinse reg tot en met Justinianus se tyd 'n sterk eiesoortige karakter vertoon het wat nie toelaat dat die posisie van kinders *in potestate* in een asem met dié *sui iuris* behandel word nie.

Hoe het die Romeinse reg die probleem van die kontraktuele aanspreekheid van minderjariges opgelos?

¹1976 *THRHR* 82 ev; die verwysing is na De Wet & Yeats 54.

²Spiro 108 144 in ooreenstemming met Donaldson 27 ev en veral op 30.

Hierdie vraag sal ons nou probeer beantwoord met die oog op die groep kontrakte wat normaalweg wederkerige verpligtinge meebring.

Net soos vandag het ook die Romeine handelingsbevoegdheid deur sekere leeftydsgrense afgebaken. Drie trappe van ouderdom is onderskei. Die eerste is dié van *infantes*, onmondige persone onder die puberteitsleeftyd wat vanaf die na-klassieke tydperk algemeen tot die sewende jaar van ouderdom strek. Hulle is handelingsonbevoeg.³

Die tweede groep is dié van *impuberes infantia maiores*, persone bo sewe jaar maar onder puberteitsleeftyd, dus tot die 14e of 12e lewensjaar vir seuns en meisies onderskeidelik.⁴ Hierdie twee groepe staan gesamentlik bekend as *impuberes* of, omdat hulle 'n voog het, as *pupilli*.

Die derde groep sluit persone in wat reeds bo die puberteitsleeftyd is, maar tog nog nie as volkome handelingsbevoeg beskou word nie alhoewel hulle in werklikheid handelingsbevoeg is en nie meer onder voogdyskap staan nie, nl persone wat jonger as 25 jaar is, *minores XXV annis* of kortweg *minores*. Die posisie van hierdie *minores* waarvandaan ons huidige woord minderjariges afgelei is, skep die meeste probleme aangesien hulle wel handelingsbevoeg was maar tog beskerming in die regsverkeer geniet het alhoewel 'n ander soort beskerming as die *impuberes* of *pupilli*.⁵

Vervolgens sal ons die posisie tov *impuberes infantia maiores*, of kortweg *pupilli*, en van *minores* afsonderlik bespreek.

I

Impuberes infantia maiores was toegelaat om regshandeling aan te gaan wat egter deur hulle voogde goedgekeur moes word. Hierdie reël was geldig tot alle transaksies waarmee die *pupillus* nie net regte verkry het nie, maar ook aan sy kant verpligtinge aangegaan het, bv koop, huur of mandaat en ander transaksies wat die partye wederkerig verplig het om te presteer. Algemeen word hierdie posisie beskryf in—

Inst 1 21 pr Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. ut ecce si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis pupilli promittant, necessaria est: namque placuit meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore. unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt obligantur, at invicem pupilli non obligantur.⁶

³Kaser *RP* II 116; Kaser 14 II 1.

⁴Kaser *RP* II 116; Kaser 14 II 2a.

⁵Vgl Kaser *RP* I 276-277; Kaser 14 II 3a; 62 I 1 III 4; 64 I II.

⁶Voorts is de bijstand van den voogd in zekere gevallen voor de pupillen noodzakelijk, in andere niet. Bijvoorbeeld indien zij stipuleeren, dat hun iets gegeven wordt, is de bijstand van den voogd niet noodzakelijk; wanneer pupillen echter aan anderen iets beloven, is deze vereischt; want men heeft bepaald, dat zij hun toestand ongetwijfeld mogen verbeteren ook zonder bijstand van den voogd, verslechteren daarentegen niet anders dan met bijstand van den voogd. Vandaar dat in die gevallen, waarbij tweezijdige verbintenissen ontstaan, zooals bij koop, verkoop, verhuur, huur, lastgeving en bewaargeving, wanneer de voogd geen bijstand verleent, ongetwijfeld degenen, die met hen contracteeren, verbonden worden; daarentegen worden de pupillen hunnerzijds niet verbonden (vertaling Oltmans).

Die *pupillus* is toegelaat om te stipuleer dat iets aan hom gegee word, maar indien hy 'n kontrak van die soort aangaan wat in die laaste sin genoem word, is hy nie gebind nie, die ander party egter wel. Hierdie reël is reeds klassiek; die *locus classicus* is –

D 19 1 13 29 (Ulpianus 32 ad edictum) Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.⁷

Hierdie eensydige gebondenheid in 'n geval van 'n *contractus consensu* wat normaalweg 'n tweesydige verbintenis teweegbring, het later daartoe aanleiding gegee dat reeds die glossatore transaksies van hierdie aard op beskrywende wyse 'n *negotium claudicans* genoem het.⁸

Die gevolgtrekking wat onmiddellik hieruit gemaak kan word, is dat kontrakte van *pupilli* nie ongeldig of nietig is nie wat dan beteken dat die *pupillus* sy regte ingevolge die kontrak kan opeis, maar heel waarskynlik nie sonder dat hy ook bereid is om te presteer nie.⁹

Indien die *pupillus* nie presteer nie, maar die teenprestasie ontvang het, moet die reg daarvoor voorsiening maak dat ook die ander party beskerming geniet. Twee gevalle moet ons hier onderskei (a) waar die *pupillus* die verskuldigde teenprestasie ontvang met die gevolg dat sy vermoë vermeerder en hy verryk is en (b) waar die *pupillus* in hierdie geval die teenprestasie nogtans opeis.

Die tweede geval is klaarblyklik eerste onder die aandag van die juriste gebring en het die praetor genoop om langs een van die weë wat ingevolge Pap *D* 1 1 7 1 vir hom oopstaan, in te gryp.¹⁰ Soos uit die volgende teks blyk, het die praetor teen die eis van die *pupillus* 'n *exceptio* aan die verweerder toegestaan:

G 2 84 Itaque, si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est. sed tamen, si ex ea pecunia locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoveri potest.¹¹

Gaius stel dit duidelik dat die skuldenaar wat sy skuld betaal, nie bevry word nie alhoewel die *pupillus* eienaar van die geld word, in ooreenstemming met die reël dat hy sy posisie wel kan verbeter maar nie kan versleg deurdat hy die skuldenaar van die verbintenis bevry nie.¹² Voldoening vind nie

⁷Indien iemand van 'n bevoogde sonder die bystand van die voog gekoop het, bestaan die kontrak aan die een kant; want die koper is teenoor die bevoogde gebind, maar hy bind die bevoogde nie teenoor homself nie.

⁸Sien Labruna 141 n 35; ook Huber 1 19 7: “. . . men zegt, dat contracten van minderjarigen aen een zijde mank gaen.”

⁹Kaser *RP* I 276 n 13; Kaser 14 II 2b.

¹⁰Kaser 2 II 2b bb; 82 II 1–3c en 4 II 2.

¹¹Wanneer bijgevolg een schuldenaar den pupil geld betaalt, maakt hij het geld weliswaar eigendom van den pupil, doch hij wordt zelf niet bevrijd, daar de pupil zonder bijstand van zijn voogd geen verbintenis mag te niet doen, omdat hem de vervreemding van geen enkele zaak is toegestaan zonder bijstand van zijn voogd; maar, wanneer hij door dat geld verrijkt is en het nochtans opeischt, kan hij toch met de *exceptio doli mali* worden afgeweerd (vertaling Oltmans).

¹²Deur *solutio*; Kaser *RP* I 635 ev; Kaser 53 I 1.

plaas nie en dit beteken dat die skuldenaar van die *pupillus* nog skuldenaar bly al het hy *solvendi causa* betaal. Indien die *pupillus* die skuldenaar aanspreek, word die *exceptio doli mali* aan die skuldenaar toegestaan mits, en dit is belangrik in ons huidige verband, die *pupillus* deur die geld verryk is, *si ex ea pecunia locupletior factus sit*.¹³

Die skuldenaar geniet dus 'n mate van beskerming maar sy verweer slaag nie indien die *pupillus* nie (meer) verryk is nie. In elk geval verbeur die teenparty sy geld aangesien dit ingevolge die nakoming van 'n kontrak wat teenoor hom geldig is, gegee is met die gevolg dat hy nie van sy skuld bevry is nie. Dit spreek vanself dat die regsorde met hierdie toedrag van sake nie tevrede kon wees nie, en gevolglik is 'n omvattender beskerming vir die ander party by 'n *pupillus* se kontrak ontwikkel.

Hierdie beskerming word herlei na een (of meer) reskripte soos uitgereik deur die keiser Antoninus Pius (138–161), die *rescriptum divi Pii*; vgl:

D 26 8 5 1 (Ulpianus 40 ad Sabinum) Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligetur: sed nec in emendo, nisi in quantum locupletior factus est.¹⁴

Dit is 'n uittreksel uit Ulpianus se kommentaar van 51 boeke op die *Ius civile* deur Massurius Sabinus.¹⁵ Die skrywer stel dit kort en bondig dat die *pupillus* as verkoper *sine tutoris auctoritate* nie aanspreeklik is nie en beaam dus die reël wat ons reeds genoem het. Dieselfde word logies konsekwent gesê van die *pupillus* as koper, onderworpe aan die kwalifikasie *nisi in quantum locupletior factus est*. Die *locupletior factus* het ons reeds in G 2 84 teëgekom. Die *pupillus* is dus nie *ex contractu* aanspreeklik nie, maar “vir soveel hy ryker gemaak is”. Hierdie verrykingsaanspreeklikheid is deur Antoninus Pius ingevoer soos uit die volgende inleiding tot die teks blyk:

D 26 8 5 pr (Ulpianus 40 ad Sabinum) Pupillus obligari tutori eo auctore non potest. plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est altero auctore pupillum ei posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det sive stipuletur ab eo. sed et cum solus sit tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuius actionem in quantum locupletior factus est dandam divus Pius rescripsit.¹⁶

Hierdie fragment het sterk onder die ouer rigting van die interpolasie-navorsing se kritiek deurgeloopt. Ons sal egter nie by die besonderhede stilstaan nie.¹⁷ Die tekskritiek is klaarblyklik veroorsaak deur die interpretasieprobleme wat die fragment oplewer.

¹³Vgl Kaser *RP* I 276 n 14; Kaser 62 III 4; oor die *exceptio doli* 33 IV 4 83 II 11.

¹⁴n Bevoogde wat sonder die bystand van die voog verkoop, word nie gebind nie; maar ook nie wanneer hy koop nie, tensy vir soveel hy verryk is.

¹⁵vgl Schulz 264 e.v.

¹⁶n Bevoogde kan hom nie teenoor sy voog deur dié (voog) se bystand verbind nie. Wanneer daar egter 'n meerderheid voogde is en die bystand van een van hulle voldoende is, dan moet aanvaar word dat die bevoogde hom teenoor een kan verbind met die bystand van 'n ander, hetsy dat hy 'n lening aan hom (die bevoogde) gee of dat hy van hom stipuleer; maar indien die voog alleen is en 'n lening aan die bevoogde gee of iets van hom stipuleer, sal hy nie teenoor die voog gebonde wees nie, maar wel *naturaliter* vir soveel hy ryker gemaak is; want die goddelike Pius het verorden dat 'n aksie vir die verryking teen die bevoogde nie slegs aan die voog nie maar aan enigiemand gegee moet word.

¹⁷Vgl Niederländer 111 e.v; Labruna 53 e.v.

Die eerste sin word egter nie bevraagteken nie. Die bevoogde word nie teenoor sy voog deur die voog se *auctoritas interpositio* gebind nie: *in rem suam tutor auctor esse non potest*.¹⁸ Die moeilikhede begin met die volgende *plane si* wat dikwels as 'n aanknoping beskou word wat by die kompilatore baie gewild was.¹⁹ Nietemin is die inhoud van die tweede sin juridies onaanvegbaar. Indien daar 'n meerderheid van voogde is, maak die *auctoritas* van een van hulle die transaksie wat die bevoogde en die ander voog aangaan volkome geldig, mits die *auctoritas interpositio* van een van die medevoogde toegelaat is.²⁰ Die transaksie is geldig hetsy 'n lening aan die *pupillus* gegee word of die *pupillus* iets by wyse van *stipulatio* belowe.

Die volgende sin vanaf *sed et cum . . .* herhaal die stelling dat die genoemde kontrakte die *pupillus* nie aan die *tutor* verbind nie, maar, en nou volg die belangrike sinsnede, *naturaliter . . . obligabitur in quantum locupletior factus est*.

Teen hierdie deel van die fragment bring Niederländer besware in. Volgens sy mening is dit korrek dat die bevoogde nie *civiliter* op grond van 'n lening aanspreeklik is nie maar slegs *naturaliter tamen obligabitur*. Tog kan daar uit 'n *naturalis obligatio* beswaarlik 'n verrykingsaksie voortvloei.²¹ Misleidend is volgens hom ook die invoeging van *vel . . . stipuletur* want 'n natuurlike verbintenis kan nie uit 'n *stipulatio* voortvloei nie en ook geen verrykingsaanspreeklikheid nie.²² Inderdaad is dit duidelik dat die *pupillus* hom nie eensydig kan verbind nie soos in die geval van eensydige verbintenisse soos *stipulatio* en *mutuum*.²³ Maar andersom verkry die *pupillus* op grond van hierdie transaksies; hy word eienaar van die geleende geld net soos hy eienaar van die geld word wat *solvendi causa* gegee word soos uit G 2 84 blyk. Die *stipulatio* van sy kant is hier slegs bedoel om die leningskuld op grond van 'n *mutuum* te versterk. Weliswaar kan teen die *pupillus* nie op grond van die *stipulatio* geëis word nie, maar dit neem nie weg dat hy die geleende bedrag ontvang het en ten opsigte daarvan verryk is nie. Die woorde *nam in pupillum . . . divus Pius rescripsit* gaan oor hierdie verryking. Teen die *pupillus* word 'n aksie *in quantum locupletior factus* gegee.

Voordat ons hierdie aksie van naderby bekyk, sal dit goed wees om kortliks by die ontleding van die teks deur Labruna stil te staan. Die skrywer volg 'n belangwekkende metode waarvan ons met vrug kennis kan neem.

Sy uitgangspunt is die feit dat die teks uit Ulpianus se kommentaar op die *Ius civile* van Sabinus afkomstig is.²⁴ As gevolg daarvan moet die kommentaar twee bestanddele bevat, nl tekstmateriaal wat deur Sabinus geskryf is en opmerkings, *notae*, daarop deur Ulpianus. Die inhoud en strekking van die fragment word dus duideliker as mens probeer om die twee soorte tekstmateriaal van mekaar te skei.

¹⁸Vgl *Inst* 1 21 3.

¹⁹Heumann-Seckel sv *plane*.

²⁰Kaser *RP* I 362 n 16; Kaser 62 III 5.

²¹Niederländer 112.

²²Niederländer 112-113 en 98 ev.

²³Vgl *Inst* 1 21 pr bo; Kaser 38 IV 1.

²⁴Labruna 59 ev.

Gevolglik stel Labruna vas dat die eerste sin van Sabinus afkomstig is. Daarna vervolg Ulpianus met sy bespreking van die meerderheid van voogde. Met die sin *cum tutor mutuum pecuniam . . . non erit obligatus tutori* verwys Ulpianus weer na Sabinus. Weliswaar sluit *sed et cum solus sit* nie eintlik mooi by die voorafgaande aan nie maar ons kan vermoed dat die bespreking hier deur die kompilatore verkort is, in elk geval het Ulpianus die woorde (*nisi*) *in quantum locupletior factus est* bygevoeg omdat hierdie beperking nog nie aan Sabinus bekend was nie aangesien hy die *Iuris civilis libri III* in die tydperk van Augustus geskryf het;²⁵ maar in Ulpianus se tyd het dit reeds ingang in die reg gevind.

Twyfelagtig bly die woorde *naturaliter tamen obligabitur* wat volgens Labruna deur 'n na-klassieke glossator of glossatore in die plek van Ulpianus se *nisi* geskryf is.²⁶

Lees ons die teks soos deur Labruna voorgestel, verval die besware van Nederländer. Ulpianus het dus nie geskryf dat die verrykingsaksie op die natuurlike verbintenis van die *pupillus* steun nie. Weliswaar word die verbintenis wat 'n *pupillus sine tutoris auctoritate* aangaan, reeds gedurende die klassieke tydperk as natuurlike verbintenis beskou,²⁷ maar in watter verband die verrykingsaksie teen die *pupillus* met sy *naturalis obligatio* staan, moet ons vervolgens afsonderlik behandel.

II

Die gebied van die verrykingsaksies is besonder sterk kasuisties uitgebou en derhalwe soms moeilik om as 'n geheel te begryp.

Die Romeinse reg het aksies ontwikkel waarmee 'n persoon wat sonder 'n regverdigende grond (*sine causa*) 'n vermoënsverlies gely het, vergoed is tot die bedrag van die waarde van sy verlies.²⁸ Die tipiese regsmiddel in sulke gevalle is die *condictio*.²⁹ Die voorwerp van die *condictio* as 'n verrykingsaksie gebruik, is deurgaans die voordeel wat die verrykte inderdaad ontvang het en nie, in teenstelling met die huidige opvatting, die omvang wat die verryking nog ten tyde van die instelling van die eis het nie, wat dan moontlik tot die uitwissing van die verryking en daarmee ook van die eis kan lei.³⁰

Die verrykingsaanspreeklikheid van die *pupillus* val nie onder hierdie aanspreeklikheid by wyse van 'n *condictio* wat ons miskien die "gewone" of "ordentlike" verrykingsaanspreeklikheid kan noem nie.

Die rede hiervoor moet in die volgende oorwegings gesoek word:

(a) Die aanspreeklikheidsbeginsels van die *ius civile* is glad nie op die *pupillus* van toepassing nie.³¹ Regstreeks kan hierdie stelling uit die volgende afgelei word:

²⁵Vgl Oltmans 290.

²⁶Vgl die *nisi* in *D* 26 8 5 1 bo.

²⁷Kaser *RP* I 481; Kaser 33 III.

²⁸Kaser *RP* I 592 ev; *RP* II 421 ev; Kaser 48 I.

²⁹Kaser 48 II 1 2.

³⁰Kaser *RP* I 598; *RP* II 425; Kaser 48 II 3a.

³¹Vgl reeds bo by die bespreking van Nederländer se opvattinge van 21, 22.

D 44 7 43 (Paulus 72 ad edictum). Obligari potest pater familias suae potestatis pubes compos mentis: pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur iure civili: servus autem ex contractibus non obligatur.³²

Dit is 'n uittreksel uit Paulus se kommentaar op die praetoriese edik wat onder die opskrif *de stipulationibus* staan.³³ Drie gevalle word langs mekaar behandel: eerstens die *paterfamilias* wat homself vanselfsprekend kan verbind; dat hy *suae potestatis* = *sui iuris*, *pubes* en *compos mentis* moet wees, is ook vanselfsprekend. Tweedens word daar van die *pupillus* gesê dat hy homself nie ingevolge die *ius civile* kan verbind nie maar wel, en so kan ons die teks aanvul, *naturaliter*.³⁴ Derdens kan 'n slaaf homself nie ingevolge enige regshandeling verbind nie.³⁵

Dieselfde resultaat kan ons ook uit die begrip *contractus* in die tegniese betekenis van die woord aflei; vgl:

D 26 8 9 pr (Gaius 12 ad edictum provinciale) Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest: acquirere autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate potest: sed credendo obligare sibi non potest, quia sine tutoris auctoritate nihil alienare potest.³⁶

Hier het ons weer die algemene reël: Die *pupillus* kan nie kontrakte aangaan nie, maar hy kan stipuleer dat iets aan hom gegee word en hy kan die prestasie aanvaar, maar hy kan niemand aan hom verbind deur 'n lening te gee nie omdat hy nie sonder die *auctoritas tutoris* iets kan vervreem nie.

Indien ons aanvaar dat die begrip *contractus* hier reeds tegniese gebruik word en dus op verbintenis toegepas word wat aanspreeklikheid ingevolge die *ius civile* meebring, is dit weer eens duidelik dat die *pupillus* nie *civiliter* aanspreeklik is nie.³⁷

Gevolglik kon van die begin af geen sprake daarvan wees dat die *pupillus* op grond van 'n *condictio* aanspreeklik gehou kan word nie. Die *condictio* is immers die voorbeeld van 'n streng aksie *in personam* vir *certam pecuniam dari* of *aliam certam rem dari*.³⁸

Toe die behoefte gevoel is om die ander party te beskerm, nie slegs deur hom die verweer van die verryking van die *pupillus* dmv 'n *exceptio doli* te gee nie, en die gewone *condictio* as 'n verrykingsaksie nie gebruik kon word nie, moes 'n uitweg gevind word. Hierdie nuwe weg slaan die *rescriptum divi Pii* in.

³²n *Paterfamilias* wat *sui iuris*, volwasse en by sy verstand is, kan homself verbind; 'n bevoogde word sonder die bystand van die voog nie ingevolge die *ius civile* verbind nie; maar 'n slaaf word kontraktueel glad nie verbind nie.

³³Sien O Lenel *Palingenesia iuris civilis* (Leipzig 1889, herdruk Graz 1960) Paul 797.

³⁴Niederländer 101.

³⁵*Contractus* in die wyer betekenis van die woord; Kaser *RP* I 523; Kaser 38 I 1. Sien ook Kaser *RP* I 606; Kaser 49 I.

³⁶n Bevoogde kan sonder die bystand van die voog nie ingevolge alle kontrakte verbind word nie; maar hy kan sonder die bystand van die voog verkry deur homself te laat stipuleer en deur 'n lewering te aanvaar; maar hy kan aan hom nie verbind deur 'n lening te gee omdat hy sonder die bystand van die voog niks kan vervreem nie.

³⁷Vgl Kaser *RP* I 522 ev; Kaser 38 I 1 2.

³⁸Kaser 48 I 2.

Verskillende weë was vir die keiser oop, veral dié wat die probleem deur sy *extraordinaria cognitio* kon oplos net soos in die bekende geval van *fidei-commissa*.³⁹ Of hy kon hom binne die raamwerk van die bestaande aksies soos vervat in die praetoriese edik, hou.

Aangesien die edik reeds sedert omtrent 130 nie meer selfstandig deur die praetor gewysig kon word nie en die verdere ontwikkeling van die privaatreë hoofsaaklik in die hande van die keisers gelê is,⁴⁰ was die uitkoms hier om by wyse van 'n reskrip na analogie van reeds bestaande aksies 'n nuwe aksie te skep, dws 'n *actio utilis* daar te stel.⁴¹ Dit is klaarblyklik wat gebeur het; vgl:

D 46 3 66 (Pomponius 6 ex Plautio). Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus: sed exceptione se tueri potest. si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit: sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur.⁴²

Wat die vorm van die teks betref, het ons hier weer te doen met 'n kommentaar op geskryfte van 'n ouer skrywer, net soos in die geval van die kommentaar deur Ulpianus *ad Massurium Sabinum*, hierdie keer egter met een deur Pomponius wat juis in die tyd van Antoninus Pius geskryf het, op werke van Plautius wat in die tyd van Pegasus onder Vespasianus (69-79) gewerk het. Ons weet nie of die kommentaar op 'n spesifieke werk van Plautius gelewer is nie; dit kan moontlik ook 'n keuse uit Plautius se werke wees.⁴³

In die onderhawige fragment gaan dit oor 'n tipiese geval van ongeregverdigde verryking wat net deur die feit dat die skuldenaar nie regstreeks aan die *pupillus* betaal nie, maar wel aan 'n skuldeiser van die bevoogde, ietwat ingewikkeld voorkom.⁴⁴

Die eerste sinsnede stel die beginsel; die *pupillus* word bevry van sy skuldeiser, *a creditore liberat*, in ooreenstemming met die reël dat die bevoogde sy posisie *sine tutoris auctoritate* wel kan verbeter maar nie kan versleg nie; sy skuldenaar bly gebonde, *ipse manet obligatus*. Hy word egter deur 'n *exceptio* beskerm, klaarblyklik die *exceptio doli* waarna Gaius in 2 84 bo verwys. Aan die ander kant het ons hier nie die geval van 'n *datio* wat aanleiding tot 'n *condictio* gee nie, omdat hier sonder die samewerking van die voog geen regmatige samewerking tussen die partye plaasvind nie.⁴⁵

³⁹Kaser 77 I; 2 II 3b.

⁴⁰Kaser *RP* I 208; Kaser 2 II 2b dd.

⁴¹Kaser *RP* I 181, 184; Kaser 3 IV 2, 83 1 2.

⁴²Wanneer die bevoogde se skuldenaar op sy (die bevoogde se) versoek aan sy skuldeiser sonder die voog se bystand die geld betaal het, bevry hy die bevoogde wel van die skuldeiser, maar hy bly self gebonde; hy kan homself egter dmv 'n eksepsie beskerm. Indien hy egter nie die skuldenaar van die bevoogde was nie, kan hy nòg teen die bevoogde wat sonder die bystand van die voog nie verbind word, nòg teen die skuldeiser met wie hy op versoek van 'n ander gekontraakteer het, met 'n *condictio* optree. Maar die bevoogde word d m v 'n *actio utilis* vir soveel hy ryker gemaak is aanspreeklik gehou aangesien hy van die skuld bevry is.

⁴³Schulz 270.

⁴⁴*Delegatio solvendi*; Kaser *RP* I 650; Kaser 54 III 1.

⁴⁵Daar is geen *negotium contractum* nie. Vgl Kaser *RP* I 594-5; Kaser 48 II 1.

Die tweede gedeelte van die teks vanaf *si autem debitor pupilli non fuerat* . . . het betrekking op die *condictio indebiti*, die geval van 'n *indebitum solutum*. Die feite is dat hy, die *pupillus* se skuldenaar, die *delegatus debitor*, in werklikheid nie die skuldenaar van die *pupillus* is nie en nogtans presteer teenoor lg se skuldeiser. Die gevolg is dat hy nie op grond van verryking kan eis nie, nòg van die *pupillus* nòg van die skuldeiser met wie hy *iusu pupilli* gekontrakteer het, want die *pupillus* is nie aanspreeklik ingevolge die *ius civile* nie en sy skuldeiser het ontvang wat aan hom toekom. Maar die bevoogde word dmv 'n *actio utilis in quantum locupletior factus est* aanspreeklik gehou omdat hy van sy skuld bevry is.

Uit die voorafgaande kan ons aflei dat die verrykingsaanspreeklikheid van die *pupillus* nie binne die raamwerk van die gewone *condictiones* tuishoort nie, en derhalwe praat ons hier van die praetoriese verrykingsaksies.⁴⁶

(b) Ten slotte moet ons by die bespreking van die aanspreeklikheid van die *pupillus* nog kortliks aandag gee aan die vraag of sy verrykingsaanspreeklikheid op sy *naturalis obligatio* gesteun het.

Naturalis obligatio is, soos bekend, die teenvoeter van *obligatio civilis*. Hierdie verbintenisse is streng genome geen verbintenisse nie omdat hulle nie eintlik die partye bind nie vir sover hulle nie 'n genoegsame eisgrond daarstel of ten minste nie by wyse van tenuitvoerlegging afgedwing kan word nie alhoewel hulle nogtans ander tipiese uitwerkings van verbintenisse vertoon.⁴⁷

Die uitgangspunt van die natuurlike verbintenis is die transaksies deur persone *in potestate* aangegaan. Gedurende die klassieke tydperk kom dan ander gevalle by, waaronder dié van transaksies wat deur die *pupillus* sonder die *auctoritas* van sy voog aangegaan is.

Daar is baie plekke in die *Digesta* wat hierna verwys. Ons hoef egter nie by besonderhede stil te staan nie; die vraagstuk bly omstrede en twyfelagtig; dit kan ons vir ons huidige doel reeds aflei uit *D 26 8 5 pr* wat ons bo behandel het. Daar word gesê *naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est* wat daarop dui dat die verrykingsaanspreeklikheid op die natuurlike verbintenis steun.

Vandag vermoed ons dat die hele aangeleentheid reeds in Rome tussen die juriste onduidelik en omstrede was, en dat die *rescriptum divi Pii* aanleiding gegee het tot die beskouing dat die *pupillus* wat *sine tutoris auctoritate* kontrakteer, *naturaliter* gebonde is, maar nie andersom dat die *rescriptum* op hierdie gebondenheid steun nie.⁴⁸

Hiermee kan ons die bespreking voorlopig afsluit. Die posisie is nou duidelik: die *pupillus* wat *sine tutoris auctoritate* 'n tweesydigde transaksie aangaan, is *civiliter* nie aanspreeklik nie maar hy bind die ander party wat op sy beurt, indien die *pupillus* deur die transaksie verryk is, deur 'n *exceptio doli mali* en 'n praetoriese verrykingsaksie beskerm word.

⁴⁶Kaser *RP I* 600; Kaser 48 IV.

⁴⁷Kaser *RP I* 480; Kaser 33 III.

⁴⁸Kaser *RP I* 481.

Voordat ons na die na-klassieke ontwikkelings gaan kyk, sal ons eers by die posisie van die *minor XXV annis* moet stilstaan.

III

Dit het taamlik vroeg geblyk dat persone wat met die bereiking van hulle puberteitsleef tyd uit die voogdy ontslaan word, nog nie in alle gevalle in staat was om hulle sake na behore te behartig nie. Die reg het dus 'n verdere beskerming vir persone onder die 25-jarige leeftyd ontwikkel wat hulle kon geniet alhoewel hulle volkome handelingsbevoeg was. Die minderjarige in hierdie sin van die woord, *minor XXV annis* of kortliks *minor*, se beskerming is ingelui deur die *lex Laetoria* van ca 200 v C. Hieroor hoef ons egter nie verder uit te brei nie aangesien hierdie wet meer strafregtelik van aard was en ook in die latere reg geen rol meer gespeel het nie.⁴⁹ Die regsmiddel wat van die uiterste belang geword het en ook vandag nog 'n groot rol speel, is die *in integrum restitutio (iir)* soos uitgewerk en toegepas deur die praetor.

Iir het as 'n baie belangrike praetoriese regsmiddel 'n plek in die edik ontvang. Die vereistes vir *iir* word duidelik as ons 'n oomblikkie hierna kyk.

In *titulus X* van die edik onder die opskrif DE IN INTEGRUM RESTITUTIONIBUS maak ook die *restitutio DE MINORIBUS VIGINTI QUINQUE ANNIS* sy verskyning.⁵⁰ Die bron vir hierdie edik – in die engsin van dié woord – is:

D 4 4 1 1 (Ulpianus 11 ad edictum) Praetor edicit: 'Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicitur, uti quaeque res erit, animadvertam.'⁵¹

Die praetor beloof om handeling van *minores* volgens sy diskresie te ondersoek.

Die woorde *gestum esse dicitur* bedoel enige handeling, soos in die volgende genoem:

D 4 4 7 pr + 1 (Ulpianus 11 ad edictum) Ait praetor: 'gestum esse dicitur'. gestum sic accipimus qualiterqualiter, sive contractus sit, sive quid aliud contigit. 1 Proinde si emit aliquid, si vendidit, si societatem coit, si mutuum pecuniam accepit, et captus est, ei succurretur.⁵²

Ulpianus lewer hier kommentaar op die woorde van die praetor wat sê: *gestum esse dicitur* di ons verstaan *gestum* so: wat ook al – hetsy dit verband hou met 'n kontrak of enigiets anders. Gevolglik sal iemand wat gekoop of verkoop het, 'n vennootskap of 'n lening aangegaan het, gehelp word. 'n Vereiste is *et captus est*.

Dit blyk dat die *minor* weens feitlik alle transaksies gerestitueer kan word. Die grond vir die restitusie is, altans gedurende die klassieke tydperk,

⁴⁹Kaser *RP* II 118; Kaser 14 II 3a b.

⁵⁰Vgl Lenel 109 e v.

⁵¹Die praetor verorden: "Wanneer iets beweerd word, as met 'n minderjarige onder 25 jaar gehandel, sal ek so as wat die saak sal wees, ondersoek instel".

⁵²Die praetor sê: "Wat beweerd word as gehandel". Ons verstaan *gestum* so: Wat ook al, hetsy dit verband hou met 'n kontrak of enigiets anders. Dus sal iemand wat gekoop of verkoop, 'n vennootskap of 'n geldlening aangegaan het, en benadeel is, gehelp word.

volgens Ulpianus die *facilitas*, die liggelowigheid of amper ligsinnigheid van die *minor*; vgl:

D 4 4 44 (Ulpianus 5 opinionum) Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae causa cognita eiusmodi deprehensa sunt, vel ab aliis circumventi vel sua facilitate decepti aut quod habuerunt amiserunt, aut quod acquirere emolumentum potuerunt omiserint, aut se oneri quod non suscipere licuit obligaverunt.⁵³

Dit is 'n uittreksel uit die *Opinionum libri VI* wat miskien ten onregte aan Ulpianus toegeskryf word; die opinies is moontlik die werk van 'n na-klassieke skrywer wat uit Ulpianus se kommentaar op die edik geput het.⁵⁴

Na-klassieke invloed blyk uit die woorde *non omnia . . . gerunt, irrita sunt . . .* waarvolgens nie alle handelingte ongeldig is nie.⁵⁵ Aangesien die *minor* handelingsbevoeg is, kan sy handelingte in elk geval nie algemeen ongeldig wees nie, altans nie gedurende die klassieke tydperk nie. Later is die geldigheid van die *minor* se transaksies egter afhanklik gemaak van die *curator* se *consensus* en die posisie van die *minor* sodoende min of meer aan dié van die *pupillus* gelykgestel.⁵⁶

Belangrik is tans die verdere vereistes vir die *restitutio propter aetatem*, nl *facilitas* wat ongeveer gelykstaan aan *captus* en *circumventio*. Gevolglik moet die *minor* iets verloor of inboet ten gevolge van sy liggelowigheid of omdat hy deur 'n ander *circumventus* of *captus* is, dws benadeel.⁵⁷

Uit die voorafgaande, veral uit Ulpianus se relaas oor die edik in D 4 4 1 en 7 pr-1, kan afgelei word dat die vereistes vir die restituisie van die *minor* baie wyd gestel is.⁵⁸ Deurslaggewend is die diskresie van die praetor wat slegs vereis dat die handeling nadelig moet gewees het.

'n Vraag wat egter nou opkom, is of die *minor* steeds beskerming geniet het al dan nie. Ons dink in hierdie verband ook weer aan ons hedendaagse reg waarvolgens die minderjarige ook restituisie kan eis waar hy met die toestemming van sy voog opgetree het.⁵⁹

Dit word aanvaar dat die *minor* oor die algemeen 'n kurator ontvang het wat hom moes help, veral deur sy *consensus* te gee of te weerhou.⁶⁰ Die vraag wat ons nou moet stel, is of die *consensus curatoris*, net soos die *auctoritas tutoris* in die geval van die *pupillus*, 'n invloed gehad het op die regsgeldigheid

⁵³Nie alles wat minderjariges onder 25 jaar doen, is ongeldig nie, maar slegs dit wat na die verhoor as sodanig gevind word, of hulle, deur iemand anders benadeel of ingevolge hul liggelowigheid mislei is, of wat hulle gehad het, verloor het of die voordeel wat hulle kon verkry het, versuim het of 'n las oorgeneem het wat nie moontlik was om te aanvaar nie.

⁵⁴Vgl Schulz 223.

⁵⁵*Irrita transactio = nullius momenti*; vgl Kaser 9 I 1.

⁵⁶Vgl Kaser *RP* II 117/118 235/236; Kaser 14 II 3b, 64 II 2a.

⁵⁷*Circumvenire* of *circumscribere* word vandag nie meer met "uitoorlé" vertaal nie; vgl Kaser *RP* II 584 ad 65.

⁵⁸Dit is altyd die persoon wat gerestitueer word, nie die onderhawige transaksie nie; vandaar *restitutio minorum* weens hul ouderdom - *propter aetatem*.

⁵⁹De Wet & Yeats 57.

⁶⁰Kaser 14 II 3a; 64 II 2a.

van die *minor* se transaksies al dan nie. Kon so 'n transaksie tersyde gestel word al was daar toestemming of nie?

Aangesien die *minor* 'n persoon bo puberteitsleef tyd is, is die geldigheid al dan nie van sy transaksies, nie, of altans nie van die begin af nie, afhanklik van die kurator se toestemming nie;⁶¹ met die gevolg dat die *minor* nog steeds *iir* kan eis indien 'n sekere transaksie vir hom nadelig was.⁶²

Die teksbewys vir hierdie stelling is baie karig, belangrik is egter die volgende:

C 2 24 2 (Alexander s d) *Minoribus annis viginti quinque etiam in his, quae praesentibus tutoribus vel curatoribus in iudicio vel extra iudicium gesta fuerint, in integrum restitutionis auxilium superesse, si circumventi sunt, placuit.*⁶³

Dit is 'n konstitusie uitgevaardig deur Alexander wat ongedateerd is; dit is klaarblyklik Alexander Severus (222–235) na wie hier verwys word.

Ingevolge hierdie konstitusie is onbestrede verklaar of is dit die oorheersende mening (van die juriste – *placuit*) dat *iir* vir *minores* oorbly indien hulle deur handeling buite of binne die hof benadeel is.

Uitdruklik word gesê dat hulle restitusie ontvang waar hulle kurators het, en andersom kan ons uit die invoegsel *etiam in his . . . gesta fuerint* aflei dat hulle ook restitusie kan eis waar hulle geen kurators het nie.

Algemeen is die gevolgtrekking toelaatbaar dat gedurende die klassieke tydperk, soos reeds opgemerk, die handeling van die *minores* as geldig beskou is waarby ons in gedagte hou dat restitusie in beginsel teen geldige regshandeling verleen word.⁶⁴

Opvallend is dat *tutores* en *curatores* naas mekaar genoem word wat tot die gevolgtrekking aanleiding gee dat ook *pupilli* restitusie kon verkry.

Die ander relevante teks is die volgende:

C 2 21 3 (Diocletianus et Maximilianus 293) *Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res venum dedisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis.*⁶⁵

Diocletianus se kanselary besluit anders as Alexander deur restitusie te weier omdat die *minor* 'n *curator habens* is, maar die konstitusie gaan verder

⁶¹Kaser *RP I* 370; Kaser 64 II 2a.

⁶²Anders nog Kaser 64 II 2a; maar sien nou Kaser *RP I* 277; Cervenca 1972 *Bull* 245 e.v.

⁶³Dit staan vas dat vir minderjariges onder 25 jaar die regshulp van *in integrum restitutio* oorbly ook *tav* (handeling) wat in die teenwoordigheid van voogde of kuratore binne of buite die hof verrig is, indien hulle benadeel is.

⁶⁴Vgl Cervenca 1972 *Bull* 248.

⁶⁵Wanneer jy as 'n minderjarige onder 25 jaar, terwyl jy 'n kurator het, na die puberteitsleef tyd 'n saak verkoop het, mag hierdie kontrak nie in stand gehou word nie aangesien 'n minderjarige wat 'n kurator het, nie ongelyksoortig geag word nie aan iemand wat deur die praetor 'n kurator gegee en verbied is om sy vermoë te administreer. Wanneer jy egter sonder dat 'n kurator aangestel is, die kontrak aangegaan het, dan is jy na 'n ondersoek van die saak nie verbied om *iir* te eis mits die voorgeskrewe tye nog nie afgeloop het nie.

deur te verklaar dat die koopkontrak nie in stand gehou mag word nie wat beteken dat die kontrak nietig is.⁶⁶

Hier het ons dan vir die eerste keer die mening dat die minderjarige se kontrak wat hy sonder die toestemming van sy kurator aangaan, nietig is met die gevolg dat restitusie onnodig is. As motivering vir hierdie beslissing word bygevoeg dat 'n *minor* wat 'n kurator het, gelykstaan aan iemand wat deur die praetor 'n kurator ontvang het en verbied is om sy vermoë te administreer.⁶⁷ Die laaste sin maak dit duidelik dat *iir* wel geëis kan word mits die kontrak sonder 'n kurator gesluit is en die voorgeskrewe tye nog nie afgeloop het nie.

Ingevolge hierdie konstitusie word die *minor* se posisie in 'n ander lig gesien as ingevolge C 2 24 2, altans wat die geval waar die *minor* 'n kurator het, betref; ooreenstemming bestaan net vir sover die *minor* nie deur 'n kurator bygestaan word nie.⁶⁸

Die teks laat dus twyfel ontstaan of hy die klassieke regsposisie nog korrek weergee, en des te meer omdat ook die bevoegdheids van die kurator omskryf word deur hom met die *curator prodigi* te vergelyk.

Vervolgens sal ons die na-klassieke reg in oënskou neem.

IV

Die reg aangaande die handelingsbevoegdheid van minderjariges word gedurende die na-klassieke tydperk gekenmerk deur die steeds toenemende gelykstelling van *impuberes* en *minores*.⁶⁹ Vanaf Konstantyn (307-337) word alle persone onder 25-jarige leeftyd *minores* genoem, die *impuberes* ingesluit.⁷⁰

Hierdie neiging het klaarblyklik reeds gedurende die klassieke tydperk na vore gekom soos uit C 2 24 2 bo blyk waar *tutores* en *curatores* in een asem genoem word. Die gevolg is dat alle transaksies aangegaan deur minderjariges (*minores*) in die na-klassieke betekenis van dié woord, dmv *restitutio in integrum* of *integri restitutio* aanvegbaar gemaak word.⁷¹ Het die *minor* 'n kurator, dan kan hy net soos 'n *impubes*, vervreemdingshandeling en moontlik ook ander transaksies slegs aangaan as hy die toestemming van sy kurator verkry. Het hy nie die *consensus* nie dan is sy transaksies nietig. Dit is die gevolgtrekking wat uit Diocl C 2 21 3 voortvloei.⁷²

Hierdie stellings is egter nog aan 'n mate van twyfel onderworpe. Terwyl dit sekerlik korrek is dat die posisies van die *impuberes* en *minores* 'n sterk toenadering ondervind, kan die feit dat hulle geensins aan mekaar gelykstaan nie tog nie oor die hoof gesien word nie. Die "gelykstelling" is klaarblyklik in 'n groot mate slegs beperk tot 'n verwarring van die

⁶⁶Kaser 1967 *SZ* 610.

⁶⁷Die geval van 'n verkwister; Kaser *RP* I 278, 64 IV.

⁶⁸Vgl ook hieroor Cervenca 1972 *Bull* 259 ev.

⁶⁹Kaser *RP* II 223; Kaser 14 II 3b.

⁷⁰Kaser *RP* II 116.

⁷¹Vgl Kaser *RP* II 117.

⁷²Vgl Kaser *RP* II 117-8 n 19.

terminologie wat *tutor* en *curator* in een asem noem en veral die restituisie in albei gevalle van minderjarigheid sonder onderskeid van toepassing maak.⁷³

Vandag word tereg al hoe meer daarop gewys dat die verskille tussen die twee groepe minderjariges nooit uitgewis is nie, en ons sal vervolgens ook daaraan aandag moet wy.

Die *minor* was nooit verplig om 'n kurator te verkry nie, ook nie onder Justinianus nie. Dit is wel wenslik dat die *minor* 'n kurator het maar indien hy versuim het om aansoek om 'n kurator te doen, kan *restitutio* nogtans aan hom verleen word. Net in uitsonderingsgevalle soos in gedingvoering ontvang die *minor* 'n verpligte kurator.⁷⁴

Die Justiniaanse opvatting blyk uit die volgende tekste:

Inst 1 23 pr + 2 *Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: qui, licet puberes sint, adhuc tamen huius aetatis sunt, ut negotia sua tueri non possint. 2 Item inviti adulescentes curatores non accipiunt praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest.*⁷⁵

D 4 4 1 3 (Ulpianus 11 ad edictum). *Et ideo hodie in hanc usque aetatem adulescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debet, quamvis bene rem suam gerentibus.*⁷⁶

Die laasaangehaalde Ulpianus fragment word meesal as die hoofteksbewys vir die stelling beskou dat die *minor* onder alle omstandighede 'n kurator moes hê aan wie die administrasie van die *minor* se vermoë toevertrou is al het hy sy aangeleenthede ook hoe goed behartig. Par 2 van *Inst* 1 23 word egter te maklik oor die hoof gesien.⁷⁷

Bo het ons reeds *Inst* 1 21 pr wat die posisie van die *pupillus* beskryf, behandel. 'n Vergelyking van *Inst* 1 21 pr en 1 23 pr en 2 laat duidelik blyk dat *pupilli* (*impuberes*) en *minores* geensins aan mekaar gelykstaan nie.

Hierdie toedrag van sake laat 'n mens die probleme wat tav die handelingsbevoegdheid van minderjariges in die Romeinse en nog in die huidige reg na vore gekom het, makliker begryp en miskien ook oplos.

Ons moet die vermoede uitspraak dat dié probleme niks anders is as die gevolg van die klakkelose toepassing van die reg betreffende *minores* op die *pupilli* nie. Die regsmiddel wat vir die *minores* geskep is nl die *iur* kan nie eenvoudig ook aan die *pupilli* gegee word nie.

Die regsposisie sal nog duideliker word as ons die twee groepe minderjariges vervolgens nog 'n keer met mekaar vergelyk.

⁷³Vgl Kaser *RP* II 223-4.

⁷⁴Kränzlein *St Grosso* IV 315 cv op bl 329.

⁷⁵Mondige mannen en huwbare vrouwen ontvangen curatoren tot zij hun vijf en twintigste jaar hebben voltooid; want, ofschoon ze mondig zijn, zijn ze toch nog op een leeftijd, dat zij hun vermogen niet kunnen beheeren. Evenzoo ontvangen jongelieden geen curatoren tegen hun wil, behalve voor een proces, want een curator kan ook voor een bepaalde aangelegenheid benoemd worden (vertaling Oltmans).

⁷⁶En derhalve word jongmense vandag tot op daardie ouderdom deur die bystand van kuratore gelei; die administrasie van hul vermoë mag nie vroeër aan hulle toevertrou word nie al beheer hulle hul aangeleenthede ook hoe goed.

⁷⁷Kränzlein tap.

Soos ons vasgestel het, is die *pupillus* se kontrakte nie ongeldig nie, ook nie in die tydperk van Justinianus nie, maar stel 'n *negotium claudicans* daar wat wel as 'n *naturalis obligatio* 'n werking in die verbintenisreg het. Die beskerming wat die *pupillus* as gevolg hiervan geniet, is voldoende; 'n restitusie is glad nie meer nodig nie.

'n Koopkontrak is dus geldig nagekom indien die *pupillus* die koopprys betaal. Die prys kan nie dmv 'n *condictio* teruggeëis word nie.

Die *pupillus* word bevry ondanks die reël dat hy nie *sine tutoris auctoritate* mag vervreem nie. Die volgende tekste is in hierdie verband relevant maar hulle is ook nie volkome vry van twyfel nie:

D 26 8 9 2 (Gaius 12 ad edictum provinciale) Pupillus ex omnibus causis solvendo sine tutoris auctoritate nihil agit, quia nullum dominium transferre potest: si tamen creditor bona fide pecuniam pupilli consumpserit, liberabitur pupillus.⁷⁸

D 46 3 14 8 (Ulpianus 30 ad Sabinum). Pupillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse palam est: sed si dederit nummos, non fient accipientis vindicarique poterunt. plane si fuerint consumpti, liberabitur.⁷⁹

D 12 6 29 (Ulpianus 2 disputationum) Interdum persona locum facit repetitioni, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate vel furiosus vel is cui bonis interdictum est solverit: nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambiguitur. et si quidem exstant nummi, vindicabuntur, consumptis vero condictio locum habebit.⁸⁰

Die drie tekste stel dit duidelik dat die *pupillus* in beginsel nie geldig kan presteer nie; hy mag nie sy eiendom vervreem nie, ook nie *solvendi causa* nie. Hy kan dus dmv die *rei vindicatio* teruggeis, maar indien die skuldeiser die geld *bona fide* verbruik het, word die *pupillus* bevry. Ulpianus wil hom egter in sy *Disputationes* nog die *condictio* gee. Die egtheid van hierdie teks is egter vanaf *nam in his . . .* sterk onder verdenking.⁸¹ Maar ons moet heel waarskynlik aanneem dat die *pupillus* wat *sine tutoris auctoritate* 'n verskuldigde bedrag geld, *pecunia debita*, presteer, nie kan eis nie want die ontvanger hou die geld nie ongeregverdig nie.

Die posisie is nietemin enigsins onduidelik, maar ons moet vermoed dat teen die *pupillus* se eis ingevolge D 12 6 29 die *exceptio doli* as 'n verweer opgewerp kon word.⁸²

As die skuldeiser nou self ook presteer, is die prestasie eweneens geldig aangesien die kontrak eensydig geldig is en die *pupillus* alle regte ingevolge die kontrak het.

⁷⁸n Betaling wat die bevoogde sonder die voog se bystand maak, is in geen geval geldig nie, want hy kan geen eiendom oordra nie; indien die skuldeiser egter die bevoogde se geld *bona fide* verbruik het, dan word die bevoogde bevry.

⁷⁹Dat 'n bevoogde sonder die bystand van sy voog nie kan betaal nie, is duidelik; maar wanneer hy geld sal gee, word dit nie die eiendom van die ontvanger nie en kan dit dmv 'n *vindicatio* opgeëis word. Wanneer dit egter verbruik sal wees, sal hy bevry word.

⁸⁰Partykeer maak die persoon dat terugvordering plaasvind, byvoorbeeld waar 'n bevoogde, sonder die bystand van die voog, of 'n kranksinnige of 'n verkwister betaal; want dat in die geval van hierdie persone die terugvordering algemeen plaasvind, val nie te betwyfel nie. En indien die geld(stukke) wel aanwesig is, sal hulle teruggeëis word, maar indien hulle verbruik is, sal die *condictio* plaasvind.

⁸¹Labruna 99 ev.

⁸²Kaser 1963 *SZ* 498 n32.

Aan die ander kant is 'n *minor* se kontrakte volkome geldig, met of sonder die bystand van 'n kurator, al word ook soms gesê dat die kontrak waardeur die *minor* iets vervreem ongeldig of nietig is waar hy 'n *curator habens* is.⁸³ Indien die kontrak nadelig blyk te wees, kan dit langs 'n besondere weg nl dm v *iir* ongedaan gemaak word.

Twee uitsonderings op hierdie reël word toegelaat wat ons vervolgens nog kortliks moet aanraak. Die eerste is die verlening van *venia aetatis* en die tweede is die geval van die *minor* wat homself as meerderjarig voorgedoen het.

C 2 44 1 (Aurelianus 274) Eos, qui veniam aetatis impetraverunt, etiamsi minus idonee rem suam administrare videantur, in integrum restitutionis auxilium impetrare non posse manifestissimum est, ne qui cum eis contraheret principali auctoritate circumscriptus esse videatur.⁸⁴

Dit is 'n konstitusie, 'n *rescriptum*, afkomstig van keiser Aurelianus (270-275) ingevolge waarvan dit baie duidelik is dat iemand wat *venia aetatis* verkry het nie die regshulp van *iir* kan verkry nie, al administreer hy ook sy vermoë baie sleg. As motivering word gesê dat diegene wat met *minores* gekontrakteer het, nie deur die keiserlike outoriteit benadeel mag word nie. Die besluit van die keiserlike kanselary kon egter ook op grond van suiwer regsdogmatiese gronde nie anders gewees het nie want *venia aetatis* verleen "vrystelling van die ouderdom" en dus meerderjarigheid,⁸⁵ in teenstelling met emansipasie wat slegs van die vaderlike gesag (*patria potestas*) bevry en dus die kind nie noodwendig meerderjarig maak indien hy nog onder 25-jarige leeftyd verkeer nie.

Die ander uitsondering blyk uit die volgende reskrip:

C 2 42 3 pr (Diocletianus et Maximilianus 293) Si alterius circumveniendi causa minor aetate maiorem te probare adspectu laboraveris, cum malitia suppleat aetatem, restitutionis auxilium tam sacris constitutionibus quam rescriptorum auctoritate denegari statutum est.⁸⁶

As die *minor* hom die moeite getroos het om hom deur sy voorkoms as 'n meerderjarige te bewys met die doel om 'n ander te benadeel, word restituisie geweier omdat opset of kwaadwilligheid die ouderdom aanvul.

Gemeenskaplik aan albei hierdie uitsonderingsgevalle is dat hulle slegs op *minores* van toepassing is, nie ook op *pupilli* nie.

Die gevolgtrekking uit die voorafgaande is dat die posisies van die *pupillus* en die *minor* ondanks al die toenaderings wat die Romeinse reg reeds teweeggebring het, op suiwer regsdogmatiese gronde nie met mekaar verwar mag word nie.

⁸³Die geval in C 2 21 3 bo.

⁸⁴Dit is baie duidelik dat diegene wat *venia aetatis* ontvang het, die regsmiddel van *iir* nie kan ontvang nie al wil dit voorkom dat hulle hul sake ook hoe sleg behartig sodat diegene wat met hulle gekontrakteer het, nie deur die keiserlike gesag benadeel blyk te wees nie.

⁸⁵Kaser *RP* II 119; Kaser 14 II 3c.

⁸⁶Indien jy, met die doel om 'n ander te benadeel, die moeite gedoen het om jou, as 'n minderjarige, deur jou voorkoms as 'n meerderjarige te bewys, sal die regsmiddel van restituisie op grond van sowel keiserlike konstitusies as ook reskripte geweier word omdat kwaadwilligheid die ouderdom aanvul.

Dit staan vas dat die leerstuk van die handelingsbevoegdheid van die minderjariges, *pupilli* en *minores*, in die Romeinse reg geen logiese afronding gevind het nie. In hierdie feit lê klaarblyklik ook die rede vir die teenstrydighede wat nog die hedendaagse reg oorheers, veral die vraag of die minderjarige se kontrakte volkome of slegs eensydig ongeldig is, en of, indien dit volkome ongeldig, dus nietig is, restitusie nogtans toegestaan kan word en wat moet gebeur indien die minderjarige hom as meerderjarig voorgedoen het.

Hierdie onsekerheid is klaarblyklik nie slegs die gevolg van die Romeinsregtelike posisie wat *pupilli* en *minores* nooit werklik afdoende aan mekaar gelykgestel het nie, maar ook die gevolg van die uiteindelijke gelykskakeling van die twee groepe in groot gedeeltes van die vastelandse Europa deur die *Reichspolizeiordnungen* van 1548 en 1577,⁸⁷ veral dié van 1548 wat moontlik ook in die Nederlandse provinsies toegepas is of andersinds ingang gevind of invloed uitgeoefen het omdat hulle toentertyd nog onder die oppergesag van die huis van Habsburg gestaan het. Hoe dit ook sy, dié vraag moet hier onbeantwoord gelaat word; in elk geval het die verskil tussen *pupilli* en *minores* verval deurdat die praktyk *minores* na die afkondiging van die genoemde maatreëls nie anders as *pupilli* behandel het nie. Hierdie praktyk is dan deurgaans ook op minderjariges toegepas wat nie onder voogdyskap nie, maar onder vaderlike gesag verkeer het.

Dit wil voorkom asof die meeste Nederlandse provinsies die nuwe beginsels toegepas het.⁸⁸ Friesland het egter 'n uitsondering daargestel soos uit Huber 1 14 3 blyk:

Maer om dat by ons niet is weg genoomen al het onderscheidt, 't welk nae *Keijserlijke rechten* is, tusschen de *Momers* van kinderen onder de *veertien jaren*, of meisjes onder de *twaelf jaren*, ende tusschen de opsienders van jongelingen, die tusschen de *veertien en vijftwintig jaren* zijn, . . .

Die Duitse gemene reg voor die kodifikasie van die burgerlike reg in 1900 het die mening verkondig dat *minores* hulle nie sonder die toestemming van hulle voogde regsgeldiglik kan verbind nie; hulle regshandeling is sonder dié toestemming as nietig beskou, met die gevolg dat restitusie as synde oorbodig, verval het. Die kodifikasie verwys glad nie meer na restitusie nie.⁸⁹

Hierdie oplossing lyk suiwer, aangesien die kontrak van 'n minderjarige bo 14-jarige leeftyd nie tegelykertyd ongeldig en 'n grond vir restitusie kan wees nie.

Immers, die reg moet bepaal of so 'n kontrak nietig behoort te wees of slegs as 'n *negotium claudicans* beskou moet word. Om hierdie vrae te beantwoord en ander teenstrydighede uit te wis, sal moeilik aan die regspraak oorgelaat kan word; dit wil voorkom asof die wetgewer hier 'n taak het om te vervul. □

⁸⁷Kaser 64 I.

⁸⁸De Groot 1 7 3. Van ouds plag in Holland een jongman (on)mondig te zijn tot zijn vijfthien jaeren, een dochter tot haer twaelf jaeren. Daer nae heeftmen den tijd verlengt tot achtien, ende eindelick tot vijf ende twintig jaeren, zijnde by ons onbekent het onderscheidt 't welck de Roomsche rechten maken tusschen d'eerste minderjaerigheid staende onder voogden, ende de tweede staende onder verzorgers.

⁸⁹Dernburg 229-230.

Versagende omstandighede by moord: die gradering van skuld

MM Loubser

BA LLB DPhil

Universiteit van Stellenbosch

SUMMARY

Murder carries a mandatory death penalty but the existence of extenuating circumstances is a statutory exception enabling a court in its discretion to refrain from imposing the death penalty. Through lack of statutory definition and despite a substantial volume of case law uncertainty still prevails about the nature of extenuating circumstances.

According to case law extenuating circumstances can only be found in factors bearing on the conduct of the accused in the actual commission of the crime and therefore such considerations as the lack of previous convictions, rehabilitation potential, remorse, mercy and the interest of the community can only be taken into account after extenuating circumstances have been found. Case law furthermore clearly indicates that among the factors bearing on the conduct of the accused in the actual commission of the crime only those that reduce his moral culpability or moral guilt represent extenuating circumstances. It appears therefore as if the courts firstly determine the legal guilt of the accused for the purposes of conviction and are then confronted with the completely different problem of assessing his moral culpability in the particular circumstances of the case.

However, it is submitted that the factors which the courts regard as extenuating in their bearing on moral culpability or moral guilt are the same factors which are also taken into account in determining legal guilt or fault. Thus moral culpability is in fact assessed with reference to factors bearing on criminal capacity or intent as elements of legal guilt or fault, in other words, a further grading of these elements of legal guilt or fault is made after conviction.

Extenuating circumstances on account of youth, mental condition, intoxication, provocation, compulsion, belief in witchcraft or primitive level of development thus indicate a reduced criminal capacity; either because the capacity to appreciate the unlawfulness of the conduct is impaired, or because the ability to act according to such insight is impaired.

It is submitted that extenuating circumstances on account of lack of premeditation or *dolus eventualis* indicate a lesser degree of intent, according to whether the death of the victim was foreseen as possible, probable or certain. The degree of certainty of the foresight thus represents the degree of intent and by the same token provides a yardstick for culpability.

It is submitted that extenuating circumstances on account of superior orders, exceeding the bounds of self-defence, consent and euthanasia also indicate a lesser degree of intent, according to the accused's appreciation of the unlawfulness or moral odium of his conduct.

Thus a further grading of criminal capacity or intent as elements of legal guilt or fault is made after conviction and a finding of extenuating circumstances indicates diminished legal guilt or fault.

However, case law does not and cannot indicate precisely to what extent fault must be diminished before a court can exercise a discretion as to imposing the death penalty. Because of this lack of any objective standard it is unsatisfactory to require a finding of diminished fault as precondition for the existence of a discretion in regard to sentence in the cases of murder, thus excluding all other factors relevant to sentence until it appears (if ever) that fault is for some reason and to some extent diminished. It is suggested that there should instead be a general discretion as to sentence in cases of murder, thus allowing without any precondition all factors relevant to sentence to be taken into account.

In Suid-Afrika is die misdad moord uniek onder die halsmisdade in sover die doodstraf by skuldigbevinding verpligtend is.¹ Hierdie verpligting om die doodstraf op te lê, word slegs opgehef in gevalle waar die dader 'n moeder is wat haar pasgebore kind vermoor het, of 'n persoon wat tydens die pleeg van die daad onder die ouderdom van agtien was,² of waar die hof van oordeel is dat versagende omstandighede aanwesig is.³ In hierdie drie gevalle is die hof⁴ nie verplig om die doodstraf op te lê nie, hoewel dit in uitoefening van 'n diskresie nogtans gedoen kan word.⁵ Die eerste twee gevalle is duidelik beperk tot 'n besondere soort daad en 'n besondere soort dader, terwyl dieselfde duidelikheid hoegenaamd nie in verband met die begrip versagende omstandighede bestaan nie. Hier word dus beoog om eerstens die begrip versagende omstandighede in die lig van die regspraak te ontleed, en tweedens te ondersoek of die aanwending van hierdie begrip werklik 'n doeltreffende metode is om te onderskei tussen moord wat die uiterste straf verdien en moord wat ligter gestraf kan word.

Sedert die invoer van die begrip versagende omstandighede in die onderhawige verband⁶ het dit weens vaagheid en gebrek aan wetteregtelike omskrywing⁷ aanleiding gegee tot 'n aansienlike volume regspraak. In die

¹a 277(1)(a) van die Strafproseswet 51 van 1977.

²Sien *R v Rainers* 1961 1 SA 460 (A).

³Die "hof" beteken in hierdie verband al die lede van die hof wat uit 'n regter en assessore bestaan, want 'n bevinding tot versagende omstandighede is 'n feitebevinding wat vroeër igv 'n jurieverhoor deur die jurie gemaak is; sien *R v Fundakubi* 1948 3 SA 810 (A) 818; *R v Taylor* 1949 4 SA 702 (A) 717; *R v Tarusika* 1959 1 SA 122 (FC); *S v Maimela* 1976 2 SA 587 (A) 590G-H. Die vraag na watter faktore as versagende omstandighede aanvaar kan word, is egter 'n regspraak ten opsigte waarvan die regter sy assessore moet inlig; sien *S v Makete* 1971 4 214 (T) 215G.

⁴Die "hof" beteken in hierdie verband die regter, by wie die bevoegdheid tot strafoplegging berus; sien *S v Maimela* 1976 2 SA 587 (A) 588G-H; en sien in die algemeen *De Wet en Swanepoel Strafreë* (3e uitg 1975) 201 vn 13.

⁵Sien by die gevalle waar die doodstraf opgelê is ten spyte van 'n bevinding van versagende omstandighede; *R v Von Zell* 2 1953 4 SA 552 (A); *R v Khan* 1954 2 SA 340 (A); *R v Roberts* 1957 4 SA 265 (A); *S v Bradbury* 1967 1 SA 387 (A); *S v Meyer* 1968 1 PH H 171 (A); *S v Matthee* 1971 3 SA 769 (A).

⁶Deur a 61 van Wet 46 van 1935. Vir die agtergrond van hierdie wysiging sien Kahn 1960 *Acta Iuridica* 198-206; en sien verder *De Wet en Swanepoel* 132.

⁷In teenstelling met die begrip "verswarende omstandighede," wat in a 1 (xxvii) van die Strafproseswet 51 van 1977 in verband met die halsmisdade roof en inbraak omskryf word.

vroegste toonaangewende beslissing⁸ het rp Krause in die Vrystaatse hooggeregshof die begrip eng uitgelê deur dit te beperk tot omstandighede wat betrekking het op die gedrag van die dader by die pleeg van die misdaad.⁹ Hieruit volg dat ander moontlike strafversagtende faktore soos die afwesigheid van vorige veroordelings, die moontlikheid van rehabilitasie, beleidsoorwegings (bv die belange van die gemeenskap), berouvolle gedrag ná die daad en verder ook die betoning van genade streng gesproke irrelevant is by die ondersoek na versagtende omstandighede en eers ná die bevinding van versagtende omstandighede by bepaling van die gepaste straf in ag geneem kan word.¹⁰ Met hierdie uitgangspunt voor oë is versagtende omstandighede in die regspraak verder beperk tot faktore wat verband hou met die geestestoestand van die dader en wat sy sg morele skuld of morele verwytbaarheid ten opsigte van die daad verminder¹¹ of wat die sg morele laakbaarheid van die daad verminder.¹² In hierdie verband word dan beklemtoon dat die ondersoek na versagtende omstandighede 'n morele oordeel verg en nie 'n regsoordeel nie, maw dat 'n evaluering van morele skuld (*moral guilt*) moet plaasvind nadat die vraag na juridiese skuld (*legal guilt*) reeds uitgemaak is.¹³ Op die oog af lyk dit dus asof die howe in 'n geval van beweerde moord moet uitmaak of al die vereistes vir aanspreeklikheid (skuldigbevinding) aanwesig is (nl 'n handeling, kousale verband (in geval van gevolgs misdade) wederregtelikheid en skuld) en daarna gekonfronteer word met 'n heeltemal nuwe vraag, nl die morele verwytbaarheid van die betrokke dader in die besondere omstandighede van die geval wat volgens andersoortige maatstawwe uitgemaak moet word.¹⁴

⁸R v Mfoni 1935 OPD 191.

⁹Op bl 193: "... only such circumstances as are connected with or have a relation to the conduct of the accused in the commission of the crime should have any weight at all and care should be taken to eliminate any factors which may be either of a purely sentimental character or which are only remotely connected with the crime."

¹⁰Sien bv R v Anderson 1956 4 SA 756 (A) 760; R v Owen 1957 1 SA 458 (A) 461-2; R v Roberts 1957 4 SA 265 (A) 271A; S v Arnold 1965 2 SA 215 (K) 219F; S v Shabalala 1966 2 SA 297 (A) 300G-H; S v Mathee 1971 3 SA 769 (A) 771C; S v Maimela 1976 2 SA 587 (A) 591H-592A. Die belang van die gemeenskap is dus nie relevant in 'n versagtende omstandighede nie en dit is moeilik om in te sien hoe dit kan lig werp op die geestestoestand van die dader, soos aanvaar is in S v Maarman 1976 3 SA 510 (A) 512G.

¹¹Sien R v Biyana 1938 EDL 310 311-2; R v Fundakubi 1948 3 SA 810 (A) 818; R v Taylor 1949 4 SA 702 (A) 717; S v Babada 1964 1 SA 26 (A) 27F-G; S v Van den Berg 1968 3 SA 250 (A) 252F; S v Khumalo 1968 4 SA 284 (T) 285-6; S v Petrus 1969 4 SA 85 (A) 94-5; S v X 1974 1 SA 344 (RA) 384A.

¹²Sien R v Biyana 1938 EDL 310 312; R v Lloyd 1941 CPD 162 164; S v Babada 1964 1 SA 26 (A) 28A-B; S v Ndlovu 2 1965 4 692 (A) 695C; S v Moblobane 1969 1 SA 561 (A) 567F.

¹³Sien S v Biyana 1938 EDL 310; S v Robinson 1968 1 666 (A) 678E; S v Petrus 1969 4 SA 85 (A) 95E; S v Mula 1975 3 SA 208 (A) 213A.

¹⁴Prosesregtelik vind die ondersoek na versagtende omstandighede gewoonlik eers ná skuldigbevinding plaas en kan dit die lei van nuwe getuïenis behels; sien S v Shabalala 1966 2 SA 297 (A) 229-300. Denkbaar kan die dader by hierdie ondersoek vir die eerste keer sy ware betrokkenheid by die misdaad openbaar; sien R v Malopi 1954 1 SA 390 (A) 397-8. Die bewyslas by hierdie ondersoek rus op die dader; sien R v Lembete 1947 2 SA 603 (A).

Indien egter gelet word op die faktore wat inderdaad deur die houe as versagte omstandighede aanvaar word, blyk dit dat dit presies dieselfde faktore is wat ook in ag geneem word by die bepaling van juridiese skuld. Vir die doeleindes van versagte omstandighede word die morele verwythbaarheid van die dader in werklikheid beoordeel met verwysing na toerekeningsvatbaarheid en opset, maw daar vind in werklikheid ná skuldbevinding 'n verdere gradering van hierdie elemente van juridiese skuld plaas en nie 'n toepassing van ongedefinieerde maatstawwe van sg morele skuld nie. Aldus word die jeugdigheid van 'n dader in die eerste plek in ag geneem om te bepaal of hy hoegenaamd toerekeningsvatbaar is, en ná skuldbevinding kan dit verder lei tot 'n bevinding van versagte omstandighede. Versagting word gevind in die onvolwassenheid van die jeugdige, wat, alhoewel hy miskien die insig het om tussen geoorloof en ongeoorloof te onderskei, nogtans 'n mindere geestelike rypheid of wilsbeheervermoë het tov die ongeoorloofde daad.¹⁵ In so 'n geval kom 'n bevinding van versagte omstandighede dus in werklikheid neer op 'n bevinding van verminderde toerekeningsvatbaarheid.¹⁶

Benewens jeugdigheid is daar ander faktore wat al dikwels gelei het tot 'n bevinding van versagte omstandighede en wat eweneens dui op verminderde toerekeningsvatbaarheid aan die kant van die dader. In hierdie kategorie val die verminderde wilsbeheervermoë van 'n geestelik versteurde persoon of psigopaat¹⁷ en die verlies aan wilsbeheer wat met die misbruik van drank gepaard gaan.¹⁸ So 'n verlies aan wilsbeheer of wilsvryheid is ook aanwesig wanneer 'n persoon agv provokasie in toorn handel,¹⁹ of agv 'n primitiewe geloof in toorkuns in vrees handel,²⁰ of agv dwang of vreesaanjaging handel.²¹ Hierdie faktore kan almal 'n invloed hê op 'n

¹⁵Sien bv *R v Hugo* 1940 WLD 285 286; *R v Ndlovu* 1954 1 SA 455 (A) 459A; *S v Khumalo* 1968 4 SA 284 (T) 285A; *S v Motllobane* 1969 1 SA 561 (A) 567F; *S v Makete* 1971 4 214 (T) 215A-D; *S v Lehnberg* 1975 4 SA 553 (A) 561 (Op bl 561F word die mening uitgespreek dat die onvolwassenheid van 'n jeugdige deur sy inherente boosheid uitgeskakel kan word. Die vraag is egter of onvolwassenheid nie ook die onvermoë insluit om teen inherente boosheid te stry nie en dus in elk geval as versagte omstandigheid moet geld nie); sien ook Calitz 1976 (2) *TSAR* 280-3; en sien verder *S v Matebane* 1975 4 SA 564 (A) 566H; *S v Hlongwana* 1975 4 567 (A) 571E-H; *S v Van Rooi en Andere* 1976 2 SA 580 (A) 585A-E; *S v Maimela* 1976 2 SA 587 (A) 592A, 595B; *S v Mapatsi* 1976 4 SA 721 (A); *S v Caesar* 1977 2 SA 348 (A).

¹⁶Sien veral *S v Makete* 1971 4 SA 214 (T) 215A, 215D.

¹⁷Sien bv *R v Biyana* 1938 EDL 310 311; *R v Hugo* 1940 WLD 285 288; *R v Anderson* 1956 4 SA 756 (A) 761B; *R v Roberts* 1957 4 SA 265 (A) 270C-E; *S v Nell* 1968 2 SA 576 (A) 579A 589E-H; *S v Khumalo* 1968 4 SA 284 (T) 285E-286; *S v Mnyanda* 1976 2 SA 751 (A) 766G-H.

¹⁸*S v Babada* 1964 1 SA 26 (A) 28A-D; *S v Sigwahla* 1967 4 566 (A) 571B-D; *S v Ndlovu* (2) 1965 4 SA 692 (A) 695C; *S v Mula* 1975 3 SA 208 (A) 212E-213; *S v Hlongwana* 1975 4 SA 567 (A) 571G.

¹⁹*R v Von Zell* 1953 3 SA 303 (A) 313B; *S v Arnold* 1965 2 SA 215 (K) 219H; *S v Manyathi* 1967 1 SA 435 (A) 439D-440; *S v Mula* 1975 3 SA 208 (A) 213H.

²⁰*R v Biyana* 1938 EDL 310 311-2; *R v Hugo* 1940 WLD 285 289; *R v Molebane* 1942 GWLD 64; *R v Fundakubi* 1948 3 SA 810 (A) 818-9; *S v Dikgale* 1965 I SA 209 (A) 214B; maar sien *S v Sibanda* 1975 1 SA 966 (RA).

²¹Dwang of vreesaanjaging word as versagte omstandigheid erken in *R v Hugo* 1940 WLD 285 286-7; *R v Bengweni* 1959 3 SA 142 (OK) 145F-G; *R v Mneke* 1961

persoon se vermoë om volgens sy insig in wat geoorloof of ongeoorloof is, te handel, en die aanvaarding van versagtende omstandighede in hierdie situasies, alhoewel dit selde deur die howe as sodanig gemotiveer word, kom inderdaad neer op 'n bevinding van verminderde toerekeningsvatbaarheid.

Benewens die element van wilsbeheer veronderstel toerekeningsvatbaarheid verder 'n vermoë om te onderskei tussen wat geoorloof en ongeoorloof is, en ook in hierdie verband kan daar denkbare verminderde toerekeningsvatbaarheid en derhalwe versagtende omstandighede wees. By moord sal 'n gebrekkige onderskeidingsvermoë tussen wat geoorloof en wat ongeoorloof is, egter slegs in uitsonderlike omstandighede voorkom, omdat die opsetlike neem van 'n ander se lewe deur die meeste mense as 'n regtens sowel as moreel ongeoorloofde daad beskou word. Nogtans kan so 'n gebrekkige onderskeidingsvermoë denkbaar wees by persone wat geestelik versteurd is²² of by persone wat agv hul primitiewe lewenswyse en gewoontes nie die neem van 'n ander se lewe regtens of moreel as 'n klaarblyklik ongeoorloofde daad beskou nie,²³ en dit kan lei tot 'n bevinding van versagtende omstandighede.

Dit blyk dus dat 'n bevinding van versagtende omstandighede in die meerderheid gevalle in werklikheid neerkom op 'n bevinding van verminderde toerekeningsvatbaarheid, ma w toerekeningsvatbaarheid as bestanddeel van²⁴ of voorvereiste vir²⁵ juridiese skuld word ná bepaling van aanspreeklikheid (skuldigbevinding) verder gegradeer en op hierdie wyse word die sg morele skuld of morele verwythbaarheid vir die doeleindes van versagtende omstandighede bepaal. Hieruit ontstaan dadelik die verdere vraag of ander bestanddele van skuld insgelyks vir sodanige gradering vatbaar is, ma w of versagtende omstandighede noodwendig verband hou met toerekeningsvatbaarheid.

Alhoewel geen eenstemmigheid oor die aangeleentheid bestaan nie, is versagtende omstandighede ook al in verband gebring met opset as bestanddeel van skuld,²⁶ nl in gevalle waar opset by moontlikheidsbewussyn

2 SA 240 (N) 244E-G; *S v Bradbury* 1967 1 SA 387 (A) 398-400; *S v X* 1974 1 SA 344 (RA) 348B-C. In geeneen van hierdie sake word dwang egter spesifiek in verband gebring met toerekeningsvatbaarheid nie. In *R v Hercules* 1953 3 SA 826 (A) word moord agv dwang beskryf as "a hybrid or middle situation where there is an intention to kill, but where that intention is not entirely but to some extent excusable"; en in *S v Goliath* 1972 3 SA 1 (A) word dwang as "volkome verweer" erken, maar nie onomwonde as òf regverdigingsgrond òf skulditsluitingsgrond nie. M i beïnvloed dwang wilsbeheer of wilsvryheid as element van toerekeningsvatbaarheid en kan dit lei tot ontoerekeningsvatbaarheid (*Goliath*) of tot 'n bevinding van versagtende omstandighede agv verminderde toerekeningsvatbaarheid.

²²vgl die verweer in *S v Harris* 1965 2 SA 340 (A) 361C-D.

²³Sien *R v Xulu* 1933 AD 197 200; *R v Mukeirui* 1938 SWA 4; *R v Kgau* 1958 2 SA 606 (SWA) 607-8; en vgl *De Wet en Swanepoel* 202.

²⁴Sien *De Wet en Swanepoel* 202.

²⁵Sien Van der Merwe "Die Verband tussen mens rea en skuld" 1976 *SALJ* 280 287.

²⁶vgl *De Wet en Swanepoel* 202: ". . . opset as sodanig is ook nie vir skakering vatbaar nie - daar bestaan geen grade van opset nie".

(*dolus eventualis*) aanwesig was²⁷ of waar daar geen voorbedagte rade was nie.²⁸ Mi is die gradering van opset wat hierdeur geïmpliseer word wel juridies bestaanbaar en kan die graad van opset (by moord beoordeel word aan die hand van die mate van sekerheid waarmee die dader die intrede van die dood voorsien het. Die gradeerbaarheid van opset op hierdie grondslag is inderdaad af te lei uit die erkenning in die positiewe reg van twee soorte opset, nl opset by moontlikheidsbewussyn (*dolus eventualis*) en direkte opset (*dolus directus*). Hiermee word erken dat die begrip opset insluit, aan die een kant, die geval waar die intrede van die gevolg as 'n moontlikheid voorsien is en die dader hom daarmee versoen het (*dolus eventualis*) en, aan die ander kant, die geval waar die intrede van die gevolg miskien met voorbedagte rade gewil is of in elk geval met sekerheid voorsien is (*dolus directus*).²⁹ In werklikheid word deur hierdie onderskeid verwys na die twee uiterstes of pole van die begrip opset, waartussen noodwendig 'n gradering van opset moet bestaan na mate die intrede van die gevolg as moontlik, waarskynlik, hoogs waarskynlik of seker voorsien is.³⁰ Ooreenkomstig hierdie gradering kan die verwytbaarheid van die dader beoordeel word ooreenkomstig die mate van sekerheid waarmee hy die ongeoorloofde gevolg van sy handeling voorsien het en hom met hierdie moontlikheid, waarskynlikheid of sekerheid versoen het. Indien alle ander faktore gelyk is, is die persoon wat slegs die moontlikheid van die ongeoorloofde gevolg voorsien het en hom daarmee versoen het (di *dolus eventualis*) dus in beginsel minder verwytbaar (hoe gering ook al die graadverskil) as die persoon wat die ongeoorloofde gevolg

²⁷*S v Mini* 1963 3 SA 188 (A) 192A; *S v Arnold* 1965 2 SA 215 (K) 219E; *R v Mbaradzo* 1966 2 SA 702 (RA) 803C; *S v Manyathi* 1967 1 SA 435 (A) 438H; *S v Sigwahla* 1967 4 SA 566 (A) 571E-H; *S v Sebeko* 1968 1 SA 495 (A) 497E; *S v Mhloboane* 1969 1 SA 561 (A) 568E; maar sien daarteenoor *S v Mmusi* 1968 1 SA 545 (A) 550B; *S v De Bruyn* 1968 4 SA 498 (A) 500D ("die objektiewe samestellende element opset deur moontlikheidsbewussyn as sulks (het) niks te make . . . met die subjektiewe aangeleentheid van verwytbaarheid nie") en 506E-F. Sien verder Van Niekerk 1968 *SALJ* 122 126; 1969 *SALJ* 136; Evans 1969 *SALJ* 142.

²⁸*R v Taylor* 1949 4 SA 702 (A) 705; *R v Mbaradzo* 1966 2 SA 702 (RA) 704; en sien ook *S v Mkaba* 1965 1 SA 215 (A) 217-8, waar as verswarende omstandigheid in ag geneem is dat die daad met voorbedagte rade gepleeg is; en so ook in *S v De Bruyn* 1976 1 SA 496 (A) 500G.

²⁹Sien veral *R v Horn* 1958 3 SA 457 (A) 466D-467; en in die algemeen Burchell en Hunt *SA Criminal Law and Procedure* Vol 1 (1970) 116 e v; *De Wet en Swanepoel* 135 e v. Oor die onderskeid tussen direkte opset en opset by moontlikheidsbewussyn in die Duitse reg (*direkte Vorsatz* en *bedingte Vorsatz*) sien by Maurach *Deutsches Strafrecht* (4e uitg 1971) 260 e v. 'n Derde opsetvorm *Absicht* word onderskei deur Jescheck *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (2e uitg 1972) 220-1. *Absicht* sou by moord van direkte opset verskil deurdat die intrede van die gevolg nie slegs as seker voorsien word nie, maar inderdaad die oogmerk van die handeling is.

³⁰Om hierdie rede dui *dolus eventualis* dus inderdaad op 'n laer graad van opset as *dolus directus*, 'n gedagte wat onderliggend is aan (i) die verwysing na *dolus eventualis* as toegerekende opset of opset by wetsduiding (*constructive intention* of *legal intention*); vgl *S v Mini* 1963 3 SA 188 (A) 192; *S v Sigwahla* 1967 4 SA 566 (A) 571; *S v Sebeko* 1968 1 SA 595 (A) 496; *S v De Bruyn* 1968 4 SA 498 (A) 510; (ii) die standpunt dat *dolus eventualis* nie kan lei tot aanspreeklikheid weens poging tot 'n misdad nie; vgl Bertelsmann "The essence of *mens rea*" 1974 *Acta Juridica* 34 40; (iii) die standpunt dat *dolus eventualis* nie kan lei tot aanspreeklikheid weens 'n *actio libera in causa* nie; vgl Burchell en Hunt 227 vn 16, 232 vn 55; (iv) die standpunt dat *dolus eventualis* tot wederegterlikheid nie voldoende is by bepaling van die aanspreeklikheid van 'n jeugdige tussen 7 en 14 jaar nie; vgl Burchell en Hunt 140 vn 200, 187.

met sekerheid voorsien en miskien die doel van sy handeling gemaak het (*dolus directus*³¹). Die skade-aan-die-treinspoor³² of bom-op-die-stasie³³ gevalle is voorbeelde van moord waar die dader hoogs verwytfbaar is ten spyte van die feit dat hy slegs met *dolus eventualis* gehandel het en nie op grond van hierdie besondere kwaliteit of graad van sy opset nie; die hoë verwytfbaarheid in hierdie gevalle hou nie verband met die soort opset nie, maar met ander faktore, soos die wreedheid van die daad en die getal en weerloosheid van die potensiële slagoffers. Hoewel opset altyd in samehang met ander faktore oorweeg sal word, behoort die graad van opset, beoordeel ooreenkomstig die mate van sekerheid waarmee die intrede van die gevolg voorsien is, dus in beginsel op sigself te kan lei tot 'n bevinding van versagtende omstandighede.

Opset by moord het egter nie slegs betrekking op die dader se gedrag en die gevolg daarvan in feitlike sin nie, maar ook op die ongeoorlooftheid van sy gedrag.³⁴ Die opsetlike neem van 'n ander se lewe word deur die meeste mense as 'n regtens sowel as moreel ongeoorloofde daad beskou en gewoonlik is hierdie insig in ongeoorlooftheid nie vir gradering vatbaar nie. Sodanige gradering is egter wel moontlik en kan minstens lei tot 'n bevinding van versagtende omstandighede in gevalle waar iemand onder die indruk verkeer dat sy daad geoorloof is of in elk geval minder ongeoorloof is, bv in die geval van oorskryding van noodweer,³⁵ of agv die feit dat hy op bevel gehandel het,³⁶ of agv die feit dat hy met toestemming handel.³⁷ Simplisties gestel, is die strafsanksie gerig teen iemand wat met insig in wat geoorloof en ongeoorloof is die ongeoorloofde weg inslaan, en daarom verteenwoordig misdade (regtens ongeoorloofde gedrag) gewoonlik dit wat die meerderheid in die gemeenskap ook as moreel ongeoorloof beskou. Soos die aangehaalde voorbeelde uit die regspraak aandui, is 'n persoon minder verwytfbaar indien hy sy gedrag as regtens of moreel geoorloof of

³¹vgl *S v De Bruyn* 1968 4 SA 498 (A) 511C (per ar Holmes): “. . . the blameworthiness of an accused's state of mind in a case of such *dolus* (di *dolus eventualis*) may vary according to the remoteness or proximity of the possibility of resultant death which he foresaw. The more such possibility was foreseen to be remote the less blameworthy his recklessness and conscious taking of the risk of its occurrence”. Vgl ook Evans 1969 *SALJ* 142 143 en Jescheck 222: “Der Unrechtsgehalt des bedingten Vorsatzes (di *dolus eventualis*) ist geringer als der beiden anderen Vorsatzarten, weil der Erfolg hier weder angestrebt wird noch sicher ist, sondern dem Lauf der Dinge überlassen bleibt.” Maurach 266 erken dat “die Unterscheidung (di tussen *dolus directus* en *dolus eventualis*) für die Strafzumessung im Einzelfall von Bedeutung werden kann.” In die *De Bruyn*-saak supra erken ar Rumpff dat “die afwesigheid van die oogmerk om te dood as 'n versagtende omstandigheid beskou kan word” (505-6), maar ontken dat daar vir die doeleindes van versagtende omstandighede en mbt die laakbaarheid van die gesindheid enige verskil bestaan tussen *dolus directus* en die sg opset by sekerheidsbewussyn (506E-F). Hiermee word akkoord gegaan, want tussen *dolus directus* en opset by *sekerheidsbewussyn* bestaan inderdaad geen verskil in hierdie verband nie; slegs tussen *dolus directus* en opset by *moontlikeidsbewussyn*.

³²vgl *R v Jolly* 1923 AD 176.

³³vgl *S v Harris* 1965 2 SA 340 (A); en Van der Merwe 1976 *SALJ* 280 285.

³⁴vgl *Burchell and Hunt* 132 e v; *De Wet en Swanepoel* 146 e v.

³⁵vgl *R v Hele* 1947 1 SA 272 (OK); *R v Matblau* 1958 1 SA 350 (A); *R v Detsera* 1958 1 SA 762 (FC).

³⁶vgl *R v Werner* 1947 2 SA 828 (A) 837.

³⁷vgl *S v Robinson* 1968 1 SA 666 (A) 679A.

minder ongeoorloof beskou. 'n Persoon is minder verwytbaar selfs in die geval waar hy weet dat sy gedrag regtens ongeoorloof is en hy dit desnieteenstaande as moreel geoorloof of minder ongeoorloof beskou, soos met genadedood of eutanase.³⁸ Hieruit ontstaan die vraag of individuele moreel oortuiging tot die geoorloofheid van 'n bepaalde gedraging altyd kan lei tot 'n bevinding van versagtende omstandighede by moord en of dit slegs die geval is waar hierdie oortuiging strook met dié van 'n aansienlike deel van die gemeenskap. Sou daar by ig v 'n sluipmoord wat geïnspireer is deur hartstogtelike sosiaal-politieke oortuigings (wat miskien gedeel word deur 'n aansienlike deel van 'n polities sterk verdeelde gemeenskap) ook versagtende omstandighede wees?³⁹ Nietemin is dit duidelik dat wat insig in ongeoorlooftheid betref, opset ook vir gradering vatbaar is en dat sodanige gradering kan lei tot 'n bevinding van versagtende omstandighede.

Uit die voorgaande bespreking blyk dus dat die houe die ondersoek na versagtende omstandighede wat volg op 'n skuldigbevinding aan moord deurgaans beskou as 'n beoordeling van die dader se sogenaamde morele verwytbaarheid (*moral guilt* of *moral culpability*). In werklikheid dui die faktore op grond waarvan versagtende omstandighede aanvaar word egter op 'n beoordeling van juridiese skuld, in die sin dat 'n verdere gradering van toerekeningsvatbaarheid en opset as elemente van juridiese skuld na skuldigbevinding gemaak word. Die ondersoek na versagtende omstandighede behels dus nie die toepassing van ongedefinieerde morele maatstawwe van verwytbaarheid nie, maar die gradering van juridiese skuld met verwysing na toerekeningsvatbaarheid en opset as elemente van of voorvereistes vir sodanige skuld.

Terwyl die aanwesigheid van versagtende omstandighede in die tegniese sin dus verminderde skuld veronderstel, ontstaan 'n verdere vraag; naamlik volgens watter maatstaf bepaal moet word of skuld in so 'n mate verminder is dat die hof 'n diskresie verkry tot die oplegging van die doodstraf. In die regspraak word hierdie probleem erken:

“... it is difficult to affirm that any particular circumstances lessen culpability unless one has some idea of a normal or ordinary degree of culpability and that is what is almost if not quite impossible to arrive at”.⁴⁰

In die toonaangewende saak van *S v Petrus*⁴¹ word die probleem ook duidelik gestel:

“Minder verwytbaarheid veronderstel 'n vergelyking met 'n ander verwytbaarheid. Die verdere vraag is dan, waar moet die ander verwytbaarheid gesoek word?”⁴²

In hierdie saak word dan beklemtoon dat verwytbaarheid (skuld) van 'n denkbeeldige “gewone” dader by 'n “gewone” moord nie 'n dienlike maatstaf is nie,⁴³ en dat die ter sake vergelyking gemaak moet word “tussen die

³⁸vgl *S v Hartmann* 1975 3 SA 532 (K).

³⁹vgl *S v Mkaba* 1965 1 SA 215 (A) 217.

⁴⁰*R v Hugo* 1940 WLD 285 286.

⁴¹1969 4 SA 85 (A).

⁴²90G-H.

⁴³91A-C (per hr Steyn); 97C-D (per ar Rumpff).

dader se persoonlike verwytbearheid vir die daad soos hy dit gepleeg het, met uitsluiting van versagtende omstandighede, en sy persoonlike verwytbearheid met inagneming van sulke omstandighede".⁴⁴ Hierdie vergelyking bied egter geensins 'n aanduiding van die mate waarin die dader se verwytbearheid (skuld) verminder moet word voordat die verpligting om die doodstraf op te lê verval nie, ma w hoe groot die verskil tussen sy verwytbearheid (skuld) sonder en met inagneming van die versagtende omstandighede moet wees nie; en verder lei dit onvermydelik tot die gevolgtrekking dat die verpligting om die doodstraf op te lê in die geval van een dader sal verval by 'n hoër graad van verwytbearheid (skuld) as by 'n ander, omdat geen algemene objektiewe maatstaf vir hierdie doel aanvaar word nie.⁴⁵

In die afwesigheid van enige dienlike objektiewe maatstaf beteken 'n bevinding van versagtende omstandighede dus niks meer as dat daar by 'n besondere dader in 'n ongekwantifiseerde mate minder skuld is as wat daar sou gewees het indien hy nie bv jeugdig, dronk of geprovokeer was nie. Die maatstaf vir so 'n bevinding kan dus wissel, die mate van skuld is in 'n besondere geval geensins presies bepaal nie, en kan dit uiteraard ook nie wees nie.⁴⁶ Nogtans is die gevolg van so 'n bevinding van deurslaggewende belang omdat die verpligting om die doodstraf op te lê as gevolg daarvan verval. Die daaropvolgende beslissing in die uitoefening van die diskresie om die doodstraf op te lê of nie hang ook glad nie uitsluitlik of selfs hoofsaaklik af van die aard of omvang van die versagtende omstandighede nie, want ander faktore soos vorige veroordelings, die moontlikheid van rehabilitasie, beleidsoorwegings en berouvolle gedrag na die daad speel ook hier 'n belangrike rol.⁴⁷ Dit lyk dus logies uiters onbevredigend om die verval van die verpligting om die doodstraf op te lê en die bestaan van 'n diskresie in hierdie verband uitsluitlik afhanklik te stel aan die bestaan van versagtende omstandighede, terwyl hierdie tegniese begrip slegs betrekking het op skuld, wisselend en onpresies van inhoud is, en slegs een van die relevante faktore by straftoemeting is. Waarom kan bv beleidsoorwegings of die moontlikheid van rehabilitasie eers in ag geneem word nadat bevind is dat daar faktore is wat die dader se skuld vir die betrokke daad verminder? Dit sou meer logies en regverdig wees indien die hof alle faktore wat ter strafversagting kan dien sonder meer na skuldigbevinding kon oorweeg in die uitoefening van 'n algemene diskresie om die doodstraf op te lê of nie.

Versagtende omstandighede in die tegniese sin van verminderde skuld is wel van groot belang by straftoemeting, maar daar word aan die hand gedoen dat dit nie die voorvereiste moet wees vir die bestaan van 'n diskresie tov oplegging van die doodstraf nie. In plaas van 'n verpligte doodstraf behoort 'n diskresie tov strafoplegging by moord in elk geval te bestaan, soos in die geval van ander halsmisdade.⁴⁸ Die vernaamste argument teen die bestaan van so 'n algemene diskresie ipv 'n verpligte doodstraf was

⁴⁴91H.

⁴⁵91G-H.

⁴⁶96B.

⁴⁷Sien die vonnisse aangehaal in voetnoot 10 supra.

⁴⁸bv hoogverraad, ontvoering, verkragting, roof met verswarende omstandighede; sien a 277 van die Strafproseswet 51 van 1977.

in Engeland en die VSA, dat die uitoefening van so 'n diskresie nie aan die moontlik arbitrêre beslissings van juries oorgelaat kan word nie;⁴⁹ maar weens die feit dat strafoplegging weens moord in Suid-Afrika by regters berus,⁵⁰ is hierdie argument as sodanig nie geldig nie. Gegewe dus eerstens die voortbestaan van die doodstraf as strafvorm, tweedens die onbevredigende aspekte van versagende omstandighede as maatstaf om te onderskei tussen moord wat die doodstraf verdien en moord wat ligter gestraf kan word, en derdens die afwesigheid van ander bevredigende maatstawwe om grade of kategorieë van moord aan te dui, sou 'n algemene diskresie tot strafoplegging by moord die mees bevredigende reëling wees. □

The struggle for legal supremacy in a society lies in the tension between raw power and just law. In our legal system the periodic beacons of justice's triumph have served to mask the frequent exclusion of the many by the few who block ready access to the law. There is a lengthy obstacle course to be run in order to attain justice. Sequentially, it involves the exercise or securing of rights, the access to competent representation, and the obtaining of effective remedies in a relative context of acceptable economics and expeditiousness. Beneath these formidable barriers – historically insurmountable for the vast majority of Americans – is a myth whose repeated invocation cloaks its hollow reality. That myth is equality under the law.

Ralph Nader in Verdicts on Lawyers vii

⁴⁹vgl Hart *Murder and the Principles of Punishment: England and the United States, Punishment and Responsibility* (2e uitg 1970) 54 60; en vgl ook die menings van meerdere regters in die beslissing van die Amerikaanse Supreme Court oor die vraag of die doodstraf 'n "cruel and unusual punishment" is; *Furman v Georgia* 33 L Ed 2d 346 (1972) 357 (Douglas), 381 (Brennan), 390 (Stewart), 392–3 (White), en daarteenoor 436 (die afwykende mening van hoofregter Burger).

⁵⁰Sien supra voetnoot 4.

Clinical legal education: its future in SA*

DJ McQuoid-Mason

BCom LLB

University of Natal, Durban

OPSOMMING

Die universiteitsopleiding van regsgeleerdes aan Suid-Afrikaanse universiteite is hoofsaaklik suiwer akademies van aard. Praktiese opleiding geskied deur middel van pupilskap, leerklerskap en opleiding deur die departement van justisie. Hierdie antitesis tussen akademiese en beroepsopleiding word dikwels gekritiseer. Akademici wil egter nie regsgeleerdes as "mechanics" oplei nie, maar terselfdertyd kan die profesie nie aan nuwelinge bevredigende opleiding verskaf nie. 'n Oplossing vir die probleem is moontlik in die idee van kliniese regsopleiding geleë.

Kliniese regsopleiding beteken "lawyer-client work by law students under law school supervision for credit towards the law degree", 'n stelsel wat reeds 50 jaar lank in die VSA bestaan alhoewel dit eers in 1968 met die stigting van CLEPR (the Council on Legal Education for Professional Responsibility) behoorlik van stapel laat loop is. Verskeie Engelse universiteite het ook reeds stappe in die rigting van kliniese regsopleiding gedoen en die program van die Universiteit van Kent, Canterbury is hier die mees gevorderde.

In Suid-Afrika het die getal regsklinieke aan universiteite sedert Julie 1973 toegeneem maar regsklinieke is slegs een aspek van kliniese regsopleiding. Die model aan die Universiteit van Natal is in baie opsigte soortgelyk aan dié van die Universiteit van Kent, Canterbury en sluit die volgende in: (a) 'n kursus in professionele praktyk; (b) skynhowe; (c) bywoning van die regskliniek; (d) 'n navorsingsprojek (vir LLB-studente); regshulpseminare; en (f) hulpverlening aan die *Natal University Law Review*. Die eerste vier is verpligtend en die laaste twee vrywillig.

'n "Volle" kliniese regsprogram kan veel doen om die teenstelling tussen akademiese en beroepsopleiding te bowe te kom en daar word aan die hand gedoen dat daar 'n toekoms in Suid-Afrika is vir kliniese regsopleiding.

* * *

"The new situation in higher education in this country . . . requires the integration of academic and professional teaching resources into a coherent whole. The traditional antithesis between 'academic' and 'vocational', 'theoretical' and 'practical' which has divided the universities from the professions in the past, must be eliminated by adjustment on both sides."¹

Given that in England academic legal education for intending lawyers is divided between the university and the professional law schools,² whereas

*Paper delivered at the Conference of the Society of University Teachers of Law, Stellenbosch University, January 1977.

¹*Report of the Committee on Legal Education* (Ormrod Report) Cmnd 4595 (March 1971) par 85; cf H W Arthurs "The Ormrod Report: A Canadian Reaction" 1971 *MLR* 642 646.

²Cf L Neville Brown "The Ormrod Report" 1972 *JSPTL* 39.

in South Africa academic training takes place at the university, the first statement may not be entirely true of this country. The latter statement, however, could apply equally to South African legal education. Can the division be bridged? It is submitted that it can.

It is intended to briefly mention some of the criticisms of South African legal education (particularly practical training), and thereafter to consider clinical legal education in some detail, including its meaning, its present application in the United States, England and South Africa, and its future in the Republic.

I LEGAL EDUCATION IN SOUTH AFRICA

The present writer does not have the temerity to attempt a review like the scholarly and comprehensive contribution of Professor Kahn³ to the 1973 conference on legal aid at the University of Natal, Durban. Nor does he intend to emulate Professor Dugard's iconoclastic and provocative paper⁴ on the subject at the same conference. It is intended merely to make some passing observations on legal education by the university and the profession in this country.

A University training: It seems fair to say that university training for lawyers in South Africa is essentially academic. Some concessions are made to procedural subjects such as civil procedure, criminal procedure and evidence, but an academic approach is generally adopted in their teaching. Furthermore while the BProc, BJuris, and Public Service Law certificates and diplomas must satisfy the requirements of the Recognition Board,⁵ the LLB degree "is left to the good sense and conscience of each university".⁶ The universities have been accused by academics of "dull uniformity" in their curricula and promoting the "worship of antiquity and rich man's law".⁷ Similar accusations have been made by law students,⁸ although the latter also join the practitioners⁹ in their complaint that the universities ignore many courses which are relevant to legal practice, and neglect practical training altogether. Academics reply that their function is to teach students how to *think*, not how to *do*,¹⁰ and as Mr Broomberg mentioned at the Port Elizabeth conference on legal education, both the Van Wyk de Vries commission and the

³Ellison Kahn "A Review of South African Legal Education" in *Legal Aid in South Africa* (1974) 142.

⁴CJR Dugard in *Legal Aid in South Africa* 160.

⁵Kahn op cit 143, who points out that the requirements for the civil service qualifications must also be approved by the Public Service Commission.

⁶Kahn op cit 142.

⁷Dugard op cit 160 & 161.

⁸Cf P Ellum *Legal Aid Developments in South Africa: July 1973-June 1975* (1975) 54. This was also the view frequently expressed by student delegates to the conference on legal education held at the University of the Western Cape, Bellville, June 21-23rd, 1976.

⁹Cf Kahn op cit 151; JRL Milton "Legal Education (2)" 1975 *De Rebus Procuratoriis* 266 269; RE Megarry "Law as Taught and Law as Practised" 1966-7 *JSPTL* 176.

¹⁰Cf GS Grossman "Clinical Legal Education: History and Diagnosis" 1974 *J Leg Ed* 162 190; HW Silverman "The Practitioner as a Law Teacher" 1971 *J Leg Ed* 424, 427; R Stevens "American Legal Education: Reflections in the Light of Ormrod" 1972 *Modern LR* 242 253 f.

committee of university principals were of the view that "it is not the function of a university to provide practical professional training for aspirant lawyers".¹¹ In short, therefore, aspirant advocates, attorneys and legally qualified public servants receive their academic training at university, and their practical training with the profession in the form of pupillage, articles or training by the department of justice.¹²

B Professional training: Practical training offered by the different branches of the profession is also open to criticism. It has been suggested that the period of pupillage should be increased,¹³ while the system of articles has been described as "medieval"¹⁴ and "een van die mees siniese aspekte van prokureursopleiding".¹⁵ The success of articles depends upon the clerk's principal, who is usually a busy practitioner, and there is the danger that the clerk may do nothing more than run errands and collect debts.¹⁶ Articles were virtually obsolete in the United States after World War II,¹⁷ and calls for their abolition have been made in England,¹⁸ Canada,¹⁹ Australia²⁰ and this country.²¹ Nevertheless the institution still lingers on in the latter countries.

Conclusion: Most academics would agree that law cannot be taught in a vacuum, or in Professor van Warmelo's picturesque phrase "[d]ie regsweese leef nie soos 'n spook in die lug nie",²² but they are reluctant to train lawyers "as mechanics".²³ The profession on the other hand is unable to offer its neophytes satisfactory training. It is submitted that a possible solution to this dilemma lies in the concept of clinical legal education.

II WHAT IS CLINICAL LEGAL EDUCATION?

The Council on Legal Education for Professional Responsibility (CLEPR), the godfather of clinical legal training in the United States defines clinical legal education as:

¹¹ER Broomberg "Constructing Exercises to Develop the Mental Skills Required by Lawyers", paper delivered at conference on legal education, Society of University Teachers of Law, University of Port Elizabeth, 8th July 1975.

¹²On training of black civil servants see JC Bekker "Legal Training of Public Servants at the University of Zululand" 1975 *De Rebus Procuratoriis* 466.

¹³Kahn op cit 145 f.

¹⁴H Tarlo "Clinical Legal Education" 1976 *Aus LJ* 139 140.

¹⁵Spectator "Advokate en Prokureurs" 1973 *De Rebus Procuratoriis* 61 62.

¹⁶Cf Kahn op cit 157; R Ormrod "The Reform of Legal Education" 1971 *The Law Teacher* 77 81.

¹⁷W Pincus "Clinical Legal Education in the United States, 1968-1975" 1975 *Aust LJ* 420, 423.

¹⁸Cf Ormrod Report Par 100, which favoured periods of "institutional training and in-training" during the "professional stage". Cf Arthurs op cit 647.

¹⁹McKinnon Committee Report (1972); cf DH Sampson "Legal Education in Canada (1)" (1976) 104 *De Rebus Procuratoriis* 380, 386.

²⁰Martin Committee Report (1964); cf Tarlo op cit 140. See generally D Ross "Legal Skills Courses in Australia - Their Need, Their Value and Their Prospects" 1975 *Aust LJ* 327.

²¹Editorials: 1973 *De Rebus Procuratoriis* 4; 1975 *De Rebus Procuratoriis* 457; but cf "Professional News" 1975 *De Rebus Procuratoriis* 345.

²²P van Warmelo "Regsopleiding vir die Prokureur" 1973 *De Rebus Procuratoriis* 365 366.

²³H Whitmore "Are the Needs of the Community for Legal Services being met by our Universities?" 1975 *Aust LJ* 315, 317.

"lawyer-client work by law students under law school supervision for credit towards the law degree".²⁴

The importance of *credit* for clinical work has also been emphasized in England²⁵ and South Africa.²⁶ Professor Tarlo from Australia, however, has suggested that the concept of clinical education is wide enough to embody traditional teaching methods, including the use of case books.²⁷ The Osgoode Hall School in Ontario Canada (a professional training school for aspirant lawyers) recognizes two aspects of clinical teaching:

"(a) the performance by students of a legal task; and (b) the use of the students' experience as the basis for organized analysis and study".²⁸

The approaches of Professor Tarlo and the Osgoode Hall, however, overlook the value of lawyer-client work. Professors Meltsner and Schrag of Columbia University, New York have described the merits of the concept as follows:

"[C]linical education differs most dramatically from traditional legal education in that it places the student in role (sic) most of the time, not on a superficial level by asking him how he would phrase a particular legal argument if he were in court, but by requiring him to respond to all of the challenges and conflicts that simultaneously confront or bombard the lawyers, and then to analyse his response."²⁹

It is submitted that the essential elements of any clinical programme are: lawyer-client work, careful supervision by the university, and credit for work done.

III CLINICAL LEGAL EDUCATION IN THE UNITED STATES

Clinical legal education has existed in the United States for over 5 years,³⁰ but it never really got off the ground until the establishment of CLEPR in 1968.³¹ Clinical programmes in America can be divided into service programmes and programmes without clients.

A Service programmes: The principle of "community service" was one of the early devices used by CLEPR to sell the idea of clinical legal education to the universities,³² and these programmes take three basic forms: farming out of students to community service agencies; partnership between the law schools and community service agencies; and legal aid clinics.

²⁴Pincus 1975 49 *Aust LJ* 420; cf E Kitch (ed) *Clinical Education and the Law School of the Future* (1970) 27 33.

²⁵M Zander "Clinical Legal Education" 1973 *New LJ* 181; Cf WM Rees "Clinical Legal Education: An Analysis of the University of Kent Model" 1975 *The Law Teacher* 125.

²⁶Kahn op cit 148; Ellum op cit 51.

²⁷Tarlo op cit 140.

²⁸Ibid; cf Sampson 1976 *De Rebus Procuratoriis* 380.

²⁹M Meltsner and P G Schrag "Report from a CLEPR Colony" 1976 *Columbia LR* 581, 592.

³⁰JL Allison "The Evaluation of a Clinical Legal Education Program: A Proposal" 1975 *Vanderbilt LR* 271 f.

³¹Pincus 1975 *Aust LJ* 420.

³²Grossman op cit 174. Cf W Pincus "The Lawyer's Professional Responsibility" 1969 *J Leg Ed* 14.

(1) *Farming-out*:³³ This is the cheapest form of so-called clinical education, in that students are farmed out to community service agencies such as the Office of Economic Opportunity (OEO) and public defenders offices.³⁴ Whatever supervision they receive is obtained from the attorneys working in the agencies, and the university staff member concerned merely arranges and supervises placements.³⁵ It is submitted that such an arrangement cannot be regarded as true clinical education as the quality of supervision varies in the particular agencies and there is no direct university supervision.³⁶

(2) *Partnership*: Here law students are also placed with an outside agency such as a public defender's office or a legal services office, but they are supervised and instructed by full-time members of the university law school.³⁷ The students' agency experiences are subsequently discussed and analysed in the classroom, and this model satisfies the requirements of university supervision. A recent survey in the United States of 346 clinical programmes indicated that 45% used either the farming-out or partnership approach.³⁸

(3) *Legal aid clinic*: This takes the form of an "in-house" or "off-campus" legal aid clinic, operated by the law school, where faculty members instruct and supervise the students.³⁹ While it is more expensive to operate it enables the university to control the educational experience gained by the students.⁴⁰ The main disadvantage of the legal aid clinic is that if it is too service-oriented it may be reluctant to limit its case-load which then leads to:

"repetition, low-level work, heavy case loads, strain on students' time, failure to focus on underlying legal concepts and loose supervision".⁴¹

For this reason some American law teachers have favoured restricting community service to "test case" litigation, on the basis that the yield from victory in a major test case is many times greater than that from winning several minor cases.⁴² The main educational disadvantages of "test cases" are that the faculty members act as litigators while students assist with research,⁴³ the development of the case lies outside the control of the law

³³Cf PH Gross *Legal Aid and Its Management* (1976) 106, who refers to "the law school as a funnel".

³⁴Zander op cit 182.

³⁵P de L Swords "Including Clinical Education in the Law School Budget" in *Clinical Education for the Law Student* (1973) 340.

³⁶Gross op cit 106.

³⁷De L Swords op cit 339 f.

³⁸Pincus 1975 *Aust LJ* 427.

³⁹De L Swords op cit 338 f.

⁴⁰Grossman op cit 175; cf Gross op cit 107 f.

⁴¹M Meltsner "Clinical Education at Columbia: The Columbia Legal Assistance Resource" 1972 24 *J Leg Ed* 237 241; cf Zander op cit 182, who points out that 30 3rd year students at Boston University acted as counsel for 800 defendants during a 6 month period in the Boston Public Defenders Office.

⁴²E Johnson "Education versus Service: Three Variations on the Theme" in *Clinical Education for a Law Student* 424, where he shows that 1000 student-supervisor hours may be necessary to litigate 100 consumers cases worth \$500 to each client, yielding a maximum *single* dividend of \$50 000 to the community; whereas the same effort could be used to win a welfare residency case (like *Shapiro v Thompson* (1969) 394 US 618) which makes public assistance available to about 100 000 previously ineligible persons, and yields an *annual* dividend of \$100 000 000 to the client community.

⁴³Grossman op cit 178.

school,⁴⁴ and "individual students may receive uneven, unpredictable, and fragmented exposure to cases".⁴⁵

In 1975, 32% of the law schools with clinical programmes operated campus law offices and 13% ran off-campus clinics.⁴⁶

B Programmes without clients: These take the form of either what has been termed the "participant-observer" model⁴⁷ or simulated exercises.

(1) *Participant-observation:* Such programmes are not concerned with litigation, but with placing students in public or private institutions to study the organisation's workings and social impact.⁴⁸ The institutions used include prisons, courts, mental hospitals, welfare offices and public interest law offices. These programmes are more like social science research projects and it is submitted that they cannot be regarded as "clinical" as there is no lawyer-client work by the students.

(2) *Simulation:* The potential of simulated exercises as a teaching instrument is being increasingly recognized by the advocates of clinical education.⁴⁹ Simulation has the advantage of being controlled by the teacher, which ensures that cases are completed before the end of the academic year and enables students to participate in, and observe the workings of, the legal process. It seems, however, that for a satisfactory programme there must still be some contact with "live" clients.⁵⁰

The educational value of clinical programmes has become widely recognized and a number of texts on clinical teaching materials have been produced.⁵¹ The most successful programmes seem to combine community service work, with low case loads and close supervision backed up by carefully structured classroom instruction.⁵² At Harvard University for instance, the students do 16 hours a week in the field and 5 in the classroom.⁵³ The classroom work includes lectures and seminars on decision theory, role definition, interviewing, historical investigation, fact development, ethics, counselling, negotiation, game theory and language.⁵⁴

⁴⁴Grossman op cit 179; cf Meltsner & Schrag 1976 *Columbia LR* 589 f.

⁴⁵Grossman op cit 178; cf DA Binder "Education versus Service" in *Clinical Education for the Law Student: CLEPR Conference Proceedings* (1973) 36; Meltsner and Schrag 1976 *Columbia LR* 625.

⁴⁶Pincus 1975 *Aust LJ* 427.

⁴⁷Grossman op cit 180.

⁴⁸ibid.

⁴⁹Grossman op cit 184; Meltsner and Schrag 1976 *Columbia LR* 512 625; see also L Walker and B Goldstein "After the Clinic What?" 1975 *J Leg Ed* 614.

⁵⁰Grossman op cit 186.

⁵¹See, for instance, M Meltsner and P Schrag *Public Interest Advocacy: Materials for Clinical Legal Education* (1974); cf materials referred to by Grossman op cit 192 f.

⁵²Grossman op cit 192.

⁵³Cf F Kentridge "Law Clinics" 1976 *De Jure* 120 123; Gross op cit 109 112. See also G Bellow and E Johnson "Reflections on the University of Southern California Clinical Semester", 1971 *S Cal LR* 664, 671.

⁵⁴Grossman op cit 193. In 1975, the areas of clinical training offered by 346 programmes in America were: 41% professional responsibility; 66% interviewing; 54% counselling; 65% fact investigation; 54% negotiation; 47% legal drafting and brief writing; 49% motion and pre-trial practice; 53% trial practice; and 20% appellate practice. Pincus 1975 *Aust LJ* 427.

Before leaving clinical legal education in the United States, there are two other aspects worth mentioning: student practice rules and financing of the clinical programs.

(a) *Student practice rules*: These rules in one form or another have been recognized in almost every state in the United States,⁵⁵ and the American Bar Association has approved a set of model student practice rules.⁵⁶ Eligible students may appear in any court or administrative tribunal subject to the written consent of the supervising attorney and the client, and may represent the latter in both civil and criminal matters.⁵⁷ In order to be eligible for practice the student must be enrolled at an approved law school; have reached a specified stage in his legal education (usually 2nd or 3rd year); and be approved by the dean of his law school as to character, competence and training.⁵⁸ Apart from court appearances an eligible student may prepare briefs, pleadings and other legal documents provided they are signed by the supervisor,⁵⁹ and he may also argue appeals in the presence of the latter.⁶⁰ He may not charge his client fees but may be compensated by the agency for which he works.⁶¹

The bench's response to student practice rules in America has been generally enthusiastic, and a survey of 4 judges in 1973 showed that on the whole the judges found the performance of student practitioners "about equal to the average delivered by the entire practising bar".⁶² It was only in skills such as cross-examination, oral argument and direct examination that students proved to be less able.⁶³ In *Argersinger v Hamlin*⁶⁴ (the landmark case which held that an unrepresented person may not be imprisoned unless he has knowingly and intelligently waived his right to counsel) judge Brennan clearly recognized the value of student practitioners when he said:

"[L]aw students can be looked to to make a significant contribution, qualitatively and quantitatively, to the representation of the poor in many areas, including cases reached by today's decision."⁶⁵

⁵⁵Pincus 1975 *Aust LJ* 426.

⁵⁶See CLEPR *State Rules Permitting the Student Practice of Law: Comparisons and Comments* (2 ed 1973). For a summary of the rules see Gross op cit 104.

⁵⁷Model Rule IIA; CLEPR *State Rules* op cit 43. Where, however, the client has a right to counsel, the supervisor must be present throughout the proceedings. Model Rule 11A(3); CLEPR *State Rules* op cit 44.

⁵⁸Model Rule III; CLEPR *State Rules* op cit 44. The certificate issued by the dean is filed with the court and expires after a set period (eg 18 months), or may be withdrawn by the dean or the court without notice or a hearing. Model Rule IV B, C; CLEPR *Student Rules* 45.

⁵⁹Model Rule VA (1)-(4); CLEPR *State Rules* 45.

⁶⁰Model Rule VB; CLEPR *State Rules* 45. The supervisor is required to "assume personal professional responsibility for the student's guidance in any work undertaken and for supervising the quality of the student's work". Model Rule VIB; CLEPR *Student Rules* 46.

⁶¹Model Rule IIIE; CLEPR *State Rules* 44.

⁶²AB Rubin "The View from the Bench" in *Clinical Education for the Law Student* 254; see also FJ Klein "The Courtroom as a Classroom: The View from the Bench" in *Clinical Education for the Law Student: CLEPR Conference Proceedings* 91f.

⁶³*ibid.*

⁶⁴(1972) 92 S Ct 2006.

⁶⁵*Argersinger v Hamlin* supra 2041.

(b) *Finance*: CLEPR has been given \$11 million over an 11 year period by the Ford foundation to administer and encourage the growth of clinical legal education in the United States.⁶⁶ CLEPR works on the basis of "shared-funding" with the law schools over a two year period and usually contributes to salaries. For instance, assuming that the salary of a clinical professor is \$20,000: in the first year CLEPR pays \$12,000, the university \$8,000; in the second year CLEPR pays \$8,000, the university \$12,000; and in the third year the university must decide whether to take over the whole programme.⁶⁷ In America clinical education is more expensive than traditional teaching as the ideal staff-student ratio is said to be 1 to 10,⁶⁸ but it has been suggested that a 1 to 20 ratio is workable.⁶⁹ The latter ratio probably compares favourably with that of final year law classes at several South African universities.

Many South African lawyers, academics included, are sceptical about developments in the United States, and feel more comfortable when comparisons are made with the English legal profession, which like ours still retains a divided bar, and relies on the institutions of pupillage and articles for training its practitioners.

IV CLINICAL LEGAL EDUCATION IN ENGLAND

Tentative steps towards clinical training for law students have been taken at several English universities,⁷⁰ but for our purposes it is sufficient to mention briefly developments at the University of Kent, Canterbury (UKC) which in 1975 had the most advanced programme.⁷¹ The UKC scheme with "praxis"⁷² as its goal, combines compulsory and optional aspects. The compulsory courses include court observations (first year students are guided by questionnaires), mootings (second year) and a research project (second year, on such topics as industrial, mental health and welfare tribunals, juries, bail and legal services and education).⁷³ The optional elements embrace tribunal observations, fortnightly clinical seminars; vacation placements (with practitioners and community service agencies, including the UKC clinic);

⁶⁶Pincus 1975 *Aust LJ* 420.

⁶⁷Pincus 1975 *Aust LJ* 422. All of the 168 grants totalling \$5½ million made to 90 law schools by CLEPR have been taken over by the law schools. Pincus 1975 *Aust LJ* 426.

⁶⁸Pincus 1975 *Aust LJ* 426; cf CD Putz "Including Clinical Education in the Law School Budget" in *Clinical Education for the Law Student* 104; HI Subin "Directing and Managing Legal Education in a Service Setting" in *Clinical Legal Education for the Law Student: CLEPR Conference Proceedings* 67.

⁶⁹De L Swords op cit 340, who suggests that the cost of academic education in small universities with staff-student ratios of 1 to 25 or less is the same as for clinical education. Cf Putz op cit 103.

⁷⁰Cambridge University provides extra-curricular clinical education at its Neighbourhood Law Centre, Rees op cit 132 n 34; Warwick University has recently introduced a half-course on legal practice, Rees op cit 137 n 52; and the future of clinical education at the University College of Cardiff has been under review, Rees op cit 125 n 2.

⁷¹Rees op cit 126.

⁷²*Oxford English Dictionary*: "Praxis: Action, practice . . . An example or collection of examples to serve for practice in a subject." *Odhams' Dictionary of the English language*: "Praxis": The exercise or actual practice of a thing, as distinct from the theory."

⁷³Rees op cit 126 f.

work at the UKC legal aid clinic;⁷⁴ and assisting with the student law journal *Praxis*.⁷⁵

UKC legal aid clinic: The clinic is controlled by a management committee which includes practitioners, and is staffed by faculty members who act as duty officers (supervisors); a solicitor who is part-time lecturer, part-time clinic worker; a director who is given a reduced lecturing load (half the usual); and a full-time secretary. During 1974–5 the clinic involved up to 35 students, 25 of them regularly.⁷⁶ Advice is only given in the presence of supervisors, and work at the clinic includes statement taking, interviewing, research, selection of facts, opinion writing, letter drafting and preparation of case notes. Procedures are laid down for the daily running of the clinic, and students are given credit as an essay equivalent for written legal aid work.⁷⁷ The clinic opens 5 days a week for 6 hours a day, and one evening a week for 3 hours. The cases handled are mainly motor collisions, consumer problems, crime, discipline, employment, housing, immigration, matrimonial affairs, mental health and social security. From November 1973 to February 1975; 516 cases were dealt with – of the 132 disposed of during the 3 months ended February 1975, only 4% were referred to other agencies.⁷⁸ The clinic is presently financed by the law school but it has been suggested that it should be able to recover disbursements from the national legal aid scheme.⁷⁹

Clinical legal education in England, however, is still in its infancy. The position in South Africa is much the same.

V CLINICAL LEGAL EDUCATION IN SOUTH AFRICA

The number of legal aid clinics at universities in the Republic has increased greatly since July 1973,⁸⁰ but law clinics are only one aspect of clinical education. Apart from information about developments at the Universities of the Witwatersrand⁸¹ and Natal,⁸² there is little available concerning activities at other South African law schools.⁸³ To the writer's

⁷⁴Rees op cit 127 f.

⁷⁵Rees op cit 130.

⁷⁶Rees op cit 128 f.

⁷⁷Rees op cit 129.

⁷⁸Rees op cit 130. In some instances students sat in court as "*McKenzie men*" ie advisers to persons who did not have lawyers. Rees op cit 129. Cf *McKenzie v McKenzie* (1970) 3 All E R 1034 (CA) 1036: "[E]very person has the right to have a friend present in court beside him, to assist by prompting, taking notes, and quietly giving advice."

⁷⁹Rees op cit 138.

⁸⁰Ellum op cit 39 ff.

⁸¹Kahn op cit 148; Dugard op cit 162; F Kentridge "Wits Law Clinic" (1975) 89 *De Rebus Procuratoriis* 213; Ellum op cit 41; Kentridge 1976 *De Rebus* 120. The Wits system was also described by Mr R Whiting and Mr ER Broomberg at the conference on legal education of the Society of University Teachers of Law, at the University of Port Elizabeth, July 7th–11th 1975.

⁸²DJ McQuoid-Mason "The Institution and Operation of the University of Natal, Durban, (UND) Legal Aid Clinic" 1974 *NULR* 106; Ellum op cit 41 f; DJ McQuoid-Mason "Legal Aid Clinics or Clearing Houses?" 1977 112 *De Rebus Procuratoriis*.

⁸³For the operation of the University of Cape Town legal aid clinic see: PH Gross in *Legal Aid in South Africa* 44f; AH van Wyk in *Legal Aid in South Africa* 170; Ellum op cit 40; Gross *Legal Aid and Its Management* 207; MJ Krenning "Rechtshulp in Zuid-Afrika" 1976 *THRHR* 129.

knowledge Wits with its proposed course on legal aid and legal writing, and Natal with its professional practice course and the research project are the only universities which give some form of academic recognition for legal aid work. It is proposed to outline the position at the University of Natal, Durban, where what amounts to a de facto clinical law programme has not yet received de jure recognition as a full course by the board of the faculty of law.⁸⁴

University of Natal, Durban (UND): The model developing at Natal is in many ways similar to that of the University of Kent, Canterbury. It includes the following: (a) a course in professional practice; (b) mootings; (c) attendance at the legal aid clinic; (d) a research project (for LLB students); (e) legal aid seminars; and (f) assisting with the student law journal, the *Natal University Law Review*. The first four are compulsory, the last two voluntary.

(a) *Professional practice*: This course is a DP requirement⁸⁵ for BProc and LLB students and is given by a full-time member of staff who was a senior member of the Bar. It includes lectures on the administration of justice; ethics; communication; briefing; interviewing; statement taking; the conduct of pro deo and unopposed matrimonial cases; the preparation and argument of appeals; motion court applications; opinion writing and pleadings. The course takes the form of lectures and discussions, but no written work is required and there are no examinations.

(b) *Mooting*: Every student in the professional practice class is obliged to argue an appeal before the moot court (consisting of 2 lecturers). The moots are run on an elimination basis and the best 4 students argue in a final moot before a full bench of the Natal provincial division. Students sometimes also participate in simulated criminal trials and demonstrations of court procedures for the social work department of the university.

(c) *Legal aid clinic*: Members of the professional practice class are also compelled to assist in at least 4 sessions of the UND legal aid clinic. The clinic follows the Cape Town model,⁸⁶ with local variations, and is controlled by a management committee consisting of staff, students and practitioners. It is run by the law students with assistance from a member of staff, and is manned by "administrative" and "advice" students, and supervisors. The off-campus clinic also employs a secretary and 2 interpreters. *Administrative* (preliminary and intermediate law) students do the initial screening,⁸⁷ and where necessary open files and filter clients through to the *advice* (final year) students. The latter consider the problem, discuss the proposed action with the supervisor (who is either a staff member or practitioner) and advise the

⁸⁴This only became apparent to the writer on reading about the University of Kent programme!

⁸⁵This means that a student cannot graduate unless he has received a "Duly Performed" certificate for professional practice ie he has attended lectures satisfactorily, participated in a moot, and assisted with at least 4 sessions at the legal aid clinic.

⁸⁶See above 13 n 83.

⁸⁷To ensure that the problem concerns the law and that the client satisfies the "means test" as laid down in the Legal Aid Board *Legal Aid Guide* 2 ed (1974); of McQuoid-Mason 1974) *NULR* 118f; Gross *Legal Aid and Its Management* 267 f.

client accordingly.⁸⁸ UND operates 2 clinics: a campus clinic, open Fridays 12–2 pm (supervised by staff members), and an off-campus clinic (in a church hall in an industrial area of Durban) open Saturdays 9–11 am (supervised by practitioners, and staff members during the university vacations). During 1976 about 50 students were involved in the two clinics, and in 1977 the students plan to employ a legal aid secretary for 5 hours a day, 5 days a week, and for 2 hours on Saturdays.⁸⁹

*Clientele:*⁹⁰ During March to October 1976 the campus clinic conducted 205 interviews, opened 60 files, and dealt with an average of 8 clients a session. Of these 43% were Whites, 42% Blacks and 15% Indians. The majority of the campus clients were students and indigent members of staff. At the off-campus clinic from January to December 1976, students handled 442 interviews and opened 169 files. Most of the clients were sent to the clinic by factory personnel officers and trade unions. The average attendance was 9 clients per session, of whom 71% were Blacks, 22% Indians, 4% Coloureds and 3% Whites.

Work done: The clinic gives students practical experience in interviewing, counselling, taking statements, writing letters and dealing with several state departments, as well as the procedures adopted in a wide variety of legal problems. For instance, cases at the campus clinic for the period March to October 1976 consisted of: contract 26%, criminal law (mainly assault and theft) 15%; motor collisions 11%; and maintenance, divorce and employment 9% each. The remaining 21% was divided between hire-purchase, insurance, consumer law, housing, licensing, traffic offences, foreign exchange, national service, and citizenship. 85% of the cases were solved by the clinic, 11% were sent to the Durban legal aid officer and 4% of the applicants were advised to consult an attorney. The percentages for the off-campus clinic from January to December 1976 were: divorce 19%;⁹¹ motor vehicle third party insurance (MVA) 10%; criminal 8%;⁹² hire-purchase and housing each 7%; customary law, employment and s 65 proceedings 6% each.⁹³ The other 31% was made up of pensions, licensing, workmen's compensation, deceased estates, maintenance, lease, insurance, motor collisions, acknowledgments of debt, wills, traffic offences and drainage remedies. 80% of the cases were solved by the clinic, 15% referred to the legal aid officer and 5% to attorneys.⁹⁴

(d) *Research project:* LLB students are required to submit a research project in their final year of study.⁹⁵ The project enables students to under-

⁸⁹In addition to typing and referring correspondence to the staff member in charge the secretary will be responsible for diarizing, making appointments, filing, and generally ensuring that files are kept up to date by administrative and advice students.

⁹⁰The figures given are estimates obtained from the weekly statistical returns.

⁹¹In 1974–1975 70% of legal aid rendered by the legal aid board consisted of divorce cases. Ellum op cit 5.

⁹²In 1974–1975 9% of legal aid board cases related to criminal law. Ellum op cit 18. For the 1974–1975 figures at the difference university clinics see Ellum op cit 44 ff.

⁹³s 65 Magistrates Court Act 32 of 1944 (enquiry into a debtor's financial position).

⁹⁴For a detailed description of the kind of work that can be done at a legal aid clinic see McQuoid-Mason 1977 112 *De Rebus Procuratoriis*.

⁹⁵University of Natal *Calender* Rule L6, H8, H9.

take supervised research into any aspect of the law which interests them. In the past students have been allowed to submit projects of up to 35 typed pages, but as from 1977, the maximum length has been reduced to between 10 and 15 pages in the hope that it will encourage more contributions to the *Natal University Law Review*. A student who attends at least 15 sessions of the legal aid clinic may incorporate his experiences there as part of his project.⁹⁶ A mark is awarded for the project and it appears as part of the student's academic results.

(e) *Legal aid seminars*: In 1976 a series of optional seminars were introduced designed to exploit the educational potential of the legal aid clinic.⁹⁷ Each seminar commenced with a discussion of the legal principles and procedures involved, illustrated with the types of precedents students would come across in both the clinic and in practice. Students were warned against following precedents blindly and encouraged to relate the drafting of documents to their knowledge of the substantive law. Matters covered included 'third party' (MVA), motor collision and workmen's compensation claims; divorce; wills; administration of estates; hire-purchase; rent control; bail applications and the conduct of criminal trials. An interesting dimension was added when the local legal aid officer refused assistance to an indigent applicant on the basis that he had no prima facie defence to a claim for arrear rent. In fact, the applicant had paid his rent regularly, but the landlord had unilaterally increased the rent before the current lease expired.⁹⁸ The class took much pleasure in anonymously assisting the indigent in drafting his request for further particulars which subsequently resulted in the plaintiff's attorneys withdrawing the action!⁹⁹ The students were also addressed by two Durban attorneys. One spoke on problems in pleadings and the running of an attorney's office, while the other, a Black, gave several lectures on aspects of customary law and proceedings in the Bantu affairs commissioner's court. Several parties of students, in groups of 5, visited the courts and were introduced to some of the presiding officers. The seminars were attended by 30-50 students, mainly final years.

(f) *Natal University Law Review*: This is an annual publication,¹⁰⁰ begun in 1972, which is edited by law students and is intended to carry primarily student publications. In the past, however, it has relied heavily on staff support, and it is hoped that the reduced research project will provide a fruitful source of material.¹⁰¹

⁹⁶ibid.

⁹⁷The seminars were conducted by 2 full-time members of staff, one of whom had recently qualified as an attorney.

⁹⁸There was no provision for an escalation clause in the current lease.

⁹⁹The class also assisted anonymously in another case which involved defending an action for fraudulent misrepresentation arising from the sale of a motor car. Unfortunately the academic year ended shortly after the defendant's plea had been entered, but during the vacation this action was also withdrawn!

¹⁰⁰The *NULR* is published with 5 parts to each volume, volume 1 covers the period 1972-76.

¹⁰¹During 1976 the UND legal aid clinic convenor also issued 2 *Legal Aid Newsletters* which were sent to all student law councils. The second *Newsletter* dealt in detail with the Wits "Riverlea" project.

Apart from the legal aid clinic and *Natal University Law Review* which fall under the budget of the law students' council, the constituent elements of the Natal "clinical law" programme are financed by the faculty of law.

Even though the Natal programme resembles that at the University of Kent,¹⁰² there are still many defects: LLB and BProc students have heavy workloads; continuity is difficult where there is a high turnover of students (eg some students may only attend 4 sessions); staff-supervisors have normal lecturing loads; cases referred to outside agencies are not followed up by the students; academic credit for clinical work is very limited; and there is a need for a full-time director of clinical law. Can these defects be overcome? Is there scope for a properly organized clinical law programme at Natal or any other South African university?

VI FUTURE DEVELOPMENTS FOR SOUTH AFRICA

Before discussing the future of clinical legal education in South Africa it is necessary to consider briefly what the concept has to offer to university law schools. The proponents of clinical education claim that it has a variety of advantages: it takes the student out of the classroom after a long period of "theoretical" education;¹⁰³ it develops the student as a "whole" person by exposing him to "real life" frustrations;¹⁰⁴ it requires the student to exercise judgment by distinguishing truth from falsity;¹⁰⁵ it enables the student to see that the law as practised does not operate in clearly defined compartments;¹⁰⁶ it teaches professional responsibility and develops legal skills;¹⁰⁷ it allows a student to reflect on what he is doing and why, under the guidance of an experienced lawyer;¹⁰⁸ it makes a student aware of the practical implications of the legal process and encourages his social consciousness;¹⁰⁹ and it improves the quality of teaching by exposing teachers to "greater student-initiated speculation, criticism and thought".¹¹⁰ The critics of the concept on the other hand mention that: clinics handling heavy caseloads only allow for superficial analysis by students;¹¹¹ the nature of

¹⁰²The UND programme has more compulsory courses than that at UKC. Compare above at 12 and 14.

¹⁰³W Pincus in *Legal Aid in South Africa* 130; Pincus 1975 *Aust LJ* 423 f.

¹⁰⁴ibid. Cf G Bellow "On Teaching the Teachers: Some Preliminary Reflections on Clinical Education as Methodology" in *Clinical Education for the Law Student* 396.

¹⁰⁵Pincus in *Legal Aid in South Africa* 130; Pincus 1975 *Aust LJ* 424.

¹⁰⁶Bellow op cit 396; cf RE Megarry "Law as Taught and Law as Practised" 1966-7 *JPTL* 176, 179; PJ Evans and SD Ross "Legal Aid in New Zealand and Abroad" 1972 *NZULR* 1, 19.

¹⁰⁷Cf A Kenneth Pye in *Clinical Education for the Law Student: CLEPR Conference Proceedings* 23; Evans and Ross op cit 19.

¹⁰⁸Johnson in *Clinical Education for the Law Student* 415.

¹⁰⁹Evans and Ross op cit 19; cf Pincus in *Legal Aid in South Africa* 130.

¹¹⁰Bellow in *Clinical Education for the Law Student* 385. For advantages generally see SH Leleiko "The Clinic and NYU" 1972 *J Leg Ed* 429, 461; RB McKay "Legal Aid and the Profession: United States Style" 1975 *NULR* 200 203 f.

¹¹¹Bellow op cit 392; DA Binder "Education versus Service" in *Clinical Education for the Law Student: CLEPR Conference Proceedings* 36.

clinical work is repetitive, uninteresting and mundane;¹¹² law clinics cannot substantially assist in providing legal services to the community;¹¹³ it is not the function of the universities to teach practical skills;¹¹⁴ and that clinical programmes are expensive because of the low staff-student ratio.¹¹⁵

It is not intended to discuss the merits of the different arguments, but it is submitted that provided academic standards are not reduced, on balance the advantages of clinical education exceed its disadvantages. How then can clinical law be integrated into legal training at South African universities? There are two possibilities: (a) a partial programme, which is integrated into the present degree structure; or (b) a full programme, which is conducted after the completion of the student's formal academic training.

A Partial clinical programme: In this case the clinical programme would be integrated into the present degree structure as a full credit course. Tentative steps in this direction have already been taken at Wits¹¹⁶ and Natal.¹¹⁷ The main disadvantages of such a scheme are the heavy work load of the students and the necessity for additional teachers. The former could be partially resolved by shortening some of the more "unacademic" courses like negotiable instruments and insolvency, and introducing a new course on clinical law. With regard to the latter, if the programme included elements of professional practice and work in a legal aid clinic an argument could be made for financial assistance towards the clinical posts from the fidelity fund, and perhaps the legal aid board (in proportion to the volume of legal aid work handled by the clinic).¹¹⁸ The operation of a full-time legal aid clinic, directed by a full-time practitioner member of staff, assisted by a junior lecturer and a full-time secretary, would enable the clinic to work effectively as a "neighbourhood" office. The director could also teach a professional practice course geared to admission examinations, while the junior lecturer could run legal aid seminars. As at Wits, Natal and Kent certain aspects of the course may be optional, but credit should be given for a "core" course consisting of professional practice, mooting, legal aid work and a research project. Junior law students should also be allowed to assist in legal aid work before their final year. Academic advantages of such a clinical programme are that teachers will benefit from the cross-fertilization of practical and theoretical problems in their respective fields, and students who become bored with the theoretical study of law will obtain a bird's eye view of the law in action. Student practice rules¹¹⁹ would add an exciting dimension to clinical work, but may not be fully utilized because of the student's heavy work load.

B Full clinical programme: Here the universities would operate an intensive clinical law programme including a full-time legal aid clinic. Such a

¹¹²Cf Arthurs op cit 647; Contra B Harvey "Letter to the Editor: The Ormrod Report: Vocational Training" 1972 *Modern LR* 223.

¹¹³H Packer and T Ehrlich *New Directions in Legal Education* (1972) 22 f; cf Pye op cit 30.

¹¹⁴See above 2 n 10.

¹¹⁵See above 11.

¹¹⁶See above 13 n 81.

¹¹⁷See above 14.

¹¹⁸For instance the legal aid clinic could be authorized to recover from the Legal Aid Board for work done like any other attorney's office.

¹¹⁹Cf Ellum op cit 64f. See above 9f.

programme would only commence once the students had completed their academic qualifications, although the latter would include some procedural courses.¹²⁰ The clinical course would be for one year, and the universities, in consultation with the different branches of the profession, could design a programme which would ensure that students receive a minimum amount of experience in different fields of the law.¹²¹ It is true that most of the "live" work done at a legal aid clinic involves problems of the poor, but as we have seen,¹²² these cover a wide variety of cases. In any event other important aspects of legal practice could be simulated. Student practice rules would work effectively as the students would be able to apply themselves full-time to the clinical programme. At the end of the course the students would be required to sit for a practice and procedure examination, which would entitle them to admission to either branch of the profession.

In brief, the implications of a "full" clinical law programme¹²³ are as follows:

- (1) The institutions of articles and pupillage could be abolished, and in both instances replaced by a period of limited practice, which would ensure that the profession still retained the ultimate right of control over its members.¹²⁴
- (2) Aspirant advocates, attorneys and legally trained civil servants would be required to undertake at least 6 years university training if they graduated with an LLB,¹²⁵ 5 years with a BProc. and 4 years with a BJuris.¹²⁶
- (3) On completion of their academic training students attached to clinical programmes could have a right of appearance governed by "student practice" rules.¹²⁷
- (4) Clinical programmes could be controlled by the universities in consultation with the legal profession.¹²⁸

¹²⁰Students, however, should still be entitled to participate in clinical work during their degree as it enables them to see how the law is applied in practice.

¹²¹For instance, as is done to a limited extent in the training of pupils at the bar where pupils under supervision of their master must assist in the preparation and conclusion of 3 civil and 6 criminal trials (in each case at least one in a magistrate's court and one in the supreme court); settle affidavits for 2 opposed applications; prepare and conduct 2 appeals; as well as gain reasonable experience in unopposed divorce work, motion proceedings, and the rules and ethics of the bar - 1972 *SALJ* 491 492f: Kahn op cit 145.

¹²²See above 16.

¹²³The writer's suggestion of a clinical year is by no means original. See CF Parker "The Ormrod Report" 1972 *JSP TL* 44; Kahn op cit 157f; Dugard 164 f. Cf Ross op cit 327.

¹²⁴As is the case in certain Australian states; Tarlo op cit 141.

¹²⁵Cf Van Warmelo op cit 366, who suggests that the period of study for the LLB should be 6 years. The "full" clinical programme envisages an LLB of at least 5 years duration, followed by 1 year of clinical training.

¹²⁶Van Warmelo op cit 366, submits that the only qualification for all branches of the legal profession (including civil servants) should be the LLB. It appears that the attorneys' profession has recently had second thoughts about the BProc.

¹²⁷Cf Ellum op cit 64 f; cf PCA Snyman "Clinical Legal Education" 1976 *De Jure* 311, 316.

¹²⁸Apart from advising on the structure of the programme, members of the profession could also act as external examiners for written papers and as oral examiners. The pre-

- (5) The cost of financing a full programme¹²⁹ would mean that it would be impracticable for it to be offered at the smaller universities. A possible solution would be to make vocational training available at only one university in Natal and the Orange Free State; and at two universities (one for each language group) in the Transvaal and Cape.¹³⁰
- (6) The problem of providing practical training for Blacks, Coloureds and Indians,¹³¹ would be overcome, as they could register for the post-graduate clinical law programme at the university of their choice, if such training was not available at their ethnic law school.¹³²
- (7) The increasing danger of the number of prospective articled clerks exceeding the supply of available articles,¹³³ would be obviated if the universities provided suitably qualified post-graduates who could be employed as professional assistants.
- (8) The part-time student would virtually disappear from university campuses other than UNISA,¹³⁴ and students of the latter wishing to go into practice would have to undertake a clinical programme at one of the designated universities.
- (9) As mentioned above,¹³⁵ the fidelity fund could be requested to assist in the financing of a full clinical programme,¹³⁶ while legal clinics could be authorized to recover fees from the legal aid board to cover running expenses. The fund could perhaps adopt the CLEPR "shared-funding" approach,¹³⁷ which would give sceptical academics an opportunity to see whether or not such a programme was worthwhile, and if it was, to take it over completely themselves. It is not contended that a "full"

sent writer does not favour the suggestion by Snyman op cit 316, that under a scheme where the Legal Aid Board itself employs full-time practitioners "law students [should] be absorbed and trained for one year by the professional staff of the Legal Aid Board under the auspices of their universities." See above.

¹²⁹It is submitted that the cost of maintaining a programme for 40-50 students would be approximately R25,000 (R12,000 for a practitioner director; R6,000 for a qualified assistant, and R7,000 for a full-time secretary and office expenses.) Cf Dugard op cit 165, who in 1973 gave a figure of R20,000.

¹³⁰Cf van Warmelo's suggestion that the number of *law faculties* should be reduced to 6! Van Warmelo op cit 366; Cf Dugard 168.

¹³¹Cf "Professional News" 1973 *De Rebus Procuratoriis* 111; Dugard op cit 167.

¹³²Cf section 31, Extension of University Education Act 45 of 1959, where a "non-white" student may register at a "white" university with special consent of the minister concerned. Consent is usually given in cases where the course required is not available at the students' ethnic university.

¹³³A letter to all universities from the association of law societies dated 30 11 76 stated that there were 200 candidates for articles of clerkship who have not found them. Unfortunately the letter does not indicate how many (if any) of the candidates are graduates. A similar situation in Australia has caused the profession to examine an alternative system to articles. Ross op cit 327.

¹³⁴Cf Dugard op cit 163; contra Kahn op cit 148 f. The law society's standing committee on legal education seems to favour the abolition of part-time articles coupled with part-time university training 1975 *De Rebus Procuratoriis* 61 f.

¹³⁵See above 17.

¹³⁶The cost of financing 6 "full" clinical programmes (of 40-50 students each) at R25,000 a programme would be approximately R150,000.

¹³⁷See above 21.

clinical programme provides all the answers, but it is submitted that it deserves serious consideration as an alternative method of practical legal training.

VII CONCLUSION

A "full" clinical law programme can go a long way towards overcoming the antithesis between "academic" and "vocational" training referred to by the Ormrod Committee.¹³⁸ Furthermore, while agreeing with Ormrod J that a court-house is not analogous to a teaching hospital,¹³⁹ the present writer cannot agree with the view that:

"There is no institution in law comparable to a teaching hospital, in which students can study and observe the practitioner at work and take some share in it."¹⁴⁰

This view overlooks the teaching potential of a carefully organized legal aid clinic, which is backed up by appropriate class-room work. A "full" clinical law programme as proposed above, poses no threat to academic standards, as these would already have been satisfied by the student before he engages in full-time clinical work. On the contrary it provides a number of benefits for all the parties concerned, including the universities. Academics obtain an easily accessible window to the world of reality which may open up new avenues of research;¹⁴¹ the profession receives enlightened and adequately trained practitioners; and the students not only develop a social consciousness but also reap the benefits of a carefully co-ordinated training programme. Finally the university law faculties, as part of a profession which is proud of its public service tradition, obtain a splendid opportunity to repay the community which supports them so generously.¹⁴² In short it is submitted that there is a future for clinical legal education in South Africa. The Rubicon has been reached. Is it not time for academics and practitioners to join hands and cross over? □

... many of its [i.e. the law's] developments are produced by judges who are consciously or subconsciously reaching decisions on the basis of what they think the law ought to be.

Lord Lloyd of Hampstead The Idea of Law III.

¹³⁸See above 1.

¹³⁹R Ormrod "The Reform of Legal Education" 1971 *The Law Teacher* 77 81; cf AT Vanderbilt "The Future of Legal Education: We Must Face the Realities of Modern Life" 1957 *ABAJ* 207 208: "The prospective physician gets much of his training in the hospitals; is there any reason why the prospective lawyer should not do the same thing in the courts?" Cf Klein op cit 91.

¹⁴⁰Kahn op cit 148; Ormrod op cit 87.

¹⁴¹Cf Rees op cit 134 f; Grossman op cit 192.

¹⁴²Cf Johnson op cit 416 f.

Die aanspreeklikheid van die invorderingsbankier teenoor die ware eienaar van 'n tjek

CR de Beer

BLur et Art LLB

Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys

SUMMARY

The liability of a collecting banker who receives payment of a cheque on behalf of a customer who has no title thereto is controversial. The effect of the *Yorkshire Insurance Co Ltd v Standard Bank of SA Ltd* 1928 WLD 251 decision is that a collecting banker collecting a cheque on behalf of a customer who has no title thereto, is not liable to a true owner thereof for any loss sustained by him in consequence thereof on the grounds of negligence. The collecting banker is only liable if he had knowledge that the customer had no right to the cheque. In this case the position of the collecting banker was equated with that of a bona fide purchaser of stolen goods who disposes of the goods in good faith. In contrast, Golden J in *Rhostar (Pty) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* 1972 2 SA 703 (R) came to the conclusion that the above-mentioned equation is not justified and that collecting bankers have a duty to ensure that they only present a cheque for collection on behalf of a client who is entitled to receive payment under it. It is inter alia submitted that an action under the *Lex Aquilia* should lie against a collecting banker on the grounds of negligence. The following statement by Golden J in the *Rhostar* case speaks for itself: "[A] paying banker has no knowledge whether or not a cheque is being collected on behalf of a person entitled to it and has to rely, and does rely, on the collecting banker to present a cheque for collection on behalf of the person to whom it is lawfully payable. [715]. . . If no duty of care is owed, it would follow that a banker need not examine or even look at the cheque to ascertain to whom it is payable. Such conduct would ensure that he had no knowledge that his customer had no right to the cheque and consequently he would not be liable for any loss incurred by the drawer (true owner)" (716).

Die invorderingsbankier is 'n bankier wat die invordering van 'n tjek vir sy kliënt onderneem. In die geval van die gekruisde tjek is die betrokkenheid van die invorderingsbankier by die tegeldemaking daarvan noodsaaklik omdat die tjek aan 'n bankier betaal moet word.¹ Indien die invorderingsbankier die invordering van die tjek onderneem vir 'n beskikkingsbevoegde kliënt, ontstaan die vraag na die aanspreeklikheid van die bankier teenoor die ware eienaar van die tjek.

Die Suid-Afrikaanse tjekreg, wat in die Wisselwet van 1964 vervat is, is hoofsaaklik oorgeneem uit die Engelse Bills of Exchange Act van 1882

¹Sien a 78 van die Wisselwet 34 van 1964 soos gewysig (Wisselwet). Vgl ook a 76 van die Bills of Exchange Act 1882 (45 & 46 Vict c 61) (BEA).

en die Cheques Act van 1957.² Hoewel die Suid-Afrikaanse tjekreg opvallende ooreenkomste met die Engelse tjekreg vertoon, het dit nogtans tot 'n groot mate 'n eie beslag gekry, hoofsaaklik as gevolg van die verskille wat daar tussen die eie en die Engelse privaatreë bestaan.³ Ten einde noodsaaklike perspektief ten opsigte van die aanspreeklikheid van die invorderingsbankier in die Suid-Afrikaanse reg te verseker, is 'n analise van die Engelse reg vooraf noodsaaklik.

I DIE ENGELSE REG

1 Inleiding

Indien die invorderingsbankier die invordering van die tjek onderneem vir 'n beskikkingsonbevoegde kliënt, is die bankier teenoor die ware eienaar aanspreeklik op grond van *conversion* of "money had and received".⁴ Die bankier is aanvanklik aanspreeklik gehou ongeag of hy die invordering van die tjek namens sy kliënt of vir homself as houër "vir waarde" onderneem. Aanspreeklikheid uit hoofde van *conversion* bestaan onafhanklik van die gesindheid van die bankier.⁵ As houër "vir waarde" van die tjek misken die bankier deur die verhandeling van die tjek of die aanbieding daarvan vir betaling, die regte van die ware eienaar daarvan. Deur die invordering van die tjek vir die beskikkingsonbevoegde het die bankier as "ministerial agent" self deel aan die *conversion*. Chorley⁶ stel dit soos volg:

"When a customer has no title to a cheque, its collection by his bank therefore amount to conversion, for it is in effect, however innocently, assisting the customer to carry through the conversion."

Ten einde die noodsaaklike voortgesette deelname van die bankier as invorderingsbankier te verseker, is die bankier beskerming verleen teen aanspreeklikheid uit hoofde van *conversion*. Die bepalinge van die Crossed

²(5 & 6 Eliz 2 c 36).

³Sien DV Cowen-L Gering *Cowen on the law of negotiable instruments in South Africa* (4e uitg 1966 Kaapstad-Wynberg-Johannesburg) 431-4; E Emmet "The Bills of Exchange Amendment Act 1943" 1944 *THRHR* 69.

⁴M Megrath-FR Ryder *Paget's law of banking* (1972 8e uitg London) 387 (Paget); LC Mather *Banker and customer relationship and the accounts of personal customers* (1963 2e uitg London) 134; *Morison v London County and Westminster Bank Ltd* 1914 3 KB 356 362; *Carpenter's Co v British Mutual Banking Co Ltd* 1938 1 KB 511 526 ev. Die aksie vir "money had and received" is hier 'n alternatiewe aksie vir *conversion*. Oor die grondslag van hierdie aksie kan moeilik standpunt ingeneem word en dit word nie verder bespreek nie. sien Paget 355-7. Wat die regte van die besitter aanbetref, sien a 55(2) BEA. Die aanspreeklikheid van die dief of vervalser word veronderstel.

⁵CHS Fifoot *History and Sources of the Common Law* (Tort and contract) (1949 London) 107 ev; *AL Underwood Ltd v Bank of Liverpool* 1924 1 KB 775. sien egter JA Jolowicz-TE Lewis-DM Harris *Winfield and Jolowicz on tort* (9e uitg 1971 London) 429 (Winfield-Jolowicz); Paget 346; *Lancashire and Yorkshire Railway Co v McNicoll* 1919 88 LJKB 601, 1918-1919 All ER 537 vir uitsonderinge.

⁶Chorley-JM Holden *Law of Banking* (1974 6e uitg London) 117 (Chorley). In die beslissing *AL Underwood Ltd v Bank of Liverpool* supra 791 word die *convert* handeling van die invorderingsbankier soos volg verder verduidelik: "Now bankers who collect borrow from their customers the proceeds when collected, and in collecting exhaust the operation of the cheque. These operations have been held to be conversion." Ook Mather 134.

Cheques Act 1876 is in hierdie verband oorgeneem in artikel 82 van die BEA⁷ en vervang deur artikel 4 van die Cheques Act.

2 Die beskerming van die invorderingsbankier

Artikel 4 (1) van die Cheques Act bepaal soos volg:

“Where a banker, in good faith without negligence –

(a) receives payment for a customer of an instrument to which this section applies; or

(b) having credited a customer's account with the amount of such an instrument, receives payment thereof for himself;

and the customer has no title, or a defective title, to the instrument, the banker does not incur any liability to the true owner of the instrument by reason only of having received payment thereof.”

Na die onbevredigende beslissing *Capital and Counties Bank v Gordon*⁸ is artikel 82 van die BEA by herhaling gewysig ten einde die invorderingsbankier beskerming te verseker.⁹ Deur artikel 4 van die Cheques Act het die wetgewer gepoog om die beskerming van die invorderingsbankier opnuut onder woorde te bring. Hierdie artikel is in teenstelling met artikel 82 van BEA nie tot 'n gekruisde tjek beperk nie.¹⁰

Artikel 4 van die Cheques Act bepaal dat die bankier te goeder trou en sonder nalatigheid moet optree wanneer betaling namens die kliënt *ontvang* word. Die invorderingsproses behels egter veel meer as net die ontvangs van die bedrag van die tjek betaalbaar. Ten einde beskerming te geniet, moet die optrede van die invorderingsbankier in die hele invorderingsproses te goeder trou en sonder nalatigheid wees.¹¹ 'n Letterlike interpretasie van artikel 4¹² ontnem die invorderingsbankier effektiewe beskerming teen aanspreeklikheid op grond van *conversion*.¹³ Die bankier kan byvoorbeeld teenoor die ware eienaar aanspreeklik gehou word op grond van die sogenaamde “formal preliminary acts, such as the banker stamping his name across the cheque”.¹⁴ Die goeie trou van die bankier word vermoed.¹⁵ Die vraag na die nalatige optrede van die bankier is egter bemoeilik omdat geen kontraktuele verhouding tussen die ware eienaar en die invorderingsbankier bestaan nie.¹⁶

⁷A 82 BEA bepaal soos volg: “Where a banker in good faith and without negligence receives payment for a customer of a cheque crossed generally or specially to himself, and the customer has no title or a defective title thereto, the banker shall not incur any liability to the true owner of the cheque by reason only of having received such payment.”

⁸1903 AC 240.

⁹Vgl die wysigingswette vanaf 1903 tot die Bills of Exchange (Crossed Cheque) Act 1906. Ook Chorley 139.

¹⁰Chorley 118; MD Chalmers *Chalmers on Bills of Exchange, A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques and Negotiable Securities* (1969 13e uitg deur Smout London) 312.

¹¹Page 392; BB Riley *The Law Relating to Bills of Exchange in Australia* (1964 2e uitg Sydney-Melbourne-Brisbane) 262-3.

¹²Vgl lord Reading in *Morison v London County and Westminster Bank* supra 367.

¹³Chorley 119; *Capital and Counties Bank Ltd v Gordon* supra 244.

¹⁴Page 391.

¹⁵Page 392; Riley 263.

¹⁶Page 393: “The assumption of this duty and liability to a stranger must be regarded as part of the price paid by bankers for protection under statute.” Ook Mather 139; *Lloyds Bank Ltd v Chartered Bank of India, Australia and China* 1929 1 KB 40 59.

Die plig wat op die invorderingsbankier rus, word beskryf as 'n statutêre plig teenoor die ware eienaar.¹⁷ Uit hoofde van hierdie verpligting word van die bankier 'n optrede verwag wat ooreenstem met die van 'n redelike besighheidsman ten opsigte van sy eie sake.¹⁸ Dit beteken egter nie dat die bankier die tjek aan 'n sogenaamde "microscopic examination" moet onderwerp of die wel en weë van elke tjek volledig moet navors nie.¹⁹ Van die invorderingsbankier word verwag om onder meer ondersoek in te stel na onreëlmatighede ten opsigte van die handtekeninge op die tjek,²⁰ dat 'n tjek betaalbaar ten gunste van 'n regspersoon of firma nie sonder meer vir 'n private rekening ingevorder sal word nie,²¹ en so meer.²² Die statutêre plig wat op die invorderingsbankier rus, is in botsing met daardie "duty" waaraan die bankier uit hoofde van die bankier-kliëntooreenkoms met die beskikkingsbevoegde gebonde is.²³ Dit laat die bankier met die onbenydenswaardige keuse om of sy kliënt onder bepaalde omstandighede in die verleentheid te stel of om as gevolg van sy versuiming om ondersoek in te stel, bloot te staan aan aanspreeklikheid op grond van *conversion*.²⁴ Die vereiste ondersoek wat deur die invorderingsbankier ingestel moet word ten einde die tjek sonder nalatigheid in te vorder, word beïnvloed deur die aard van die kruising. Die kruising van die tjek "nie verhandelbaar nie" het nie 'n verskerping van die wetlike verpligting van die invorderingsbankier teenoor die ware eienaar tot gevolg nie. Daarenteen word dit aanvaar dat die kruising van die tjek "account payee" gerig is aan die invorderingsbankier waardeur sy statutêre verpligting verskerp word.²⁵

Die noodsaaklike betrokkenheid van die invorderingsbankier by die tegeldemaking van die gekruisde tjek is bekend. Daarin is die ratio vir die beskerming van die invorderingsbankier teen aanspreeklikheid op grond

¹⁷Chorley 121-122; Riley 264.

¹⁸Paget 393; Mather 140. Die norme wat hier aangewend word, verander saam met die bankpraktyk; *Marfan and Co Ltd v Midland Bank Ltd* 1968 2 All ER 573, 579; *Selangor United Rubber Estates Ltd v Cradock and Others* 1968 1 WLR 1555, 1968 3 All ER 1073 1117. Voldoening aan die bankpraktyk sluit nie sonder meer nalatigheid uit nie; Riley 265-6.

¹⁹*Taxation Commissioners v English Scottish and Australian Bank* 1920 AC 683 688-90.

²⁰Bestaande handtekeninge moet gekontroleer word; FE Perry *Law and Practice relating to Banking* (172 2e uitg London) 133; Paget 397-9; Mather 154-7. Sien egter artikel 4(3) Cheques Act: "A banker is not to be treated for the purpose of this section as having been negligent by reason only of his failure to concern himself with absence of, or irregularity in, indorsement of an instrument" (ek kursiveer).

²¹Paget 399-414; Riley 267-72; Mather 150-4; Perry 125.

²²Die bankier is ook verplig om by die totstandkoming van die bankier-kliëntooreenkoms sekere inligting van die kliënt te bekom, waarvan sommige gekontroleer moet word; Mather 141-6; Chorley 122-3; Perry 124-5.

²³Chorley 141 beskryf die verpligtinge van die invorderingsbankier teenoor sy kliënt soos volg: "Like any other agent a collecting banker is under the duty to carry out his task with proper skill and diligence and to take all steps reasonably needful for the safeguarding of his principal's interests." Uit hoofde van hierdie verpligting moet die bankier die tjek behoorlik aanbied vir betaling, kennis van ontering gee ens; Chorley 142-4; Mather 133-4; *Schoiler v Westminster Bank Limited* 1970 3 All ER 177.

²⁴Paget 397.

²⁵Paget 257 e.v.; Chorley 133-4; Mather 158-9; *Akerokerri (Atlantic) Mines Ltd v Economic Bank* 1904 2 KB 465 472; *Universal Guarantee (Pty) Ltd v National Bank of Australasia Ltd* 1965 2 All ER 98 102; *AL Underwood Ltd v Bank of Liverpool* supra 793-4.

van *conversion* vervat. Ingevolge artikel 82 van die BEA is die invorderingsbankier slegs beskerming verleen indien die invordering van die tjek namens 'n kliënt plaasgevind het. Aan die betrokke bank as houër "vir waarde" in die sin van eienaar en skuldeiser uit die dokument is geen beskerming verleen nie.²⁶ Of die bankier vir homself of namens 'n kliënt optree, is 'n feitevraag.²⁷ Die invorderingsbankier word egter ook soms in sy optrede namens 'n kliënt geag 'n houër "vir waarde" te wees, maar word nie dáárom wetlike beskerming ontsê nie.²⁸ Artikel 27(3) van die BEA bepaal byvoorbeeld:

"Where the holder of a bill has a lien on its arising either from contract or by implication of law, he is deemed to be a holder for value to the extent of the sum for which he has a lien."

Deur regswerking verkry die bankier 'n "lien" ten opsigte van tjeks wat qua bank in sy besit kom vir geld wat aan hom verskuldig is.²⁹

Eiendomsreg en 'n "lien" op dieselfde saak is onbestaanbaar.³⁰ Daarom, ten spyte daarvan dat die bankier geag word 'n houër "vir waarde" te wees van tjeks wat ter invordering van 'n kliënt met 'n oortrokke bankrekening ontvang is, is die invorderingsbankier nie op grond hiervan alleen eienaar van en skuldeiser uit die dokument nie.³¹ Gevolglik is die bank deur artikel 82 van die BEA beskerm indien die tjek vir 'n beskikkingsonbevoegde ingevorder word. Die invorderingsbankier geniet egter nie beskerming nie en is skuldeiser uit die tjek indien 'n gekruisde tjek in kontant betaal word of 'n tjek uitdruklik ter delging of vermindering van 'n oortrokke rekening aan hom oorhandig word.³² Net so kan die bank eienaar van en skuldeiser uit die dokument word indien die kliënt toegelaat word om, voordat die tjek ingevorder is, daarteen te trek. Die bankier is 'n houër "vir waarde" indien 'n wisselkontrak tussen hom en die kliënt as gevolg van die onttrekking van fondse, tot stand kom.³³

In die beslissing *Capital and Counties Bank Ltd v Gordon*³⁴ is die funksie

²⁶Page 425-8; Chorley 115-7. Ook *Capital and Counties Bank Ltd v Gordon* supra 245; *Akrokerry (Atlantic) Mines Ltd v Economic Bank* supra 467-71.

²⁷*McLean v Clydesdale Bank* 1884 9 AC 95 108-10; *Baker v Barclays Bank* 1955 1 WLR 822, 1955 2 All ER 571 581-2.

²⁸Page 426; *Clarke v London and County Banking Co* 1897 1 QB 552. Ten einde die endossering van tjeks op aandrang van die invorderingsbankier te beperk, word die formalisme van houerskap, indien die bankier deur regswerking of deur ooreenkoms 'n retensiereg daarop verkry het, oorkom deur art 2 Cheques Act. Dit bepaal soos volg: "A banker who gives value for, or has a lien on a cheque payable to order which the holder delivers to him for collection without indorsing it, has such (if any) rights as he would have had if, upon delivery, the holder had indorsed it in blank." Ook *Barclays Bank Limited v Astley Industrial Trust Limited* 1970 1 All ER 719.

²⁹*Brandao v Barnett and Others* 1846 12 Cl & Fin 787, 8 ER 1622. Ook FR Malan *Die Reëlmatige Houër in die Wisselreg* (1975 Pretoria) 407; Page 426.

³⁰Malan *Die Reëlmatige Houër* 408.

³¹Page 427. "The ordinary holder for value is the person in whom absolute property of the bill is vested. The use of the word 'lien' in the subsection (27(3)) points therefore to the artificial and restricted nature of the holding for value therein referred to."

³²Mather 131-2; Perry 130-1; *McLean v Clydesdale Banking Co* supra 110-1.

³³Malan *Die Reëlmatige Houër* 408.

³⁴supra 246.

van die invorderingsbankier voor betaling van die tjek deur die betrokke bankier beperk tot dié van 'n "conduit pipe" en na betaling tot dié van 'n werknemer van die kliënt wat die inbetaling van die geld by die bank onderneem. In vermelde saak is ook beslis dat die invorderingsbankier deur die kreditering van die rekening van 'n beskikkingsonbevoegde kliënt, wat toegelaat word om, voordat die tjek inderdaad ingevorder is daar een te trek, die statutêre beskerming van artikel 82 van die BEA ontbeer. Na aanleiding van hierdie beslissing het die opvatting bestaan dat die bankier wetlike beskerming ontbeer selfs waar geen onttrekking voor daadwerklike invordering van die tjek plaasgevind het nie.³⁵ Vermelde beslissing was direk in stryd met bestaande bankpraktyk³⁶ en het die beskerming van die invorderingsbankier deur artikel 82 van die BEA grootliks alle praktiese waarde ontnem.³⁷ In latere beslissings³⁸ is die bankier egter slegs as houër "vir waarde" beskou indien 'n onderneming uitdruklik of stilswygend bestaan op grond waarvan die kliënt voor invordering van die tjek geregtig is om daarteen te trek. Die gevolge van die *Gordon*-beslissing strek verder as die wetswysiging wat onmiddellik daarna die lig gesien het. Die invloed daarvan is duidelik waarneembaar in die wyse waarop die invorderingsbankier in artikel 4 van die Cheques Act beskerming verleen word.

Ingevolge artikel 4 van die Cheques Act is die invorderingsbankier nie teenoor die ware eienaar van die tjek waarop sy kliënt geen regte het nie, aanspreeklik nie indien hy betaling vir die kliënt ontvang, of "having credited a customer's account . . . receives payment for himself . . . by reason only of having received payment" (ek kursiveer). Na aanleiding van die *Gordon*-beslissing bestaan die opvatting dat die bankier na kreditering van die rekening van sy kliënt vir homself die bedrag van die tjek invorder. Daarom die bepaling dat die bankier nie aanspreeklik is nie "by reason only of having received payment". Die bankier is slegs 'n houër "vir waarde" indien 'n wisselkontrak tot stand gekom het. Of artikel 4 van die Cheques Act die regsposisie van die invorderingsbankier verander, is nie duidelik nie.

Ingevolge artikel 4(3) is invordering deur die bankier nie nalatig nie "by reason only of his failure to concern himself with absence of, or irregularity in, indorsement of an instrument". Die vraag is of die bankier beskerm word indien die tjek vir homself, as eienaar van en skuldeiser uit die dokument ingevorder word. Paget³⁹ antwoord hierop:

"It is today accepted that a collecting banker may collect for a customer, and plead the protection of the Statute, and at the same time collect for himself; to put it in another way, a banker may plead the protection of the Statute even though he is a holder in due course of the cheque . . . or a mere holder for value to the extent of his lien."

Ten slotte kan opgemerk word dat die bydraende nalatigheid van die

³⁵Chorley 139; Chalmers 312.

³⁶Mather 135-6; Paget 388.

³⁷Chorley 139; Cowen-Gering 429.

³⁸*Akrokerry (Atlantic) Mines Ltd v Economic Bank* supra 470; *Westminster Bank Limited v Zang* 1965 1 All ER 1023 1029; *Midland Bank Limited v RV Harris Limited* 1963 1 WLR 1021, 1963 2 All ER 685.

³⁹425.

ware eienaar die omvang van sy eis teen die invorderingsbankier mag beïnvloed.⁴⁰

II DIE SUID-AFRIKAANSE REG

In die analise van die regsposisie van die invorderingsbankier moet duidelik onderskei word tussen die optrede van die bankier as agent van sy kliënt – ’n optrede as invorderingsbankier in die ware sin – en die optrede as eienaar van en skuldeiser uit die dokument.

1 Die bankier as eienaar van en skuldeiser uit die tjek

Die bankier kan eienaar van en skuldeiser uit die tjek word,⁴¹ selfs van die tjek wat ter invordering aan hom oorhandig is. In die uitoefening van die aansprake uit die tjek wat ter invordering ontvang is, geniet die bankier regtens die voordele van formele legitimasie as skuldeiser, sonder dat die formele voorskrifte van endossering op naam of in blanko nagekom is.⁴² Die bankier word kragtens artikel 84 van die Wisselwet nie benadeel deur die afwesigheid van ’n endossement of deur ’n onreëlmatigheid ten opsigte van die endossering van die tjek nie. Die bankier kan die regte uitoefen waaroor hy sou beskik het indien die endossering van die tjek in orde was.⁴³

Die bankier, wat ook as reëlmatige houër kan kwalifiseer, word eienaar van en skuldeiser uit die tjek indien dit ingevolge ’n wisselkontrak verkry word.⁴⁴ So ’n kontrak kom onder meer tot stand indien die bankier ’n houër “vir waarde” van die tjek is. Dit mag die geval wees ten opsigte van ’n tjek, wat op ’n ander bank getrek is en wat in kontant betaal word, of ter delging van ’n oortrokke rekening by die bank inbetaal word.⁴⁵ Die bank is houër “vir waarde” indien ’n kontrak uitdruklik of by implikasie bestaan dat die bankier voor daadwerklike invordering van die ingelewerde tjeks uitbeta-

⁴⁰Chorley 135; Perry 127; *Lumsden and Co v London Trustee Savings Bank* 1971 1 L1 Rep 114.

⁴¹Malan *Die Reëlmatige Houër* 403–5. Ook *Fonds Adviseurs Bpk v Trust Bank van Afrika Bpk* 1974 4 SA 883 (A) 891; *Standard Bank of SA Ltd v Minister of Bantu Education* 1966 1 SA 229 (N) 249.

^{42a} 84 Wisselwet: “Indien ’n tjek . . . wat aan order betaalbaar is, deur die houër daarvan aan ’n bankier ter invordering oorhandig word, en sodanige tjek, wissel of stuk nie deur sodanige houër geëndosseer is of nie reëlmatig deur hom geëndosseer is nie, het sodanige bankier die regte, indien daar is, wat hy sou gehad het indien by sodanige oorhandiging die houër reeds ’n blanko endossement daarop aangebring het.” Vgl ook a 2 Cheques Act. Sien my “Artikel 84 van die Wisselwet 1964 – ’n interpretasie-probleem?” 1977 *De Rebus* 196 ev.

⁴³Vgl a 84 Wisselwet. Die definisie van houër word nie verander nie, nog minder kan reëlmatige houerskap verkry word sonder dat aan die voorskrifte van a 27 Wisselwet voldoen is; Malan se vonnisbespreking van *Volkskas Beperk v Darrenwood Electrical (Pty) Ltd* 1973 2 SA 386 (T) in 1974 *De Jure* 59 60–61. Contra: Cowen-Gering 449–50; *Volkskas Bpk v Bloems Timber Kilns (Pty) Ltd* 1975 4 SA 108 (W); *Bloems Timber Kilns (Pty) Ltd v Volkskas Bpk* 1976 4 SA 677 (A). Die regte van die reëlmatige houër kan wel daardeur verkry word. Die bankier is ten onregte die regte van die reëlmatige houër in *Volkskas Bpk v Darrenwood Electrical (Pty) Ltd* supra ontsê omdat a 84 nie toegepas is nie.

⁴⁴Malan *Die Reëlmatige Houër* 408.

⁴⁵Vgl *Netherlands Bank of South Africa (Pty) Ltd v Smith* 1971 3 SA 647 (W) 650 ev; Cowen-Gering 439.

lings op grond daarvan ten gunste van die kliënt sal maak.⁴⁶ Die bank kan ook ingevolge art 25(3) geag word 'n houër "vir waarde" te wees indien hy 'n retensiereg wat deur kontrak of regswerking ontstaan, op die tjek verkry het. In die Suid-Afrikaanse reg kan so 'n retensiereg inderdaad slegs uit kontrak ontstaan. Dit beteken dat die bankier wat 'n retensiereg verkry het, nie op grond daarvan alleen 'n houër vir waarde is nie. Sy beregtiging as skuldeiser ontstaan in beginsel steeds uit 'n wisselkontrak.⁴⁷

As eienaar van en skuldeiser uit die tjek is die bankier in dieselfde posisie as 'n besitter wat betref aanspreeklikheid teenoor die ware eienaar. In die Engelse reg kan die trekker latere besitters van die tjek op grond van *conversion* of "money had and received" aanspreeklik hou.⁴⁸ Dit is nie so duidelik wat sy regte, afgesien van die besondere bepalinge van artikel 81 van die Wisselwet, in die Suid-Afrikaanse reg is nie.⁴⁹

Die regte van die eienaar van 'n gesteelde saak word soos volg uiteengesit:⁵⁰

"[H]e may follow his property and vindicate it anywhere, provided it is still *in esse*. And he may bring an action *ad exhibendum* to recover the property or its value against the thief or his heirs, or against any person who has received it with knowledge of the tainted title."

Die eienaar van 'n gesteelde tjek kan dit tydens die bestaan daarvan, van enige besitter, met uitsondering van die reëlmatige houër of 'n verkryger

⁴⁶Sien by *Netherlands Bank of South Africa (Pty) Ltd v Smith* supra 647-50; *Volkskas Bpk v Zagnoiev* 1958 2 SA 550 (W) 553; *Volkskas Bpk v Bloems Timber Kilns (Pty) Ltd* supra 119-20; *Freeman v Standard Bank of South Africa Ltd* 1905 TH 26 31. Myns insiens moet die totstandkoming van 'n uitdruklike of stilswyende ooreenkoms nie as absolute voorvereiste gestel word nie. Die benadering van rr Danckwerts en Salmon in die beslissing *Westminster Bank Ltd v Zang* (1965) 1 All ER 1023 waarin laasgenoemde soos volg verklaar, is verkieslik: "In my judgement this Court certainly did not lay down that in no circumstances could a bank become holders for value save by an express or implied contract to honour cheques drawn against the uncleared cheques. An obvious way of becoming a holder for value is to give value by honouring a cheque drawn against an uncleared cheque whether or not there is an antecedent agreement to do so". Die vraag is immers nie *slegs* of 'n ooreenkoms tussen die bankier en 'n kliënt bestaan ingevolge waarvan die kliënt voor daadwerklike invordering van ingelewerde tjeks onttrekkings op grond daarvan kan maak nie, maar of die bank die tjek onder beswarende titel verkry het. Die bank verkry die tjek onder beswarende titel slegs wanneer die bank regtens verplig is tot die verlening van krediet op sterkte van ingelewerde tjeks of andersins na uitoefening van sy diskresie, inderdaad presteer het. FR Malan "Oor waarde, banke en die reëlmatige houër" 1977 *THRHR* 126 ev. In die beslissing *Danka v Barclays Bank DCO* 1967 4 SA 291 (T) is aansienlik gesteun op die benadering in die *Westminster Bank Ltd v Zang*-beslissing supra. Dit is egter jammer dat die appèlhof in die beslissing *Bloems Timber Kilns (Pty) Ltd v Volkskas Bpk* supra 687 die vraag of bogenoemde benadering in die Suid-Afrikaanse reg aanvaarbaar is, oop gelaat het.

⁴⁷Vgl Malan *Die Reëlmatige Houër* 406-11.

⁴⁸supra voetnoot 4.

⁴⁹Die afdwingbaarheid van die verhaalsreg van die trekker mag afhanklik daarvan wees of 'n vervalsde of ongemagtigde handtekening geadopteer of bekragtig is en van 'n moontlike verweer van estoppel; vgl Malan *Die Reëlmatige Houër* 451; *Universal Stores Ltd v OK Bazars* (1929) *Ltd* 1973 4 SA 747 (A) 760-1. Ook J Sinclair "The rights of the true owner of stolen bill" 1972 *SALJ* 414.

⁵⁰*Leal and Co v Williams* 1906 TS 554 558-9. Ook *John Bell and Co v Esselen* 1954 1 SA 147 (A) 153; *Campbell v Blue Lime Association Limited* 1918 TPD 309 311-12.

van hom,⁵¹ met die rei vindicatio opvorder. Die rei vindicatio is geen effektiewe remedie om die ware eienaar vir die skade, wat volg op die reëlmatige betaling van 'n gesteelde en vervalsde tjek, te vergoed nie. In die regspraak word die ware eienaar egter sekere regte toegeken op grond van Voet 6 1 10.⁵²

Oor die interpretasie van hierdie teks bestaan nie eenstemmigheid nie.⁵³

Uit hoofde van Voet 6 1 10 kan die ware eienaar male fide-hanteerders van die tjek op grond van onregmatige daad aanspreek. Dit is opvallend dat nalatigheid as skuldvorm nie 'n element van hierdie onregmatige daad is nie.⁵⁴ Bona fide-hanteerders van die tjek wat nalatige, hoewel onskuldige persone insluit, so word verklaar,⁵⁵ is nie teenoor die eienaar aanspreeklik

⁵¹Die reëlmatige houer verkry in beginsel eiendomsreg van die tjek; Malan *Die reëlmatige Houer* 217–8.

⁵²*Commentarius ad pandectas* (1698–1704 Den Haag). Sien *Leal and Co v Williams* supra 311–2. Gane *The selective Voet, being the commentary on the pandects* (Paris Edition 1829) by Johannes Voet and the supplement to that work by Johannes van der Linden (Durban 1955–58) 220–1 vertaal Voet 6 1 10 soos volg: “Owner cannot vindicate price of stolen property – But though an owner of stolen property can vindicate it, he nevertheless, if it has been sold off, has no right of vindicating the price realized from it, or perhaps not yet paid but still due. The price of my property which has been sold off by another not in my name is not mine, nor does it take the place of the property in particular proceedings. Thus it is not put by substitution into the place of the property stolen and is not itself of the nature of stolen property.

Owner has personal action for price of stolen property against those who got it knowing it stolen – At the same time it can by no means be denied that one who has suffered a theft will have a personal action for production (*ad exhibendum*) with a view to the recovery of the price of property stolen and alienated or used up, and will rank concurrently with the other simple creditors on note of hand not only against the thief or his heir (of whom we shall treat elsewhere), but also against those who came by the stolen property in bad faith and with knowledge, and then in turn sold it off or used it up. It appears that no mercy should be shown to those who by purchasing stolen property in that way have in a manner made themselves sharers in the wrongdoing, and are deservedly to be considered as on the same footing as those who have in ill fraud ceased to possess. A different rule would have to be laid down in the case of those who, just as they came by the stolen property in good faith, so again sold it off with equal good faith. That is because on account of their good faith they cannot appear to be bound either on wrongdoing or on any contract or quasi-contract or by natural fairness, inasmuch as they have not been in any way enriched to the loss of another.

Many think owner has action for any profit made – It may be an exception if you suppose that stolen property has been bought by such persons for a rather small amount, or has accrued to them by lucrative title, and afterwards has been sold off at a somewhat high figure. In such a case many take the view that they are held liable to the owner of the purloined property to the extent at least of the excess which is in their hands as a result of the sale. Nor is this without plausibility, provided that the owners have neither obtained the stolen property nor any indemnity for it. The rule of natural fairness that no one ought to be enriched to the disadvantage of another would then assert its place.”

⁵³Vgl De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* (2e uitg 1971 Kaapstad–Wynberg–Johannesburg) 76–78 188–9.

⁵⁴De Vos 78. Ook *Campbell v Blue Lime Association Ltd* supra 312: “It was said there is a general duty on every member of the public not to receive stolen goods . . . I cannot agree with this contention. There is in my opinion no duty cast upon a person to suspect everybody else.” Ook *Morobane v Bateman* 1918 AD 460 466; *John Bell and Co v Esselen* supra 153; Voet 6 1 33. Sien egter *Leal and Co v Williams* supra 559. Wat aanspreeklikheid van die mala fide-hanteerder op grond van ongegronde verryking betref, sien De Vos 75–6.

⁵⁵Voet 6 1 10. Vgl *Morobane v Bateman* supra 465–6.

nie, omdat hulle nie deelgenote aan die onregmatige daad is nie. Daar bestaan ook nie 'n kontraktuele of quasi-kontraktuele verhouding tussen die eienaar en bona fide-hanteerder nie en die behoefte tot natuurlike geregtigheid ontbreek omdat geen *ongegronde* verryking plaasgevind het nie.⁵⁶

Die vraag is derhalwe of die ware eienaar met die *condictio sine causa* sy verlies van latere bona fide-besitters kan verhaal. Die *condictio sine causa* kom ter sprake omdat die *negotium* vereiste wat in die Romeinse reg gegeld het, nie in die Romeinse-Hollandse en Suid-Afrikaanse reg gestel word nie.⁵⁷ In vermelde teks verwys Voet na die standpunte van skrywers⁵⁸ ingevolge waarvan bona fide-besitters wat die saak *ex causa lucrativa* ontvang het of wat dit *ex onerosa causa* verkry het, maar met 'n wins van die hand gesit het, vir die bedrag van die tjek of die wins onderskeidelik aanspreeklik is.⁵⁹

Die aanspreeklikheid van die bona fide-hanteerder van 'n gesteelde saak in die Suid-Afrikaanse reg is egter nie duidelik nie. In die beslissing *Van der Westhuizen v MacDonald and Mundel*⁶⁰ is die bona fide-hanteerder wat die saak *ex onerosa causa* verkry het, nie aanspreeklik gehou nie. Daarenteen is die mening obiter in die beslissing *Campbell v Blue Lime Association*⁶¹ uitgespreek dat die hanteerder wat die saak *ex causa lucrativa* verkry het vir die prys waarvoor die saak verkoop is, aangespreek kan word en dat die hanteerder wat die saak *ex causa onerosa* verkry het vir die wins wat op die saak gemaak is, aanspreeklik is. In die lig van hierdie standpunt meen De Vos,⁶² dat die bona fide-hanteerder, wat die saak *ex onerosa causa* verkry het, nie aangespreek kan word nie. Die vraag of die hanteerder wat die saak *ex causa lucrativa* ontvang het, aanspreeklik gehou kan word, is nog onbeantwoord.

'n Verdere vraag is of die eienaar van 'n tjek dieselfde regte het of behoort te hê as die eienaar van 'n ander roerende stoflike saak? Moet die hanteerder te goeder trou, wat nie reëlmatige houër is nie, beskerming verleen word ten koste van die ware eienaar?⁶³ Die verhaalsreg van die ware eienaar uit hoofde van die *condictio sine causa* is onbevredigend. Die opvatting bestaan verder ook dat, na aanleiding van Voet 6 1 10, ander *condictiones* ook nie vir die ware eienaar teenoor bona fide-hanteerders van die tjek beskikbaar is nie.⁶⁴

Waar die vraag of die *condictio indebiti* die ware eienaar toekom, ter sprake gekom het, is dit ook op ander gronde van die hand gewys. Indien

⁵⁶Sien Voet 6 1 10.

⁵⁷De Vos 70-8 187-90.

⁵⁸Voet verwys o.a. na die opvattinge van Carpzovius en Struvius; sien Gane 221; *Van der Westhuizen v MacDonald and Mundel* 1907 TS 933 941.

⁵⁹Voet aanvaar oënskynlik die opvatting dat die bona fide-hanteerder vir die wins aanspreeklik is; De Vos 77. Sien egter *Van der Westhuizen v MacDonald and Mundel* supra 941-2.

⁶⁰supra 941 e.v.

⁶¹supra 311 e.v. Vgl ook *Union Government v Lombard* 1926 CPD 150.

⁶²189.

⁶³Vgl JE Scholtens "Elusive payments and the *condictio indebiti*" 1959 *SALJ* 119 (Scholtens "*Condictio Indebiti*").

⁶⁴*John Bell and Co v Esselen* supra 153. Vgl *Van der Westhuizen v MacDonald and Mundel* supra 942. Die *John-Bell*-beslissing kan slegs regverdig word op grond daarvan dat die ontvanger van die tjek uit hoofde van Voet 6 1 10 nie *ongeregverdig* verryk is nie.

'n tjek, waarvan die handtekening van die trekker vervals is, betaal word onder omstandighede waar die regmatige debitering van die rekening van die kliënt, selfs nie eers deur die werking van die Wisselwet kon plaasvind nie, kan die trekker in plaas daarvan om op die herkreditering van sy rekening aan te dring, nie met die *condictio indebiti* teen die ontvanger slaag nie. Die *trekker* het immers geen betaling gemaak nie! Die verryking van die ontvanger geskied nie ten koste van die ware eienaar nie, maar ten koste van die betrokke-bankier.⁶⁵ Indien 'n tjek egter afgegee word ter betaling van 'n vermeende skuld en deur die bankier betaal word onder omstandighede waar die debitering van die rekening van die trekker regmatig plaasvind, is die ontvanger wel ten koste van die trekker verryk. Betaling deur die bank is betaling namens die trekker.

In *John Bell and Co v Esselen*⁶⁶ is die *condictio indebiti* van die trekker (maatskappy) teen die nemer van die tjek onder die volgende omstandighede afgewys: Die sekretaris en bestuurder van 'n maatskappy, wat gemagtig was om tjeks van die maatskappy te trek, het 'n tjek van die maatskappy aan die nemer gelewer ter betaling van 'n persoonlike skuld van die sekretaris. Die betrokke-bank betaal die bedrag daarvan aan die nemer. Die hof bevind dat onder hierdie omstandighede die *condictio indebiti* nie kan slaag nie, omdat daar nie 'n bewuste (onverskuldigde) betaling deur die trekker-maatskappy plaasgevind het nie. Nòg die kennis van betaling, nòg die doel waarvoor dit geskied het, kan die maatskappy toegereken word.⁶⁷ Die hof beskou die betaling deur die bank nie as betaling namens die trekker nie!⁶⁸

"It seems somewhat surprising that when a payment has been made by a banker from the account of one of his customers to the payee of a cheque it should be held that for the purposes of *condictio no payment* has been made by the customer."⁶⁹

Indien die bank 'n betaling maak uit hoofde van 'n tjek wat op hom getrek is, word inderdaad twee betalings gemaak.⁷⁰ Die bank betaal in die eerste plek sy eie skuld aan sy skuldeiser (trekker). In die tweede plek betaal die bank namens die trekker aan die derde (nemer). Die antwoord op die vraag of die trekker 'n bewustelike betaling gemaak het, is derhalwe daarin geleë dat die bank betaal ter uitvoering van 'n algemene opdrag uit hoofde van die bankier-kliëntooreenkoms.⁷¹ Honoré⁷² en Scholtens⁷³ wys daarop dat 'n bestaande algemene opdrag om betalings te maak voldoende is om die *condictio indebiti* aan die opdraggewer te laat toekom. Dit beteken dat daar ondanks die onkunde van die opdraggewer, 'n betaling ingevolge sy algemene opdrag plaasvind en dat derhalwe 'n bewustelike betaling vir die doel-

⁶⁵Vgl Cowen-Gering 398; Sinclair "The rights of the true owner of stolen bill" 418,

⁶⁶supra 150-3.

⁶⁷Op 151. Cowen-Gering 388 regverdig hierdie beslissing deur van die standpunt uit te gaan dat die dokument nie 'n geldige tjek is nie en dat die maatskappy gevolglik nie verlies gely het nie. Sien egter hoofregter Centlivres te 151D.

⁶⁸Vgl ook *CIR v Visser* 1959 1 SA 452 (A)

⁶⁹Honoré "Condictio and payment" 1958 *Acta Juridica* 135.

⁷⁰De Vos 164.

⁷¹De Vos 164.

⁷²136.

⁷³"*Condictio indebiti*" 121-2.

eindes van die *condictio indebiti* plaasgevind het.⁷⁴ Dit beteken egter nie dat die kennis van die onverskuldigheid van die prestasie die opdraggewer toegereken word nie. 'n Bewustelike betaling deur die trekker kan byvoorbeeld plaasvind as gevolg van die misleiding van 'n derde oor die verskuldigheid van die prestasie.⁷⁵ Die afwysing van die *condictio indebiti* deur die hof op grond daarvan dat die elemente van hierdie *condictio* ontbreek, is onoortuigend.⁷⁶

Hierdie regte van die ware eienaar teenoor besitters van die tjek nadat dit gesteel is of verlore geraak het op grond van onregmatige daad en verryking, is onseker en nie bevredigend georden nie. Dit moet verkieslik deur wetgewing uitdruklik gereël word. Die ware eienaar in die Suid-Afrikaanse reg is ook, wat betref sy verhaalsreg teenoor besitters van die tjek, in 'n nadeliger posisie as die ware eienaar in die Engelse reg hoofsaaklik omdat *conversion* nie 'n onregmatige daad in Suid-Afrika is nie.⁷⁷ Deur artikel 81 van die Wisselwet word die ware eienaar van 'n tjek wat "nie verhandelbaar nie" gekruis is egter 'n mate van beskerming verleen teen die skade wat as gevolg van die diefstal of verlies van die tjek ontstaan.⁷⁸

2 Artikel 81 van die Wisselwet

Ingevolge artikel 81(1) word die ware eienaar van 'n tjek wat "nie verhandelbaar nie" gekruis is besondere regte teenoor besitters van 'n tjek, wat gesteel of verlore geraak het, verleen. Indien die ware eienaar skade ly as gevolg van die diefstal of verlies van die tjek en dit betaal word onder omstandighede waar die betrokke-bankier nie teenoor die ware eienaar aanspreeklik is nie, kan hy die bedrag van die tjek of sy skade, welke die minste is, verhaal van daardie besitters van die tjek nadat die diefstal of verlies daarvan plaasgevind het en wat òf 'n teenprestasie daarvoor gegee het òf dit as begiftigde ontvang het. Dit is opvallend dat in artikel 81(1) nie vermeld word dat die optrede van die ware eienaar sonder nalatigheid moet wees nie. Daar word ook nie vermeld tot welke mate die ware eienaar deur die werking van estoppel sy aansprake ontnem word nie.⁷⁹ Verder is artikel 81(1) slegs van

⁷⁴Honoré 136: "The principle is stated quite generally by Paul: *Qui mandat solvi ipse videtur solvere*. One who gives a mandate for payment to be made is regarded as making payment himself. The authorisation need not then be a special one and need not refer to the very transaction in question; a general authorisation suffices."

⁷⁵Vind die opmerkinge van De Vos 328 en Van der Walt "Die *condictio indebiti* as verrykingsaksie" 1966. *THRHR* 220 228 enigsins byval, behoort die *condictio* des te meer in hierdie omstandighede aanwending te vind.

⁷⁶Sien verder Scholtens "*Condictio indebiti*" 119; Scholtens "Unjust enrichment" 1959 *Annual Survey of South African Law* 112; De Vos 163-5; Sinclair "Rights of true owner of stolen bill" 415-9.

⁷⁷Emmet 67-9; *Leal and Co v Williams* supra 557-8.

⁷⁸Sien a 1 van die Bills of Exchange Amendment Act 1943 wat later opgeneem is as a 81 van die Wisselwet. Ook Emmet 65.

⁷⁹Sien Sinclair "Beware of the 'not negotiable' crossing" 1974 *SALJ* 157 161-2 (Sinclair): "As the doctrine (action for conversion) is not part of our common law, and was extended by the legislature only to a specific class of persons who were true owners of specific instruments . . . it might possibly be said that section 81(1) confers a benefit on a certain section of the community. But if it were possible for a drawer (say) to include in the drawing of a cheque a waiver of his right contained in section 81(1), it may be conceivable that he could estop himself from using this right by his conduct." Vgl ook *Universal Stores Ltd v OK Bazaars* (1929) *Ltd* supra 760-2.

toepassing indien die betaling van die tjek plaasgevind het onder omstandighede waar die bankier nie uit hoofde van die wet aanspreeklik is nie – ’n verwysing na artikel 72(1) en 78(4) van die Wisselwet. Die aanspreeklikheid van besitters teenoor die ware eienaar is tipies die aanspreeklikheid op grond van die onregmatige daad *conversion* van die Engelse reg.⁸⁰ Die verhaalsreg van die ware eienaar bestaan slegs indien hy skade ly as gevolg van die *diefstal* of *verlies* van die tjek.⁸¹

In *Pafitis v Naoumoff*⁸² is ten opsigte van ’n soortgelyke statutêre maatreef in die Rhodesiese wetgewing⁸³ beslis dat dieselfde betekenis aan die begrip “diefstal” gegee moet word as in die strafreg.

“[I]t can . . . be said to be well settled that theft by false pretences, whilst sometimes chargeable as fraud, is in Roman-Dutch law essentially a species of theft. It seems to me to follow that property which is parted with as a result of theft by false pretences can therefore be described as stolen property^[84]. . .”

Die ware eienaarskap van die eiser beteken egter dat eiendomsreg of ’n beperkte saaklike reg in hom gesetel gebly het. Die vraag is derhalwe nie of “diefstal deur valse voorwendsels” as diefstal of bedrog gekategoriseer moet word nie,⁸⁵ maar of eiendomsreg of ’n ander saaklike reg behou is⁸⁶ – of die eiser normaalweg eiendomsreg op die saak volgens *sakeregtelike* norme behou het. “Diefstal deur valse voorwendsels”, wat die oorgang van eiendomsreg op die saak volgens sakeregtelike norme tot gevolg het, is nie diefstal vir die doeleindes van artikel 81(1) van die Wisselwet nie, ongeag of dit as bedrog of as diefstal gekategoriseer word en onafhanklik daarvan of eiendomsreg “volgens die strafreg” oorgegaan het.⁸⁷ Die diefstal of *verlies* van die tjek dui op onvrywillige besitsverlies sonder die bedoeling om eiendomsreg daarop oor te dra. Volgens die eusdem generis-reël van wetsuitleg behoort die begrip diefstal ook beperk te word tot verlies anders as afstanddoening met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Die kruising van die tjek “nie verhandelbaar nie” beteken slegs dat oorspronklike regsverkryging van ’n beskikkingsonbevoegde nie moontlik is nie.⁸⁸ Dit beteken egter nie dat die ware eienaar nie sy aansprake op die tjek kan oordra en dat die eiendomsreg op die tjek nie kan verwissel nie.⁸⁹ Vanuit ’n regspolitiese oogpunt

⁸⁰Vgl Emmet 70; *Standard Bank of SA Ltd v Minister of Bantu Education* supra 238.

⁸¹*South African Railway and Harbours v Outfitters (Pty) Limited* 1952 4 SA 488 (N) 492: “It seems reasonable to suppose that one of the objects of the legislature . . . was to cover the case of cheques which were stolen before they has ever left the drawers possession” (ek kursiveer).

⁸²1965 4 SA 591 (SR) 593.

⁸³a 86(1) van die Bills of Exchange Act (Chapter 218).

⁸⁴Ek kursiveer.

⁸⁵Vgl De Wet en Swanepoel *Strafreg* (3e uitg 1975 Durban) 391–401; Hunt *South African Criminal law and procedure* vol II (1970 Cape Town–Wynberg–Johannesburg) 576–8; AJC Copeling se vonnisbespreking van *Pafitis v Naoumoff* 1965 4 SA 591 (SR) in 1966 *THRHR* 261 e.v.

⁸⁶Sien egter *Pafitis v Naoumoff* supra 593.

⁸⁷Vgl Hunt 577–8.

⁸⁸a 80 van die Wisselwet. Sien ook Cowen–Gering 435; *OK Bazaars (1929) Ltd v Universal Stores Ltd* 1973 2 SA 281 (K) 178–84. ’n Wissel waarop die woorde “nie verhandelbaar nie” geplaas is, is nie nie-oordraagbaar nie; *Dungarvin Trust Ltd v Impor Refrigeration Co Ltd* 1971 4 SA 300 (W) 301–2.

⁸⁹Riley 259; Chorley 100; Paget 251.

beskou, bestaan daar derhalwe geen grond vir die beskerming van die misleide, wat die tjek gelewer het met die bedoeling om sy regte daarop oor te dra, ten koste van 'n bona fide-besitter nie.

Die begrip "skade" in artikel 81(1) moet in sy gewone betekenis van die deliktereg verstaan word.⁹⁰ Die leerstuk dat die vergoeding van die skade vanuit 'n ander onafhanklike bron nie die regte van die benadeelde beïnvloed nie – *res inter alios acta (alteri nocere non debet)*⁹¹ geld ook in die geval van die "exceptional conversion – type of liability" van die Suid-Afrikaanse tjekreg.⁹² Hierdie stelreël berus nie op 'n "punitive element" nie,⁹³ daarom is die vraag of die hanteerder van die tjek 'n "wrongdoer" is al dan nie, nie by die toepassing daarvan ter sake nie.⁹⁴

Nie elke besitter van 'n tjek wat "nie verhandelbaar nie" gekruis is, is uit hoofde van artikel 81(1) teenoor die ware eienaar aanspreeklik nie – slegs daardie besitter wat of 'n teenprestasie vir die tjek gelewer het of dit as begiftigde ontvang het. Ingevolge artikel 81(2), (3) en (4) word 'n besitter soms geag 'n teenprestasie vir die tjek te gee het of dit as begiftigde te geneem het. Die betekenis wat in beginsel egter aan die begrip "teenprestasie" gegee moet word, blyk uit die beslissing *Fonds Adviseurs Beperk v Trust Bank van Afrika Beperk*.⁹⁵ Hiervolgens moet die begrip "teenprestasie" in sy gewone betekenis van 'n quid pro quo verstaan word.⁹⁶ Die uitgangspunt is dus dat die wetgewer artikel 81(1) in beginsel slegs van toepassing wil maak op die besitter van die tjek in eie reg en nie op die agent, dienaar en invorderingsbankier wat slegs 'n agent is nie.

Die besitter van die tjek wat 'n teenprestasie daarvoor gegee het, of dit as begiftigde geneem het, is nie teenoor die ware eienaar aanspreeklik nie indien die tjek toe hy besitter daarvan geword het, nie gelyk het asof dit gekruis is nie, of 'n kruising gehad het wat uitgewis is en die woorde "nie verhandelbaar nie" daarop het, of daarop woorde was wat die woorde "nie verhandelbaar nie" kan gewees het en uitgewis is.⁹⁷ Indien die ware eienaar sy skade van 'n besitter van die tjek verhaal het, verkry sodanige besitter, indien hy die tjek te goeder trou en sonder kennis van enige gebrek in die titel van die oordraggewer geneem het, dieselfde verhaalsreg teenoor vorige besitters van die tjek wat 'n besitter geword het nadat dit gesteel of verlore geraak het of dit as begiftigde geneem het.⁹⁸ Die betrokkenheid van

⁹⁰*HK Outfitters (Pty) Ltd v General Assurance Society Ltd* 1975 1 SA 55 (T) 65.

⁹¹Regter Botha verduidelik soos volg in *HK Outfitters (Pty) Ltd v General Assurance Society Ltd* supra 63: "It is clear . . . that the maxim does not postulate any precise or definable legal doctrine, rule or principle. At best it can serve as a kind of *ex post facto* rationalisation of a finding that a particular extraneous source of recoupment is to be regarded as legally irrelevant to the plaintiff's claim for damages against the defendant."

⁹²*HK Outfitters (Pty) Ltd v General Assurance Society Ltd* supra 65.

⁹³*Santam Versekeringsmaatskappy Bpk v Byleveldt* 1973 2 SA 145 (A) 152 ev.

⁹⁴*HK Outfitters (Pty) Ltd v General Assurance Society Ltd* supra 65-6.

⁹⁵supra 889-90.

⁹⁶Vgl *Fonds Adviseurs Bpk v Trust Bank van Afrika Bpk* 1974 4 SA 883 (A) 889-93.

⁹⁷a 81(6) van die Wisselwet.

⁹⁸a 81(7) van die Wisselwet.

die bankier as eienaar van die tjek is nie noodsaaklik vir die effektiewe funksionering van die tjeksisteem nie.

3 Die bankier as invorderingsbankier

As invorderingsbankier in die ware sin ontvang die bankier nie die tjek onder beswarende titel nie. In hierdie hoedanigheid is die bank gevolglik nie die "koper" van die tjek nie – hy tree inderwaarheid op as 'n invorderings-agent. As *invorderingsagent* kan die bank dus nie aan die bona fide-koper van 'n (gesteelde) saak gelykgestel word nie.⁹⁹ Gevolglik moet die aanspreeklikheid van die bankier as invorderingsagent beoordeel word aan die hand van die bekende algemene beginsels van aquilliese aanspreeklikheid en is die onbevredigende gemeenregtelike beginsels soos hierbo in § 4 beskryf nie van toepassing nie.

As invorderingsbankier (agent) namens 'n kliënt, ontvang die bank nie die tjek as begiftigde nie en nog minder word 'n teenprestasie daarvoor gegee. Daarom is die beskerming van die invorderingsbankier teen aanspreeklikheid teenoor die ware eienaar op grond van artikel 81(1) van die Wisselwet oorbodig.¹⁰⁰ As invorderingsbankier (agent) is die bank egter nie heeltemal vry van aanspreeklikheid teenoor die ware eienaar van 'n tjek wat "nie verhandelbaar nie" gekruis is nie. Versuim die bankier om sekere inligting ten opsigte van so 'n tjek aan die ware eienaar te verstrek, is hy aanspreeklik.¹⁰¹

Conversion is nie 'n onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg nie.¹⁰² Daarom was die wetlike maatreëls van die BEA,¹⁰³ soos oorgeneem in die provinsiale wetgewing in Suid-Afrika¹⁰⁴ waardeur die bankier indien die invordering te goeder trou sonder nalatigheid plaasvind, nie teenoor die ware eienaar aanspreeklik is nie, oorbodig.¹⁰⁵ Invordering van 'n tjek te goeder trou en sonder nalatigheid het die invorderingsbankier, afgesien van hierdie statutêre maatreëls, nie aanspreeklik gestel teenoor die ware eienaar nie. Invordering van 'n tjek te kwade trou stel die bankier aanspreeklik op

⁹⁹Sien *Rhostar (Pty) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* 1972 2 SA 703 (R) Contra: *Yorkshire Insurance Co Ltd v Standard Bank of South Africa Ltd* 1928 WLD 251; *Atkinson Oates Motors Ltd v Trust Bank of Africa Ltd* 1977 3 SA 188 (W).

¹⁰⁰A 81(5) van die Wisselwet is oorbodig. Die bestaan daarvan word deur appèlregter Botha in die beslissing *Fonds Adviseurs Bpk v Trust Bank van Afrika Bpk* supra 892 soos volg verduidelik: "Dit is goed moontlik dat die Wetgewer, veral na aanleiding van die uitspraak van die House of Lords in *Capital and Counties Bank v Gordon* (supra) geen twyfel wou laat oor die beskerming teen die bepalinge van artikel 81(1) van die Wisselwet van 'n 'bankier' wat in die gewone loop van sy sake in besit gestel word van 'n in artikel 81 bedoelde tjek nie . . ."

¹⁰¹a 81(3) van die Wisselwet.

¹⁰²bv *Leal and Co v Williams* 1906 TS 554; *Feitelberg v Coetzee* 1907 TH 62; *Morobane v Bateman* 1918 AD 460; *John Bell and Co v Esselen* 1954 1 SA 147 (A). Sien egter *Wolf v Richards* (1884) 3 HCG 102.

¹⁰³a 82 BEA soos vervang deur a 4 van die Cheques Act.

¹⁰⁴Vgl die oorspronklike a 80 van die provinsiale wetgewing. Hierdie statutêre maatreël is vervang deur a 1 van die Bills of Exchange Amendment Act 1943 soos oorgeneem in art 81 van die Wisselwet.

¹⁰⁵Cowen-Gering 432-434; *Atkinson Oates Ltd v Trust Bank of Africa Ltd* supra 190-4; *Yorkshire Insurance Co Ltd v Standard Bank of South Africa Ltd* 1928 WLD 251 278-80. Ook *Rhostar (Pty) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* 1972 2 SA 703 (R) 711-12.

grond van *onregmatige daad*.¹⁰⁶ Hierbo is opgemerk dat die nalatige besitter van die tjek nie teenoor die ware eienaar aanspreeklik is nie.¹⁰⁷ Hierdie opvatting word myns insiens ten onregte as gevolg van die foutiewe gelyk-kakeling van die invorderingsagent met die bona fide-koper van 'n gesteelde saak ook ten opsigte van die invorderingsbankier gehuldig.¹⁰⁸

Na oorweging van die aanspreeklikheid van die bona fide-koper teenoor die eienaar van 'n gesteelde saak op grond van nalatigheid, kom die hof in 1928 in *Yorkshire Insurance Co Ltd v Standard Bank of South Africa Ltd*¹⁰⁹ en in 1977 in *Atkinson Oates Motors Ltd v Trust Bank of Africa Ltd*¹¹⁰ tot die gevolgtrekking dat die *invorderingsbankier* ook nie op grond van nalatigheid teenoor die ware eienaar aanspreeklik is nie. Regter Goldin beslis egter ni tereg in die beslissing *Rhostar (Pty) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd*¹¹¹ dat die toets vir aanspreeklikheid van die bona fide-koper van 'n saak op grond van nalatigheid nie op die invorderingsbankier toegepas moet word nie en dat die invorderingsbankier op grond van nalatige invordering van 'n tjek teenoor die ware eienaar daarvan aanspreeklik is. Dit is ook opmerklik dat hoofregter Innes reeds in die beslissing *Leal and Co v Williams*¹¹² verklaar dat die aanspreeklikheid van die ontvanger van 'n gesteelde tjek teenoor die ware eienaar daarvan op grond van nalatigheid, nie noodwendig uitgesluit is nie. Verder is die "beskerming" van die invorderingsbankier deur artikel 81(5) van die Wisselwet in die beslissing *National Housing Commission v Cape of Good Hope Savings Bank Society*¹¹³ afhanklik gestel van die fwesigheid van nalatigheid.

Die aanspreeklikheid van die invorderingsagent in die ware sin, in die besonder op grond van nalatigheid, moet derhalwe beoordeel word, nie volgens die uitsonderlike gemeenregtelike bepalinge ten opsigte van die bona fide-koper van 'n gesteelde saak nie, maar volgens algemeen bekende beginsels van *aquiliese* aanspreeklikheid.¹¹⁴ Nalatige optrede van die invorderingsbankier en gevolglike aanspreeklikheid op grond van onregmatige daad, veronderstel 'n optrede in stryd met die gedragsnorm van die diligens paterfamilias.¹¹⁵ Die vraag is dus of die redelike invorderingsbankier die skade, wat volg op die invordering van die tjek vir 'n beskikkingsonbevoegde, van die

¹⁰⁶Voet 6 1 10.

¹⁰⁷§ I 1.

¹⁰⁸*Yorkshire Insurance Co Ltd v Standard Bank of SA Ltd* supra 278-80.

¹⁰⁹supra 282-83.

¹¹⁰supra 190-9.

¹¹¹supra 714-8.

¹¹²supra 559.

¹¹³1963 1 SA 230 (K). Sien Cowen-Gering 439.

¹¹⁴Volgens r Goldin in *Rhostar (Pty) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* supra 714 het die ontwikkeling van die bankpraktyk die funksie van die invorderingsbankier verander en die toepassing van gemeenregtelike norme in die weg gestaan. Dit is myns insiens nie die grondslag vir sodanige onderskeiding nie; vgl ook *Atkinson Oates Motors Ltd v Trust Bank of Africa Ltd* supra 194. Die invorderingsagent is nie die "koper" van die tjek nie. Die ontwikkeling van die bankpraktyk is myns insiens van belang vir die bepaling van die optrede in stryd met dié van die redelike man.

¹¹⁵Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (2e uitg: 1970 Pretoria) 116-7.

ware eienaar sou voorsien en voorkom het.¹¹⁶ Anders gestel: nalatige optrede van die invorderingsbankier veronderstel 'n verbreking van 'n "duty to care" teenoor die ware eienaar – 'n plig om homself daarvan te vergewis dat sy kliënt op betaling van die tjek geregtig is.¹¹⁷ In die Engelse reg word 'n wetlike verpligting op die invorderingsbankier teenoor die ware eienaar geplaas deur artikel 82 van die BEA.¹¹⁸ Ten einde beskerming verleen te word teen aanspreeklikheid op grond van *conversion*, moet die bankier die invordering van die tjek te goeder trou en sonder nalatigheid onderneem. In Suid-Afrika is sodanige beskerming nie nodig nie en het die oornome van oorbodige "beskermdende" maatreëls op sigself nie 'n wetlike verpligting wat aanspreeklikheid kan bewerk, tot gevolg nie.¹¹⁹

Die konstruering van 'n plig aan die kant van die invorderingsbankier teenoor die ware eienaar plaas die bankier in 'n onbenydenswaardige posisie van botsende belange. Die bankier is uit hoofde van die bankier-kliëntooreenkoms met sy kliënt (die beskikkingsonbevoegde) verplig om laasgenoemde se belange met die invordering van die tjek te dien.¹²⁰ Indien sodanige plig nie bestaan nie, is die potensiele benadeling van die ware eienaar groot. Die invorderingsbankier verkry beheer oor die aanwending van die fondse uit hoofde van die tjek betaalbaar.¹²¹ 'n Toestand vry van aanspreeklikheid op grond van nalatige optrede kan 'n algehele onverskilligheid ten opsigte van die invordering en aanwending van die uitbetaalde fondse tot gevolg hê.¹²² Hierin is die noodsaaklikheid vir die onderskeiding van die regsposisie van die invorderingsbankier in die lig van die huidige stand van ons reg van die van die gewone besitter geleë. Gevolglik behoort die invorderingsbankier op grond van nalatigheid teenoor die ware eienaar aanspreeklik te wees.¹²³ Regter Franklin verwerp hierdie argument in die

¹¹⁶Vgl Van der Merwe en Olivier 117.

¹¹⁷Ek is bewus van die kritiek teen die "duty of care"-leer. Sien Van der Merwe en Olivier 116-9. Dit is egter gerieflik toegepas by die bepaling van die aanspreeklikheid van die invorderingsbankier op grond van nalatigheid; *Rbostar (Pty) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia* supra 711-8. Omdat daardeur tot dieselfde resultaat gekom word as deur die direkte aanwending van die "redelike man"-toets (Van der Merwe en Olivier 118-9) word dit gerieflikshalwe hier aangewend.

¹¹⁸supra § I 2.

¹¹⁹*Yorkshire Insurance Co Ltd v Standard Bank of SA Ltd* supra 279.

¹²⁰Vgl hierbo § I 2. CW Canaris *Bankvertragsrecht* (1975 Berlin-New York) 727.

¹²¹*Rbostar (Pty) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* supra 715 "[A] paying banker has no knowledge whether or not a cheque is being collected on behalf of a person entitled to it and has to rely, and does rely, on the collecting banker to present a cheque for collection on behalf of the person to whom it is lawfully payable." Vgl ook *National Housing Commission v Cape of Good Hope Savings Bank Society* supra 236.

¹²²Vgl *Rbostar (Pty) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia* supra 713-6. *Philsam Investments (Pty) Ltd v Beverley Building Society* 1977 2 SA 546 (R) 554. Die betrokke bankier word beskerm indien die tjek te goeder trou sonder nalatigheid ooreenkomstig die kruising betaal word; a 79 Wisselwet. Sien dan a 78 Wisselwet.

¹²³Sien *Rbostar (Pty) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* supra 715; *Philsam Investments (Pty) Ltd v Beverley Building Society* supra 554. Die invorderingsbankier kan egter in geval van meerdere invorderingsagente, indien geen direkte onderhandelinge met die aanbieder van die tjek plaasvind nie, aanvaar dat die agent in die direkte onderhandelingsposisie die nodige ondersoek en navraag met betrekking tot die aansprake van die aanbieder onderneem het. Daarom is 'n optrede van die opvolgende invorderingsagent in ooreenstemming met die besonderhede ex facie die dokument, 'n optrede sonder

Atkinson Oates-beslissing.¹²⁴ Die gevolgtrekking van r Franklin ten opsigte van die *dictum* van r Goldin in die *Rhostar*-beslissing¹²⁵ tot dien effekte dat “if officials of the bank deliberately shut their eyes to what was going on, it could not be said that they did not have knowledge . . .” is met respek ongereverdigd. Regter Goldin beslis weliswaar soos volg:

“If no duty of care is owed, it would follow that a banker need not examine or even look at the cheque to ascertain to whom it is payable. Such conduct would ensure that he had no knowledge that his customer had no right to the cheque and consequently he would not be liable for any loss incurred by the drawer”.

Hier is geensins van ’n “deliberate shut” sprake nie. Vir male fide optrede – ’n “deliberate shut” – word kennis of agterdog ten opsigte van onreëlmatighede veronderstel. Sonder ’n verpligting tot positiewe optrede is algehele onverskilligheid om die afwesigheid van kennis of agterdog ten opsigte van onreëlmatighede te verseker die natuurlike gevolg. Trouens, die gewraakte onverskilligheid het deur die *Atkinson Oates*-beslissing reeds ’n aanvang geneem deurdat die betekenis van die kruising “account payee/only” tot ’n dooie letter gereduseer is. Volgens ar Holmes in die beslissing *Standard Bank of South Africa Ltd v Sham Magazine Centre*¹²⁶ moet die volgende betekenis aan die woorde “account payee/only” gegee word:

“These words have no effect on the transferability of the cheque. They may operate as some safeguard if the cheque should fall into wrong hands. They are in effect a direction to the collecting banker that the specified payee should receive the money”

Sonder ’n verpligting aan die kant van die invorderingsbankier tot ’n optrede in ooreenstemming met die van die redelike man het hierdie woorde geen sinvolle praktiese betekenis nie. Die *Atkinson Oates*-beslissing is ’n duidelike illustrasie daarvan. Hiervolgens is die kruising “account payee/only” nóg ’n “legal” nóg ’n “practical safeguard”.¹²⁷ Selfs die blatante negering daarvan is nie male fide optrede nie!! Die skade wat die ware eienaar van die invorderingsbankier verhaal, is suiwer vermoënskade. Dit gaan hier dus om ’n belangrike uitbreiding van aquliese aanspreeklikheid.¹²⁸

’n “Duty of care” bestaan “if a diligens pater familias . . . would-

nalatigheid. Vgl *Philsam Investments (Pty) Ltd v Beverely Building Society* supra 554. Dit bevestig die voormelde grondslag vir die onderskeiding van die regsposisie van die invorderingsbankier van dié van die gewone besitter van die tjek. ’n Probleem ontstaan waar die betrokke- en invorderingsbank *dieselfde* persoon is en die rekening van ’n kliënt gekrediteer word met die bedrag van ’n *ongekruisde* tjek waarop geen endossement verskyn nie, of waarop ’n onreëlmatigheid ten opsigte van die endossering daarvan bestaan. Ingevolge a 83(1) van die Wisselwet word die bankier beskerm indien die tjek te goeder trou (*maar nalatiglik*) en in die gewone loop van sake die tjek betaal. Deliktuele aanspreeklikheid van hierdie bankier word egter nie, so word be- toog, deur a 83(1) van die Wisselwet uitgesluit nie. A 83(1) het net te doen met die vraag of die rekening van die kliënt gedebiteer kan word.

¹²⁴Op 195.

¹²⁵Op 716.

¹²⁶1977 1 SA 484 (A) 504.

¹²⁷DV Cowen “Two cheers (or maybe only one) for negotiability” 1971 (40) *THRHR* 19 ev.

¹²⁸Sien J Sinclair “Fictitious and non-existing payees. The English heritage” 1973 *SALJ* 369 383-5.

(a) foresee the possibility of harm occurring . . . ; and (b) take steps to guard against its occurrence".¹²⁹ Die invorderingsbankier, so word verklaar,¹³⁰

"is the only one who is in a position to know whether or not the cheque is being collected on behalf of the person who is entitled to receive payment. In such a situation . . . a duty of care arises and is owed by the collecting banker to the drawer (true owner) of the cheque to take due and reasonable care to prevent him from sustaining loss".

Daarom tree die invorderingsbankier nalatig op indien hy 'n tjek ter invordering neem en vir betaling aanbied en hy versuim om hom redelikerwys daarvan te vergewis dat sy kliënt op betaling geregtig is. Die plig wat op die invorderingsbankier rus, is nie afhanklik van 'n kontraktuele verhouding nie en die verbreking daarvan kan beoordeel word op grond van die wisselende norme van die bankpraktyk.¹³¹ Die optrede van die bankier ten einde die verbreking van die plig te voorkom, kan beïnvloed word deur die aard van die kruising.¹³² □

To know the laws is not to be familiar with their phraseology, but with their force and effect. D 13 17 (Scott se vertaling), of as u die Latyn verkies: scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem-

Lord Bacon reminds us that the thoughts of the philosophers may be likened to the stars, they are lofty, but give very little light. I speak with every respect, and while I am conscious that we should at all times strive to be logical in our reasoning, and as philosophic and systematic as we can in our laying down of legal principles, I hold it to be a sound notion that it is not a false philosophy to inquire what method serves the best practical purpose.

*per Kotzé J in Cape Explosive Works v SA Oil and Fat Industries Ltd
1921 CPD 244 265.*

¹²⁹*Peri-Urban Health Board v Mumarin* 1965 3 SA 367 (A) 373. Ook *Union Government v National Bank of South Africa Ltd* 1921 AD 121 129; *Cape Town Municipality v Paine* 1923 AD 207 216-7.

¹³⁰*Rbostar (Pty) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* supra 715.

¹³¹*Rbostar (Pty) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* supra 714-5.

¹³²Vgl *Rbostar (Pty) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* supra 717-8. Die bydraende nalatigheid van die ware eienaar het geen invloed op die aanspreeklikheid van die invorderingsbankier nie; vgl *Barclays Bank DCO v Straw* 1965 2 SA 93 (O) 97. Ook *Rbostar (Pty) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* supra 718.

Aantekeninge

DIE TOEREKENING VAN GEVOLGE AAN 'N DELIKPLEGER

I

Dit is onwenslik dat 'n dader onbeperk aanspreeklik gestel word vir al die gevolge wat moontlik uit sy onregmatige en skuldige handeling kan voortvloei (Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 3de uitg (1976) 186; McKerron *The Law of Delict* 7de uitg (1971) 125). Die omvang van 'n dader se aanspreeklikheid moet op die een of ander wyse beperk word. Die vraag na aanspreeklikheidsbegrensing doen hom voor wanneer bepaal moet word vir welke (indien enige) van die skadelike gevolge wat deur 'n dader se onregmatige, skuldige handeling veroorsaak is, hy aanspreeklik gestel moet word (Van Rensburg *Normatiewe Voorsienbaarheid as Aanspreeklikheidsbegrensingsmaatstaf in die Privaatreg* (1972) 1).

Aanspreeklikheidsbegrensing moet deeglik van kousaliteit onderskei word. Aan die kousaliteitselement van die onregmatige daad is in 'n gegewe geval voldoen indien met 'n oorwig van waarskynlikheid bewys is dat die betrokke handeling die ter sake skadepos veroorsaak het; dat die skadepos met ander woorde uit die handeling gevolg het. Dit is 'n ander vraag of die dader deliktueel vir die skadepos wat op 'n onregmatige en skuldige wyse veroorsaak is, aanspreeklik gestel moet word. Menings loop uiteen oor die maatstaf wat aangewend moet word ten einde die vraag na aanspreeklikheidsbegrensing te beantwoord (sien *Van der Merwe en Olivier* 184 ev).

Verskeie teorieë het aanspreeklikheidsbegrensing ten doel. In ons reg het die "direct consequences"-teorie, die leerstuk van adekwate veroorsaking en die toerekenbaarheid na skuld-gedagte onder andere in 'n mindere of meerdere mate weerklink gevind. (Sien in die algemeen *Van der Merwe en Olivier* 184 ev; *Van Rensburg* 5 ev.) Die kriterium wat tans deur ons houe aangewend word om te bepaal vir welke gevolge van sy onregmatige en skuldige handeling 'n dader aanspreeklik gehou behoort te word, is dié van *redelike voorsienbaarheid*. (Vergelyk onder andere *Workmen's Compensation Commissioner v De Villiers* 1949 1 SA 474 (K); *Ocean Accident and Guarantee Corporation Ltd v Koch* 1963 4 SA 147 (A); *Kruger v Van der Merwe* 1966 2 SA 266 (A); *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk* 1973 1 SA 769 (A).)

II

In die onderhawige saak het die verweerder die eiser op 'n politieke vergadering drie houe met die vuus toegedien. Die eiser doen ernstige liggaamlike beserings as gevolg van die aanranding op, veral aan die brein, kop, gesig en nek. Benewens 'n eis om skadevergoeding vir aansienlike

mediese en verwante koste, word genoegdoening geëis vir die skok, pyn, lyding, ongemak, verlies van lewensgenietinge en eerkrenking wat die eiser gelyk het. Namens die verweerder word betoog dat aanspreeklikheid beperk is tot die omvang van die verweerder se opset. Aangesien die verweerder nie bedoel het om die ernstige beserings aan te bring wat hy wel veroorsaak het nie, só lui die betoog, is hy nie aanspreeklik vir skade wat nie by sy opset inbegrepe was nie en kan vergoeding vir "algemene skade" soos pyn en lyding derhalwe nie op hom verhaal word nie (557F-H). Voorts word namens die verweerder geargumenteer dat, alhoewel 'n dader wat op *nalatige* wyse nadeel aan 'n ander berokken, aanspreeklik gehou kan word vir alle gevolge van sy optrede wat *redelikerwys voorsienbaar* was, die verweerder nie sodanige wye aanspreeklikheid kan opdoen nie omrede die eiser sy aksie tot die *actio iniuriarum* beperk het weens sy versuim om die woord "nalatig" benewens "wederregtelik en opsetlik" in die pleitstukke te noem.

Regter van Rhyn verwerp die verweerder se argumente:

"Eerstens kan ek nie met 'n vertolking saamstem wat by ontleding, in omstandighede soos die onderhawige, ons reg daarop laat neerkom dat as jy iemand *opsetlik* beseer (deur hom aan te rand) dan het jy 'n *mindere* verantwoordelikheid en aanspreeklikheid as wanneer jy hom dieselfde beserings *nalatiglik* sou toedien nie.

Tweedens kan ek my ook nie vereenselwig met 'n vertolking van ons reg wat daarop sou neerkom dat daar 'n byvoeging by 'n pleitskrif soos die onderhawige moet wees, wat nalatige optrede aan 'n verweerder toeskryf, om 'n groter skadevergoedingsgeld te bekom, nie" (559BC).

Die hof kom tot die gevolgtrekking dat die gevolge waarvoor die verweerder aanspreeklik is, bepaal moet word aan die hand van die vraag of "die verweerder die skade of nadeel wat hy berokken het, voorsien of minstens behoort te voorsien het" (559F).

Met verwysing na die *Bester*-saak (waar nadeel nalatig veroorsaak is) beskryf die hof die voorsienbaarheidsmaatstaf wat in die onderhawige geval aangewend moet word om die omvang van die dader se aanspreeklikheid te bepaal, só:

"Voorsienbaarheid vereis . . . nie dat die presiese omvang en aard van die skade voorsien moes gewees het nie. Dit is voldoende vir 'n eiser om op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys dat 'n verweerder die algemene aard van die skade of nadeel wat sy optrede tot gevolg het, redelikerwys moes voorsien het" (559FG).

Die hof beslis dat die eiser sy saak afdoende bewys het en dat hy geregtig is op skadevergoeding en genoegdoening vir die "besondere en algemene skade" wat hy kan bewys hy gelyk het (560A).

III

Regter van Rhyn se uitspraak regverdig twee afleidings:

- (i) die omvang van 'n dader se aanspreeklikheid word nie ooreenkomstig sy skuld (minstens wat sy *opset* betref) bepaal nie; en
- (ii) dieselfde maatstaf, naamlik dié van redelike voorsienbaarheid, word aangewend om die grense van 'n dader se aanspreeklikheid vas te stel by sowel nalatig as opsetlik veroorsaakte nadeel.

Die beginsels vervat in albei stellings word met eerbied onderskryf.

IV

Die skuldbegrip kan nie as aanspreeklikheidsbegreningsmaatstaf bevredigend aangewend word nie. Reeds dui die feite van die saak onder bespreking op die onhoudbaarheid van die standpunt dat 'n dader wat *opsetlik* gehandel het, se aanspreeklikheid vir skadelike gevolge wat hy veroorsaak het ooreenkomstig sy opset vasgestel moet word. Die meeste juriste sal dit, onses insiens tereg, onbillik ag om die eiser, of 'n benadeelde in dergelike omstandighede as die eiser, die skade te laat dra in 'n geval soos die onderhawige. *Van der Merwe en Olivier* (wat skuld as aanspreeklikheidsbegreningsfaktor aanvaar (bl 186)) is oënskynlik nie hierdie sienswyse toegedaan nie:

“Nadeel ten opsigte waarvan, hetsy wat die ontstaan of omvang daarvan betref, geen skuld aanwesig is nie, behoort eenvoudig te rus waar dit val. Hoeseer 'n benadeelde in 'n bepaalde geval ook al bejammer moet word, kan die reg nie altyd ingryp nie. 'n Billike ewewig tussen dader en benadeelde moet steeds gehandhaaf word. By die meegevoel vir die benadeelde mag nooit uit die oog verloor word dat ook die dader beskerm moet word nie” (bl 200 201).

Die konsekwente aanwending van skuld as begreningsmaatstaf kan 'n dader egter net so onbillik tref as wat dit die getroffene (byvoorbeeld die eiser in die saak onder bespreking) kan benadeel. Byvoorbeeld: A lol met B se vrou. B rand A met 'n loodpyp aan met die oogmerk om hom te dood of minstens só te vermink dat hy nie met sy owerspelige bedrywighede kan voortgaan nie. B kry slegs een hou in waarmee hy A se sleutelbeen afslaan voordat omstanders tussenbei kom en die aanranding beëindig. A word per ambulans hospitaal toe geneem vir behandeling. Die ambulans raak in 'n ongeluk betrokke en A doen 'n ernstige kopbesering op. (Vergelyk *R v Motomane* 1961 4 SA 569 (W).) Die kopbesering veroorsaak dat A aan maniese bedruktheid ly waarmee hy met die erkende geneesmiddel parstellin behandel word. In die loop van die behandeling eet hy kaas wat saam met die parstellin vir hom 'n beroerte-aanval meebring. Die beroerte-aanval laat hom 'n hulpelose invalide soos B beoog het. (Vergelyk *Alston v Marine & Trade Insurance Co Ltd* 1964 4 SA 112 (W).)

Daar bestaan ongetwyfeld 'n kousale verband tussen B se handeling en A se invaliditeit. Opset is aanwesig indien die dader (i) inderdaad voorsien het dat sy handeling (moontlik) tot die gewraakte gevolg sou lei en (ii) inderdaad voorsien het dat die gevolg in die omstandighede (moontlik) onregmatig sou wees (*Van der Merwe en Olivier* 155 ev; *Van Rensburg* 12). Toegepas op die voorbeeld, het B inderdaad opset gehad ten aansien van A se invaliditeit. Die standpunt dat 'n dader aanspreeklik is vir gevolge wat by sy opset inbegrepe is (*Van der Merwe en Olivier* 186) noodsaak nou die gevolgtrekking dat B, by afwesigheid van 'n regverdigingsgrond, aanspreeklik sal wees vir A se invaliditeit.

Dié klaarblyklik onbillike resultaat kan dalk vermy word indien *skuld ten aansien van die kousale verloop* as vereiste vir aanspreeklikheid gestel word (*Van Rensburg* 13-16). Skuld ten aansien van die kousale verloop word egter nie deur *Van der Merwe en Olivier* vereis nie (bl 196 210; sien ook *Da Silva v Coutinho* 1971 3 SA 123 (A) 148; Stuart 1967 *SALJ* 76 82). In elk geval staan dit vas dat, afgesien van verskeie praktiese probleme, selfs die byvoeging

by die opsetvereiste van die element dat die werklike kousale verloop nie wesenlik moet afwyk van dié wat die dader voorsien het nie, nie 'n voldoende oplossing sou bied vir al die moontlike probleemgevalle nie (*Van Rensburg* 13-16).

B se nie-aanspreeklikheid vir A se invaliditeit kan moontlik met verwysing na die onregmatigheidsvereiste geregverdig word (*Van der Merwe en Olivier* 203 206). Volgens hierdie argument sal die veroorsaking van A se invaliditeit deur B regmatig wees niteenstaande die afwesigheid van enige regverdigingsgrond en ten spyte van B se laakbare gesindheid, omdat die veroorsaking van A se invaliditeit in die lig van die omstandighede nie in stryd met die regsopvattinge van die gemeenskap is nie (*Van der Merwe en Olivier* 202 vn 38 203 206 210).

Van der Merwe en Olivier sou waarskynlik toegee dat indien A se invaliditeit onmiddellik uit B se handeling voortgevloei het, die handeling met betrekking tot die invaliditeit in sy volle omvang onregmatig sou wees. Om nou te sê dat onregmatigheid ontbreek in die geval waar die ongeluk, parstellinbehandeling en die eet van kaas, tussenin kom, omdat die veroorsaking van A se invaliditeit in die lig van die omstandighede nie in stryd met die regsopvattinge van die gemeenskap is nie, sou neerkom op 'n totale oorspanning van die redelikeheidsbestanddeel (beoordeel volgens die regsopvattinge van die gemeenskap) van die onregmatigheidsvereiste (sien *Van der Merwe en Olivier* se argument met verwysing na *Mafesa v Parity Versekeringsmaatskappy* 1968 2 SA 603 (O) en *Alston v Marine & Trade Insurance Co Ltd* 1964 4 SA 112 (W) op 206 en 210 onderskeidelik). Dit is maklik om in die algemeen te sê dat dit nie redelik sou wees om B in hierdie omstandighede aanspreeklik te hou nie, maar dan word redelikheid as aanspreeklikheidsmaatstaf op só 'n vae, onomlynde wyse toegepas, dat 'n mens goedsikks met al die gewone aanspreeklikheidsvereistes sou kan wegdoen, en redelikheid tot die enigste aanspreeklikheidskriterium verhef.

'n Onregmatige daad is 'n komplekse regsfeit wat tradisioneel in 'n hele aantal elemente ingedeel word. Hierdie indeling berus op billikheids-, doelmatigheids- en logiese oorwegings en moet nie ligtelik verontagsaam of afgewater word nie. Hy wat byvoorbeeld 'n onregmatigheidselement by die skuld- of skadevereiste insleep (vergelyk die "duty of care"-leerstuk en *Van der Merwe en Olivier* se opvattinge oor skade (172 e v)), word onvermydelik in die nette van sy eie begripsverwarring vasgevang. Die wesenskenmerk van die nalatigheds- en aanspreeklikheidsbegrensingstoets is dat dit op 'n *prognose*, 'n *vooruitskouing*, met die tydstop van die handeling as uitgangspunt, berus. Hierdie toetse is met ander woorde *voorsienbaarheids*-toetse. Onregmatigheid daarenteen word by wyse van 'n *diagnose* op grond van al die feite wat ten tyde van die beoordeling bekend geword het, vasgestel (*Van Rensburg* 19 vn 65).

Die een of ander redelikheidstoets kom as verfyningmiddel by feitlik al die elemente van die onregmatige daad ter sprake. Ten aansien van onregmatigheid is dit veral by die grensgevalle dat 'n beroep op die redelikheid noodsaaklik word om tussen reg en onreg te kan onderskei, byvoorbeeld by die vraag of 'n dader met sy handeling die grense van noodweer oorskry het, of die vraag of toestemming tot 'n bepaalde regsgoedskending deur

die reg gedoog moet word of nie. Op stuk van sake gaan dit by die vasstelling van grense van onregmatigheid altyd om 'n diagnostiese afweging van die belange wat die dader inderdaad met sy handeling bevorder het teenoor die belange wat hy inderdaad met sy handeling aangetas het. Dit wat die dader ten tyde van sy handeling gewet of voorsien het, of behoort te voorsien het, speel by hierdie afweging geen rol nie.

In die voorbeeld van A en B hierbo staan dit vas dat die veroorsaking van invaliditeit by 'n ander by gebrek aan 'n regverdigingsgrond noodwendig onregmatig moet wees. 'n Mens behoort tot dieselfde gevolgtrekking te kom selfs al verhef 'n mens die redelikheid tot die hoofkriterium vir die vasstelling van onregmatigheid, soos *Van der Merwe en Olivier* blykbaar by geleentheid doen (206 210). Dit is onredelik om invaliditeit by 'n ander te veroorsaak tensy sodanige veroorsaking geregverdig kan word in die lig van regtens erkende hoëre belange wat die dader deur sy optrede bevorder het. Die oordeel dat onregmatigheid "volgens die opvattinge van die gemeenskap" in hierdie opsig ontbreek (soos 'n mens dit by *Van der Merwe en Olivier* aantref (bl 206 210)), kan slegs berus op die onuitgesproke oorweging dat die invaliditeit nie regstreeks nie, maar op 'n ongewone wyse langs 'n omweg veroorsaak is. Deur die wyse van veroorsaking van die bepaalde gevolg of die voorsienbaarheid van die gevolg ten tyde van die handeling tot toetsteen vir *onregmatigheid* te maak, word die onregmatigheidsbegrip geheel en al gedenatureer en die sistematiek van die onregmatige daad geweld aangedoen.

Dat 'n mens hier nie met 'n bloot teoretiese kategorisering te doen het nie, sal onder andere ook blyk indien in gedagte gehou word dat 'n onregmatige handeling op sigself (dit wil sê by afwesigheid van die ander delikselemente) nie juridies irrelevant is nie. 'n Mens kan jou byvoorbeeld in noodweer teen die onregmatige aanval van 'n ander verset, en by die vraag of die *aamvaller* se optrede onregmatig is, is die vraag na wat hy voorsien het of redelikerwys behoort te voorsien het en of hy hoegenaamd toerekeningsvatbaar was, totaal irrelevant (De Wet en Swanepoel *Strafreg* 3de uitg (1975) 73).

In die voorbeeld van A en B sou dit ook onlogies wees om 'n *nalatigheids*-toets aan te wend om te bepaal of B vir A se invaliditeitaanspreeklik gehou behoort te word of nie. Immers uit die gegewe feite blyk dit reeds dat B *opset* gehad het ten aansien van A se uiteindelijke hulpelose toestand.

Selfs waar die dader se aanspreeklikheid op nalatigheid berus, kan die nalatigheidskriterium nie as aanspreeklikheidsbegreningsmaatstaf dien nie. Die toets vir nalatigheid verskil van die redelike voorsienbaarheidsmaatstaf wat aangewend word as aanspreeklikheidsbegreningsmaatstaf.

In die eerste plek gaan dit by die vasstelling van nalatigheid om die vraag of *skade in die algemeen* redelikerwys voorsienbaar was (sien Van der Walt 1964 *SALJ* 504-513 506; *Van Rensburg* 26 27). Dit is by die onregmatige daad nie nodig dat die *werklik ingetrede gevolg* (soos Van der Merwe en Olivier by hul bespreking van nalatigheid blykbaar aan die hand doen (bl 127 128) of die presiese aard of omvang van die benadeling (*Van der Walt* 506; *Stuart* 82; *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 474) of die *algemene aard* van

die skade redelikerwys voorsienbaar moet gewees het nie (*Herschel v Mrupe* 474). Daarenteen gaan dit by aanspreeklikheidsbegrensing om die vraag of die *ingetrede gevolg of skadepos* met so 'n waarskynlikheidsgraad voorsienbaar was dat dit redelikerwys aan die skuldige dader toegereken kan word (*Van Rensburg* 56).

Tweedens: nalatigheid word nie gevestig indien slegs bewys is dat skade in die algemeen redelikerwys *voorsienbaar* was nie. Daar moet ook aangetoon word dat redelikerwys van die dader verwag kon word om stappe te doen ten einde die benadeling te *voorkom* (*Wasserman v Union Government* 1934 AD 228; *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A); *Van Rensburg* 26; *Van der Merwe en Olivier* 127 128). Dit mag byvoorbeeld gebeur dat dit voorsienbaar was dat benadeling moontlik uit 'n handeling sou voortvloei, maar dat die dader nogtans nie nalatig was nie omdat hy in die lig van die graad van waarskynlikheid van intrede van die gevolg en die graad van erns daarvan, die gevolg nie hoef te vermy het nie. (*Van Rensburg* 21 26. Sien ook appèlregter Schreiner se verduideliking van die *Wasserman*-saak in *Herschel v Mrupe* op 476 en 477. In die *Wasserman*-saak was dit inderdaad redelikerwys voorsienbaar dat benadeling uit die dader se optrede sou volg maar weens die geringe erns van die voorsienbare benadeling (naamlik geringe swelsel weens bysteek), hoef dit nie vermy te gewees het nie en was die dader dus nie nalatig nie. Aan die ander kant was die ernstige benadeling (naamlik die dood) wat wel ingetree het, nie met 'n genoegsame graad van waarskynlikheid voorsienbaar om die dader se optrede nalatig te maak nie (*Van Rensburg* 21).) By die beoordeling of 'n besondere gevolg die dader *toegereken* behoort te word, is dit sinloos om, nadat reeds besluit is dat 'n redelike man in die posisie van die dader skade in die algemeen sou voorsien en voorkom het, weer te vra of die dader hom van sy daad moes weerhou het juis met die oog op die waarskynlikheid dat die betrokke verwyderde gevolg op sigself sou intree. Hart en Honoré stel dit só: “. . . there is a logical absurdity in asking whether the risk of further harm, arising from a harmful situation which a reasonable man would not have created, would itself have deterred a reasonable man from acting” (*Causation in the Law* (1959) 239–240; sien onder andere ook Williams 1961 *Law Quarterly Review* 179 198–200; Fleming 1961 *Canadian Bar Review* 489 510–514; Prosser *Selected Topics on the Law of Torts* (1953) 217–218).

Derdens is dit nie nodig vir die vestiging van nalatigheid dat die *kousale verloop* tussen die handeling en die ingetrede gevolg redelikerwys voorsienbaar moet gewees het nie (*Da Silva and Another v Coutinho* 1971 3 SA 123 (A) 148; Stuart 82). 'n Dader kan egter net vir 'n besondere gevolg wat hy op 'n onregmatige en skuldige wyse veroorsaak het, aanspreeklik gehou word indien nie slegs die ingetrede gevolg nie maar ook die *kousale verloop* tussen die handeling en die gevolg redelikerwys voorsienbaar was (*Van Rensburg* 56). Byvoorbeeld: X jaag teen 120 kilometer per uur met sy groot vragmotor in Pretoria se besige hoofstraat af en bots met Y. Y doen in die ongeluk 'n breinbesering op wat tot maniese bedruktheid aanleiding gee. Die gebeure verloop verder soos in die voorbeeld van A en B hierbo. Wat nalatigheid betref, is dit duidelik dat 'n redelike vragmotorbestuurder, indien hy hom in X se posisie bevind het, benadeling van 'n ander met so 'n hoë graad van waarskynlikheid sou voorsien het dat hy in die omstandighede

veel stadiger as X sou gery het. X se nalatigheid staan dus vas. Behoort X egter in die omstandighede vir Y se invaliditeit aanspreeklik gehou te word? Dit was met 'n hoë waarskynlikheidsgraad voorsienbaar dat die ingetrede gevolg, naamlik die invaliditeit van 'n mens, uit X se nalatige handeling kon voortvloei. Aangesien die wyse waarop die gevolg ingetree het egter hoogs ongewoon was, kan moontlik betoog word dat X nie in die omstandighede vir Y se invaliditeit aanspreeklik gehou behoort te word nie: die *kousale verloop* tussen die handeling en die ingetrede gevolg was nie redelikerwys voorsienbaar nie. Op dieselfde wyse kan die nie-aanspreeklikheid van B in die vorige voorbeeld verklaar word (vergelyk *Alston v Marine & Trade Insurance Co Ltd* 1964 4 SA 112 (W); *R v Motomane* 1961 4 SA 569 (W)).

Die onbetwisbare waarheid is dat dit onmoontlik is om die voorsienbaarheidskriterium op presies dieselfde manier by aanspraaklikheidsbegrensing toe te pas as by die ondersoek na nalatigheid. (Vergelyk byvoorbeeld *Van der Merwe en Olivier* se aanwending van die voorsienbaarheidsmaatstaf by nalatigheid (“... [sou] die redelike man die gevolg wat die dader veroorsaak het, ... voorsien en voorkom het” (127 128)) en by aanspreeklikheidsbegrensing (“[d]it is voldoende as die aard en omvang van die ingetrede nadeel redelikerwys voorsienbaar was en die redelike man met die moontlikheid daarvan rekening sou gehou het” (196).)

V

Redelike voorsienbaarheid geld as aanspreeklikheidsbegrensingsmaatstaf by sowel nalatig as opsetlik veroorsaakte nadeel. (Sien *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk* 1973 1 SA 769 (A) en die saak onder bespreking onderskeidelik.) Wanneer aanspreeklikheidsbegrensing ter sprake kom, is reeds aan al die elemente van die onregmatige daad voldoen en gaan dit om die vasstelling van die perke van die dader se reeds gevestigde aanspreeklikheid. Dié feit blyk duidelik uit regter Van Rhyn se uitspraak: “Sou die Hof dus op die meriete bevind dat die verweerder wel die eiser aangerand het, dan is die vraag of die verweerder die skade of nadeel wat hy berokken het, voorsien of minstens behoort te voorsien het” (559F; sien ook die *Bester*-saak 781 en Neethling en Potgieter 1973 *THRHR* 175 178).

By gebrek aan nadere presisering in die regspraak van die redelike voorsienbaarheidskriterium, word aan die hand gedoen dat die algemene maatstaf wat aangewend moet word om te bepaal of 'n dader aanspreeklik is vir 'n bepaalde gevolg van sy onregmatige en skuldige handeling, de lege ferenda soos volg geformuleer kan word: “Was die gevolg, asook die kousale verloop tussen die handeling en die gevolg, vanuit die tydstip van die handeling met so 'n graad van waarskynlikheid voorsienbaar dat die gevolg, in die lig van die omstandighede, redelikerwys aan die dader toegereken kan word?” (*Van Rensburg* 56). As “Faustregel” geld dat 'n dader normaalweg vir al die gevolge van sy onregmatige, skuldige handeling aanspreeklik moet wees, buiten die gevolge wat *besonder omwaarskynlik* was.

Dit sal van die omstandighede van elke besondere geval afhang of 'n bepaalde gevolg en die kousale verloop tussen die handeling en gevolg met

so 'n graad van waarskynlikheid voorsienbaar was dat 'n dader redelikerwys vir die gevolg aanspreeklik gehou behoort te word.

JM POTGIETER
ADJ VAN RENSBURG
Universiteit van Suid-Afrika

FINALITEIT INSAKE HOËR BEROEP BY BORGTOG?

Om te beweer dat artikels 97 en 98 van die ou Strafproseswet 56 van 1955¹ botsende interpretasies deur die howe ontlok het, behoef geen groot betoog nie.² Dié verskil van mening het betrekking gehad op die beskikbare remedies van 'n beskuldigde nadat sy aansoek om borgtog³ deur 'n landdros van die hand gewys is, òf deurdat die verlening van borgtog ontsier is deur die vasstelling van 'n buitensporige bedrag borggeld òf deurdat die vrylating op borgtog aan onredelike borgvoorwaardes gekoppel is.

Ingevolge artikel 97⁴ van die ou wet kon 'n beskuldigde in bogenoemde onstandighede na 'n hoërhof wat regsbevoegdheid⁵ het, appelleer. Die verwarrende artikel 98 het verder bepaal dat "n hoër hof wat regsbevoegdheid ten opsigte van 'n misdryf besit op enige stadium van enige verrigtinge in enige hof ten opsigte van so 'n misdryf, die beskuldigde op borgtog [kan] vrylaat". Die vraag wat in die lig van hierdie twee artikels ontstaan het, is of die beskuldigde, na 'n onsuksesvolle borgaansoek, ingevolge artikel 97 moes appelleer en of hy ingevolge artikel 98 die hooggeregshof met 'n de novo borgaansoek kon nader. Wat die praktyk betref was die houding van die Transvaalse, Vrystaatse, Kaapse en Suidwes-Afrikaanse afdelings oor die algemeen dat die beskuldigde sy regte ingevolge artikel 97 moes uitput.⁶ Daarenteen was die benadering van die Natalse, Oos-Kaapse en Noord-Kaapse afdelings weer dat die hooggeregshof direk met 'n substantiewe aansoek ingevolge artikel 98 genader kon word.⁷

Daar word aan die hand gedoen dat hierdie verskil van mening in die lig van die nuwe Strafproseswet⁸ 51 van 1977 van blote akademiese waarde is aangesien soortgelyke botsende bepalinge nie in die nuwe wet opgeneem is nie. Ten einde so 'n bewering te motiveer, is dit noodsaaklik om die ter sake borgbepalinge ingevolge die nuwe wet nader te ontleed.

¹In die lig van die nuwe Strafproseswet 51 van 1977 word spesifiek hier na die ou wet verwys. Die nuwe wet het op 1 Augustus 1977 in werking getree en vervang die 1955 wet in toto.

²Vgl Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* (1967) 116; De Jager 1976 *THRHR* 184.

³Ingevolge a 95 van die ou Strafproseswet.

⁴A 97(1) het gelui: "Wanneer 'n beskuldigde veronreg voel ten gevolge van die weiering van 'n magistraat of van 'n laer hof om hom op borgtog vry te laat of deurdat so 'n magistraat of hof buitensporige borggeld vasgestel het of onredelike voorwaardes gestel het, kan hy teen die weiering of buitensporige borggeld na die hoër hof . . . appelleer."

⁵Of dit 'n plaaslike afdeling van die hooggeregshof insluit, word infra behandel.

⁶Vgl De Jager 1976 *THRHR* 384.

⁷*ibid.*

⁸Dié wet is gepubliseer in die Staatskoerant 5532 van 6 Mei 1977.

Artikel 95 van die ou wet word deur artikel 60 van die nuwe wet vervang. Die nuwe artikel 60(1) bepaal soos volg:

“’n Beskuldigde wat ten opsigte van enige misdryf in bewaring is, kan by sy eerste verskyning in ’n laer hof of in enige stadium na bedoelde verskyning, ’n aansoek rig aan bedoelde hof of, indien die verrigtinge teen die beskuldigde in ’n hoër hof hangende is, aan daardie hof, om ten opsigte van daardie misdryf op borgtog vrygelaat te word.”⁹

Dit blyk hieruit dat ’n beskuldigde òf in die laerhof òf in die hooggeregshof om borgtog kan aansoek doen. Hieruit volg egter nie dat die beskuldigde die hooggeregshof altyd direk met ’n aansoek om borgtog kan nader nie. Artikel 60 moet gesien word in die lig van die feit dat summiere verhore die algemene proseduremaatreeël ingevolge die nuwe wet sal wees.¹⁰ Die beskuldigde sal dus in die reël summier in òf die landdros-, streek- òf hooggeregshof verhoor word.”¹¹

Hieruit is nie af te lei dat die beskuldigde na sy arrestasie direk voor die hooggeregshof gebring word nie. Ingevolge artikel 50(1) moet hy voor ’n laerhof, dws ’n landdros- of streekhof¹² gebring word. Indien die betrokke laerhof nie jurisdiksie het om die beskuldigde summier te verhoor nie (bv waar die klagte moord is) moet die beskuldigde op versoek van die aanklaer na die hof wat jurisdiksie het om hom te verhoor, verwys word.¹³

Hoe dit ook al sy, feit bly staan dat artikel 60(1) uitdruklik bepaal dat die beskuldigde by sy eerste verskyning in die landdros- of streekhof om borgtog kan aansoek doen, selfs al het dié betrokke hof nie jurisdiksie om hom te verhoor nie.¹⁴ Indien die beskuldigde vir verhoor na die hooggeregshof verwys word en die saak gevolglik voor die hooggeregshof hangende is, moet die beskuldigde by die hooggeregshof om borgtog aansoek doen indien hy nie by sy eerste verskyning in die laerhof daarom aansoek gedoen het nie.

Dit is duidelik dat die moontlikheid vir die beskuldigde om die hooggeregshof direk met ’n borgaansoek te nader waar die verhoor in die landdros- of streekhof plaasvind (soos die geval ingevolge artikel 98 van die ou wet was) nie in artikel 60(1) van die nuwe wet genoem word nie. Daar is dus net een bepaalde hof wat mbt ’n borgaansoek genader kan word.

Van meer direkte belang is die bepalings van artikel 65(1) van die nuwe wet. Dié artikel het betrekking op appèlle na die hooggeregshof ten op-

⁹Daar moet in gedagte gehou word dat die polisie ingevolge a 59(1) van die nuwe wet die beskuldigde toev enige misdryf, behalwe die misdrywe genoem in Deel II of Deel III van die 2de bylae van die nuwe wet en die misdrywe genoem in die bylae by die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950, op borgtog kan vrylaat.

^{10a} 75.

¹¹Voorlopige ondersoek sal dan voortaan soos summiere verhore in die hooggeregshof ingevolge die ou wet die uitsondering vorm. Sien hieroor aa 123 tot 143.

¹²Sien die woordomskriving van “laer hof” in a 1.

^{13a} 75. Hierdie prosedure sal nie gevolg word nie (1) waar die prokureur-generaal die aanklaer opdrag gegee het om die klag in die landdros-hof aan die beskuldigde voor te lees en lg dan deur die landdros aangesê word om op die klag te pleit (sien a 119), en (2) waar ’n voorlopige ondersoek ingevolge a 123 teen die beskuldigde gehou word.

¹⁴Vgl *enige misdryf*, genoem in a 60(1).

sigte van borgaansoeke in die laerhof. Die relevante gedeelte lees soos volg:

“(a) ’n Beskuldigde wat veronreg voel deur die weiering deur ’n laer hof om hom op borgtog vry te laat of deur die oplegging deur so ’n hof van ’n borgvoorwaarde, met inbegrip van ’n voorwaarde betreffende die bedrag borggeld en met inbegrip van ’n wysiging of aanvulling van ’n borgvoorwaarde,^[16] kan teen so ’n voorwaarde appelleer na die hoër hof wat regsbevoegdheid het of na ’n regter van daardie hof as die hof nie sitting hou nie.”

Weer eens is die moontlikheid om die hooggeregshof to v enige misdaad te enige tyd met ’n direkte borgaansoek te nader, nie in hierdie artikel te lees nie.

Die vraag kan nou gevra word wat die posisie sou wees in die geval waar die beskuldigde, nadat hy die laerhof om borgtog genader het en sy aansoek onsuksesvol was, in die lig van nuwe feite wat later na vore gekom het, weer om borgtog wil aansoek doen. Enige twyfel wat hier mag ontstaan het, word duidelik deur die volgende bepaling van artikel 65(2) uit die weg geruim:

“Die reg van appèl bestaan nie ten opsigte van nuwe feite wat na die beslissing waarteen geappelleer word, ontstaan of aan die lig kom nie, tensy sodanige nuwe feite eers voorgelê word aan die landdros of streeklanddros teen wie se beslissing geappelleer word en sodanige landdros of streeklanddros op sulke nuwe feite teen die beskuldigde beslis.”

Dit is dus duidelik dat selfs onder sulke omstandighede, die beskuldigde nie ingevolge hierdie artikel die reg het om na sy aanvanklike onsuksesvolle borgaansoek in die laerhof, die hooggeregshof met ’n direkte nuwe borgaansoek te nader nie. Hoewel hy teen die laerhof se beslissing kan appelleer, sal hy eers weer die veranderde omstandighede aan die betrokke laerhof moet voorlê. Slegs as hy dan weer onsuksesvol is, sal hy kan appelleer.

In sy geheel gesien, is daar dus net een moontlike remedie vir die beskuldigde na sy onsuksesvolle borgaansoek in die landdros- of streekhof, naamlik om daarteen te appelleer. Anders as wat in *S v Mohamed* 1977 2 SA 531 (A) to v ’n appèl ingevolge artikel 97 van die ou wet beslis is,¹⁶ is hierdie appèl kragtens artikel 65(1) van die nuwe wet ’n appèl in sy gewone beperkte, tegniese betekenis. Dit blyk uit artikel 65(4) wat bepaal dat die hof van appèl —

“nie die beslissing waarteen geappelleer word tersyde [kan] stel nie, tensy sodanige hof of regter oortuig is dat die beslissing verkeerd is, in welke geval die hof of regter die beslissing gee wat na sy oordeel deur die laer hof gegee moes gewees het”.¹⁷

Daar kan terloops net op gewys word dat die twyfel wat daar mag gewees het of ’n plaaslike afdeling van die hooggeregshof in dié verband met appèljurisdiksie bekleë is,¹⁸ deur artikel 65(1)(c) uit die weg geruim is deur

¹⁶Sien hieroor aa 62 en 63 van die nuwe wet.

¹⁶538D-H.

¹⁷Ar Trollip verklaar tap: “I have no doubt that the ‘appeal’ under sec. 97 is of the wide variety . . . For the Superior Court hearing the appeal is not confined to determining merely whether the magistrate’s decision on the facts before him was right or wrong.”

¹⁸Die vraag is in *S v Mohamed* supra op 539D-G oopgelaat, hoewel die appèlhof in die omstandighede van daardie saak veronderstel het (sonder om dit te beslis) dat dit die geval is.

die bepaling aldaar dat 'n plaaslike afdeling wel regsbevoegdheid besit om 'n sodanige appèl aan te hoor "mits die betrokke laer hof of 'n deel daarvan binne die regsgebied van bedoelde plaaslike afdeling val".¹⁹

In die lig van bogenoemde kan die gevolgtrekking dus gemaak word dat die moontlikheid vir 'n beskuldigde om die hooggeregshof direk met 'n borgaansoek te nader (soos met artikel 98 van die ou wet beoog was) nie ingevolge die nuwe Strafproseswet bestaan nie. Dit geld natuurlik nie vir die geval waar die beskuldigde, omrede sy saak daar hangende is, die hooggeregshof met sy borgaansoek moet nader nie.²⁰ Gevolglik sal beslissings wat tot die teendeel hiervan is, nie meer in die toekomst gevolg kan word nie. Die rede hiervoor is dat artikel 98 van die ou wet, wat stukrag aan sodanige standpunt verskaf het, nie, soos gemeld is, in die nuwe wet opgeneem is nie. Dieselfde geld ook vir die (myns insiens) verdienstelike argumente en gevolgtrekking van die skrywer van 'n soortgelyke aantekening in die 1976 *THRHR*.²¹

Ten slotte kan die aandag op nog een belangrike punt gevestig word. Soos gesien is, moet die beskuldigde, indien die saak voor die hooggeregshof hangende is, by die hooggeregshof om borgtog aansoek doen. Die vraag ontstaan nou of die beskuldigde ook teen 'n beslissing van die hooggeregshof kan appelleer en indien wel, na watter hof. Dié aangeleentheid word nie in artikel 65 van die nuwe wet gereël nie. Daar word egter aan die hand gedoen dat die posisie m.b.t. appèlle vanaf die laerhowe, soos in artikel 65 gereël, mutatis mutandis hier van toepassing behoort te wees.

Gesag hiervoor is te vinde in die onlangse uitspraak van die appèlhof in *S v Mohamed* supra toe hierdie aangeleentheid deur appèlregter Trollip in behandeling geneem is.²² Die beslissing waartoe gekom is, is dat waar die beskuldigde ingevolge artikel van die ou Strafproseswet na die hooggeregshof teen die beslissing van 'n landdros m.b.t. 'n borgaansoek appelleer, die beskuldigde teen die beslissing van die hooggeregshof na die appèlhof kan appelleer, mits genoemde beskuldigde die verlof van die hof a quo verkry het. Indien die hof a quo nie verlof om te appelleer verleen het nie, kan die appèlhof ingevolge artikel 21 van die Hooggeregshofwet 59 van 1959 met 'n petisie om verlof om te appelleer genader word.²³ Na analogie van artikel 65(2) van die nuwe wet kan ook hier geargumenteer word dat die reg van appèl na die appèlhof nie bestaan ten opsigte van nuwe feite wat na die beslissing van die hooggeregshof ontstaan of aan die lig gekom het nie, tensy sodanige feite eers weer voorgelê is aan die hooggeregshof en sodanige hof op sulke nuwe feite teen die beskuldigde beslis het.

Hierdie onlangse uitspraak van die appèlhof kan dus die nodige precedent skep om die leemte wat in artikel 65 van die nuwe Strafproseswet bestaan, aan te vul.

JL SNYMAN
Universiteit van Zoeloeland

^{19a} 65(1)(c).

^{20a} 60(1).

²¹ 384 e.v.

²² 539G-542C.

²³ 541F-G; 542B-C.

Vonnisse

BOLAND BANK BPK v JOSEPH 1977 2 SA 82 (D & K)

*Eiendomsvoorbehoud – eiendomsoordrag deur nie-eienaar –
constitutum possessorium*

Die relevante feite in hierdie saak was soos volg: V, 'n handelaar in motorvoertuie, sluit 'n koopkontrak met C, 'n finansieringsmaatskappy, waarvolgens C motors aan V verkoop met die bedoeling dat V dit herverkoop alhoewel eiendomsreg nie op V oorgaan voor hy vir die motors betaal het nie. Die ooreenkoms staan bekend as 'n "floor plan agreement". Vroeg in Julie 1973 word 'n besending motors aan V besorg waarvoor hy op 25 September 1973 moet betaal. Op 16 Julie 1973 sluit V twee kontrakte met K. In die eerste kontrak verkoop hy 'n Audi-motor aan K en in die tweede huur hy dit van K terug vir gebruik deur een van V se direkteure. V gebruik die motor egter nie vir die doel waarvoor hy dit gehuur het nie maar bied dit te koop aan. V verkry uitstel vir betaling van die motor van C en betaal dit eers op 5 Oktober 1973. Op 18 Oktober 1973 verkoop V die motor op huurkoop aan D en sedeer sy regte uit die ooreenkoms aan C. V kom nie sy verpligtinge ingevolge die huurkontrak met K na nie en K tree terug uit die ooreenkoms en eis die motor met die *rei vindicatio* van D.

V het met ander woorde die motor aan K verkoop op 'n stadium toe hy nog nie eienaar was nie. Voor hy die motor egter aan D verkoop het, het hy C betaal sodat C opgehou het om eienaar te wees. Regter Shearer bevind op die feite dat die koop- en huurkontrak tussen V en K heeltemal eg was en die vraag was nou of daar behoorlike lewering tussen V en K plaasgevind het. Die regter meen dat nadat V vir C betaal het slegs een van twee dinge met die eiendomsreg kon gebeur het: dit kon òf op V oorgegaan het, òf K kon dit deur regswerking verkry het. Maar, sê die regter, V het op hierdie stadium alreeds kontraktueel van al sy "proprietary rights" in die motor afstand gedoen (88A). Hy gaan dan voort:

"Among the rights which [V] possessed was the right to become owner on payment to [C] of the purchase price. That right, if there was a sufficient delivery to transfer such rights as were vested in [V], had effectively passed to [K] before 5 October 1973 . . ." (88AB).

Die hof bevind dat hierdie regte wel behoorlik aan K oorgedra is. Op een of ander stadium nadat besit *constituto possessorio* ingevolge die koopkontrak tussen hom en V aan K oorgedra is, het K eienaar van die motor geword (89F).

Die saak het belangrike implikasies met betrekking tot eiendomsoordrag. Hoofsaaklik drie aspekte verg bespreking: (1) die regsposisie van die partye waar eiendomsreg van 'n saak voorbehou word; (2) lewering van

“rights short of ownership” by wyse van *constitutum possessorium*; en (3) of K in hierdie omstandighede direk van C eiendomsreg kon verkry.

(1) As gekyk word na die verhouding tussen C en V dan is dit duidelik dat C eiendomsreg voorbehou het totdat V die koopprys volledig betaal het. In ons reg gaan eiendomsreg oor deur besitsoordrag tesame met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, oftewel die saaklike ooreenkoms (*Greenshields v Chisholm* (1884) 3 SC 220 227–228; *Weeks v Amalgamated Agencies Ltd* 1920 AD 218 230–231; *Commissioner of Customs and Excise v Randles Brothers and Hudson Ltd* 1941 AD 369 398–399; *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd* 1971 3 SA 158 (A) 179E). Waar eiendomsreg voorbehou word, word besit van die saak wel oorgedra en die saaklike ooreenkoms aangegaan maar die gevolg daarvan, eiendomsoorgang, word opgeskort hangende vervulling van die voorwaarde, in casu betaling van die koopprys (sien *Wolf v Richards* (1884) 3 HCG 102; De Villiers 1943 *THRHR* 19; Diemont en Marais *The Law of Hire-Purchase in South Africa* (3 uitg 17)). Word die voorwaarde vervul, verkry die saaklike ooreenkoms volle werking en die koper sonder meer eiendomsreg. Ten spyte daarvan dat die volle werking van die saaklike ooreenkoms uitgestel is, verkry die posisie tussen die partye sakeregterlik reeds beslag. Die regshandeling, eiendomsoordrag, is immers reeds aangegaan, net die gevolg daarvan, eiendomsoorgang, is uitgestel. Sakeregterlik kan die posisie dus nie meer eenzijdig verander word nie. Al dra C intussen die eiendomsreg wat hy voorbehou het aan 'n derde oor, soos wat by verdiskontering van 'n huurkoopkontrak gebeur, kan hy nie verhoed dat V by vervulling van die voorwaarde eienaar word nie. Andersyds moet V by vervulling van die voorwaarde eienaar word – ook al word, soos in die geval van verdiskontering, aan die finansieringsmaatskappy betaal. Voor vervulling van die voorwaarde kan V dus nie eiendomsreg van die saak oordra nie. Hy kan onderneem of hom verbind om dit te doen maar voordat eiendom op die voornemende verkryger kan oorgaan, sal V self eers eienaar moet word. Dit is ook duidelik dat V nie voor hy eiendomsreg by vervulling van die voorwaarde verkry, eiendomsreg kan voorbehou nie. Want om eiendom te kan voorbehou, moet hy dit mi reeds hê. Soos reeds gesê vind die regshandeling, eiendomsoordrag, by eiendomsvoorbehoud reeds by oorhandiging van die saak plaas – slegs die regsgevolg, eiendomsoorgang, word opgeskort. Die opgeskorte saaklike ooreenkoms tussen C en V bly dus voortbestaan tot by vervulling van die voorwaarde wanneer V eienaar word. Dit wil dus voorkom of dit juridies nie moontlik is dat V al sy regte ten opsigte van die Audi, insluitende sy reg om in die toekoms eiendom te verkry, kan oordra en dan eenvoudig uit die prentjie kan verdwyn nie.

Die hof wys daarop dat V alreeds kontraktueel van al sy “proprietary rights” in die motor afstand gedoen het toe die koopprys aan C betaal is (88A). Die regter haal dan Mackeurtan (*Sale of Goods in South Africa* (4e uitg)) aan waar die skrywer sê dat “[t]he purport of the contract is that the seller should transfer to the purchaser all his proprietary right in the thing sold” (3). Dit is ongetwyfeld so dat die verkoper al die regte wat hy op die koopsaak het aan die koper moet oordra. As hy dus eiendomsreg het, moet hy dit ook oordra (De Groot 3 15 4; Voet 19 1 11; Mostert, Joubert en Viljoen *Die Koopkontrak* 143). Die verkoper kan dit egter slegs doen as hy

inderdaad eiendomsreg het (De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontrakte-reg en Handelsreg* (3e uitg) 226). Ook al word die reg om in die toekoms eiendomsreg te verkry as 'n "proprietary right" beskou, beteken dit nie dat die verkoper vooraf oor hierdie "proprietary right" kan beskik op so 'n wyse dat eiendomsreg, wanneer hy dit in die toekoms verkry, sonder meer op die verkryger oorgaan nie.

(2) Tweedens meen die regter dat die reg van V om in die toekoms eiendomsreg te verkry by wyse van *constitutum possessorium* op K oorgegaan het. Die gedagte is dat as V wel eienaar was, daar geen twyfel was nie dat K by wyse van *constitutum possessorium* eienaar sou geword het. Namens die verweerder is egter aangevoer dat V nie eienaar was nie en dus nie die bedoeling kon gehad het dat eiendomsreg of enige reg soortgelyk aan eiendomsreg oorgaan nie. Hiervoor word gesteun op *Kaplan v Messenger of Court Port Alfred* (1932 EDL 281) waarin gesê word dat die persoon wat 'n saak by wyse van *constitutum possessorium* wil oordra ten tye van die oordrag eienaar van die saak moet wees en nie slegs houder of bewaarder daarvan nie. In casu verwerp die regter hierdie argument omdat die hof in die *Kaplan*-saak te doen gehad het met die vraag ". . . whether *dominium* passed then and there" (88F). Daarenteen is die vraag voor hom (" . . . whether rights short of ownership can pass by a *constitutum possessorium*, which are thereafter converted into ownership in the event of the condition precedent to the deliveror becoming owner being fulfilled" (88F).

Die regter haal die vereistes vir *constitutum possessorium* uit *Goldinger's Trustee v Whitelaw and Son* (1917 AD 66) aan, naamlik die oordraer moet self in besit van die saak wees, hy moet ophou om in sy eie naam te besit en moet begin om namens die verkryger te besit, toestemming deur die verkryger en een of ander *causa* of *instus titulus*. In casu bevind die hof dat besit wel deur V aan K oorgedra is – uit die huurkontrak blyk duidelik dat V die saak daarna namens K sou hou. Die besit wat oorgedra is, was *possessio civilis*. Met die ooreenkoms tussen C en V is bedoel dat V met die motors soos 'n eienaar sal handel deur hulle te verkoop. "It therefore had *possessio civilis*, the *detentio* of the vehicle with the intention of holding it and dealing with it as owner" (89B).

Die regter gaan dan voort en sê:

"In my view, a person who holds property and deals with it in the confident belief that he will become owner has such possession. . . . It was such civil possession which passed to (K) and, included in the rights which passed, was the right to become owner when the purchase price was paid to (C) for the seller transferred such rights as it had in the *res vendita*. It follows that, when the purchase price was paid on 5 October 1973, (V) no longer had the right to become owner for it had transferred such right to (K)."

Voordat bepaal kan word of die reg by wyse van *constitutum possessorium* oorgedra kan word, moet vanselfsprekend eers vasgestel word wat die aard van hierdie reg is. C het hom teenoor V verbind om V eienaar van die motor te maak mits V die koopprys betaal. Trouens C het, soos hierbo verduidelik, reeds eiendomsreg oorgedra. Tot die gevolg van hierdie eiendomsoordrag intree, behou V sy vorderingsreg dat C moet nakom wat hy onderneem het. By vervulling van die voorwaarde wanneer V eiendom verkry, word hierdie vorderingsreg eers uitgewis.

Dit is buite die kwessie dat hierdie persoonlike reg *constituto possessorio* oorgedra kan word. Dit is korrek dat al die vereistes vir lewering by wyse van *constitutum possessorium* tussen V en K aanwesig was as V eienaar was. Die punt is egter juis dat hy dit nie was nie. Die *Kaplan*-saak kan dus nie onderskei word omdat eiendomsreg daar “then and there” oorgegaan het nie. Ook in al die ander sake waar *constitutum possessorium* in ons reg ter sprake gekom het, het dit te doen gehad met gevalle waar eiendom “then and there” oorgegaan het – so ook in *Goldinger* se saak waaruit regter Shearer self die vereistes vir *constitutum possessorium* aanhaal. Daar is nie in ons reg gesag daarvoor dat vorderingsregte *constituto possessorio* oorgedra kan word nie.

Die regter voer egter ook aan dat V *possessio civilis* van C verkry het. Hierdie siening beteken dat *possessio civilis* aan ’n persoon toegeken word ten spyte daarvan dat hy die eiendomsreg van ’n ander erken. Nogtans word, met respek, aan die hand gedoen dat hierdie opvatting by eiendomsvoorbehoud korrek is. C het sy besit van die saak prysgegee en net eiendomsreg voorbehou om vir hom as sekuriteit te dien. By eiendomsvoorbehoud verleen sy eiendomsreg aan hom sekerheid en nie besit soos by ’n pandreg nie. Natuurlik kan V sy besit by wyse van *constitutum possessorium* oordra maar dit beteken nie dat eiendomsreg ook oorgaan of dat hy hom vooraf effektief kan verbind dat eiendomsreg in die toekoms, wanneer hy dit self verkry, outomaties oorgaan sonder dat hy in die prentjie bly nie. Hy kan net oordra wat hy het, naamlik sy besit.

(3) Dit bring ons in die derde plek by die vraag of K in die omstandighede direk van C eiendomsreg kan verkry. Dit behoort nou duidelik te wees dat hy nie kan nie. Soos reeds gesê word eiendomsreg in ons reg oorgedra deur die oordrag van besit met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (die saaklike ooreenkoms). In hierdie omstandighede weet C en K nie eers van mekaar nie, daar kan dus geen sprake wees van wilsooreenstemming tussen hulle nie. Ons reg ken net oorspronklike en afgeleide wyses van eiendomsverkryging. Oorspronklike eiendomsverkryging is hier nie ter sake nie. K kan sy eiendomsreg dus slegs van V aflei wat beteken dat V eers eiendomsreg moet verkry en dit kan slegs gebeur as hy C betaal. Die regter het bevind dat V wel *possessio civilis* gehad het op grond van die “floor plan agreement” tussen hom en C. Hierdie besit kon hy wel aan K oordra. Om die regsgevolg, eiendomsoorgang, te bewerkstellig moes die saaklike ooreenkoms egter ook aangegaan word. En op hierdie stadium kon dit nog nie gebeur nie. V was immers nog nie eienaar nie. Al wat V kon onderneem, was om die saaklike ooreenkoms aan te gaan as hy by volledige betaling aan C eienaar word. Vanselfsprekend kon dit nie beteken dat eiendom sonder meer op K oorgaan as C betaal word nie of dat V “. . . no longer had the right to become owner . . .” (89D). Soos reeds gesê moet hy juis eienaar word sodat K sy eiendomsreg van hom kan aflei.

Om saam te vat. Toe V die motor aan K verkoop het, kon hy nie aan hom eiendomsreg oordra nie want hy het dit self nie gehad nie. Toe V later wel eiendom verkry het, het hy nie meer die bedoeling gehad om dit oor te dra nie. Met ander woorde, toe die regsgevolg moes intree, was die vereistes wat die reg daarvoor stel nie aanwesig nie. Gevolglik kon eiendomsreg

eenvoudig nie op K oorgaan nie. Daarenteen kon V wel aan D *vacua possessio* verskaf en kon ook tussen hulle twee 'n saaklike ooreenkoms bestaan. Daar is dus juridies geen rede waarom D nie eienaar kon word nie.

Die regter sê:

"I find therefore that ownership could and did in law pass at a stage after delivery had been effected. To hold otherwise would lead to the incongruous conclusion that a purchaser for cash, who sought and obtained immediate delivery of a vehicle possessed under a floor plan agreement would not become owner (questions of estoppel aside) when the dealer paid the supplier" (89E).

Dit is vanselfsprekend dat sodanige kontantkoper eienaar sal word as die vereistes nagekom word wat die reg vir eiendomsorgang stel. As hierdie vereistes egter nie aanwesig is nie is dit onmoontlik vir die koper om eiendomsreg te verkry ook al mag dit regspolities wenslik wees dat hy wel eienaar word. Wat die onderhawige geval betref, wil dit voorkom of dit inderdaad die posisie was en dat K in ons voorbeeld dus nie eiendomsreg verkry het nie.

DSP CRONJÉ
Universiteit van Suid-Afrika

S v NAIDOO 1977 2 SA 123 (A)

Defeating the ends of justice – mens rea – actus reus

The accused in this case had been convicted by a magistrate of attempting to defeat the ends of justice. From the evidence it appeared that a passenger in the vehicle driven by the accused had flashed the headlights in order to warn motorists of the presence of a speed trap on the road. In order to do this the passenger had to lean over the driver to reach the switch which was placed on the other side of the steering wheel.

Hunt defines the relevant offence as follows:

"Defeating or obstructing the course of justice consists in unlawfully doing an act which is intended to defeat or obstruct and which does defeat or obstruct the due administration of justice" (*South African Criminal Law and Procedure* 2 141).

Thus in order to secure a conviction of the defined offence it must be proved that (a) there was an act whereby (b) the accused intended to defeat or obstruct the "course of justice" and which (c) did in fact defeat or obstruct the course of justice. An accused can of course be found guilty of attempt to commit a crime where his conduct does not comply with the definition of the offence in question. Since attempt is, however, a common law concept ". . . both *mens rea* and *actus reus* are required for guilt" (Burchell and Hunt *South African Criminal Law and Procedure* 1 378).

In a case where more than one accused is involved liability in respect of attempt can be incurred: (i) by both accused on equal footing as perpetrators, i.e. where the conduct of each complies with the requirements for attempt, or (ii) by one of the accused as a perpetrator and by the other as a "socius" or, preferably, an accomplice. Such liability requires that the acts of the perpetrator comply in all respects with the definition of the offence, i.e.

attempt, while the liability of the accomplice is founded on his associating himself with the act of the perpetrator. A prerequisite in the last instance is that the act with which the accomplice associates himself, be an offence in the words of De Wet and Swanepoel: "Medepligtigheidsaanspreeklikheid is aksessore aanspreeklikheid" (*Die Suid-Afrikaanse Strafbreg* 3e uitg 188).

Approaching the facts of the particular case the learned judge determined that to sustain a conviction it was necessary that the court be satisfied beyond reasonable doubt:

- "(1) that the accused associated himself with the actions of his passenger, that is, that the accused was a *socius criminis*;
- (2) that the flashing of the lights in the circumstances . . . constituted an attempt to defeat the ends of justice" (at p 125A-B of the report).

In considering the first of the requirements which the learned judge, with respect, correctly postulated, it must be ascertained with which *actus reus* the accused associated himself. It is common cause that this was the flashing of the lights by the passenger who, on the evidence, was intoxicated: "[He] was very drunk" (p 124H of the report).

Since the accused himself did not flash the lights he cannot be regarded as a perpetrator; his liability, if any, must be founded on the liability of his passenger. It is therefore, with respect, remarkable that the court did not consider it necessary to investigate the condition of the passenger in order to ascertain whether he could properly be regarded as a perpetrator. The fact that the accused, as the court correctly found on the evidence, associated himself with the act of his passenger, does not obviate the necessity of establishing the liability of the passenger upon which the accessory liability of the accused was founded.

The court's finding on p 125G-H of the report that the accused "must . . . have appreciated what his passenger was doing, but he permitted what must have amounted to some interference with his ability to drive properly and efficiently" may have constituted negligent driving or some other offence in terms of the Road Traffic Ordinance. It does not, however, assist in establishing the accessory liability of the accused on a charge of attempting to defeat the ends of justice. Indeed, the very mention of this fact smacks of the *versari in re illicita* doctrine.

In other respects, however, the decision is to be welcomed, in that the learned judge in the course of his reasoning lucidly indicates that attribute of speed traps with which motorists interfere when indicating in any way their location. Secrecy of location is an integral attribute of efficient speed traps. When a motorist reveals the location of a speed trap, foreseeing the possibility that thereby the effective operation of the trap might be frustrated, he would have the *mens rea* necessary for "obstructing the due administration of justice". The only reason why ordinarily he could not be convicted of the substantive offence is that the *actus reus* is materially defined and, generally, proof that an oncoming motorist was indeed exceeding the speed limit, and would therefore have been trapped but for the warning, would be lacking. Moreover, it is submitted with respect, the court is correct in indicating that interference with the operations of law enforcement

officers can, in certain circumstances, amount to attempting to defeat the ends of justice.

It may be remarked in passing that had the court investigated the question of the mens rea of the passenger in the present instance, the interesting question of the onus of proof determined in the case of *S v van Niekerk* 1976 3 SA 311 (C) would no doubt have enjoyed attention. It is unfortunate that the finding of the Cape provincial division in *Van Niekerk* was not considered by the court. The case of *Van Niekerk* is deserving of consideration in that, as dolus is the form of mens rea required for the common law offence of defeating the ends of justice, it seems strange that the onus should have been placed upon the accused. As a general rule, the onus shifts only in cases where the required form of fault is culpa (see *S v Sibitane* 1973 2 SA 593 (T) and the cases there discussed).

AJ MIDDLETON
J CHURCH
University of South Africa

S v DIPKOKO AND OTHERS 1977 3 SA 1107 (NK)

Wet op Gevaarlike Wapens – toepassing van artikel 4

Die beslissing van *S v Dipkoko and Others* 1977 3 SA 1107 (NK) – ook gerapporteer as *Dipholo J and Others v S* 1977 2 PH H137 – slaan nog 'n teleurstellende duik in die reeds gehawende bakwerk van die Wet op Gevaarlike Wapens 71 van 1968, sodat herstelwerk deur die wetgewer nou haas noodsaaklik blyk. Regters Van Rhyn en Van den Heever beslis naamlik dat die strafbepalings van artikel 4(1) van die wet nie toepassing vind op 'n socius criminis in 'n aanranding waartydens 'n gevaarlike wapen aangewend is, maar waar die socius nie daardie wapen persoonlik hanteer het nie. Met hierdie beslissing volg die Noord-Kaapse afdeling getrou in die voetspore van *S v Madini* 1972 3 SA 187 (K), *S v Magwada* 1976 3 SA 730 (OK) en *S v Devula en 'n Ander* 1977 2 SA 170 (O).

Wat *Dipkoko* (*Dipholo*) egter meer teleurstellend as die ander genoemde beslissings maak, is die feit dat die Natalse uitspraak *S v Khumalo* 1977 3 SA 701 daarin oorweeg maar verwerp word. In *Khumalo* kom regter Hefer (hy word ondersteun deur regterpresident James) tot die gevolgtrekking dat die strafbepalings van artikel 4(1) wel op die socius van toepassing is ongeag die vraag of hy die gevaarlike wapen persoonlik hanteer het al dan nie. Hierdie gevolgtrekking word soos volg geregverdig:

- 1 dit is 'n bekende gemeenregtelike beginsel dat 'n socius criminis aangekla, skuldig bevind en gevonnissen kan word soos die hoofdader (702E);
- 2 die beginsel in paragraaf 1 genoem, is nie slegs beperk tot die gemene reg nie, maar geld ook tot statutêre misdrywe en tot gevalle waarin 'n statutêr voorgeskrewe vonnis bestaan (702F);
- 3 daar is geen teken hoegenaamd in artikel 4 self wat daarop dui dat

die wetgewer enige bedoeling gehad het of kon gehad het om die betrokke beginsel te negeer nie. Trouens, die gebruik van die woorde "enige persoon" in die artikel dui op die insluiting van die socius (702H ev);

- 4 die feit dat 'n strafbepaling streng uitgelê moet word, regverdig nie alleenstaande die afleiding dat die wetgewer bedoel het om die algemene beginsel in paragraaf 1 genoem, uit te skakel nie (702H ev).

Wanneer regters Van Rhyen en Van den Heever *Khumalo* verwerp, word die volgende redes verskaf:

- 1 artikel 4 skep geen misdaad nie, maar tref bloot sekere strafmaatreëls (1107H);
- 2 artikel 4 het 'n dubbeldoelige funksie: dit bepaal *eerstens* dat sekere misdade, gepleeg deur sekere persone op sekere wyses, op 'n voorgeskrewe ingrypende wyse gestraf moet word; *tweedens* verhoog die artikel die jurisdiksie van landdroshowe t a v sekere gevalle. Hierdie funksies kan nie van mekaar geskei word nie (1107H-1108A);
- 3 aangesien artikel 4 in sy geheel uitgelê moet word, wil dit voorkom asof die gemene reg nie ter sake is nie (1108A);
- 4 artikel 4 vervat geen uitdruklike verwysing na socii, soos byvoorbeeld artikel 1 van Wet 56 van 1955 nie (1108A);
- 5 die letterlike uitleg van artikel 4 lei nie noodwendig tot negering van die algemene beginsel dat die socius soos die hoofdader gestraf kan word nie. Dit behou slegs die status quo waardeur die strafjurisdiksie van landdroshowe beperk bly tot 6 maande gevangenisstraf, tensy sekere bepaalde faktore aanwesig is. Deur hierdie tipe saak in streekafdelings of provinsiale afdelings te laat verhoor, sal voorkom word dat die socius nie sy regmatige straf kry nie, aangesien sodanige hof uit hoofde van sy normale jurisdiksie die gepaste straf kan oplê (1108B-1108D).

Ad paragraaf 1:

Daar is sekerlik nooit in *Khumalo* beslis dat artikel 4 'n nuwe misdryf in die lewe geroep het nie. Waarskynlik is die volgende paragraaf in daardie beslissing verantwoordelik vir die veronderstelling dat regter Hefer artikel 4 aansien as synde die skepper van 'n nuwe misdryf:

"This principle applies to common law as well as to *statutory offences* and also to cases where the sentence has been prescribed by statute" (702F).

Die laaste gedeelte van die sin dui egter ontenseglik daarop dat regter Hefer volkome op hoogte daarvan was dat die beginsel in die onderhawige geval toepassing vind op statutêre voorgeskrewe strawe. In elk geval omskryf die geleerde regter die betrokke misdrywe as "crimes of violence in which dangerous weapons are employed" (703A) en artikel 4 as 'n bepaling "aimed at combating those very crimes", waaruit besonder duidelik blyk dat artikel 4 beskou word as 'n *maatreeël* om sekere bestaande misdade te bekamp en nie as synde die skepper van dusdanige misdrywe nie.

Ad paragraaf 2:

Daar word toegegee dat artikel 4 die dubbeldoelige funksie het wat

regters Van Rhyn en Van den Heever daaraan toesê. Dit is egter, met respek, moeilik om die kloutjie by die oor te bring; die feit dat sekere bewese omstandighede aanleiding gee tot hoër strafjurisdiksie vir landdroshowe ingevolge artikel 4, kan sekerlik nie ingespan word as 'n rede waarom die artikel op sekere persone nie toepassing vind nie. Dit mag wel aanleiding gee tot 'n strenge interpretasie van die artikel, maar hoogstens dit en steeds met inagneming van die ware oogmerk van die wetgewer met die implementering van die artikel.

Ad paragraaf 3:

Waarom die feit – wat nie betwis word nie – dat die artikel in sy geheel uitgelê en verstaan moet word, beteken dat die gemene reg irrelevant voorkom, is, met respek, onduidelik. Trouens, die beginsels in ooreenstemming waarmee die artikel uitgelê moet word, word in die gemene reg gevind; om te argumenteer dat die gemene reg irrelevant voorkom wanneer die artikel in die geheel uitgelê word, is om die reëls waarvolgens sodanige uitleg behoort te geskied, of minstens die oorgrote meerderheid daarvan, self uit te skakel. Voorts bestaan die beginsel dat socii net soos hoofdaders gestraf kan word, na goeddunke van die hof, nie alleen in die gemene reg nie. Artikel 257 van Wet 51 van 1977 bepaal dat die “medepligtige na die daad” volgens goeddunke van die hof gestraf kan word, met die voorbehoud dat die straf nie swaarder mag wees as die straf van die hoofdader nie. Dat die socius, in wye sin gebruik, soos die hoofdader gestraf kan word, is 'n beginsel wat derhalwe nie slegs gemeenregtelik aangetref word nie, maar ook statutêr.

Ad paragraaf 4:

'n Uitdruklike verwysing na socii in artikel 4 is, uit hoofde van die bestaan van 'n algemene beginsel dat socii soos hoofdaders gestraf kan word, oorbodig.

Ad paragraaf 5:

Die gevolgtrekking dat die onderhawige gevalle in die streek- of provinsiale afdelings verhoor kan word, ten einde toe te sien dat die socius deur die “normale” strafjurisdiksie van sodanige howe nie sy regmatige straf vryspring nie, is, met respek, terselfdertyd 'n toegewing aan die noodwendige regsgevoel dat die socius se daad 'n strengere straf regverdig indien dit gepaard gaan met die omstandighede soos voorsien in artikel 4. Tweedens was dit duidelik die bedoeling van die wetgewer dat die gevalle, voorsien in artikel 4, in die landdroshof tuishoort – vandaar juis die verhoogde jurisdiksie van die landdroshof. Enige ander interpretasie sou die werklike bedoeling van die wetgewer by die verhoging van sodanige howe se strafjurisdiksie onlogies negeer.

Ten slotte: die woorde “(i)f a socius who is as blameworthy as a principal offender escapes his just deserts” in *Dipkoko (Dipholo)*, op 1108B, sit, met respek, juis die bitter smakie by die nagereg, wanneer dit nie alleen die ratio van die beslissing bevraagteken nie maar ook indruis teen die algemene regs-

gevoel dat wandade in alle gevalle met gepaste straf besoek behoort te word.

E DU TOIT

*Kantoor van die adjunk-prokureur-generaal,
Johannesburg*

S v KILLIAN 1977 2 SA 31 (K)

Abduksie

In hierdie saak is die beskuldigde skuldig bevind aan die abduksie van 'n minderjarige meisie met wie hy voorheen 'n verhouding gehad het waaruit 'n kind gebore is. Die beskuldigde was blykbaar begerig om met die minderjarige te trou maar onder meer vanweë die feit dat hy 'n getroude man was, het haar ouers dit teengestaan. Die gebeure wat tot die skuldigbevinding aanleiding gegee het, was die volgende: Die beskuldigde het die minderjarige, wat by haar ouers ingewoon het, op die betrokke dag by haar werk gebel en versoek om die middag af te neem. Sy het ingestem, waarop die beskuldigde haar gaan haal en met haar na verskillende plekke gery het, totdat hy haar laat daardie aand na sy huis geneem het. Daar het hy haar oorreed om die nag by hom deur te bring en met haar geslagtelik verkeer. Die minderjarige het by die beskuldigde gebly tot die volgende middag toe haar moeder haar opgespoor en kom haal het.

By appèl word die skuldigbevinding deur regter Vos, met wie wn regter Banks saamgestem het, bekragtig. Vanweë enkele verreikende konsekwensies van die beslissing verdien dit nadere oorweging.

Eerstens verklaar regter Vos:

“Die verwydering hoef nie fisies plaas te vind nie: dit sluit ook in die geval waar sy oorreed word om uit die voog se gesag weg te bly, al sou sy ook instem”(32).

En aansluitend hierby:

“Die opset moet ten tye van die verwydering uit die *potestas* aanwesig wees”(32).

Wat die feite van die saak betref, aanvaar die hof dan ook dat die beskuldigde die minderjarige laat die aand oorreed het om die nag by hom deur te bring en in ooreenstemming hiermee dat die beskuldigde se bedoeling om met die minderjarige geslagtelik te verkeer tydens hierdie oorreding ontstaan het. Word dit egter in gedagte gehou dat die beskuldigde die minderjarige al reeds die middag by haar werk gaan haal het en sodoende toe reeds die fisiese wegname van die minderjarige uit haar ouer se gesag bewerkstellig het sonder dat daar tydens hierdie fisiese wegname die bedoeling was om met die minderjarige geslagtelik te verkeer, is dit meteen duidelik dat ons hier nie met 'n blote bevestiging van die bestaande toepaslike beginsels van abduksie te doen het nie, maar beslis met 'n uitbreiding daarvan. Vir eers bestaan daar vir sover bekend geen soortgelyke feitestel in ons gerapporteerde regspraak nie. Voeg hierby 'n beslissing waarvoor daar vir sover bekend geen presedent in ons gerapporteerde regspraak bestaan nie en mens verwag die toepassing van nuwe beginsels ten opsigte van abduksie. Tog is die beginsels wat regter Vos egter as toepaslik beskou

die gewone. Vir sy eerste stelling beroep regter Vos hom op *R v Ismail* 1943 KPA 418, maar van daardie saak verskil die onderhawige daarin dat die skending van die ouerlike gesagsregte in *R v Ismail*, ofskoon dit deur 'n oorreding bewerkstellig is, nie deur 'n fisiese wegname voorafgegaan is nie. Vir sy tweede stelling beroep regter Vos hom op Hunt *South African Criminal Law and Procedure* Vol II 548, maar daarmee kan die onderhawige saak nie versoen word nie, omdat Hunt vereis dat die bedoeling om met die minderjarige geslagtelik te verkeer reeds tydens die (fisiese?) wegname van die minderjarige uit die ouerlike gesag moet bestaan (vgl Van Oosten 1976 *De Jure* 363 e.v). Volgens die onderhawige saak maak dit egter enersyds vir die doeleindes van die handeling geen verskil dat die oorreding deur 'n fisiese wegname voorafgegaan is nie en andersyds vir die doeleindes van skuld geen verskil dat daar wel opset ten aansien van die oorreding was, maar geen opset ten aansien van die fisiese wegname nie. Abduksie kan dus volgens die onderhawige saak gepleeg word selfs nadat 'n aanvanklike fisiese wegname van die minderjarige uit haar ouers se gesag bewerkstellig is sonder die bedoeling om met haar geslagtelik te verkeer, solank daar maar 'n latere oorreding van die minderjarige is, met die bedoeling om met haar geslagtelik te verkeer, om uit die ouerlike gesag weg te bly.

Hierdie opvatting van die hof bring mee dat, selfs al sou die aanvanklike fisiese wegname van die minderjarige as gevolg van ouerlike toestemming daartoe nie wederregtelik wees nie, abduksie steeds gepleeg kan word, solank die latere wegbly van die minderjarige uit haar ouers se gesag maar as gevolg van die beskuldigde se oorreding, sonder haar ouers se toestemming en met die bedoeling van die beskuldigde om met haar geslagtelik te verkeer, geskied.

Voorts bring die opvatting van die hof mee dat abduksie nie alleen deur 'n doen nie, maar ook deur 'n late gepleeg kan word. Veronderstel A neem vir B, 'n minderjarige meisie, met die toestemming van haar ouers en sonder die bedoeling om met haar geslagtelik te verkeer na 'n partytjie by sy woonstel op voorwaarde dat hy haar op 'n bepaalde tyd sal terugbring. Wanneer die tyd aanbreek, wil B nie huis toe gaan nie, maar die nag by A deurbring. A stem in omdat hy met B geslagtelik wil verkeer. A se versuim om B op die afgesproke tyd by haar ouers terug te bring, stel 'n skending van hulle gesagsregte daar, omdat daar vanweë die ooreenkoms tussen hulle 'n regsplig op hom rus om B op die afgesproke tyd by haar ouers terug te besorg. Omdat A verder tydens sy versuim die bedoeling het om met B geslagtelik te verkeer, is hy skuldig aan abduksie. Die skending van die ouerlike gesagsregte bestaan hier dus nie uit 'n opsetlike wegname van die minderjarige nie maar uit 'n opstelike weghouding van die minderjarige met die bedoeling om met haar geslagtelik te verkeer. Ook waar A vir B sonder die toestemming van haar ouers en sonder die bedoeling om met haar geslagtelik te verkeer na sy woonstel geneem het, sou hy skuldig wees aan abduksie vanweë sy voorafgaande handeling. Omdat A vir B weggeneem het, rus daar 'n regsplig op hom om haar aan haar ouers terug te besorg. Versuim hy om dit te doen en geskied dit met die bedoeling om met B geslagtelik te verkeer, skend hy eweneens haar ouers se gesagsregte deur 'n opsetlike weghouding van die minderjarige met die bedoeling om met haar geslagtelik te verkeer.

Origens bring die opvatting van die hof mee dat dit by 'n wegname nie nodig is dat die beskuldigde die minderjarige oorreed om haar ouers se gesag te verlaat nie. 'n Blote versoek is genoegsaam. Trouens, in *R v Ismail* (supra 420) word die begrippe "suggestion, inducement, persuasion" gebesig. Dit gaan hier nie oor die wyse waarop die wegname bewerkstellig word nie, maar oor die skending van die ouerlike gesagsregte, op welke wyse ook al. So 'n siening is in ooreenstemming met die opvatting dat abduksie nie alleen deur 'n doen nie, maar ook deur 'n late gepleeg kan word, asook met regter Vos se beklemtoning van die skending van die ouerlike gesagsregte as die kern van die misdaad (37, 32).

Tweedens verklaar regter Vos:

"Die lengte van die tyd is 'n belangrike faktor tot die opset . . . Indien die verwydering sou plaasvind van ongeveer 8 uur in die aand tot slaaptyd, sou daar bes moontlik twyfel kon ontstaan of so 'n beskuldigde bedoel het om op die ouerlike gesag inbreuk te maak, want dit sou onseker wees of hy nie onder die indruk was dat die ouers tevrede was dat die minderjarige vir daardie bepaalde tyd van die aand uit hulle gesag verwyder mag wees nie. En al sou daar gedurende daardie tyd seks-omgang plaasvind, is dit heel denkbaar dat dit nie sou neerkom op ontvoering nie, juis omdat die nodige opset om op die ouerlike gesag inbreuk te maak nie bo redelike twyfel sou blyk nie. Aan die anderkant van die spectrum is die geval waar 'n beskuldigde 'n minderjarige uit die ouerlike gesag sou verwyder vir byvoorbeeld 'n week en elke aand die minderjarige by hom sou hou. Dit sou nouliks versoenbaar wees met die moontlikheid dat hy nie besef hy maak inbreuk op die ouerlike gesag nie" (35-6).

Asook:

"Abduksie is nie seduksie nie . . . Dus waar 'n minderjarige maagd, bv, vir die aand, met die voog se toestemming, uit die *potestas* geneem word en seks-omgang plaasvind, maar sy weer teen slaaptyd teruggebring word, is dit seduksie en nie abduksie nie. Dit sou egter ontvoering wees as die verwydering opsetlik teen die wil van die voog plaasvind, want dan word die *potestas* aangetas" (32).

Mits met die eerste stelling van regter Vos bedoel word dat 'n langdurige wegname van die minderjarige uit haar ouers se gesag hoogstens bewys van die opset om die ouerlike gesagsregte te skend, kan wees en 'n kortstondige wegname hoogstens bewys daarvan dat sodanige opset ontbreek, kan daarmee saamgestem word. Net so is die afstand van die wegname slegs bewysregtelik van belang en nie materieelregtelik nie. Die feit dat die minderjarige ver van haar ouerhuis weggeneem is, mag hoogstens bewys wees van die opset om die ouerlike gesagsregte te skend, en die feit dat sy naby aan haar ouerhuis gebly het hoogstens bewys daarvan dat sodanige opset ontbreek. Dat die tydsduur en afstand van die wegname materieelregtelik geen verskil maak aan die opset om die ouerlike gesagsregte te skend nie, blyk daaruit dat selfs al sou die wegname kort van duur en kort in afstand wees, die beskuldigde nietemin skuldig aan abduksie kan wees indien sodanige opset eenvoudig uit omringende omstandighede of 'n bekentenis deur hom blyk. Soms, soos in die onderhawige geval, vul die tydsduur en afstand van die wegname mekaar bewysregtelik aan by die bepaling van die opset om die ouerlike gesagsregte te skend. Net soos in die onderhawige geval die wegname kort in afstand, maar lank in tydsduur was, is dit inaggenome die moderne vervoermiddels moontlik dat die wegname lank in afstand, maar kort in tydsduur kan wees. Steun vir die opvatting dat die tydsduur

en afstand van die wegname slegs van bewysregtelike belang is by die bepaling van opset, is in die tweede stelling van regter Vos te vind. Anders as Hunt (aw 549), waarop hy hom beroep vir die stelling dat abduksie geen seduksie is nie (vgl 1976 *De Jure* 365-6), koppel hy hierdie stelling nie aan sy eerste stelling betreffende die belang van die tydsduur by die bepaling van opset nie. Dan vereis hy ook nie soos Hunt dat, by die wegname van die minderjarige uit haar ouers se gesag vir die doeleindes van geslagtelike verkeer, die beskuldigde die opset moet hê om haar permanent of vir 'n onbepaalde tyd uit die ourlike gesag te hou nie; waarmee Hunt dus die tydsduur van die wegname as materieelregtelik van belang beskou by die bepaling van opset. In sy tweede stelling vereis regter Vos slegs die opsetlike skending van die ouerlike gesagsregte en nie die skending van die ouerlike gesagsregte met die opset dat dit permanent of vir 'n onbepaalde tyd moet duur nie.

Met hierdie beslissing het regter Vos tereg die skending van die ouerlike gesagsregte by abduksie voorop gestel en daarmee enersyds tot die wese van die misdaad deurgedring en andersyds enkele spitsvondige en gekunstelde onderskeidings ten aansien van die handeling en skuld by abduksie 'n gevoelige knou toegedien.

FFW VAN OOSTEN
Universiteit van Pretoria

S v BAKKERUS 1977 2 SA 469 (T)

Oortreding van Wet op Nywerheidsversoening – prosedure

Die appellant is daarvan aangekla dat hy twee bepalings van die ooreenkoms met betrekking tot die motornywerheid, gepromulgeer ingevolge artikel 48 van die Wet op Nywerheidsversoening 28 van 1956, oortree het.

Eerstens is hy daarvan beskuldig dat hy 'n motorwerkswinkel op 'n Saterdag vir die publiek oopgemaak of oopgehou het in stryd met 'n uitdruklike verbod in die ooreenkoms, en tweedens is beweer dat hy sekere omskrewre werk, wat nie toelaatbare noodwerk was nie, op 'n Saterdag verrig het, ook in stryd met 'n uitdruklike verbod in die ooreenkoms. Volgens artikel 53(1) van die Wet op Nywerheidsversoening is iemand wat 'n bepaling van so 'n ooreenkoms oortree, of versuim om daaraan te voldoen, aan 'n misdryf skuldig.

Die appellant is in die landdroshof skuldig bevind op albei aanklagte, en kom in hoër beroep teen albei skuldigbevindings. Daar is twee gronde van appèl. Die eerste grond berus op die feit dat appellant nie toegelaat is om getuienis te lei ter stawing van sy stelling dat die ooreenkoms ultra vires was nie, en dat sodanige weiering "regskending" daargestel het. Tweedens het appellant beweer dat die werk wat hy op Saterdag gedoen het, wel noodwerk was. Die tweede grond van appèl is minder belangrik vir die doeleindes van dié vonnisbespreking en word dus nie bespreek nie.

Wat betref die verweer dat die ooreenkoms ultra vires was: dié verweer het berus op die bepalings van artikel 24 van die Wet op Nywerheidsversoening. Artikel 24 bepaal welke aangeleenthede deur 'n ooreenkoms be-

handel kan word. Eers word 'n lys van spesifieke aangeleenthede gegee; die artikel sluit af met 'n bepaling wat lui: ". . . of aangaande enige aangeleentheid hoegenaamd van onderlinge belang vir werkgewers en werknemers". Appellant wou aantoon dat die verbodinge genoem in die ooreenkoms, en op oortreding waarvan hy tereggestaan het, buite die bestek van onderlinge belang vir werkgewers en werknemers in daardie nywerheid val. Om dit te doen wou hy sekere getuienis lei. Dié versoek is geweier deur die verhoorlanddros.

Regter Margo besluit met verwysing na *R v Noble* 1954 2 SA 309 (E) en *Rand Tyres & Accessories (Pty) Ltd v Industrial Council for the Motor Industry* 1941 TPD 108 dat die appellant prima facie geregtig was om getuienis te lei in verband met sy verweer van ultra vires.

Die volgende vraag was of die appellant "sy reg verbeur het om sodanige getuienis te lei omdat hy versuim het om kennisgewing van 'n eksepsie teen die klagstaat, op grond van ultra vires, op die aanklaer te beteken voor sy pleit, of ten minste wanneer hy gepleit het".

Daarop volg 'n uiteensetting van die tegniese reëls van die strafprosesreg.

Hierdie saak sal mense wat belangstel in arbeidsreg tot nadenke stem. Ingevolge die huidige arbeidswetgewing word 'n hele spektrum wettereglike misdade geskep. Soos die reg op die huidige oomblik staan, is alle vervolgens ingevolge hierdie statutêre verbodinge onderworpe aan hoogsontwikkelde en tegniese reëls van die strafprosesreg, 'n strafprosesreg wat aanvanklik ontwikkel is om meestal gemeenregtelike misdrywe, wat gewoonlik moreel laakbare gedrag ingehou het, sistematies te verhoor. Mens kan jou egter afvra of so 'n prosedure gepas is vir die verhoor van statutêre oortredings ingevolge arbeidswetgewing, en of dit nie tyd geword het dat 'n aparte sisteem van arbeidshowe, wat sulke oortredings op 'n meer informele wyse kan bereg, daargestel word nie.

Die idee van 'n aparte sisteem van arbeidshowe is glad nie nuut nie. Volgens 'n opname wat in 1938 deur die Internasionale Arbeidsorganisasie gedoen is, was daar toe reeds arbeidshowe in drie-en-twintig verskillende lande. Sedertdien het die getal arbeidshowe aansienlik toegeneem, selfs in lande wat nog nie 'n groot mate van industrialisasie het nie.¹ Alhoewel die arbeidshowe onderling baie verskil, is daar sekere vereistes waaraan hulle almal moet voldoen. Volgens 'n resoluësie wat deur die Internasionale Arbeidsorganisasie in 1949 aanvaar is,² moet arbeidshowe se prosedure en formaliteite baie eenvoudig en informeel wees; hulle moet op 'n permanente basis funksioneer; hulle moet geheel en al onafhanklik van die werkgewers, die werknemers en die uitvoerende gesag staan; die regsprekende amptenare van die arbeidshof moet ook oor 'n besondere kennis van arbeidsreg en ervaring in die arbeidswêreld beskik; die dienste van die arbeidshof behoort gratis tot die beskikking van partye te wees.

¹Sien Wiehahn *Presidensiële Rede van die Vereniging van Universiteitsdosente* Januarie 1977 3.

²Wiehahn op cit 6.

S v Bakkerus illustreer die noodsaak van 'n sisteem van arbeidshowe in Suid-Afrika en mens kan aansluit by prof Wiehahn waar hy sê dat "the time has come for us to give serious consideration to the institution of a special court of a permanent nature which could decide labour issues". Daar word ter oorweging gegee dat 'n stelsel van arbeidshowe besonder geskik sou wees om ook statutêre arbeidsoortredings, soos die geval in *Bakkerus* se saak, te bereg.

J PIRON
Universiteit van Suid-Afrika

'N TYDSKRIF VIR AKTUELE HANDELSREG

'n Ooreenkoms is aangegaan tussen die Departement Handelsreg van die Universiteit van Suid-Afrika en die uitgewer Butterworth met die oog op 'n nuwe, tweetalige tydskrif vir moderne handelsreg wat deur genoemde departement behartig sal word. Die tydskrif sal voorlopig driemaal per jaar verskyn en die hele terrein van die handelsreg in breë sin bestryk: maatskappye, vennootskappe, belasting, arbeid, insolvensie, immateriële goedere, wissels, kontrakte, versekering, trusts, mededinging, banke, boedelbeplanning, ens.

Die nuwe Sentrum vir Belastingreg van genoemde departement is in 1976 gestig en begin in 1978 met sy opleidingsprogram. Die sentrum sal 'n rubriek in die tydskrif behartig.

Die beleid sal wees om benewens artikels van regs wetenskaplike aard praktiese inligting aangaande ontwikkelinge in die handelsreg aan te bied.

Daar word gepoog om die eerste nommer in die tweede helfte van 1978 te laat verskyn. Die Sidney Bam Law Publications Trust het sy steun aan die nuwe tydskrif toegesê.

Die drukwerk sal in Pretoria behartig word deur Heer Drukkers.

Boeke

INTRODUCTION TO SOUTH AFRICAN LAW AND LEGAL THEORY

Deur WJ HOSTEN, AB EDWARDS, CARMEN NATHAN
en FRANCIS BOSMAN

*Butterworth & Co (SA) (Pty) Ltd, Durban 1977; xv en 925 bl;
prys R35,00*

Vanaf die oomblik waarop ek hierdie boek die eerste keer opgeneem het, was daar iets daaraan wat my gehinder het. Aanvanklik het ek gedink ek is sommer net bevooroordeel: die redakteur van die *Tydskrif* het my immers gevra om 'n boek te resenseer wat 'n *Introduction* heet te wees, en 'n *magnum opus* van byna 'n duisend bladsye beland op my lessenaar! By die eerste aansig het die boek my dan ook herinner aan wat prof Ellison Kahn by geleentheid van een van sy eie boeke gesê het: "You can use it as a door-stop or a weapon of defence - it is of sufficient weight to fell any intruder" (*Contract and Mercantile Law through the Cases* xi).

Die deurlees van die boek het my gevoel van onbevrediging verhoog; iets meer as die blote omvang daarvan het my gehinder. Toe ek daarna die skrywers se voorwoord vir 'n tweede keer lees, vind ek dat hulle self die vinger lê op die grond-oorsaak van my bedenkinge. Hulle sê onder meer: "As the title implies, the book is aimed primarily at students embarking on the study of law . . . However, it is obvious that the compass of the book has been enlarged beyond the needs of first year students. This 'happened' during the planning and execution of the book . . ." Die skrywers sê voorts dat die boek nie slegs bedoel is vir voornemende studente nie, maar ook vir ryper studente, as 'n vinnige verwysingsbron vir praktisyns en ten slotte ook vir die belangstellende leek.

Hierdie veelheid van oogmerke bring mee dat beoordeling van die boek geen maklike taak is nie. Inderdaad probeer die skrywers myns insiens om onversoembare oogmerke in een boek te verwesenlik. Die skrywer van 'n handleiding vir studente, en veral eerstejaarstudente, is primêr besig met 'n *onderrigtaak* wat noodwendig die wyse van uiteensetting en die inkleding van die stof beïnvloed. 'n Boek wat, vanuit die oogpunt van die praktisyn, 'n voortrefflike uiteensetting bevat van 'n bepaalde gebied van die reg, kan moontlik heeltemal ongeskik wees as handleiding vir eerstejaarstudente. Aangesien die boek primêr gerig is aan "students embarking on a study of law", en aangesien dit opgedra is aan die *cupida legum iuventus*, moet in die eerste plek beoordeel word in watter mate dit slaag as 'n handleiding vir eerstejaarstudente.

In die eerste vier hoofstukke, wat handel oor "The Idea of Law", "Legal Theory", "The History of South African Law (an outline)" en "Sources of South African Law", word 'n gebied betree waarvoor daar veel

verskil van opvatting heers. Ek vind hierdie hoofstukke voortreflik, vergelykbaar met die beste oor dié onderwerpe in die Suid-Afrikaanse regs-literatuur. Tog is hoofstuk II waarskynlik bokant die vuurmaakplek van die meeste eerstejaars: 'n gesprek op hierdie vlak oor die wese van die reg kan met vrug gevoer word "aan het einde van de studie en niet aan het begin" (Van Appeldoorn *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Recht* 17e druk 1). Die gehalte van hierdie vier hoofstukke, vergeleke met die res van die boek, is sodanig dat 'n mens amper jammer is dat die boek nie op bl 274 aan die end van hoofstuk IV eindig nie. As dit die geval was, sou hierdie uitstekende gedeelte van die boek waarskynlik teen 'n veel billiker prys op die mark geplaas kon gewees het.

In hoofstukke V–XVII word 'n oorsig gegee oor die hele gebied van die Suid-Afrikaanse privaat- en publiekreg. Dit is miskien veral hier waar die boek uit die kol is as inleiding vir beginners. Ook het ek 'n vermoede dat dit by hierdie hoofstukke is dat die uitvoering van die oorspronklike plan handuit geruk het. 'n Eerstejaarstudent aan wie daar in 'n inleidende kursus "a bird's eye view of the whole system" (bl v) gegee moet word, verlang nie 'n uiteensetting van sowat 120 bladsye oor die verbintenisreg nie (hoofstukke IX en X). Wat wel verlang word, is 'n kernagtige uiteensetting van die aard en wese van die verbintenisreg en die plek daarvan in die sisteem as geheel. Aan die ander kant, vir die student wat in sy latere studiejaar die verbintenis-in besonderhede moet bestudeer, is hierdie uiteensetting weer té beknop en té oppervlakkig. Dieselfde beswaar, enersyds té volledig en andersyds té oppervlakkig, geld ook ten aansien van die meeste ander hoofstukke. Die boek faal in hierdie opsig – waarin Van Appeldoorn se *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Recht* weer so uitmuntend slaag.

Hiermee wil ek nie te kenne gee dat hoofstukke V–XVII net bestaan uit nuttelose kompilasie nie. Inteendeel, daar is baie interessante en goed geskrewe gedeeltes in hierdie hoofstukke. Ek volstaan met 'n vermelding van twee hiervan. Die inleidende paragrafe van hoofstuk XI bevat 'n bondige uiteensetting van die *lex mercatoria* en die invloed daarvan op die Suid-Afrikaanse reg, 'n belangrike stukkie regsgeskiedenis wat by ons miskien nie altyd tot sy reg kom nie. Die oorsig in hoofstuk XIV oor die massa rassewetgewing sedert 1948 is geslaagd en nuttig – die nut daarvan vir 'n eerstejaar word egter betwyfel.

In sy primêre oogmerk, as handleiding vir "students embarking on the study of law", is die boek minder geslaagd – ek vrees selfs dat as dit in die hande van 'n eerstejaar geplaas word, dit dalk sy *cupiditas legum* kan laat vflow. Die boek slaag myns insiens veel beter as dit getoets word aan die ander oogmerke wat die skrywers hulself gestel het. Dit kan 'n nuttige funksie vervul as vinnige verwysingsbron vir praktisyns en as oorsigtelike werk vir ryper studente. Die inligting is op datum en korrek. Een van die aantreklike eienskappe van die boek wat ook die gebruikswaarde daarvan verhoog, is die uitvoerige verwysing na die tydskrifliteratuur. In hierdie opsig het die skrywers hul werk deeglik gedoen.

Die skrywers en die uitgewer verdien 'n pluimpie vir die goeie redaksionele en tegniese versorging van die boek.

HJ ERASMUS
Universiteit van Stellenbosch

MAASDORP'S INSTITUTES OF SOUTH AFRICAN LAW
BAND 2: The Law of Property

deur CG HALL

Tiende uitgawe; Juta en Kie, Kaapstad, Wynberg, Johannesburg 1976; xvi & 272 bl; prys R17, 50

Die tiende uitgawe van Maasdorp se werk oor die sakereg, wat sedert 1903 'n permanente plek in die Suid-Afrikaanse regs literatuur beklee, behandel die sakereg in 23 hoofstukke. In hoofstuk 1 word daar gepoog om bruikbare omskrywings vir grondbegrippe soos saak, saaklike reg, eiendomsreg en beperkte saaklike regte te gee. Daarbenewens word die verskillende indelings van sake in roerende en onroerende, liggaamlike en onliggaamlike, *in commercio* en *extra commercium*, ensovoorts aangedui. Hoofstuk 2 word aan die aard, soorte, verkryging, beskerming en verlies van besit gewy. In hoofstukke 3, 5, 6, 7 en 11 behandel dr Hall die wese, verkryging en oordrag, inhoud en beskerming, en die te niet gaan van eiendomsreg. Hoofstukke 13 tot 17 behandel die wese, verkryging, verskillende soorte en die te niet gaan van saaklike en persoonlike servitude. Hoofstukke 18 tot 22 het die wese, soorte, ontstaan, afdwinging en te niet gaan van die saaklike sekerheidsregte tot onderwerp. Dr Hall gee in hoofstukke 8 tot 10 'n duidelike uiteensetting van die ontstaan en die ontwikkeling van waterregte in die Suid-Afrikaanse wetgewing en regspraak. Voorts behandel hy die belangrikste voorskrifte van die Waterwet 54 van 1956 met betrekking tot die gebruik van water, waterhowe, staatsbeheer en servitude in verband met waterregte. Tot dusver volg die 10de uitgawe van *Maasdorp's Law of Property* presies dieselfde patroon as die vorige uitgawe.

'n Nuwe toevoeging tot die werk is die bespreking in hoofstuk 4 van etlike uitsprake wat gelewer is sedert die promulgering van die Wet op Formaliteite met betrekking tot Koopkontrakte van Grond 71 van 1969. Die insluiting van hierdie materie in die onderhawige werk moet volgens dr Hall daaraan toegeskryf word dat daar waarskynlik 'n geruime tyd sal verloop voordat 'n nuwe uitgawe van Maasdorp se *Law of Contracts* die lig sal sien. Baie kortliks verwys dr Hall in hoofstuk 4 ook na die Wet op die Verkoop van Grond op Afbetaling 72 van 1971 en die Wet op Deeltitels 66 van 1971.

In 'n verdere nuwe toevoeging tot die hoofwerk, te wete dié in hoofstuk 23, bespreek dr Hall die onteiening van grond. Die belangrikste bepaling van die Onteieningswet 63 van 1975 word op 'n maklike leesbare wyse weergegee. 'n Voorwoord, inhoudsopgawe, alfabetiese lys van gewysdes en 'n alfabetiese register rond die boek af.

Net soos nog altyd met Maasdorp se *Institutes* die geval was, beïndruk ook hierdie werk die leser met die mate waarin daar van Romeins-Hollandse gesag gebruik gemaak word. Die tiende uitgawe van Maasdorp se *Law of Property* stel hierin nog steeds 'n gesonde voorbeeld. In hierdie verband is dit net jammer dat daar nêrens in die werk 'n bibliografie verskyn nie. Die gevolg van hierdie leemte is dat die leser soms moet gis oor die spesifieke werk van 'n betrokke ou skrywer waarna dr Hall verwys. Enkele kere word die spesifieke werk genoem, soos Voet se *Commentarius ad Pandectas* (97 voetnoot 6, 100 voetnoot 23), De Groot se *Inleidinge* (97 voetnoot 2), Van Leeuwen se *Roemsche Hollandsch Recht* (97 voetnoot 3), enso-

voorts. Meestal moet die leser egter maar raai. Om dit vir die leser nóg moeiliker te maak, word nie altyd op dieselfde wyse na die skrywers verwys nie. So beteken "G" De Groot (se *Inleidinge*) maar "Grotius" beteken eweneens De Groot se *Inleidinge* (sien byvoorbeeld 160 voetnoot 100, 161 voetnoot 6, 169 voetnote 66 en 77 en 170 voetnoot 72). Waarom daar op 32 voetnoot 33, waar na die plaaslike gebruike in Holland met betrekking tot die jag- en visreg verwys word, 'n verwysing na Justinianus se *Institute* 2.1.12 ingesluit is, word nie verduidelik nie. Daar word aan die hand gedoen dat die verstreking van meer besonderhede van die titels en die spesifieke uitgawes van die werke van die gemeenregtelike skrywers waarna verwys word, die bruikbaarheid van dr Hall se onderhawige boek vir enige iemand met 'n wetenskaplike belangstelling in die sakereg, aansienlik sal verhoog.

'n Praktisyn sal in hierdie werk 'n aanknopingspunt vind vir die beantwoording van talle vrae waarmee hy te doen mag kry. Hierdie aanknopingspunt bly egter redelik beperk aangesien daar meestal volstaan word met 'n beroep op Romeins-Hollandse gesag, wetgewing en (oorwegend) baie ou (ofskoon nie verouderde nie) uitsprake. Alhoewel dr Hall nuwe wetgewing tot met 1976, en gewysdes tot en met Julie 1976 bygewerk het, sou dit waarskynlik sinvol gewees het om deurgaans ook na die jongste gesag te verwys. Daarbenewens bestaan daar 'n daadwerklike leemte in hierdie werk met betrekking tot die gebrek aan verwysings na die gepubliseerde menings van Suid-Afrikaanse juriste oor verskillende besonder problematiese aspekte van die sakereg.

Al word dr Hall se verduideliking vir die insluiting van 'n bespreking van die reg insake die formaliteitsvoorskrifte vir koopkontrakte van grond in 'n sakereghandboek aanvaar, kan dit nie geregverdig word dat 'n onderwerp soos deeltitels wat vir die sakereg so belangrik is, op so 'n uiters kriptiese wyse (in 20 reëls) afgehandel word nie. Ook die belangrike sake-regtelike aspekte van die wetgewing met betrekking tot groepsgebiede en gemeenskapsontwikkeling word baie kursories behandel.

Heelparty onnodige slordighede ontsier hierdie werk. Enkele voorbeelde word genoem: TH van Reenen se werk *Land, its ownership and occupation in South Africa* (30 voetnoot 20) word later *Land and its ownership and occupation* TH van Reenen" genoem (144 voetnoot 35). Die verwysings in voetnote 57 en 58 op 9 moet klaarblyklik omgeruil word, en dieselfde geld vir die verwysings in voetnote 50 en 51 op 68-9. Die verwysing na Grotius 2.35.3 op 169 voetnoot 70 moet waarskynlik wees na Grotius 2.35.5. Verskeie gewysdes se verwysings is nie heeltemal korrek nie. So word *Du Plessis v Pieterse* nou *Du Plessis v Pietersen* (173 voetnoot 94). Origenis kom daar, veral in die voetnote, etlike drukfoute voor, soos dat *R v Blore* net as *Blore* (87 voetnoot 22) aangedui word en dat "*rem*" uitgelaat word in "*ius in personam ad rem acquirendam*" (30), maar dit werk nooit verwarrend nie.

'n Enkele vraagteken moet geplaas word oor die gebruik van "*usufruct*", "*usus*" en "*habitatio*" al drie in kursief gedruk in dieselfde sin (bv 150, 155). Dit is tog gebruikelik dat slegs vreemde woorde kursief gedruk word.

Ten slotte kan daar gesê word dat hierdie werk teen 'n prys aangebied word wat vandag as redelik beskou kan word.

CFC VAN DER WALT
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

BANTU DIVORCE COURTS – GUIDE TO PRACTICE AND PROCEDURE

By HP KLOPPERS and TF COERTZE

Second edition; Juta & Co Ltd, Cape Town, Wynberg and Johannesburg 1976; pp xii and 131; price R12,50

The first edition of this book was published in 1955 and the second edition effects revision to include the relevant rules of court and court decisions which rendered a new edition necessary.

After two brief introductory chapters covering the history, constitution and jurisdiction of Bantu divorce courts, the judicial process is discussed. Forms, specimen forms and rules of court are contained in three annexures.

As has been pointed out in the foreword to the first edition, the publication does not pretend to be a textbook on the subject. It is, as it is intended to be, a very good practical guide to the practice and procedure in divorce actions which come before these specialized courts.

JOAN CHURCH
University of South Africa

DG VAN DER KEESSEL SE PRAELECTIONES AD JUS CRIMINALE, BAND IV

geredigeer en in Engels vertaal deur B BEINART en P VAN WARMELO
Juta en Kie Bpk, Kaapstad, Wynberg, Johannesburg; prys R25

Hierdie vierde band van Van der Keessel se voorlesings oor die strafreg bevat bladsy 1468 tot 1737 en gaan oor titels 11 tot 17 van D 48. Dit is enigszins verbasend dat Van der Keessel so baie te sê gehad het oor hierdie heeltemal onbelangrike titels van die Digesta. Vir ons vandag is slegs die opmerkings oor titels 15 (*De lege Fabia de plagiariis*) nog van belang.

In my aankondiging van band III in 1973 *THRHR* 332 het ek aanvaar dat band IV die laaste in die reeks sou wees, maar ek het my misgis. Dit wil amper voorkom of daar dalk nog twee verwag kan word, want daar bly nog sewe titels oor, waaronder die baie belangrike *De Poenis* en dan nog, hopelik, 'n register op die hele werk. Sonder 'n register sal die werk, selfs vir die ingewyde, grotendeels 'n geslote boek bly.

JC DE WET
Universiteit van Kaapstad

THE LAW IN CRISIS

By CG WEERAMANTRY

London, Capemoss 1975; x and 303 pp; price R10,15

Few informed persons would deny that we are today living in times of crisis. We are experiencing an altogether unprecedented crisis as far as our

natural environment is concerned: pollution is threatening the health – both physical and psychological – of man, while the depletion of natural resources has taken on very serious proportions indeed. An enormous energy crisis has become manifest, highlighted by the Arab oil embargo of 1973. Food is in short supply in most countries of the world and predictions for the future are grim. Combined with these problems is the all embracing one of overpopulation. And to add to all these crises, or perhaps partly because of them, we are experiencing a crisis of civilisation. The standard of man's conduct has, it would seem, reached an all time low. At least, one is certainly led by the media to believe this. Violence is subduing the voice of reason. Pride, arrogance, intolerance, disobedience and hypocrisy have become general characteristics rather than despicable exceptions. The prophecies related in *Matthew 24* and in *2 Timothy 3* have never before sounded so convincing and so near to fulfilment.

It is against such a background that professor Weeramantry measures the relief which is supposed to be provided by the law. And here we are confronted with yet another crisis. The law itself is in a crisis, since it does not adequately fulfil the function which is required of it by society in these changing times. His central thesis is that "the law works towards crisis and self-destruction if it retracts into its cocoon of technicality when in fact it should be a perspicuous observer of what goes on in society all around it" (p 240). The secret of successful systems of law lies in "the moulding of legal concepts to meet practical needs rather than in the logical refinement of concepts" (p 109). Judged according to this criterion, the law is in too many respects found lacking.

A particular cause for concern on the part of the layman is the "scourge of unpredictability" of the law. He points out that absolute legal certainty is a myth and explains why uncertainty is an inherent characteristic of the law and why the law cannot be conclusively determined on a purely logical basis. He also discusses the relationship between law and morals. While recognizing that there is a very definite relationship between law and morality, he nevertheless explains why it is unfair to expect the law to do the work of morality and so exposes another source of lay discontent with the law.

For those interested in the interpretation of statutes – and what lawyer can afford to be excluded from this group? – the chapter on "the loom of language" offers valuable insights with respect to the difficulties pertaining to the drafting and interpretation of legislation. He also touches upon the important aspect of communication of the law in understandable form to the lay public.

In a final chapter he expounds the changes in contemporary society with respect to the forces of change and their influence upon the law. He emphasizes important changes in philosophy, power, commerce and science and assesses the impact which they have had on the law, while indicating shortcomings of the law in dealing – or in failing to deal – with these changing phenomena.

The author demonstrates the important influence of philosophy on law and concludes that those concerned with the law should not only know

where our laws come from, but also where they lead to: "To test them constantly, to bring them to the touchstone of social realities and human aspirations, is the duty not only of legal philosophers, but of us all" (p 204). He furthermore points out the swing towards concentration of too much power in the hands of too few persons, be it through the system of party politics, through giant companies or through the implementation of the needs of the welfare state. The law should provide adequate safeguards to tame this power and to keep it in check – something at which it is not succeeding too well. This same problem is brought even more sharply into focus in the field of international law. He also shows how the rapid development of technology is confronting the law with some of the most crucial problems it has ever faced in its centuries-long existence. This important chapter is concluded in a reflective mood: "The forces, philosophical, social, economic and scientific, which press for change are running at high tide. Notions of *laissez faire* have crumbled and some of the traditional cornerstones of the law have disappeared. Old areas of crisis have been resolved and new areas are coming into view; but everywhere the law is expanding to meet the challenges of our time. It is the duty of us all to accomplish what lies within our power to aid it through those crises without damage to the human inheritance of freedom under the law. Towards this end there is no greater service we can render than to heighten preparedness through increased understanding" (p 250).

Two informative appendices are included in the book. The first appendix lists some popular fallacies and misunderstandings about the law, while the second appendix contains a most helpful time chart aimed at "displaying law in the setting of civilisation and human history rather than as an isolated discipline sufficient unto itself" (p 257). Through this time chart one can gain an overview of the historic development of law in society which should provide a breadth of vision; and it is the author's conviction that it is only from this perspective that prospects of strengthening and liberalising the law can be realized.

Professor Weeramantry's book continues in the same direction as the late Professor Wolfgang Friedmann's classic *Law in a Changing Society*. It constitutes a most valuable addition to the growing literature on the important field of the sociology of law, and is strongly recommended to everyone as a highly readable book. It should always be rewarding to study material which provides a bird's eye view of the law and yet has its roots firmly embedded in the sociological and other realities of our present times. An exceptionally rich reward awaits the reader of Professor Christopher Weeramantry's *The Law in Crisis*.

ANDRÉ RABIE
University of Stellenbosch



