


TYDSKRIFTE
MERENSKY-BIBLIOTEEK
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

~~29-01-1982~~
Klasnommer ~~340~~
Registernommer

AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS
TYDSKRIFTE
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

1996-01-23
VAKKODE 340




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

1978

WITWATERBURG	
BIBLIOTHEEK	
FAKULTEIT REGSGELEERDHEID	
	
	1978 DATUM
UNIVERSITEIT VAN VICTORIA	

- SUID-AFRIKA:* BUTTERWORTH EN KIE (SA) (EDMS) BPK
DURBAN: Galestraat 152-154
- ENGELAND:* BUTTERWORTH & CO (PUBLISHERS) LTD
LONDON 88 Kingsway, WC2B 6AB
- AUSTRALIË:* BUTTERWORTHS PTY LTD
SYDNEY: Chatswood, NSW, 586 Pacific Highway
MELBOURNE: 343 Little Collins Street
BRISBANE: 240 Queen Street
- KANADA:* BUTTERWORTH & CO (CANADA) LTD
TORONTO: 14 Curity Avenue, 374
- NIEU-SEELAND:* BUTTERWORTH OF NEW ZEALAND LTD
WELLINGTON: T & W Young Building
77-85 Custom House Quay
- VERENIGDE STATE:* BUTTERWORTHS (PUBLISHERS) INC
WOBBURN (MASS) 01801: 19 Cummings Park

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 (VOORSITTER)	GG VISAGIE, BELLVILLE

41 ~~DE~~ JAARGANG 1978

DURBAN

BUTTERWORTH & KIE (SA) (EDMS) BPK

1978

Register

Opgestel deur

PIETER VAN DER SPUY

A ARTIKELS	BLADSY
BARNARD, AH: Enkele opmerkings oor die voorgestelde nuwe Suid-Afrikaanse egskeidingsreg	263
BOSMAN, F: Huweliksvoorwaardeskontrakte: Gister en Vandag	402
CRONJÉ, DSP: Die saaklike ooreenkoms by die eiendomsoorgang van roerende sake	227
DE JAGER, FJ: Die grondslae van produkte-aanspreeklikheid ex delicto in die Suid-Afrikaanse reg	347
DEVENISH, GE: The interpretation of the "Riot and War Clause" in insurance policies	146
DE VOS, W: Aspekte van mora debitoris	252
FOURIE, JSA: Saaklike regte by huur en onderhuur	299
GAUNTLETT, JJ: Verjaarde MVA-eise en professionele nalatigheid	45
HENNING, JJ: Vennootskap en moratorium – die regsposisie van die vennoot op militêre diens en sy vennote	1
JOUBERT, DJ: Aspekte van die aanspreeklikheid van vennote	291
LUBBE, GF: Onskuldige wanvoorstelling	374
MIDDLETON, AJ: The systematisation of statutory offences	280
NEETHLING, J: Kwaadwillige vervolging as iniuria ("malicious prosecution")	159
PAUW, P: Weer eens nalatige wanvoorstelling	53
PAUW, P: Kwaadwillige vervolging ("malicious prosecution") en die actio iniuriarum – 'n ander standpunt	394
PIRON, J: The theory of collective bargaining	183
SCOTT, TJ: Aspekte van die oorerflikheid van genoegdoeningseise	131
SPIRO, E: The neglected child in the law of South Africa	30
VAN RENSBURG, ADJ en VAN DER MERWE, CG: Die aard van besit en die animus-element daarvan	113
VAN WYK, AJ: Juridiese relevantheid en toelaatbaarheid	175
B AANTEKENINGE	
DU TOIT, E: Die onbevoegdheid en nie-verpligbaarheid van die gade van die beskuldigde as staatsgetuie in strafsake: 'n juridiese steen des aanstoots	431
FOURIE, JSA: Die aanspreeklikheid van die borg en die hoofskuldenaar	307
HARMS, LTC: Die Britse Wet op Patente 1977 (Patents Act 1977 Chapter 37)	72
KLOPPER, CF: Is artikel 245 van die nuwe strafkode 'n dooie letter?	66
LOUBSER, M: Die Wysigingswet op Verpligte Motorvoertuigversekering 69 van 1978	319
RABIE, A: Actiones liberae in causa	60
RABIE, A: Diskresies en jurisdiksionele feite in die administratiefreg	419
REED, TD: Mens rea and presumptions	73
RIEKERT, JG: Litigation and the State President	426

SCHÄFER, ID: The swing towards the subjective test for negligence in criminal law	201
SCHÄFER, ID: Proof of the absence/presence of mens rea in alleged contraventions of statutory enactments	316
VAN DER WALT, CFC: 'n Aantekening by 'n stelling in Roux v Santam 1977 3 SA 261 (T) . .	309
VAN DER WALT, JC: Hartoorplanting en persoonlikheidskrenking: 'n Switserse uitspraak .	197
VAN TONDER, SIÉ: Finale corrigenda ten opsigte van die Algemeen Beredeneerd Register van Nassau La Leck	75
C VONNISSE	
Blackwell v Port Elizabeth Municipality 1978 2 SA 168 (OK) deur JM Potgieter	440
Brown and others v Nanco (Pty) Ltd 1976 3 SA 832 (W); 1977 3 SA 761 (W) deur PEJ Brooks en MJ Oosthuizen	82
Durban Cripple Care Association v Blamey NO 1977 4 SA 745 (D & K) deur NJ Wiechers .	212
Fayd'herbe v Zammit 1977 3 SA 711 (D) deur J Neethling	89
Italtrafo Spa v Electricity Supply Commission 1978 2 SA 705 (W) deur S Scott	334
Roffey v Catterall, Edwards & Goudre (Pty) Ltd 1977 4 SA 494 (N) deur J M Otto	208
Roux v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk 1977 3 SA 261 (T) deur AH Barnard en A van Aswegen	94
S v Klaasen 1978 1 SA 355 (K) deur PM Bekker	207
S v Mogala 1978 2 SA 412 (A) deur FFW van Oosten	337
S v Perera 1978 3 SA 523 (T) deur DP Visser	445
S v Tladi 1978 2 SA 476 (O) deur FFW van Oosten	337
Simmer and Jack Mines Ltd v GF Industrial Property Co (Pty) Ltd 1978 2 SA 654 (W) deur J Schoeman	449
Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie v O'Malley 1977 3 SA 394 (A) deur JC van der Walt .	79
Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk 1977 4 SA 376 (T) deur JM Potgieter	327
Van Tonder, Ex parte 1978 3 SA 369 (OK) deur DSP Cronjé	443
D BOEKE	
BOBERG, PQR: The Law of Persons and the Family deur AH van Wyk	340
CHORUS, JMJ: Handelen in stryd met de wet deur P van Warmelo	101
CILLIERS, HS, BENADE, ML en DE VILLIERS, SWL: Maatskappyereg deur MJ Oosthuizen .	109
COETZEE, JA (redakteur): Gedenkbundel HL Swanepoel deur F Bosman	111
COOPER, WE: The Rent Control Act: A Supplement to the South African Law of Landlord and Tenant deur JC de Wet	461
DAMMAN, U, MALLMANN, O en SIMITIS, S (redakteurs): Data Protection Legislation – An International Documentation (English – German) deur J Neethling	214
DIEMONT, MA, MARAIS, RM en ARONSTAM, PJ: The Law of Hire-Purchase in South Africa deur DJ Joubert	462
DUGARD, J: South African Criminal Law and Procedure: Vol IV: Introduction to Criminal Procedure deur M Loubser	105
FEENSTRA, R: Inleidende hoofdstukken betreffende de Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht deur DH van Zyl	99
GIBSON, JTR: South African Mercantile Law deur LTC Harms	108
GROSS, PH: Legal Aid and its Management deur AJ Middleton	218
HIEMSTRA, VG: Suid-Afrikaanse Strafproses deur AJ Middleton	220
HIEMSTRA, VG: Inleiding tot die Strafprosesreg deur AJ Middleton	220
HIEMSTRA, VG: Introduction to the Law of Criminal Procedure deur AJ Middleton	220
HIRSCHBERG, E: The Impact of Inflation and Devaluation on Private Legal Obligations deur BR Rutherford	111
HUUSSEN-DE GROOT, FM: Rechtspersonen in de negentiende eeuw deur DJ Joubert	98
MEYEROWITZ, D: The Law and Practice of Administration of Estates deur AH Barnard . . .	103
NATHAN, CJM, BARNETT, M en BRINK, A: Uniform Rules of Court – Eenvormige Hofreëls deur AJ Middleton	219
PAUWELS, JM: Rechtskeuze en Wording van een Eenvormige Stadsgewoonte in de Inlandse Rechtbanken te Leopoldstad (Kinshasa) 1926–1940 deur R Verloren van Themaat . . .	215
RABIE, A: Theories of Punishment deur R Piron	215
REED, TD: Drug Offences in South Africa deur CR Snyman	344
VAN JAARVELD, SR en COETZEE, WN: Arbeidsreg deur P le Roux	343
VAN ROOYEN, JCW: Publikasiebeheer in Suid-Afrika deur Y Burns	459
Vos, WJ: Principles of South African Water Law deur JC de Wet	462
E BRIEWEE	
LE ROUX, AD: Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie v O'Malley 1977 3 SA 394 (A)	453
F KRONIEK	
Butterworth-prys	59

	BLADSY
G BEGRIPPE	
aandagbesteding	
gebrekkige	420 ev
aanmaning	254 ev
aanspreeklikheidsbegrensing	163
aanstigting	161 ev
actio doli	137
actio furti	137
actio iniuriarum	90, 132, 158, 333, 394 ev
actio legis Aquiliae	54 ev, 115, 129, 137, 174, 311 ev, 333, 349 ev
actio libera in causa	60 ev
actio quanti minoris	374
actio vindictam spirans	133 ev
administratiefreg	419 ev
administratiewe handeling	
geldigheidsvereistes	425
Aediliese aksie	375
aksieprosedure	120
animus domini	121 ev
animus ex re commodum acquirendi	121 ev
animus furandi	286
animus iniuriandi	78 ev, 160, 161, 170 ev, 394 ev, 453 ev
vermoede van	396, 398
animus possidendi	74, 121 ev
animus sibi habendi	121 ev
animus transferendi	229
animus vicini nocendi	169
Aquiliese aanspreeklikheid	54 ev, 128, 349 ev, 383, 384
verwre	372 ev
arbitrasie	186, 194
attornement	236
audi alteram partem	273
bedrog	
misdad van	66 ev
bekentenis	182, 207 ev
beneficium	
cedendarum actionum	308
divisionis	309
excussionis	309
beperkte saaklike reg	118
beroepsaanspreeklikheid	54 ev
besit	113 ev, 231 ev, 288, 299 ev
animus-element	113 ev
besitsbeskerming	114, 123 ev
besitswil	120
bewyslas	66, 73 ev, 114, 127, 147 ev, 210, 283, 316 ev, 363, 425
bewysnood	82, 456, 457
bewysreg	175 ev
boedelaanwas	417
boedeloorgawe	10
boedelskeiding	409
bona fide-besitter	115, 116, 127 ev
boni mores	92 ev, 180, 182, 327 ev
borg	
aanspreeklikheid van	307 ev
mede-prinsipale skuldenaar, en	308 ev
borgkontrak	308 ev
borgtog	400
akessore karakter van	307
casus omissus	303, 430
carta dotis	404
conditio sine qua non	58 n 21
constitutum possessorium	233, 235, 336

	BLADSY
contra proferentem-reël	147 ev, 370
culpa levissima	47, 49, 50, 52, 54 n13
curator ad litem	
maatskappy, vir	83 ev, 86 ev
damnum	54
delegasie	299
derde party	46
derdepartyversekering	
aansoek om	319 ev
saamryklubs	322
dententio	236, 238
detentor	123 ev
dictum et promissum	374
diefstal	286
dignitas	90 ev
direkteur	83 ev, 86 ev
diskresie	
gebonde	419 ev
vrye	419 ev
diskresie-uitoefening	
hersiening van	423, 424, 425
doli incapax	40
dolus	283, 382, 383, 394 ev
dolus directus	60
dolus eventualis	60, 65, 172, 205
dolus indirectus	60
dronkenskap	60 ev
duty of care	50, 57, 349 ev, 354 ev
dwaling	386 ev, 400 ev
eerskending	
onregmatigheid van	89 ev
regverdigingsgronde	93
egskeiding	
herstel van huweliksregte	278
kinders se belange	275
kondonasie van owerspel	266
kwaadwillige verlating	261
onderhoud	266, 276 ev
verbeuring van voordele	266, 275 ev
vermoensregtelike gevolge	275 ev
versoening	271, 273, 274
egskeidingsgrond	
bewusteloosheid	272
geestesongesteldheid	272
gewoontemisdadigheid	266
konsensus	267 ev
kranksinnigheid	266
onherstelbare huweliksverbrokkeling	269 ev
skuldbeginsel	265 ev
egskeidingsreg	261 ev
eiendomsagent	208 ev
eiendomsoordrag	227 ev
eiendomsoorgang	
abstrakte stelsel	229, 241 ev
kousale stelsel	241 ev
eiendomsreg	115 ev, 227 ev, 301
eiendomsverkriging	
bona fide-	243, 244, 251
ejusdem generis-reël	152
eksekuteur	132, 247
eksepsie	16
estoppel	244, 250
exceptio doli	382, 383
factum probandum	315
faktoer	293
fideicommissum tacitum	443 ev

	BLADSY		BLADSY
foreseeable plaintiff	58	kollektiewe bedinging	183 ev
gade van beskuldigde		constitutional government-teorie	185 ev
nie-verpligbare getuie	431 ev	joint management-teorie	187 ev
onbevoegde getuie	431 ev	marketing concept-teorie	184 ev
privilegie van	436	kontrak	
gemeenskapsbelang	330 ev	beperking op handelsvryheid	208 ev
gemeenskap van goed	403 ev	nielige	241, 242
gemeenskap van wins en verlies	403 ev	tersydestelling van	374 ev
genoegdoening	173 ev, 198 ev	vernietigbare	241, 242
genoegdoeningeis	131 ev, 309 ev	wilsooreenstemming	211
aktiewe oorerflikheid	131 ev	kontrakbreuk	253, 254, 255, 261
passiewe oorerflikheid	131 ev	repudiëring	261
geregtelike skeiding	278	koopkontrak	240 ev
gesinshof	273	koste	85, 86, 89
getuienis		prokureur-en-kliënt	431
bewyskrag van	178 ev	kousaliteit 56 ev, 61, 62, 147 ev, 163 ev, 202	281, 366 ev
direkte	66 ev	kruisverhoor	273, 437 ev
ekstrinsieke	212 ev	kwaadwillige vervolging	158 ev, 394 ev
hoorsê	181, 182	aanspreeklikheidsvereistes	161 ev
omstandigheids-	66 ev, 176	kwelugtigheid	158
prima facie	69	laakbare gedrag	382 ev
relevantheid	175 ev	lashebber	48
toelaatbaarheid	175 ev	laster	395
goeie trou	391 ev	animus iniuriandi	79 ev
grondregistrasie	301	massamedia	81 ev, 453 ev
grootse nalatigheid	171, 172, 397, 398	onregmatigheidsbewussyn	81
grypdiëfstal	337 ev	onregmatigheidselement	79 ev
handelingsbevoegdheid		regverdighingsgronde	80 ev
getroude vrou	96 ev	skuldelement	80 ev
houers	123 ev	skuldlose aanspreeklikheid	81 ev
huur	299 ev	lewensversekeringspolis	
korttermyn-	299 ev	sessie van	145
langtermyn-	302 ev	lewering	227 ev
huurder	123 ev	lex Aquilia	54 ev
huur gaat voor koop	299, 300, 303	lex commissoria	255 ev, 306
huurkontrak	299 ev	stilswyende	256 ev
geregistreerde	300 ev	litis contestatio	132 ev
huurkoopkontrak	24	locus standi	86 ev
huwelik	264 ev	maatskappy	
huweliksvoorwaardeskontrak	402 ev	curator ad litem vir	83 ev, 86 ev
derde partye tot	407	direkteur	83 ev, 86 ev
erfopvolgingsklousule	410, 412	gemeenregtelike afgeleide aksie	86
na-huwelike registrasie	405	statute	84, 85
oorsprong van	403 ev	statutêre afgeleide aksie	83 ev
registrasie van	504, 417	mala fides	420, 425
seëlregte to v	411	malice	161, 170 ev, 395 ev
skenkingsklousule	407, 412, 414	mancipatio	229
testamentêre wysiging van	410	mandament van spolie	114, 120
trustoprigting	415	mandatarius	47, 48, 49
wysiging van	417 ev	maritale mag	95 ev, 403 ev
immaterieelgoederereg	333	meerderjarigheid	94 ev
infans	34 ev, 120	mens rea	40, 73 ev, 281, 283, 288
iniuria	158 ev	bewyslas to v	316 ev
insolvensie	243, 247	middellike aanspreeklikheid	455 ev
interpellatio	254 ev	minderjarigheid	94 ev
ius ad rem adquirendam	302	ministeriële handeling	424
iusta causa	228 ev, 237 ev	minuutakte	411, 412
jegmisdadiger	31 ev	misdaad	
jurisdiksionele feit	419 ev	formeel omskrewre	62 ev
kind		materieel omskrewre	62 ev
sorgbehoewende	30 ev	misleiding	378 ev
verwaarloosde	30 ev	mondigheid	94 ev
kinderhof	37 ev	moord	286
kinder mishandeling	30 ev	mora	
		gevolge van	254 ev

ex persona	254, 256, 259, 261
ex re	254, 256, 259, 261
skadevergoeding	254, 257, 259, 261
mora creditoris	258
mora debitoris	252 ev
ontstaanvereistes	253 ev
terugtrede weens	253 ev
moratorium	2 ev
afstanddoening van	11, 20, 21, 22, 24
aksies ex variis causarum figuris	23
huurgelde	22
militêre dienspligtige	2 ev
misbruik van	8, 9, 12, 19, 21, 22, 27, 28
opskorting van kontraktuele skulde	15 ev
opskorting van siviele regs­middels	16 ev
paaiementoreenkoms­te	16
rente	26
vennote	3 ev
mosieprosedure	120
motief	395 ev
mutuum	229
MVA-eise	45 ev
dienspligtiges	320
instel van	323
kondonasie van	45 ev
kostebevel	323
mediese ondersoek	322
passasier	320 ev
quantum van	45, 51, 52
rente	323
skikkingsaanbod	323
toekomstige koste	323 ev
verjaring van	45 ev, 94 ev, 324 ev
nalatigheid	61 ev, 361 ev
subjektiewe toets	201 ev
nalatige wanvoorstelling	53 ev
notaris	300, 404 ev
notice of rescission	258 ev
novus actus interveniens	163
omissio	65 ev
onderhuur	305 ev
onluste	146 ev
onregmatige arrestasie	398 ev
onregmatige daad	132 ev
aanspreeklikheidsbegrensing by	54 ev
aksie vir pyn en leed	132 ev
genoegdoening	198 ev
kwaadwillige vervolging	158 ev
late, aanspreeklikheid vir	440 ev
orgaanverwydering	197 ev
persoonlikheidskrenking	197 ev
regverdigingsgrond	199, 331, 357
onregmatigheid	56 ev, 80, 354 ev
maatstaf van	359 ev
redelikheidskriterium	168
onregmatigheidsbewussyn	81, 172, 394, 397, 398, 400
onroerende goed	421, 449 ev
onskuldige wanvoorstelling	374 ev
ooreenkoms	
kollektiewe	184 ev
saaklike	227 ev
verbintenisskeppende	227 ev
openbare belang	371, 428 ev
opiniereël	379, 380
opinio domini	121 ev

oproer	146 ev
opset	60, 62, 65, 394 ev
opstand	146 ev
owerheidsorgaan	419 ev
owerspel	400
pactum de non petendo	371
pandreg	115, 119, 123, 124, 128, 229, 230, 300
patentereg	72 ev
persoonlikheidsreg	57 ev, 90 ev, 398
identiteit, objek van	328 ev
piëteitsgevoel, objek van	198 ev
persoonlike reg	246
poging	
ondeugdelike	448 ev
prekariis	123 ev
privaatheidskending	398
privilegie	177, 180, 181, 182
beroeps-	180
produkte-aanspreeklikheid	348 ev
handeling	352 ev
onregmatigheid	354 ev
skuld	361 ev
vrywaringsklousule	369 ev
professionele nalatigheid	45 ev, 326
prokureur	
aanspreeklikheid ex contractu	47 ev
aanspreeklikheid ex delicto	50 ev
-kliëntverhouding	47 ev
lashebbër sui generis	48
nalatigheid van	45 ev
verhaalsreg teen	45 ev
protokol	411 ev
redelike man	57, 59, 61, 63, 204 ev, 350, 361, 371 ev, 441
redelikheidskriterium	168
regsfeit	116 ev, 231, 232
regsgevolg	116 ev
regshandeling	231
regverdigingsgrond	93
rei vindicatio	119, 120
relevantheid	
logiese relevantheid	176
regterlike diskresie tov	178 ev
rente	
moratore	255, 257
res ipsa loquitur	363 ev
res nullius	115, 122, 236
restraint of trade	208 ev
openbare belang	210 ev
deelbaarheid van	211
retensiereg	115, 126, 128
risiko-aanspreeklikheid	365 ev, 385 ev
risikoververkliking	315
roekeloosheid	171, 172, 397, 398
roerende saak	227 ev, 449 ev
aanhegting van	449 ev
roof	337 ev
saaklike ooreenkoms	227 ev
wilsooreenstemming	227 ev
saaklike reg	114 ev, 115 ev, 230 ev, 299 ev
seduksie	400 ev
sessie	88, 239, 299, 300, 303
in securitatem debiti	334 ev
pactum de non cedendo	334 ev
simplex commendatio	376
si sine liberis decesserit	443 ev

	BLADSY		BLADSY
siviele proses		uitsluitlike voogdy	32
akkusatoriese prosedure	274	vakbond	184 ev
aksieprosedure	274	venia aetatis	30
inkwisitoriese prosedure	272 ev	vennoot	
skadevergoeding	254, 257, 259, 261	beperkte aanspreeklikheid	293 ev
herstellende	374 ev	deliktuele aanspreeklikheid	295, 296
skadevergoedingseis	309 ev	en commendite	297
skenking	229	naamlose	297
skuld	73 ev, 361 ev	solidêre aanspreeklikheid	291 ev
skuldlose aanspreeklikheid	81 ev, 364, 370, 384, 400, 454 ev	vennootskap	3 ev
skuldoorsaak	312 ev	inlywing van	298
skuldvermoede	384	ontbinding van	296 ev
solatium	135 ev	sekwestrasie van	10, 21, 297
sorgvuldigheidsplig	349 ev, 354 ev	verjaring	24, 26, 94 ev, 121, 222
staatspresident		kondonasie van	325 ev
belasting van	431	verkragting	63, 65
immunitêit van	427 ev	vermoede	
seremoniële rol	430	animus iniuriandi	80 ev
verweerder, as	430	eiendomsreg	121, 127
staking	155, 185 ev	onregmatigheid	80
stare decisis	72	weerlegbare	73, 74, 80
sterwensverklaring	176	verryking	243, 244
stilswyende hipoteek	405, 406	versari in re illicita	202
stipulatio alterii	188	versekeringspolis	146 ev
strafbare manslag	61, 62, 202 ev, 286	interpretasie van	147 ev
strafproses		"riot and war"-klousule	146 ev
bekentenis	207 ev	uitsluitingsklousule	146 ev
pleit van onskuldig	207 ev	verteenwoordiging	188 ev, 292
verhoor	207 ev	vervalsing	285
strafreg		volmag	292
gemeenregtelike misdade	281 ev	voogdy	95 ev
statutêre misdade	280 ev	voorsienbaarheid	57, 202 ev
stremming van die regspleging	445 ev	voorwaarde	
subjektiewe regte	56 ev	ontbindende	255
leerstuk van	327 ev	vorderingsreg	239
swygreg	180	splitsing van	310, 316
testament		waarborg	387 ev
uitleg van	212 ev	wanvoorstelling	
testateur		bedrog, by	67 ev
bedoeling van	212 ev, 444 ev	nalatigheid	383
time of the essence	254 ev	onregmatige daad	383
toerekeningsvatbaarheid	60 ev	onskuldige	374 ev
traditio	227 ev	wesenlikheid van	376 ev
traditio brevi manu	233, 235, 236	weefselskenking	
trespass	115, 128 ev, 399	toestemming tot	200 ev
tyd		weerleggingsglas	81, 272, 364, 366
time of the essence	254 ev	wetsuitleg	
uberrimae fidei	47, 49	vermoede van	71
uitsluitlike beheer	32	willekeurigheid	60 ev
		wilsooreenstemming	389

H WETGEWING

(a) *Australië*

Family Law Act 1975	
a 48(2)	274 n67

(b) *Duitsland*

BGB	
a 399	335
a 929	233 n38
	239 n72

(c) *Engeland*

Criminal Evidence Act 1898	
a 4	432
Matrimonial Causes Act 1973	

a 1(1)(c)	274 n67
Patents Act 1977 Chapter 37	
a 2	72
3	73

(d) *Nederland:*

BW	
a 1356	389 n98
1357-1364	389 n99
1485-1488	390 n100
1490	390 n100
1637	211

(e) *VSA:*

Uniform Commercial Code	
-------------------------	--

	BLADSY
pa 2-213(i)(a)	387 n94
Uniform Sales Act	
pa 12	387 n94
<i>(f) Suid-Afrika:</i>	
Wet 36/1909(T)	
a 8(1)	7 n39
Wet 1/1914	
a 5(1)	3 n7
5(2)	3 n7
5(5)	3 n9
	5 n26
Openbare Welzijn en Moratorium	
Wetten 1914-1919	
a 5(5)(a)	13 n92, 16 n121
5(5)(b)	13 n92
5(5)(b)(i)	9, 10
5(5)(f)	11, 12, 13 n92
5(5)-(8)	12 n83, 13 n90
5(10)	12 n83, 13 n90
Wet 37/1917	
a 3	5 n26
Wet 47/1919	
a 4	5 n26
Wet 18/1926	
a 7(1)(b)	424
7(1)(e)	425
Wet 34/1933	
a 13	3 n7
Wet 32/1935	
a 1(1)(a)	266 n25
Wet 48/1935	
a 7(1)	3 n7
Wet 24/1936	
a 13	4 n14, 10
27	406 n19
49	4 n14
92(5)	4 n14
140	66
Wet 47/1937	
a 3(1)(p)	301 n13
16	300, 301, 303
77	301 n13, 302
78	302 n27
80	301, 306
82	302 n27
82(1)	301, n13, 302, n26
87	405 n11
90	302 n27
Wet 30/1940	
a 7(a)	321
Wet 29/1942	
a 11	310
Wet 36/1942	
a 1	25
Wet 27/1943	
a 23	147
Wet 32/1944	
a 65(9)(d)	22
Wet 44/1950	
a 4(10)	424
Wet 37/1952	
a 1	72
Wet 3/1953	
a 3	420
Wet 37/1953	
a 1	406 n20
2	96, 406 n20, 408 n29

	BLADSY
3	403 n4, 408 n29, 414
5	31, 32
10	276 n81
Wet 56/1955	
a 210	435
223	433
226(1)	434
226(2)	435
226(3)	436
227(1)	435
229	436
229(2)	436
280 bis	66 ev
292	432, 433
Wet 62/1955	
a 36	283
37	283
Wet 17/1956	
a 18	287
Wet 28/1956	
a 8(6)(c)	192 n50
8(6)(d)	192 n50
Wet 34/1956	
a 1	372 n153
Wet 50/1956	
a 2	301 n11, 302 n24
Wet 20/1957	
a 2	430
Wet 23/1957	
a 13	283
Wet 44/1957	
a 22(3)(a)	320
44(3)	320
67	25
92	13
Wet 77/1957	
a 37(1)(b)	421
Wet 8/1959	
a 74	42 n97
Wet 59/1959	
a 25	429
46(1)	429 n23
46(2)	430
Wet 75/1959	
a 6	66
Wet 33/1960	
a 1	34 n20
1(ix)	33 n18
1(x)	30 n1, 32 n16
1(x)(c)	44 n119
1(xviii)	34 n21
1(xxxviii)	34 n22
10	34 n34
10(1)	34 n22
10(3)	34 n23
11	34 n25
12(2)	35 n27
12(4)	35 n26
16	35 n28
18(1)	35 n31
18(2)	35 n31
19	35 n32
20(1)	35 n36
20(2)	36 n37
21	35 n33
24	35 n34
25	35 n35
26(1)	36 n39, 44 n120

	BLADSY		BLADSY
26(2)	36 n40	13(1)	94
27	36 n42	13(1)(a)	24 n185
28	36 n44	13(1)(d)	24 n185
29(1)	37 n46	Wet 24/1970	
29(2)	37 n47	a 2(1)	200
30(1)	36 n41	2(2)	201
30(2)	38 n52	2(2)(a)	201
30(3)	38 n53	2(2)(b)	201
31(1)(a)	38 n54	3(1)	201
31(1)(b)	38 n56, 275 n77	3(2)	201
31(1)(c)	38 n58	Wet 41/1970	
31(1)(d)	38 n59	a 3	429 n26
31(1)(e)	38 n60	Wet 41/1971	
31(2)	38 n55	a 2(a)	317
31(3)	39 n66	2(b)	317
31(4)	39 n68	10(3)	317
31(7)	38 n62	Wet 61/1971	
31(8)	38 n64	a 266	82 ev, 86 ev
32	39 n69	Wet 56/1972	
33	38 n61	a 1	326
34	38 n63	1(1)	322
48(2)	275 n77	3	325
83	31 n4, 37 n51	12(1)(a)	319
87	44 n114	12(3)(d)	319
Wet 57/1960		19	319
a 1(i)	13 n86	19(2)	319
1(2)(c)-(f)	13 n86	19(4)	319
Wet 32/1961		19(5)	319
a 13	431	20(2)	319
113	427 n4	21	142 n69, 310
Wet 53/1962		21(1A)	323
a 1(1)	13 n88	21(1B)	323
Wet 23/1963		21(1C)	324
a 11(1)	434	22(1)(a)	321
Wet 25/1963		22(1)(b)	321
a 1	14 n109	22(1)(c)	321
2(1)(a)	15 ev, 16 ev	23	322
2(1)(b)	15 ev, 16 ev	23(a)	321
2(2)(a)	15 n112	23(b)	321
2(2)(b)(i)	15 n112, 22 n172	23(c)	322
2(2)(b)(ii)	15 n112	24	51
2(2)(b)(iii)	15 n112, 23 n173, 23 n174	24(1)(a)	324
2(2)(b)(iv)	15 n112	24(1)(b)	325
2(2)(c)	20 n158, 21 n165, 25 n188	24(2)	45 n2
2(2)(c)(i)	16 n122, 16 n127, 18, 20 n157, 21, 23, 26 n191, 26 n193	24(2)(a)	45 ev
2(2)(c)(ii)	23 n173, 23 n174	24(2)(a)(i)	45 n4, 325
2(2)(c)(iii)	22 n171, 22 n172	24(2)(a)(ii)	325
2(3)	15 n115, 16 n123, 19 n150, 21 n162, 24 n183, 27	24(2)(b)(i)	46
3	26 n194	25(1)(a)	326
4	26 n196	25(1)(b)	325
6	14 n109	25(2)	325
Wet 85/1963		Wet 26/1973	
a 4	429 n25	a 3	13 n96
Wet 28/1966		Wet 61/1973	
a 21	3 n7	266(1)	83 ev
Wet 4/1969		266(2)	83 ev
a 1	13 n96	266(3)	83
Wet 18/1969		266(3)(c)	87
a 1	301 n11, 302	266(4)	83
1(1)	300 n7	267	83
Wet 68/69		268	83
a 1	122 n46	Wet 1/1976	
3(1)(a)	95	a 10	13 n96
12(1)	324	Wet 51/1977	
12(3)	46 ev, 324	a 71	39 n73
13	27, 324	73(3)	39 n76
		74(1)	39 n76
		112	208

	BLADSY		BLADSY
112(1)(b)	207	277(2)	43 n106
113	208	286(2)(a)	42 n101
153	39 n74	290(1)	41 n90
153(4)	39 n74	290(1)(d)	42 n96
153(5)	39 n74	290(2)	41 n92
153(6)	39 n74	290(3)	42 n94
154(3)	39 n75	290(4)	42 n97
195(1)	432 ev	291(1)	42 n98
195(2)	436	291(2)	42 n99
196(1)	435	291(3)	42 n100
198	436	294(1)	43 n104
198(2)	436 ev	295(1)	42 n102
209	207 ev	295(2)	42 n103
217	182, 208	297(9)(a)	42 n95
220	208	Wet 74/1977	
245	66	a 1(2)(h)	322
254(1)	40 n77	1(2)(i)	322
254(2)	40 n78	Wet 115/1977	
274(1)	41 n86	a 115	207
276(1)	41 n89		

I TEKSTE

C 1 19	2 n1	48 19 20	133, 142 n69
3 31 11	114 n1	50 17 50	305 n37
4 17	134 n9, 135 n16	50 17 111	134 n15
4 35 13	47 n20, 48 n26, 49 n33, 52 n66	50 17 86	134 n14
4 35 21	47 n20, 48 n25, 49 n33, 52 n66	50 17 87	134 n9, 134 n14
4 65 9	299 n2	50 17 111 1	133 n7
4 65 10	299 n2	50 17 139	134 n9, 135 n16
7 71	2 n1	50 17 164	134 n9
8 41 11	308		
D 2 11 10 2	133 n6	I 2 1 40	228 n2
2 14 7 14	210	4 12 1	133, 135 n16
2 14 27 4	210		
4 6 19	118 n26	Boehmer, JH	
14 1 1 25	291 n6	<i>Consultationes et decisiones iuris</i>	
14 1 4 pr	291 n4, 291 n5	2 1	54 n13
6 1 24	114 n1	<i>Responsum</i>	
12 1 18 pr	231 n24	209	54 n13
12 1 41	122 n40		
14 3 13 2	291 n6	Brunneman	
19 2 25 1	299 n2	<i>ad Cod</i>	
27 7 81	134 n9, 135 n16	1 19 25	7 n34
35 2 32 pr	133 n6, 133 n7		
41 1 20	136 n34	Damhouder	
41 1 36	228 n2, 231 n25	<i>Pract Crim</i>	
41 1 93	228 n2	139 n 4	167 n70
41 2 1 3	118 n26	<i>Praxis Rerum Criminalium</i>	
41 2 1 4	118 n26	138 24	139 n49
41 2 1 20	122 n40		
41 2 3 3	122 n40	Faber	
41 2 12 1	119 n31	<i>ad Cod</i>	
41 2 49 par 1	118 n27	1 19 def 14	7 n34
44 7 26	134 n9		
44 7 33	134 n9	Groenewegen	
44 7 55	228 n2	<i>ad I</i>	
44 7 59	134 n9	3 7 2	292 n9
46 1 17	308		
46 1 36	308	Grotius	
46 1 39	308	<i>De Jure Belli ac Pacis</i>	
46 2 29	134 n13, 134 n14	2 11 13	293 n14, 294 n30, 294 n31
47 1 1 pr	133 n7	<i>Inl</i>	
47 1 1 1	133 n6, 136 n27	1 5 19	95
47 10 13 pr	133 n6, 134 n9, 136 n27	2 1 58	117 n16
47 10 13 3	159 n2	2 1 60	116 n11, 117 n16
47 10 28	135 n16	2 2 1	116 n12
		2 2 2	122 n41, 127 n69

	BLADSY			BLADSY
2 2 3	123	n47	4 2 1	335
2 2 6	114	n1	4 2 2	335
2 2 7	114	n1, 127		
2 2 10	127	n71	Van Bynkershoek	
2 7 2	118	n29	<i>Obs Tum</i>	
2 12 9	409	n35	1195	54 n13
3 1 31 292 n12, 293 n16, 294 n30, 295 n35			<i>Quaestiones Juris Privati</i>	
3 1 32	293	n13, 294 n29	4 23 293 n15, 294 n23, 294 n28, 294 n29, 295 n37, 295 n40	
3 8 1	115	n7	<i>Quaestiones Juris Publice</i>	
3 21 10	95		1 19	295 n40
3 32 10	139	n51	Van der Keessel	
3 35 5	139	n53, 143	<i>Prael ad Gr</i>	
3 35 8	400	n37	2 2 2	122 n41
3 35 9	400	n37	2 2 3	123 n47
Heineccius			2 2 6	114 n2
<i>Elem Pand</i>			2 12 3	403 n1, 407 n23, 407 n24
17 1 233	47	n22	2 12 6	409 n34
Huber			2 12 8	410 n38
<i>HR</i>			2 12 9	409 n35
2 9 6	228	n6	2 12 10	409 n36
2 10 10	114	n1	2 12 17	410 n39
3 26 29	308		2 128	408 n31
4 17 6	47	n20	3 1 21	295 n41
4 17 7	47	n20	3 1 31 293 n16, 295 n34, 295 n37, 295 n38, 295 n39, 295 n42	
4 17 14	47	n22, 48 n27, 49 n33	3 1 32 294 n26, 294 n27, 294 n28, 294 n29	
4 17 26	47	n21, 49 n33, 52 n68	3 8 1	115 n7
5 6 3	117	n19	3 21	7 n35
5 20 25	6	n32, 16 n119	<i>Select Tbes</i>	
5 43 1	2	n1, 7 n34	91	95
<i>Prael ad D</i>			703	292 n9
14 3 n4 239 n16, 294 n29, 295 n34, 295 n36			Van der Linden	
Matthaeus			<i>Judiciele Practyeg</i>	
<i>De Auctionibus</i>			1 8 7	47 n22, 48 n28, 52 n67
1 5 8	292	n10, 295 n34	2 16 1	47 n22, 48 n28, 52 n67
Menochius			2 32 2	2 n1
<i>De Praesumptionibus</i>			<i>Koopmans Handboek</i>	
6 6 9 5	14	n1	1 3 7	95
<i>Hollandsche Consultatien</i>			1 6 1	117 n20
1 179	114	n1	1 6 2	117 n20
<i>Rechtsgeleerde Observatien</i>			1 13 1	117 n20, 122 n41, 123 n47
2 26	114	n1	1 13 2	120 n34
Pauw			3 1 7 4	2 n1
<i>Obs Tum Nov</i>			4 1 13	7 n35, 292 n7, 292 n8, 292 n9
1 14 5	292	n7, 292 n8	4 4 2	294 n28, 294 n29
Perezius			Van Leeuwen	
<i>ad Cod</i>			<i>Cens For</i>	
1 19 89	7	n34	1 4 3 10	293 n15, 295 n34, 295 n36
4 25 292 n10, 293 n15, 294 n30, 295 n37			1 4 17 3	307
Pothier			1 5 25	160 n7
<i>Obligations</i>			2 10 1	122 n41, 127 n69
2 3 8	7	n35	2 10 4	14 n1, 127 n69, 127 n70
par 365	307		4 3 10	293 n16
<i>Societe</i>			4 45 10	2 n1, 7 n34
6 2	7	n35	<i>RHR</i>	
Sande			1 6 7	95
<i>Decisiones</i>			2 8 1	122 n41, 127 n70
6 32	308		2 8 2	114 n1, 127 n70
7 5 11	308		2 81 1	127 n69
<i>De Prohibita</i>			4 2 9 293 n15, 293 n16, 294 n30, 295 n34, 295 n36	
4 1 1	335		4 2 12	210
			4 2 13	210
			4 4 15	308

	BLADSY		BLADSY
4 41 5	2 n1, 7 n34	18 3 1	255
5 11 3	47 n22, 48 n28, 52 n67	18 6 3	258
Vinnius		20 2 20	405 n16
<i>Comment ad Inst</i>		22 3 11	114 n1
4 4 1	160 n7	23 2 41	95
<i>Quaestiones Selectae</i>		23 2 80	409 n35
2 36	122 n43	23 4 4	405 n12
Voet		23 4 10	407 n24
<i>Commentarius</i>		23 4 21	408 n25
1 18 19	304 n35	23 4 27	408 n30
2 14 16	210	23 4 28	408 n32
2 14 20	335	23 4 52	405 n16, 408 n25
3 3 17	47 n20, 49 n33, 52 n66	23 4 53	409 n36
5 2 1	117 n17	23 4 54	409 n36
5 2 2	116 n11, 117 n17	23 4 57	410 n38
6 1 26	304 n35	23 4 62	410 n39
6 2 2	116 n11, 117 n17	41 1 35	122 n44, 228 n4, 248 n145
11 7 7	200	41 2 1	122 n41, 127 n69
14 1 5	292 n10	41 2 2 117 n17, 119 n32, 120 n33, 121 n37	
14 1 7	295 n34, 295 n41	41 2 3 122 n41, 123 n47, 125 n58, 127 n69	
14 1 15	295 n32, 295 n34	41 2 16	114 n1, 125 n58, 127 n69
14 1 17	293 n15	42 3 20	2 n1
14 3 2	293 n16, 295 n34, 295 n36	46 1 18	7 n34
17 1 9	47 n22	46 1 28	308
17 2 13 292 n10, 293 n16, 295 n34, 295 n36		46 1 30	308
		47 10 7	160 n7
		47 10 9	160 n7

HEER PRINTING CO (PTY) LTD
PRETORIA

Vennootskap en moratorium - die regsposisie van die vennoot op militêre diens en sy vennote

JJ Henning

BIur LLB

Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

The concept "moratorium" indicates the granting of a period of respite for repayment of debts to those who, because of circumstances beyond their control, are not in a position to fulfil their obligations timeously.

In South Africa the granting of a moratorium was, and is, utilized for the protection of civil interests of members of the Defence Force on active service in time of war or rendering compulsory military service in time of peace.

With the introduction of a moratorium in favour of soldiers on active service during World War I, the legislature adopted an absolute and rigid approach. The result was that if one of the members of a partnership was on active service, all civil legal remedies against the partnership were also suspended. Thereby protection was also afforded to partners not on active service and creditors were left remediless, even in instances of obvious abuse of the protection.

The legislature tried to remedy the position by making the moratorium operative only if all the members of a partnership were on active service and granting the supreme court the power to set aside the moratorium in cases of abuse or where it otherwise seems just and equitable.

This arrangement was adopted by the Moratorium Acts of 1940 1960 1962 and 1963.

The Moratorium Amendment Act of 1977 retained the traditional arrangement as to the suspension of civil legal remedies. A new moratorium, to wit the suspension of the obligation to pay contractual debts, was introduced but no attempt was made to regulate the position where one of the members of a partnership is entitled to the new moratorium. The result is that if one of the partners performs military service, the partnership and therefore also the partners not on military service enjoy the protection of the new moratorium.

The effect of the above on actions by and against partnerships, by and against a partner, between partners and the special provisions applicable to hire-purchase contracts are discussed.

The conclusion is that the whole legal position should be reconsidered. An arrangement which affords the serviceman as member of a partnership the same protection as he would otherwise enjoy and which strikes an equitable balance between the interests of all parties concerned, is suggested.

INLEIDING

Die beweegredes onderliggend aan die afkondiging van 'n algemene¹ moratorium² is in beginsel tweeledig van aard. Eerstens billikheid, naamlik om aan persone wat as gevolg van omstandighede geheel en al buite hul beheer nie in staat is om hul verpligtinge betyds na te kom nie, uitstel van betaling te verleen. Sodoende word hierdie persone gevrywaar teen verpligte sekwestrasie of siviele gyseling. Tweedens doelmatigheid, naamlik om gedurende tydperke wat as buitengewoon maar tydelik van aard beskou word,³ die onderliggende kredietstruktuur van die handelswêreld intak te bewaar en die ekonomie van algehele ineenstorting te weerhou.⁴

Hierbenewens noop militêre doelmatigheid die verlening van 'n moratorium aan militêre dienspligtiges⁵ ten einde die handhawing van 'n hoë moreel en 'n effektiewe peil van paraatheid in 'n weermag te verseker.⁶

¹Die gebruik om 'n algemene moratorium te verleen, kan nagespeur word tot die vroegste geskrewe geskiedenis van die Westerse beskawing. Natuurrampe - soos droogtes, vloed en groot brande-epidemies en veral oorloë het as geleenthede gedien vir die afkondiging van algemene moratoria - sien in die algemeen Rebuffus P *Tractatus de literis dilatoriis* en Mayer S *Studien über das Moratorium des Altertums und Mittelalters* (1917). Hierbenewens was die verlening van 'n spesiale moratorium op aanvraag aan individuele skuldenaars, aan die Romeinse en Romeins-Hollandse reg bekend - C 1 19 en C 7 71; Voet 42 3 20; Van der Linden *Koopmans Handboek* 3 1 7 4; idem *Judiciele Practyck* 2 32 2; Van Leeuwen *Rooms-Hollands-Regt* 4 41 5; idem *Censura Forensis* 4 45 10; Huber *Heedensdaegse Rechtsgeleertheit* 5 43 1; en sien Henning JJ "Die Moratorium-wet, 1963" 1976 *Tydskrif vir Regswetenskap* 99; Feller AH "Moratory Legislation" 1935 *Harvard Law Review* 1062. Hierdie verlening van *rescripta moratoria*, ook bekend as *brieven van respyt* of *quinquinellen* het in Duitsland en Frankryk tot onhoudbare wanpraktyke aanleiding gegee - Mayer op cit 50 et seq; Rebuffus op cit gloss iv. *Rescripta moratoria* het in die moderne regstelsels in onbruik verval.

²Die *Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal* (1965) verskaf die volgende omskrywing: "Wettig erkende uitstel van betaling veral in oorlogstyd of by groot rampe." Vgl *Geïllustreerd Woordeboek der Nederlandsche Taal* (1907): "Uitstel van betaling van regeringswege verleend aan hem, die door omstandigheden geheel buiten zijne schuld in de onmogelijkheid verkeert aan zijne verpligtingen te voldoen."

³So het die eerste en tweede wêreldoorlog byvoorbeeld 'n oorvloed van moratorium-wette tot gevolg gehad, sien Feller op cit 1064; Skilton RH "The Soldiers and Sailors Civil Relief Act of 1940" 1942 *University of Pennsylvania Law Review* 178-179; Jensen WA "Civil Relief for Soldiers and Sailors; A Critical Analysis" 1941 *Illinois Law Review* 333-337. Die depressiejare 1930-1933 het dieselfde gevolge gehad, sien Skilton op cit 179.

⁴Feller op cit 1061; Skilton loc cit.

⁵Dws lede van 'n weermag wat verpligte militêre diens in vrede tyd of aktiewe diens in oorlogstyd verrig.

⁶Rogers TW "Civil Relief to Persons in the Military Service of the United States" 1941 *American Law School Review* 1084: "A soldier cannot be a good soldier if he is worried about his obligations and the likelihood that he will lose his equities in his property because of defaults directly attributable to his military service, and this worry is all the more likely if such military service is enforced and not of his own choosing." Skilton op cit 177: ". . . but if he is forced to sacrifice his property and the security of his dependents, it does not require much imagination to foresee that his morale will be shaken . . ." Sien Jensen op cit 325; Tantor CW en Butts AB "Soldiers and Sailors Relief Act of 1940" 1941 *Mississippi Law Journal* 467; Horan FH "Civil Relief Act Amendments" 1943 *Fordham Law Review* 301; Ferry M Rosenbaum S en Wigmore JH "The Soldiers and Sailors Civil Rights Bill" 1918 *Illinois Law Review* 450; Twinem LK "Extent of Debt Relief for Persons in Military Service" 1941 *Nebraska Law Review*

Alhoewel die afkondiging van 'n moratorium ten behoeve van burgerlikes nie onbekend is in Suid-Afrika nie,⁷ is en word dit hier te lande veral aangewend om beskerming te verleen aan lede⁸ van die weermag wat verpligte militêre diens in vredestryd en aktiewe diens in oorlogstryd verrig.⁹ Derhalwe is hierdie artikel uitsluitlik op moratoriumwetgewing rakende persone op militêre diens toegespits.¹⁰

Twee uiteenlopende benaderings kan by die verlening van 'n moratorium aan dienspligtiges gevolg word. Die wetgewer kan 'n streng en absolute reëling vir die toepassing van die moratorium daarstel,¹¹ of die verlening, al dan nie, van die moratorium in 'n besondere geval aan 'n spesifieke persoon, grotendeels aan die diskresie van die houe oorlaat.¹²

Kies die Suid-Afrikaanse wetgewer eersgenoemde uitweg tree die regsposisie van die dienspligtige wat lid is van 'n vennootskap en dié van sy medevenote¹³ dadelik op die voorgrond, veral in die lig van die voetangels en klemme waarmee die weg na 'n billike reëling van die regsposisie besaai is.

221; Fouche WJ "The Moratorium Act" 1973 *Paratus* 42. Vir 'n opsomming van die redes deur ons houe aangevoer vir die verlening van sodanige beskerming sien Henning op cit 106.

⁷a 5(1) en (2) van die Openbare Welzijn en Moratorium Wet 1914 Wet 1 van 1914 (Buitengewone Zitting), wat 'n algemene moratorium verleen het ten opsigte van skulde aangegaan voor 4 Augustus 1914. A 21 van die Wet op Landboukrediet 28 van 1966 (voorheen a 7(1) van die Boere-Bystandswet 48 van 1935) maak voorsiening vir die verlening van 'n moratorium aan boere, sien Gering L "Agriculture" in *The Law of South Africa* vol 1 124 en a 13 van die Wet op Plaasverbande 34 van 1933.

⁸Hierna "dienspligtiges" genoem.

⁹Sien a 5(5) van die Openbare Welzijn en Moratorium Wetten 1914-1919; die Spesiale Pensioen en Moratoriumwet 29 van 1940; die Moratoriumwet 51 van 1960; die Moratoriumwet 53 van 1962; die Moratoriumwet 25 van 1963. Vir voorbeelde van soortgelyke wetgewing in Brittanje en die VSA sien Courts (Emergency Powers) Act 1914 (4 & 5 Geo 5 c 78); Courts (Emergency Powers) Act 1943 (6 & 7 Geo 6 c 19); Liabilities (War-Time Adjustment) Act 1948 (11 & 12 Geo 6 c 36); National Service Act 1948 (11 & 12 Geo 6 c 64); Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act 1951 (14 & 15 Geo 6 c 65); Soldiers and Sailors Civil Relief Act of 1918 50 USCA App § 101-165; Soldiers and Sailors Civil Relief Act of 1940 50 USCA App § 501-585.

¹⁰In die tydsgewrig waar die ingrypende verlenging van verpligte dienstrydperk deur die tweede Wysigingswet op Verdediging 68 van 1977 die aantal diensdoende dienspligtiges gaan verdubbel, en die skeidslyn tussen vrede en oorlog vervaag in die skemering van "lae intensiteits oorlogsvoering", raak kennis hiervan steeds meer aktueel vir elke regsgeleerde: "It is vital that servicemen promptly obtain correct information as to their rights under the Act . . . it is obvious that he cannot fully understand the scope and limitations or relief offered . . . without professional legal advice" – Tibbs B "Lawyers and the Future of the Relief Act" 1943 *Marquette Law Review* 71. In die VSA het regsgeleerdes op die roepstem geantwoord. Akademici en praktisyns het bygedra tot die verfyning van die wetgewing deur middel van talryke publikasies en kommissies en die verlening van gratis regsadvies – sien Tibbs loc cit en Ferry ea op cit 455 et seq.

¹¹In welke geval die skuldeiser sy reg ontsê word om hom tot die houe te wend vir die verlening van die gepaste regshulp teen die dienspligtige. Dit hou die voordeel van regsekerheid maar die nadeel van onbuigbaarheid in en kan tot growwe misbruik aanleiding gee. Sien Twinem op cit 221; Ferry ea op cit 450.

¹²Skilton op cit 180: "This type of moratorium necessitates a review of each case on its merits. It has both the advantages and disadvantages of elasticity." Nogtans is dit die uitweg wat in die meeste Europese en Anglo-Amerikaanse lande as verkieslik beskou is – sien Twinem op cit 222, Feller op cit 1061; Jensen op cit 325.

¹³En natuurlik van ander persone wat gesamentlik of gesamentlik en afsonderlik met of

Hier moet steeds in gedagte gehou word dat alhoewel 'n vennootskap vir sekere doeleindes wel as 'n afsonderlike entiteit beskou word,¹⁴ dit in werklikheid nie met regs persoonlikheid beklee is nie.¹⁵ Inteendeel, die regte en verpligtinge van die vennootskap is die regte en verpligtinge van die vennote en die bates daarvan is die eiendom van die vennote in gemeenskaplike onverdeelde aandeel.¹⁶ Deur die totstandkoming van die vennootskap word 'n ingewikkelde netwerk van regte en verpligtinge tussen die vennote in die lewe geroep.¹⁷ Alhoewel elke vennoot in beginsel in solidum aanspreeklik is vir vennootskapskulde¹⁸ staan die vennote, voor die ontbinding van die vennootskap, voor uitwinning van die vennootskapsbates, as 'n eenheid teenoor die buitewêreld. Daarom kan vennote, terwyl daar wel voldoende uitwinbare vennootskapsbates¹⁹ voor ontbinding van die vennootskap teenwoordig is, slegs as gesamentlike medeskuldenaars beskou word en kan een van die vennote nie afsonderlik aangespreek word deur skuldeisers van die vennootskap nie.²⁰

addisioneel tot die dienspligtige aanspreeklik gehou kan word. In die opsig is teenoorgestelde standpunte in Suid-Afrika, die VSA en Engeland ingeneem. Sien *Worthington v Wilson* 1918 TPD 104 teenoor Rogers op cit 1085; Tibbs op cit 60; Twim on op cit 226; Bendetson KR "A Discussion of the Soldiers and Sailors Civil Relief Act of 1940" 1940 *Washington & Lee Law Review* 7; Rogers S "The Courts (Emergency Powers) Acts 1939 and 1940 - A Review in Retrospect" 1940 *Conveyance and Real Property Lawyer* 4.

¹⁴Te wete vir doeleindes van gedingvoering en sekwestrasie. Vgl reël 52 van die Landdroshowerëls; reël 14 van die Eenvormige Hofreëls en a 13 49 en 92(5) van die Insolvensiewet 24 van 1936; sien ook *Michelow v Premier Milling Co* 1960 2 SA 59 W.

¹⁵*R v Shamosewitz & Schatz* 1915 AD 693; *Parker v Rand Transport Co* 1930 AD 353; *Muller v Pienaar* 1968 3 SA 195 (A); De Villiers SWL "Partnership" in *The South African Encyclopaedia of Forms and Precedents* vol 13 144; Bamford B *The Law of Partnerships and Voluntary Associations in South Africa* (2e uitg 1971) 64; Millin P en Wille G *Mercantile Law of South Africa* (17e uitg 1975) 420; Gibson JTR *South African Mercantile and Company Law* (4e uitg 1977) 270; De Wet JC en Yeats JP *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (3e uitg 1964) 564; Kahn E *Contract and Mercantile Law through the Cases* (1971) 697; Hahlo HR en Kahn E *South Africa: The Development of its Laws and its Constitution* (1960) 700; Nathan M *The South African Law of Partnerships and Private Companies* (2e uitg 1938) 3; Hosten WJ Edwards AB Nathan C en Bosman F *Introduction to South African Law and Legal Theory* (1977) 527.

¹⁶*Sacks v Commissioner for Inland Revenue* 1946 AD 40; *Muller v Pienaar* supra 202; Beinart B "Capital in Partnership" 1961 *Acta Juridica* 118 et seq.

¹⁷*Michelow v Premier Milling Co* supra.

¹⁸*Bester v Van Niekerk* 1960 2 SA 779 (A) 785; *Muller v Pienaar* supra; *Vrystaatse Lewendehawe Ko-operasie Bpk v Van Jaarsveld* 1970 4 SA 292 (NK) 293; Bamford op cit 44; Gibson op cit 273; Wille en Millin op cit 427; Kahn op cit 716; Hahlo en Kahn op cit 701; Nathan op cit 94.

¹⁹Indien vonnis teen die vennootskap gevel word, moet tenuitvoerlegging allereers teen die vennootskapsbates geskied. Eers na uitwinning daarvan kan op die bates in die afsonderlike boedels van die vennote beslag gelê word, sien reël 14(5)(h) van die Eenvormige Hofreëls en reël 40(3) van die Landdroshowerëls asook *Turkstra v Goldberg* 1960 1 SA 512 (T) en *Mahomed v Karp Bros* 1938 TPD 112. Na uitwinning van die vennootskapsboedel en voor ontbinding van die vennootskap kan elke vennoot in solidum aanspreeklik gehou word vir die betaling van die vennootskapskulde, sien *Muller v Pienaar* supra 203.

²⁰*Meintjies & Co v Simpson* 2 Menz 216; *Mahomed v Karp Bros* supra; *Press v Barker* 1919 CPD 243; *Du Toit v African Dairies Ltd* 1922 TPD 245; *Turkstra v Goldberg* supra; *Standard Bank of SA v Pearson* 1961 3 SA 723 (OK); *Vrystaatse Lewendehawe Ko-operasie Bpk v Van Jaarsveld* supra; *Lee v Maraisdrift (Edms) Bpk* 1976 2 SA 536 (A); *Vulcan Trading Co Ltd v Angliffe* 1970 1 SA 10 (R); *Geerds v Crawford* 1953 2 SA 795 (N); De Wet en Yeats op cit 576; De Villiers op cit 145; Gibson op cit 273; Hosten ea op cit 525.

In beginsel is daar dus twee uiteenlopende uitweë beskikbaar aan die wetgewer wat 'n absolute reëling verkies. Hy kan besluit om aan die dienspligtige ook in sy hoedanigheid as vennoot 'n moratorium te verleen, met die noodwendige gevolg dat sy vennote meteen ook beskerming ten opsigte van vennootskapskulde sal geniet, òf hy kan die dienspligtige beskerming ontnem ten opsigte van sy aanspreeklikheid vir vennootskapskulde.

Tussen die twee uiterstes moet getrag word om 'n uitweg te kies wat 'n billike afweging van belange tussen die vennoot op militêre diens, sy vennote en die skuldeisers van die vennootskap sal verseker.²¹ In die lig van bogemelde beginsels van die vennootskapsreg en die breë spektrum van handelsaktiwiteite wat in vennootskap beoefen kan word,²² skyn die verwesenliking van so 'n ideaal nie gereedlik bereikbaar te wees nie.

Die wetgewer het dan ook nie altoos hierin geslaag nie. Intendeel, sy eerste pogings is deur die howe as klaarblyklik onregverdig beskou en daar is op wysiging aangedring. Met die invoering van die Moratoriumwysigingswet 1977²³ skyn die regsposisie tans ook alles behalwe duidelik te wees.

Bykans alle skrywers oor die vennootskapsreg handhaaf 'n doodse stilswye oor hierdie aangeleentheid.²⁴ Derhalwe word allereers die lotgevalle van die vennoot op militêre diens en sy vennote in vorige wetgewing nagegaan. Daarna word getrag om die huidige regsposisie met die geskiedkundige agtergrond in gedagte behoorlik na waarde te skat.

GESKIEDKUNDIGE OORSIG

Die eerste wêreldoorlog

Met die uitbreek van die eerste wêreldoorlog is beskerming soos volg verleen aan lede van die gewapende magte deur middel van die Openbare Welzijn en Moratorium Wet 1914:²⁵

“Alle siviele rechtsmiddelen tegen een lid van de Zuid-Afrikaanse Verdedigingsmacht . . . op aktiewe dienst gedurende die tegenwoordige oorlog zijn geschorst voor het gehele tijdperk dat sodanig lid op aktiewe dienst is en gedurende drie maanden daarna.”²⁶

Vennote kan hul egter wel op so 'n wyse teenoor 'n skuldeiser verbind dat elkeen in solidum aanspreeklik gehou kan word gedurende die bestaan van die vennootskap – sien *Standard Bank of SA Ltd v Lombard* 1977 2 SA 808 (W).

²¹Skilton op cit 180.

²²Wille en Millin op cit 409: “It retains its place as the medium of the professional association and it is frequently used, consciously and unconsciously in commercial enterprises, both major and minor, temporary and long-lasting.”

²³Wet 17 van 1977.

²⁴Slegs Wille en Millin op cit 431 en Bamford op cit 60 verwys hierna en wel op onkritiese en uiters kursoriese wyse. Hierdie verwysings is in elk geval slegs van historiese waarde aangesien die regsposisie ingrypend deur die Moratoriumwysigingswet 17 van 1977 gewysig is.

²⁵Wet 1 van 1914 (Buitengewone Zitting) wat tesame met sy wysigingswette deur a 4 van Wet 47 van 1919 heraaangedui is as die Openbare Welzijn en Moratorium Wetten 1914–1919.

²⁶a 5(5) later deur a 3 van Wet 37 van 1917 en a 4 van Wet 47 van 1919 heraaangedui as a 5(5)(a) van die Openbare Welzijn en Moratorium Wetten 1914–1919.

Geen uitsonderings is hierop geskep nie en geen diskresie hoegenaamd is aan die howe verleen nie. Die wetgewer het dus op die invoering van 'n absolute moratorium besluit. Die benadering steek skerp af teen dié wat gevolg is met die invoering van die algemene moratorium ten opsigte van skulde aangegaan voor 4 Augustus 1914.²⁷

Aangesien geen siviele aksie of geding van welke aard ook al teen 'n lid van die "Zuid-Afrikaanse Verdedigingsmacht" op aktiewe diens ingestel of voortgesit kon word nie,²⁸ geen vonnis of bevel in 'n siviele aksie of geding teen hom verleen kon word nie²⁹ en geen tenuitvoerlegging van 'n vonnis kon geskied nie,³⁰ is die bevoegdheid van 'n eiser om die verpligtinge van die krygsman voortspruitend uit enige skuldoorsaak regtens af te dwing, tydelik lamgelê.³¹ Uit die oogpunt van die kontraktereg beskou, is die opeisbaarheid³² van 'n prestasie deur die krygsman verskuldig effektief op die lange baan geplaas.³³

Geen bepalinge het bestaan waardeur spesiaal voorsiening gemaak is vir die reëling van die regsposisie indien een van die lede van 'n vennootskap op aktiewe diens is nie. Een moontlike afleiding is dat die wetgewer die mening toegedaan was dat die afwesigheid van sodanige bepalinge geen probleme sou veroorsaak nie. Indien die stand van die vennootskapsreg in daardie tydsgewrig in aanmerking geneem word, skyn daar wel rede vir sodanige optimisme te gewees het.

Gemeenregtelik het die verlening van 'n moratorium slegs 'n persoonlike verweer aan 'n skuldenaar verskaf, wat nie sonder meer ter beskikking van persone was wat addisioneel tot die skuldenaar aanspreeklik gehou kon word nie.³⁴ In die latere Romeins-Hollandse reg kon enigeen van die ven-

²⁷Sien a 5(1) en (2) van die Openbare Welzijn en Moratorium Wetten 1914-1919 wat die verlening van die moratorium al dan nie in sekere gevalle in die hande van die howe laat.

²⁸*Nel v Naudé & Labuschagne* 1915 CPD 136; *Lloyd v Horn* 1915 CPD 136; *Olivier & Havenga v Moyes* 1916 CPD 40; *Olsen v Olsen* 1915 CPD 475; *Wolfson v Hunes* 1915 TPD 377; *Willenberg v Beyers* 1921 KPD 604; *Price v Apter* 1941 GWL 25; *Van Heerden v Muller* 1943 TPD 48; *Wilson v Meldau* 1943 CPD 498; *Kruger v Kruger* 1944 WLD 191; *Bane v Howells* 1945 CPD 131; *Schonfeld v Schonfeld* 1946 WLD 444; *Ravenscroft v Ravenscroft* 1946 CPD 592; *Gibson v Holzhausen* 1942 OPD 256; *Jacaranda Mansions v Hall* 1947 1 SA 378 (T); *Bleazby v Bleazby* 1947 2 SA 523 (K).

²⁹*Stevens v Annett* 1916 WLD 78; *Steel Murray & Co v Bothamley* 1915 NPD 60; *Willard v Davies* 1915 EDL 284; *Fitzmaurice v Wilson* 1917 CPD 466; *Ross v Foster* 1915 OPD 160; *Estate Titterton v Harrison* 1917 EDL 342; *Borchers v Morgan* 1917 TPD 681; *Buyt v Pietersen* 1940 CPD 519; *Fischer v Wessels & Co* 1943 TPD 71.

³⁰*Barrett & Glynn v Davidson* 1916 TPD 42; *Tweedie v Hargreaves* 1915 CPD 462; *Lazarus v Acting Taxing Master & Spreeth* 1944 CPD 416; *Matterson Bros v Rolfs Nebel & Co* 1915 WLD 33; *Sang v Garlick & Co* 1915 OPD 15; *Fischer v Wessels & Co* 1943 TPD 71; *Buckley v Buckley* 1952 NPD 178; *Dunlop (SA) Ltd v Olivier* 1942 OPD 146.

³¹Sien Henning JJ "Die Moratoriumwet, 1963" 1976 *Tydskrif vir Regswetenskap* 107; Rodgers TW op cit 1084.

³²Hier gebruik in die sin dat dit nie slegs beteken dat die tyd vir vervulling aangebreek het nie, maar ook dat die skuldenaar nóg 'n dilatore nóg 'n peremptore eksepsie teen die eis van die skuldeiser het, sien Huber op cit 5 20 25; Steyn I van *Z Mora Debitoris volgens die Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* (1929) 40; Wessels JM *Law of Contract in South Africa* (2e uitg 1957) 776; De Wet en Yeats op cit 111.

³³Sien Henning loc cit en gesag daar aangehaal.

³⁴Daarom was die verweer nie sonder meer tot 'n borg se beskikking nie selfs al het hy

note gedurende die bestaan van die vennootskap in solidum aanspreeklik gehou word vir 'n vennootskapskuld.³⁵ Ten spyte van die aanvaarding van die beginsel dat vennote in solidum aanspreeklik is vir vennootskapskulde³⁶ het hier te lande 'n praktykreël ontwikkel dat aksie deur of teen 'n vennootskap slegs in naam van al die vennote ingestel kan word,³⁷ maar nogtans is toegelaat dat waar 'n vennoot afwesig was, aksie deur of teen die oorblywende vennoot ingestel kon word.³⁸ In die Transvaal kon aksie in elk geval deur of teen sekere vennootskappe in naam van die vennootskap ingestel word.³⁹

Enige optimisme in dié verband was egter in werklikheid ongegrond. In *Lloyd v Horn*⁴⁰ word beslis dat a 5(5) uitgelê moet word op 'n wyse wat die wydste moontlike beskerming aan die krygsman verskaf. Ook word in *Nel v Naudé & Labuschagne*⁴¹ bevind dat die opskorting van siviele regs-middels wel op 'n vennoot wat aktiewe diens verrig van toepassing is. Alhoewel die hof van mening is dat die vennoot wat nie op aktiewe diens is nie nie op die beskerming geregtig is nie, voel die hof billikheidshalwe verplig om, in die lig van die noue verwickeldheid van die regte en verpligtinge van die vennote, ook aan dié vennoot 'n moratorium te verleen.

Voorts word die hof in *Matterson Bros v Rolfes Nebel & Co*⁴² versoek om te beslis of aksie teen 'n vennootskap ingestel kan word indien slegs een van die vennote op aktiewe diens is en die vennootskapsbesigheid soos voorheen deur die ander vennote voortgesit word. Die hof is van mening dat aangesien 'n vennootskap nie 'n regspersoon is nie enige aksie teen die vennootskap in der waarheid teen al die vennote, insluitend die vennote op aktiewe diens, ingestel word – wat in stryd is met die opskorting van siviele regsmiddels teen die vennoot op aktiewe diens. Die aksie kan nie slegs tot vonnis teen die vennootskapsbates beperk word nie, want ook hierin het die vennoot op aktiewe diens 'n belang. Enige vonnis teen die vennootskap gevel sal wel die vennoot op aktiewe diens raak. Indien slegs die vennote wat nie op aktiewe

nie van die beneficium excussionis afstand gedoen nie. Voet 46 1 18; Van Leeuwen *Censura Forensis* 4 45 10; *ibid Rooms-Hollands-Regt* 4 41 5; Brunneman *ad Cod* 1 19 2 5; Faber *ad Cod* 1 19 def 14; Rebuffus op cit gloss 1 42. Contra Perezius *ad Cod* 1 19 89; Huber op cit 5 43 1; *Utr Cons* 3 99.

³⁵Van der Keessel *Praelectiones* 3 21; Van der Linden *Koopmans Handboek* 4 1 13; Pothier *Societe* 6 2; *ibid Obligations* 2 3 8.

³⁶*Kidson v Campbell & Jooste* 2 Menz 279; *Simpson & Co v Fleck* 3 Menz 213 217; *Aurets Trustee v Pienaar* 1884 SC 40 41; *Pienaar v Ratray* 1895 SC 35; *Jacobson v Nitch* 1889 SC 174; *Tedder v Grieg* 1912 AD 86 91. Sien ook a 3 Wet 1 van 1865 (Natal) en a 3 Wet 44 van 1861 (Kaap).

³⁷*Haarhoff v Cape of Good Hope Bank* 4 HCG 304; *Meintjies & Co v Simpson Bros* 2 Menz 216; *Frontier Commercial Bank v Adams* 2 Roscoe 17; *Gubler v Peycke* 1903 TS 133; *Uys v Le Roux* 1906 TS 429; *McGregor v Broidie Bros* 18 CTR 379.

³⁸*Pienaar v Ratray* supra; *Frontier Commercial Bank v Adams* supra; *Stoltenhoffs Estate v Howard* 1907 SC 693; *Webb & Co v Hartogh* 1893 Hert 210; *Alcock v Du Preez* 1875 Buch 130; *Barker & Co v Blore* 1908 TS 1156.

³⁹a 8(1) Wet 36 van 1909 (Transvaal).

⁴⁰1915 CPD 136 137 per rp Juta: "If there were any question as to the exact meaning of the section I would say a very wide interpretation must be given to the words of the section."

⁴¹1915 CPD 124.

⁴²1915 WLD 33.

diens is nie aan die vonnis gebonde gehou word, het hul wel 'n regresreg teen die vennoot op aktiewe diens; dié regresreg kan egter eers later uitgeoefen word. Intussen word hierdie vennote moontlik wesenlik benadeel indien die vennootskapsbates nie ter bevrediging van die vonnis aangewend mag word nie. Indien die vennote wel later hul regresreg uitoeven teen die vennoot wat op aktiewe diens was, kan in die aksie moontlik 'n ander uitspraak gegee word as in die voorafgaande aksie deur die skuldeiser:

"It seems to me that everyone concerned would be involved in the most hopeless confusion if such a judgement could be given as would professedly operate against a partnership, without affecting the position of the partner on military service."⁴³

Daar word dus beslis dat alle siviele regsmiddels teen die vennootskap ook opgeskort is, dit wil sê ook teen die vennote nie op aktiewe diens nie ten opsigte van hul aanspreeklikheid vir vennootskapskulde. Die hof volstaan met 'n beroep op die wetgewer om die aangeleentheid in die reine te bring.⁴⁴

In *Barrett & Glynn v Davidson*⁴⁵ verkry die volbank van die Transvaalse provinsiale afdeling geleentheid om die aangeleentheid te oorweeg. Weer eens word tot dieselfde bevinding geraak:

"There can be no doubt that directly one admits that a partnership is not a legal persona, and that it is not a *persona legis* with respect to actions brought against it, then it follows as a necessary corollary that you cannot sue a partnership, because you are debarred from suing a partner."⁴⁶

In *Mennie v Lennard & Washington*⁴⁷ erken die vennoot op aktiewe diens dat hy by die gewapende magte aangesluit het bloot om die afdwinging van sy verpligtinge te vertraag. Nogtans weier die hof om òf die vennootskapsboedel òf die boedels van die vennoot op aktiewe diens en sy vennote te sekwestreer aangesien die boedel van die vennoot op aktiewe diens nie gesekwestreer mag word nie. Weer eens word 'n beroep op die wetgewer gedoen om in te gryp.

Die gevolg is dus dat selfs waar misbruik gemaak word van die beskerming deur die opskorting van siviele regsmiddels verleen, die skuldeiser van die vennootskap geheel en al remedieloos gelaat word. Die enigste moontlike uitweg vir die skuldeiser sou wees om die vennoot op aktiewe diens te oorreed om van die beskerming deur die opskorting van siviele regsmiddels verleen, afstand te doen, in welke geval aksie wel normaalweg ingestel en voortgesit sou kon word.⁴⁸

Die wetgewer het op hierdie uitsprake gereageer deur die invoering van die Openbare Welzijn en Moratorium Wet Wijzigingswet 1917.⁴⁹ Hier-

⁴³Op 35.

⁴⁴Alhoewel die hof nie kan insien hoe die gewensde effek bewerkstellig kan word nie ". . . short of prohibiting a partner of going on military service or depriving him of this protection" (35).

⁴⁵1916 TPD 42.

⁴⁶Op 44.

⁴⁷1916 WLD 8.

⁴⁸*Barrett & Glynn v Davidson* supra 43: ". . . there is no doubt that the Moratorium Act is . . . passed for the benefit of the individual. If the individual chooses to waive the right under the statute he is not prevented from doing so." Sien ook *Soutter v Soutter* 1915 WLD 10 en *Spencer v Spencer* 1918 NPD 134.

⁴⁹Wet 37 van 1917.

volgens⁵⁰ is die opskorting van siviele regs­middels nie van toepassing op enige “re­chts­geding van civiele aard” teen ’n vennootskap nie, indien enigeen van die vennote nie ten tye van die instel van aksie op aktiewe diens is nie.⁵¹ Die wetgewer het dus besluit om die krygsman in sy hoedanigheid as vennoot beskerming te ontnem ten aansien van vennootskapskulde eerder as om die beskerming van toepassing te laat bly op die vennote wat nie aktiewe diens doen nie. Alhoewel dit voorkom asof die wetgewer van een uiterste na die ander oorgegaan het, was dit nie heeltemal die geval nie aangesien aan die hof bevoegdheid verleen is om ’n aksie wat in sodanige omstandighede teen ’n vennootskap ingestel word in gepaste gevalle op te skort.⁵²

Voorts word aan die hooggeregshof bevoegdheid verleen om, indien dit op aansoek oortuig word dat van die opskorting van siviele regs­middels misbruik gemaak word of dat dit andersins reg en billik sou wees, die beskerming op te hef en aan die applikant ver­lof te verleen om met sy aksie voort te gaan.⁵³ Enige aldus ingestelde aksie kon egter weer eens deur die hof opgeskort word op die voorwaardes wat dit goeddink.⁵⁴ Hiermee het die wetgewer dan erken dat die aangeleentheid nie aan die hand van absolute bepalings bevredigend gereël kon word nie.

Uiteraard is bogemelde bespreking nie van toepassing op aksies *deur* die vennootskap ingestel nie aangesien die opskorting van siviele regs­middels alleen betrekking het op aksies *teen* ’n lid van die verdedigingsmag.⁵⁵

Die tweede wêreldoorlog

Na die uitbreek van die tweede wêreldoorlog word bogemelde bepalings⁵⁶ weer eens in die lewe geroep deur die Verdedigings Spesiale Pensioen en Moratoriumwet 1940⁵⁷ om voorsiening te maak vir die beskerming van lede van die verdedigingsmag.

Die howe word dus geleentheid gegun om hul uit te laat oor die uitwerking van die reedsvermelde wysigings wat in 1917 deur die wetgewer ingevoer is.⁵⁸

In *Partridge v Harrison & Harrison*⁵⁹ oorweeg die hof die uitwerking van a 5(5)(b)(i)⁶⁰ op die regsposisie van die vennoot op militêre diens. Die

⁵⁰Alhoewel Wet 37 van 1917 uitgebreide wysigings teweeggebring het, word slegs aandag geskenk aan dié wat pertinent die regsposisie van die vennootskap raak.

⁵¹a 5(5)(b)(i) ingevoeg deur a 3 Wet 37 van 1917.

⁵²ibid a 5(5)(h).

⁵³ibid a 5(5)(f) waarin misbruik soos volg aangetoon word: Indien ’n lid van die Verdedigingsmag:

(i) op aktiewe diens vertrek het bloot om betaling van sy skulde te ontduik;

(ii) ’n bedryf of besigheid voortsit sonder om sy skuldeisers te betaal;

(iii) sy bates van die hand sit tot nadeel van sy skuldeisers.

⁵⁴Sien die voorbehoudsbepaling in a 5(5)(f).

⁵⁵*Willenberg v Beyers* 1921 CPD 604.

⁵⁶Dws a 5(5)–(8) en (10) van die Openbare Welzijn en Moratorium Wetten 1914–1919.

⁵⁷Sien a 8 van Wet 29 van 1940. Die wet het ook lang­dradige bepalings t o v huurkoopkontrakte ingevoer. Aangesien die bepalings later deur ’n meer bondige reëling vervang is, word nie verder daarop ingegaan nie.

⁵⁸Deur Wet 37 van 1917.

⁵⁹1940 WLD 265.

⁶⁰van die Openbare Welzijn en Moratorium Wetten 1914–1919 waarvolgens die opskor-

hof bevind dat die wetgewer slegs die vennoot op militêre diens beskerming wou ontnem ten opsigte van sy belang in die vennootskapsbates, maar dat dit duidelik die bedoeling van die wetgewer was om nog steeds beskerming te verleen aan die afsonderlike boedel van hierdie vennoot. Alhoewel die hof, ingevolge a 13 van die Insolvensiewet 1936,⁶¹ die boedel van elke lid van die vennootskap gelyktydig met die boedel van die vennootskap moet sekwestreer, is die hof slegs bereid om, in die lig van die uitleg aan a 5(5)(b)(i) geheg, die boedels van die vennootskap en die nie-diensdoende vennoot te sekwestreer maar nie dié van die vennoot op militêre diens nie. Hierdie beslissing is sonder uitsondering nagevolg deur daaropvolgende uitsprake.⁶²

Die gevolg is dus dat die afsonderlike boedel van die vennoot op militêre diens geensins deur die voorskrifte van a 5(5)(b)(i) geraak word nie; die opskorting van siviele regsmiddels bly steeds daarop van toepassing, of al sy vennote diens doen ten tye van instel van aksie al dan nie.⁶³

Daarbenewens is dit duidelik dat a 5(5)(b)(i) slegs betrekking het op aksies of gedinge deur skuldeisers van die vennootskap. Die artikel is nie van toepassing op aksies tussen vennote nie en nog minder op aksies deur die afsonderlike skuldeisers van die vennoot op militêre diens.⁶⁴

'n Ander benadering as dié by verpligte sekwestrasie is egter deur ons howe ten opsigte van boedeloorgawe ingeneem.

In *Ex parte Commercial Hotel*⁶⁵ word die hof versoek om die oorgawe van die vennootskapsboedel en die boedel van slegs een van die vennote te aanvaar. Die vennoot op militêre diens was slegs bereid om toe te stem tot oorgawe van die vennootskapsboedel op voorwaarde dat sy afsonderlike boedel steeds deur die Verdedigings Spesiale Pensioen en Moratoriumwet 1940 beskerm sou word en derhalwe nie tesame met die vennootskapsboedel gesekwestreer sou word nie. Die hof toon aan dat daar 'n duidelike verskil tussen sekwestrasie en boedeloorgawe bestaan:

"In the latter case the parties are asking the court a favour. Therefore there could not be a condition attached to the partner's consent to surrender."⁶⁶

Derhalwe weier die hof om die boedeloorgawe te aanvaar tensy die vennoot op militêre diens sy ongekwalifiseerde toestemming tot oorgawe van sowel die vennootskapsboedel as sy afsonderlike boedel verleen.

ting van siviele regsmiddels nie van toepassing is op 'n aksie teen 'n vennootskap nie, indien alle vennote nie ten tye van die instel van die aksie militêre diens doen nie.

⁶¹Wet 24 van 1936.

⁶²*SA Mercantile Co Ltd v Marlborough Boot & Shoe Manufacturing Co* 1940 2 PH C79 (CPD) (ook gerapporteer as *SA Mercantile Co Ltd v Labovitz* 1940 CPD 581); *Dunlop SA Ltd v Olivier* 1942 OPD 146 (ook gerapporteer as *Dunlop SA Ltd v Unie Garage* 1942 1 PH C16 (OPD)).

⁶³*Partridge v Harrison & Harrison* supra 268: "I do not think, therefore, that the private estate is affected by section 5(5)(b)(i)." Sien ook *Dunlop v Olivier* supra 148: "... the moratorium still exempts them from execution."

⁶⁴*Goodman v Lunn* 1947 1 SA 445 (K).

⁶⁵1940 2 PH C94 (CPD).

⁶⁶*ibid.* Sien *Ex parte Bleach* 1941 CPD 51 52: "An application for surrender of an estate is a favour granted to the debtor by the court in terms of the law and I am not prepared to grant that favour unless there is an unconditional and out and out request from both partners for the surrender of the estate."

In 'n hele reeks uitsprake word die beginsel herbevestig dat van die beskerming deur die opskorting van siviele regs middels verleen afstand gedoen kan word.⁶⁷ Blykbaar sal die afstanddoening alleen as geldig en voldoende aanvaar word indien die hof oortuig is dat die verweerder ten volle ingelig is oor die beskerming wat deur die Verdedigings Spesiale Pensioen en Moratoriumwet 1940 aan hom verleen word, dit verstaan en desnieteenstaande daarvan afstand gedoen het.⁶⁸

Indien 'n lid van die verdedigingsmag deserter, verbeur hy onmiddellik alle beskerming waarop hy andersins ingevolge die Verdedigings Spesiale Pensioen en Moratoriumwet 1940 geregtig sou wees.⁶⁹ Toegepas op 'n vennootskap beteken dit dat indien altwee vennote gelyktydig militêre diens verrig, aksie onmiddellik teen die vennootskap ingestel kan word sodra enigen van die vennote uit die verdedigingsmag deserter.⁷⁰

Ook a 5(5)(f)⁷¹ het nie die aandag van die howe ontglip nie. In *Prosser v De Lange*⁷² beslis die hof dat a 5(5)(f) ook op vennootskappe van toepassing is. Alhoewel alle vennote op militêre diens was maar misbruik gemaak het van die beskerming deur die opskorting van siviele regs middels aan hulle verleen deur die bates van die vennootskap tot nadeel van die skuldeisers van die vennootskap te vervreem, het die hof aan die applikant verlot verleen om voort te gaan met sy aansoek om sekwestrasie van die vennootskaps-boedel en die boedels van die vennote op militêre diens.

Ook hoef 'n lid van die verdedigingsmag ingevolge *Ex parte A David & Co*⁷³ nie persoonlik sy besigheid voort te sit alvorens die hof hom ingevolge a 5(5)(f) beskerming sal ontnem nie. Waar hy deur middel van 'n verteenwoordiger of bestuurder sy besigheid voortgesit het sonder om sy skuldeisers te betaal, het die hof hom beskerming ontnem. Toegepas op 'n vennootskap is die gevolg dus dat waar alle vennote diens doen en die besigheid van die vennootskap deur middel van 'n bestuurder of verteenwoordiger voortgesit word sonder om die skuldeisers van die vennootskap te betaal, die hof op aansoek verlot sal verleen dat aksie ingestel⁷⁴ en voortgesit word teen die vennootskap en derhalwe teen al die vennote op militêre diens.

⁶⁷*Van Rooyen v Van Rooyan* 1940 WLD 135; *Classen v Classen* 1940 EDL 295; *Binedell v Binedell* 1940 2 PH B54 (CPD); *Thompson v Thompson* 1940 2 PH B70 (WLD); *Gouws v Everson* 1940 2 PH C70 (WLD); *Pottas v Pottas* 1941 1 PH B20 (OPD); *Munich & Munich v Estate Munich* 1942 1 PH F120 (EDL); *Williams v Swanepoel* 1941 2 PH M32 (OPD); *Johnson v Johnson* 1942 1 PH B48 (WLD); *Coleby-Husk v Coleby-Husk* 1940 2 PH B43 (WLD); *Malherbe v Botha* 1943 OPD 314; *Tasker v Tasker* 1945 2 PH B56 (WLD).

⁶⁸*Pottas v Pottas* supra.

⁶⁹*Glintenkamp v Glintenkamp* 1943 CPD 367; *Ex parte Smith* 1942 1 PH F17 (CPD); *Vosloo v Vosloo* 1945 1 PH F38 (EDL).

⁷⁰Aangesien geen lid van die vennootskap op daardie stadium besig is met die verrigting van militêre diens nie.

⁷¹van die Openbare Welzijn en Moratorium Wetten 1914-1919 wat aan die hooggeregshof die bevoegdheid gee om die verleende beskerming in sekere gevalle op te hefsien noot 53 bo.

⁷²1941 1 PH K6 (WLD).

⁷³1941 GWL 23; sien verder *Vacuum Oil of SA Ltd v Green* 1941 OPD 36; *Botha v De Villiers* 1943 1 PH K6 (CPD); *SA Permanent Mutual & Building Society v Brown* 1943 1 PH K21 (CPD).

⁷⁴of aansoek gedoen word - sien *Ex parte Winter* 1941 2 PH B49 (WLD); *Woodhouse v Horne* 1941 NPD 68.

Alhoewel in geen uitspraak oorweeg is wanneer die hof dit ingeolge a 5(5)(f) reg en billik sal ag om 'n applikant toe te laat om aksie in te stel en voort te sit teen 'n vennootskap indien al die lede daarvan militêre diens verrig nie, kan die volgende oorwegings aan die hand van die interpretasie van die artikel deur talle uitsprake, wel as leidraad geneem word. Die hof sal dit as reg en billik beskou om sodanige verlof te verleen indien die weiering van sodanige verlof ernstige ontbering vir die applikant tot gevolg sal hê en op 'n growwe miskenning van die regte van die applikant sal neerkom,⁷⁵ of indien die applikant onherroeplik daardeur benadeel sal word.⁷⁶ Die hof sal sodanige verlof geredelik verleen indien die voorgestelde aksie noodwendig volg op 'n aksie deur die vennootskap ingestel;⁷⁷ of waar dit duidelik is dat die respondent as gevolg van inkomste uit ander bronne wel finansiëel in staat is om sy skulde te betaal en geen rede hoegenaamd bestaan waarom hy dit nie kan doen nie;⁷⁸ of waar dit duidelik is dat die respondent van die beskerming misbruik maak om die applikant 'n wettige remedie te ontsê en voorheen alles in sy vermoë gedoen het om die instelling van die aksie te vertraag.⁷⁹

Die bewyslas rus op die applikant om aan te toon dat 'n prima facie-skuldoorsaak bestaan en dat misbruik van die beskerming plaasgevind het of dat dit reg en billik sal wees om hom verlof te verleen om sy aksie voort te sit.⁸⁰ Die hof behoort egter steeds die redes vir die verlening van die moratorium deur die wetgewer in gedagte te hou en die aangevraagde verlof dus nie ligtelik te verleen nie.⁸¹

Ook word weer eens bevestig dat die opskorting van siviele regsmiddels en die uitsonderings daarop, slegs van toepassing is op aksies *teen* die vennootskap en nie aksies *deur* die vennootskap nie.⁸²

Die 1960-noodtoestand

Die vermelde bepaling⁸³ van die Openbare Welzijn en Moratorium Wetten 1914–1919 is deur die Moratoriumwet 1960⁸⁴ aangewend om be-

⁷⁵*Schonfeldt v Schonfeldt* 1946 WLD 44 45: "It cannot be just and equitable for an applicant to proceed unless there are reasons produced which show that if the action is not allowed pending the conclusion of the moratorium period, serious hardship would result to the applicant, in other words that to allow the ordinary period to prevail would amount to a denial of justice to the plaintiff." Sien ook *Atkinson v Atkinson* 1944 WLD 41.

⁷⁶*Ex parte Leach* 1943 2 PH K108 (WLD); *Bane v Howells* 1945 CPD 131.

⁷⁷*Russell v Russell* supra.

⁷⁸*SA Permanent & Building Society v Brown* supra; *Mossel Bay Municipality v Miller* 1943 1 PH K45 (CPD); *Botha v De Villiers* supra.

⁷⁹*De Villiers v De Villiers* 1942 1 PH B32 (WLD); *Atkinson v Atkinson* 1944 1 PH B10 (WLD); *Ravenscroft v Ravenscroft* 1946 2 PH F92 (CPD).

⁸⁰*O'Reilly v Purcocks & Purcocks* 1943 WLD 135; *Malberbe v Botha* 1943 OPD 214; *Kruger v Kruger* 1944 WLD 41; *Coomber v Coomber* 1945 CPD 155; *Russell v Russell* supra.

⁸¹*Russell v Russell* supra; *O'Reilly v Purcocks & Purcocks* supra; *Wilson v Meldau* 1943 CPD 498.

⁸²*Munich & Munich v Estate Munich* 1941 1 PH F120 (EDL).

^{83a} 5(5)–(8) en (10).

⁸⁴Wet 57 van 1960.

skerming te verleen aan lede van die Suid-Afrikaanse weermag wat opgeroep en gemobiliseer is ingevolge a 92 van die Verdedigingswet 1957⁸⁵ tydens die noodtoestand in 1960.⁸⁶

Verlengde militêre diensplig

Die Moratoriumwet 1962⁸⁷ is op die wetboek geplaas om beskerming te verleen aan lotelinge wat verpligte militêre diens in die burgermag verrig.⁸⁸ Aangesien militêre diensplig tot 'n tydperk van nege maande verleng is, is gevoel dat aan die lotelinge billikheidshalwe beskerming verleen moes word.⁸⁹ Derhalwe is weer eens op die vermelde bepalings⁹⁰ van die Openbare Welzijn en Moratorium Wetten 1914–1919 gesteun om die gewensde beskerming te bewerkstellig.

Konsolidasie

Die Moratoriumwet 1963⁹¹ is daargestel ter konsolidering van bestaande wetgewing wat in vredes- sowel as oorlogstyd aanwending kon vind. Dié wet het die tradisionele bepalings⁹² van die Openbare Welzijn en Moratorium Wetten 1914–1919 bykans woordeliks oorgeneem. Die opskorting van siviele regsmiddels is egter beperk tot dié wat voortspruit uit kontraktuele skulde deur die dienspligtige aangegaan.⁹³ Aksies voortspruitend uit enige ander skuldoorsaak word derhalwe nie meer deur die opskorting van siviele regsmiddels in die weg gestaan nie.⁹⁴ 'n Nuwe reëling is ten opsigte van huurkoopkontrakte ingevoer waarop onder verder ingegaan word.⁹⁵

Die Moratoriumwet 1963 is telkens gewysig⁹⁶ om dit te laat tred hou met wysigings aan die Verdedigingswet 1957. Die mees ingrypende veranderings het egter in 1977 plaasgevind toe meer as die helfte van die artikels 'n wysiging ondergaan het.⁹⁷

Alvorens tot 'n bespreking van die huidige regsposisie oorgegaan word, word kortliks gelet op verwickelinge in die vennootskapsreg sedert die invoering van die eerste Moratoriumwet.

Geen ingrypende ontwikkelings wat vir hierdie bespreking relevant is,⁹⁸ het intussen op die gebied van die vennootskapsreg plaasgevind nie. Alhoewel aksie nou deur of teen 'n vennootskap in naam van die vennootskap

⁸⁵Wet 44 van 1957.

⁸⁶Sien a 1(i) en 1(2)(c)–(f) van die Moratoriumwet 1960.

⁸⁷Wet 53 van 1962.

⁸⁸a 1(1) Moratoriumwet 1962.

⁸⁹Sien Henning op cit 103.

⁹⁰a 5(5)–(8) en (10).

⁹¹Wet 25 van 1963.

⁹²Te wete a 5(5)(a) (b) en (f).

⁹³Vgl die oorspronklike a 2(1).

⁹⁴Sien Henning op cit 104; Fouche loc cit.

⁹⁵Vgl die oorspronklike a 2(2)(c) en sien "Die huidige regsposisie" onder.

⁹⁶Deur a 1 Wet 4 van 1969; a 3 Wet 26 van 1973; a 10 Wet 1 van 1976. Sien verder Henning op cit 114.

⁹⁷Deur die Moratoriumwysigingswet 27 van 1977 toe a 1 2 3 4 en die lang titel gewysig is.

⁹⁸Op statutêre gebied is die Special Partnerships Limited Liability Act (Wet 24 van 1861 (Kaap) en Wet 1 van 1865 (Natal)) wel deur die Hersieningswet op Voor-Uniewette 36 van 1976 herroep.

ingestel kan word,⁹⁹ het die vennootskap nie tot 'n regs persoon ontwikkel nie.¹⁰⁰ Inteendeel, waar ons howe voorheen bereid was om 'n vennootskap as 'n "quasi persona" te bestempel,¹⁰¹ word tans beklemtoon dat 'n vennootskap op sigself regtens geen bestaan apart van die vennote het nie.¹⁰² Alvorens 'n vonnis teen 'n vennootskap gevel teen die afsonderlike boedels van die vennote ten uitvoer gelê kan word, moet die vennootskapsbates, in sowel die landdroshof as die hooggeregshof, eers uitgewin word.¹⁰³ Aan die ander kant kan na ontbinding van die vennootskap, selfs indien daar nog vennootskapsbates bestaan, enigeen van die vennote in solidum aanspreeklik gehou word vir vennootskapskulde.¹⁰⁴ Ook is beslis dat vennote hul op so 'n wyse teenoor 'n skuldeiser van die vennootskap kan verbind dat elke individuele vennoot, selfs terwyl die vennootskap nog bestaan,¹⁰⁵ in solidum vir die betaling van die vennootskapskulde aanspreeklik gehou kan word.

DIE HUIDIGE REGSPOSISIE

Inleiding

Met die invoering van die Moratoriumwysigingswet 1977¹⁰⁶ is die Moratoriumwet 1963¹⁰⁷ (die "wet") ingrypend gewysig om meer omvattende beskerming te verleen aan lede van die burgermag en kommando's¹⁰⁸ wat verpligte militêre diens verrig.¹⁰⁹

⁹⁹Sien reël 14 van die Eenvormige Hofreëls en reël 54 van die Landdroshowereëls. In die landdroshof was dit in elk geval geen nuwe ontwikkeling nie – sien reël 6(1) van Order VII Wet 32 van 1917. Die reëls is in elk geval slegs veroorlowend en nie gebiedend nie, sien De Villiers op cit 146.

¹⁰⁰In effek word aksie nog steeds teen al die vennote gesamentlik ingestel al geskied dit slegs in naam van die vennootskap – *Vrystaatse Lewendebawe Ko-operasie Bpk v Van Jaarsveld* supra; *Standard Bank of SA v Lombard* 1977 2 SA 808 (W) 813.

¹⁰¹*Potchefstroom Dairies v Standard Milk Supply Co* 1913 TPD 506 512.

¹⁰²*Muller v Pienaar* 1968 3 SA 195 (A) 202. Nogtans meen De Wet en Yeats op cit 572 dat ons hier in die middel van regsontwikkeling staan wat neig om ook regs persoonlikheid aan vennootskappe te verleen!

¹⁰³Reël 14(5)(h) van die Eenvormige Hofreëls en reël 40(3) van die Landdroshowereëls. Sien *Standard Bank v Lombard* supra 813; *Muller v Pienaar* supra 203.

¹⁰⁴*Lee v Maraisdrift (Edms) Bpk* 1976 2 SA 536 (A) wat die beskouing in *Du Toit v African Dairies Ltd* 1922 TPD 245 verwerp het. Sien ook *Bester v Van Niekerk* 1960 2 SA 779 (A).

¹⁰⁵*Standard Bank v Lombard* supra op 813 per regter Botha: "I can see no reason in principle why partners should not bind themselves to a partnership creditor in such a way that each partner is individually liable *in solidum* to the creditor for payment of the whole of the partnership debts, even during subsistence of the partnership. This I conceive was plainly the object sought to be achieved by means of the documents in question . . . I can see no reason why the documents should not be valid and operative as such . . ."

¹⁰⁶Wet 27 van 1977.

¹⁰⁷Wet 25 van 1963.

¹⁰⁸En ook aan die persone wat ingevolge hoofstuk VIII van die Verdedigingswet aan die SA Polisie toegewys is vir diens. Aangesien sodanige toepassings in die praktyk blykbaar nie meer geskied nie word die aangeleentheid daargelaat.

¹⁰⁹Sien die woordomskeywing van "diens" in a. 1. Ingevolge a 6 kan die staatspresident by proklamasie in die staatskoerant die wet van toepassing maak op alle lede van die weermag en persone wat vir diens ingevolge hoofstuk X van die Verdedigingswet 1957 opgeroep word, dws in oorlogstyd, onluste of ander noodtoestand. Geen sodanige proklamasie is tot op datum uitgevaardig nie. Vir 'n uiteensetting van die lede van die weermag op wie die wet tans van toepassing is, sien Henning op cit 114–116 waaruit blyk dat nie alle persone wat verpligte militêre diens verrig noodwendig beskerming geniet nie.

'n Nuwe moratorium, te wete die opskorting van die verpligting om kontraktuele skulde te betaal, is bygevoeg¹¹⁰ terwyl die tradisionele opskorting van siviele regs middels in wese behou is.¹¹¹ Die wet maak derhalwe voorsiening vir 'n tweeledige moratorium.

Die eerste moratorium word deur a 2(1)(a) verleen. Hiervolgens word die verpligting van 'n dienspligtige wat militêre diens verrig om kontraktuele skulde te betaal wat deur hom aangegaan is en wat betaalbaar word *terwyl* hy diens doen, opgeskort vir 'n tydperk wat gelykstaan aan die tydperk waartydens hy diens doen plus een maand.

Alhoewel daar uitsonderings op hierdie moratorium geskep is, het geeneen uitsluitlik betrekking op vennootskappe nie.¹¹² Die belangrikste uitsondering waarin die toets vir die toepassing van die moratorium gestel word, het betrekking op *werknemers* wat finansiël benadeel word deur die verrigting van verpligte militêre diens.¹¹³ Aangesien 'n vennoot in werklikheid nie 'n werknemer van die vennootskap is nie kan hierdie uitsondering buite rekening gelaat word. Die enigste uitsondering wat in dié verband van praktiese belang is, is dié rakende huurkoopkontrakte waaraan onder besonderlik aandag geskenk word.¹¹⁴

Die hooggeregshof behou steeds sy bevoegdheid om in die geval van misbruik of omdat dit as reg en billik geag word dié moratorium op te hef en ook om enige aksie op te skort wat dienooreenkomstig ingestel word.¹¹⁵

Die doel van a 2(1)(a) is om die dienspligtige, sover dit sy kontraktuele skulde betref, na voltooiing van 'n verpligte diensperiode plus een maand in presies dieselfde finansiële posisie te plaas as wat hy onmiddellik vóór die aanvang daarvan was.¹¹⁶ Aangesien die moratorium nie skulde betrek wat na diensvoltooiing betaalbaar word nie word die gewenste effek nie altyd bereik nie.¹¹⁷

Die uitwerking van hierdie moratorium is dat die verpligting om te presteer telkens uitgestel word vir 'n periode wat gelykstaan aan die van die diensperiode plus een maand. Die opeisbaarheid¹¹⁸ van die prestasie word

¹¹⁰a 2(1)(a).

¹¹¹a 2(1)(b).

¹¹²a 2(2)(a) en a 2(2)(b)(i)-(iv).

¹¹³a 2(2)(a).

¹¹⁴a 2(2)(b)(iv). Sien "Huurkoopkontrakte" onder. Die ander uitsonderings is: a 2(2)(b)(i) - huurgelde van 'n woonhuis, kamer of woning; a 2(2)(b)(ii) - die prys van werklike lewensbenodighede; a 2(2)(b)(iii) - 'n bedrag verskuldig tov losies of inwoning. Aan dié uitsonderings word aandag geskenk in "Aksies deur die private skuldeisers van die vennoot" onder.

¹¹⁵a 2(3).

¹¹⁶Sien Henning JJ "Die Moratoriumwysigingswetsontwerp" 1977 *De Rebus Procuratorii* 139.

¹¹⁷Gestel die dienspligtige moet ingevolge 'n huurkoopkontrak die eerste paaieiment op 2/5/1977 betaal en die laaste op 2/4/1978. Die dienspligtige word opgeroep en verrig diens vanaf 1/5/1977-31/7/1977. Die paaieimente van 2/5, 2/6 en 2/7/1977 hoef nou eers op 2/9, 2/10 en 2/11/1977 betaal te word. Die paaieimente van 2/8/1977-2/4/1978 bly normaalweg betaalbaar. Op 2/9, 2/10 en 2/11/1977 sal die dienspligtige dus 'n dubbele paaieiment moet betaal - die normale en die uitgestelde paaieiment.

¹¹⁸Hier in dieselfde betekenis gebruik as in noot 32 bo.

dus weer eens op die lange baan geplaas tot en met die aanbreek van die nuwe prestasiedatum, aangesien enige aksie voor daardie tyd ingestel ontsenu kan word deur 'n eksepsie¹¹⁹ dat dit voorbarig is.¹²⁰

Die tweede moratorium word voorsien deur a 2(1)(b) wat bepaal dat alle siviele regs middels hoegenaamd teen enige dienspligtige wat diens doen, opgeskort word ten opsigte van kontraktuele skulde deur hom aangegaan vir die hele tydperk waartydens hy diens doen. Die bepaling is in wese 'n oornam van die tradisionele moratorium behalwe dat dit beperk word tot kontraktuele skulde en dat die drie maande-tydperk na diensvoltooiing verval.¹²¹

Die tradisionele reëling ten opsigte van vennootskappe¹²² en die bevoegdhede van die hooggeregshof¹²³ is hier behou.

Die twee moratoria oorvleuel in 'n mate. Artikel 2(1)(a) is van toepassing op kontraktuele skulde voor of tydens diensverrigting aangegaan wat *tydens* diensverrigting betaalbaar word. Artikel 2(1)(b) vind aanwending ten opsigte van kontraktuele skulde voor of tydens diensverrigting aangegaan en wat *voor* of *tydens* diensverrigting betaalbaar word.¹²⁴ Artikel 2(1)(b) het dus in die opsig 'n wyer aanwendingsgebied as a 2(1)(a).

Die basiese verskil¹²⁵ tussen die moratoria is veral treffend by paaientooreenkomste. In die geval van a 2(1)(a) word die betaaldatum van elke paaient wat betaalbaar word tydens diensverrigting telkens uitgestel met 'n periode wat gelykstaan aan die van die diensperiode plus een maand. In die geval van a 2(1)(b) word die betaaldatum van elke paaient uitgestel tot die dag onmiddellik volgend op die laaste dag van diensverrigting. In die geval van a 2(1)(a) loop paaientente dus nie op en raak alle "agterstallige" paaientente nie onmiddellik na diensvoltooiing opeisbaar soos in die geval van a 2(1)(b) nie.¹²⁶

Sover dit die vennootskapsreg betref, is die belangrikste verskil egter dat by a 2(1)(b) wel spesiale reëlings vir vennootskappe getref word¹²⁷ maar dat ten opsigte van a 2(1)(a) geen bepalings in die verband bestaan nie.

¹¹⁹Dws 'n dilatore eksepsie of spesiale pleit na gelang van die geval, sien Huber op cit 5 20 25; Isaacs I *Beck's Theory and Principles of Pleading in Civil Actions* (1973) 10.

¹²⁰Indien die dag vir prestasie nog nie aangebreek het nie kan die skuld tog nie opeisbaar wees nie, en indien die prestasie nog nie opeisbaar is nie is enige aksie voor die dag van prestasie aanbreek voorbarig. Die dienspligtige pleeg dus nie kontraktbreuk indien hy nie presteer voor die uitgestelde dag vir prestasie aanbreek nie, sien Steyn op cit 40-41; De Wet en Yeats op cit 111; Wessels loc cit en vgl *Hammer v Klein* 1951 2 SA 101 (A).

^{121a} 5(5)(a) van die Openbare Welzijn en Moratoriumwetten 1914-1919.

^{122a} 2(2)(c)(i).

^{123a} 2(3).

¹²⁴Sien Henning "Die Moratoriumwet, 1963" 1976 *Tydskrif vir Regswetenskap* 108 en ibid "Die Moratoriumwysigingswetsontwerp" 1977 *De Rebus Procuratoriis* 140.

¹²⁵Regsteoreties kan die aangeleentheid soos volg benader word:

By a 2(1)(b) word die reg om aksie in te stel opgeskort daarom is die skuld nie opeisbaar nie en daarom kan die verpligting om te betaal nie afdwing word nie. By a 2(1)(a) word die verpligting om te betaal opgeskort daarom is die skuld nie opeisbaar nie en word die reg om aksie in te stel, opgeskort.

¹²⁶Sien Henning "Moratoriumwysigingswetsontwerp" 139.

¹²⁷Sien a 2(2)(c)(i).

Die eerste vraag is dus of a 2(1)(a) ook op die dienspligtige van toepassing is in sy hoedanigheid as vennoot—dieselfde vraag as wat by die invoering van die Openbare Welzijn en Moratorium Wet 1914 beantwoord moes word.¹²⁸ As in aanmerking geneem word dat a 2(1)(a) ingevoer is om 'n meer uitgebreide beskerming aan dienspligtiges te verleen in die lig van besware dat die destyds bestaande finansiële verligting onvoldoende was,¹²⁹ is dit duidelik dat uitsprake soos *Lloyd v Horn*¹³⁰ en *Nel v Naudé & Labuschagne*¹³¹ nog steeds relevant bly by die interpretasie van dié artikel.¹³² Indien verder in aanmerking geneem word dat die wetgewer kennis moes gedra het van hierdie beslissings,¹³³ en dat sowel a 2(1)(a) as a 2(1)(b) verwys na “kontraktuele skulde deur 'n burger aangegaan” en dus geen rede vir differensiasie tussen die twee artikels in die verband bestaan nie,¹³⁴ asook dat die wetgewer vennootskappe nie uitdruklik buite die aanwendingsgebied van a 2(1)(a) laat val nie, is die gevolgtrekking dat a 2(1)(a) wel van toepassing is op die dienspligtige in sy hoedanigheid as lid van 'n vennootskap. Indien al die lede van die vennootskap dus gelyktydig verpligte militêre diens verrig, word hul verpligting om kontraktuele skulde van die vennootskap te betaal—wat betaalbaar word terwyl hul diens verrig—opgeskort ingevolge a 2(1)(a).

Is die vennootskap en derhalwe die vennote wat nie militêre diens verrig nie geregtig op die beskerming deur a 2(1)(a) verleen indien slegs een van die lede daarvan verpligte diens verrig? Afgaande op bogemelde argument bly beslissings soos *Matterson Bros v Rolfes, Nebel & Co*,¹³⁵ *Mennie v Lennard & Washington*¹³⁶ en *Barrett & Glynn v Davidson*¹³⁷ steeds hier relevant. Afgaande op hierdie beslissings is die gevolgtrekking dus weer eens dat selfs in dié geval die vennootskap, en derhalwe ook die nie-diensdoende vennote, steeds geregtig bly op die moratorium deur a 2(1)(a) verleen.¹³⁸

Indien dié benadering as korrek aanvaar word, wil dit met die eerste oogopslag voorkom asof daar 'n teenstrydigheid in die bepalinge van die wet is. Gestel die koopprys van 'n sekere merx deur die vennootskap aangekoop, is op 2 Mei betaalbaar. Albei vennote word opgeroep en verrig militêre diens vanaf 1 April tot 30 Junie. Ingevolge a 2(1)(a) hoef die koopprys nou eers op 2 September deur die vennootskap betaal te word.¹³⁹ Volgens

¹²⁸Hiermee skyn die kringloop dan ook voltooi te wees, sien “Geschiedkundige oorsig” bo.

¹²⁹Henning “Moratoriumwysigingswetsontwerp” 139; *ibid* “Moratoriumwet, 1963” 107.

¹³⁰1915 CPD 136, te wete dat die bepalinge so geïnterpreteer moet word dat dit die wydste moontlike beskerming aan die dienspligtige verleen.

¹³¹1915 CPD 124, te wete dat die moratorium ook op die dienspligtige in sy hoedanigheid as vennoot van toepassing is.

¹³²Sien bo onder “Geschiedkundige oorsig”.

¹³³Sien Steyn LC *Die Uitleg van Wette* (3e uitg 1963) 96.

¹³⁴En a 2(1)(b) is wel van toepassing op die dienspligtige in sy hoedanigheid as vennoot.

¹³⁵1915 WLD 33.

¹³⁶1916 WLD 8.

¹³⁷1916 TPD 42.

¹³⁸Sien bo onder “Geschiedkundige oorsig”.

¹³⁹Aangesien die betaaldag uitgestel word met 4 (3+1) maande.

a 2(2)(c)(i)¹⁴⁰ wil dit voorkom asof aksie egter reeds op 1 Julie teen die vennootskap ingestel kan word indien die koopprys dan nog nie betaal is nie aangesien geeneen van die vennote op daardie datum diens verrig nie. Indien slegs een van die vennote gedurende die vermelde tydperk diens verrig, wil dit voorkom asof die posisie nog meer teenstrydig is. Volgens a 2(2)(c)(i) wil dit voorkom asof aksie dan reeds op 3 Mei teen die vennootskap by wanbetaling van die koopprys ingestel kan word terwyl ingevolge a 2(1)(a) die koopprys eers op 2 September betaalbaar is.

Word egter in gedagte gehou dat a 2(2)(c)(i) slegs 'n uitsondering op a 2(1)(b) is en dat a 2(1)(b) 'n wyer toepassing het as a 2(1)(a), is die oplossing voor-die-hand-liggend. Die enigste gangbare interpretasie is dat a 2(1)(a) aanwending vind waar 'n vennootskapskuld betaalbaar¹⁴¹ word *terwyl* enige of al die vennote militêre diens verrig, terwyl a 2(2)(c)(i) geld indien die skuld betaalbaar word *alvorens* enigeen van die vennote begin diens doen het maar aksie eers ingestel word terwyl een of enige van of al die vennote diens doen. Indien die skuld betaalbaar word *na* diensvoltooiing geld nóg a 2(1)(a) nóg a 2(1)(b). In die opsig is daar dus geen teenstrydigheid nie.

Uiteensetting

In die lig van die voorafgaande kan die regsposisie van die vennoot op militêre diens en sy vennote soos volg saamgevat word:

AKSIES DEUR SKULDEISERS VAN DIE VENNOOTSKAP

(a) *Indien die vennootskapskuld betaalbaar word terwyl een of meer van of al die vennote militêre diens verrig*

Indien die vennootskapskuld betaalbaar word terwyl slegs een van die vennote militêre diens verrig, word die verpligting om die vennootskapskuld

¹⁴⁰wat bepaal dat die opskorting van siviele regsmiddels nie aanwending vind op "n aksie of enige ander regsgeeding van siviele aard teen enige vennootskap nie, indien 'n lid van sodanige vennootskap nie ten tye van die instelling van sodanige aksie of geding diens doen nie".

¹⁴¹Die vraag is of a 2(1)(a) en (b) slegs beperk moet word tot die betaling van 'n geldsom en of dit ook van toepassing is op die lewering van enige prestasie ingevolge 'n kontrak. Aangesien die bepalings op so 'n wyse uitgelê moet word dat dit die dienspligtige soveel as moontlik beskerm en aangesien a 2(1)(b) 'n beperking plaas op vroeëre verleende beskerming, kan moontlik aangevoer word dat ook die lewering van enige prestasie ingevolge 'n kontrak hierby inbegrepe is. Daar is wel hofuitsprake wat so 'n uitleg van die woorde "debt" en "pay" ondersteun – sien *Leviton & Son v De Klerk's Trustee* 1914 CPD 685; *Government GM Areas Sick Benefit Society v Van Rensburg* 1921 TPD 176 178; en sien Henning "Die Moratoriumwet, 1963" 108 en Nienaber GS "Die Moratoriumwet" 1976 *De Rebus Procuratoriis* 493 noot 15. Aan die ander kant is daar ook gesag dat die woorde "skuld", "betaal", "debt" en "pay" slegs betrekking het op 'n geldsom – sien Krizinger MSB Labuschagne FJ en Pienaar P de V *Verklarende Afrikaanse Woordeboek* (6e uitg 1972) wat "skuld" omskryf as "wat aan 'n ander betaal moet word, geldelike verpligting; verskuldigde bedrag" en "betaal" as "verskuldigde geld gee, vergoed, beloon". Sien ook *White Bros v Treasurer General* 1883 SC 351; *MacLean v Haasbroek* 1956 2 SA 446 (O); *Kruger v Manning & Patterson Ltd* 1937 CPD 101; *Meyer v Viljoen* 1940 OPD 248; *Badenhorst v Northern Construction Enterprises Ltd* 1956 2 SA 348 (T); *Whatmore v Murray* 1908 TS 970; *Rooodepoort United Main Reef GM Co Ltd v Du Toit* 1928 AD 66. Al die uitsonderings op a 2(1)(a) en (b) het slegs betrekking op die betaling van 'n bedrag geld. Billikheidshalwe behoort die eerste standpunt egter ondersteun te word. Die enigste gevolgtrekking tans is dat die regsposisie onseker is.

te betaal, opgeskort vir 'n periode wat gelykstaan aan die tydperk waartydens die vennoot diens doen plus een maand.

Indien die vennootskapskuld betaalbaar word terwyl meerdere van of al die vennote militêre diens doen, geld die moratorium deur a 2(1)(a) verleen steeds. Daar word aan die hand gedoen dat die langste tydperk van opskorting van die verpligting om te betaal in die geval geld.

Gestel 'n vennootskap bestaande uit drie lede moet ingevolge 'n koopkontrak die koopprys van die merx op 2 Mei betaal. Vennoot A word opgeroep en verrig militêre diens vanaf 1 Mei tot 30 Junie. Vennoot B word opgeroep en verrig diens vanaf 1 April tot 30 September. Die koopprys hoef derhalwe nou eers op 7 Desember deur die vennootskap betaal te word.¹⁴²

In albei gevalle kan aksie slegs ingestel word na verstryking van die tydperk waartydens die verpligting om te betaal, opgeskort is.

Nogtans is die skuldeiser nie remedieloos gelaat nie. Indien die skuldeiser in 'n aansoek¹⁴³ te dien effekte die hooggeregshof kan oortuig dat die waarskynlikheid bestaan dat die vennoot of vennote misbruik sal maak van die moratorium òf deur die bedryf of besigheid van die vennootskap voort te sit, hetsy persoonlik, hetsy deur 'n verteenwoordiger of bestuurder¹⁴⁴ sonder om die skuldeisers van die vennootskap te betaal, òf deur die bates van die vennootskap van die hand te sit tot nadeel van die skuldeisers van die vennootskap, òf dat dit andersins reg en billik sal wees om dit te doen, kan die hof die moratorium ophef.¹⁴⁵ Die bewyslas rus op die skuldeiser om aan te toon dat 'n prima facie skuldoorsaak bestaan en dat daar misbruik van die beskerming plaasgevind het, of dat dit reg en billik sal wees om die moratorium op te hef.¹⁴⁶ In die verband word aan die hand gedoen dat die hof dit as reg en billik sal beskou om die moratorium op te hef indien die weiering van die aansoek ernstige ontbering vir die applikant tot gevolg sal hê en op 'n growwe miskenning van sy regte sal neerkom,¹⁴⁷ of indien die applikant onherroepelik daardeur benadeel sal word,¹⁴⁸ of indien die vennootskap byvoorbeeld as gevolg van 'n inkomste uit beleggings heeltemal in staat is om aan sy verpligtinge te voldoen en daar hoegenaamd geen rede bestaan waarom hy nie sy skulde kan betaal nie.¹⁴⁹

Enige aksie wat dienooreenkomstig teen die vennootskap ingestel word, kan deur daardie hof opgeskort word op sodanige voorwaardes as wat hy goedvind indien dit reg en billik voorkom om so 'n bevel uit te reik.¹⁵⁰

¹⁴²Aangesien die betaaldag met 7 (6+1) maande uitgestel word ingevolge a 2(1)(a).

¹⁴³Die Engelse teks van a 2(3) verwys wel na 'n aansoek. Die feit dat die Afrikaanse teks hieroor swyg, dui op 'n fout van die wetgewer.

¹⁴⁴*Prosser v De Lange* supra; *Ex parte A David & Co* supra.

^{145a} 2(3).

¹⁴⁶*O'Reilly v Purcocks & Purcocks* supra; *Malherbe v Botha* supra; *Kruger v Kruger* supra; *Coomber v Coomber* supra; *Russell v Russell* supra.

¹⁴⁷*Schonfeldt v Schonfeldt* supra; *Atkinson v Atkinson* supra.

¹⁴⁸*Ex parte Leach* supra; *Bane v Howells* supra.

¹⁴⁹*SA Permanent Mutual & Building Soc v Brown* supra; *Mossel Bay Municipality v Miller* supra; *Botha v De Villiers* supra; sien "Geschiedkundige oorsig" bo.

¹⁵⁰Voorbehoudsbepaling a 2(3).

Aan die hand van vorige hofuitsprake¹⁵¹ behoort die vennoot of vennote op militêre diens wel geldiglik te kan afstand doen van die moratorium deur a 2(1)(a) verleen. Dienooreenkomstig behoort die vennoot of vennote op militêre diens die beskerming van a 2(1)(a) te verbeur indien hy of hulle uit die weermag deserteer.¹⁵² In albei gevalle is die vennootskap dan nie geregtig om hom te beroep op die beskerming verleen deur die opskorting van die verpligting om kontraktuele skulde te betaal nie en kan aksie in gepaste gevalle teen die vennootskap ingestel word.¹⁵³

Indien die vennote hul op so wyse teenoor 'n skuldeiser van die vennootskap verbind het dat enige vennoot individueel in solidum vir die betaling van vennootskapskulde aanspreeklik gehou kan word, selfs gedurende die bestaan van die vennootskap,¹⁵⁴ word aan die hand gedoen dat die niediensdoende vennote in so 'n geval nie op die beskerming deur a 2(1)(a) verleen geregtig is nie.¹⁵⁵ Die skuldeiser sal dus enigeen van die vennote wat nie militêre diens doen nie aanspreeklik kan hou vir die betaling van die hele bedrag aan hom verskuldig.¹⁵⁶

(b) *Indien die vennootskapskuld betaalbaar word voor enigeen van die vennote diens doen, is die tydstip van die instel van die aksie of geding deurslaggewend.*¹⁵⁷

(i) Indien geeneen van die vennote ten tye van die instel van die aksie of geding militêre diens verrig nie kan normaalweg met die aksie of geding voortgegaan word. Die hof waarin die aksie of geding ingestel is, mag dit egter opskort op sodanige voorwaardes as wat die hof goedvind.¹⁵⁸

Word vonnis in die aksie of geding teen die vennootskap verleen, moet tenuitvoerlegging daarvan allereers teen die vennootskapsbates geskied.¹⁵⁹

¹⁵¹*Barrett & Glynn v Davidson* 1916 TPD 42; *Van Rooyen v Van Rooyen* 1940 WLD 135; *Classen v Classen* 1940 EDL 295; *Binedell v Binedell* 1940 2 PH B54 (CPD); *Thompson v Thompson* 1940 2 PH B70 (WLD); *Pottas v Pottas* 1941 1 PH B20 (OPD); *Munich & Munich v Estate Munich* 1942 1 PH F120 (EDL); *Williams v Swanepoel* 1941 2 PH M32 (OPD); *Johnson v Johnson* 1942 1 PH B48 (WLD); *Coleby-Husk v Coleby-Husk* 1940 2 PH B43 (WLD); *Malherbe v Botha* 1943 OPD 314; *Tasker v Tasker* 1945 2 PH B56 (WLD). Vir die vereistes waaraan die afstanddoening moet voldoen, sien *Pottas v Pottas* supra.

¹⁵²*Glintenkamp v Glintenkamp* 1943 CPD 367; *Ex parte Smith* 1942 1 PH F17 (CPD); *Vosloo v Vosloo* 1945 1 PH F38 (EDL).

¹⁵³Dws indien ook van die beskerming deur a 2(1)(b) verleen, afstand gedoen word, anders kan, indien alle vennote besig is om militêre diens te verrig, aksie nie teen die vennootskap ingestel word nie.

¹⁵⁴*Standard Bank v Lombard* supra.

¹⁵⁵*Worthington v Wilson* 1918 TPD 104; Twinem op cit 226: "Where the liability of the parties is joint as distinguished from joint and several, and one of the obligors is in military service, a stay as to the latter party should likewise be extended to the others jointly liable . . . [W]here the liability is joint and several there may be no legal, moral or practical justification for extending the stay provision as against parties not on military service."

¹⁵⁶Die vennootskapsbates as sodanig behoort egter steeds beskerm te word aangesien die vennoot op militêre diens die eienaar van 'n onverdeelde aandeel daarvan is, sien *Muller v Pienaar* supra.

¹⁵⁷In die geval geld a 2(2)(c)(i).

¹⁵⁸Voorbehoudsbepaling a 2(2)(c).

¹⁵⁹Reël 40(3) van die Landdroshowerreëls en reël 14(5)(h) van die Eenvormige Hofreëls; *Muller v Pienaar* supra.

Indien die vennootskapsbates nie voldoende is om die vonnis skuld te bevredig nie kan ter bevrediging van die restant van die vonnis skuld slegs die bates in die afsonderlike boedel van die vennote wat nie militêre diens verrig nie, uitgewin word aangesien die afsonderlike boedel van die vennoot op militêre diens steeds deur a 2(1)(b) beskerm word.¹⁶⁰ Na verstryking van sy beskerming sal egter ook sy afsonderlike boedel uitgewin kan word en kan sy vennote ook hul regresreg, indien enige, teen hom uitoefen.

Net so sal in 'n aansoek om die verpligte sekwestrasie van die vennootskap slegs die boedels van die vennootskap en die van die nie-diensdoende vennote gelyktydig daarmee gesekwestreer word maar nie die boedels van die vennote op militêre diens nie.¹⁶¹

(ii) Indien alle vennote op 'n gegewe tyd stip besig is om militêre diens te verrig, mag 'n aksie of geding nie teen die vennootskap ingestel word nie. Sodra enigeen van die vennote egter sy dienstydkerk voltooi, kan aksie onmiddellik teen die vennootskap ingestel word. Weer eens word die skuldeiser nie remedieloos gelaat nie. Indien die skuldeiser die bevoegde afdeling van die hooggeregshof op aansoek oortuig dat die vennootskap van die moratorium misbruik sal maak of dat dit andersins reg en billik sal wees, kan die hof die moratorium ophef.¹⁶² Ten opsigte van die bewyslas waarvan die applikant hom moet kwyt, voorbeelde van misbruik en wanneer dit reg en billik sal wees om die beskerming op te hef, geld die oorwegings reeds hierbo uiteengesit.¹⁶³

Indien die vennote afstand doen van die moratorium deur a 2(1)(b) verleen of as enigeen van die vennote uit die weermag deserteer, kan aksie wel teen die vennootskap ingestel en voortgesit word.¹⁶⁴ In die geval van desersie van 'n vennoot moet die beskerming van die afsonderlike boedels van die vennote wat nog steeds militêre diens doen egter in gedagte gehou word.

(iii) Indien 'n aksie of geding ingestel word teen die vennootskap terwyl sommige van die vennote nie militêre diens verrig nie en die vennote begin onmiddellik na instel daarvan militêre diens verrig, wil dit voorkom asof die aksie of geding wel voortgesit kan word ten spyte daarvan dat alle vennote besig is om militêre diens te doen. Moontlik sal die hof egter in gepaste gevalle bereid wees om die aksie of geding op te skort onderworpe aan die voorwaardes wat dit goedvind.¹⁶⁵

AKSIES DEUR DIE PRIVATE SKULDEISERS VAN DIE VENNOOT

Aangesien hier nie sprake is van 'n aksie teen die vennootskap nie vind a 2(2)(c)(i) nie in die geval aanwending nie en is die vennoot wat militêre

¹⁶⁰*Partridge v Harrison & Harrison supra*; *SA Mercantile Co Ltd v Marlborough supra*; *Dunlop (SA) Ltd v Olivier supra*.

¹⁶¹*ibid.*

¹⁶²a 2(3) en sien noot 45 bo.

¹⁶³Sien "Indien die vennootskapskuld betaalbaar word terwyl een of meer van of al die vennote diens doen" en sien "Geskiedkundige oorsig" bo.

¹⁶⁴*ibid.*

¹⁶⁵Voorbehoudsbepaling a 2(2)(c).

diens verrig in beginsel geregtig op die moratoria deur a 2(1)(b) en a 2(1)(a) verleen.¹⁶⁶

Indien 'n kontraktuele skuld wat deur die vennoot aangegaan is, betaalbaar word *terwyl* hy militêre diens verrig, word sy verpligting om die skuld te betaal ingevolge a 2(1)(a) opgeskort met 'n periode wat gelykstaan aan die periode waartydens hy diens doen plus een maand. Aksie kan derhalwe eers teen hom ingestel word na verstryking van die periode van die opskorting van sy verpligting om te betaal.

Indien die skuld betaalbaar word voordat hy militêre diens begin doen het, kan aksie nie teen hom ingestel word *terwyl* hy militêre diens verrig nie maar wel onmiddellik na voltooiing daarvan. Aksie kan uiteraard ingestel word voordat hy militêre diens begin doen maar die aksie word onmiddellik opgeskort indien hy militêre diens begin doen.¹⁶⁷

Indien die skuldeiser die hooggeregshof kan oortuig dat die vennoot op militêre diens misbruik sal maak van die opskorting van sy verpligtinge en/of van siviele regsmiddels teen hom of dat dit om 'n ander rede reg en billik is, kan die hof die beskerming ophef in welke geval aksie wel teen die vennoot op militêre diens ingestel en voortgesit kan word. Die hof kan so 'n aksie weer eens opskort op die voorwaardes wat dit goeddink.¹⁶⁸ Daar word aan die hand gedoen dat die vennoot van die moratoria deur a 2(1)(a) en 2(1)(b) verleen, afstand kan doen in welke geval aksie normaalweg teen hom ingestel kan word.¹⁶⁹

Indien die vennoot uit die weermag deserteer, verbeur hy alle beskerming ingevolge die wet en kan aksie normaalweg teen hom ingestel word.¹⁷⁰

Aksies voortspruitend uit enige ander skuldoorsaak, byvoorbeeld onregmatige daad, saakwaarneming, ongeregverdigde verryking ensovoorts kan normaalweg teen die vennoot ingestel en voortgesit word.

Daar mag egter in geen geval op die diensdoende vennoot se soldy beslag gelê word of op enige toelaes toegeken aan sy afhanklikes uit fondse vir hierdie doel deur die parlement bewillig of toegeken deur of uit enige openbare fonds nie. Ook word die aanhouding of arres van sy persoon verbied en geen bevel ingevolge a 65(9)(d) van die Wet op Landdroshowe vir sy gevangesetting mag teen hom uitgereik word nie.¹⁷¹

Indien die vennoot versuim om die huurgelde van 'n woonhuis, kamer of woning te betaal, kan aksie, *terwyl* hy militêre diens verrig, teen hom ingestel word vir die betaling daarvan en kan hy ook verplig word om die perseel te ontruim. Prosesstukke kan vir die doel op die bewoner van die perseel bestel word.¹⁷²

¹⁶⁶ *Goodman v Lunn* supra.

¹⁶⁷ a 2(1)(b) en sien die bespreking van die gevolg van die opskorting van siviele regsmiddels onder "Geschiedkundige oorsig" bo.

¹⁶⁸ a 2(3) en sien die oorwegings genoem onder "Aksies deur skuldeisers van die vennootskap" bo.

¹⁶⁹ Sien noot 151 bo.

¹⁷⁰ Sien noot 152 bo.

¹⁷¹ Voorbehoudsbepaling a 2(2)(c)(iii).

¹⁷² a 2(2)(b)(i) gelees met a 2(2)(c)(ii).

Dieselfde geld indien die vennoot versuim om 'n bedrag te betaal wat verskuldig is ten opsigte van losies of inwoning aan hom of op sy versoek aan sy afhanklikes verskaf.¹⁷³

Die vennoot bly steeds aanspreeklik om die prys van werklike lewensbenodigdhede te betaal indien dit deur hom aangekoop is nadat hy diens begin doen het. Die eienaardigheid is egter dat aksie nie by wanbetaling teen hom ingestel kan word terwyl hy besig is om militêre diens te doen nie.¹⁷⁴

Ook ten opsigte van huurkoopkontrakte geld spesiale reëlings waarop later teruggekom word.¹⁷⁵

AKSIES TUSSEN VENNOTE

Hier geld basies dieselfde reëling as by aksies deur die private skuld-eisers van die vennoot op militêre diens.

Weer eens vind a 2(2)(c)(i) nie aanwending nie en is die vennoot op militêre diens in beginsel geregtig op die beskerming deur a 2(1)(a) en a 2(1)(b) verleen.¹⁷⁶

Indien 'n vennoot onderneem het om 'n geldsom¹⁷⁷ tot die vennootskap by te dra en betaling moet plaasvind terwyl hy besig is om militêre diens te verrig, word sy verpligting om die bydrae te maak opgeskort vir 'n periode gelykstaande aan die periode waartydens hy militêre diens doen plus een maand. Indien prestasie moes geskied voordat hy met diens begin het, kan aksie wel teen hom ingestel word voor sy diens 'n aanvang neem maar nie terwyl hy militêre diens verrig nie. 'n Reeds ingestelde aksie mag nie voortgesit word terwyl hy militêre diens doen nie.¹⁷⁸

Die beskerming geld slegs ten opsigte van kontraktuele skulde.

Maak die vennoot hom skuldig aan trouskending deur byvoorbeeld vir homself 'n voordeel in stryd met sy vertrouensplig teenoor sy vennote te bekom, kan aksie dus teen hom deur sy vennote¹⁷⁹ ingestel word terwyl hy besig is om militêre diens te verrig ten einde hom te verplig om die voordeel aan die vennootskap oor te dra indien hierdie aksie as 'n aksie ex variis causarum figuris ingeklee word.¹⁸⁰

¹⁷³a 2(2)(b)(iii) gelees met a 2(2)(c)(ii).

¹⁷⁴a 2(2)(b)(ii) gelees met a 2(2)(c)(ii).

¹⁷⁵Sien "Huurkoopkontrakte" onder.

¹⁷⁶*Goodman v Lunn* supra.

¹⁷⁷Blykbaar sal eers 'n staat van rekeninge aangevra moet word ten einde die regte en verpligtinge van die vennote onderling te kan vasstel – sien *Pataka v Keefe* 1947 2 SA 962 (A); *Doyle v Fleet Motors PE (Pty) Ltd* 1971 3 SA 760 (A); De Villiers op cit 156; De Wet en Yeats op cit 569; Gibson op cit 271. Vir die regsposisie indien die vennoot onderneem het om iets anders by te dra as 'n geldsom, sien noot 141 bo en vgl *Oosthuizen v Swart* 1956 2 SA 687 (SWA).

¹⁷⁸Sien noot 167 bo.

¹⁷⁹Aksie moet deur sy vennote ingestel word en nie deur die vennootskap nie, sien *Chingadia Bros v Chingadia* 1958 1 SA 582 (FC).

¹⁸⁰Sien *De Jager v Olifants Tin "B" Syndicate* 1912 AD 505; *Wegner v Surgeson* 1910 TS 571; *Tshabalala v Tshabalala* 1921 AD 311. Sien in die algemeen oor die aanspreeklikheid op

Indien die vennootskap skade ly as gevolg van die vennoot se versuim om die nodige sorg en vaardigheid aan die dag te lê, sal 'n aksie ex delicto wel teen die vennoot ingestel kan word deur sy vennote terwyl hy besig is om militêre diens te verrig.¹⁸¹

Uiteraard is die wet nie van toepassing op 'n aksie ingestel deur die vennoot op militêre diens teen sy vennote wat nie militêre diens doen nie.

Indien die vennoot op militêre diens afstand gedoen het van die beskerming deur die wet verleen of uit die weermag deserteer, kan sy vennote enige aksie van welke aard ook al teen hom instel.¹⁸²

Die hooggeregshof kan in gepaste gevalle die diensdoende vennoot beskerming ontnem in welke geval enige aksie teen hom ingestel kan word. Die hof het ook die bevoegdheid om daardie aksie op te skort.¹⁸³

AKSIES DEUR DIE VENNOOTSKAP OF DEUR 'N VENNOOT TEEN 'N BUITESTAANDER WAT NIE MILITÊRE DIENS VERRIG NIE

Die wet is slegs van toepassing op aksies teen 'n vennootskap of 'n vennoot en nie op aksies deur 'n vennootskap of 'n vennoot nie.¹⁸⁴ Indien 'n vennoot of die vennootskap derhalwe versuim om aksie in te stel teen die buitestaander terwyl 'n vennoot of al die vennote militêre diens verrig en die skuld as gevolg van die versuim verjaar het, kan nóg die vennoot nóg die vennootskap hul op die bepalings van die wet beroep ten einde aan te toon dat verjaring gestuit is of dat die voltooiing van verjaring uitgestel is.¹⁸⁵

Aan die ander kant verleen die wet hoegenaamd geen verweer aan 'n skuldenaar van die vennoot op militêre diens in 'n aksie teen hom ingestel deur die vennoot nie. Dieselfde geld vir 'n skuldenaar van 'n vennootskap waarvan een of meer of al die vennote op militêre diens is. Indien die skuldenaar verpligte militêre diens verrig, is hy natuurlik wel op die beskerming deur die wet verleen geregtig.

HUURKOOPKONTRAKTE

Die moratorium verleen deur a 2(1)(a) is nie van toepassing nie op 'n bedrag betaalbaar ingevolge 'n huurkoopkontrak wat deur die dienspligtige

grond van trouskending Naude SJ *Die Regsposisie van die Maatskappydirekteur* (1970) 142-143; *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD 168 242: "The action indeed is . . . one sui generis."

¹⁸¹Gibson op cit 272; De Villiers op cit 153; Wille en Millin op cit 422; Nathan op cit 89; De Wet en Yeats op cit 567-8. In beginsel behoort die vennote 'n keuse te kan uitoefen om of 'n aksie ex delicto of 'n aksie ex contractu in te stel, sien Naude op cit 159-166; Hosten WJ "Concursus Actionem of Keuse van Aksies" 1960 *THRHR* 251; MacIntosh JC en Scoble CN *Negligence in Delict* (5e uitg 1970) 2; Parris J "Professional Liability: Contract or Tort?" 1977 *New Law Journal* 108; Cilliers HS Benade ML en De Villiers SWL *Maatskappyereg* (3e uitg 1977) 364 noot 9.

¹⁸²Sien noot 151 en 152 bo.

¹⁸³a 2(3) en sien die oorwegings onder "Aksies deur skuldeisers van die vennootskap" en "Geskiedkundige oorsig" bo genoem.

¹⁸⁴*Willenberg v Beyers* supra; *Goodman v Lunn* supra.

¹⁸⁵*Willenberg v Beyers* supra; sien egter a 13(a) en (d) van die Verjaringswet 68 van 1969.

aangegaan is *nadat* hy ingevolge a 67 van die Verdedigingswet 1957 in kennis gestel is van sy toewysing vir diens aan die burgermag of kommando's en voordat hy sodanige diens voltooi het indien hy ten tye van die aangaan van die kontrak versuim het om die huurkoopverkoper skriftelik mee te deel dat hy aldus in kennis gestel is of besig is om militêre diens te verrig.¹⁸⁶ Die uitsondering is nie van toepassing op kontrakte wat nie aan die omskrywing van "huurkoopkontrak" in a 1 van die Wet op Huurkoop 1942¹⁸⁷ voldoen nie en ook nie op 'n huurkoopkontrak deur 'n persoon aangegaan voordat hy so 'n kennisgewing ontvang het nie.

Die uitsondering op a 2(1)(a) is nie ook 'n uitsondering op a 2(1)(b) nie.¹⁸⁸ Selfs al is die vereiste skriftelike mededeling nie gedoen nie kan aksie derhalwe nie teen 'n dienspligtige ingestel word terwyl hy militêre diens doen nie maar hy sal by diensbeëindiging alle agterstallige paalemente moet vereffen by versuim waarvan aksie onmiddellik teen hom ingestel kan word.

Indien die dienspligtige ook 'n vennoot is en hy die huurkoopkontrak in eie naam ten behoeve van homself aangegaan het, behoort bogemelde reëling te geld. Word aanvaar dat die uitsondering ook op 'n vennootskap betrekking het, sal die vennootskap die vereiste skriftelike kennisgewing aan die verkoper moet gee indien enigeen van die vennote reeds sy oproepinstruksies ontvang het of indien enigeen van die vennote militêre diens verrig ten tye van die sluiting van die huurkoopkontrak.

Die regsposisie van die vennootskap kan dus soos volg saamgevat word:

(i) Indien die kontrak nie voldoen aan die omskrywing van "huurkoopkontrak" in a 1 van die Wet op Huurkoop 1942 nie geld die uitsondering nie en geld derhalwe dieselfde reëling as by ander kontraktuele skulde van die vennootskap soos voorheen bespreek.¹⁸⁹

(ii) Die regsposisie is dieselfde indien die huurkoopkontrak deur die vennootskap aangegaan is *alvorens* enigeen van die vennote in kennis gestel is dat hy verpligte militêre diens moet begin verrig.

(iii) Indien die vennootskap die huurkoopkontrak aangegaan het nadat enigeen van die vennote so 'n kennisgewing ontvang het of terwyl enigeen van die vennote diens verrig, geld die volgende:

(a) Indien die vereiste skriftelike mededeling *wel* aan die huurkoopverkoper gegee is, geld die uitsondering nie en geld derhalwe dieselfde reëling as by die ander kontraktuele skulde van die vennootskap soos voorheen bespreek.¹⁹⁰

(b) Is die vereiste skriftelike mededeling nie aan die huurkoopverkoper gegee nie geld die uitsondering en is die vennootskap nie geregtig op die

¹⁸⁶a 2(2)(b)(iv).

¹⁸⁷Wet 36 van 1942.

¹⁸⁸Sien a 2(2)(c).

¹⁸⁹Sien onder "Aksies deur skuldeisers van die vennootskap" bo.

¹⁹⁰ibid.

moratorium deur a 2(1)(a) verleen ten opsigte van paaieimente wat betaalbaar word terwyl enigeen of al die vennote militêre diens verrig nie.

By versuim van die vennootskap om sodanige paaieimente te betaal, kan aksie teen die vennootskap ingestel word indien enigeen van die vennote ten tye van die instel daarvan nie besig is om militêre diens te verrig nie. Indien op enige gegewe tydstip al die vennote besig is om militêre diens te verrig, geld die opskorting van siviele regsmiddels en kan aksie nie teen die vennootskap ingestel word nie.¹⁹¹ Versuim die vennootskap dus om paaieimente te betaal terwyl al die vennote militêre diens doen, kan aksie normaalweg nie teen die vennootskap ingestel word nie.¹⁹² Sodra een van die vennote egter sy militêre diens voltooi, sal die vennootskap tegelykertyd alle agterstallige paaieimente moet aansuiwer by versuim waarvan aksie onmiddellik teen die vennootskap ingestel sal kan word.¹⁹³

VERJARING

Verjaring ten aansien van 'n verpligting of siviele regsmiddels wat ingevolge die wet opgeskort is, word opgeskort vir solank as wat die opskorting van die verpligting of regsmiddel duur en die tydperk van sodanige opskorting word nie geag deel van die verjaringstermyn te wees nie.¹⁹⁴

Hierdie bepaling het slegs betrekking op aksies teen die vennootskap of die vennoot op militêre diens en nie op aksies deur die vennootskap of die vennoot teen 'n skuldenaar wat nie verpligte militêre diens verrig nie.¹⁹⁵

RENTE

Die skuldeiser is geregtig om rente teen tien persent per jaar te eis op alle gelde aan hom verskuldig gedurende die duur van die opskorting uit hoofde waarvan hy ingevolge die wet belet word om betaling te verkry, of totdat die verskuldigde hoofsom aan hom betaal word voor die verstryking van die termyn van opskorting.¹⁹⁶

SLOTBESKOUIING

Indien die lotgevalle van die vennoot op militêre diens en sy vennote in oënskou geneem word, staan dit vas dat die wetgewer nie altyd rekening gehou het met die werklikhede van die vennootskapsreg nie. Die regsposisie is telkens net van klaarblyklike onregverdigheid gered deur 'n wye diskresie aan die howe te verleen met betrekking tot die opheffing van die moratorium en die opskorting van enige ingestelde aksie. Die howe het dan ook telkens getrag om die betrokke statutêre bepalings so uit te lê dat dit die wydste beskerming moontlik aan die dienspligtige verleen.

¹⁹¹a 2(2)(c)(i). Die hooggeregshof kan natuurlik die moratorium ingevolge a 2(3) in gepaste gevalle ophef.

¹⁹²ibid.

¹⁹³a 2(2)(c)(i) en sien onder "Uiteensetting" bo.

¹⁹⁴a 3.

¹⁹⁵Sien noot 184 en 185 bo.

¹⁹⁶a 4.

Nogtans behoort 'n wyer diskresie aan die howe verleen te word sodat die moratoria in gepaste gevalle ook aan ander persone verleen kan word wat gesamentlik met, of addisioneel tot, die dienspligtige aanspreeklik gehou kan word. In die Verenigde State en Engeland het die wetgewer wel sy weg oopgesien om sodanige diskresie aan die howe te verleen.¹⁹⁷

Terwyl talle lede van die professies tans nog in vennootskap praktiseer, behoort die bevoegdheid van die hooggeregshof om die moratoria in die geval van misbruik op te hef nie slegs te verwys na 'n bedryf of besigheid nie maar ook na 'n profesie of beroep wat deur die vennootskap voortgesit word sonder om sy skuldeisers te betaal.¹⁹⁸

In die lig van teenstrydige uitsprake oor die betekenis van "skulde" en "debts" behoort die wetgewer in 'n woordomsrywingsartikel aan te dui dat by die begrip nie slegs die betaling van 'n geldsom inbegrepe is nie maar ook die lewering van enige prestasie hoegenaamd ingevolge 'n kontrak.

Aangesien die wet nie van toepassing is op gedinge deur 'n dienspligtige nie bestaan die gevaar dat indien die dienspligtige, terwyl hy militêre diens verrig, sou versuim om betyds aksie in te stel teen 'n skuldenaar die skuld sal verjaar veral aangesien die eerste aanvanklike diensperiode nou oor 'n tydperk van vier en twintig maande strek. Alhoewel die dienspligtige hom in gepaste gevalle op a 13(a) van die Verjaringswet 1969¹⁹⁹ kan beroep en a 13(d) van daardie wet hom wel beskerm versover dit aksies tussen vennote betref, behoort aan die dienspligtige hier wyer beskerming verleen te word. Die wetgewer behoort pertinent daarvoor voorsiening te maak dat die voltooiing van verjaring ingevolge a 13 van die Verjaringswet 1969 uitgestel word tot 'n jaar na voltooiing van 'n toepaslike periode militêre diens deur 'n dienspligtige.

Die Afrikaanse teks van a 2(3) van die wet behoort by die Engelse teks aangepas te word sodat dit ook na 'n aansoek aan die hooggeregshof verwys. Die Afrikaanse teks behoort dus soos volg te lees: ". . . kan die bevoegde provinsiale of plaaslike afdeling van die Hooggeregshof, indien hy *op aansoek by hom gedoen* oortuig is dat die waarskynlikheid bestaan . . ."

Bo en behalwe die versekering van 'n billike belange-afweging tussen die vennoot op militêre diens, sy vennote en die skuldeisers van die vennootskap moet die oogmerk logieserwys ook wees om aan die dienspligtige as lid van 'n vennootskap sover doenlik dieselfde beskerming te verleen as wat hy andersins geniet. Sodoende moet tussen die twee moratoria onderskei word aangesien die a 2(1)(a)-moratorium ook opgehef behoort te kan word indien die dienspligtige nie finansiël deur diensverrigting benadeel word nie.

Ten einde hieraan gevolg te gee, behoort die regsposisie soos volg daar uit te sien:

¹⁹⁷Soldiers and Sailors Civil Relief Act of 1940 50 USCA App § 513; a 2(4) Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act 1951 (14 & 15 Geo 6 c 65).

¹⁹⁸Sien Bobbert MCJ "Die Bemerking van Prokureursdienste" 1976 *Tydskrif vir Regswetenskap* 138 vir die onderskeid tussen 'n profesie en 'n besigheid.

¹⁹⁹Wet 68 van 1969.

Indien alle vennote diens doen, is hul in beginsel op albei moratoria geregig. Word die hooggeregshof egter op aansoek oortuig dat die vennote nie finansiël benadeel word deur diensverrigting nie kan die hof die moratorium deur a 2(1)(a) verleen, ophef. Indien aangetoon word dat die waarskynlikheid bestaan dat die vennote misbruik sal maak van een of albei moratoria, of dat dit andersins reg en billik sal wees, kan die hof daardie moratorium of albei moratoria, na gelang van die geval, ophef. Hef die hof albei moratoria ten opsigte van al die vennote op kan aksie normaalweg teen die vennootskap (en derhalwe teen alle vennote) ingestel en voortgesit word maar die hof het steeds die bevoegdheid om die aksie te eniger tyd op gepaste voorwaardes op te skort indien dit reg en billik voorkom.

Ingeval een of meer van die vennote nie op militêre diens is nie is slegs die diensdoende vennote in beginsel op albei moratoria geregig. Die hooggeregshof kan egter die moratoria ophef in dieselfde omstandighede as hierbo genoem en enige ingestelde aksie weer opskort. Indien die hooggeregshof op aansoek oortuig word dat die nie-diensdoende vennote in so 'n mate finansiël benadeel word deur die feit dat een of meer van die ander vennote militêre diens verrig dat hul redelikerwys ook die beskerming van a 2(1)(a) behoort te geniet, of dat dit andersins reg en billik sal wees, kan die hof die moratorium ook op die nie-diensdoende vennote van toepassing maak. Indien die nie-diensdoende vennote nie in die aansoek slaag nie maar die hof oortuig dat die teenwoordigheid van 'n vennoot of vennote op militêre diens noodsaaklik is vir die behoorlike voer van hul verweer, of dat dit andersins reg en billik is, kan die hof die moratorium deur a 2(1)(b) verleen op die nie-diensdoende vennote van toepassing maak.

Ingeval geeneen van die vennote, na 'n aansoek, op enige van die moratoria geregig is nie kan aksie normaalweg teen die vennootskap ingestel en voortgesit word en eksekusie teen die vennootskapsbates en die bates in die afsonderlike boedels van alle vennote gehef word, met dien verstande dat die hof in gepaste gevalle die aksie te eniger tyd kan opskort op gepaste voorwaardes.

Indien alle vennote beskerming geniet, hetsy as gevolg van 'n aansoek al dan nie, geld die normale gevolg van daardie moratorium.

As slegs sommige van die vennote beskerming geniet of die tydperk van die beskerming van sommige reeds verstryk het, hetsy as gevolg van 'n aansoek al dan nie, kan aksie normaalweg teen die vennootskap ingestel word en, indien nie deur die hof opgeskort nie, kan op alle vennootskapsbates beslag gelê en dit in eksekusie verkoop word. Die totale opbrengs van die verkoping moet deur die balju of geregsbode by die griffier of die klerk van die hof, na gelang van die geval, inbetaal word. Die griffier of klerk van die hof betaal slegs dié gedeelte van die opbrengs van die verkoping wat nie die pro rata-aandeel daarin van die beskernde vennote verteenwoordig nie aan die vonnisculdeiser uit. Die pro rata-aandeel van die beskernde vennote word in trust gehou. Indien die uitbetaalde bedrag nie voldoende is om die vonnisskuld te delg nie kan eksekusie gehef word teen die bates in die afsonderlike boedels van die nie-beskernde vennote.

Sodra die tydperk van beskerming van 'n beskernde vennoot, of beskernde vennote, verstryk en die hof op aansoek oortuig word dat een

of meer van of al hierdie vennote 'n prima facie-verweer²⁰⁰ teen die aksie van die vonnisskuldeiser het, moet teen sodanige vennoot of vennote de novo aksie ingestel word. Word die hof nie aldus op aansoek oortuig nie, of slaag die aksie teen een of meer van of al sodanige vennote, kan die vonnisskuldeiser soveel opeis van die bedrag of bedrae wat deur die griffier of klerk van die hof namens hierdie vennoot of vennote gehou word as wat nodig is om die vonnisskuld te bevredig. Indien die vonnisskuld nog steeds nie gedelg is nie kan die bates in die afsonderlike boedels van die betrokke vennoot of vennote daarna uitgewin word. Slaag die aksie teen enige van die vennote nie betaal die griffier of klerk van die hof aan dié vennoot of vennote die bedrag uit wat sy pro rata-aandeel in die opbrengs van die verkoping verteenwoordig. Dieselfde geld indien daar 'n restant oorbly na bevrediging van die vonnisskuld. Die vennote kan daarna op gepaste wyse hul regresregte, indien enige, teen mekaar uitoefen. □

To press forward to a great principle by breaking through every other great principle that stands in the way of its establishment; to force the way to the liberation of Africa by trampling on the independence of other states . . . ; in short, to procure an eminent good by means that are unlawful, is as little consistent to private morality as to public justice. Obtain the concurrence of other nations if you can. . . . But a nation is not justified in assuming rights that do not belong to her merely because she means to apply them to a laudable purpose; nor in setting out upon a moral crusade of converting other nations by acts of unlawful force.

from Le Louis (1817) 2 Dods 257

²⁰⁰bv dat hy nie lid van die vennootskap was ten tye van die ontstaan van die skuldootsaak nie, of dat sy vennoot nie volmag gehad het om die vennootskap te bind nie en dat die skuldeiser daarvan bewus was, of dat hy 'n vennoot en commandite of 'n naamlose of stille vennoot is en nie na buite as 'n gewone vennoot opgetree het nie.

The neglected child in the law of South Africa

Erwin Spiro

Dr Iur

Member of the Cape Bar

OPSOMMING

Die Kinderwet 33 van 1960 handel eintlik oor die "sorgbehoewende" kind en los nie alle probleme op wat met die verwaarloosde kind in verband staan nie. Daar kan egter gesê word dat die hof telkens sal ingryp wanneer die belange van 'n kind dit verg.

Benewens die Kinderwet verleen die gemene reg, tesame met uitbreidings deur a 5 van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953, aan die hooggeregshof die bevoegdheid om teen ouers en voogde op te tree wanneer die kind se belange dit verg. Verder het die landdroshowe en hooggeregshof ook jurisdiksie om met jeugmisdadigers of hulle ouers (of voogde) te handel. Die posisie van die minderjarige kind kan dus onder die volgende hoofde in oënskou geneem word:

- (i) Die verwaarloosde kind in die hooggeregshof;
- (ii) Die verwaarloosde kind in die kinderhof;
- (iii) Die verwaarloosde kind in die strafhove.

Daar bestaan in Suid-Afrika egter probleme met betrekking tot die opsporing van sorgbehoewende kinders omdat daar geen wetsvoorskrif is wat die aanmelding van gevalle waar 'n kind in 'n staat van fisiese of geestelike verwaarloosing verkeer, verpligtend maak nie. Daar behoort dus in Suid-Afrika 'n kommissie aangestel te word om die voorkoms van kindermishandeling en die wenslikheid van wetgewing om die aanmelding daarvan verpligtend te maak, te ondersoek.

I INTRODUCTION

1 Child

Apart from certain exceptions such as marriage and *venia aetatis* and subject to contrary statutory provisions in particular instances, in South African law a child becomes a major on attaining the age of twenty-one years.

2 Abused child

There are no specific provisions in the law of South Africa which deal with the abused child, the battered child, etc, as such, but that does not mean that the courts will not come to its assistance. Subject to what will be more fully set out here, it may generally be said that the courts will interfere with a parent, guardian, etc, whenever the interests of the child so require.

3 Neglected child

There is also no definition of the neglected child although the Children's Act¹ gives a definition of a "child in need of care" (including a child "in a

¹s 1(x) of Act 33 of 1960 as amended.

state of physical or mental neglect").² The Children's Act, while concerning itself with a child in need of care, does not, however, supply an answer to all problems which may arise in connection with the neglected child. But then – is a definition of the neglected child really required if, as is the case, the courts will interfere whenever the interests of the child so demand?

4 Arrangement adopted

Apart from the Children's Act, the implementation of which falls upon the children's courts, the common law, enlarged by a section of the Matrimonial Affairs Act,³ confers upon the courts, that is, with the exception of certain temporary custody orders⁴ and – though not to an absolute extent⁵ – maintenance orders, the supreme court, the power to take steps against parents (and guardians) whenever the interests of a child so require. In addition there is the jurisdiction of the criminal courts (whether the magistrates' courts or the supreme court) to deal with juvenile delinquents or their parents (guardians) as the case may be.

The arrangement adopted, then, is as follows:

- (i) The neglected child before the supreme court;
- (ii) The child in need of care before the children's court;
- (iii) The neglected child and the criminal courts.

II THE NEGLECTED CHILD BEFORE THE SUPREME COURT

1 Common law

The common law distinguishes between matrimonial proceedings and all other cases. In matrimonial proceedings the court at once applies the test of what is in the best interests of the (minor) child.⁶ In other cases, that is where there is no termination in law of the husband and wife relationship, the court ascertains first whether the conduct of a parent constitutes a danger to the (minor) child's life, health or morals⁷ (or to his property).⁸ But in the last resort the test is here, too: what is in the best interests of the (minor) child.⁹

(a) *Absence of matrimonial cause*

A few reported cases are in point. In *In re Minors Visagie*¹⁰ a father of two minor children was shown to have been frequently convicted of assault and to have repeatedly assaulted his deceased wife as well as his two children. On the application of the grandfather the court ordered that the

²ibid (1). See *infra* III 1(i).

³s 5 of Act 37 of 1953 as amended.

⁴s 83 of the Children's Act 33 of 1960 as amended.

⁵Spiro *Law of Parent and Child* (3rd ed Cape Town 1971) with 1977 supplement 492–493.

⁶*Fletcher v Fletcher* 1948 1 SA 130 (A); Spiro 248 et sqq and 260.

⁷*Calitz v Calitz* 1939 AD 56; Spiro 239 et sqq and 240.

⁸Spiro 240.

⁹Spiro 240–241.

¹⁰(1897) 7 CTR 131.

children should be removed from the control of the father and appointed the grandfather their guardian. In *Woodford v Woodford*¹¹ the court found that the custody of the father who was a man of intemperate and cruel habits was a danger to the safety of his minor children and interdicted him from removing them from the country and from the custody of their mother. Where the father had broken up the home and the child's remaining with him would have prevented that child from becoming a normal person, the court, in its capacity as upper guardian, interfered with the parental power of the father.¹²

(b) *Matrimonial causes*

As regards matrimonial causes, there are very few reported cases which deal with the neglected child as such. But the parties, or at least one of them, are here before the court, and custody is usually in issue as a matter of course. The parties may also have arrived at an agreement (consent paper). In exceptional cases of a party completely neglecting his or her duties towards minor children such as going overseas without leaving an address, he or she may be deprived of the whole parental power.¹³ But here, too, it is not so much the incidence of the neglect of the child which is in point but rather the effect of the matrimonial cause on the children of the parties.

Whether there is a matrimonial cause or not, if the only or real issue is the neglected child as such, it is more usual to resort to the Children's Act¹⁴ which will here be considered sub III.

2 Matrimonial Affairs Act

Merely for the sake of completeness reference may be made to section 5 of the Matrimonial Affairs Act,¹⁵ which bestows upon the supreme court jurisdiction to deal with applications of one spouse against the other for the grant of sole guardianship or sole custody of a minor child whether proceedings for divorce or judicial separation are pending or not, or whether the parents are divorced or only living apart. The section greatly overlaps with the common law as set out above and most of the remarks made in connection with the latter apply here too.

III THE CHILD IN NEED OF CARE BEFORE THE CHILDREN'S COURT

1 Meaning of "child in need of care"

A child in need of care means¹⁶ a child who –

- (a) has been abandoned or is without visible means of support; or
- (b) has no parent or guardian or has parents or a parent or guardian who do or does not or are or is unfit to exercise proper control over that child; or

¹¹(1894) 11 SC 141.

¹²*Pigg v Pigg* 1946 NPD 481.

¹³Spiro 269–271.

¹⁴Spiro 241.

¹⁵7 of 1953 as amended. See Spiro 296–306.

¹⁶s 1(x) of the Children's Act 33 of 1960 as amended. Unless other acts are specifically referred to, sections quoted are those of that act.

(c) is in the custody of a person who has been convicted of committing upon or in connection with that child any of the following¹⁷ offences: abduction, child stealing, assault, sexual offence involving bodily injury to a child, offence under sections 18–25 (more particularly ill-treatment or neglect of children, corruption of children, allowing children to beg or to engage in unauthorized street trading or unauthorized performances and conducing to the commission of an offence by children); or

(d) cannot be controlled by his parents or guardian or the person in whose custody he is; or

(e) is an habitual truant; or

(f) frequents the company of any immoral or vicious person or is otherwise living in circumstances calculated to cause or conduce to his seduction, corruption or prostitution; or

(g) (i) begs; or

(ii) being under the age of 12 years engages in any form of street trading within the area of jurisdiction of a local authority unless that local authority has by means of by-laws made under section 22 or any other law prescribed that such a child may engage in that form of street trading and unless he does so in accordance with by-laws made under section 22; or

(iii) being not under the age of 12 years, but under the age of 16 years engages in any form of street trading within the area of jurisdiction of a local authority in contravention of by-laws made by that local authority under section 22; or

(h) is being maintained apart from his parents or guardian in domestic circumstances which are detrimental to his interests and whose parents or guardian cannot be found or have failed to make suitable provision for the care and custody of the child although they have been called upon to do so; or

(i) is in a state of physical or mental neglect.

The following comment appears to be called for:

In the first instance, "child" is defined in the act¹⁸ to mean ordinarily a person under the age of 18 years and includes an infant as defined,¹⁹ but in certain cases includes a person over the age of 18 years and under the age of 21 years. Those cases are detailed in the act. However, apart from mentioning that certain measures taken before the child became 18 years of age may continue thereafter either up to the 21st year or another date, it is not necessary in this connection to set them out.

In the second instance, the first type of a child in need of care, viz an abandoned child or a child without visible means of support, replaces the

¹⁷First schedule to the act. As regards ss 18–25 see also *infra* III 2(b).

¹⁸s 1(ix).

¹⁹s 1(x) (a person under the age of 7 years). See also note 21 *infra*.

“destitute” child of the former Children’s Act.²⁰ Originally the bill referred only to the “abandoned” child, the idea being that a child should not simply be declared to be in need of care because of indigence in the parental home. Subsequently, however, the words “or without visible means of support” were added for practical reasons because in respect of some children, at least, it might be necessary to be able to fall back on their being in need. It was felt that it should be left to the courts to establish the exact meaning of those terms. They have not yet done so.

In the third instance, the last type of a child in need of care, viz the child in a state of physical or mental neglect, is also a new feature of the present act without any forerunner in the previous act. Under the former law, so it was thought, one had to wait until the child was physically or mentally neglected before action could be taken. There were in fact cases of ill-treated and neglected children which came to the notice of the authorities only once the child was already dead or had been seriously assaulted. It was the intention of the legislator to rectify this position. It remains to be seen whether this aim has been achieved. Case law is still lacking. The wording of the act lends itself, however, as it appears to me, to the view that it is wholly immaterial whether there was any culpa on the part of the parent, parents or guardian (or other custodian).

The child in need of care as so defined covers, no doubt, a wide ground. How does the battered child, that is a child assaulted or injured by his parent or guardian or other custodian, which is known in South Africa as much as in any other country (although here, as elsewhere, statistics or precise statistics are hardly available) fit in? Clearly, if there has been a conviction on that score, paragraph (c) of the definition applies. Apart from the case of such a conviction, however, the battered child may, in my submission, nevertheless be one in need of care, either as one being in a state of physical or mental neglect (paragraph (i)) or else as falling under any of the other categories of a child in need of care, such as eg having a parent or guardian who is unfit to exercise proper control (paragraph (b)) etc.

2 Detection

(a) *Certain protected infants*

An “infant” is here a person under the age of seven years,²¹ and protected infants are those infants who are received and maintained by persons other than parents for a longer period than thirty days,²² with the exception of certain relations and institutions.²³ Certain notices have to be given.²⁴ The commissioner of child welfare may cause enquiries to be made into the conditions in which a protected infant is kept.²⁵ He may also order that a protected infant be medically examined by the district surgeon or by any

²⁰s 1 Children’s Act 31 of 1937.

²¹s 1(xviii).

²²s 10(1). See also s 1(xxxviii).

²³s 10(3).

²⁴s 10.

²⁵s 11.

other qualified medical practitioner.²⁶ Any infant protection visitor, justice of the peace, probation officer and policeman may from time to time visit and inspect any protected infant and the premises in which the infant is kept in order to ensure the proper care and maintenance of the infant.²⁷ There are criminal sanctions for the failure to give a prescribed notice or to obtain the necessary consent of the commissioner of child welfare.²⁸

(b) *Criminal sanctions*

In a chapter bearing the title: "Prevention of Neglect, Ill-Treatment and Exploitation of Children"²⁹ criminal sanctions are provided for the ill-treatment (including, according to the better view,³⁰ assault), neglect (other than failure to maintain) and abandonment if as a result of the ill-treatment, neglect or abandonment the child is likely to suffer unnecessarily or any part or function of its mind or body is likely to be injured or detrimentally affected, even though no such suffering, injury or detriment has in fact been caused or even though the likelihood of such suffering, injury or detriment has been averted by the action of another person, failure to maintain a child on the part of a person legally liable to maintain it while able to do so,³¹ corruption of children by parents, guardians or custodians,³² causing a child to beg,³³ failure to provide for certain safeguards of child audiences at public entertainments³⁴ and, on the part of parents, guardians and custodians, conducing to the commission of an offence by a child.³⁵ In all these instances the general law of crime detection applies which need not here be further pursued.

(c) *Medical examination and treatment of children*

If a medical officer of a local authority or of a divisional council has reason to suspect that a child within the area of jurisdiction of that authority or council or if any medical officer in the service of the government or of a provincial administration has reason to suspect that a child within the area for which that officer was appointed, is suffering from any disease or any curable physical defect or is infested with vermin or that the clothing of that child is verminous or filthy, he may examine or authorize any other medical practitioner to examine the person and clothing of that child.³⁶ Any such medical officer may, if he deems it necessary for the proper examination of

²⁶s 12(4).

²⁷s 12(2).

²⁸s 16.

²⁹Chapter III (ss 18-25).

³⁰See *S v Lamprecht* 1977 1 SA 246 (E), per Addleson J, Smallberger J concurring, where a father had struck his child of only a few months of age a hard blow, causing a depressed fracture of the skull. See also *S v Erasmus* 1973 4 SA 481 (T) where it was held to constitute "ill-treatment" to leave a warmly clad six-month old child in the sun in a locked car with the windows shut as the child was likely to, and did, suffer unnecessarily.

³¹18(1) and (2).

³²s 19.

³³s 21.

³⁴s 24.

³⁵s 25.

³⁶s 20(1).

such a child, in writing direct the person in whose custody the child is, to remove the child within a specified period to a hospital or other place similarly specified for such examination.³⁷

(d) *Removal of children to a place of safety*

Pending enquiry Any policeman, probation officer or authorized officer may remove a child from any place to a place of safety if he is, in his opinion a child in need of care or if there are reasonable grounds for believing that any offence mentioned in the first schedule to the act³⁸ is being or has been committed upon or in connection with that child³⁹ and shall as soon thereafter as may be, bring the child or cause him to be brought before the children's court of the district in which is situate the place from where the child was removed.⁴⁰

Moreover, any child alleged to be a child in need of care may be brought before the children's court of the district in which the child resides or happens to be by any policeman, probation officer or authorized officer or by a parent, guardian or other person having the custody of the child.⁴¹

Protected infant If it appears to any magistrate, commissioner of child welfare or justice of the peace that an infant within the area of his jurisdiction has been received by any person in contravention of the act or is a protected infant and is being maintained in circumstances detrimental to his welfare and that it is necessary that the infant be removed forthwith from the place where he is kept, he may by order in writing direct any person to remove the infant to a place of safety pending the making of other suitable provision for the custody of the infant.⁴²

Because of an offence disclosed during legal proceedings If it appears to any court in the course of any proceedings before that court or to a magistrate in the course of a preparatory examination that an offence mentioned in the first schedule to the act⁴³ has been or is being committed upon or in connection with any child or if the person having the custody of a child is by any such court or magistrate convicted of or committed for trial for any such offence, that court or magistrate may, if it or he deems it expedient, order that the child be taken to a place of safety and be brought as soon as may be thereafter before a children's court.⁴⁴

On sworn information of an offence If it appears to any magistrate, commissioner of child welfare or justice of the peace on information on oath given by any person that there is reasonable ground for suspecting that any offence mentioned in the first schedule to the act⁴⁵ is being or has been com-

³⁷s 20(2).

³⁸See note 17 supra.

³⁹s 26(1).

⁴⁰s 26(2).

⁴¹s 30(1).

⁴²s 27. See also note 19 supra.

⁴³See note 17 supra.

⁴⁴s 28.

⁴⁵See note 17 supra.

mitted upon or in connection with a child who is then within the area of his jurisdiction and that it is expedient that the child be taken to a place of safety, that magistrate, commissioner or justice of the peace may issue a warrant authorizing any policeman to search for the child and to take him to a place of safety to be there kept until he can be brought before a children's court.⁴⁶ Any policeman authorized by such a warrant to search for and remove a child may enter, by force if need be, any house or other premises mentioned in the warrant and may remove the child therefrom.⁴⁷

(e) *Criticism*

When introducing the added provision of a child being in a state of physical or mental neglect as qualifying as a child in need of care,⁴⁸ Mr Vorster, the then deputy minister of social welfare and pensions, reasoned that, without such an addition, it would be very difficult to act in connection with these matters because nowadays people do not like putting their noses into the affairs of their neighbours. But with respect, it is not only the neighbours who could, if not should, assist. Other persons who come to mind are teachers, religious officials and most of all doctors who, however, without being subjected to a (statutory) duty to report real or suspected cases of crimes having been committed upon children or else of child abuse, would not see their way clear to doing so. Is there, then, indeed a case for the interference of the legislator? In the various states of the United States of America there is now legislation which encourages the reporting of suspected cases of child abuse, such legislation no longer being confined to members of the medical profession; and also a number of provinces in Canada have reporting provisions.⁴⁹ In England the National Society for the Prevention of Cruelty to Children (NSPCC) is investigating the causes underlying parents' cruelty towards their children.⁵⁰ There is, in my view, in South Africa a case for setting up a commission of enquiry in regard to the incidence of child abuse in South Africa and the desirability, if any, of reporting provisions. Prima facie, at any rate, a statutory duty to report, particularly as regards members of the medical profession, has much to commend itself.

3 Powers of children's court

For the purposes of this article only⁵¹ the powers of the children's court in regard to children in need of care will be considered. They are as follows:

⁴⁶s 29(1).

⁴⁷s 29(2).

⁴⁸See sub III 1(i) above.

⁴⁹D Mendes da Costa *Studies in Canadian Family Law* 2 vols (Butterworth Toronto 1972 Suppl 1973) 75.

⁵⁰Eekelaar *Family Security and Family Breakdown* (Penguin Education, Law and Society 1971) 146-147; Bevan *Law relating to Children* (London 1973) 200.

⁵¹The other powers are: to make temporary custody orders in regard to children whose parents live apart (s 83); to deprive a parent living apart from the other of the parental power (s 60); to make contribution orders (ss 62-69); to make adoption orders (ss 70-82*bis*).

(i) to hold an enquiry and to determine whether a child brought before it is in need of care⁵² (at any time during the enquiry any medical officer in the service of the government may be ordered to examine that child);⁵³

(ii) to order that the child be returned to or remain in the custody of his parent or guardian or of the person in whose custody he was immediately before the commencement of the proceedings⁵⁴ (a children's court which has made such an order may also order that the child be placed on probation or under the supervision of a probation officer or of any person or association of persons who are working for the protection, welfare and reclamation of children);⁵⁵

(iii) to order that the child be placed in the custody of any suitable foster parent⁵⁶ (a children's court which has made such an order may also make the additional order referred to under (ii));⁵⁷

(iv) to order that the child be placed under the control of an approved agency;⁵⁸

(v) to order that the child be sent to a children's home;⁵⁹

(vi) to order that the child be sent to a school of industries;⁶⁰

(vii) to order, during a postponement or adjournment of the enquiry, that in the interim the child remain in a place of safety or be kept in an observation centre for observation or that the child be returned to the custody of its parents or guardian or the custody in which he was immediately before the commencement of the enquiry on such conditions as the court may prescribe;⁶¹

(viii) to order, before making an order in terms of (ii)–(vi) above or before effect can be given to such an order, that the child be kept in a place of safety or be kept in an observation centre for observation or be returned to the custody of its parent or guardian or of the person in whose custody the child was immediately before the commencement of the proceedings;⁶²

(ix) to summon a parent or guardian of a child to attend an enquiry⁶³ and to draw the attention of a parent to the provisions of section 73 (which lays down, for the purposes of proceedings for adoption, when a parent is deemed to have deserted a child).⁶⁴

⁵²S 30(2).

⁵³S 30(3).

⁵⁴S 31(1)(a).

⁵⁵S 31(2).

⁵⁶S 31(1)(b).

⁵⁷S 31(2).

⁵⁸S 31(1)(c).

⁵⁹S 31(1)(d).

⁶⁰S 31(1)(e).

⁶¹S 33.

⁶²S 31(7).

⁶³S 34.

⁶⁴S 31(8).

Further, when a child has been placed on probation,⁶⁵ the commissioner of the district where the child resides may direct any person to bring it before the children's court.⁶⁶ In such a case – as well as when a children's court has placed a child on probation⁶⁷ – that children's court may order that the child or his parent or guardian comply with such requirements as determined,⁶⁸ failure to do so being a criminal offence.⁶⁹

Those wide powers of the children's court notwithstanding, as far as possible⁷⁰ it must be sought to let the child grow up in its home rather than in an institution. Everything depends of course on all the facts. If there is for instance a real danger of a recurrence, a "battered" child would, it is considered,⁷¹ have to be removed.

IV THE NEGLECTED CHILD AND THE CRIMINAL COURTS

1 Jurisdiction of the ordinary courts

Juvenile delinquents are in South Africa tried by the ordinary courts. There are no juvenile courts nor have the children's courts jurisdiction to deal with criminal matters in cases where the accused is a juvenile. This is, in my submission,⁷² a matter for regret, for, there are courts, viz the children's courts, with special experience in juvenile matters. Juvenile delinquents are, however, not wholly overlooked as will presently be seen.

2 Special provisions for juvenile delinquents

There are indeed many special procedural provisions as far as juvenile delinquents or, as most of these provisions have it, accused persons under the age of eighteen years are concerned. For instance, if an accused under the age of eighteen years is in custody in respect of an offence in respect of which a police official or a court may release the accused on bail, such police official or court may, instead of releasing the accused on bail or detaining him in custody, place him in a place of safety, pending his appearance or further appearance before a court in respect of the offence in question or until he is otherwise dealt with in accordance with law.⁷³ There are greater powers to exclude the public⁷⁴ or to prohibit the publication of certain information.⁷⁵ Further provisions safeguard the proper representation of a child under the age of eighteen years.⁷⁶ It is, however, clearly beyond the

⁶⁵See (ii) and (iii) above.

⁶⁶s 31(3).

⁶⁷See (ii) and (iii) above.

⁶⁸s 31(4).

⁶⁹s 32.

⁷⁰See (ii), (vii) and (viii) above.

⁷¹See also D Mendes da Costa 82.

⁷²See "Proceedings of the Conference on 'Crime, Law and Community' held on 1-4 April 1975 at the University of Cape Town" 1976 *Acta Iuridica* 190.

⁷³s 71 (s 108). Unless other acts are specifically referred to, sections quoted are those of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 (soon to come into operation) whereas sections in brackets are those of the Criminal Procedure Act 56 of 1955 as amended.

⁷⁴s 153(3) (4) (5) and (6) (s 156(5) (6) (7) and (8)).

⁷⁵s 154(3) (s 386(2)).

⁷⁶ss 73(3) and 74(1) (ss 57(1) and 158).

scope of this article to elaborate on any of these or any other such provisions. The alternative open to a criminal judge to deal with a juvenile delinquent as a child in need of care rather than a criminal, must, however, be mentioned.

If during the trial in any court of a person under the age of eighteen years who is charged with any offence it appears to the court that he is a child in need of care and that it is desirable to deal with him in terms of the Children's Act 33 of 1960, it may stop the trial and order that the accused be brought before a children's court of competent jurisdiction and that he be dealt with under that act,⁷⁷ and if such an order is made after conviction, the verdict is of no force in relation to the person in respect of whom the order is made and is deemed not to have been made.⁷⁸

3 Verdict

Apart from a few exceptions which do not matter in this connection there cannot be a verdict of guilty unless there is *mens rea*. The law in South Africa has always been that a child over the age of seven years may be guilty of a crime, but if a child over seven and under fourteen years of age commits an unlawful act there is a rebuttable presumption that he was *doli incapax*.⁷⁹ The *Report of the Viljoen Commission of Inquiry into the Penal System of the Republic of South Africa*⁸⁰ has now recommended that legislation be considered with a view to raising the age limit for exemption from criminal responsibility to ten years (which would correspond with the law of England);⁸¹ a juvenile delinquent under that age to be dealt with in terms of the Children's Act 1960.⁸²

4 Sentence

(a) Introduction

It is beyond the scope of this article to deal generally with the question of what sentence should or could be imposed upon a juvenile delinquent. For, this is not a specific problem of the neglected child although a juvenile delinquent will sometimes, if not often or even mostly, fall into that category. The golden rule:

"What has to be considered is the triad consisting of the crime, the offender and the interests of society."⁸³

always applies; the juvenile delinquent⁸⁴ – or for that matter the neglected child – not being an exception. It may also be mentioned that it is here the practice to call for a probation officer's report⁸⁵ which is in fact sanctioned

⁷⁷s 254(1) (s 159(1)).

⁷⁸s 254(2) (s 159(2)).

⁷⁹Spiro *Law of Parent and Child* (3rd ed Cape Town 1971, with 1977 supplement) 182.

⁸⁰RP 78/1976 5 1 7 7 and 5 1 7 9 (2).

⁸¹Spiro 182 note 24.

⁸²33 of 1960 as amended.

⁸³*S v Zinn* 1969 2 SA 537 (A) 540G, per Rumpff JA, as he then was.

⁸⁴*S v Jansen* 1975 1 SA 425 (A) 427–428, per Botha JA.

⁸⁵*ibid* 428A.

by the act.⁸⁶ It has, however, been held that the failure to do so will not always and automatically warrant the setting aside of the sentence.⁸⁷

This apart, only a few further remarks are necessary to show that the law in South Africa is sufficiently elastic to cater also for the neglected child for the purposes of sentencing.

That a juvenile delinquent may in a particular case be treated altogether as a child in need of care, has already been mentioned.⁸⁸ If this could not be done or has not been done, regard must then be had to the general law in as much as it provides for special orders not imposing punishments on juveniles (b), prohibits certain sentences in the case of juveniles (c) or renders here particular sentences inadequate (d). In conclusion a special effect of a sentence imposed upon a juvenile will be considered (e).

(b) *Special orders not imposing punishments on juveniles*

Persons under the age of eighteen years Any court in which a person under the age of eighteen years is convicted of any offence may, instead of imposing any punishment upon him for that offence⁸⁹ –

(i) order that he be placed under the supervision of a probation officer; or

(ii) order that he be placed in the custody of any suitable person designated in the order; or

(iii) deal with him both in terms of (i) and (ii); or

(iv) order that he be sent to a reform school.⁹⁰

The words “instead of imposing any punishments” have the effect to exclude any punishments, but the term “may” again imports that the court has a discretion either to impose a punishment or to make any of the above orders.⁹¹ However, any court which sentences a person under the age of eighteen years to a fine or a whipping may, in addition to imposing that punishment, deal with him in terms of (i), (ii), (iii) or (iv) above.⁹²

Persons over the age of eighteen years Any court in which a person over the age of eighteen years, but under the age of twenty-one years, is convicted of any offence other than murder with reference to which the person concerned is not a woman convicted of the murder of her newly born child or there are, in the opinion of the court, no extenuating circumstances may,

⁸⁶s 274(1) (s 186(2)); see also *Report of the Viljoen Commission* (note 80) 5 1 5 1.

⁸⁷*S v Hlongwana* 1975 4 SA 567 (A) 571, per Rumpff CJ.

⁸⁸See IV 2 above.

⁸⁹The various punishments are set out in s 276(1) (s 329(1)). See also *S v Mathabathe* 1973 2 SA 411 (T), 412A (even if another statutory provision lays down a minimum punishment).

⁹⁰s 290(1) (s 342(1)).

⁹¹See also *R v Matseko* 1952 4 SA 12 (O); *R v Maduna* 1952 4 SA 588 (E) 589F and 590H, per Jennett J; *R v Lebethe* 1954 1 SA 258 (O). The law has since been amended.

⁹²s 290(2) (s 342(2)).

instead of imposing punishment upon him⁹³ order that he be placed under the supervision of a probation officer or that he be sent to a reform school.⁹⁴

Persons under the age of twenty-one years not complying with conditions of postponement of passing sentence. If a person under the age of twenty-one years does not comply with conditions of postponement of passing sentence, then the court may impose any competent sentence which may include an order which in case of such a person is competent instead of imposing punishment.⁹⁵

Reform school "Reform school" has here the meaning attached to it in the Children's Act 1960.⁹⁶ If the court so orders that a person be sent to a reform school, it may direct that such person be kept in a place of safety or in a place of detention until such time as the order of the court can be put into effect; but such person kept in a place of safety is to be transferred to a place of detention as soon as it may appear that the order cannot be put into effect within three weeks.⁹⁷

Period of supervision, custody or retention of juveniles The act provides for certain periods of supervision, custody or retention of juveniles,⁹⁸ and after the expiration of the period of retention of a person in a reform school he shall remain under the protection of the management of that reform school until he attains the age of twenty-one, twenty-three or twenty-five years respectively, depending on his age at the time of the making of the order.⁹⁹ But the minister of competent jurisdiction may, if he deems it necessary, extend the period of retention in a reform school, however not beyond the date of the expiration of the period of protection.¹⁰⁰

(c) *Prohibited sentences*

Habitual criminals No person shall be declared an habitual criminal if he is under the age of eighteen years.¹⁰¹

Whipping No female, whatever her age, shall be sentenced by any court to the punishment of a whipping.¹⁰² Nor shall a whipping be imposed by any court if it is proved that the existence of some psychoneurotic or psychopathic condition contributed towards the commission of the offence.¹⁰³

⁹³See also *S v Peters* 1974 1 SA 368 (N) 370B, where it was held that there could not be any combination of an order for the placing of the accused under the supervision of a probation officer with a sentence of imprisonment, albeit wholly suspended.

⁹⁴s 290(3) (s 342(3) (though somewhat different)).

⁹⁵s 297(9)(a) (s 352(6)(a) (also somewhat different)). See also note 90.

⁹⁶s 290(1)(d) (s 342(1)(d)), read together with s 1 of the Children's Act 33 of 1960 as amended.

⁹⁷s 290(4) (s 342(4)). For the meaning of "place of detention" and "place of safety" reference is made to s 1 of the Children's Act (preceding note). See further s 74 of the Prisons Act 8 of 1959 as amended.

⁹⁸s 291(1) (s 343(1)). These periods cannot be exceeded, see *S v Peters* 1974 1 SA 368 (N) 370A.

⁹⁹s 291(2) (s 343(2)).

¹⁰⁰s 291(3) (s 343(3)).

¹⁰¹s 286(2)(a) (335(3)(a)).

¹⁰²s 295(1) (s 346(1)).

¹⁰³s 295(2) (s 346(2)).

In this connection it may be mentioned that if a male person under the age of twenty-one years is convicted of any offence, whether such conviction is a first or a subsequent conviction, the court convicting him may, in lieu of any other punishment, sentence him to receive in private a moderate correction of a whipping not exceeding seven strokes, which shall be administered by such person and in such place and with such instrument as the court may determine.¹⁰⁴

Death sentence Where a person under eighteen years of age is convicted of murder, that is to say, where he was under that age at the time of the commission of the murder,¹⁰⁵ the death sentence is not compulsory, and the court may here impose any sentence other than the death sentence.¹⁰⁶ Only if a person convicted of murder was over the age of eighteen years when he committed the murder, is the death sentence compulsory unless there are extenuating circumstances,¹⁰⁶ but a teenager ought generally to be regarded as being immature and, therefore, be entitled to the finding of extenuating circumstances unless the circumstances are such that the court feels obliged to impose the death sentence.¹⁰⁷

(d) *Inadequate sentences*

The courts have again and again held certain sentences to be inadequate.

Prison It is as a rule not desirable to send a juvenile delinquent to prison on better remedies being available,¹⁰⁸ particularly if he is of tender age or¹⁰⁹ has no previous convictions.

Institutions Nor are institutions a satisfactory substitute for life at home. Juvenile delinquents should not, therefore, lightly be committed to institutions.¹¹⁰ For instance, detention in a reform school "does not always reform",¹¹¹ but it surely entails the danger of the delinquent coming into contact with other children of vicious tendencies.¹¹² If the parents are sufficiently responsible, a juvenile delinquent should rather be left in the custody of his parents¹¹³ although, of course, everything depends on all the circumstances.

(e) *Special effect of a sentence imposed on a juvenile*

A conviction of a child – the act should, in my submission, have said "a sentence imposed upon a child", for a conviction which does not lead to

¹⁰⁴s 294(1) (s 345(1) (maximum ten cuts)).

¹⁰⁵*R v Rainers* 1961 1 SA 460 (A).

¹⁰⁶s 277(2) (s 330(1) proviso)).

¹⁰⁷*S v Lehnberg* 1975 4 SA 553 (A) 561, per Rumpff CJ; *S v Van Rooi* 1976 2 SA 580 (A) 584, per Corbett JA. See also *S v Mapatsi* 1976 4 SA 721 (A) and *S v Ceaser* 1977 2 SA 348(A).

¹⁰⁸See (b) above.

¹⁰⁹*S v Ghoor* 1969 2 SA 555 (A) 559F, per Holmes JA.

¹¹⁰In re *R* 1951 2 SA 18 (SR), per Tredgold CJ.

¹¹¹*S v D* 1977 1 SA 759 (C) 760G, per Diemont J, Van Zijl JP concurring. The Viljoen commission (note 80, at 5 1 7 8) was, however, assured that the gains in complete reformation of boys and young men sent to a reform school were substantial.

¹¹²*S v Yibe* 1964 3 SA 502 (E) 505–506; *S v Jodwana* 1968 4 SA 367 (E) 368; *S v Shange* 1972 2 SA 555 (N).

¹¹³*S v Adams* 1971 4 SA 125 (C) 131–132, per Steyn J. See also above III 3 in fine.

a sentence of some kind, is so rare that practically it may be wholly disregarded – has not the effect of disqualifying such child from being employed in the service of the state or of any local authority or from being employed in or from carrying on any profession, trade or business.¹¹⁴

5 Excursus: parent, guardian, etc, being accused

In this connection it should not be altogether out of place to consider also the case where a parent, guardian, etc, has been charged for a crime or more particularly for a crime committed upon the child. In either instance may the child himself be affected, eg by the parent's, etc, absence due to his imprisonment.

The criminal law of procedure in South Africa is in my view sufficiently developed to accommodate such a case, due regard to be had at the sentencing stage to the true interests of the child concerned, and the only instance which deserves special mentioning is that of the battered child, so repeatedly here referred to.¹¹⁵

Not only is the battered child himself particularly conditioned, but also his parent, guardian, etc, who inflicted an injury upon him, may suffer from psychological disturbances, the now so-called battered child syndrome,¹¹⁶ possibly jeopardizing a conviction¹¹⁷ which would otherwise most probably have ensued on the grounds of assault, etc or at least ill-treatment.¹¹⁸ It is true that the Children's Act 1960,¹¹⁹ lists as a child in need of care ia one whose custodian has been convicted of committing upon him or in connection with him certain offences, particularly such involving bodily injury. However, before a verdict of guilty or not guilty is delivered, the child may in all the circumstances be removed to a place of safety and be brought thereafter before a children's court,¹²⁰ and an acquittal, if any, would also not necessarily be prejudicial to the instituting (or continuing) of proceedings for an enquiry as to whether the child in question is one in need of care and the appropriate measures being taken if so required. As was shown earlier,¹²¹ such a child may be one in need of care for a reason other than such conviction which after all is not the only ground of a child being one in need of care. □

¹¹⁴s 87 of the Children's Act 33 of 1960 as amended; and see Spiro 347. "Child" means in terms of s 1(ix) apart from a few exceptions mentioned therein, a person under the age of eighteen years (see above note 18).

¹¹⁵See above I 2, III 1 in fine, III 2(d) (sub *Pending enquiry*) and (e) and III 3 in fine.

¹¹⁶D Mendes da Costa 75 and 82.

¹¹⁷Eekelaar 147.

¹¹⁸See note 30 above.

¹¹⁹s 1(x)(c) and above III 1(c) of Act 33 of 1960 as amended.

¹²⁰s 26(1) and above III 2(d) (sub *Pending enquiry*).

¹²¹Above III 1 in fine and III 3 in fine.

Verjaarde MVA-eise en professionele nalatigheid

JJ Gauntlett

BA LLB BCL

Lid van die Kaapse Balie

Suid-Afrikaanse regspraak – veral van die jongste tyd – lewer by herhaling bewys hoe maklik 'n MVA-eis kan verjaar selfs nadat die voornemende eiser sy prokureur in die saak opdrag gegee het. Teen hierdie agtergrond het die wetgewer in 1974 ingegryp om in spesiale omstandighede ons howe toe te laat om nie die strenge verjaringsbepalings van die Wet op Verpligte Motorvoertuigversekering¹ af te dwing nie, mits die eis binne 90 dae vanaf die oorspronklike datum van verjaring ingestel word.² Die veelvuldige beslissings op die gebied gee aanleiding tot etlike vrae. Kan die nalatigheid van die derde party se prokureur by die laat instel van 'n aksie sodanige spesiale omstandighede uitmaak? Indien die nalatigheid eers na afloop van die 90-dae grasielperiode ontdek word, sodat die voornemende eiser nou finaal sy MVA-eis verbeur, het hy enige verhaalsreg teen sy prokureur? Indien wel, van watter aard? En welke faktore sou dan by beraming van die quantum van die eis in berekening gebring moet word?

VERJARING EN KONDONASIE

Die eerste vraag het 'n verwarrende verdeeldheid in provinsiale afdelings-beslissings tot gevolg gehad.³ In een groep beslissings is daar bevind dat die bepaling

“dat daar op grond van spesiale omstandighede nie redelikerwys van hom verwag kon word om voor die datum waarop die eis verjaar het, aan genoemde bepaling te voldoen nie”⁴

nie uitgelê kan word om in die reël die nalatigheid van die derde party se prokureur in te sluit nie.⁵ In teenstelling hiermee is daar bevind dat a 24(2)(a)

¹Wet 56 van 1972.

²a 24 (2) van Wet 56 van 1972 soos vervang deur a 50(1) van Wet 94 van 1974. Oor die berekening van die 90-dae tydperk sien *Fisher v Commercial Union Ass Co of SA Ltd* 1977 2 SA 499 (K).

³Vgl die opmerkings van appèlregter Kotze in *Webster v Santam Ins Co Ltd* 1977 2 SA 874 (A) 881C.

⁴a 24(2)(a)(i) van Wet 56 van 1972.

⁵*Chiliza v Commercial Union Ass Co Ltd* 1976 1 SA 917 (D) 922A-B; *Mapela v Marine & Trade Ins Co Ltd* 1977 1 SA 569 (E) 569H 570B; *Ramsamy v Shield Ins Co Ltd* 1977 2 SA 496 (D) 499A; *Santam Versekeringsmaatskappy Bpk v Snyman* 1976 4 SA 145 (T) 148A-E. Meer huiwerend is die uitspraak van regter Vos in *Fisher v Commercial Union Ass Co of SA* 1977 2 SA 499 (K).

“a wide and unfettered discretion” verleen wat ’n ondersoek na al die omstandighede van die saak verg,⁶ of, om dit meer gematig⁷ te stel:

“. . . when a default ensues, the attorney or agent is to blame for it more often than the claimant personally. The courts confronted with the question have consequently realised that to answer it in the negative would be to leave little or no room for relief in a very high proportion of cases. Confident that the Legislature must have appreciated this and could not have intended it when it went to the trouble of enacting sec 24(2)(a), they have chosen the affirmative answer instead. At the same time what has been stressed is that the carelessness of the attorney or agent does not necessarily or automatically amount to a ‘special circumstance’.”⁸

Hierdie bevestigende antwoord op ons eerste vraag is onlangs deur die appèlhof beaam. Die benadering van die eerste groep beslissings – “dat ’n kliënt gebonde is aan die nalatigheid van sy regsadviseurs en dat onkunde aangaande die vasgelegde verjaringstydperk nie ’n spesiale omstandigheid binne die betekenis van artikel 24(2) is nie”⁹ – is uitdruklik verwerp.¹⁰ Dit sou die las op die derde party verswaar deurdat “die derde party” en “hy” in artikel 24(2)(a)(i) en (ii) uitgebrei sou word om “die derde party en sy prokureur” te beteken.¹¹ Daar dien egter op gelet te word dat die appèlhof geweier het om te bevind dat artikel 24(2)(a) “a wide and unfettered discretion” aan die howe verleen het.¹² Daar is slegs gesê dat versuim deur ’n prokureur dikwels ’n “spesiale omstandigheid” binne die betekenis van die wet *mag* wees,¹³ en verder is daar obiter gewaarsku:

“It may well be that to attribute to a client the negligence of his attorney would be justifiable in cases where he (the client) is partly to blame through his supineness or otherwise for his attorney’s dilatoriness.”¹⁴

Soos reeds aangedui, verg kondonasië van die laat instel van ’n MVA-eis nie net bewys van ’n “spesiale omstandigheid” nie. Artikel 24(2)(b)(i) vereis dat die aansoek binne 90 dae vanaf die verjaringsdatum gedoen moet word. Wat is nou die posisie as ’n derde party, ten spyte daarvan dat hy redelike pogings aangewend het om vas te stel wie sy beserings veroorsaak het, na afloop van die 90 dae nog nie daarin kon slaag nie? Kan hy ’n beroep doen op a 12(3) van die Verjaringswet?¹⁵ Hierdie artikel bepaal soos volg:

⁶per regter Franklin in *Coetzer v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1976 2 SA 806 (T) 814G–H.

⁷Sien die kritiek op regter Franklin se benadering in *Webster v Santam Ins Co Ltd* 1977 2 SA 874 (A) 882B.

⁸per regter Didcott in *Kunene v Union National South British Ins Co Ltd* 1976 4 SA 782 (D) 790C. Sien verder *Singh v AA Mutual Ins Assoc Ltd* 1976 4 SA 257 (N) 261A–B; *Snyman v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1976 1 SA 393 (T) 395G–396G (ter syde gestel in *Santam Versekeringsmaatskappy Bpk v Snyman* 1976 4 SA 145 (T)); *Ngcobo v Van Zyl* 1977 2 SA 303 (D) 310H–311A; *Mashigo v Rondalia Ass Corp of SA* 1977 3 SA 431 (W). Vgl die omstandighede in *Nkisisimane v Santam* 1977 3 SA 998 (Tk) 1001C.

⁹per regter Hiemstra in *Santam Versekeringsmaatskappy Bpk v Snyman* 1976 4 SA 145 (T) 149A.

¹⁰*Webster v Santam Ins Co Ltd* 1977 2 SA 874 (A) 883H. Die verwysing na die *Snyman*-saak behoort “149A–B” te lui.

¹¹ibid 884A.

¹²ibid 882B.

¹³ibid 883H.

¹⁴ibid 884B.

¹⁵Wet 68 van 1969.

“n Skuld wat nie uit ooreenkoms ontstaan nie, word nie geag opeisbaar te wees voordat die skuldeiser van die identiteit van die skuldenaar en van die feite waaruit die skuld ontstaan, kennis dra nie: Met dien verstande dat ’n skuldeiser geag word sodanige kennis te dra indien hy dit deur die beoefening van redelike sorg kon bekom het.”

In *Wulfes v Commercial Union Ass Co Ltd*¹⁶ het regter Harcourt hierdie vraag bevestigend beantwoord: die Verjaringswet sou in hierdie verband ’n “gloss” op die MVA-wet daarstel. Meer onlangs het regter Miller hierdie benadering oortuigend gekritiseer en verwerp.¹⁷ Die probleem word pittig gestel en beantwoord:

“Because the two sections contain different and conflicting provisions regarding the same subject-matter . . . they cannot co-exist – one must yield to the other and it appears to me that s 16 of the Prescription Act tells us which is to yield.”¹⁸

Vir die derde party wat eers na afloop van die 90-dae tydperk van gracie besef dat sy eis verjaar het, is daar dus geen moontlikheid van kondonasië ingevolge artikel 24(2)(a) nie. Hy het sy MVA-eis finaal verbeur. En nou ontstaan die vraag of hy enige verhaalsreg teen sy prokureur het in omstandighede waar die verbeuring aan die versuim van die prokureur te wyte is, en indien wel, wat die aanspreeklikheidsvereistes vir sy aksie is. Oor dié aangeleentheid is daar tot dusver geen Suid-Afrikaanse beslissings nie.

AANSPREEKLIKHEID VAN PROKUREURS

In etlike beslissings oor kondonasië ingevolge artikel 24(2)(a) is daar melding gemaak van “versuim” en “nalatigheid” sonder dat die begrippe nader ontleed moes word.¹⁹ Professionele nalatigheid as ’n aanspreeklikheidsvereiste kan slegs omlin word teen die agtergrond van die besondere aard van die prokureur-kliënt-verhouding. Dié verhouding is kontraktueel van aard en wel een *ex mandato*.²⁰ Volgens Huber

“volgt [hieruit] dat hy gehouen is tot de selve sorge en neerstigheyt, als andere last-hebbers, te weeten, tot de grootste en naukeurigste die men soude konnen by-brenge[n].”²¹

Culpa levissima is die maatstaf “*ut non solum dolum sed et culpam etiam levissimam praestare debet*”.²² By aanvaarding van sy mandaat, ontstaan daar pligte “*uberrimae fidei* – . . . the highest possible degree of good faith . . . a vigorous

¹⁶1969 2 SA 31 (N).

¹⁷*Sien Apalamab v Santam Ins Co Ltd* 1975 2 SA 229 (D) 233G.

¹⁸ibid 233F. Die beperking van a 12(3) van die Verjaringswet tot omstandighede waar die derde party *non compos mentis* is (234E), is egter ongegrond en onaanvaarbaar. Die duidelike statutêre toets is of die derde party die vereiste kennis gehad het of dit redelikerwys kon bekom – vgl *Wulfes v Commercial Union Ass Co Ltd* 1969 2 SA 31 (N) 36H.

¹⁹*Sien by Webster v Santam Ins Co Ltd* 1977 2 SA 874 (A) 883G; *Kinene v Union National South British Ins Co Ltd* 1976 4 SA 782 (D) 790D; *Santam Versekeringsmaatskappy Bpk v Snyman* 1976 4 SA 145 (T) 145E. *Sien verder Nkisisane v Santam* 1977 3 SA 998 (Tk) 1000C-D.

²⁰Voet *Commentarius ad Pandectas* 3 3 17; Huber *Heedensdaegse Rechtsgeleertheit* 4 17 6, 7; *C* 4 35 13, 21. *Sien ook Gluckman v Winter* 1931 AD 449 450; *Botha v Thermistocleous* 1966 1 SA 107 (T) 111E; *Honey & Blanckenberg v Law* 1966 2 SA 43 (R) 46E.

²¹op cit 4 17 26.

²²*Heineccius Elem Pand* 17 1 233; Voet op cit 17 1 9; Huber op cit 4 17 14; Van Leeuwen *Het Roomsche Hollandsche Recht* 5 11 3; Van der Linden *Verhandeling over de Judicieele Practyq* 1 8 7, 2 16 1; Wessels *Law of Contract* (1e uitg) par 2093.

accuracy in minutiae.”²³ Daar kan natuurlik omstandighede wees waar ’n prokureur bloot as verteenwoordiger optree en nie qua prokureur nie. Laasgenoemde hoedanigheid behels enige sake waarby sy regs-kennis en -ervaring hom ’n voordeel bo ’n gemiddelde man, ’n leek, sou gee.²⁴ Uit die feit dat hierdie onderskeid getref word, blyk dat prokureurs wel onderworpe is aan strengere vertrouenspligte as gewone lashebbers. Al ontstaan ’n prokureur se pligte teenoor sy kliënt ex mandato, soos wel kripties by wyse van keiserlike edik bepaal word,²⁵ is die aanspreeklikheid van procuratores selfs destyds afgesonder en met nog hoër maatstawwe gemeet.²⁶ Dit is in hierdie lig dat Huber se gelykstelling met gewone lashebbers vertolk en gekwalifiseer moet word.²⁷ Klaarblyklik het die uitvoering van die prokureur se mandaat met verloop van tyd ’n saak van openbare belang geword wat die geleidelike ontwikkeling van strengere vertrouensvereistes en toesig deur die howe tot gevolg gehad het.²⁸ ’n Prokureur wat in sy professionele hoedanigheid optree, is dus ’n lashebber – maar dan beslis ’n lashebber sui generis.

Teen dié kontraktuele agtergrond kan die vraag van die aanspreeklikheid van prokureurs vir professionele nalatigheid oorweeg word. Die aanvaarde maatstaf in ons reg is die volgende:

“An attorney’s liability arises out of contract and his exact duty towards his client depends on what he is employed to do . . . In the performance of his duty or mandate, an attorney holds himself out to his clients as possessing adequate skill, knowledge and learning for the purpose of conducting all business that he undertakes. If, therefore, he causes loss or damage to his client owing to a want of such knowledge as he ought to possess, or the want of such care as he ought to exercise, he is guilty of negligence giving rise to an action for damages by his client . . .”²⁹

Die praktiese vertolking en toepassing van hierdie maatstaf lewer egter bepaalde probleme op. Soos reeds aangedui, het ons ou skrywers ’n besonder hoë standaard van sorgsaamheid vereis – wat geensins met die vestiging van die prokureursberoep aan die Kaap verflou het nie.³⁰ In *Honey* se saak is onder invloed van Engelse gewysdes,³¹ en moontlik ook versweë beleidsoorwegings, egter besluit dat “[h]e will not be guilty of negligence merely because he committed an error of judgement whether on matters of discretion or law.”³²

²³Van Zyl *Judicial Practice of South Africa* (4e uitg) 33 goedgekeur in *Goodrich & Son v Auto Protection Ins Co Ltd* 1967 2 SA 501 (W) 504G.

²⁴*Ellert v CIR* 1957 1 SA 483 (A) 491G; *De Villiers v McIntyre* 1921 AD 425 429–430 434; *IA Essack Family Trust v Kathree* 1974 2 SA 300 (D) 306F; *Mouton v Die Mynwerkersunie* 1977 1 SA 119 (A) 142F.

²⁵C 4 35 21.

²⁶C 4 35 13.

²⁷Sien vn 21 supra en vgl Huber 4 17 14.

²⁸Vgl verder Van Leeuwen op cit 5 11 13; Van der Linden op cit 1 8 7, 2 16 1; Hahlo en Kahn *Union of S.A.: Development of its Laws and Constitution* (1960) 200 et seq; Wessels *History of Roman-Dutch Law* (1908) 196–198.

²⁹per regter Goldin in *Honey & Blanckenberg v Law* 1966 2 SA 43 (R) 46E; goedgekeur in *Mouton v Die Mynwerkersunie* 1977 1 SA 119 (A) 142H.

³⁰Sien vn 28 supra.

³¹*Lewis v Collard* 139 ER 86; Halsbury *Laws of England* (3rd ed) vol 36 par 135.

³²1966 2 SA 43 (R) 46H–47A.

Hierdie begreping van aanspreeklikheid is klaarblyklik in stryd met die strenge maatstaf van culpa levissima wat ontwikkel is. Dit is heeltemal tereg nie deur die appèlhof gevolg sonder dat na die egte Romeins-Hollandse benadering verwys is nie.³³ Slegs is daarop gewys dat aanspreeklikheid kan ontstaan waar die oordeelsfout juis te wyte is aan 'n gebrek aan die kant van 'n prokureur "aan die vereiste graad van kennis, vaardigheid of sorg."³⁴

Dit is te betreur dat die appèlhof self nie hierdie "vereiste graad" nader omlin het nie. In der waarheid dra die verwysing³⁵ na *Tonkwane Sawmill Co Ltd v Filmalter*³⁶ geensins by tot 'n opheldering van die "vereiste graad" nie. In daardie saak (weer eens bloot op gesag van 'n paar Engelse gewysdes en sonder verwysing na die posisie van die Romeins-Hollandse mandatarius) het regter Boshoff besluit dat "an auditor is not an insurer and that in the discharge of his duty he is only bound to exercise a reasonable amount of care and skill . . ."³⁷ Die geïmpliseerde toepassing deur die appèlhof van hierdie deliktuele toets by mandaatbreuk misken die culpa levissima-maatstaf vir die mandatarius in die algemeen en die prokureur by uitstek.³⁸

Wat bedoel appèlregter Wessels dan deur "die vereiste graad van kennis, vaardigheid of sorg"? Hier word die *Honey*-toets, met voormelde kwalifikasie, aanvaar:

"Where an action is brought by the client against his attorney for negligence, the latter must prove that there was such a want of skill or care as to amount to a breach of contract. The test for establishing negligence is whether he has been proved to have been guilty of such failure as no attorney of ordinary skill would be guilty of if acting with reasonable care."³⁹

Dit sou heeltemal aanvaarbaar gewees het – mits appèlregter Wessels dit duidelik gemaak het dat uberrima fides en diligentia quam suis rebus juis van die deursnee-prokureur verwag word, en dat culpa levissima kontrakbreuk sal daarstel. Daar word egter volstaan met "wat redelikerwys van die deursnee-prokureur verwag kan word"⁴⁰ sonder dat daar enigsins verwys word na die strenge gemeenregtelike las op alle mandatarii, en prokureurs in die besonder, en sonder dat die beroep op Engelse gewysdes in die verband deur provinsiale howe⁴¹ in die regte perspektief geplaas word. "Redelikerwys" is niksseggend: dit kan tog nie beteken dat iets meer as culpa levissima vereis word nie, veral nie in die lig van appèlregter Wessels se voormelde kwalifisering van *Honey* se saak nie.⁴²

³³*Mouton v Die Mynwerkersunie* 1977 1 SA 119 (A) 143B. Vgl C 4 35 13, 21; Voet op cit 3 3 17; Huber op cit 4 17 14, 26.

³⁴ibid.

³⁵ibid 142H.

³⁶1975 2 SA 453 (W).

³⁷455B. My kursivering.

³⁸Regter Boshoff se verwysing (455A) na *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438 444 – waar die toets van "reasonable skill and care" en nie "the highest possible degree of professional skill" aanvaar is nie – kan natuurlik nie vir die vasstelling van kontrakbreuk geld nie. Die vraag daar is of culpa levissima wel voldoende is om 'n skending van die mandatarius se pligte daar te stel.

³⁹*Honey & Blanckenberg v Law* 1966 2 SA 43 (R) 46H, goedgekeur in *Mouton v Die Mynwerkersunie* 1977 1 SA 119 (A) 142H.

⁴⁰142H 143D 143G 144A.

⁴¹*Honey & Blanckenberg v Law* 1966 2 SA 43 (R) 46E-47A; *Bruce v Berman* 1963 3 SA 21 (T) 23G.

⁴²Sien vn 33 supra.

Dit is nie die enigste probleem wat ontstaan nie. Die vroeë provinsiale beslissings het beklemtoon dat aanspreeklikheid in hierdie omstandighede ex contractu ontstaan, en nie ex delicto nie.⁴³ In *Broderick Properties (Pty) Ltd v Rood*⁴⁴ bevind regter Boshoff dat 'n aksie ex delicto wel moontlik is sonder dat daar na die *Bruce*-beslissing verwys word.⁴⁵ Daar is in beginsel geen rede hoekom 'n kliënt nie ook 'n eis ex delicto teen sy prokureur sal kan instel nie. Maar soos die feite van die *Broderick*-saak aantoon, sal daar bewys moet word dat 'n sg "duty of care" bestaan het.⁴⁶

Daar is reeds opgemerk⁴⁷ dat die toets vir deliktuele aanspreeklikheid nie "the highest possible degree of professional skill" is nie, maar slegs "reasonable skill and care". Daar sal egter ook onthou word dat selfs culpa levissima in stryd is met die redelike sorgsaamheid van die deursnee-prokureur.⁴⁸ Hier ook het aanspreeklikheid dan 'n lae drumpel - iets wat klaarblyklik uit die oog verloor is in *Tonkwane* se saak en wat die appèlhof met respek ook in *Mouton* se saak in sy regte perspektief behoort te geplaas het. Die kriptiese verwysing na *Tonkwane* se saak (wat bloot oor deliktuele aanspreeklikheid gaan) in dieselfde asem as die *Honey*- en *Bruce*-beslissing⁴⁹ (wat bloot oor aanspreeklikheid ex contractu handel) skep net verwarring. Enersyds skyn appèlregter Wessels onbewus te wees van die benadering wat in slaafse navolging van die Engelse gewysdes en in stryd met *Broderick* se saak⁵⁰ aanspreeklikheid as slegs kontraktueel beskou.⁵¹ Andersyds is daar deurgaans die versuim om die culpa levissima-maatstaf vir mandatarii onomwonde toe te pas.

NALATIGHEID EN VERJARING

Dit blyk dus dat 'n prokureur sowel ex contractu as ex delicto aanspreeklik kan wees waar culpa levissima in die uitvoering van sy professionele pligte aan sy kliënt vermoënskade veroorsaak. Hierdie gevolgtrekking word gesteun deur dicta aangaande nalatigheid in etlike uitsprake oor die verjaring van MVA-eise. Die appèlhof het selfs onlangs in hierdie verband bevind dat

⁴³*Bruce v Berman* 1963 3 SA 21 (T) 23G; *Honey & Blanckenberg v Law* 1966 2 SA 43 (R) 46E-47A in navolging van *Groom v Crocker* 1939 1 KB 194 (AC); *Clark v Kirby-Smith* 1964 2 All ER 835; *Bagot v Stevens Scanlen & Co* 1964 3 All ER 577. Sien verder *Halsbury* vol 36 par 135.

⁴⁴1964 2 SA 310 (T).

⁴⁵Sien die kritiek deur Morris *Technique in Litigation* (2de uitg 1975) 45 vn 78.

⁴⁶315A-D. Die vereiste van 'n voorafgaande handeling om aanleiding te gee tot aanspreeklikheid ex omissione (315A) val feitlik weg na die beslissings in *Regal v African Superslate* 1963 1 SA 102 (A) en *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A). Sien verder Van der Walt (1976) 1 TSAR 101.

⁴⁷*Tonkwane Sawmill Co Ltd v Filmalter* 1975 2 SA 453 (W) 455A; *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438 444.

⁴⁸Sien vn 38 supra.

⁴⁹142H.

⁵⁰1964 2 SA 310 (T).

⁵¹*Bruce v Berman* 1963 3 SA 21 (T); *Honey & Blanckenberg v Law* 1966 2 SA 43 (R).

"[a] lay client, like each of the appellants, is ordinarily entitled to regard an attorney duly admitted to the practice of the law as a skilled professional practitioner. Ordinarily he places considerable reliance upon the competence, skill and knowledge of an attorney and he trusts that he will fulfil his professional responsibility."⁵²

En soos ons reeds gesien het, is daar in *Mouton* se saak beklemtoon dat selfs 'n oordeelsfout deur 'n prokureur aanspreeklikheid tot gevolg kan hê.⁵³ Vanselfsprekend sal elke geval 'n individuele feiteondersoek verg wat die aard van die prokureur se mandaat⁵⁴ en die omringende omstandighede in aanmerking sal moet neem.

Bewys van nalatigheid is egter nie genoeg nie.⁵⁵ Die kliënt wat ex contractu ageer, moet nie net kontrakbreuk bewys nie maar ook dat sy MVA-eis sou geslaag het indien sy prokureur se nalatige versuim nie plaasgevind het nie.⁵⁶ Die Engelse benadering is om ook faktore soos die moontlikheid dat die eis geskik kon gewees het, in aanmerking te neem.⁵⁷ 'n Soortgelyke wyse van optrede is deur die appèlhof in *Mouton* se saak gevolg.⁵⁸ Daar het die prokureur beweer dat die omvang van die kliënt se skade nie vasgestaan het nie aangesien 'n dividend uit 'n sekere insolvente boedel nog nie bepaal was nie.⁵⁹ Appèlregter Wessels het bevind dat die hof a quo 'n raming van die waarskynlike dividend moes gemaak het: die maatstaf sou dan eenvoudig 'n "oorwig van waarskynlikhede" wees.⁶⁰ Hierdie benadering sal ongetwyfeld gevolg word in enige toekomstige beslissing wat met die probleem van beraming van die quantum in die konteks van verjaarde MVA-eise te doen kry.⁶¹

SLOT

Die implikasies van die *Mouton*-⁶² en *Webster*⁶³-beslissing saamgelees, sou onomwonde antwoorde op ons vrae kón verskaf het. *Webster* se saak het wel duidelikheid oor die vertolking van artikel 24 van Wet 56 van 1972 teweeggebring. Ongelukkig het *Mouton* se saak nie dieselfde uitwerking gehad nie. Die ware aard van die prokureur-kliënt-verhouding is nie vol-

⁵²*Webster v Santam Ins Co Ltd* 1977 2 SA 874 (A) 883G per appèlregter Kotze. Sien ook *Coetzer v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1976 2 SA 806 (T) 814F; *Snyman v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1976 1 SA 393 (T) 395F-H; *Chiliza v Commercial Union Ass Co Ltd* 1976 1 SA 917 (D) 921G; *Nkisimane v Santam* 1977 3 SA 998 (Tk) 1001C-D.

⁵³Sien vn 33 supra.

⁵⁴*Tonkwane Sawmill Co Ltd v Filmalter* 1975 2 SA 453 (W) 454H; *Honey & Blanckenberg v Law* 1966 2 SA 43 (R) 46E.

⁵⁵*Mouton v Die Mynwerkersunie* 1977 1 SA 119 (A) 143D; *Kunene v Union Nat S Br Ins Co Ltd* 1976 4 SA 781 (D) 790B-E; *Tonkwane Sawmill Co Ltd v Filmalter* 1975 2 SA 453 (W) 455B.

⁵⁶*Kitchen v RAF Assoc* 1958 1 WLR 563 (CA); *Halsbury* vol 36 bl 99-100; *English and Empire Digest* vol 43 par 1065-1066; *McGregor On Damages* (13e uitg 1972) 924; *Morris* op cit 46.

⁵⁷*Malyon v Lawrence Meser & Co* 1968 122 SJ 623; *McGregor* op cit 269; *Halsbury* vol 36 bl 99-100.

⁵⁸1977 1 SA 119 (A) 147D 148A.

⁵⁹144G.

⁶⁰148A.

⁶¹Sien *Morris* op cit 46 en verder vn 56 supra.

⁶²1977 1 SA 119 (A).

⁶³1977 2 SA 874 (A).

ledig uiteengesit nie. Die aanvaarding van die Engelse benadering – en veral die stelling dat aanspreeklikheid slegs ex contractu kan ontstaan – is nie behoorlik gekwalifiseer nie. Daar is slegs 'n dowwe en onsekere weerklank van die Romeins-Hollandse maatstaf van culpa levissima vir aanspreeklikheid ex mandato. *Broderick* se saak⁶⁴ word nie gemeld nie en *Tonkwane* se saak⁶⁵ word sonder kwalifikasie blykbaar op aanspreeklikheid ex contractu gebaseer.

Ten spyte van hierdie mate van vertroebeling staan dit vas dat 'n prokureur sowel deliktueel as kontraktueel teenoor sy kliënt aanspreeklik kan wees vir vermoënskade wat deur sy nalatigheid veroorsaak word. Indien die kliënt ex mandato ageer, moet hy kontrakbreuk bewys en wel in die vorm van 'n gebrek aan oplettendheid of 'n oordeelsfout wat nie van die deursnee-prokureur verwag word nie. 'n Besondere hoë graad van kennis, sorg en vaardigheid word van mandatarii in die algemeen en prokureurs in die besonder verwag. Selfs culpa levissima sal kontrakbreuk daarstel. Daarbenevens moet die kliënt bewys dat sy MVA-eis sou geslaag het. By die beraaming van die quantum sal faktore soos die moontlikheid dat die eis geskik kon gewees het, in berekening gebring word.

Dit beteken dat daar 'n groot verantwoordelikheid op die besige praktisyn rus. Selfs die Romeinse keisers en ons ou skrywers het dit terdeë besef⁶⁶ maar vir hulle was dit die onvermydelike prys wat betaal moes word vir die eer van die beroep.⁶⁷ Dit is om hierdie rede dat Huber die kerntoets so ontoegeefflik stel – naamlik dat niks minder tog vereis kan word as “de grootste en naukeurigste [sorg] die men soude konnen bybrengen”.⁶⁸ □

[A] wife suffers more through losing a husband than vice versa. Despite altered mores, a woman in South Africa remains the hunted rather than the huntress. A man can go out and find a replacement for an adulterous wife whereas a woman must wait to be invited out for even an evening at the cinema.

per Van den Heever J in Chapman v Chapman 1977 4 SA 142 (NC) 144.

⁶⁴1964 2 SA 310 (T).

⁶⁵1975 2 SA 453 (W).

⁶⁶Vgl bv C 4 35 13, 21; Voet op cit 3 3 17.

⁶⁷Sien verder Van Leeuwen op cit 5 11 13; Van der Linden op cit 1 8 7, 2 16 1.

⁶⁸Huber op cit 4 17 26.

Weer eens nalatige wanvoorstelling

Pieter Pauw

BA LL.D.

Randse Afrikaanse Universiteit

SUMMARY

Delictual liability for negligent misrepresentation has long been a bone of contention in South African law. In *SA Bantoetrust v Ross & Jacobs*¹ 1977 3 SA 194(T) Coetzee J positively stated, although in the exception stage, that such liability did exist.

The author thinks that in spite of opinions to the contrary the concept of *damnum* in Roman Dutch law was already wide enough to embrace pure economical loss. Thus there is historically no objection against classifying this delict under the *actio legis Aquilia*.

A further problem, mentioned by the learned judge, is which criteria should be applied to prevent unbridled liability. It is submitted that more emphasis should be placed on the aspect (element) of wrongfulness. Wrongfulness need not only be the infringement of a subjective right, but can also consist in the breach of a duty. A new criterion should be developed by looking comparatively at foreign legal systems such as Dutch law.

1 In *SA Bantoetrust v Ross & Jacobs*¹ het die bestaan van 'n deliktuele eisgrond gebaseer op nalatige wanvoorstelling op eksepsie na vore gekom. Die eksipiënt, gerugsteun deur *Hamman v Moolman*² en *Latham v Sher*,³ het sy argument gebaseer op die afwesigheid van sodanige eisgrond in ons reg. Regter Coetzee onderskei⁴ hierdie gevalle van die onderhawige aangesien dit daar gegaan het om nalatige wanvoorstelling wat kontraksluiting tot gevolg gehad het.

Na 'n verwysing na *Pertman v Zoutendyk*⁵ en die feit dat die appèlhof in *Herschel v Mrupe*⁶ nie nalatige wanvoorstelling as eisgrond verwerp het nie, volg die belangrike passasie:

"Ek twyfel of daar 'n enkele akademiese kommentator tans oor is wat gekant is teen so 'n aksie. Niemand is namens die eksipiënt aangehaal nie. Dit sluit natuurlik nie kritiek op sommige van Watermeyer, R, se redenasies en motiverings in *Pertman v Zoutendyk*, supra, in nie, wat 'n ander saak is as sy gevolgtrekking dat so 'n aksie

¹1977 3 SA 194 (T).

²1968 4 SA 340 (A).

³1974 4 SA 687 (W).

⁴186H-187A. Hierdie onderskeid is, met respek, ten onregte. In die geval van nalatige wanvoorstelling wat aanleiding gee tot 'n kontrak het mens in wese ook te doen met 'n onregmatige daad. Waarom moet daar dan nou 'n onderskeid gemaak word bloot omdat by die een geval die skade daarin bestaan dat 'n nadelige kontrak aangegaan is? Vir 'n beter benadering sien die Engelse Court of Appeal in *Esso Petroleum Co v Mardon* 1976 2 All ER 5.

⁵1934 CPD 151.

⁶1954 3 SA 464 (A).

wel onder ons actio legis Aquiliae tuisgebring kan word . . . Dit is myns insiens essensieel 'n aanspreeklikheidsbegreningsprobleem en nie 'n aanspreeklikheidsbestaansprobleem nie. Ek glo dit is selfs nie meer argumenteerbaar dat so 'n aanspreeklikheidsgrond nie bestaan nie. Dit is bloot 'n vraag of in besondere omstandighede die spreker regtens verplig was om versigtig te praat."⁷

Dit is die eerste keer sedert *Perlman v Zoutendyk* dat 'n hof hom so on dubbelsinnig uitlaat oor die aard van die aksie en die omstandighede waarin dit ingestel kan word.

2 Die regter keur die beslissing in die *Perlman*-saak goed dat mens in sodanige soort gevalle te doen het met aanspreeklikheid wat gebaseer is op die actio legis Aquiliae soos dit in ons reg ontwikkel het. Ook hierdie aspek van die *Perlman*-saak het nie onbevraag gebly nie. Onlangs het Susan Scott⁸ 'n uitvoerige studie oor nalatige wanvoorstelling gemaak en tot die gevolgtrekking gekom dat daar nie in die Romeins-Hollandse reg algemene aanspreeklikheid uit hoofde van die actio legis Aquiliae bestaan het vir gevalle waar dit om suiwer vermoënskade gehandel het nie. Gevalle waar aanspreeklikheid wel erken is, is die gevalle van 'n landmeter, aktuaris, notaris en boekhouer. Volgens mev Scott⁹ was hierdie aanspreeklikheid gebonde aan die beroep wat hierdie mense bekleed het en was dit nie gevalle van Aquiliese aanspreeklikheid nie.

Ten spyte van haar bevindings kan tog iets gesê word vir die idee dat die gevalle wat deur haar as beroepsaanspreeklikheid beskou word, voorbeelde is van die aanwending van die actio legis Aquiliae en sy uitbreidings. Die sleutel moet gesoek word in die begrip *damnum*. Daar word taamlik algemeen aanvaar dat *damnum* in die geval van Aquiliese aanspreeklikheid beteken het dat daar een of ander verband met 'n saak geverg is vir aanspreeklikheid.¹⁰ Dit het nie noodwendig beteken dat daar skade aan die saak aangerig moes wees nie maar wel dat 'n saak betrokke was – hier dink mens aan die geval waar 'n slaaf vrygelaat word en die eienaar as gevolg daarvan skade ly.¹¹ *Damnum* het egter nie beteken dat fisiese skade aangerig moes wees nie. Soos Daube aangetoon het, was dit geleë in die verlies van 'n belang¹² wat aangetas is.

Van die Romeinse tyd na die Romeins-Hollandse reg het die begrip *damnum* in verband met die actio legis Aquiliae ook verander. In die Romeinse tyd was verlies in verband met 'n saak 'n vereiste. Nou het gevalle na vore gekom wat dui op 'n ander opvatting. Eerstens was vermoënskade wat voortgevloei het uit die doding van vrye persone ook ingevolge die Aquiliese aksie verhaalbaar. Tweedens was daar skrywers wat 'n aksie op grond van suiwer vermoënskade nie ontsê het nie. So noem Van Bynkershoek¹³ die geval waar daar suiwer vermoënskade gely is een van *damnum*

⁷187D-G.

⁸"Nalatige Wanvoorstelling as Aksiegrond in die Suid-Afrikaanse Reg" 1976 *THRHR* 347 ev, 1977 *THRHR* 58 ev en 165 ev.

⁹1977 *THRHR* 175.

¹⁰Lawson *Negligence in the Civil Law* (1950) 26-27.

¹¹*J* 4 3 16.

¹²"On the Use of the Term *Damnum*" *Studi in onore di Siro Solazzi* (1948) 93 ev.

¹³*Observationes Tumultuariæ* 1195. Sien ook JH Boehmer *Consultationes et decisiones iuris* 2 1, *Responsum* 209 (bl 284-286 in die edisie Halae-Magdeburgicæ 1734). Hier het iemand

culpa datum. Dit lyk na niks anders nie as 'n aanduiding dat dit hier gaan om die actio legis Aquiliae of een van sy derivante.

Verder moet in gedagte gehou word dat die skrywers van die Romeins-Hollandse reg nie almal die Romeinsregtelike sistematiek gevolg het nie. So het Hugo de Groot 'n ander sisteem daargestel en baie invloed gehad. Hier dink mens aan De Groot se *Inleidinge* 3 37 wat oor vermoënskade in die algemeen handel: "Misdaed tegens goed."

De Groot se sisteem is gevolg deur Van Leeuwen en Van der Keessel. Daar het die besondere aksies nie 'n groot rol gespeel nie. In die praktyk tref mens baie voorbeelde aan waar daar geen spesifieke motivering gegee word waarom op 'n bepaalde wyse beslis is nie. Dit is duidelik, byvoorbeeld, dat die aanspreeklikheid uit onregmatige daad voortvloei maar daar word nie gesê op welke aksie die aanspreeklikheid gebaseer word nie. Dieselfde is myns insiens van toepassing op die sogenaamde gevalle van beroepsaanspreeklikheid. Die feit dat die grondslag van aanspreeklikheid nie genoem word nie, sluit nie die aanwending van die actio legis Aquiliae uit nie.

Indien mens die historiese grondslag van nalatige wanvoorstelling wil soek, help dit nie om na voorbeelde in die gemene reg te soek nie. Die rede hiervoor is voor-die-hand-liggend: in die destydse regswêreld het dieselfde mate van ontwikkeling nog nie geheers nie en was dit nie moontlik om so maklik skade te veroorsaak as gevolg van gebare en voorstellings nie. Mens kan sê dat daar destyds nog geen behoefte bestaan het aan so 'n vorm van aanspreeklikheid nie. Aanspreeklikheid vir nalatige wanvoorstelling is eintlik nuwe wyn in ou vate: die beginsels van Aquiliese aanspreeklikheid word toegepas op nuwe situasies. Daar is egter 'n verfyning deurdat die verlies wat gely is glad nie meer sigbaar is nie en die handeling baie meer subtiel is as die hou oor die kop of slag met die swaard.

3 Dit is nie verbasend dat nalatige wanvoorstelling so lank 'n twyfelagtige bestaan gevoer het nie. Aan die een kant was daar die gedagte dat suiwer vermoënskade net in uitsonderlike gevalle vergoedbaar moes wees.¹⁴ Dan is daar ook die vraag of aanspreeklikheid vir woorde en positiewe fisiese handelinge op dieselfde voet moet geskied.¹⁵ Verder is daar ook 'n regs-politieke oorweging, naamlik in welke geval iemand verplig kan word om te praat – met ander woorde, is dit goed dat die reg in sommige gevalle voorskryf dat iemand verplig is om tot 'n handeling oor te gaan en dan nog aanspreeklik kan wees as hy nie voldoende sorg aan die dag gelê het nie? Dit word nog ernstiger as iemand verplig word om te *praat* (wat so maklik gebeur) en hy dan aanspreeklik gehou kan word vir die skade wat uit sy

geld geleen en weens die een of ander fout word die kwitansie vir minder uitgemaak. Daar word gesê dat die persoon aanspreeklik is weens levissima culpa. Daar word nie gesê dat dit hier gaan om Aquiliese aanspreeklikheid nie, maar uit die strekking van die teks en die verwysings daarin kan die afleiding wel gemaak word. Boehmer is streng gesproke nie 'n skrywer van die Romeins-Hollandse reg nie, maar as lid van die usus modernus pandectarum-skool is hy nie onbelangrik vir die Romeins-Hollandse reg nie. Die aard van hierdie twee skole was baie dieselfde en die landsgrense het nie die oor-en-weer-beïnvloeding uitgesluit nie.

¹⁴Sien McKerron *The Law of Delict* (1971) 32–34.

¹⁵Sien ar Schreiner se uitspraak in *Herschel v Mrupe* 477D–E.

woorde vloei. Deur die opmerkings van regter Coetzee word hierdie faktore in 'n mate te ruste gelê. Of dit die einde sal wees van die twyfel oor nalatige wanvoorstelling as eisgrond sal die toekoms ons leer. Hy het egter die probleem by hierdie soort aanspreeklikheid raak gesien. Dit is 'n kwessie van aanspreeklikheidsbegrensing, wanneer 'n "spreker regtens verplig was om versigtig te praat".

Dat nalatige wanvoorstelling in beginsel ageerbaar behoort te wees, ly geen twyfel nie. Eerstens kan mens nie die onderskeid tussen woorde en dade deurvoer nie. Beide kan tot gevolg hê dat 'n ander persoon skade ly, ofskoon die tipe skade nie altyd dieselfde is nie. Dit geld veral in 'n regs-wêreld waar belange baie minder konkreet is as voorheen en ook baie makliker aangetas kan word. Tweedens is dit nie onrealisties om soms van mense te verwag om uitsprake te maak en die gevolge daarvan te dra nie. Hier dink mens aan die geval waar 'n sakeonderneming verkoop word en die verkoper verplig is om die skulde te openbaar. Daar word van geen mens verwag om op die straathoeke die gebreke in sy eie of ander se ware of goed te gaan uitbasuin nie. Soms, in besondere verhoudings, is dit egter nie onredelik dat daar van 'n persoon verwag word om positief op te tree nie.

In welke mate en tot welke graad aanspreeklikheid by nalatige wanvoorstelling beperk moet word, is 'n regspolitiese vraag en hang saam met die gemeenskap waarin daardie regstelsel fungeer. Oorwegings soos gemeenskapsopvatting, handelsgebruik ensovoorts sal hier 'n rol speel. Hierdie faktore moet herlei word na juridiese begrippe en uit die grondslae van die onregmatige daad moet daar 'n teoretiese fundering vir aanspreeklikheid opgebou word. Dit lyk asof daar twee "elemente" van die onregmatige daad is wat hier gebruik kan word, naamlik onregmatigheid en kousaliteit.

Omtrent die betekenis van onregmatigheid is daar nie ooreenstemming nie. Semanties beteken dit "strydig met die reg", iets wat nie geoorloof is nie. Dit is egter 'n baie wye en vae gedagte, iets wat by sowel 'n misdad as 'n onregmatige daad na vore kom. Vandaar dat gepoog word om nadere gestalte daaraan te gee. Hier te lande word daar op twee wyses aan die idee gestalte gegee. Eerstens is daar die teorie soos voorgestaan deur Van der Merwe en Olivier¹⁶ dat onregmatigheid geleë is in die aantasting van 'n subjektiewe reg. Van regs-aantasting is eers sprake indien daar geen regverdiging vir die handeling bestaan het nie. Die vraag wat nou hier na vore kom, is wat 'n subjektiewe reg is. Volgens WA Joubert,¹⁷ wat die teoretiese grondslag vir die subjektiewe reg in ons reg ingevoer het, bestaan daar vier soorte subjektiewe regte, naamlik saaklike regte, vorderingsregte, persoonlikheidsregte en immaterieelgoedereregte. Die vraag ontstaan nou watter soort reg aangetas word indien daar nalatige wanvoorstelling plaasgevind het.

Die antwoord hierop kan nie maklik gevind word nie. Die probleem is geleë in die feit dat die skade nie teruggevoer kan word na 'n spesifieke belang nie maar slegs na die vermoë in die algemeen. Om te sê dat iemand 'n reg het om nie mislei te word nie, is sinloos. Wat is die aard van so 'n reg en hoe

¹⁶Die *Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1976) 52 e.v.

¹⁷"Die Realiteit van die Subjektiewe Reg en die Betekenis van 'n Realistiese Begrip vir die Privaatreg" 1958 *THRHR* 12 98.

bestaan dit? Daar is al gepraat van die “reg op die integriteit van die voorstelingslewe”. Dit sal dan ’n persoonlikheidsreg wees wat, indien dit aangetas word, vermoënskade tot gevolg sal hê. Dit is egter ’n baie gekunstelde konstruksie. Deur so ’n reg daar te stel en as ’n persoonlikheidsreg te beskou, word die begrip persoonlikheidsreg, soos dit in ons reg bestaan, geweld aangedoen. Dit gaan in ons reg oor die agting, respek en privaatheid van ’n regsobjek – aspekte wat altyd bestaan en nie afhanklik is van ’n besondere situasie waarin ’n wanvoorstelling gemaak word nie. Verder is dit ’n eienskap van dié reg dat die aantasting van ’n persoonlikheidsreg krenking tot gevolg het. Dit volg nie vanself by wanvoorstelling dat iemand gekrenk moet wees nie. Sels al wil mens uitgaan van die standpunt dat onregmatigheid geleë is in die aantasting van ’n subjektiewe reg, is dit nie moontlik om ’n reg te vind wat aangetas word as daar ’n wanvoorstelling gemaak word nie. Soos reeds gesê, is die rede hiervoor geleë in die feit dat die aangetaste belang deel is van die vermoë in die algemeen.

Tweedens is daar die benadering wat uitgaan van die plig wat geskend word. In Suid-Afrika het dit sy gestalte gevind in die leer van die *duty of care*. Hierdie leerstuk onderskei nie duidelik tussen skuld en onregmatigheid nie. Onregmatigheid word egter nie ontken nie. Dit kan gesoek word in daardie aspek van die leerstuk waardeur bepaal word of daar in bepaalde situasies ’n plig bestaan het om versigtig te wees. Die feit dat die bestaan van die plig-situasies gekoppel word aan die voorsienbaarheid van ’n redelike man, maak dit moontlik dat aspekte van beleid in ag geneem word. Van die redelike man word die onmoontlike nie verwag nie en hy tree in elk geval nie strydig met die regsorde op nie. Hierdie benadering verskil van die benadering wat uitgaan van die aantasting van ’n subjektiewe reg deurdat dit uitgaan van die oortreding van ’n regsplig, deur die regsorde daargestel. Nie enige pligskending sal aanspreeklikheid tot gevolg kan hê nie maar alleen dié skending wat skade tot gevolg het – met ander woorde waar belange van ’n regsobjek aangetas word. Deur egter die aksent op die plig te lê, word die deur oopgemaak vir gevalle waar daar nie sprake is van die aantasting van ’n subjektiewe reg nie. Die voordeel van hierdie benadering is dus dat waar ’n belang bestaan wat in *bepaalde omstandighede* beskerm moet word maar wat geen subjektiewe reg is nie, die teoretiese verklaring van aanspreeklikheid oortuigend is.

Dit is nie hier die geleentheid om in te gaan op ’n idealtipe maatstaf ter bepaling van onregmatigheid nie.¹⁸ Sels die *duty of care*-benadering kan nie altyd die vraag na onregmatigheid bevredigend beantwoord nie, omdat dit alleen toepaslik is in ’n sisteem wat op skuldaanspreeklikheid gebaseer is. Daarom is dit nie sinloos om ’n dogmaties suiwer, maar ook prakties werkbare, omskrywing van onregmatigheid te kry wat beantwoord aan die vereistes van die regswêreld nie.

Wanneer na so ’n kriterium gesoek word, moet, soos hierbo aangedui, gelet word op die essensie van die idee van onregmatigheid, naamlik nie regmatig nie of strydig met die regsorde. So ’n begrip moet noodwendig meer beteken as alleen die aantasting van ’n subjektiewe reg. Die regsorde

¹⁸Vir ’n bespreking van onregmatigheid, sien JC van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid uit Onregmatige Daad* (ongepubliseerde LLD-verhandeling Unisa 1974) 326-329.

bestaan immers uit regte en pligte, sommige waarvan nie altyd die refleks van 'n subjektiewe reg is nie. Aantasting van 'n subjektiewe reg kom eintlik uit die liberalisme van die negentiende eeu, waar alles omskryf is in terme van die regte van die individu. Vandag, waar die verantwoordelikhede van die mens baie meer op die voorgrond is, is dit onvermydelik dat die plig baie meer prominensie geniet. So byvoorbeeld het 'n motoreienaar baie meer pligte as regte. Hy is die eienaar van die motor maar voordat hy die voordele van sy motor kan geniet, moet hy aan al die pligte voldoen. Hy moet ook gedurigdeur sy pligte uitoefen terwyl hy die voordeel van sy motor geniet. Gevolglik moet daar iewers 'n kompromis aangegaan word om soveel moontlik van die plig as van die reg te kombineer in 'n omskrywing van onregmatigheid. 'n Nuttige aanknopingspunt sal die bekende Nederlandse beslissing van die Hoge Raad van 31 Januarie 1919¹⁹ wees. Hiervolgens is 'n handeling onregmatig indien dit 'n subjektiewe reg aantast, of strydig is met 'n regsplig, of indruis teen hetsy die goeie sedes hetsy die sorgvuldigheid wat in die maatskaplike verkeer betaamlik is.

In die lig van bogenoemde lyk dit dus asof die vraag na onregmatigheid afhang van 'n plig om noukeurige inligting te verstrek.

Tot dusver het ons slegs te doen gehad met die begrip onregmatigheid. Om egter aanspreeklikheid tot gevolg te hê, is dit nodig dat kennis geneem word van twee ander faktore, naamlik nalatigheid en kousaliteit. Nalatigheid behoeft geen verdere verduideliking nie – dit is afhanklik van voorsienbaarheid en voorkombaarheid in die algemeen. Dit is egter nie al nie – 'n te wye aanspreeklikheid kan nog steeds voortvloei. Mens dink net aan die gevolge wat kan ontstaan: A is 'n sakeman en gee advies aan sy vriend B omtrent 'n sekere posisie. A weet dat B daardie inligting kan gebruik in 'n transaksie. Hy is dus verplig om noukeurig te wees. Sy inligting blyk agterna onjuis te wees. B gee die inligting aan C en C handel tot sy nadeel. As gevolg van die wanvoorstelling het daar nou skade voortgevloei. Mens se regsgevoel sê dat C in hierdie omstandighede geen eis teen A behoort te hê nie. Vandaar dat die reg 'n verdere korrektief in die vorm van kousaliteit gebruik. Dit is nie genoeg dat alleen skade voorsien moet word nie. Soos appèlregter Williamson beslis het in *Kruger v Van der Merwe*:²⁰

“It is sufficient if the person sought to be held liable therefor should reasonably have foreseen the general nature of the harm that might, as a result of his conduct, befall some person exposed to a risk of harm by such conduct.”

Uit hierdie dictum kan die afleiding gemaak word dat nie alleen skade in die algemeen redelikerwys voorsienbaar behoort te wees nie maar wel skade aan die betrokke benadeelde persoon. Dit behoort met ander woorde beskou te word asof die reël van die “foreseeable plaintiff” van die Engelse reg ook hier geld; trouens, voorsienbaarheid as maatstaf vir kousaliteit is moeilik te bedink sonder die “foreseeable plaintiff”.²¹

¹⁹NJ 1919 bl 161.

²⁰1966 2 266 (A) 272F.

²¹Ten spyte van opmerkings in *Minister of Police v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 43–44 en 35C–D as sou die *conditio sine qua non* die kousaliteitstoets in ons reg wees, is dit nie die betekenis van hierdie beslissing nie. Die eerste vraag wat gevra word, is of die handeling *conditio sine qua non* is vir die gevolg. Daarna kom die ander kousaliteitskriteria aan die beurt – bv voorsienbaarheid of adekwasië.

Toegepas op verskillende feite sal dit beteken dat waar 'n rekenmeester 'n foutiewe balansstaat opstel wat dan in 'n prospektus of brosjure gebruik word, hy aanspreeklik behoort te wees vir skade wat ontstaan waar mense hulle verlaat op daardie inligting deur byvoorbeeld in 'n maatskappy te belê en al hulle geld te verloor. Hy moes voorsien het dat sy inligting wyd en syd versprei sou word en nie beperk sou bly tot enkelinge nie. Anders is die geval waar in 'n besondere situasie 'n vertrouensverhouding bestaan het. Daar moes die persoon wat die inligting verstrek het versigtig wees teenoor die ander party. As derdes wat nie by daardie verhouding betrokke was nie skade ly as gevolg van die inligting wat nie direk aan hulle verstrek was nie, sal die persoon wat die inligting verstrek het nie aanspreeklik wees nie: 'n redelike man in sy posisie sou nie kon voorsien het dat al daardie derde persone ook skade kan ly nie.* □

BUTTERWORTH-PRYS

Dit doen die redaksie genoë om aan te kondig dat die Butterworth-prys vir die beste eersteling-bydrae van 1977 toegeken is aan:

MM LOUBSER
(Universiteit van Stellenbosch)

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

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

*Ek dank prof JC van der Walt vir waardevolle advies. Die gevolgtrekkings is egter my eie.

Aantekeninge

ACTIONES LIBERAE IN CAUSA

Dit is 'n bekende beginsel dat iemand strafbaar kan wees ten spyte daarvan dat toe hy die gewraakte handeling verrig het, hy ontoerekeningsvatbaar was, indien hy in sy nugter toestand die verrigting van dié handeling beoog het. Dit is die sogenaamde *actio libera in causa*-beginsel wat tradisioneel by dronkenskap toegepas word in gevalle waar die beskuldigde sy eie dronk liggaam as werktuig gebruik om 'n voorneme uit te voer wat gemaak is terwyl hy nog nugter was. (Sien Burchell & Hunt *South African Criminal Law and Procedure* vol I (1970) 226-7; De Wet & Swanepoel *Strafreg* (3e uitg 1975 deur De Wet) 115-6 en *S v Johnson* 1969 1 SA 201 (A) 211F.)

Volgens *Burchell & Hunt* (227 vn 16 en 232 vn 55) het die beginsel slegs betrekking op die geval waar die dader die handeling in sy dronkenskap beoog het (*dolus directus*) of dit as 'n sekerheid voorsien het (*dolus indirectus*); dit omvat maw nie gevalle van *dolus eventualis* nie. En hoewel die *actio libera in causa*-beginsel volgens *Johnson* (211F-G) ook gevalle insluit waar die gewraakte gedraging in 'n willose toestand gepleeg is, waar 'n willekeurige handeling maw ontbreek, is *De Wet & Swanepoel* (115 vn 99) van mening dat 'n persoon wat hom willoos dronk drink in elk geval nie in staat sal wees om sy voorneme in daardie toestand tot uitvoering te bring nie. Volgens hulle veronderstel die *actio libera in causa*-beginsel dus 'n toestand van dronkenskap waar die dader nog willekeurig handel.

Wat ook al die perke van die *actio libera in causa*-beginsel mag wees, is die gedagte dat dit ten grondslag lê dat iemand strafbaar kan wees vir die gevolge van 'n gedraging wat hy gepleeg het in 'n toestand waarin hy volgens die algemene beginsels van ons strafreg nie aanspreeklik sou wees nie. Hy word egter gestraf, nie op grond van daardie gedraging nie, maar wel omdat hy, toe hy in 'n nugter toestand was, die pleging van daardie gedraging juis in daardie toestand beoog het.

Indien hierdie beginsel eenmaal aanvaar word, sou daar geargumenteer kan word dat dit by wyse van analogie uitgebrei kan word:

- (a) Ten eerste hoef dit nie noodwendig tot gevalle van dronkenskap beperk te word nie. Ander gevalle waar 'n persoon ontoerekeningsvatbaar word, om in daardie toestand sy vroeëre voorneme uit te voer, sou ook daarby ingesluit kan word.
- (b) Daar behoort geen beginselbeswaar te wees waarom gevalle waar 'n persoon slegs *dolus eventualis* gehad het, nie ook daaronder tuisgebring sou kan word nie. In beginsel bestaan daar immers geen verskil tussen die verskillende vorme van opset nie.

- (c) Indien (b) aanvaar word, sou daar geredeneer kan word dat ook gevalle waar die dader in sy nugter toestand met die pleging van die gewraakte handeling in 'n toestand van ontoerekeningsvatbaarheid rekening moet gehou het; kortom, waar hy nalatig was mbt die pleging van daardie handeling, dit in beginsel oor dieselfde kam geskeer behoort te word. 'n Redelike man wat bv besope raak terwyl hy weet dat hy nog ver met sy motor moet ry, sal waarskynlik voorsien dat hy in sy dronk toestand agter die stuur van sy motor iemand se dood kan veroorsaak en sal bygevolg stappe doen om dit te voorkom. Dat nalatigheid in bogemelde omstandighede 'n voldoende skuldvorm is, word ook in ons regspraak aanvaar. (Sien bv *Shevill* 1964 4 SA 51 (RA) en *Fouché* 1973 3 SA 308 (NK).)
- (d) Daar sou ook aangevoer kan word dat die beginsel nie beperk hoef te word tot gevalle waar die dader die gewraakte handeling in 'n toestand van ontoerekeningsvatbaarheid verrig nie, maar dat dit ook gevalle behoort in te sluit waar die dader onwillekeurig optree, iets wat hy toe hy by sy volle positiewe was, voorsien het of waarmee die redelike man wel rekening sou gehou het.

Hierdie uitbreiding van die *actio libera in causa*-beginsel is inderdaad al in ons positiewe reg aanvaar. So is 'n persoon aan roekelose of nalatige bestuur skuldig bevind waar hy 'n motor bestuur het en 'n ongeluk veroorsaak het nadat hy 'n epileptiese aanval gehad het, iets waarmee hy volgens die hof rekening moes gehou het aangesien hy in die verlede dikwels sulke aanvalle gekry het. (*Victor* 1943 TPD 77. In *Schoonwinkel* 1953 3 SA 136 (K) is 'n persoon onder soortgelyke omstandighede onskuldig bevind aan strafbare manslag omdat die gevare verbonde aan die epileptiese aanval nie voorsienbaar was nie.) In *Shevill* (supra) is 'n persoon aan strafbare manslag skuldig bevind waar hy agter die stuur van sy motor aan die slaap geraak het en in die daaropvolgende ongeluk iemand se dood veroorsaak het, omdat 'n redelike man in dié omstandighede stappe teen so 'n gebeurlikheid sou doen het. (Sien ook *Grobler* 1974 2 SA 663 (T).)

Nou verwant aan bogenoemde beslissings, hoewel beperk tot gevalle van dronkenskap, is dié van *Johnson* (supra). In die *Johnson*-saak is die beskuldigde skuldig bevind aan strafbare manslag ten spyte daarvan dat hy op die stadium toe hy die noodlottige gedraging gepleeg het, ontoerekeningsvatbaar dronk was en bowendien onwillekeurig opgetree het (203-4). Hy word egter skuldig bevind op grond daarvan dat hy "toe hy nog nugter was, hom op onbehoorlike wyse aan oormatige drankmisbruik skuldig gemaak het terwyl hy nie onbewus moes gewees het dat die dronkenskap op die pleging van 'n wandaad kon uitloop nie" (211C). Dit lyk dus of sy strafbaarheid daarop gegrond word dat sy drinkery blykbaar in 'n kousale verband gestaan het met die slagoffer se dood en dat hy, toe hy begin drink het, as 'n redelike man die dood van die oorledene moes voorsien en voorkom het. (Sien 211G-H.) Dit lyk egter, met respek, twyfelagtig of 'n redelike man toe hy in hierdie omstandighede aan die drink gegaan het, sou voorsien het dat sy drinkery op die dood van die oorledene sou uitloop. Indien die adekwate teorie as uitgangspunt geneem word, sou dit selfs betwyfel kan word of daar 'n kousale verband bestaan het tussen die drinkery en die slagoffer se uiteindelijke dood.

Hoe dit ook al sy, die beginsel wat uit *Johnson* skyn voort te vloei, is dat iemand skuldig kan wees aan strafbare manslag ten spyte daarvan dat die noodlottige gedraging gepleeg is in 'n toestand van dronkenskap waarin die beskuldigde nie strafbaar was vir sy optrede nie, sy dit omdat willekeurigheid of toerekeningsvatbaarheid ontbreek het, mits hy maar toe hy begin drink het, nalatig was m.b.t. die slagoffer se dood en hierdie handeling (die drinkery) in 'n oorsaaklike verband gestaan het met die slagoffer se dood. In die lig hiervan is dit eienaardig dat die hof dit nodig vind om met 'n soort versarigargument te werk en te beweer dat die afkeurenswaardigheid van die drankmisbruik as't ware op die wandaad wat in dronkenskap begaan word, geprojekteer word (212C). Miskien is dit gedoen omdat daar, soos pas aangedui, geen duidelikheid was dat die beskuldigde se drinkery wel kousaal verbind was met die slagoffer se dood nie en veral omdat dit twyfelagtig was of die beskuldigde inderdaad nalatig was m.b.t. die dood van die slagoffer.

Bogenoemde beslissings het betrekking op gevalle waar die beskuldigde nalatig was m.b.t. die verrigting van 'n onwillekeurige gedraging. Hoewel *De Wet & Swanepoel* se standpunt (waarna hierbo verwys is) dat 'n mens nie 'n voorneme om onwillekeurig op te tree ten uitvoer kan bring nie, sekerlik vir die meeste gevalle sal geld, is dit miskien tog denkbaar dat 'n dader 'n voorneme kan uitvoer om iets ongeoorloofs in 'n willekeurige toestand te doen by die persoon wat hom laat hipnotiseer om in dié toestand (indien aanvaar word dat 'n hipnotiese toestand tot onwillekeurigheid kan lei) 'n daad te pleeg wat andersins 'n misdad sou wees.

Die *actio libera in causa*-beginsel en bogenoemde analogiese toepassings daarvan mag aanvaarbaar wees by materieel omskrewe misdade, (misdade wat sodanig omskryf is dat die veroorsaking van 'n gevolg strafregtelik verbied is). Dit sou aanvaarbaar wees, nie weens die inherente meriete van dié beginsel nie, maar as gevolg daarvan dat die beskuldigde in sodanige gevalle gewoonlik in elk geval voldoen aan al die vereistes van die betrokke misdaadomskrywing. As my drinkery kousaal verbind is met my latere gedraging wat in 'n toestand gepleeg word waarin ek onwillekeurig optree of ontoerekeningsvatbaar is, en daardie optrede op die dood van 'n slagoffer uitloop, is ek skuldig aan moord of strafbare manslag mits daar, toe ek begin drink het, opset of nalatigheid m.b.t. die slagoffer se dood by my aanwesig was. My strafbaarheid vloei eenvoudig voort uit die feit dat ek voldoen aan al die vereistes van die betrokke misdaadomskrywing. (Vgl Van der Merwe & Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (2e uitg 1970) 28 ev.)

By misdade waar die verrigting van 'n spesifieke handeling strafbaar gestel word, sogenaamde formeel omskrewe misdade, kan 'n toepassing van die *actio libera in causa*-soort beginsel egter tot probleme aanleiding gee, indien aanvaar word dat iemand as dader strafbaar kan wees slegs indien hy aan al die vereistes van die misdaadomskrywing voldoen. (Sien *De Wet & Swanepoel* 181.) Iemand wat 'n daad verrig waarvoor hy nie strafbaar kan wees nie, sy dit omdat willekeurigheid of toerekeningsvatbaarheid ontbreek, sou in die geval van 'n formeel omskrewe misdaad nie, soos by materieel omskrewe misdade, strafbaar kan wees nie op grond daarvan dat hy deur 'n vroeëre handeling 'n kousale ketting aan die gang gesit het wat uiteindelik

op 'n verbode gevolg uitgeloop het en dat hy in 'n nugter toestand hierdie gevolg gewil het of as redelike man daarmee rekening moes gehou het. Dit gaan by formeel omskrewe misdade nie om die veroorsaking van 'n gevolg nie; die enigste handeling wat relevant is vir die doeleindes van sodanige misdade is handeling wat binne die misdaadomskrywing val. Indien iemand dus op die stadium dat hy 'n gedraging verrig wat binne die raamwerk van 'n formeel omskrewe misdaad skyn te val, onwillekeurig optree of ontoerekeningsvatbaar is, sou hy nie aan al die vereistes van die misdaadomskrywing voldoen nie, in elk geval nie op die stadium dat hy die gedraging verrig wat binne die misdaadomskrywing skyn te val nie.

In dié verband ontstaan die vraag dan eerstens of al die elemente van 'n misdaad, in besonder die handeling en die skuld, gelyktydig behoort te bestaan, en of (soos deur die *actio libera in causa*-soort beginsel geïmpliseer) die skuld eers kan bestaan terwyl die handeling later verrig kan word op 'n tydstip wanneer skuld nie meer kan bestaan nie omdat die persoon dan ontoerekeningsvatbaar is. Volgens *Burcbell & Hunt* (98-99) moet handeling en skuld (waar skuld vereis word) gelyktydig aanwesig wees.

Hierdie stelling lewer by materieel omskrewe misdade gewoonlik geen probleem op nie omdat skuld gekoppel kan word aan ander handeling wat die verbode gevolg (mede)veroorsoak het. (Vgl *Masilela* 1968 2 SA 558 (A) en *Hunt* 1968 *SALJ* 383 ev op 385.) Iemand wat bv aan die slaap raak agter die stuurwiel van sy motor wat hy besig is om te bestuur, ten gevolge waarvan 'n ongeluk plaasvind waarin 'n slagoffer sterf, sou skuldig kan wees aan strafbare manslag omdat hy as redelike man, toe hy vaak geword het, moes stilgehou het. (Vgl *Shevill* (supra) 53A.) Hoewel hy dus nie skuldig kan wees op grond van die gedraging wat regstreeks die dood van die slagoffer veroorsaak het nie (hy het toe in 'n toestand van slaap onwillekeurig opgetree), kan sy skuld gekoppel word aan 'n voorafgaande willekeurige handeling (bestuur terwyl hy te vaak word) wat ook oorsaaklik verbind is met die slagoffer se dood.

Die vereiste dat handeling en skuld gelyktydig moet bestaan, kan egter wel by formeel omskrewe misdade tot probleme aanleiding gee. Gestel 'n man drink hom dronk met die doel om in sy ontoerekeningsvatbaar-besope toestand 'n vrou te verkrag. Kan hy aan verkragting skuldig wees? Daar is by verkragting geen sprake van die veroorsaking van 'n gevolg nie en wanneer die persoon die handeling verrig wat ingevolge die omskrywing van verkragting vereis word, nl wanneer hy vleeslike gemeenskap het, is hy ontoerekeningsvatbaar. Enige handeling wat hy voor die verkrachtingsdaad verrig het, wanneer hy nog toerekeningsvatbaar was, voldoen nie aan die omskrywing van verkragting nie en daarvoor kan hy hoogstens aan poging tot verkragting of moontlik aan 'n ander misdaad, bv onsedelike aanranding, skuldig bevind word. Die vraag is egter of handeling en skuld ook by formeel omskrewe misdade gelyktydig aanwesig moet wees. Indien dit nie die geval is nie, sou geredeneer kan word dat die persoon in bg voorbeeld wel aan die vereistes van verkragting voldoen het, hoewel slegs op 'n kumulatiewe wyse, aangesien skuld bestaan het voordat die handeling verrig is en die handeling later sonder skuld verrig is.

Daar is minstens een situasie waar die *actio libera in causa*-soort beginsel toegepas is op 'n formeel omskrewende misdaad, en dit is die geval waar die handeling wat strafbaar is, sodanig omskryf is dat dit gewoonlik, of minstens dikwels, uiteraard in 'n toestand gepleeg word waartydens die dader ontoerekeningsvatbaar is. Die bekendste geval is seker dié van artikel 140 van die eenvormige Padverkeersordonnansies 21 van 1966, ingevolge waarvan bestuur onder die invloed van drank of verdowingsmiddels strafbaar gestel is. Skuld in die vorm van nalatigheid is 'n vereiste vir skuldigbevinding aan 'n oortreding van dié artikel (*Fouche* (supra) 313B-E). Ander gevalle is misdade ingevolge waarvan dronkenskap op sekere plekke of van sekere persone strafbaar gestel word. (Sien Milton & Fuller *South African Criminal Law and Procedure* vol 3 (1971) 590-1.) In sulke gevalle kan skuld nie gelyktydig met die handeling aanwesig wees nie, omdat die dader tydens die verrigting van die handeling gewoonlik uiteraard ontoerekeningsvatbaar is. Sy skuld is dan aanwesig op 'n stadium voordat hy die verbode handeling verrig het. So verklaar regter Hiemstra in *Kelder* 1967 2 SA 644 (T) 647H dat die beskuldigde se skuld m.b.t. die oortreding van artikel 140 van die Padverkeersordonnansie van Transvaal daarin bestaan dat hy, "wanneer hy nog weet wat hy doen, aanhou om te drink wetende dat hy moet bestuur of waarskynlik sal moet bestuur".

Die standpunt van kumulatiewe teenwoordigheid van elemente – m.a.w. dat iemand strafbaar kan wees solank hy op een of ander stadium aan al die elemente van die betrokke misdaadomskrywing voldoen het – is egter in beginsel onaanvaarbaar. Indien 'n persoon op kumulatiewe wyse en nie noodwendig gelyktydig nie, aan al die elemente van die misdaadomskrywing kan voldoen, behoort konsekwent aanvaar te word dat die handeling eers gepleeg kan word terwyl skuld dan later kan ontstaan. Een aand tydens 'n gemaskerde bal word X deur sy vriende dronk gemaak en in 'n toestand van ontoerekeningsvatbaarheid rand hy een van die gaste aan. Nadat hy nugter geword het, vind hy uit dat die betrokke gas sy aartsvyand is. Hy is baie verheug oor die gebeure en bevestig sy wil om hom op sy vyand te wreek. Alhoewel X kumulatief aan die vereistes van aanranding mag voldoen het, sou hy tog seker nie aan aanranding skuldig wees nie. Die onhoudbaarheid van die posisie word ook geïllustreer indien ander elemente van 'n misdaadomskrywing kumulatief sou kon bestaan, bv. iemand wat nie 'n dranklisensiehouer is nie, maar wel aansoek gedoen het om so 'n lisensie, pleeg 'n daad wat ingevolge die Drankwet 30 van 1928 'n misdaad sou wees indien dit deur 'n lisensiehouer gepleeg word. 'n Week later word sy aansoek om 'n dranklisensie toegestaan. Hy sou tog nie aan dié misdaad skuldig bevind kan word nie.

Indien die toepassing van die *actio libera in causa*-beginsel tot 'n formeel omskrewende misdade dan nie daarop kan berus dat kumulatief aan die misdaadomskrywing voldoen word nie, skyn dié beginsel, indien dit aanvaarbaar is, 'n uitsondering – weens beleidsredes – daar te stel op die algemene uitgangspunt dat vir daderskap voldoening aan al die vereistes van die misdaadomskrywing vereis word. (Vgl Rabie *Die Deelnemingsleer in die Strafrecht* (proefskrif 1969) 147 ev.)

In bogenoemde gevalle sou daar nog geredeneer kan word – hoewel verkeerdelik, soos pas aangetoon – dat aan al die vereistes van die betrokke misdaadomskrywing voldoen is, hoewel die verskillende elemente op verskillende stadia kumulatief aanwesig was. Meer problematies is die gevalle waar die gedraging wat uiteindelik gepleeg word en ten opsigte waarvan opset of nalatigheid op 'n vroeër stadium bestaan het, in 'n toestand van onwillekeurigheid plaasvind. Indien 'n man bv weet dat hy aan onbeheerbare seksdrange ly sodra hy 'n nakende vrou sien en hy desnieteenstaande 'n ontkleedans gaan besigtig waartydens hy dan 'n ontkleedanseres in 'n toestand van onwillekeurigheid verkrag, voldoen hy nie aan die misdaadomskrywing van verkragting nie, ten spyte daarvan dat hy op die stadium toe hy na die vertoning gegaan het, nog willekeurig gehandel het en minstens dolus eventualis tov die verkragting gehad het.

'n Soortgelyke geval sou wees waar 'n persoon hom bv laat hipnotiseer om in dié toestand van onwillekeurigheid 'n gedraging wat 'n formeel omskrewre misdaad sou wees, te pleeg. 'n Willekeurige handeling wat voldoen aan die misdaadomskrywing ontbreek in hierdie gevalle. Indien iemand in sulke gevalle op grond van 'n actio libera in causa-soort beginsel gestraf sou word, sou hy dus nie eens kumulatief aan al die vereistes van die misdaadomskrywing voldoen nie. Die beslissing van *Victor* (supra) skyn die toepassing van hierdie beginsel tov formeel omskrewre misdade te bevestig. By nadere ontleding blyk dit egter dat *Victor* aan roekelose of nalatige bestuur skuldig bevind is op grond daarvan dat, terwyl hy sy motor bestuur het, hy daarvan bewus moes gewees het dat hy moontlik 'n epileptiese aanval kan kry. Hy word dus gestraf weens die feit dat sy willekeurige handeling nl bestuur van die motor terwyl hy as redelike man bewus moes gewees het van die gevaar daaraan verbonde, reeds voordat hy die epileptiese aanval gekry het, binne die betrokke misdaadomskrywing geval het. Die *Victor*-saak is maw nie gesag vir die aanwending van die actio libera in causa-soort beginsel by formeel omskrewre misdade nie.

Die toepassing van 'n actio libera in causa-soort beginsel kan dus by formeel omskrewre misdade daartoe lei dat iemand as dader skuldig bevind kan word sonder dat hy aan al die vereistes van die misdaadomskrywing voldoen. Soos aangetoon, maak dit egter inbreuk op die standpunt dat daderskap die voldoening aan al die vereistes van die misdaadomskrywing is. Indien 'n actio libera in causa-soort beginsel dus aanvaar sou word, sou dit by formeel omskrewre misdade as 'n uitsondering op die reël beskou moet word terwyl dit, soos aangetoon, by materieel omskrewre misdade onnodig is.

Dat daar 'n behoefte aan die aanvaarding van 'n soort actio libera in causa-beginsel bestaan, blyk uit die voorbeelde waarna daar hierbo verwys is. Dit blyk veral ook uit gevalle van omissiones mbt formeel omskrewre misdade. Dit lyk onbevredigend dat iemand wat versuim om op te tree in omstandighede waar daar 'n regsplig op hom rus, straf kan ontduik deur aan te toon dat hy, op die tydstip toe hy aktief moes optree, in 'n toestand van onwillekeurigheid of ontoerekeningsvatbaarheid verkeer het, waar hy vrywilliglik in hierdie toestand beland het en die gedraging (versuim) in dié toestand beoog of voorsien het, of waar dit voorsienbaar was, bv die insol-

vente persoon wat versuim om 'n geding deur of teen die kurator van sy boedel ingestel, by te woon (a 140 van die Insolvensiewet 24 van 1936) omdat hy lê en slaap (dat ook 'n omissio willekeurig moet wees ten einde as handeling te kan kwalifiseer, word deur *De Wet & Swanepoel* 49 bevestig), of omdat hy ontoerekeningsvatbaar dronk is.

ANDRÉ RABIE
Universiteit van Stellenbosch

IS ARTIKEL 245 VAN DIE NUWE STRAFKODE 'N DOOIE LETTER?

Artikel 6 van Wet 75 van 1959 het art 280*bis* in die ou Strafkode (Wet 56 van 1955) ingevoeg. Die artikel het soos volg gelui:

“Wanneer by die verhoor van iemand op 'n aanklag weens 'n misdryf waarvan 'n valse voorstelling 'n bestanddeel is, dit bewys word dat die valse voorstelling deur so iemand gemaak is, word dit geag, tensy die teendeel bewys word, dat hy die voorstelling gemaak het met die wete dat dit vals is.”

Die eweknie van artikel 280*bis* in die nuwe Strafkode is artikel 245 wat soos volg lui:

“Indien by strafregtelike verrigtinge waarby 'n beskuldigde aangekla word van 'n misdryf waarvan 'n valse voorstelling 'n bestanddeel is, bewys word dat die valse voorstelling deur die beskuldigde gemaak is, word geag, tensy die teendeel bewys word, dat hy so 'n voorstelling gemaak het wetende dat dit vals is.”

Word die bewoording van die twee artikels vergelyk, blyk dit dat daar geen wesentlike verskil tussen hulle is nie. Die gewysdes wat bespreek sal word, is almal van toepassing op die herroepe artikel 280*bis* van die ou Strafkode, maar omdat die twee artikels in wese identies bewoord is, sal beslissings ten opsigte van artikel 280*bis* uit die aard van die saak ook op artikel 245 van die nuwe Strafkode betrekking hê.

Hierdie artikel is veral toepaslik by die misdaad bedrog en plaas die bewyslas tot die skuldaspek op die beskuldigde mits die aanklaer eers bewys lewer dat die beskuldigde 'n valse voorstelling gemaak het. Die vraag ontstaan: Deur welke getuienis moet die staat 'n valse voorstelling bewys? Moet dit noodwendig direkte getuienis wees of kan dit ook omstandighedsgetuienis wees? Andersom: Is die toets subjektief of objektief?

Omdat verskillende afdelings van ons hooggeregshof hieroor verskillend oordeel, word sommige gewysdes nou van nader beskou en 'n moontlike oplossing aan die hand gedoen.

In *R v Oliver* (2) 1959 4 SA 145 (D), 'n geval van tjekbedrog, sê regter Henochsberg (op 146A):

“It is sufficient if I say at this stage that the Crown has established that the false representations alleged in the four counts were made by the accused.”

Die hof beslis vervolgens dat die bewyslas ten opsigte van skuld gevolglik op die beskuldigde rus en dat hy hom van hierdie bewyslas met 'n oorwig van waarskynlikhede moet kwyt.

Ten opsigte van die wanvoorstelling in hierdie saak en die aanwendingsgebied van artikel 280*bis* beweer De Wet en Swanepoel *Strafreg* (3de uitgawe) 388 voetnoot 175:

“Die vermoede tree eers in werking indien bewys is dat die verklaring wat gemaak is, vals is. Waar die verklaring gaan oor wat die verklaarder weet of glo of bedoel, moet eers bewys word dat hy nie weet of glo of bedoel wat hy voorgee te weet, of glo of bedoel nie, voordat die vermoede in werking tree. Die vermoede kan dus nie aangewend word om te bewys dat die verklaring vals is nie . . . Dit is nie so duidelik dat hierdie punt reg ingesien is nie in *R v Oliver* . . .”

Die skrywers wys verder daarop (381 voetnoot 131) dat klagstate noukeurig moet beweer waaroor die misleiding of wanvoorstelling gaan en ver wys in hierdie verband na *R v Blackmore* 1959 4 SA 486 (FC). Hulle verklaar voorts

“dat daar ’n wesenlike verskil bestaan tussen die geval waar ek ’n ander wysmaak dat ’n ketting van goud is en die geval waar ek hom wysmaak dat ek meen dat ’n ketting van goud is. By eersgenoemde situasie sal bewys moet word dat die ketting nie van goud is nie, en by laasgenoemde dat ek inderdaad nie gemeen het dat die ketting van goud is nie. Hierdie verskil is van besondere belang by die toepassing van art 280 bis van die Strafproseswet”.

Om te bepaal wat die wanvoorstelling is waarop die aanklaer steun, moet uit die aard van die saak na die klagstaat gekyk word. By tjekbedrog lees die klagstaat gewoonlik soos volg:

. . . dat die *beskuldigde voorgegee het* dat ’n sekere tjek . . . ’n geldige tjek was en dat die tjek by aanbidding deur die bank uitbetaal sou word . . . terwyl die *beskuldigde* toe hy so voorgegee het *wel geweet het* dat die genoemde tjek nie ’n geldige tjek was nie . . . (vgl Ferreira *Strafprosesreg in die Landdroshof* 274-5 – my kursivering).

Saamgevat beweer die klagstaat dus dat die beskuldigde *eerstens* beweer het dat die tjek geldig was, dit wil sê, gehonoreer sou word, terwyl hy *tweedens* geweet het dat die tjek nie geldig was nie, dit wil sê, nie gehonoreer sou word nie. Alvorens die staat artikel 245 in sy guns kan inspan, sal die wanvoorstelling dus bewys moet word en dit vereis:

(1) dat die staat moet bewys dat beskuldigde beweer het dat die tjek by aanbidding gehonoreer sou word. Die ondervinding leer dat hierdie aspek nie bewys word uit die woorde wat die beskuldigde sou gebruik het nie, maar sodanige afleiding word gemaak bloot op grond van die feit dat die beskuldigde sonder meer die tjek ter betaling aangebied het. In *R v Bird* 1944 CPD 105 sê regter Davis (op 107) die volgende:

“When a man gives a cheque, in my opinion, he impliedly makes a representation that *he believes* at the time he gives it that the cheque will be met and that he intends that it should be met. That is . . . a representation as to an existing state of affairs, namely the state of his mind.” (My kursivering.)

Dieselfde benadering is oa gevolg in *R v Mohr* 1944 TPD 105 108; *R v Deetlefs* 1953 1 SA 418 (A) 421-2; *R v Rubin* 1956 4 SA 225 (OK) 228 en *S v Strydom* 1962 3 SA 982 (N) 983. Die eerste been van die wanvoorstelling word gevolglik in ons reg gewoonlik deur omstandighedsgetuienis bewys.

(2) dat die staat moet bewys dat die beskuldigde, toe hy die tjek aangebied het, geweet het (of altans die moontlikheid voorsien het) dat die tjek nie gehonoreer sou word nie ma w dat die tjek ongeldig was. Indien die tjek op die betaaldatum, of kort daarna, onteer word, om welke rede ook, kan

objektief die afleiding gemaak word dat die beskuldigde by aanbidding geweet het dat die tjek nie uitbetaal sou word nie. Die blote feit dat die tjek onteer is, bewys egter nog nie dat die beskuldigde, subjektief, by aanbidding geweet het dat die tjek nie uitbetaal sou word nie. Indien getuienis vereis word dat die beskuldigde subjektief geglo of geweet het dat die tjek ongeldig was en indien vereis word dat sodanige geloof nie uit omstandighedsgetuienis afgelei kan word nie, beteken dit dat die staat nie die wanvoorstelling bewys bloot op grond van die feit dat 'n tjek aangebied was en nie gehonoreer is nie. Dit beteken verder dat art 245 nooit by tjekbedrog toepaslik is indien die klagstaat opgestel word soos hierbo aangedui nie.

Indien aanvaar word dat die klagstaat in *R v Oliver* ook op die manier opgestel was soos hierbo gemeld, sal dit beteken dat die hof moontlik verkeerdelik die bepalinge van artikel 280bis in die guns van die staat ingespan en die beskuldigde onnodiglik met 'n bewyslas beswaar het.

'n Verdere geval waar artikel 280bis moontlik verkeerd gebruik is, is in *S v Jordaan* 1962 1 PH H87 (O). In hierdie saak was die beskuldigde weens bedrog aangekla. 'n Vooruitgedateerde tjek wat hy ter betaling van 'n kooptransaksie aangebied het, is onteer. Met 'n beroep op *R v Oliver* beslis die hof dat artikel 280bis van toepassing is. Die beskuldigde "moes dus bewys dat hy . . . eerlik geglo het – en nie slegs gehoop het nie – dat die koopprys . . . by die bank inbetaal sou wees", dit wil sê dat die aangebode tjek nie onteer sou word nie. Indien aanvaar word dat die gebruikelike klagstaat vir tjekbedrog gebruik is, wil dit voorkom of artikel 280bis hier nie toepaslik was nie omdat daar nie bewys is dat die beskuldigde subjektief by aanbidding geweet of geglo het dat sy tjek ongeldig was nie.

In *S v Burger* 1969 4 SA 292 (SWA) is dan ook beslis dat artikel 258 van Ord 34 van 1963 – die eweknie van art 280bis – nie by tjekbedrog van toepassing is nie, juis vanweë die feit dat die staat nie subjektief die wanvoorstelling wat in die klagstaat beweer word, kon bewys nie. Die hof verwys met goedkeuring na regter Trollip se vertolking van die trefwydte van artikel 280bis in *S v Heller* (2) 1964 1 SA 524 (W) en onderskei regter Hiemstra se vertolking van hierdie selfde artikel in *S v Shaban* 1965 4 SA 646 (W). Hierdie twee gewysdes sal weldra bespreek word. Op 298C van die verslag laat waarnemende regterpresident Muller hom soos volg hieroor uit:

"Die huidige saak verskil egter van *Shaban* se saak juis omdat ons hier gemeoid is met die uitreiking van 'n tjek waar, soos ek reeds gesê het, die voorstelling wat by implikasie ontstaan betrekking het op die beskuldigde se geloof aangaande die waarde van die tjek by toekomstige aanbidding vir uitbetaling. In so 'n geval soos hierdie, waar die valsheid van die geklaagde voorstelling juis lê in die beskuldigde, kan art 258 van die Republiek Wet, na my oordeel, nie van enige praktiese hulp vir die Staat wees nie."

Artikel 280bis het ook ter sprake gekom in *S v Witbooi* 1971 4 SA 138 (NK). In hierdie saak het die beskuldigde en klaer 'n mondelinge dienskontrak gesluit. Beskuldigde het klaer oorreed om hom R3,80 van sy loon vooruit te betaal en toe het hy hom op die bestemde datum nie vir diens aangemeld nie. Die beskuldigde word aangekla dat hy diefstal dmv valse voorwendsels gepleeg het deurdat "hy in werklikheid, toe hy voorgegee het (dat hy by klaer sal gaan werk) wel geweet het dat hy die werk nie sal verrig nie en die mondelinge kontrak nie sal nakom nie".

Die hof beslis, by monde van regter Van Rhyn

“dat art 280 bis . . . eers in werking tree en bygehaal kan word deur die Staat nadat bewys is dat die voorstelling vals is” (140C).

Omdat die gemoedstoestand van die beskuldigde ten tye van die kontraksluiting, ’n inherente deel van die wanvoorstelling was waarop die staat in die klagstaat gesteun het, en sodanige bewys nie gelewer is nie, beslis die hof dat artikel 280*bis* nie toepaslik was nie. Die hof laat hom hieroor soos volg uit (op 140F–G):

“Die Staat moes bewys het dat toe die beskuldigde voorgestel het dat hy sou kom werk, die voorstelling op daárdie stadium vals was. Nou is dit ’n toevalligheid dat die beskuldigde in daardie stadium die enigste persoon is wat geweet het of sy voorstel vals is of nie. Dit is egter ’n toevalligheid eie aan die feite van hierdie saak. Die betrokke artikel is daarop gemik om, waar ’n voorstelling in werklikheid vals is en vals was toe dit gedoen is en as sulks bewese is, die Staat daarvan te onthef om te bewys dat die beskuldigde bewus was van die onjuisteheid van die voorstelling. ’n Goeie voorbeeld ter illustrasie is waar ’n persoon aangekla sou word dat hy bedrog gepleeg het deur voor te stel (tot nadeel van ’n ander) dat sekere voorwerpe diamante is terwyl hy wel geweet het dat die voorwerpe nie diamante is nie. Sodra die Staat bewys het dat die voorwerpe glas en nie diamante is nie dan berus – en dán eers – die bewyslas op die beskuldigde om te bewys, op ’n oorwig van waarskynlikhede, dat hy, die beskuldigde, nie geweet het dat die voorwerpe nie diamante is nie. (Vergelyk *S v Swarts* 1961 4 SA 589 (GW).)”

In *S v Swarts* het die beskuldigdes weens bedrog tereggestaan. Hulle het aan die klaer, ’n lokvink, voorgegee dat sekere voorwerpe diamante was terwyl hulle “toe hulle aldus voorgegee en voorgewend het, goed geweet het dat gesegde voorwerpe nie diamante was nie . . .” Klaer het met die beskuldigdes ooreengekom om die voorwerpe vir R580 te koop. Aan die einde van die staat se saak het die hof die vraag geopper of die staat ’n *prima facie* saak teen die beskuldigdes bewys het.

Die hof verwys na die bepalings van artikel 280*bis* (590H) en beslis (591A):

“[E]k (is) derhalwe tevrede gestel dat daar op hierdie stadium *prima facie* getuienis is dat die beskuldigdes geweet het dat die voorstelling wat hulle gemaak het, vals is en dat, ingevolge die artikel waarna ek verwys het, die bewyslas op die beskuldigdes rus om die teendeel te bewys.”

Uit die bondige verslag blyk nie duidelik of die staat bewys gelewer het dat die beskuldigdes subjektief “goed geweet het dat die gesegde voorwerpe nie diamante was nie”. Waarskynlik is slegs bewys gelewer dat die beskuldigdes die waardelose voorwerpe as diamante voorgestel het en dat die voorwerpe nie diamante was nie. Die feit dat die hof van “*prima facie* getuienis” praat, is aanduidend hiervan. Dit beteken dat die hof dan die skuldaspek in hierdie geval objektief bepaal het deur afleidings uit die feite te maak; andersom: geen bewys is gelewer dat die beskuldigdes subjektief geweet het dat die waardelose voorwerpe diamante was nie.

Dit wil voorkom of die hof in *S v Witbooi* supra, ook by diamantbedrog, slegs omstandigheidsgetuienis sou vereis om die gemoedstoestand van die bedrieër te bewys, want (op 140F) laat regter Van Rhyn hom in dié verband soos volg uit:

“n Goeie voorbeeld ter illustrasie is waar ’n persoon aangekla sou word dat hy bedrog gepleeg het deur voor te stel . . . dat sekere voorwerpe diamante is terwyl hy wel geweet het dat die voorwerpe nie diamante is nie. Sodra die Staat bewys het dat die voorwerpe glas en nie diamante is nie, dan berus – en dán eers – die bewyslas op die beskuldigde om te bewys . . . dat hy . . . nie geweet het dat die voorwerpe nie diamante is nie.”

Die hof vereis skynbaar net objektiewe bewys dat die voorwerpe nie diamante is nie en nie subjektiewe bewys dat die beskuldiges geweet het dat die voorwerpe nie diamante is nie.

Dit bring my by wat algemeen aanvaar word as die twee toonaangewende beslissings oor die vertolking van artikel 280*bis* naamlik *S v Heller* (2) 1964 1 SA 524 (W) en *S v Shaban* 1965 4 SA 646 (W):

In die *Heller*-saak was die beskuldiges onder andere aangekla van bedrog. Regter Trollip som die bedrog-klagstate soos volg op (535H–536A):

“In nearly all the fraud charges arising out of the acquisition or sale of shares, one of the fundamental misrepresentations relied upon by the State is that the accused ‘did falsely with intent to defraud give out and pretend’ to the company in question that ‘it would be in the interests and to the advantage of that company to acquire or sell the shares at the particular price, when the accused well knew that the transaction was not in the interest or to the advantage of that company.’

It was conceded by the State, correctly in my view, that the representation of fact implicit in those allegations was that the accused believed or held the view that the particular transaction was in the interests or to the advantage of the company, and that it was therefore incumbent upon the State to prove affirmatively that the accused did not at the time that representation was made hold that belief or view. That is a most difficult onus to discharge especially where, as here, the belief or view mainly concerns the value of shares on which opinions might be expected to differ widely.”

Die hof verwys dan na die bepalings van artikel 280*bis* en vervolg (536D):

“That section is of no practical assistance to the State on this aspect because before it can operate the State has first to prove the falsity of the representation, that is, that the accused did not hold that belief or view, which is the same as having to prove that they knew of the falsity of the representation.”

Hieruit blyk onteenseglik dat die hof getuienis vereis wat die subjektiewe gemoedstoestand van die beskuldiges sal bewys, naamlik “. . . that the accused did not . . . hold that belief or view”, en dat die hof nie bereid is om die “belief or view” van die beskuldiges uit omstandighedsgetuienis af te lei nie, maar direkte getuienis daaromtrent vereis vir die doeleindes van artikel 280*bis*.

In *S v Hassim* 1976 1 SA 508 (T) verwys regter Nicholas na die beslissings van *Heller* en *Shaban* en konkludeer (op 511H):

“It is clear from this statement (in *Shaban* 648) that the learned Judge did not suggest that where, in a fraud charge, a representation of a belief by the accused is alleged, sec 280 *bis* is applicable, and I respectfully agree with Trollip, J, that in such a case it does not apply.”

In *S v Shaban* word die wanvoorstelling soos volg deur regter Hiemstra uiteengesit (647H):

“The misrepresentation relied on by the State is that the accused pretended that the investment was sound, whereas he in fact knew that it was not, and yet went through with it for ulterior motives, to the detriment of the company.”

Die hof verwys dan na die *Heller*-saak waarop die verdediging sterk gesteun het en vervolg (648D):

“As I read the charge in the *Heller* case and also the present charge, however, it alleges no belief on the part of the accused. It alleges objectively ascertainable facts, namely that the investment was held out to be a good one (by the mere fact of entering into it), whereas in truth it was bad. If the State had succeeded in proving objectively that the investment was bad, there would have been an onus on the accused to prove on a balance of probabilities that he did not know it to be bad. That is my view of the charge and of the effect of sec 280 *bis*. To read the section otherwise would be to emasculate it. I must therefore respectfully differ from this passage in the *Heller* case.”

Ek kan nie met regter Hiemstra saamstem nie dat die klagstaat in die *Heller*-saak “alleges no belief on the part of the accused”. Volgens my oordeel word die gemoedstoestand van ’n beskuldigde altyd in ’n bedrog-klagstaat vermeld en dit was mi ook die geval in beide die sake van *Heller* en *Shaban*. Al verskil tussen die twee uitsprake is die feit dat *Heller* direkte getuienis tot hierdie aspek vereis terwyl *Shaban* omstandighedsgetuienis as genoegsaam beskou.

Respekvol word ter oorweging gegee dat die *Shaban*-beslissing om die volgende redes korrek is en gevolg behoort te word:

(1) Regter Hiemstra het reeds in sy uitspraak in *Shaban* daarop gewys dat regter Trollip se interpretasie van artikel 280*bis* in *Heller* se saak daartoe lei dat die artikel sy trefkrag geheel en al verloor en kragteloos word. Ek wil my hierby aansluit en daarop wys dat daar by wetsuitleg ’n vermoede is dat die wetgewer nie kragtlose of doellose bepalings maak nie. Steyn *Uitleg van Wette* (4de uitg 123) laat hom hieroor soos volg uit:

“Positief gestel kan ons hier sê dat die uitlegger van die veronderstelling moet uitgaan dat die wetgewer ’n effektiewe, doeldienende bepaling wil maak. Dit volg hieruit dat die uitlegger, waar tweërlei betekenis moontlik is, daardie betekenis sal moet kies wat die bepaling mees effektief sou maak of die doel van die wetgewer die beste sou dien.”

(2) Wat die beskuldigde geglo of geweet het kan myns insiens net so goed dmv omstandigheds- as direkte getuienis bewys word. Die indruk wat ek kry is dat *Heller* en sy navolgers wil hê dat hierdie subjektiewe aspek net deur direkte getuienis bewys mag word. Dis by ons immers aanvaarde en onbetwiste reg dat wat ’n beskuldigde gedink, geglo, gewil en geweet het in die meeste gevalle deur omstandighedsgetuienis bewys kan word. Dit gebeur slegs by hoë uitsondering dat skuld, in die vorm van opset, by die misdaad moord deur direkte getuienis bewys word. Die moordenaar se opset word immers afgelei uit omstandighedsgetuienis. Dit is nie vir my duidelik waarom die beskuldigde se opset by bedrog aan ander standarde gemeet moet word nie.

Dit sal dienstig wees om in hierdie verband kortliks te verwys na hoe ons howe hierdie aangeleentheid benader. In *S v Dlodlo* 1966 2 SA 401 (A) sê appèlregter Botha (op 405H) die volgende:

“The subjective state of mind of an accused person at the time of the infliction of a fatal injury is not ordinarily capable of direct proof, and can normally only be inferred from all the circumstances leading up to and surrounding the infliction of that injury.”

In *S v Sigwaha* 1967 4 SA 566 (A) sê appèlregter Holmes hieroor die volgende:

“Subjective foresight, like any other factual issue, may be proved by inference. To constitute proof beyond reasonable doubt, the inference must be the only one which can reasonably be drawn.”

(3) O’Dowd *The Law of Evidence in South Africa* sê (op bl 6):

“There have sometimes been controversies about the relative value of direct and circumstantial evidence . . . This is profitless controversy. In the words of Phipson both forms admit of every degree of cogency, from the lowest to the highest. There is no rule that the one form of evidence must prevail against the other, or that the one must be exhausted before the other can be resorted to.”

Die slotsom waartoe ek kom, is dat *Heller* en sy nasate verkeerd beslis is en nie gevolg behoort te word nie. Volgens my oordeel is *Shaban* korrek beslis en kan ’n hof ook die omstandighedsgetuienis in ag neem om te beslis of sodanige getuienis, objektief beoordeel, bewys lewer dat die beskuldigde ’n wanvoorstelling gemaak het. Vir die huidige is die posisie van laer howe in Transvaal heel interessant: diegene wat *Heller* ondersteun, kan hierdie beslissing volg en hulle op stare decisis beroep; diegene wat *Shaban* volg, kan hulle insgelyks ook op stare decisis beroep en regter Hiemstra se uitspraak volg!

CF KLOPPER
Streeklanddros, Pretoria

DIE BRITSE WET OP PATENTE 1977 (PATENTS ACT 1977 CHAPTER 37)

Die pas afgekondigde Britse Wet op Patente 1977 is van wesenlike belang vir die Suid-Afrikaanse regspraktisyn. Nie alleen is ons regspraktyk in ’n groot mate afhanklik van die Britse voorbeeld nie, maar is in die staatskoerant van 4 Februarie 1977 kennis gegee dat ’n nuwe Wet op Patente vir die Republiek voorsien word.

Die nuwe Britse wet is genoodsaak deur die feit dat Groot Brittanje ’n lid is van die Europese Ekonomiese Gemeenskap. Die gevolg hiervan is dat voorsiening gemaak moes word vir Europese patente; ook moes die vereistes vir patenteerbare uitvindings in ooreenstemming gebring word met die geldende Vastelandse beginsels.

’n Patenteerbare uitvinding moet nie alleen nuut nie maar ook vindingryk wees. Die toets vir nuutheid het altyd ’n vergelyking behels tussen die beweerde uitvinding en bestaande kennis. Indien ’n uitvinding byvoorbeeld nie vantevore reeds beskryf is nie, is dit nuut. Die probleem in hierdie verband was altyd dat daar vaste formele toetsstene was waaraan die bestaande kennis moes voldoen alvorens dit in ag geneem kon word vir die bepaling van nuutheid. (Vergelyk byvoorbeeld die definisie van *nuut* in artikel 1 van die Wet op Patente 37 van 1952.) Hierdie formele vereistes verval in die nuwe Britse wet. Artikel 2 bepaal naamlik dat ’n uitvinding nuut is indien dit nie deel vorm van die stand van die tegniek nie (“state of the art”). Die stand van die tegniek word gedefinieer as synde alles wat te eniger tyd voor die

tersake datum van die uitvinding aan die publiek beskikbaar gestel is, hetsy by wyse van 'n skriftelike of mondelinge beskrywing, deur gebruik of op enige ander wyse.

Vindingrykheid is in die Britse en Suid-Afrikaanse jurisprudentie bepaal met verwysing na die algemene kennis in die betrokke bedryf. Sodra dit bepaal is, was die vraag of die uitvinding in die lig daarvan 'n trap van uitvinding behels (ofte wel vindingryk is). Die praktiese probleme hierdeur veroorsaak, is indringend bespreek deur Van Reenen "Patentreg: Vanselfsprekendheid van Uitvindinge" 1971 *Tydskrif* 155. Artikel 3 van die Britse wet ondervang hierdie probleme. Daarvolgens behels 'n uitvinding 'n trap van uitvinding indien dit met inagneming van die hierbo gedefinieerde stand van die tegniek nie vanselfsprekend is nie.

Aangesien die beoogde Suid-Afrikaanse Wet op Patente dergelike maatstawwe in die vooruitsig stel, kan 'n meer uniforme patentereg voorsien word en sal nie alleen toekomstige Britse beslissings nie maar ook Vastelandse beslissings oor die uitleg en toepassing van bogenoemde begrippe vir ons regspleging van praktiese belang wees. Die hoop kan slegs uitgespreek word dat dit aanleiding mag gee tot groter gebruikmaking van Vastelandse reg en regsleer.

LTC HARMS

Lid van die Pretoriase Balie

MENS REA AND PRESUMPTIONS

The decision in *S v Mobapie* 1977 4 SA 796 (O) highlights a problem which has only recently come to the fore. The facts of the case, briefly, were that the accused was apprehended by the police in a train for having allegedly dealt in or, alternatively, possessed 6,2 kilograms of dagga which were found in a suitcase lying on a rack above where she had been sitting. In her defence the accused testified that she had been given the suitcase by a stranger through the train window from a point on the platform of a station where he was standing, with the request that it be placed on the rack for him. When the police and the accused searched for this stranger he was nowhere to be found. Smuts J (803C) held that, since the state was unable to prove that the appellant's evidence was not beyond reasonable doubt true, she had to be acquitted. In the course of his judgment the learned judge dealt with the question of the onus of proof where section 10(3) of the Abuse of Dependence-producing Substances and Rehabilitation Centres Act 41 of 1971 applies. He concluded (801E-H) that the state was burdened with the proof of mens rea and that, in such instances, there was no onus on the accused to disprove the same. Despite the support that he found for this conclusion in the obiter dictum of Trollip JA in *S v Majola* 1975 2 SA 727 (A) at 736E, it is respectfully submitted that his decision is not sound.

Section 10(3) of the abovementioned act creates the presumption that a person possesses such drugs as are found in his immediate vicinity. In casu the presumption should, therefore, have applied to the accused in respect of the alternative charge of possession of the dagga concerned. Despite the fact that the state relied on the presumption the learned judge required it to

prove the accused's mens rea. Very simply, this meant that the state was obliged to prove factual possession by the accused coupled with the necessary animus possidendi and if this is so, one may well ask the question what value the presumption has. If the state must prove mens rea in such cases in exactly the same manner as it is compelled to do in ordinary criminal trials (and the learned judge clearly required this as is evidenced by his findings at 803C), then such proof must extend to possession in all its facets and there is no need of nor yet even room for the operation of the relevant presumption. Taken to its logical conclusion, section 10(3) is rendered nugatory and, for all practical purposes, can be considered pro non scripto. If anyone doubts the writer's conclusion, then the question may be posed as to which circumstances must exist before the presumption will operate. Can it operate at all without automatically affecting the incidence of the onus of proof? It is difficult to imagine how!

It is pointed out that one must distinguish very clearly between cases where the state is saddled with an onus of proving mens rea unaided by rebuttable presumptions, and those where it ultimately must prove the offender's guilt but has the assistance of presumptions which clearly cast an onus of proof on the accused. The basic difference is that, in the former instance, an accused person is entitled to an acquittal if his defence merely raises the reasonable possibility of its truth and the state is unable to exclude such possibility (cf *R v M* 1946 AD 1023 1027), whereas in the latter case, the accused, in order to succeed, must prove the truth of his averment on a balance of probabilities. Applying the last-mentioned test to the facts under consideration, it can scarcely be contended that the preponderance of probabilities (as opposed to the reasonable possibilities) favoured the accused's version that she did not possess the dagga (cf in this regard *R v Oliver* (2) 1959 4 SA 145 (D) 145H; *R v Sarang* 1947 3 SA 620 (N) 628-629; *S v Guess* 1976 4 SA 715 (A) 717D-H; *S v Morgan* 1976 4 SA 897 (A) 901-902 and *S v Monare* 1977 4 SA 286 (T) 287A). Hence she did not rebut the presumption and, a fortiori, the state, in the final analysis, proved her mens rea.

The question of the onus of proof of mens rea where presumptions apply, is an important issue. There is a conflict of opinion reflected in the judgments of certain of the provincial divisions of the supreme court. Some demand that the state must first prove mens rea before relying on a presumption (eg *S v Tities* 1974 2 SA 600 (SWA) 601G; *S v Job* 1976 1 SA 207 (NC) 209B and *S v Tina* 1976 1 PH H26 (NC)), while others are to the effect that the presumption is available to the state and that it is for the accused to disprove mens rea in such cases (eg *S v Mofokeng* 1973 2 SA 89 (O) 91A-E; *S v Pillay* 1974 2 SA 470 (N) 473A-F and *S v Naidoo* 1974 4 SA 574 (N) 594H and 600D). Obviously an authoritative pronouncement by the appellate division will be welcomed. But if it is legal policy to burden an accused with an onus of disproving mens rea in certain instances (and a study of most statutory presumptions reveals that this does appear to be the case) then, if the appellate division were to uphold the decision of the learned judge in *Mobapi's* case, one may well expect the legislature to step in with a view to placing matters beyond doubt.

TD REED
Justice Training, Pretoria

FINALE CORRIGENDA TEN OPSIGTE VAN DIE ALGEMEEN BEREDENEERD REGISTER VAN NASSAU LA LECK

In 'n artikel in die Tydskrif wat reeds in 1959 verskyn het,¹ het wyle dr AA Roberts QC (18 2 1890–7 4 1964), in lewe oa advokaat, staatsregsadviseur, sekretaris van onderwys, hoë kommissaris in Kanada, kommissaris van patente en ook by geleentheid waarnemende regter,² besonderhede verskaf ivm 'n register wat hy in Engels opgestel het op die voetspoor van die Algemeen Beredeneerd Register van Nassau La Leck.³ Die voltooië Register, wat tans in die biblioteek van die appèlhof te Bloemfontein gebou word, was blykbaar die sluitstuk van 'n lang reeks publikasies van dié uitgelese juris.⁴

Verskeie ander persone het na die dood van dr Roberts in opdrag van die betrokke staatsinstansies begin werk aan 'n poging om minstens die belangrikste gedeeltes van sy Register vir algemene publikasie voor te berei.

Die basis van die Register is 'n driedelige eksemplaar van La Leck se Register wat tans in die regsbiblioteek aan die hoofkantoor van die departement van justisie in Pretoria gebou word. In die drie bande van hierdie werk het dr Roberts met tipiese nougesetheit al La Leck se verwysings nagegaan, corrigenda in handskrif aangedui en verduidelikende aantekeninge gemaak. Reekse corrigenda vanaf die eerste bladsy van die eerste band is reeds deur hom in die THRHR gepubliseer,⁵ maar by sy dood was corrigenda tov die laaste (91) bladsye van die laaste band blykbaar nog nie gepubliseer nie. Dit is nie bekend of so'n lys, deur hom saamgestel, inderdaad bestaan nie.

Wat volg is 'n lys van hierdie corrigenda, saamgestel uit die handskrifaantekeninge in genoemde eksemplaar van die Register van La Leck. Die aantekeninge is

¹“Die Geskrifte van die Nederlandse praktisyns voor 1800 as hedendaagse regsbron” 1959 THRHR 46.

²Vgl “In memoriam: AA Roberts, QC” 1964 SALJ 141; “The late AA Roberts QC” 1964 SALJ 387; “Alfred Adrian Roberts” 1964 THRHR 258.

³Jr Lodewijk Theodoor Nassau la Leck *Algemeen beredeneerd register op alle de voornaamste rechtsgeleerde advyzen, consultatien, advertisseminten, decisien, observatien en sententien, in eene alphabetische order geschikt en zamengesteld*. Band I: 1778; Band II: 1783; Band III: 1788; Band IV: 1789. Sien ook AA Roberts *A South African Legal Bibliography* (1942) sv *Consultatien*.

⁴Die volgende lys gee nie voor volledig te wees nie:

- (a) SALJ: “Who is the compiler of Bellum Juridicum?” (1933 SALJ 477); “Where to find the Common Law” (1935 SALJ 464); “Colonia Partiarum” (1942 SALJ 236); “Marriage by proxy: Including a brief consideration of the nature of marriage and of agency” (1943 SALJ 280); “Need a boarder give Notice?” (1944 SALJ 200); “Browsing among the old Vellums.” (1959 SALJ 329); “The late FET Krause” (1959 SALJ 364); “William Emil Hollard” (1959 SALJ 339); “Who can help?” (1963 SALJ 148).
- (b) THRHR: “Handhaaf die gemenerereg.” (1938 THRHR 202); “Huweliksluiting met die handskoen of deur middel van 'n verteenwoordiger.” (1941 THRHR 141 230); “The late Professor RW Lee” (1958 THRHR 59); “Browsing in an old law library” (1959 THRHR 54); “Die geskrifte van die Nederlandse praktisyns voor 1800 as hedendaagse regsbron” (1959 THRHR 46); “Corrigenda in La Leck” (1960 THRHR 213; 1962 THRHR 226); Boekbespreking van TB Smith “British Justice: The Scottish Contribution” (1962 THRHR 217).
- (c) Verder: *A Guide to Voet* (1933) met korreksies ens (1934); *A South African Legal Bibliography* (1942) (vgl vir 'n bespreking 1942 THRHR 306); *Wessels' Law of Contract in South Africa* (1937–1938, 1951) AA Roberts (Red). Sien ook AA Roberts *A South African Legal Bibliography* sv Roberts, AA.

⁵1959 THRHR 46; 1960 THRHR 213; 1962 THRHR 226.

ongelukkig nie oral baie duidelik nie, en die samesteller hiervan kon ook nie al die verwysings van La Leck en dr Roberts kontroleer nie, maar daar word vertrou dat die lys 'n wesentlike weergawe van al die aantekeninge behels.

Finale corrigenda in Band IV pp 918–1009

Bladsy

- 918 rubriek VERKWISTER: reël 5, na “c 28” voeg in “nn 51–57”, en vervang in hierdie reël en reël 6 “33 37 38” deur “c 33 c 37 c 38”; reël 7, vir “Koren” lees “Nieustad Decis v d Hove v Holl”; reël 16, na “p” voeg in “32”; en reël 18, na “Zutphen” voeg in sv “Testament”.
- 920 rubriek VERMOEDEN: reël 2, na “Zutphen” voeg in “sv Praesumptie”; en reël 7, vir “c 39” lees “n 39”.
- 922 reël 1, na “Aant” voeg in “d 4”;
reël 3, vir “21” lees “23–28”;
reël 2 van onder, vir “p 153” lees “c 153”; en vir “p 400” lees, in die 1719-uitgawe, “p 426”.
- 923 reël 5, vir “181” lees “176”.
reël 6, vir “p 470” lees, in die 1719-uitgawe, “p 502”.
rubriek VERVREEMDING: reël 1, vervang “en” deur “van”; reël 6, vir “394” lees “395”; reël 9, vir “Hass” lees “Holl”; en reël 22, na “Aant” voeg in “2de derde d”.
- 927 rubriek VERZET: reël 3, vir “p 12” lees “p 214”; en in reël 5 van onder, vir “n 141” lees “c 31 p 141”.
- 929 reël 3, vir “Koren” lees “Nieustad Decis Supr Cur”; reël 26, vir “n 25” lees “n 5”.
- 930 rubriek VERZORGER: reël 13, na “Holl Cons” voeg in “2de”; en in reël 3 van onder, voor “d” voeg in “2de”.
- 935 rubriek VINDICATIE: reël 11, vir “c 66 n 3” lees “d 3 c 127 n 5”; en in reël 23, vir “d 2” lees “d 1”.
- 938 rubriek VOEGING: reël 12, na “gepermitteerd” voeg in “Schom”.
- 939 reël 8, na “p 318” voeg in “observ”; en in reël 9, voor “p 105” voeg in “Nieustad Decis Supr Cur c 18”.
- 940 rubriek VONNIS: voeg by: “zie ook Exceptie”.
- 941 reël 22, vir “c 59” lees “d 2 c 95”.
- 942 reël 18, vir “Koren” lees “Nieustad Decis v d Hove v Holl”.
reël 20, voor “Vonnis” voeg in “Decis Supr Cur”.
reël 23, vir “Vonnis 103” lees “Decis Supr Cur vonnis 104”.
reël 25, na “Zutphen” voeg in “sv Sententie”.
reël 7 van onder, vir “Gail 2 obs 133 n 7” lees, in die 1645-uitgawe, “Gail 1 obs 132 nn 1 tot 5”.
- 945 reël 4 van onder, vir “c 11 en 12” lees “c 11 n 10, c 12 n 23, 24”.
- 946 reël 3, na “Rechtsg” voeg in “boek 5”.
reël 2 van onder, vir “c 59” lees “c 61”.
- 948 reël 11, na “Zutphen” voeg in “sv Momboirschap”.
- 952 reël 25, vir “Koren” lees “Nieustad Decis Supr Cur”.
reël 27, vir “90” lees “89–91”.
reël 29, vir “160” lees “159–160”.
- 953 reël 20, na “n 14” voeg in “en n 15”.
reël 24, vir “15” lees, in die 1664-uitgawe, “16”.
reël 27, vir “p 32” lees “c 24 p 332 nn 82 en 5(?)”.

- Die aantekening is nie baie duidelik wat betref die “nn” nie, maar “nn 82–85” skyn bedoel te wees aangesien hul inhoud gesag is vir die stelling in die teks van La Leck. (Samesteller.)
- reël 32, vir “29” lees “19”.
- 954 reël 23, vir “n 20” lees, in die 1664-uitgawe, “s v Momboirscha pn 19”.
- 955 reël 28, vir “n 1” lees “s v Momboirscha n 7”.
- reël 5 van onder, vir “H Cons d 2” lees “Holl Cons 2de derde d”.
- 958 reël 4 van onder, vir “n 14” lees, in die 1664-uitgawe, “n 13”, en vir “p 787” lees, in die 1680-uitgawe, “p 586”.
- reël 2 van onder, vir “p 784” lees, in die 1680-uitgawe, “p 583”.
- 959 reël 21, na “Sande” voeg in “Decis 3 tit 5”.
- reël 24: ivm “Sande def 4” word die volgende aantekening gemaak: “Sande 3 5 4 deals with the position of the holder in a contract which is null and void.” (Samesteller.)
- 960 rubriek VOORWAARDE: voeg by: “zie ook Huwelijks-voorwaarde”.
- 961 reël 8, na “Holl Cons” voeg in “2de”.
- reël 17, na “d 2” voeg in “c 80”.
- reël 18, na “worden” voeg in “c 81”.
- reël 20, na “Testateur” voeg in “c 83”.
- 963 rubriek VROUW, VROUWEN: voeg by: “zie ook Man en Vrouw”.
- 965 reël 7, vir “Koren” lees “Nieustad Decis Supr Curiae”.
- reël 16, vir “Cons” lees “Consilia”.
- reël 17, na “Zutphen” voeg in “s v Vruchten”.
- reël 19, na “gerekend” voeg in “Zutphen s v Roerende Goederen”.
- 966 reël 24, na “Aant” voeg in “d 4”.
- 971 reël 9, skrap “1 Derde d p 107 en”.
- 973 reël 24, vir “Koren” lees “Nieustad Decis Supr Curiae”.
- 976 reël 15, vir “c 256 p 674” lees, in die 1719-uitgawe, “c 237 p 717”.
- reël 19, vir “c 262 p 682” lees, in die 1719-uitgawe, “c 243 p 727”.
- reël 24, vir “c 266 p 743” lees, in die 1719-uitgawe, “c 247 p 733”.
- reël 29, na “Aant” voeg in “4”.
- 978 reël 14, na “Aant” voeg in “4”.
- reël 25, skrap “Aant op die H Cons d 1 p 40 en 164”.
- reël 7 van onder: die volgende aantekening word gemaak met ’n aanduiding dat dit voor “tit” ingevoeg moet word: “Book 3 title 11”. (Samesteller.)
- reël 5 van onder, na “Zutphen” voeg in “s v Moeder”.
- 979 reël 18, na “Zutphen” voeg in “s v Termyn”.
- reël 7 van onder, na “Zutphen” voeg in “s v Weerderinge”.
- 980 reël 8, na “Zutphen” voeg in “s v Weerderinge”.
- 981 rubriek WATER: reëls 4–5: in ’n aantekening word verdere besonderhede in verband met die verwysings in hierdie reëls aangegee, en vir die betrokke verwysings kan die volgende geles word: “Schr, 1 c 18 n 26, c 34 nn 19–26, c 35 nn 69–88; Lamzw, 1, c 23, 14de point, pp 365 en 451–62”. (Samesteller.)
- reël 7 van onder, na “Zutphen” voeg in “s v Servituyt”.
- 982 reël 3, na “nabuur” voeg in “Zutphen s v Timmeringe”.
- reël 6 van onder, vir “p 231” lees, in die 1719-uitgawe, “p 247”.
- reël 5 van onder, vir “p 234” lees, in die 1719-uitgawe, “p 250”.

- 984 reël 3, vir "682" lees "681".
reël 20, vir "Koren" lees "Nieustad Decis Supr Curiae".
rubriek WEDUWNAAR: reël 7 van onder: die volgende aantekening word tav die verwysings in die teks gemaak: "After 'Koren' insert 'Consilia' and place this reference and that to 'Holl Cons' before the reference to 'Hass Rechtsg Br' two lines lower." (Samesteller.)
reël 3 van onder: die volgende aantekening word tav die verwysing na Zutphen gemaak: "In rubric WEDUWNAAR, wherever 'Zutphen' occurs insert 'sv Weduwe'." (Samesteller.)
- 986 reël 19, na "c 113" voeg in "d 2".
reël 21, vir "60" lees "66".
reël 4 van onder, na "Zutphen" voeg in "sv Onmondige".
- 987 reël 2, vir "c 381 p 704" lees, in die 1669-uitgawe, "c 382 p 700".
reël 6, na "Zutphen" voeg in "sv Onmondige".
reël 14, na "Zutphen" voeg in "sv Onmondige".
reël 17, vir "186" lees "86".
reël 19, na "373" voeg by "op cit L 3 c 3 p 539 van Nederl weergawe".
- 990 reël 4 van onder, na "Holl Cons" voeg in "2de".
- 991 reël 20, voor "n 40" voeg in "c 2".
reël 4 van onder, na "d 5" voeg in "c 197".
reël 3 van onder, voor "d 3" voeg in "2de".
- 992 reël 1, voor "p 497" voeg in "c 181 n 76"; en voor "p 696" voeg in "c 238 n 26".
reël 8, vir "10" lees "11".
reël 13 van onder, na "Inl" voeg in "1 obs 42".
- 995 rubriek WIL: reël 4, vir "20" lees "40".
- 997 rubriek WINST: reël 9, vir "d 3 c 177 p 180" lees "2de derde dc 54 n 3 en 19 pp 177 en 180"; en in reël 10, vir "3" lees "2".
- 1002 reël 4 van onder, na "Holl Cons" voeg in "2de".
- 1003 reël 3, vir "c 190 p 322" lees, in die 1661-uitgawe, "c 191 p 324".
reël 11, vir "n 75" lees "nn 7 tot 10".
reël 9 van onder: ivm die verwysing na Hasselt word die volgende aantekening gemaak: "This reference to *Hasselt*, Aant is wrong. There are a number of passages in that part dealing with domicile, which may be found with the help of the index to the relevant volume of the *Holl Cons* but I was unable to determine which is intended here by La Leck." (Samesteller.)
- 1004 rubriek WOORD: reël 6, vir "21" lees "2".
- 1005 reël 16, vir "c 1" lees "c 10".
- 1007 rubriek ZEESCHADE: reël 1, na "Priv" voeg in "L 4 cap 24" en na "718" voeg in "(p 1038-41 van Nederl)".
- 1008 rubriek ZELFSMOORD: voeg by: "zie ook p 170."
- 1009 rubriek ZILVER: reël 2, vir "n 29-31" lees "n 58-61"; en reël 3, vir "Koren" lees "Nieustadt Decis Supr Cur".
rubriek ZOON: reël 7, na "Zutphen" voeg in "sv Soon".

Vonnisse

SUID-AFRIKAANSE UITSAAIKORPORASIE v O'MALLEY 1977 3 SA 394 (A)

Laster – SAUK behandel soos pers – skuldlose aanspreeklikheid – vermoedens van onregmatigheid en opset – inhoud van animus iniuriandi

In veral die sestigerjare het ons appèl-hof in 'n reeks uitsprake gepoog om ons lasterreg van die Engelsregtelike invloed van die voorafgaande dekades te suiwer deur veral die gemeenregtelike vereiste van animus iniuriandi weer as sentrale aanspreeklikheidskriterium te stel (*Jordaan v Van Biljon* 1962 1 SA 286; *Craig v Voortrekkepers Bpk* 1963 1 SA 149; *Nydo v Vengias* 1965 1 SA 1; *Benson v Robinson & Co Pty Ltd* 1967 1 SA 420; *Coetzee v Nel* 1972 1 SA 353). Dit het noodwendig 'n betreklik radikale herformulering van die grondslae van ons lasterreg beteken wat vir 'n Engelsregtelik georiënteerde benadering en praktyk 'n onsekerheid, grensend aan die traumatiese, meegebring het (sien byvoorbeeld besprekings van eersgenoemde twee uitsprake deur Boberg in 1962 *SALJ* 113 en 1963 *SALJ* 171). In verskeie uitsprake van Provinsiale afdelings van die hooggeregshof is fundamentele standpunte oor aspekte van ons lasterreg gestel wat bygedra het tot die debat oor die teoretiese en praktiese implikasies van die "nuwe" gemeenregtelike benadering (*Maisel v Van Naeren* 1960 4 SA 836 (K); *Wentzel v SA Yster en Staalbedryfsvereniging* 1967 3 SA 91 (T); *Hassen v Post Newspapers (Pty) Ltd* 1965 3 SA 562 (W); *Geysler v Pont* 1968 4 SA 67 (W)).

Tot met die onderhawige uitspraak was die volle betekenis van die vermelde uitsprake geensins duidelik nie. Nou het die appèlhof by monde van hoofregter Rumpff 'n uitspraak gegee wat na my beskeie mening die vele los drade van die vroeëre uitsprake byeenvat en teoreties behoorlik knoop. Vele van die vroeëre onsekerhede word op on dubbelsinnige wyse in duidelike ter-

minologie uit die weg geruim. Dit behoort vir vele jare die mees gesaghebbende uitspraak oor talle aspekte van ons lasterreg te bly.

Die feite was kortliks die volgende: Die appellant, die SAUK, het op 26 September 1976 op verskillende tye 'n nuusberig uitgesaai waarin vermeld is dat die respondent, die redakteur van 'n dagblad, ingevolge die Wet op Oproerige Byeenkomste gearresteer is. Onmiddellik daaropvolgend is in dieselfde nuusberig uitgesaai dat verskeie ander persone vroeër die vorige aand gearresteer is op grond van die bywoning van 'n onwettige vergadering.

In sy eisuiteensetting het die respondent beweer dat die betrokke nuusberig laster teenoor hom daarstel. Die nuusberig is lasterlik omrede daarin te kenne gegee word dat die respondent gearresteer is op grond van die bywoning van 'n onwettige vergadering. In werklikheid is die respondent gearresteer op grond van beweerde *advertensie* van 'n onwettige vergadering. Die appellant werp die volgende verwerpe op: hy ontken dat die berig die vermelde lasterlike betekenis het; hy beweer dat die berig waar en korrek is; hy ontken dat die berig animo iniuriandi uitgesaai is.

Hoofregter Rumpff gee voor beregting van die appèl 'n betreklik volledige uiteensetting van die beginsels van ons lasterreg.

In die eerste plek beklemtoon die hoofregter die onregmatigheids-element van laster as verskyningsvorm van die onregmatige daad (402-403). Dit bring noodwendig 'n skerp onderskeiding

tussen die onregmatigheids- en skuldelement by laster mee. Die hoofregter wys tereg daarop dat hierdie basiese onderskeiding onder Engelsregtelike invloed vertroebel is (402A). Die hoofregter stel die “twee noodsaaklike elemente van laster as delik, nl onregmatigheid en skuld” (402A) skerp teenoor mekaar. Hierdie fundamentele onderskeiding is van besondere belang. Ten grondslag van die verwarring, misverstand en onduidelikheid in ons lasterreg lê na my mening die afwesigheid van kennisname van hierdie elementêre, dog fundamentele, onderskeiding. Die miskenning van die selfstandigheid van hierdie twee delikselemente het veral onsuiverheid en onduidelikheid oor die verband tussen die delikselemente en die verweersgronde by laster tot gevolg gehad (sien my artikel “Die Aanspreeklikheid van die Pers op grond van Laster” *Gedenkbundel HL Swanepoel* (1976) 41 43-47 54-57). Die beklemtoning van die skuldelement in die vorm van opset of animus iniuriandi en die gepaardgaande verdoeseling van die onregmatigheids-element, het aanleiding gegee tot die opvatting dat alle verweersgronde by laster die skuld van die verweerder uitsluit. In die Engelse reg sluit die verweersgronde die aanspreeklikheid uit; onder hierdie invloed was dit ’n kleine tree om te konstateer dat elke erkende verweersgrond die animus iniuriandi van ’n dader weerlê.

Die hoofregter stel dit onomwonde dat bewys van die publikasie van lasterlike woorde twee vermoedens laat ontstaan: ’n vermoede van onregmatigheid en ’n vermoede van animus iniuriandi (401-402). Dit bevestig ’n standpunt wat professor WA Joubert en die skrywer reeds na aanleiding van die *Wentzel*-saak (supra) in ’n bespreking gestel het (1967 *THRHR* 375). Die feit dat uit die publikasie van lasterlike woorde twee weerlegbare vermoedens ontstaan, word ook deur die skrywer sterk vooropgestel in sy reeds aangehaalde artikel (46). Die siening dat twee vermoedens ontstaan, hou duidelik in dat tussen onregmatigheidsweerleggende verwere of-

te wel regverdigingsgronde) en opsetsuitsluitingsgronde onderskei moet word.

Hoofregter Rumpff wys dan ook daarop dat die vermoede van onregmatigheid slegs weerlê kan word “deur getuienis wat aantoon dat die lasterlike woorde gebesig is in omstandighede wat onregmatigheid uitsluit” (402). Hiermee bevestig die appèlhof die korrektheid van regter Jansen se benadering in hierdie verband in sy bekende *Wentzel*-uitspraak (supra). Die uitgekristalliseerde omstandighede wat onregmatigheid in ons reg uitsluit, is privilegie, waarheid en openbare belang, en billike kommentaar.

’n Besonder interessante aspek van hoofregter Rumpff se benadering in hierdie verband is die formulering van ’n algemene beginsel ter bepaling van die regmatigheid al dan nie van die publikasie van lasterlike woorde. Die hoofregter meen dat “publieke beleid” ten grondslag lê van geregverdigde publikasies (403A). Hierdie “public policy” kriterium sluit aan by die kriterium van die “regsoortuiging van die gemeenskap” wat hoofregter Rumpff in die *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) geformuleer het ter bepaling van die aan- of afwesigheid van ’n plig om positief op te tree. In wese het ’n mens hier met die boni mores as onregmatigheidskriterium te doen. In *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T) verklaar regter Mostert tereg: “Onregmatigheid word basies aan die hand van die boni mores bepaal.” Regter Mostert wys tereg verder daarop dat die toepassing van hierdie soepele maatstaf die afweging van botsende belange, met inagneming van die gemeenskapsbelang, vereis (sien ook my aangehaalde artikel 67-68 asook my bespreking van die *Meyer*-saak in 1977 *TSAR* 265). Solank ’n mens maar net besef dat “public policy” as onregmatigheidskriterium in die lasterreg in die eerste plek ’n afweging van die botsende individuele belange van die verweerder en eiser, met inagneming van die openbare belang, vereis, kan ’n mens vrede

hê met die betrokke maatstaf. Die belangrikste implikasie van hierdie algemene maatstaf is egter dat daar nie 'n numerus clausus van regverdigingsgronde bestaan nie maar dat enige regverdigende omstandigheid 'n verweer daar kan stel. Privilegie, waarheid en openbare belang, en billike kommentaar is dus praktykvoorbeeld van publikasies wat op grond van "public policy" geregverdig is.

Hoofregter Rumpff beskryf die inhoud van *animus iniuriandi* in die algemeen soos volg (403C):

"In hierdie stadium kan aanvaar word dat die opset om te belaster die geestesgesteldheid is om die bepaalde gevolg, in die sin reeds genoem, te wil, met die wete dat die gewilde gevolg onregmatig sal wees."

Met hierdie duidelike omskrywing het die appèlhof nou 'n einde gemaak aan die onsekerheid oor die inhoud van *animus iniuriandi* na aanleiding van veral die *Craig*-saak (supra). Ongelukkig het die terminologie wat in die verlede deur die appèlhof benut is om opset te omskryf, interpretasie besonder moeilik gemaak (sien Boberg se bespreking in 1963 *SALJ* 171). Na my mening was die onsekerheid ook te wyte aan die nalate om die reeks omstredende uitsprake as 'n eenheid te interpreteer. 'n Interpretasie van veral die *Craig* en *Nydoo*-uitspraak gesamentlik het tog getoon dat die appèlhof onder *animus iniuriandi* verstaan het die rig van die wil op die veroorsaking van 'n bepaalde gevolg, naamlik aantasting van die eiser se goeie naam, en die bewussyn van die onregmatigheid van sodanige optrede (sien my aangehaalde artikel 52-54; Strauss, Strydom en Van der Walt *Die Suid-Afrikaanse Persreg* (1976) 247-250). Ek stel die resultaat van my interpretasie so (aangehaalde artikel 54):

"Ek kom dus tot die gevolgtrekking dat die appèlhof se formulering van *animus iniuriandi* in die *Craig*-saak en die verdere verduideliking in die *Nydoo*-saak, in ooreenstemming is met die tradisionele en regsteoretiese geregverdigde inhoud van die begrip. Die 'willens en wetens'

element van die hof se omskrywing konstitueer die feitlike aspek van die opsetsbegrip, naamlik die wilsgerigheid, en die 'regtens ongeoorloofde oogmerk' dui die opsetselement onregmatigheidsbewussyn aan."

Hoofregter Rumpff bevestig grootliks hierdie interpretasie (sien ook 405G-H van die verslag).

In *Nydoo v Vengtas* (supra) het appèlregter Holmes aanvaar dat die bewyslas op 'n verweerder rus om na aanleiding van die vermoede van *animus iniuriandi*, die afwesigheid daarvan aan te toon (20-22). Reeds in 1968 het ek na aanleiding hiervan die volgende geskryf (Strauss, Strydom en Van der Walt *Die Suid-Afrikaanse Persreg* (1968) 203 voetnoot 95):

"Dit is miskien nog nie te laat om te pleit vir die aanvaarding van die standpunt dat hierdie weerlegbare (regs-)vermoede net die weerleggingslas raak, en nie die bewyslas nie."

Dit is interessant om op te merk dat hoofregter Rumpff eenvoudig stel dat die vermoede van opset 'n *weerleggingslas* op die verweerder plaas (403B). Vanuit 'n praktiese oogpunt gesien is dit 'n besonder belangrike faset van hierdie nuwe uitspraak. Praktisyns behoort hiermee rekening te hou.

Verreweg die belangrikste aspek van hierdie uitspraak is egter die appèlhof se siening van die aanspreeklikheid van die massamedia soos die pers en SAUK vir die publikasie van laster. Die hof aanvaar eenvoudig dat die SAUK wat sy uitsendings betref op dieselfde basis as die eienaar of uitgewer van 'n koerant geplaas moet word (403E). Hierdie siening is volkome geregverdig. Die besondere oorwegings wat die aanspreeklikheidsvereistes by laster deur die pers bepaal (sien my artikel 67-79), geld eweneens vir radio- en TV-uitsendings. Hoofregter Rumpff wys, met respek gesê, tereg daarop dat ons regspraak reeds in die vorige eeu onder Engelsregtelike invloed die standpunt ingeneem het dat die koerantredakteur en -eienaar skuldloos aanspreeklik is op grond van laster wat in hul blad ver-

skyn. As die publikasie maar onregmatig geskied het, is die betrokke partye sonder meer aanspreeklik. Hierdie grondslag wyk af van die skuldgrondslag wat in die algemeen vir laster in ons reg geld. Hieroor verklaar hoofregter Rumpff (404H):

“Na my mening sou daar egter goeie redes bestaan waarom hierdie klas van persone skuldloos aanspreeklik behoort te wees, by wyse van uitsondering.”

Dit is duidelik uit die uitspraak dat die “goeie redes” veral geleë is in die bewysnood van die weerlose burger teenoor die magtige media (405A 407H). Die appèlhof se aanvaarding van die beginsel van skuldlose aanspreeklikheid ten aansien van die media is, met eerbied gesê, ’n bevestiging van my pleidooi vir die aanvaarding en verantwoordbaarheid van so ’n reëling (sien my artikel 60-64 67-80).

Met die eerste oogopslag lyk die uitsprake in die *Craig*- en *Hassen*-saak strydig met die aanvaarding van ’n strikte aanspreeklikheid in die geval van die media. Na my mening het die betrokke uitsprake egter nie die vroeër erkende skuldlose grondslag enigsins aangetas nie (my artikel 57-58 63-64). Hoofregter Rumpff bevestig in sy uitspraak die korrektheid van my mening (405-406). Hy stel dit dat die *Craig*-uitspraak nie oor hierdie aspek gehandel het nie en dat die verheffing van nalatigheid tot aanspreeklikheidsgrondslag in die *Hassen*-saak nie geregverdig is nie. Die hoofregter voeg egter by dat die resultaat in die *Hassen*-saak wel korrek sou wees as die geskil op die basis van die beginsel van skuldlose aanspreeklikheid van die pers benader

was (sien my artikel 58 64). Hierdie siening moet ’n mens verder kwalifiseer: skuldlose aanspreeklikheid behels vanselfsprekend dat selfs nalatigheid nie as vereiste gestel word nie. (Vir besware teen nalatigheid as vereiste, sien my artikel 70-72.)

Ek keer terug na die appèlhof se uitspraak oor die onderhawige geskil. Die appèlhof bevestig dat die redelike man by die aanhoor van die nuusberig die indruk sou gekry het dat die respondent op grond van die bywoning van ’n onwettige vergadering gearrester is (408-409). Die berig was dus lasterlik ten aansien van die respondent.

Die appellant het, alhoewel hy geen getuienis oor hierdie aspek gelei het nie, beweer dat die dubbelsinnigheid van die berig dui op ’n afwesigheid van animus iniuriandi. Die hof verwerp die verweer. Die hof stel dit duidelik dat daar ter weerlegging van die vermoede van animus iniuriandi minstens getuienis gelei moet word (403B-C 409D-E). Die animus iniuriandi is in casu dus nie weêrlê nie.

In die lig van die appèlhof se aanvaarding van die skuldlose grondslag van die media se aanspreeklikheid vir laster was die ondersoek na die moontlike weerlegging van die vermoede van animus iniuriandi natuurlik, met respek gesê, onnodig. Selfs al is bewys dat daar geen opset by die SAUK was nie staan die onregmatigheid van die publikasies vas. En dit is genoegsaam om die SAUK aanspreeklik te stel.

JC VAN DER WALT
Randse Afrikaanse Universiteit

**BROWN AND OTHERS v NANCO (PTY) LTD 1976 3 SA
832 (W); 1977 3 SA 761 (W)**

I

Company law – shareholders’ statutory derivative action

One of the interesting innovations found in the Companies Act 61 of 1973 is the provision which is made in section 266 for the initiation of proceedings on behalf of a company by a member. The

introduction of this section followed on the recommendations of the Commission of Enquiry into the Companies Act (the commission) (see Main Report 67-6) who felt that the ambit of the rule

in *Foss v Harbottle* (1843) 2 Hare 461 placed unwarranted restrictions on interventions on behalf of the company by members in cases where directors have committed a wrong causing loss to the company.

Section 266(1) provides that where a company has suffered damages or loss or has been deprived of any benefit as a result of any wrong, breach of truth or breach of faith committed by a director or officer of that company or by a past director or officer while he was a director or officer of the company and the company has not instituted proceedings for the recovery of such damages, loss or benefit, any member of the company may initiate proceedings on behalf of the company against the aforesaid persons in the prescribed manner notwithstanding that the company has in any way ratified or condoned such wrong, breach of trust or breach of faith or any act or omission relating thereto.

However, before instituting proceedings the member must serve a written notice on the company calling on it to institute proceedings within one month from the date of the service of the notice and stating that if the company fails to do so the necessary application to court will be made by the member. If the company fails to institute proceedings within a month, the member may make application to court for an order appointing a curator ad litem for the company for the purpose of instituting and conducting proceedings on behalf of the company against the aforementioned alleged wrongdoers (s 266(2)).

When application is made to the court and it is satisfied that (a) the company has not instituted proceedings, (b) there are prima facie grounds for such proceedings and (c) an investigation into such grounds and the desirability of the institution of such proceedings is justified, it may appoint a provisional curator ad litem and direct him to investigate the allegations and report to the court on the return day of the provisional order (s 266(3)).

On the return day the court may discharge the provisional order or confirm the appointment of the curator ad litem. If the latter course of action is followed the court issues such directions as to the institution of proceedings on behalf of the company by the curator ad litem as it deems necessary. It may also order that any resolution ratifying or condoning the wrong, breach of trust or breach of faith or any act or omission in relation thereto shall not be of any force or effect (s 266(4)).

In addition to the powers which the court expressly grants to a provisional curator ad litem or a curator ad litem in connection with the investigation, such person is also entitled to inter alia (a) summon any director, officer, employee, member or agent of the company or other body corporate to appear before him to be interrogated or to produce any specified book and (b) retain for examination any book or document produced to him in pursuance of a summons for a period not exceeding two months or such further period as the registrar of companies may permit (s 267 read with s 260).

When a member makes an application under section 266(2) and it appears to the court that there is reason to believe that he will be unable to pay the costs of the respondent company if it is successful in its opposition, it may require sufficient security to be given for those costs and the costs of the provisional curator ad litem before a provisional order is made (s 268).

Brown and Others v Nanco (Pty) Ltd, as far as I am aware, is the first reported case in which the shareholders' statutory derivative action was utilised. The applicants, who held 19,75 per cent of the company's issued share capital, instituted proceedings under section 266 of the Companies Act when the company refused to take steps to recover certain payments made to some of its directors.

The company, pursuant to its articles, had fixed the remuneration of the directors. In addition, on the recommendation of the company's accoun-

tant, the board also authorised the payment to four of them of certain additional amounts which were termed "management commissions". It was these latter amounts which the applicants alleged had wrongly been paid to the directors.

Article 87 of the company's articles of association provides that a director may hold any other office or position of profit in the company, other than that of auditor, in conjunction with his directorship, and may be appointed thereto upon such terms as to remuneration, tenure of office and otherwise as may be arranged by the directors. Eloff J (at 834) was of the opinion that this was the only clause which could possibly have justified the payments, but that the clause had to be read in the light of the common law which is to the effect that a company director has no right to remuneration of any sort at all unless such right is given him by the articles or his contract. Although the learned judge took note of the accountant's explanation that it was considered necessary to provide the directors in question with extra remuneration (based on the profits earned by the company) on account of the fact that their remuneration fixed by the company in general meeting was not adequate, he was of the opinion that article 87 required that there should be at least an appointment to a specific post with a prior formulation of rights and obligations in a manner sufficiently clear to found a contract. Since this was apparently not done in casu the court acceded to the request for the appointment of a curator ad litem to investigate the allegations. The question of costs was reserved for decision on the return date of the provisional order.

Between the time proceedings were launched and the extended return date, applicants sold their shares to the majority shareholders. In his report the curator ad litem appeared to favour the view that in order for the proceedings to continue the applicants must have retained locus standi at least until the confirmation of the provisional order.

Philips AJ, however (at 764-5), agreed with applicants' counsel that the word "member" in section 266(1) and (2) means that the requisite of membership must be present until application has been made to court for the appointment of a provisional curator ad litem and he accordingly allowed proceedings to continue notwithstanding the fact that applicants were no longer members of the respondent company on the return date.

Digressing somewhat for a while it may be mentioned that in America the derivative action has also been part of their company law for a long time (see in general Ballantine *Ballantine on Corporations* (1946) 333 et seq; Henn *The Law of Corporations* 2 ed (1970) 749 et seq; Oleck *Modern Corporation Law* (1959) vol 3 662 et seq; and Lattin *The Law of Corporations* (1959) 346 et seq). It is interesting to note that in that country it has been held that "... if he (ie the plaintiff-shareholder) disposes of his shares after initiating the derivative action he destroys the technical foundation of his right to continue to prosecute the suit" (per Fuld J in *Tenney v Rosenthal* 6 NY 2d 204, 160 NE 2d 463, 467 (1959)). The position has changed somewhat since this decision. As far as the new federal rules of civil procedure are concerned one finds that rule 23.1 (which came into effect on 1 July 1966: see US SCt R 15 L ed 2d lxxv) provides, inter alia, that in stockholders' derivative actions the complaint must be verified and allege that "... the plaintiff was a shareholder or member at the time of the transaction of which he complains or that his share thereafter devolved on him by operation of law". (See further in this regard 28 USCA Federal Rules of Civil Procedure (rules 17 to 23.2) 449 et seq.) This so-called rule of contemporaneous ownership is strictly followed in the federal courts and apparently applies to cases removed from a state to a federal court as well (Fletcher *Cyclopedia Corporations* (Permanent Edition) vol 13 (1970) Chap 58 § 5981). A number of leading commercial states have adopted the contemporaneous ownership rule by statute

or court rules. Some jurisdictions require the plaintiff to show that he was a registered stockholder at the time of the action of which he complains, while the Model Business Corporation Act has added the term "of record" to the requirement of contemporaneous ownership (Fletcher op cit § 5981 nn 6 7 8).

Although the fact that the applicants were no longer shareholders of the company on the return date was not decisive for procedural purposes, it was "a very relevant and important factor" (per Philips AJ at 765) in helping to persuade the court that the provisional order should be discharged. Other considerations which the court (ibid) took into account in coming to this decision were (a) the applicants' inability to prove that there was an agreement giving them the right to share pro rata in whatever might be recovered from the directors and (b) the fact that all the present members of the company signified their disagreement with proceedings against the directors for the refund of the commissions (the relevant affidavits, incidentally, were filed long after the minority shareholders had been bought out). Philips AJ (at 754) also attached "considerable weight" to the views of the curator ad litem as to why it was not desirable to institute proceedings. Apart from the reasons already mentioned supra these were briefly that (i) there was no suggestion that the defendant directors acted mala fide in respect of the payments; (ii) they justified their actions particularly in an impressive account of the services they rendered to the company; (iii) the future of the company depended on their attitude towards the company and (iv) there was a real risk that the litigation contemplated would prejudice the future of the company and the future relationship between the defendant directors and the company (763-4).

With respect, the most surprising feature of the case was the way in which applicants' allegation that the payment of the management commissions was not authorised by the articles of association and hence not proper - which was

the central issue in the proceedings before Eloff J - seemed to lose all cogency on the return date, notwithstanding the fact that it proved to be well-founded. It is respectfully submitted that the wrongful act against the company presented good grounds for instituting proceedings against the directors concerned which certainly warranted being measured with greater deliberation against those considerations which it was accepted made it undesirable to institute proceedings. As it turned out the court's failure to do so resulted in the applicants being treated less favourably than I believe they could reasonably have expected to be.

In casu the court decided that the costs incurred in hearing the oral evidence of three attorneys pertaining to the applicants' allegation of a telephonic agreement by which the respondent and/or the directors involved (the so-called Roper group) waived their rights to object to the applicants' locus standi flowing from the sale of the applicants' shares to the Roper group - which on the facts was not established - had to be paid by the applicants. The other costs involved, namely (a) those of the initial application for the appointment of a curator ad litem, (b) those of the curator ad litem himself and (c) those incurred on the return date, also had to be paid by them.

In a note on the commission's recommendations concerning the statutory derivative action (1971 (2) *Codicillus* 29 at 31) I postulated that the procedure (envisaged as it then was) pertaining thereto has three potential stages. As I see it the first stage encompasses the initial application by the shareholder during which he must provide prima facie proof of the alleged wrongful conduct. Failure to do so means that the procedure is terminated at this juncture and the applicant can hardly complain if he has to pay the costs of the hearing. On the other hand, if the onus is discharged, the second stage commences with the appointment of a curator ad litem to investigate the matter and ends when he has reported back and the court has discharged the provisional

order. There is a third stage to the proceedings only if the court on the return date of the provisional order confirms the appointment of the curator ad litem to conduct the case against the alleged wrongdoers. This stage ends when the court hands down its judgment.

As *Brown v Nanco (Pty) Ltd* has shown, apart from the question of the locus standi of the plaintiff-shareholder, there are two problems in particular which will tax the courts during the second stage. The first arises where it is proved that a wrong has been committed against the company, but there is also evidence which suggests it is not desirable to continue with the proceedings. The second is how to approach the question of costs in such circumstances.

In casu one must bear in mind that the applicants' success in the first stage of the proceedings (where the onus which they had to discharge admittedly was not very onerous) was coupled with partial success during the second stage. Their allegation was vindicated and the curator ad litem had moreover rejected the defence that the disputed payments were ratified at subsequent general meetings (see 762H). In the judgment of Philips AJ there is also no suggestion that the plaintiffs were acting maliciously when they instituted proceedings.

The apportionment of costs on a fractional basis, in the appropriate circumstances, is an established principle of our law (*Gentiruco AG v Firestone (SA) (Pty) Ltd* 1972 1 SA 589 (A) 667D-673C; *Letraset Ltd v Helios* (2) 1972 3 SA 605 (A)). In the *Letraset* case Potgieter JA (at 609-10) said that in applying this principle he favoured "... a robust approach having regard to the success of the various issues and the overall effect of such success". It is respectfully submitted that even if one accepts that the decision not to institute proceedings against the directors was correct (the fact that the wrongful payment of commissions was rather neglected as a factor, makes the decision - at least in theory - not quite as convincing as it perhaps could have been), this dictum could have been relied on in

support of the view that in casu at least the cost of the initial application and a proportion of the curator ad litem's costs should have been borne by the respondent company.

Section 266 was introduced because the common law derivative action was found to be inadequate. While vexatious or frivolous actions on behalf of a company must obviously not be encouraged, it is submitted that unless our courts carefully analyse and compare the issues involved and adopt an imaginative and flexible approach to the question of costs (on the court's discretion in such matters see in general Cilliers *Law of Costs* (1971) 11-14 and the cases there cited) in actions based on section 266, it will prove to be a dead letter in South African company law.

PIERRE EJ BROOKS
University of South Africa

II

Maatskappywet 61 van 1973 - artikel 266 - toepassing van - locus standi

In hierdie beslissings kry die Suid-Afrikaanse howe die eerste keer die geleentheid om te besin oor die praktiese toepassing van artikel 266 van die Maatskappywet 61 van 1973.

Applikante, houters van bykans 20% van die aandele in Nanco (Pty) Ltd, doen aansoek om die aanstelling van 'n curator ad litem om ingevolge artikel 266 'n geding ten behoeve van die maatskappy teen die direkteure in te stel. Hul grond hul aansoek op die bewering dat die maatskappy kragtens 'n direksiebesluit bestuurskommissie aan sy direkteure uitbetaal het en dat sodanige betaling in stryd is met die statute. Derhalwe versoek applikante die maatskappy om 'n geding teen die betrokke direkteure in te stel ten einde dié bedrae te verhaal. Die maatskappy weier om aan die versoek te voldoen en gevolglik dien die aansoek om aanstelling van 'n curator ad litem op 20 Augustus 1976 voor die hof (gerapporteer 1976 3 SA 832 (W)).

Die eerste vraag wat aandag geniet, is of die uitbetaling geoorloof was. Tereg kom regter Eloff tot die gevolgtrekking dat op hierdie stadium van die verrigtinge dit nie nodig is dat die hof oortuig moet wees dat die betaling ongeoorloof was nie. Dit is voldoende as die hof oortuig is dat daar prima facie gronde bestaan vir so 'n geding. Ook is dit nie eens nodig dat die hof oortuig moet wees dat daar 'n waarsynlikheid van sukses bestaan nie (835D). Verder word bevind dat 'n ondersoek geregverdig is en gevolglik word 'n voorlopige curator ad litem aangestel en word hy opdrag gegee om die nodige ondersoek in te stel en op 11 November 1976 aan die hof verslag te lewer aangaande die wenslikheid om 'n geding teen die direkteure in te stel. Dit is interessant om daarop te let dat die vraag of aan die vereistes van artikel 266(3)(c) voldoen is nie pertinent deur die hof ontleed is nie. Hierdie subartikel bepaal dat die hof oortuig moet wees "dat 'n ondersoek na sodanige gronde en na die wenslikheid van die instelling van so 'n geding geregverdig is". Die hof onderskei nie tussen die ondersoek na die gronde wat bestaan vir so 'n geding en die ondersoek na die wenslikheid om so 'n geding in te stel nie. Daar word eenvoudig volstaan met die bevinding dat die ondersoek geregverdig is en aan die curator ad litem word opdrag gegee om op die keerdatum die hof in te lig aangaande die wenslikheid om 'n geding in te stel. Aangesien subartikel 3 bepaal dat die hof oortuig moet wees aangaande die aangeleenthede daarin vermeld, is hierdie benadering moontlik vatbaar vir kritiek.

Op die uitgestelde keerdatum doen die voorlopige curator ad litem aan die hof verslag (gerapporteer 1977 3 SA 761 (W)). Namens die maatskappy word toegegee dat die betaling aan die direkteure ongemagtig was. Dit was dus nie nodig om op die korrektheid van die prima facie-bevindings in te gaan nie. Nietemin word aangevoer dat die hof nie die aanstelling van die voorlopige curator ad litem moet bekragtig nie daar die applikante nie oor die nodige locus standi beskik het om die aansoek

te bring nie en verder word beweer dat dit in elk geval nie wenslik sal wees om met die geding teen die direkteure voort te gaan nie. Dit blyk naamlik dat, nadat die eerste stappe in die verrigtinge gedoen is, applikante hul aandeel aan die meerderheidsaandeelhouders verkoop het en dat al die aandeelhouders hierna van mening was dat daar nie met die geding voortgegaan moet word nie. Trouens, daar is op die keerdatum 'n beëdigde verklaring by die hof ingedien waaruit dit blyk dat geeneen van die aandeelhouders die instelling van die geding goedkeur of begeer dat die direkteure die betalings aan die maatskappy moet terugbesorg nie.

Die voorlopige curator ad litem is van mening dat slegs 'n lid van die maatskappy locus standi het om regshulp onder artikel 266 aan te vra. Hy gaan selfs verder en beweer dat applikante lede van die maatskappy moet bly ten minste tot tyd en wyl die voorlopige bevel bekragtig is (763B). Laasgenoemde standpunt word deur die hof verwerp. Al wat volgens die hof vereis word, is dat die persoon lid moet wees tot op die datum waarop die aansoek om aanstelling van 'n voorlopige curator ad litem voor die hof dien (in casu 20 Augustus). 'n Persoon bly 'n lid van die maatskappy totdat sy naam van die lederegister verwyder word. Alhoewel applikante hul aandeel voor 20 Augustus verkoop het, is geen getuienis gelei dat hul name alreeds voor 20 Augustus van die lederegister verwyder is nie. Derhalwe word bevind dat die applikante wel locus standi het.

Hierdie uitleg van artikel 266 is natuurlik die korrekte. Die vraag kan egter gestel word of dit wenslik is dat die wetgewer soveel klem lê op die bloot formele aspek dat die persoon nog steeds as lid geregistreer moet wees. Artikel 266 is 'n statutêre remedie wat op die wetboek geplaas is ten einde dit vir 'n maatskappy makliker te maak om – sonder om in botsing te kom met die reël in *Foss v Harbottle* – sy regte af te dwing in geval van onregte hom aangedoen. Indirek word aandeelhouders hierdeur bevoordeel. Verkoop 'n lid

egter sy aandeel, nadat hy die geding aanhangig gemaak het, verval die belang wat hy in die maatskappy gehad het. Tesame hiermee behoort ook sy reg om regshulp onder artikel 266 in eie naam aan te vra, te verval. Dit behoort veral die geval te wees onder omstandighede waar die koper van die aandeel nie geneë is om met die gedingvoering voort te gaan nie. Ook uit die verdere verloop van die proses blyk dit duidelik dat dit die belange van die *aandeelhouders* is wat in ag geneem moet word. So word in verband met die wenslikheid om met die geding voort te gaan gelet op die begeerte van die aandeelhouders sonder om enigsins op die kwessie van lidmaatskap in te gaan.

Dieselfde gevolgtrekking kan ook op 'n ander wyse bereik word. Alhoewel 'n eertydse aandeelhouer lid van die maatskappy bly tot tyd en wyl sy naam uit die lederegister geskrap is, gaan sy regte en bevoegdhede wat aan lidmaatskap verbonde is deur middel van sessie op die koper oor (*Moosa v Lalloo* 1956 2 SA 237 (N)). Die eertydse aandeelhouer moet dus, totdat die koper se naam in die lederegister aangeteken word, die bevoegdhede wat aan lidmaatskap verbonde is namens en in ooreenstemming met die wense van die koper uitoefen.

Daar word aan die hand gedoen dat artikel 266 uitgelê moet word as sou 'n applikant slegs locus standi hê om in eie naam 'n geding aanhangig te maak indien hy op die datum waarop die aansoek dien nie slegs die geregistreerde lid is nie maar ook terselfdertyd die reghebbende van die aandeel is. So 'n interpretasie sou in die gewese geval die onnodige koste wat aangegaan is, en wat eventueel deur die applikant gedra moes word, voorkom het. Blyk dit dat die applikante se locus standi verval het, behoort ander lede toegelaat te word om met die geding voort te gaan. Verder is dit uit die trant van die uitspraak duidelik dat 'n aandeelhouer wie se naam nog nie in die lederegister aangeteken is nie, nie locus standi ingevolge artikel 266 sal hê nie (765A).

Vanaf die moment dat die voorlopige curator ad litem aangestel is, behoort die locus standi van die applikante geen verdere rol te speel nie. In die besonder behoort die feit dat hy hierna sy aandeel verkoop, nie die verdere verloop van die proses in die weg te staan nie.

Met betrekking tot die *wenslikheid* om 'n geding in te stel, kom die hof tot die gevolgtrekking dat die voorlopige curator ad litem korrek was in sy aanbeveling dat dit nie tot voordeel van die maatskappy sal strek om met die geding voort te gaan nie. Die faktore wat in hierdie verband 'n rol gespeel het, was die volgende: (a) dat applikante nie meer lede van die maatskappy was nie; (b) dat die beweerde ooreenkoms ingevolge waarvan applikante sou deel in die bedrag wat op direkteure verhaal mag word nie bewys is nie. (Dit is jammer dat die inligting aangaande hierdie ooreenkoms so skraap is. Nietemin behoort so 'n ooreenkoms nie geldig te wees nie. Wat verhaal word, kom die maatskappy toe. Hoogstens behoort die feit dat 'n bedrag op direkteure verhaalbaar is die koopprys van die aandeel te beïnvloed); (c) dat iedere van die huidige lede verklaar het dat hul nie met die gedingvoering wil voortgaan nie. Ongelukkig is dit nie duidelik of die hof "lede" in (a) en (b) in die beperkte betekenis van geregistreerde lede gebruik nie. Aangesien die wet self geen aanduiding in hierdie verband bevat nie, is ek van mening dat aandeelhouding deurslaggewend behoort te wees. Die feit dat die aandeel ten spyte van die verkoping nog steeds op die applikant se naam geregistreer is, behoort hom dus nie te bevoordeel nie.

Met verwysing na die wenslikheid om met gedingvoering voort te gaan, bevind die hof dat hy 'n diskresie het en kom in uitoefening daarvan tot die gevolgtrekking dat die instel van 'n geding nie wenslik sal wees nie. Dit lyk na die korrekte benadering. Die instelling van 'n geding van hierdie aard sal tot spanning binne die maatskappy lei en as al die lede daarteen gekant is, behoort die hof egter nie ligtelik hul wense te verontagsaam nie. Basies is hierdie remedie

tog een van die maatskappy teen sy direkteure. As nóg die direksie nóg 'n enkele huidige aandeelhouer ten gunste van die instelling van 'n geding is, waarom moet aan die wense van gewese aandeelhouders gevolg gegee word?

Dit wil egter voorkom asof die hof bereid sou wees om die aanstelling van die voorlopige curator ad litem te bekragtig selfs al is die meerderheid van die aandeelhouders daarteen gekant. Dit behoort egter slegs te gebeur indien die applikante op die keerdatum nog steeds 'n aandeelhouer van die maatskappy is of as dit duidelik blyk dat ander aandeelhouders, al is hul ver in die minderheid, begerig is dat 'n geding ten behoeve van die maatskappy ingestel word.

In die lig van hierdie uitspraak blyk dit dat die feit dat applikante in die loop van die verrigtinge hul aandele van die hand sit ernstige gevolge vir hulle kan teweegbring. In casu is 'n kostebevel teen applikante gemaak. Dit het geskied ten spyte van die feit dat die hof by die eerste aansoek geen moeite ondervind het om die voorlopige bevel uit te reik nie en dat op die keerdatum erken is dat die gewraakte betalings ongemagtig was. Enige lid wat gedingvoering ingevolge artikel 266 inisieer, behoort dus aangeraai te word om nie voor die finale bekragtiging van die aanstelling van die curator ad litem al sy aandele te verkoop nie. Doen hy dit,

en al die huidige aandeelhouders is van mening dat die instelling van 'n geding onwenslik is, loop hy die risiko om 'n kostebevel teen hom te kry. Dit het egter die newevoordeel dat 'n lid nie ligtelik gedinge aanhangig sal maak met die hoofdoel om deur die ander aandeelhouders uitgekoopte te word nie (die sogenaamde "strike-suits"). Doen hy dit wel kan die kostenadeel hom swaar tref.

Ten slotte kan beweer word dat skuldeisers benadeel mag word as gedingvoering ingevolge artikel 266 afhanklik gemaak word van die wense van die aandeelhouders. Dit is egter 'n logiese uitvloeisel van die feit dat die remedie van artikel 266 net aan lede van die maatskappy gegee word en nie ook aan skuldeisers of gewese lede nie. Skuldeisers sal hul maar moet laat bedien van die ander remedies tot hul beskikking. Bowendien moet in gedagte gehou word dat aan die hof 'n diskresie verleen is en hul derhalwe nie gebonde is aan die wense van die aandeelhouders of die aanbeveling van die curator ad litem nie. Dus kan die aanstelling van die voorlopige curator ad litem onder sekere omstandighede bekragtig word selfs al is dit in stryd met die wense van al die huidige aandeelhouders.

MJ OOSTHUIZEN
Randse Afrikaanse Universiteit

FAYD'HERBE v ZAMMIT 1977 3 SA 711 (D)

Eerskending – onregmatigheid van

Die relevante feite in hierdie saak is kortliks die volgende: Die applikant, vorige minnares van die respondent, het tydens hulle verhouding 'n geldsom by hom geleen. Mettertyd het daar egter 'n dispuut ontstaan oor die terme van terugbetaling. Na aanleiding hiervan het die respondent briewe aan die applikant gerig waarin hy haar oa beskryf as 'n leuenaar, 'n swendelaar, 'n "bloody crook" en 'n immorele vrou. Die applikant voer aan dat hierdie bewerings

aangaande haar beledigend en lasterlik is. Sy vra dat 'n tydelike interdik wat toegestaan is oa om die respondent te belet om verdere sodanige korrespondensie aan haar te rig of om die persoonlikheidskrenkende bewerings aan buitestaanders te publiseer, bekragtig word.

Met betrekking tot die vraag of die gewraakte opmerkings 'n *iniuria pertinet ad dignitatem* daarstel, verklaar regter Hoexter¹ ten aanvang dat so-

danige opmerkings ongetwyfeld "highly contemptuous of any female person" is. Vir die doeleindes van die saak vind hy dit onnodig om hom uit te laat oor die vraag of die begrip *dignitas* subjektief dan wel objektief van aard is.² Volgens hom³ is die opmerkings "so offensive and degrading that . . . they are bound to outrage alike on the one hand the feelings of a woman of ordinary sensibilities and fastidiousness and on the other hand the feelings of a demimondaine with more wanton ways".

Regter Hoexter⁴ verwerp die argument dat aangesien die gewraakte opmerkings 'n akkurate beskrywing van die applikant en haar lewenswyse is, bewys van die waarheid daarvan 'n volkome verweer teen die *actio iniuriarum* is en dat sy haar gevolglik moet berus in "the indignities anybody may be pleased to heap upon her head". So-danige argument kom volgens hom daarop neer "that the applicant retains no shred of dignity capable of being assailed".⁵ Hy vervolg:⁶

"A person's reprehensible conduct may doubtless be such as to diminish his own self-respect and self-esteem. But I fail to understand why such diminution should enable third persons with complete impunity to make injurious encroachments on his dignity . . . I think, that a person's *dignitas* is absolute and his rights thereto inalienable. At common law those rights are enjoyed by every subject irrespective of his or her station in life or personal circumstances, and without reference to individual merit (whether intrinsic or by reputation). Any infraction of those rights is *prima facie* actionable. To such

an action the truth of the words used to degrade the injured person may perhaps be relevant to an assessment of damages but it does not, in my view, provide a defence on the merits of the action."

Gevolglik besluit die regter dat die gewraakte opmerkings die reg op die eer van die applikant krenk en staan hy die aansoek toe.

Alhoewel die uitspraak in hoofsaak instemming verdien, is daar tog myns insiens 'n paar punte wat nadere beskouing regverdig. In eerste instansie is dit te verwelkom dat "the concept of *dignitas*" nie as 'n enkele afgebakende persoonlikheidsgoed beskou word nie, maar tereg as 'n versamelnaam vir persoonlikheidsregte soos "rights to dignity, privacy and tranquility of mind".⁷ Alleen op hierdie wyse is dit moontlik om regte soos die reg op die eer en dié op privaatheid as selfstandige persoonlikheidsregte te erken en uit die *dignitas*-begrip af te baken.⁸ Daar dit egter in die onderhawige saak primêr oor 'n krenking van die reg op die eer ("dignity") gaan, word die verdere bespreking tot hierdie reg beperk.⁹

Die reg op die eer word ongetwyfeld as 'n selfstandige persoonlikheidsreg in ons reg erken.¹⁰ Onsekerheid bestaan egter oor die vraag wanneer hierdie reg geskend word, dws wanneer 'n eerskending onregmatig is. Aangesien die onregmatigheid van 'n handeling in die skending van 'n subjektiewe reg geleë is,¹¹ kan "enige handeling wat 'n inwerking op 'n regsgoed . . . tot gevolg het, as 'n aantasting van die betrokke

²718B-C: met verwysing na appèlregter Jansen se opmerkings in *Jackson v SA National Institute for Crime Prevention and Rehabilitation of Offenders* 1976 3 SA 1 (A) 10G-H 12H.

³718C-D.

⁴718E-F.

⁵719G.

⁶719D G-H.

⁷Sien op 718B 719D G-H.

⁸Vgl my bespreking in 1976 *THRHR* 122 ev oor die betekenis van die begrip *dignitas*.

⁹Die regter se opvatting (wat hy egter nie gemotiveer het nie) dat die applikant se reg op privaatheid ook gekrenk is, is myns insiens vatbaar vir kritiek (sien op 720A-B). Hierdie aangeleentheid kan egter daargelaat word.

¹⁰Sien by die *Jackson*-saak 1976 3 SA 1 (A).

¹¹Sien Joubert "n Realistiese Benadering van die Subjektiewe Reg" 1958 *THRHR* 12 98 112; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1970) 52-3.

reg in aanmerking kom".¹² Dienoor-eenkomstig kan iedere krenking van die regsgoed eer as 'n onregmatige skending daarvan opgevat word. Ten einde egter vas te stel of die eer inderdaad gekrenk is, is dit nodig om die aard daarvan nader te omskryf.

Volgens Joubert¹³ bestaan daar 'n algemene reg op die eer. Die betrokke persoonlikheidsgoed omskryf hy as¹⁴ "die erkenning van die geestelik-sedelike waarde van die mens as kroon van die skepping". As sodanig is die eer 'n regsgoed met verskillende kante wat op verskeie maniere gekrenk kan word. Met kulturele vooruitgang het volgens hom aspekte van die eer al tot selfstandige regsgoedere ontwikkel (soos die goeie naam¹⁵ en die privaatheid¹⁶). Desnieteenstaande bly hierdie regsgoedere aspekte van die algemene reg op die eer. Hierdie siening van die regsgoed eer gaan myns insiens te wyd. De Wet¹⁷ se standpunt verdien volle instemming as hy verklaar dat "'n algemene reg op die eer' n mens nie juis verder voer as 'n 'algemene persoonlikheidsreg' nie" en dat "groter differensiasie nodig is vir 'n beter begrip van die regte waaroor dit gaan en hoe-

dat hulle geskend kan word". Daarom verg die eer as persoonlikheidsgoed nadere afbakening.

Myns insiens omvat die eer slegs die subjektiewe eergevoel of selfrespek: 'n "persoon se trots op sy sedelike deugszaamheid".¹⁸ Krenking van 'n persoon se eergevoel bestaan in die belediging van daardie persoon.¹⁹ Hierdie beskouing blyk ook uit 'n resente beslissing van die appèlhof, *Jackson v SA National Institute for Crime Prevention*.²⁰ Waarnemende hoofregter Van Blerk verklaar naamlik met verwysing na die klag van die eiseres dat "sy verneder en beledig" is deur die verweerder se optrede:²¹ "Dit is duidelik dat die beskermde regsgoed van die eiseres - waaroor sy hier kla dat sy gelaedeer is - haar subjektiewe eergevoelens is."

Om dus as 'n onregmatige eerskending in aanmerking te kan kom, moet dit vasstaan dat die krenking inderdaad 'n krenking van die subjektiewe eergevoel is, dws dat die reghebbende beslissende beledig voel.²² Dit beteken dat 'n regs-krenking ontbreek by 'n persoon wat in die besondere omstandighede geen eergevoel het nie,²³ of nie bewus

¹²Van Heerden *Grondslae van die Mededingsreg* (1961) 162; sien ook Joubert 1958 *THRHR* 112.

¹³*Grondslae van die Persoonlikeidsreg* (1953) 131.

¹⁴*ibid.*

¹⁵*ibid* 132.

¹⁶Vgl *ibid* 135 waar hy sê: "Dit is 'n ernstige krenking van die eer van die mens om in sy private lewe in te dring . . ."

¹⁷De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1975) 239.

¹⁸*ibid* 240-1; sien ook Van der Merwe en Olivier a.w. 337 390; vgl egter verder De Wet en Swanepoel a.w. 239-40.

¹⁹Van der Merwe en Olivier a.w. 337.

²⁰1976 3 SA 1 (A).

²¹4.

²²Daarom moet ook m.b.t. *crimen iniuria* uitdruklik in die klagstaat beweer word dat die klaer agv die beskuldigde se optrede beledig voel: *R v J* 1953 3 SA 494 (E); sien ook *R v Makeke* 1942 SR 47 48 vir 'n geval waar die hof bevind het dat 'n *iniuria* ontbreek omdat die klaagster nie agv die gewraakte optrede (uitnodiging tot geslagsgemeenskap deur 'n swartman) beledig gevoel het nie.

²³In hierdie verband is daar reeds beslissings wat daarop dui dat die maak van 'n onkuise voorstel aan 'n prostituut nie 'n *iniuria* is nie omdat sy in dié opsig geen eergevoel het nie: *R van Tonder* 1932 TPD 90 91-2; *R v Curtis* 1926 CPD 385 388; *Staddon v The King* 1943 SR 109; vgl ook De Wet en Swanepoel a.w. 241; Amerasinghe *Defamation and other Aspects of the Actio Iniuriarum in Roman-Dutch Law* (1968) 298; saam met regter Hoexter in die onderhawige beslissing (op 719H) moet egter beklemtoon word dat elke persoon, hoe gering ook al, 'n eergevoel het. Daarom moet die vraag of 'n eergevoel vir doeleindes van 'n besondere geval by 'n persoon ontbreek, met die grootste omsigtigheid benader word; by kinders wat te jonk is om 'n eergevoel te hê, is daar natuurlik

van die eerkrenkende daad is nie.²⁴ Die eergevoel word vanselfsprekend egter gekrenk indien die persoon eers op 'n latere stadium van die gewraakte optrede bewus word en hy dan beledig voel.²⁵

Die vraag ontstaan nou of sodanige krenking van die subjektiewe eergevoel voldoende is om die gewraakte optrede sonder meer as onregmatig en bygevolg as 'n skending van die reg op die eer te laat aanmerk. Indien wel, dan is die toets ter beoordeling van die onregmatigheid van 'n eerkrenkende optrede subjektief, soos appèlregter Jansen in die *Jackson-saak*²⁶ inderdaad aangeneem het (sonder darem om so te beslis). Hierdie beskouing kan myns insiens egter nie geregverdig word nie en wel om die volgende oorwegings. Eerstens is 'n subjektiewe toets uit 'n regspolitiese oogpunt onaanvaarbaar. Sodanige toets sou enersyds beteken dat "any hypersensitive person who feels insulted by a statement which would not insult a man of ordinary sensibilities would be able to recover damages"²⁷ en andersyds dat die howe oorlaai sal word met beuselagtige eise gegrond op eerskending. In tweede instansie bots die beskouing ook met die reeds gestelde opvatting dat die onregmatigheid van 'n handeling geleë is in die skending van 'n subjektiewe reg.

Soos gesê, kan iedere krenking van die subjektiewe eergevoel of belediging

van 'n persoon as 'n skending van sy reg op die eer in aanmerking kom. Die bloot *feitelike versteuring* van die betrekking tussen subjek en objek (agv die inwerking op die objek) beteken egter nie dat daar sonder meer 'n aantasting van die betrokke subjektiewe reg was nie. Alhoewel dié versteuring 'n vereiste vir onregmatigheid is, moet 'n *regsaantasting* noodwendig met 'n *normoortreding* gepaard gaan aangesien die grense van die subjektiewe reg deur die regsnorme omlyn word.²⁸ Volgens welke maatstaf of norm moet nou bepaal word of 'n feitlike versteuring van die subjek-objek-verhouding regtens ongeoorloof is al dan nie? Van der Merwe en Olivier²⁹ verklaar "dat steeds gekyk moet word na die redelikheid al dan nie van die dader se optrede in die lig van die benadeling wat die getroffene ly". Die redelikheidskriterium is 'n objektiewe maatstaf, waarvan die vasstelling met verwysing na die algemene regsgevoel van die gemeenskap (*boni mores*) geskied.³⁰ Om gevolglik as 'n onregmatige eerskending aangemerk te word, moet die gewraakte optrede nie alleen die *subjektiewe* eergevoel aantast nie (feitelike versteuring), maar terselfdertyd ook *objektief* gemeenskapstrydig³¹ wees (normskending).

Behalwe vir appèlregter Jansen se opvatting in die *Jackson-saak*,³² blyk hierdie beskouing trouens uit die regspraak. In bv *Walker v Van Wexel*³³ word verklaar:

nie sprake van 'n regskrenking nie: sien De Wet en Swanepoel a w 241 vn 142.

²⁴Sien De Wet en Swanepoel a w 241; Amerasinghe a w 298.

²⁵Sien *R v Daniels* 1938 TPD 312; *R v van Tonder* 1932 TPD 90 92; *R v Waller* 1939 TPD 195 197; sien ook Amerasinghe a w 298; vgl egter *R v Holliday* 1927 CPD 393 401-2.

²⁶1976 3 SA 1 (A) 12; soos gesien, wou regter Hoexter hom in die onderhawige beslissing nie oor hierdie aangeleentheid uitspreek nie.

²⁷Burchell "Dignitas: Subjective or Objective?" 1977 *SALJ* 5 7.

²⁸Sien Van Heerden a w 154; Van der Merwe en Olivier a w 59-60.

²⁹a w 60.

³⁰ibid; vgl in die algemeen Van Heerden a w 164 ev; vgl ook oor die begrip *boni mores*, Joubert a w 109.

³¹Ook De Villiers *The Roman and Roman-Dutch Law of Injuries* (1899) 83-4 beklemtoon hierdie aspek waar hy sê: "Whether an act is to be placed amongst those that involve an insult, indignity, humiliation or vexation depends to a great extent upon the modes of thought prevalent amongst any particular community or at any period of time, or upon those of different classes or grades of society . . ."

³²1976 3 SA 1 (A).

³³1940 WLD 66 71; sien ook *Strydom v Fenner Solomon* 1953 1 SA 519 (E) 540.

“Although the effect of the words used upon the person to whom they are addressed is not irrelevant, the fact that he feels insulted is only one element in the *injuria*; the communication itself must be of an insulting or offensive nature . . .”

Nie alleen dus moet die eiser subjektief beledig voel nie, maar ook moet die gewraakte optrede, objektief beskou, beledigend van aard wees.³⁴ By die beoordeling van laasgenoemde is die algemene regsgevoel van die gemeenskap (*boni mores*) of “the notional understanding and reaction of a person of ordinary intelligence and sensibilities”³⁵ myns insiens van deurslaggewende betekenis.

Staan dit vas dat die gewraakte optrede na subjektiewe sowel as objektiewe sy beledigend van aard is, dan tree die verweerder *prima facie* onregmatig op. Sodanige onregmatigheid kan natuurlik weer deur die aanwesigheid van ’n regverdigingsgrond opgehef word. In hierdie omstandighede word die eergevoel beslis subjektief gekrenk,

maar by dié krenking ontbreek ’n *normskending* juis omdat die krenkingshandeling veroorloof is. Wat regverdigingsgronde hier betref, geld die volgende: In die algemeen behoort die regverdigingsgronde wat by ’n lasteraksie geopper kan word (nl bevoorregte geleentheid, billike kommentaar en waarheid en openbare belang)³⁶ ook hier *mutatis mutandis* van toepassing te wees, veral waar die eerkrenkende optrede aan derdes gepubliseer is.³⁷ Dieselfde geld m.b.t. die tradisionele regverdigingsgronde noodweer,³⁸ noodtoestand,³⁹ die tugbevoegdheid van ouers,⁴⁰ statutêre of amptelike bevoegdheid⁴¹ en toestemming.⁴²

Die vertroue kan uitgespreek word dat die regspraak in die toekoms sonder huiwering die onsekerheid wat deur ar Jansen se beskouing in die *Jacksonsaak*⁴³ m.b.t. die beoordeling van die onregmatigheid van ’n eerkrenkende optrede geskep is, uit die weg sal ruim.

J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

³⁴Ook in *Brenner v Botha* 1956 3 SA 257 (T) 261 word verklaar dat die optrede sodanig moet wees dat “it was capable of the construction that the defendant subjected the plaintiff to degrading, humiliating or ignominious treatment”; vgl ook *Katzenellenbogen v Katzenellenbogen and Joseph* 1947 1 SA 622 (W) 529–30.

³⁵Vgl die *Jacksonsaak* 1976 3 SA 1 (A) 10; vgl ook die onderhawige beslissing op 718C; in *Matiwane v Cecil Nathan, Beattie and Co* 1972 1 SA 222 (N) 227 pas regter Milne ’n soortgelyke toets toe. Hy verklaar: “In my view the letter complained of is insulting and subjects the plaintiff to ignominious treatment . . . It uses language and expresses sentiments likely to humiliate the ordinary reasonable man. The letter, therefore, constitutes in my view an aggression upon the plaintiff’s dignity” (my kursivering).

³⁶In die onderhawige beslissing het regter Hoexter (op 719H–720A) tereg beslis dat die waarheid van die beledigende woorde op sigself nie ’n volkome verweer is nie. Dit sal alleenlik die geval wees indien die beledigende woorde ook in die openbare belang is.

³⁷Sien ook Van der Merwe en Olivier a.w. 392; Amerasinghe a.w. 291–2.

³⁸Vgl *Strydom v Fenner-Solomon* 1953 1 SA 519 (E) 541–2; vgl ook De Villiers a.w. 214.

³⁹Sien die onderhawige beslissing op 719E; vgl ook *Schoeman v Fourie* 1941 AD 125; *Tiffen v Cilliers* 1925 OPD 23; laasgenoemde sake skyn eerder oor noodweer te handel aangesien die gewraakte optrede nie teen onskuldige persone gerig was nie.

⁴⁰Sien Amerasinghe a.w. 292.

⁴¹Vgl *Schoeman v Fourie* 1941 AD 125 134.

⁴²Sien die onderhawige beslissing op 719E.

⁴³1976 3 SA 1 (A).

**ROUX v SANTAM VERSEKERINGSMAATSKAPPY BPK
1977 3 SA 261 (T)**

Minderjarigheid – getroude vrou – verjaring

Die eiseres eis ingevolge die Wet op Verpligte Motorvoertuigversekering 56 van 1972 skadevergoeding vir skade gelyk as gevolg van liggaamlike beserings opgedoen in 'n motorbotsing. Die botsing het plaasgevind op 6 Maart 1971 toe die eiseres 17 jaar oud was. Op 20 Mei 1972 is die eiseres binne gemeenskap van goed getroud met ene Roux. Op 14 Maart 1974 het die eiseres 21 jaar oud geword en is kort daarna van Roux geskei. Op 10 Maart 1975 het sy die vermelde aksie ingestel. Ingevolge Wet 56 van 1972 moet so 'n aksie binne twee jaar na die plaasvind van die botsing ingestel word. Die verweerder het 'n spesiale pleit geliasseer waarin onder andere beweerd is dat die eiseres versuim het om die aksie in te stel binne die tydperk neergelê in Wet 56 van 1972. In haar repliek op die spesiale pleit ontken die eiseres dat haar eis verjaar het omdat sy ten tyde van die botsing minderjarig was en die eis uit hoofde van die bepaling van artikel 13(1) van die Verjaringswet 68 van 1969 derhalwe nie verjaar het nie. Die tersake gedeelte van artikel 13(1) bepaal:

“13 Voltooiing van verjaring onder sekere omstandighede uitgestel.

(1) Indien—

(a) die skuldeiser minderjarig of kranksinnig of 'n persoon onder kuratele is of deur oormag, met inbegrip van 'n wetsbepaling of 'n hofbevel verhinder word om die loop van verjaring te stuit soos in artikel 15(1) bedoel;

...

en (i) die toepaslike verjaringstermyn, as dit nie vir die bepaling van hierdie subartikel was nie, voltooi sou word voor of op, of binne een jaar na, die dag waarop die betrokke beletsel in paragraaf (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g) of (h) bedoel, opgehou het om te bestaan,

word die verjaringstermyn nie voltooi voordat 'n jaar na die in paragraaf (i) bedoelde dag verstryk het nie.”

Dit is duidelik dat waar die verjaringstermyn normaalweg voor bereiking van die meerderjarigheidsouderdom voltooi sou gewees het, soos in hierdie geval, die voltooiing van verjaring deur artikel 13(1) uitgestel word vir een jaar na bereiking daarvan (sien ook *Jonker v Rondalia Assurance Corporation of SA Ltd* 1976 2 SA 334 (OK)). Die eiseres betoog dus dat aangesien sy meerderjarig geword het toe sy op 14 Maart 1974 21 jaar oud geword het, die eis eers op 14 Maart 1975 kon verjaar en dat haar eis dus betyds ingestel is. Hierteenoor voer die verweerder aan dat die eiseres op 20 Mei 1972 toe sy binne gemeenskap van goed getroud is, die beskerming van artikel 13(1) verloor het omdat die beletsel van minderjarigheid vanaf dié datum nie meer bestaan het nie.

Die beslissing hang af van die uitleg wat in hierdie geval aan die woord “minderjarige” gegee word. Wet 68 van 1969 bevat geen omskrywing van die woord “minderjarige” nie en regter Melamet beslis gevolglik dat dit in sy gewone betekenis verstaan moet word tensy sodanige uitleg sou bots met die bedoeling van die wetgewer soos blyk uit die wet as geheel.

Daar is reeds in *Meyer v The Master* 1935 SWA 3 beslis dat 'n onderskeid getref moet word tussen meerderjarigheid en mondigheid. Die twee terme dui albei op die beëindiging van die beperking van 'n persoon se handelingsbevoegdheid waaraan hy weens sy jeugdigheid onderworpe is. “Meerderjarigheid” verwys egter slegs na die geval waar die beperking van die handelingsbevoegdheid beëindig word omdat die persoon die voorgeskrewe ouderdom van 21 jaar bereik het terwyl “mondigheid” dui op alle gevalle waar sodanige beëindiging plaasvind, hetsy deur bereiking van 21 jaar of andersins. (Die ander wyses waarop die beëindi-

ging kan plaasvind, word hieronder vermeld.) Soos regter Van den Heever dit in die *Meyer*-saak op bladsy 7 duidelik stel, is "mondig" in Afrikaans die genus en "meerderjarig" die spesie.

Die hof kom tot die gevolgtrekking dat die woord "meerderjarig" tov artikel 13(1)(a) van die Verjaringswet dui op verkryging van volle handelingsbevoegdheid deur die bereiking van die voorgeskrewe ouderdom. Met ander woorde vir die doeleindes van hierdie wet slaan meerderjarigheid slegs op een wyse van mondigwording, naamlik die bereiking van 21-jarige ouderdom. Die hof vind dit nie nodig om uitsluitel te gee oor die vraag of mondigwording deur 'n bevel ingevolge die Wet op die Meerderjarighedsouderdom 57 van 1972 moontlik binne die raamwerk van die bewoording van artikel 13(1)(a) sal val nie.

- Daar kan moontlik geargumenteer word dat hierdie uitleg van die woord "meerderjarig" bots met die strekking van die Verjaringswet as geheel. Artikel 13(1)(a) stel die voltooiing van verjaring uit juis in dié omstandighede waar persone om die een of ander rede nie in staat is om self toe te sien dat die aksie betyds ingestel word nie. Die onderliggende doel van die wetgewer is dus beskerming. Die vraag ontstaan nou of iemand wie se handelingsbevoegdheid voor die bereiking van die meerderjarighedsouderdom uitgebrei word sodat hy sy eie belange kan beskerm nog enige behoefte het aan die beskerming verleen deur hierdie artikel. Regter Melamet is van oordeel dat die feit dat in artikel 3(1)(a) van die Verjaringswet onderskei word tussen 'n minderjarige en 'n vrou onder die maritale mag van haar man daarop dui dat die wetgewer bewus is van die onderskeid tussen minderjarigheid en onmondigheid (en gevolglik ook meerderjarigheid en mondigheid). Hierdie gevolgtrekking volg uit die regter se opvatting dat 'n vrou onder die maritale mag van haar man 'n onmondige is. Hieruit lei die regter af dat die wetgewer se bedoeling was om persone weens hulle jeugdigheid te beskerm, met ander woorde tot

21 jaar. Dit is egter vreemd dat 'n persoon wat mondig word voordat hy 21 jaar oud word, slegs in hierdie een geval beskerm bly weens jeugdigheid terwyl alle ander beskerming verval wat hy as gevolg van sy beperkte handelingsbevoegdheid gehad het.

Die regter maak dus die gevolgtrekking dat 'n persoon se minderjarigheid duur tot die bereiking van 21-jarige ouderdom en dat die eiseres se huwelik binne gemeenskap van goed voordat sy 21 jaar oud geword het in hierdie verband irrelevant is. Verder konkludeer die regter dat die eiseres nie deur haar huwelik mondig geword het nie: "Inteendeel" sê die regter "sy het onmondig gebly, onder die voogdyskap van haar man en sy word as't ware deur dié huwelik in die geleedere van die minderjariges teruggeplaas" (sien bl 266 van die verslag).

Die maritale mag van die man wat binne gemeenskap van goed getroud is, word dus gelykgestel aan voogdyskap (vermoedelik sal dieselfde geld waar die partye buite gemeenskap van goed met behoud van die maritale mag van die man getroud is). Indien 'n mens die verskille tussen maritale mag en voogdy ondersoek, kan mens nie anders as om tot die gevolgtrekking te kom dat hierdie stelling onhoudbaar is nie.

Hierdie uittaling van die regter is in ooreenstemming met soortgelyke stellings in verskeie uitsprake en handboeke (vergelyk byvoorbeeld *Kent v Salmon* 1910 TS 637 643; *Harms v Malberbe* 1935 CPD 167 170; *Pretoria Municipality v Esterhuizen* 1928 TPD 678 680; *Spiro Law of Parent and Child* 3e uitg 288 en *Boberg The Law of Persons and the Family* 1e uitg 182 196 en 378) en kan ook versoen word met stellings van sekere ou skrywers soos Voet 23 2 41; De Groot 1 5 19 en 3 21 10; Van Leeuwen *RHR* 1 6 7; Van der Keessel *Theses* 91 en Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 3 7. Nogtans, indien voogdy met die maritale mag van die man vergelyk word, blyk dit dat daar sulke wesenlike verskille tussen die twee begrippe bestaan dat dit streng

gesproke foutief is om hulle aan mekaar gelyk te stel.

Die uitsluitlike grondslag waarop voogdy berus, is die beskerming van die minderjarige weens sy gebrek aan insig en oordeel, wat geag word voort te duur tot bereiking van mondigheid. Daarteenoor, wat ook al die rede vir die ontstaan van die maritale mag was, is dit duidelik dat beskerming van die vrou nie vandag meer as die grondslag daarvan erken word nie. Dit blyk onder andere uit die feit dat die vrou deur ooreenkoms met haar man die maritale mag kan uitsluit en haarself sodoende van die onbevoegdheid kan bevry (sien *Estate Sayle v CIR* 1945 AD 388 398). Dit lyk of die algemeen aanvaarde verklaring van die grondslag van die maritale mag gevind word in òf toestemming deur die vrou òf doelmatigheidsoorwegings (laasgenoemde slegs waar daar 'n gemeenskaplike boedel bestaan), sien byvoorbeeld ADJ van Rensburg 1966 *Codicillus* (2) 13 14 en D Pont 1945 *THRHR* 46.

Hieruit volg dat terwyl voogdy uitsluitlik tot voordeel van die minderjarige uitgeoefen moet word dit nie die geval is met die uitoefening van die maritale mag nie. Die voog is dan ook aan streng beheermaatreëls onderworpe – so kan die hof genader word om 'n voog van sy amp te onthef in gevalle van "danger to the child's life, health or morals" (sien *Calitz v Calitz* 1939 AD 56 63; Spiro a w 240). Daarteenoor oefen die man die maritale mag uit na goeiddunke en tot sy eie voordeel. Slegs in uiterste gevalle is daar remedies beskikbaar waarmee die vrou haar belange in die gemeenskaplike boedel kan beskerm. Hahlo (*South African Law of Husband and Wife* 4e uitg 161–162) haal verdere voorbeelde aan waaruit blyk dat die maritale mag baie verder strek as voogdy en dit is gevolglik duidelik dat die beperkings van die vrou se bevoegdhedes weens die man se maritale mag nie ter wille van haar eie beskerming bestaan nie.

As gevolg van die verskille wat bestaan tussen maritale mag en voogdy is

dit dus nie korrek om 'n vrou onderworpe aan haar man se maritale mag aan 'n minderjarige gelyk te stel nie. Alhoewel daar sekere ooreenkomste tussen die twee figure is (waarvan die ver naamste is dat beide beperk handelingsbevoeg is), bestaan daar tog aansienlike verskille in die aard en veral omvang van die beperkings. Dit blyk onder andere uit die feit dat die vrou nie beperk handelingsbevoeg is ten opsigte van die aankoop van huishoudelike benodigdhede nie. Verder brei die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 in artikel 2 die vrou se handelingsbevoegdheid uit met betrekking tot verskeie aangeleenthede.

Die regter se opvatting dat maritale mag dieselfde is as voogdy bring hom tot die noodwendige gevolgtrekking dat 'n vrou jonger as 21 jaar nie deur 'n huwelik binne gemeenskap van goed mondig word nie. Hierdie opvatting word egter nie algemeen aanvaar nie (vergelyk byvoorbeeld Van Rensburg *Codicillus* 13 wat steun op De Groot 1 6 4; en Voet 1 7 13 en sien verder *Ex parte Nortjé* 1977 3 SA 1058 (T).

Die regter stel 'n onmondige minderjarige en 'n vrou getroud binne gemeenskap van goed en onderworpe aan die maritale mag van haar man aan mekaar gelyk. Dit is wel waar dat hierdie persone albei voorbeelde is van regsubjekte met beperkte handelingsbevoegdheid. Daar kan dus met die regter se stelling akkoord gegaan word indien aanvaar word dat onmondigheid slegs na beperkte handelingsbevoegdheid verwys. Handelingsbevoegdheid is egter 'n begrip wat vir gradering vatbaar is (vergelyk ADJ van Rensburg 1972 *THRHR* 305). Dit is so omdat daar verskeie faktore benewens ouderdom is wat 'n persoon se status en gevolglik sy handelingsbevoegdheid bepaal, byvoorbeeld ras, geslag, solvensie, huwelikstaat ensovoorts. Dit bring mee dat die presiese graad van handelingsbevoegdheid van persoon tot persoon kan verskil. Hierdie gradering van handelingsbevoegdheid impliseer dus in elk geval sekere beperkings op handelings-

bevoegdheid, en dit voer die saak dus niks verder om te sê dat 'n persoon onmondig is indien onmondigheid in die betekenis hierbo genoem, gebruik word nie.

Daar is egter sekere groepe regs-subjekte wie se handelingsbevoegdheid in so 'n mate ooreenstem dat hulle saam geklassifiseer kan word. So word sekere groepe geheel en al van hulle handelingsbevoegdheid ontnem of word hulle handelingsbevoegdheid in dieselfde mate beperk weens dieselfde oorwegings, byvoorbeeld minderjariges, kran-sinniges, verkwisters ensovoorts.

Die begrip "onmondigheid" word algemeen gebruik om persone aan te dui wat as gevolg van hulle jeugdige ouderdom ter wille van hulle eie beskerming beperkte handelingsbevoegdheid het. Dit dui dus op een van die klasse hierbo genoem. Hierdie onmondigheid word beëindig deur mondigwording wat op verskillende wyses plaasvind, byvoorbeeld bereiking van 21-jarige ouderdom (meerderjarigheid), meerderjarigverklaring ingevolge die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 en ook deur die voltrekking van 'n geldige huwelik. 'n Vrou onder 21 jaar se onmondigheid in hierdie sin word ook deur die voltrekking van 'n geldige huwelik beëindig, onafhanklik van die vraag of sy onder die maritale mag van haar man te staan kom. Indien sy wel onder die maritale mag te staan kom, is haar handelingsbevoegdheid steeds beperk maar dit geskied nou op 'n ander grondslag en vir 'n ander doel, soos reeds hierbo aangetoon. Die getroude vrou onder die maritale mag val nou binne 'n ander klas persone met beperkte handelingsbevoegdheid, maar die beperkings wat

weens jeugdigheid in haar eie belang opgelê is, val weg. Dit blyk duidelik uit die feit dat waar die huwelik beëindig word voor die vrou op 'n ander wyse mondig word, en die beperkings opgelê weens die maritale mag dus verval, die vrou mondig bly. So ook word 'n vrou wat ouer is as 21 en dus mondig is, nie onmondig in hierdie sin deur te trou en haar dan onder die maritale mag van haar man te onderwerp nie.

Deur die begrip onmondigheid uit te brei na ander klasse van beperk handelingsbevoegde regs-subjekte as jeugdiges word die wesenlike verskille tussen die verskillende klasse misken en kan begripsverwarring ontstaan. Daar word aan die hand gedoen dat die begrip onmondiges slegs verwys na daardie klas persone wie se handelingsbevoegdheid weens jeugdigheid en vir hulle eie beskerming beperk is, en dus slegs in daardie sin gebruik behoort te word. Alle persone wie se handelingsbevoegdheid nie weens jeugdigheid beperk is nie, is dus mondig al sou hulle onder 'n ander klas beperk handelingsbevoegdes val, soos kran-sinniges of vrouens onder die maritale mag van hul mans.

Alhoewel die uitlatings van regter Melamet in hierdie verband in die saak onder bespreking geen verskil gemaak het aan die finale, en, met respek korrekte beslissing nie, kan dit tog onder ander omstandighede aanleiding gee tot ongewenste resultate en behoort daarom in perspektief gestel te word.

AH BARNARD
ANNÉL VAN ASWEGEN
Universiteit van Suid-Afrika

Boeke

RECHTSPERSONEN IN DE NEGENTIENDE EEUW

(Rechtshistorische Studies Nr 2)

deur F M HUUSSEN-DE GROOT

Universitaire Pers Leiden; 1976; 380 bl; prys f 62,50

Die skrywer behandel in hierdie werk die privaatregtelike regs persoon in historiese verband met besondere aandag aan die geskiedenis van hierdie regsverskynsel in die negentiende eeu in Frankryk, Nederland en Duitsland. Hoofstuk I dien as inleiding, Hoofstuk II behandel die Franse reg, Hoofstuk III die Nederlandse reg en Hoofstuk IV die Duitse reg. Daarna volg 'n samevatting in Duits. Die behandeling van elke hoofstuk van die nasionale regstelsels begin met die agtergrond by die aanbreek van die negentiende eeu en vervolg dan met 'n behandeling van die ontwikkeling van die reg insake die privaatregtelike regs persoon gedurende die negentiende eeu om af te sluit met 'n vlugtige verwysing na gebeure van die twintigste eeu.

Die werk kan aanbeveel word by iedereen wat belangstel in die geskiedenis van regspersone of in die probleme insake die regs persoon in die regsleer. Die skrywer behandel die onderwerp nie alleen met groot insig nie maar ook op so 'n manier dat die leser gedurigdeur gekonfronteer word met die vrae: Wat is 'n regs persoon? Behoort 'n regs persoon owerheidstoestemming te verkry vir sy oprigting? Is elke vereniging volgens die regs norme opgerig 'n regs persoon? Wat is die vereistes vir die oprigting van 'n privaatregtelike regs persoon? In hoeverre is burgers vry om te verenig en privaatregtelike regspersone te skep? Welke regte en bevoegdhede het die lede van die pri-

vaatregtelike vereniging? En soveel meer. Deurgaans behandel hy hierdie vrae soos hulle in die betrokke regstelsels ter sprake gekom het en gee dan die antwoorde wat daar op die betrokke tydstip gegee is. Van besonder belang is egter die behandeling van die redes en onderliggende opvattinge wat tot 'n besondere oplossing aanleiding gegee het en weer vir die verwerping of kwalifikasie daarvan.

Die Suid-Afrikaanse leser wat glo dat ons vir ewig dankbaar vir die invloed van die Engelse Maatskappyereg moet wees, sal met belangstelling verneem van die vordering wat daar in Europa gemaak is op hierdie terrein sonder invloed van die Engelse reg en ook welke invloed die Engelse reg op die Franse reg gehad het. (Die leser mag wel vra welke nut regsvergelyking het as land A na land B verwys as 'n voorbeeld om sy eie reg te verander terwyl land B dit reeds oorweeg om sy eie reg te verander. Dit beklemtoon die feit dat regsvergelyking sonder historiese insig en 'n begrip van regsfilosofiese idees en die redes vir bepaalde regsreëls geen blywende bate is nie.) Gelukkig dek die skrywer so 'n wye veld dat die leser meegevoer word en die nodige insig verkry om te kan oordeel.

Die werk word afgesluit met die voetnote (nogal hinderlik vir diegene wat voetnote lees), 'n register van gesiteerde wetgewing (indrukwekkend), 'n bylae I en II wat die ontwerp van die

1798-kommissie van Nederland en hulle bydrae op hierdie terrein uiteensit en 'n bylae III wat die ontwerp Burgerlike Wetboeke (Nederland) van 1816 en 1820 uiteensit. Daarnaas is daar die los toevoeging van sekere skemas wat die ontwikkelinge van die reg insake die privaatregtelike regs persoon in die betrokke lande skematies voorstel. Dit

alles sal vir die meer as toevallige leser 'n nuttige bron van inligting en insig (of samevatting) wees.

In die geheel gesien 'n werk wat mens met belangstelling lees.

DJ JOUBERT
Universiteit van Pretoria

INLEIDENDE HOOFDSTUKKEN BETREFFENDE DE ROMEINS- RECHTELIJKE GRONDSLAGEN VAN HET NEDERLANDS PRIVAATRECHT

deur R FEENSTRA

Universitaire Pers Leiden; 1976; prys onvermeld

Soos prof Feenstra in sy voorwoord aandui, was die doel van hierdie boek om 'n reeks onderwerpe van inleidende aard te behandel met studente van rigtings buite om die regsgeskiedenis. Die aanbieding is derhalwe in die vorm van 'n eenvoudige dog deurdringende uiteensetting van enkele van die vernaamste instellings van die Romeinse reg wat ook in die hedendaagse Nederlandse privaatreg terug te vind is.

Die werk neem 'n aanvang met 'n inleiding oor die aard en waarde van die Romeinse reg in sy historiese opset en die fundamentele verskille tussen Romeinse en moderne Nederlandse reg. Hy wys op die verskil in benadering ten aansien van saaklike en persoonlike aksies en reg (met toeligting by wyse van 'n skets op bladsy 15) in historiese perspektief, waarby ingesluit is 'n oorsig van Hugo de Groot se indeling in sy *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* asook 'n oorsig van die vernaamste verskille tussen die *Burgerlijk Wetboek* van 1838 en die *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek*.

Die geselekteerde onderwerpe wat deur die skrywer vervolgens behandel word, is die volgende: I *Rechtsbevoegdheid en Handelingsbekwaamheid* (waarby ingesluit is 'n bespreking van die handelingsbevoegdheid van minderjariges en die kwessie van *venia aetatis*); II *Rechtspersonen* ('n bespreking van regs persone

en meer spesifiek "Corporaties" en "Stichtingen" soos dit reeds in die middeleeuse en kanonieke regsbronne voorgekom het: die bydraes van skrywers soos Accursius, Révigny, Pous Innocentius IV en Savigny word kortliks genoem); III *Huwelijk en Echtscheiding* (die sterk kanoniekregtelike inslag van hierdie instelling word kortliks bespreek); IV *Eigendom en Bezit* ('n kernagtige, maar noukeurige uiteensetting van die verskille tussen eien-domsreg (*dominium*) en besit (*possessio*) ten aansien waarvan die skrywer op bladsy 44 sê:

"Nu spreken de moderne juristen behalve over eigendom echter ook over bezit. In lekentaal wordt veelal geen onderscheid gemaakt tussen eigendom en bezit, tussen in eigendom hebben en bezitten. De niet-jurist zal niet direct inzien waarom de zojuist geciteerde definitie van het eigendomsrecht niet ook op bezit zou kunnen slaan. Bij nadere overweging zal hij misschien wel kunnen aanvoelen dat met de term bezit vooral de feitelijke toestand van het genot hebben en de feitelijke mogelijkheid van vervreemding worden aangeduid, terwijl de eigendomsdefinitie ook het geval kan omvatten dat men in feite geen genot heeft of niet kan vervreemden, maar wel het recht daartoe heeft; hij zal zich echter kunnen afvragen of het nodig is, die twee aspecten scherp te onderscheiden. Toch is dat onderscheid voor moderne juristen essentieel. Dit bemerkt men o a wanneer men nagaat

wat zij over verkrijging van de eïendom zeggen."

V *Eigendomsoverdracht* ('n bespreking van die vereistes vir oordrag van goedere, nl beskikkingsbevoegdheid en titel tesame met die verskillende wyses van oordrag soos *mancipatio*, *in iure cessio* en *traditio*; 'n oorsig van die reëls met betrekking tot kontant- en kredietkoop word ook onder hierdie opskrif behandel); VI *Eigendomsverkrijging door Verjaring* (hoofsaaklik gerig op 'n bespreking van *usucapio* en die vereistes daarvan asook van *longi temporis praescriptio* en *longissimi temporis praescriptio* soos dit by Justinianus voorgekom het); VII *Zakelijke Zekerheden* ('n meer diepgaande bespreking van *fiducia*, *pignus* en *hypotheca* met inbegrip van die sogenaamde "besitlose pand" en in hoever dit nog in die Nederlandse reg bestaan); VIII *Begrip Verbintenis, Bronnen van Verbintenis* ('n bespreking van die begrippe *obligatio* en *actio* enersyds en van die kontrakte, quasi-kontrakte, delikte en quasi-delikte as bronne van 'n verbintenis: ons word vertel dat die Nederlandse reg op hierdie gebied via die Franse *Code Civil* ontwikkel het – sien bladsy 134); IX *Contractus en Pacta* (inleidende opmerkings oor kontraktuele vryheid in die Nederlandse reg en daarna die onderskeid tussen *pactum* en *contractus* in sy verskillende verskyningsvorms); X *Verbintenissen uit Delict* (die skrywer waarsku op bladsy 143 dat "delict" nie in Nederlandse konteks as "onregmatige daad" vertaal moet word nie, omdat laasgenoemde begrip in die Nederlandse reg 'n besondere betekenis het wat slegs gedeeltelik ooreenstem met die betekenis van *delictum*; dieselfde geld vir *furtum* en *damnum iniuria datum* wat eerder onvertaal gelaat moet word as om weergegee te word as "diefstal" en "saakbeskadiging" – hierdie twee delikte asook *iniuria* word helder uiteengesit met verwysing na al die vernaamste fasette daarvan); XI *Verbintenissen uit 'Ongeregtvaardigde Verrijking'. Condicties. Zaakwaarneming* ('n indringende bespreking van die verskillende *condictiones*, die *actio negotiorum gestorum* in sy uitgebreide vorm en die

actio de in rem verso as verrykingsaksie); XII *Koop* ('n kernagtige bespreking van die vernaamste aspekte van die koopkontrak, onder andere eiendomsoorgang, uitwinning, die risiko-reëling, aanspreeklikheid vir verborge gebreke, spesiale bedinge soos die *lex commissoria* en die leerstuk van *laesio enormis*); XIII *Stipulatio* (die ontwikkeling van hierdie instelling as die vernaamste van die *contractus verbis* met besondere verwysing na aangeleenthede soos die *exceptiones doli*, *mercis non traditae* en *non numeratae pecuniae* asook 'n kort uiteensetting van die aanwending van die *stipulatio* soos op gebied van die boetededing); XIV *Vertegenwoordiging* (die vernaamste aspekte van verteenwoordigingsreg met 'n interessante bespreking van die standpunte van sekere van die middeleeuse skrywers soos Martinus, Bulgarus en Accursius onder die glossatore en Bartolus onder die komentatore).

Dit is alleenlik 'n meester op sy vakgebied wat op so 'n helder en maklik-verstaanbare wyse 'n kernagtige uiteensetting kan gee van wat beskryf kan word as die vernaamste regsinstellings wat aan die moderne wêreld bekend is. Vir sover professor Feenstra se oogmerk was om 'n historiese perspektief op sekere privaatregtelike figure soos dit in die Nederlandse reg voorkom aan studente te gee waar sodanige studente nie 'n deskundige of dieptekennis van regsgeeskiedenis het nie, het hy pragtig in sy doel geslaag. Sels die leek op regsgebied sou die werk uiters nuttig kon gebruik. Vir naslaandoeleindes word dit ook voorsien van 'n bronne- en saakregister. Buiten 'n drukfout in die opskrif van hoofstuk IX op bladsy 136 het geen opvallende tipografiese foute opgeval nie. Ek was voorsien van 'n lys van *errata* wat egter niks ingrypends in die werk verander het nie. Professor Feenstra het weer eens bewys dat hy as leermeester nie 'n gelyke het nie.

DH VAN ZYL

Lid van die Pretoriase Balie

HANDELEN IN STRIJD MET DE WET

deur JEROEN MJ CHORUS

Universitaire Pers Leiden, Tjeenk Willink, Zwolle 1976; xiv & 305 bl; f60

Hierdie werk is die eerste van 'n reeks *Rechtshistorische Studies* wat deur die Leidse Universitaire Pers uitgegee sal word. Die eerste van die reeks beloof dat die wat sal volg van groot waarde sal wees. Dat hierdie werk 'n historiese studie is, sal nie met 'n eerste oogopslag uit die titel blyk nie, maar die opset van die werk blyk duidelik uit die subtitel, nl "De verboden Rechtshandeling bij de Romeinse juristen en de Glossatoren met enige verbindingslijnen naar het Nederlands recht". Die Nederlandse reg dus (om nou die volgorde van die stof soos dit in die boek behandel word, om te draai) ken regsreëls, seker net soos enige ander regstelsel, wat van so 'n aard is dat 'n regshandeling (in besonder die ooreenkoms, soos ook blyk uit art 14 van die Algemene Bepalings van die Nederlandse Burgerlike Wetboek) wat in stryd daarmee verrig word òf as nietig beskou word, òf vernietigbaar is, òf nie sy gewone effek het nie. Watter reëls hierdie geaardheid het en watter handeling almal beoog word, is 'n ander vraag.

Hierdie gedagtegang word in die Romeinse regsbronne teruggevind. Dit is deur die glossatore 'n bepaalde vorm gegee en 'n leer is daaromtrent opgebou. Hierdie leer kom weer in die Nederlandse reg voor, alhoewel dit ten dele op art 6 van die *Code Civil* steun, egter nie sonder om ook op ander faktore te steun nie. Die besondere is verder dat art 14 AB van die BW en art 6 CC hoofsaaklik tot die *Glossa ordinaria* terugvoer word. In die *Glossa ordinaria* kom 'n reëling voor wat sy eie geaardheid het, ook al gaan dit op die Romeinsregtelike bronne terug. Uit hierdie ontwikkeling is daar hoofsaaklik twee gedagterigtings te bespeur, naamlik dat 'n handeling wat in stryd is met 'n regsreël wat die handeling verbied, nietig is (onderworpe aan uitsonderings) en daarteenoor, die gedagtegang

dat so 'n regshandeling nie nietig is nie (behoudens uitsonderings).

Die boek bestaan hoofsaaklik uit vier afdelings. Die eerste word gevind in die inleiding waarin die skrywer die opset van die werk afbaken. Omdat die terminologie taamlik konstant gebly het, word daar 'n geskiedenis van begrippe weergegee. In die inleiding word dan ook verduidelik hoe die taak behandel sal word.

Miskien mag opgemerk word dat die metode gevare inhou. So 'n *Dogmengeschiede* kan maklik uitgaan van dit wat as dogma beskou word. Elke regstelsel het egter merendeels sy eie dogma en teorieë. Dit kan gebeur dat vir die Romeinse juris (om maar 'n voorbeeld te noem) dit vreemd sou wees om te hoor wat sy dogma is en was; en wat miskien vir die juris wat met een regstelselwerk as dogma aangedui word, kan vir 'n ander wat met 'n ander regstelsel werk, nogal vreemd klink. So weet ek nie of die begrippe *dwingend recht*, *aanvullend recht* ens vir almal altyd dieselfde inhoud het nie. 'n Dogma moet uit die feite (naamlik die reg, sy reëls en sy instellings) voortvloei. Daar moet nie eers met 'n dogma, teorie of beginsels gewerk word en die reg daarna dien-ooreenkomstig gevind word nie. Dit is natuurlik 'n algemene stelling en dit is geensins die bedoeling om te sê dat die skrywer die reg binne die raamwerk van 'n dogma forseer nie. Intendeel, die hele opset is om uit die reg en sy ontwikkeling 'n dogma en die ontwikkeling daarvan na te spoor.

Die tweede gedeelte van die werk word in twee hoofstukke weergegee en dek die behandeling van die Romeinse reg. Die werk van die skrywer verdien besondere lof, omdat hy 'n gebied behandel waaroor daar, na verhouding, weinig literatuur bestaan. Verder is die onderwerp in die bronne aangeroeer in

verband met 'n menigte spesifieke gevalle wat oor die Romeinse regsbronne versprei lê. Om dit alles na te spoor, is op sigself 'n groot taak. Hierbenewens is daar dan sekere gebiede van die Romeinse reg en vrae in hierdie verband wat die skrywer in meer besonderhede moet behandel. (Hier word gedink aan die *causa traditionis* (p 68 sqq), *turpis causa* (p 82 sqq), ens.) Die skrywer stel dit baie beskeie dat hy nie die punte grondig behandel nie, maar hy doen dit wel op so 'n manier dat dit toon hoe deeglik hy sy reg ken.

Die inhoud van die gedeelte oor die Romeinse reg dek dus baie aspekte. Ongetwyfeld is die belangrikste bydraes moeilik om aan te stip. Miskien moet eerstens verwys word na die behandeling van die begrippe *lex perfecta*, *lex minus quam perfecta* en *lex imperfecta* (uitdrukkings wat baie selde in die bronne voorkom, laat in oorsprong is en bes moontlik hulle oorsprong by die onderig gevind het). Hulle word uitvoerig behandel en daar word aangetoon hoe weinig verskil daar eintlik tussen hierdie drie groepe in hulle uitwerking was. Die uitgangspunt by die bespreking is Ulp *Ep* 1 1-2 en lei tot die *lex non dubium* (C 1 14 5), 'n oorlewing van *Nov Theod* 9.

Dan moet ook vermeld word die bespreking van die begrip *ius publicum* wat meer as een betekenis in die Romeinse regswetenskap het en wat beslis nie dieselfde begrip is as wat die moderne dogma oor die begrip daarvan gemaak het nie. Hierdie behandeling hou weer verband met die reeks tekste (soos D 2 14 38 of D 50 17 45 1) waarin die leerstuk van *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* aangetref word. Gelyktydig vloei die behandeling van hierdie leer voort uit die behandeling van die begrip *ooreenkoms* wat in die Romeinse reg 'n ander juridiese funksie het as wat dit in moderne regstelsels het. En al hierdie punte van bespreking hou verband met die sentrale tema van die werk, naamlik wat die juridiese betekenis van die verbode ooreenkoms is. Vir dié doel moet die leerstellings soos vervat in C 2 3 6 (*Pacta quae contra leges*

constitutionesque vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere indubitati iuris est) D 35 2 15 1 en ander ontleed word. 'n Magdom van begrippe en tekste word dus bespreek. Die vraagstuk van die verbode kontrak en sy kontraktuele gevolge (nietigheid, *causa*, ens) en die effek op die saaklike regte (oordrag van eien-dom, *usucapio*, ens) asook die *condictiones* wat moontlik toelaatbaar is, word behandel.

Van baie groot waarde is die behandeling van die werk van die Glossatore. Die skrywer maak gebruik slegs van gedrukte materiaal, maar sê tereg dat daar so baie daarvan is dat dit nie die moeite loon om daarbuite te gaan nie. Hier word die basis gelê vir die latere reg en die Glossatore wyk in 'n mate van die Romeinse reg self af. Hulle groot taak was om die Romeinse reg te sistematiseer en dit geld vir die onderhawige onderwerp natuurlik ook. Hoofsaaklik word die verskil by die Glossatore behandel tussen die verbode handeling en die delik; die gevolge van 'n verbode handeling wat tot nietigheid (of vernietigbaarheid) kan lei *ipso iure*, *ope exceptionis* en *ope actionis*. Dan is daar nog die leerstuk in verband met die verbode handeling wat met 'n eed bevestig word. Dit is opvallend watter rol deur die Glossatore Bulgarus, Iacobus en Martinus gespeel is, om maar slegs die name van hierdie drie te noem. Die belangrikste bronne vir die teorieë (en hierdie bronne word dan ook uitvoerig bespreek) is die *glossae* (*Pro infectis*, *Ex eo*, *Ob id* en *Nec sacramentum* op C 1 14 5 1 en 2 (die vermaarde *lex non dubium*).

Ten slotte kom die skrywer by die moderne Nederlandse reg. Die ontwikkeling by die totstandkoming van art 14 AB van die BW (*Door geene handelingen of overeenkomsten, kan aan de wetten, die op de publieke orde of goede zeden betrekking hebben, hare kracht ontnomen worden*) word verduidelik. Die kritiek op die artikel word bespreek en die finale opsomming van die skrywer is dat die artikel 'n algemene beginsel veronderstel, sonder om dit weer te gee, naamlik *Er zijn rechtsregels die men door een rechtshandeling nooit buiten toepassing*

kan verklaar, *regels van dwingend recht*. Owerigens, die beginsel sluit in dat handelinge in stryd met die wet nietig is, behalwe as die wet uitdruklik anders bepaal of as dit volg uit die gees van die wet wat andersins sy werking sou verbeur.

Wat baie interessant is en duidelik na vore gebring word, is die agtergrond van die artikel. Die *lex non dubium* (C 1 14 5) en D 2 14 38 (*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*) vorm 'n agtergrond waarop in ontwerpe van die Burgerlike Wetboek voortgebou is. Maar so ook art 6 van die *Code Civil* (*On ne peut déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*). Van belang in hierdie verband is die uiteensetting van die totstandkoming van die artikel en die teenstelling daarin wat aan die een kant op Domat terug gaan en aan die ander kant op 'n sg *summarius* wat aan Bartolus ontleen is.

Die gehele verloop van die geskiedenis kom hierop neer dat die *compilatores* van Justinianus bedoel het dat geen ooreenkoms gesluit kan word wat

in stryd met 'n reël van die objektiewe reg is nie. Die *Glossa ordinaria* verander hierdie uitgangspunt sodanig dat 'n ooreenkoms wat in stryd met 'n regsreël is, nietig is, wanneer die reël 'n openbare belang dien. Die Humaniste (Cuiacius, Donellus) gaan na die Romeinse standpunt terug, maar die *Code Civil* keer meer na die Glossatore toe. Uiteindelik beoog die Nederlandse reg in art 14 AB om die beginsel van D 2 14 38 weer te gee.

Dit is 'n puik stuk werk. Soos verag kan word van 'n werk van hierdie gehalte, is die hele weergawe uitstekend. Dit is miskien nie altyd maklik om die betoog te volg nie, want die skrywer het met stof te doen wat uit verskeie bronne geput word. Afgesien van 'n lys van afkortings, 'n register van bronne, 'n uitvoerige weergawe van die geraadpleegde literatuur en 'n onderwerpregister, bevat die boek 'n opsomming in Frans. Ons kan nog waardevolle bydraes van regsgeeskiedkundige aard van die skrywer verwag.

P VAN WARMELO
Universiteit van Suid-Afrika

THE LAW AND PRACTICE OF ADMINISTRATION OF ESTATES

(Including drafting and execution of wills, intestate succession, minors, absent persons, mental patients, administrators, fiduciaries and usufructuaries and estate duty)

deur D MEYEROWITZ

Vyfde uitgawe; Juta & Kie Bpk Kaapstad, Wynberg, Johannesburg 1976; 720 bl; prys R38,00

Meyerowitz se handboek oor boedelbereddering en boedelbelasting het geen bekendstelling nodig nie. Die boek het reeds 'n onontbeerlike en welbekende hulpmiddel geword vir almal wat hulle besig hou met die beredderingsproses van bestorwe boedels asook met die administrasie van die boedels van minderjariges, verkwisters, persone wat ly aan geestesgebreke en afwesiges.

Die vierde uitgawe wat op datum gehou is deur 'n aantal byvoegsels, is reeds 'n geruime tyd uit druk. Die verskyning van die vyfde uitgawe is gevolglik baie

tydig. Ongelukkig word nêrens in die boek aangedui presies tot op watter datum die boek bygewerk is nie. Die enigste aanduiding in die verband is die feit dat die voorwoord gedateer is April 1976.

In sy voorwoord tot die vyfde uitgawe opper Meyerowitz die interessante vraag of die steeds uitbreidende magte en bevoegdhede van die meester noodsaaklik en die moeite werd is. In die meeste ander lande bestaan daar nie 'n instelling soortgelyk aan die meester van die hooggeregshof nie (vgl Voor-

woord bl vii). Meyerowitz se twyfel in hierdie verband moet gedeel word. Waarom handelingsbevoegde skuldeisers en erfgename wanneer iemand te sterwe kom deur die staat beskerm moet word op 'n meer intensiewe wyse as wat die oorledene self tydens sy lewe beskerm is, is nie duidelik nie. Indien die beredderingsproses van boedels uitsluitlik in die hande van die professionele mense gelaat word, is daar genoeg beskerming in ons reg vir belanghebbendes sonder dat verdere inmeniging van die staat nodig is. Persone wat handelingsonbevoeg is of wie se handelingsbevoegdheid beperk is, behoort egter steeds deur die staat beskerm te word, juis om hulle te beskerm teen hulle gebrek aan insig en oordeel.

Die sistematiek in die nuwe uitgawe is ietwat gewysig. Die hoofstukke is onderverdeel in genommerde paragrawe en aan die einde van elke genommerde paragraaf is die voetnote met betrekking tot die paragraaf. Dié sistematiek is doeltreffend en dit is maklik om 'n bepaalde onderwerp vinnig na te slaan. Die verwysings in die indeks is na die betrokke paragraaf in plaas van na bladsye. Soos in die vorige uitgawes is die indeks verdeel. Daar is 'n afsonderlike indeks vir die deel van die boek wat handel oor boedelbereddering en een vir die gedeelte oor boedelbelasting. Die verdeling van die indeks dra baie daartoe by dat 'n leser 'n bepaalde onderwerp vinnig kan naslaan.

Alhoewel die boek omvangryk is, is dit prakties maklik bruikbaar. Op bl xi is daar byvoorbeeld 'n kronologiese gids van die verskillende stappe van die beredderingsproses van 'n bestorwe boedel. Agtien verskillende stappe vanaf rapportering van die boedel tot ontslag van die eksekuteur is op een bladsy aangedui met verwysings na die bespreking daarvan in die teks. Hierdie opsomming stel 'n minder bedrewe eksekuteur in staat om onmiddellik vas te stel wat hom vervolgens te doen staan.

Die boek behandel meer as die blote beredderingsproses van bestorwe boedels. Hoofstuk 5 word byvoorbeeld gewy aan die opstel van testamente. Dit is inderdaad 'n baie goeie hoofstuk en

die hoop moet uitgespreek word dat meer kennis daarvan geneem sal word in die toekoms as wat die geval was in die verlede. Die pligte en bevoegdhede van voogde word uiteengesit in hoofstuk 21. Hoofstuk 22 handel oor die administrasie van die boedels van afwesiges en sielsiekes. Hoofstuk 23 word gewy aan die administrasie van trustgoedere en behandel o.a. Hoofstuk 3 van die Boedelwet 66 van 1965 wat na al die jare nog steeds nie in werking gestel is nie. In die derde deel van hoofstuk 23 wat handel oor die bevoegdhede van trustees of administrateurs kon met vrug verwys gewees het na *Peffer's NO and Another v Attorneys, Notaries & Conveyancers Fidelity Guarantee Fund Board of Control* 1965 2 SA 53 (K) waar die hof die beleggingsbevoegdheede wat in die praktyk erken en ontwikkel is, uiteensit.

Vanaf hoofstuk 27 word die Boedelbelastingwet 45 van 1955 behandel (bl 380-535). 'n Volledige bespreking en verduideliking van die wet word aangebied en talle voorbeelde van die berekening van boedelbelasting, verdeling van boedelbelasting tussen die belastingpligtiges, beëindigende vruggebruike ens word gegee. In die lig van die voorbeelde behoort selfs die mees oningewyde in staat te wees om ingewikkelde belastingberekenings korrek te maak.

Die volledige Engelse teks van verskeie wette, regulasies en ooreenkomste is dubbele boedelbelasting is vervat in aanhangsels tot die boek. O.a. word die volledige teks van die Boedelwet 66 van 1965 en die Boedelbelastingwet 45 van 1955 en die Wet op Testamente 7 van 1953 aangehaal.

Die uitgawe is keurig versorg en drukfoute is tot die minimum beperk. Elke hoofstuk is van 'n kort inhoudsopgawe voorsien wat die leser in staat stel om 'n bepaalde subhoof ghou te vind. In sy geheel is die werk 'n onontbeerlike, uiters praktiese en bruikbare hulpmiddel vir enigeen wat betrokke is by die opstel van testamente, bereddering van bestorwe boedels en boedelbeplanning.

AH BARNARD
Universiteit van Suid-Afrika

SOUTH AFRICAN CRIMINAL LAW AND PROCEDURE: VOL IV: INTRODUCTION TO CRIMINAL PROCEDURE

deur JOHN DUGARD

*Juta & Kie Bpk, Kaapstad, Wetton, Johannesburg 1977; xxxii & 328 bl;
prys hardeband R21,00, sagteband R15,00*

Hierdie werk deur prof Dugard is die vierde band in 'n reeks oor Suid-Afrikaanse straf- en strafprosesreg wat uiteindelik vyf bande sal beslaan. Die eerste band handel oor algemene leerstukke van strafreg (sien bespreking in (1970) 33 *THRHR* 428), die tweede oor gemeenregtelike misdade en die derde oor statutêre misdade (die tweede en derde word saam bespreek in (1974) 37 *THRHR* 208). 'n Byvoegsel tot die eerste drie bande met aanvullende regspraak, wetgewing en ander materiaal het in 1972 verskyn.

Soos vermeld word in die voorwoord was die oorspronklike plan nie dat die onderhawige werk 'n afsonderlike band in hierdie reeks sou beslaan nie maar dat dit as inleiding sou dien tot 'n meer omvattende werk oor strafprosesreg, bewysreg en straf. Die publikasie van hierdie omvattende werk het egter sedert 1970 agterweë gebly omdat algemeen verwag is dat 'n nuwe strafproseswet sou volg op die Kommissie van Ondersoek na Strafprosedure en Bewyslewering wat in daardie jaar aangestel is. Die lang vertraging voor die uiteindelige inwerkingtreding van die nuwe Strafproseswet op 22 Julie 1977 het gelei tot die besluit om so gou moontlik ná inwerkingtreding 'n afsonderlike inleidende werk oor die strafprosesreg uit te gee. Die skrywer meld in sy voorwoord dat hierdie werk eerstens dien as 'n geskiedkundige en regsvergelykende inleiding tot die strafprosesreg en tweedens ook as inleiding tot die nuwe Strafproseswet 51 van 1977. As sodanig is die werk hoofsaaklik bedoel as 'n leerboek vir studente. Té dikwels, sê die skrywer, word die strafprosesreg aan regs fakulteite as 'n versameling tegniese reëls behandel sonder verwysing na die doel wat die reëls in die gemeenskap moet vervul, die geskiedkundige ontwikkeling daarvan en die benadering in ander regstelsels.

Die verskyning van 'n leerboek wat beoog om die strafprosesreg binne só 'n verwysingsraamwerk te behandel, is allerweë te verwelkom. Daar bestaan weliswaar reeds voortreflike Suid-Afrikaanse handboeke oor strafprosesreg maar in 'n leerboek van hierdie aard moet klaarblyklik 'n ander benadering gevolg word as in 'n handboek vir die praktisyn. Soos die skrywer te kenne gee, moet die reëls van die strafprosesreg in so 'n leerboek bespreek word met verwysing na die doel of beleidsgrondslag daarvan, die geskiedkundige agtergrond en die benadering in ander regstelsels. Sodoende kan onder meer perspektief verkry word ten opsigte van die balans wat 'n bepaalde reël handhaaf tussen die regte van die beskuldigde en die bevoegdheid van die vervolging. Die handhawing van hierdie balans lê per slot van rekening ten grondslag van die hele strafprosesreg en dit is verblydend dat die skrywer die reëls wat hy bespreek deurgaans ook vanuit hierdie oogpunt beskou.

Die teks van die werk beslaan slegs 145 van die meer as 360 bladsye. Die ander bladsye word in beslag geneem deur byvoegsels waaronder die volledige weergawe van die Strafproseswet 51 van 1977, 'n tabel wat die ooreenstemmende artikels in die 1955-wet en die nuwe wet weergee, ander relevante wetgewing en relevante reëls van die landdros- en hooggeregshowe. Die teks self is verdeel in drie hoofstukke. Die eerste hoofstuk handel oor die geskiedenis van die Suid-Afrikaanse strafprosesreg, die tweede handel oor die huidige strafprosesreg met verwysing na Wet 51 van 1977 en die derde hoofstuk bevat 'n kort vergelykende oorsig van die strafprosesreg in sekere ander regstelsels.

In die eerste hoofstuk word kortliks na die Romeinse en Romeins-Hollandse reg verwys asook na die geskiedenis van die Engelse strafprosesreg tot die einde

van die negentiende eeu. Daarna word die geskiedenis van die Suid-Afrikaanse strafprosesreg van 1652 tot op hede behandel. Wat die tydperk ná uniewording betref, wentel die bespreking om die opeenvolgende Strafprouswette van 1917 1955 en 1977. Hierdie bespreking is kronologies, dit wil sê verskillende onderwerpe word in die tydperk 1910-1955 behandel en dan later weer in die tydperk 1955-1977. Gevolglik is dit moeilik om 'n deurlopende beeld te kry van veranderinge op 'n bepaalde gebied, byvoorbeeld ten opsigte van jurisdiksie, visentering en beslaglegging, inhegtenisneming, voorverhoorprosedure, borgtog, aanklagte, die jurie, appèl, hersiening en straf. Die geskiedkundige oorsig van die tydperk ná uniewording, toe 'n eenvormige strafprosesreg beslag begin kry het, sou miskien van meer waarde en beslis meer verteerbaar gewees het as bepaalde onderwerpe of bepaalde stadiums van die strafproses (vergelyk hoofstuk twee) afsonderlik en deurlopend behandel was. Afgesien van hierdie beswaar teen die sistematiek is die geskiedkundige oorsig deeglik en insiggewend, veral omdat uitvoerig verwys word na verslae van kommissies van ondersoek soos die Lansdown-, Rumpff-, Botha- en Viljoen-kommissie, asook na debatte in die volksraad. Op hierdie wyse word die agtergrond van bepaalde veranderinge deeglik toegelig.

Hoofstuk twee vorm eintlik die kern van die werk want dit handel oor die geldende strafprosesreg soos gereël deur Wet 51 van 1977. Aan die hand van hierdie wet word die reëls van die strafprosesreg verduidelik en terselfdertyd word aangetoon in watter mate die wet van sy voorgangers verskil (vergelyk byvoorbeeld die bespreking van die pleit en pleitverduideliking 81-88). 'n Student wat die strafprosesreg wil bemeester, sal hom in die eerste plek tot hierdie hoofstuk wend en teen hierdie agtergrond moet die hoofstuk dus ook beoordeel word.

Oor die algemeen slaag die skrywer goed in sy taak om die inhoud van die wet te verduidelik en na uitsonderings en aanvullende reëls in ander wetge-

wing te verwys. Tog is die bespreking in sekere opsigte nie duidelik of volledig genoeg vir 'n leerboek van hierdie aard nie, soos die volgende voorbeelde (wat nie almal ewe belangrik is nie) aantoon:

(a) By die bespreking van private vervolgings (64) word nie verwys na verrigtinge wat in die grys gebied tussen 'n private vervolging en 'n siviele geding val nie, byvoorbeeld 'n geding deur 'n prokureursorde teen 'n lid (sien *Hassim v Incorporated Law Society of Natal* 1977 2 SA 757 (A)) en 'n vervolging vir minagting van die hof (sien *Afrikaanse Pers-publikasie (Edms) Bpk v Mbeki* 1964 4 SA 618 (A)).

(b) By die bespreking van visentering en beslaglegging (65-67) word nie verwys na die vraag of 'n visenteringslasbrief wat reeds uitgereik is aanvaardbaar is indien die gronde vir die uitreiking daarvan volgens objektiewe beoordeling ontoereikend is nie (sien *Divisional Commissioner SAP v SA Associated Newspapers* 1966 2 SA 503 (A)). Die belangrike beginsel dat 'n lasbrief die voorwerp van beslaglegging presies moet aandui, word ook nie genoem nie (sien *Minister of Justice v Desai* 1948 3 SA 395 (A); *Nusas v Divisional Commissioner SAP, Cape Western Division* 1971 2 SA 553 (K); *Cine Films (Pty) Ltd v Commissioner of Police* 1972 2 SA 254 (A); *S v Pogrud* 1974 1 SA 244 (T)).

(c) By die bespreking van 'n skulderkenningsboete (73) soos gereël deur artikel 57 word nie verduidelik dat die boete, anders as in die verlede, nou slegs betaalbaar is aan die klerk van die landdroshof wat regsbevoegdheid ten opsigte van die saak het of by 'n polisiekantoor binne die regsgebied van daardie hof nie (artikel 57(1)). Ook word nie gemeld nie dat 'n persoon wat 'n geringe misdaad ver van sy woonplek af gepleeg het en versuim het om die skulderkenningsboete betyds te betaal of in die hof te verskyn nou in artikel 55(3) tegemoet gekom word deurdat die saak in die hof van sy tuisdistrik afgehandel kan word.

(d) Ten opsigte van appèl teen die weiering van borgtog (74) word nie verduidelik dat artikel 65(4) na aanlei-

ding van vorige botsende beslissings nou bevestig dat die hof van appèl die beslissing kan gee wat die laer hof na sy mening moes gegee het en nie slegs moet ingaan op die vraag of die landros sy bevoegdheid ten opsigte van borgtog op 'n regtelike wyse uitgeoefen het nie. Met ander woorde, die hof het die gewone bevoegdheid van 'n hof van appèl en nie slegs die bevoegdheid van 'n hof van hersiening nie (sien *S v Kathrada* 1961 3 SA 593 (T)). Hoewel gemeld word dat hoër beroep nou slegs by wyse van appèl moontlik is en nie, soos in sommige beslissings aanvare is (sien *S v Mohamed* 1977 2 SA 531 (A)), by wyse van herverhoor op grond van nuwe feite nie, word nie hier na die toepaslike artikel 65(2) verwys nie. Verder word ook nie verwys na 'n moontlike verdere appèl na die appèl-afdeling ingevolge artikel 21(1) van die Wet op Hoogeregshowe van 1959 nie (sien *S v Mohamed* supra).

(e) By die bespreking van die aanklag (79-81) word nie gemeld nie dat aanklagte nou te eniger tyd bygevoeg kan word tot voor die lei van getuienis deur die vervolging (artikel 81(1)). Verder sou 'n mens verwag dat die riglyne wat deur die hof gevolg word by 'n ondersoek na moontlike vermenigvuldiging van aanklagte (*splitting of charges*) genoem sou word (sien *S v Grobler* 1966 1 SA 507 (A); *S v Prins* 1977 3 SA 807 (A)). Ten opsigte van die verstrekking van verdere besonderhede (81) verdien ook vermelding dat besonderhede slegs oor *facta probanda* en nie oor *facta probantia* nie verkry kan word (sien *S v Cooper* 1976 2 SA 875 (T) 885-6); dat die vervolging nie slegs 'n reeks alternatiewe besonderhede mag verstrek nie (*S v Sadeke* 1964 2 SA 675 (T)) en ook nie slegs na die notule van 'n voorlopige ondersoek mag verwys nie (*R v Adams* 1959 1 SA 646 (Sp Str)); dat 'n *mandamus* vir die verstrekking van verdere besonderhede in 'n laer hof in bepaalde gevalle *pendente lite* van 'n hoogeregshof verkry kan word (sien *Nangutunala v Gebiedsmagistraat Ondangwa* 1973 4 SA 650 (SWA)). Ten opsigte van die wysiging van 'n aanklag sou 'n voorbeeld van 'n geval waar die be-

skuldigde deur wysiging in sy verdediging benadeel sou word (byvoorbeeld *S v Hugo* 1976 4 SA 536 (A) 540-542) die betekenis van artikel 86(1) kon illustreer. Laastens sou 'n mens ook in verband met die herstel van 'n gebrek in 'n aanklag deur getuienis (artikel 88) 'n voorbeeld van die uitwerking van hierdie ingrypende bepaling verwag (byvoorbeeld *S v Dhludhla* 1968 1 SA 459 (N)), asook miskien 'n verwysing na die betekenis van "getuienis" in hierdie verband (sien *S v AR Wholesaleers (Pty) Ltd* 1975 1 SA 551 (NK)).

(f) In verband met die samevoeging van meerdere beskuldigdes ingevolge artikel 155 en die skeiding van verhoor ingevolge artikel 157(2) (91-92) word nie verwys na die belangrikste oorwegings wat gewoonlik hier 'n rol speel nie, naamlik (i) die feit dat beskuldigdes wat saamgevoeg word in een verhoor nie vir die vervolging teen mekaar kan getuig nie; (ii) dat daar tog die moontlikheid van benadeling bestaan indien een sou besluit om in sy eie verdediging te getuig en sodoende die ander sou inkrimineer, of een 'n bekentenis buite die hof gemaak het waarin hy die ander ook inkrimineer (sien *R v Nzuzuzo* 1952 4 SA 376 (A)); en (iii) dat indien meerdere beskuldigdes saamgevoeg word die handeling en uiting van die een wel teen die ander toelaatbaar is vir sover dit in uitvoering van 'n gemeenskaplike doel (*common purpose*) geskied het (*R v Miller* 1939 AD 106).

(g) In verband met die verbeuring van die privilegie teen selfinkriminering ingevolge artikel 204 (45-96) word nie verwys na die mate van beskerming wat 'n betrokke getuie tog ingevolge artikel 204(4)(a) geniet nie, naamlik dat sy getuienis nie teen hom toelaatbaar is indien hy wel later van die betrokke misdaad aangekla kan word nie.

(h) By die bespreking van hersiening (107-108) sou 'n mens verwag dat die onderskeid tussen hersiening en appèl minstens in breë trekke verduidelik sou word. Verder word outomatiese hersiening hier taamlik volledig bespreek, maar nie-outomatiese hersiening ingevolge artikel 304(4) en beredeneerde

hersiening ingevolge artikel 306 word slegs genoem, terwyl hersiening by regtersertifikaat ingevolge artikel 305 en hersiening by wyse van mosieverrigtinge ingevolge artikel 24 van die Wet op Hoogeregshowe van 1959 glad nie genoem word nie.

(i) By die bespreking van appèl in die geval van 'n verhoor in 'n hoër hof (109-111) word slegs verwys na die feit dat die Botha-kommissie nie 'n onbepaalde reg van appèl van 'n hoër hof na die appèlafdeling wou aanbeveel nie, terwyl nie na die afsonderlike verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie oor hierdie aangeleentheid (RP 73/1977) verwys word nie.

Daar kan miskien aangevoer word dat die meeste van die bogenoemde leemtes aangevul sal word deur die meer volledige kommentaar op die Strafproseswet wat in band V van hierdie reeks beoog word. Tog moet die onderhawige werk as 'n inleidende leerboek in eie reg beoordeel word en as sodanig behoort dit deurgaans meer te bied as 'n blote omskrywing van die inhoud van die wet.

Afgesien van genoemde leemtes bied hoofstuk twee origens 'n doeltreffende inleiding tot die geldende strafprosesreg. Die skrywer verwys deurgaans nie alleen na die "normale" strafprosesreg nie, maar ook na die "drastiese" strafprosesreg wat hoofsaaklik vervat is in

wetgewing oor staatsveiligheid en wat ingrypende uitsonderings skep op die normale reëls in verband met byvoorbeeld territoriale jurisdiksie, inhegtenisneming, aanhouding sonder verhoor, borgtog en regsverteenvoerdiging. Die volle omvang van hierdie drastiese maatreëls word op insiggewende wyse deur die skrywer teen die agtergrond van die normale reëls van die strafprosesreg bespreek.

(Terloops kan ook gemeld word dat 'n afsonderlike werk op hierdie gebied deur die skrywer in die vooruitsig gestel word in voetnoot 65 op bladsy 90, waar 'n verwysing voorkom na "John Dugard, Human Rights and the South African Legal Order (1978)".)

Die derde hoofstuk is regsvergelkend van aard en bevat 'n interessante bespreking van die hoofsaaklik akkusatortoriese strafprosedure van Engeland en die VSA, die hoofsaaklik inkwisitoriese strafprosedure van Frankryk en Duitsland en die "gemengde" strafprosedure van Skotland.

In die geheel genome verdien die skrywer lof vir sy baanbrekerswerk met die daarstelling van 'n inleidende leerboek oor strafprosesreg wat 'n aanwinst is vir die Suid-Afrikaanse regsletteratuur.

MAX LOUBSER
Universiteit van Stellenbosch

SOUTH AFRICAN MERCANTILE LAW

deur JTR GIBSON (bygestaan deur RG COMRIE)

Vierde uitgawe; Juta & KieBpk, Kaapstad, Wynberg, Johannesburg 1977; xxx en 626 bl; prys hardeband R24,00, sagteband R17,50.

Die derde uitgawe van hierdie werk is bespreek in die 1975 *Tydskrif* 206. Die opmerkings gemaak in die vorige resensie is ook van toepassing op die huidige uitgawe. Die voordeel van die huidige uitgawe is dat dit statutêre bepalings en die regspraak van die afgelope twee jaar

behandel. Die vraag kan egter met reg gevra word of dit nie meer gepas sou wees om 'n herdruk van die derde uitgawe uit te gee eerder as om 'n hele nuwe uitgawe die lig te laat sien nie.

LTC HARMS
Lid van die Pretoriase Balie

MAATSKAPPYEREG

deur HS CILLIERS, ML BENADE en SWL DE VILLIERS

Derde uitgawe; Butterworth, Durban 1977; xii en 633 bl; prys hardeband R28,50, sagteband R17,75 (beskikbaar in Afrikaans en Engels)

Daar is met groot verwagting uitge-sien na die verskyning van die derde uitgawe van die alombekende Cilliers en Benade *Maatskappyereg*. Hierdie uitgawe, soos sy voorgangers, stel dan ook nie teleur nie. Alhoewel die tweede uitgawe deur middel van 'n jaarlikse noteerder op datum gehou is, het dit met verloop van tyd redelik onhanteerbaar geword en was dit by geleentheid moeilik om die bygewerkte stof met die teks te integreer. Gelukkig is hierdie probleem nou uit die weg geruim. Basies wyk hierdie uitgawe in inhoud en opset nie veel af van sy voorgangers nie. Enkele hoofstukke is in die geheel herskryf en hier en daar is die stof her-rangskik ten einde 'n logieser uiteen-setting te bewerkstellig. Die noukeurige ontleding van die siviele aanspreeklikheid van ouditeure en die herskryfde prospektus-hoofstuk verdien besondere vermelding.

Op die veronderstelling dat die leser hiervan vertrouwd is met vorige uit-gawes word volstaan met enkele op-merkings.

Alhoewel die teks van 504 bladsye tot 549 uitgebrei is, is dit tog opvallend dat dit veel kernagtiger is as in vorige uitgawes. Tipiese voorbeelde hiervan is die bespreking van die gemeenregtelike aanspreeklikheid van promotors en direkteure vir onware verklarings in die prospektus, die gemeenregtelike vertrouensverpligtings van direkteure en die verlening van geldelike bystand by die aankoop van aandele. Voorheen is die belangrikste relevante hofbeslis-sings kortliks in die teks bespreek. Vir die huidige is egter volstaan met 'n kort uiteensetting in die teks van die beginsel ter sprake en is 'n blote ver-wysing na die belangrikste gewysdes in die voetnote opgeneem. Dit is duidelik dat hierdie metode vanweë 'n gebrek aan ruimte gevolg is, maar ongelukkig sal dit die taak van die student aansienlik bemoeilik.

In hoofstuk 4 word die werking van artikel 36 redelik volledig beskryf. In die besonder toon die skrywers hul voorkeur vir die standpunt dat selfs binnestaanders in hul hoedanigheid as kontraksparty, en selfs persone wat bewus is van die maatskappy se gebrekkige vermoënsfeer, nogtans deur artikel 36 beskerm word ten aansien van sogenaamde *ultra vires*-handelinge. Dit is egter jammer dat die geleentheid nie benut is om standpunt in te neem aangaande die wisselwerking tussen artikel 36 en die direkteure se oorskryding van volmag nie. Onder welke omstandig-hede mag die maatskappy hom nogtans beroep op die direkteure se volmags-oorskryding? Is 'n bepaling in die statute dat 'n direkteur nie gemagtig is om enige handeling buite die vermoënsfeer van die maatskappy te verrig nie vol-doende om die derde sy beskerming ingevolge artikel 36 te ontnem? Ewe-nens kon met vrug verwys word na die verwantskap tussen artikel 36 en die *Turquand*-reël.

Die uiteensetting van die omstandig-hede waarin die *Turquand*-reël toepas-sing vind, is myns insiens ietwat vaag en onseker. Ten einde die toepassingsveld van die *Turquand*-reël te identifiseer, is dit volgens die skrywers nodig "om die gevalle te onderskei, waar 'n maatskappy se aanspreeklikheid ontstaan of uit hoofde van die handelinge van sy behoorlik gevolgmagtigde verteen-woordiger of weens die handelinge van persone wat skynbaar gemagtig is deur die maatskappy". Vervolgens word ge-valle bespreek waar die verteenwoor-diger "daadwerklik gemagtig" is en wil dit voorkom asof die skrywers van me-ning is dat die *Turquand*-reël slegs in hierdie omstandighede toepassing kan vind. Indien met "behoorlik gevolmag-tigde verteenwoordiger" bedoel word iemand wat "daadwerklik gemagtig" is, dit wil sê iemand wat met die nodige volmag beklee is om die maatskappy te

bind, dan bestaan daar myns insiens geen behoefte aan die *Turquand*-reël nie. Dié reël kom immers slegs ter sprake waar die volmag gebrekkig is vanweë een of ander interne onreëlmatigheid waaraan geen publisiteit verleen is nie. Indien die skrywers aan die ander kant te kenne wou gee dat die *Turquand*-reël slegs toepassing kan vind ten aansien van onderhandelinge met verteenwoordigers wat daadwerklik gemagtig is om namens die maatskappy op te tree maar wie se volmag vanweë die nie-nakoming van die een of ander interne voorvereiste gebrekkig is, dan kan nie van daadwerklike magtiging (*actual authority*) gepraat word nie en is dit eweneens onjuis om hierdie soort geval aan te dui as 'n handeling van 'n behoorlik gevolmagtigde verteenwoordiger.

Verder wêk die skrywers die indruk dat die reël slegs toepassing vind ten aansien van interne vereistes – soos die vraag of die algemene vergadering byvoorbeeld die nodige toestemming tot 'n bepaalde handeling verleen het. In sy moderne vorm is dit 'n te eng beskouing van die *Turquand*-reël. Dié reël kan toepassing vind ten opsigte van alle interne onreëlmatighede waaraan geen publisiteit verleen is nie – byvoorbeeld gebrekkige kennisgewing van vergaderings, nie-nakoming van kworumvereistes, gebrekkige aanstelling van beampptes en dies meer.

Hierna word die situasie bespreek waar die verteenwoordigers skynbaar gemagtig is en waar estoppel toepassing vind. Dit wil voorkom asof die skrywers van mening is dat die maatskappy se gebondenheid in hierdie omstandighede slegs aan die hand van estoppel verklaar kan word. Die feit dat die *Turquand*-reël en estoppel mekaar meestal oorvleuel en dat dit dikwels moontlik is om die maatskappy se gebondenheid aan die hand van enigteen te verklaar, word nie vermeld nie. Myns insiens is alle situasies waar die reël ter sprake kom gevalle waar die verteenwoordiger skynbaar gemagtig is om namens die maatskappy op te tree. Omdat werklike magtiging (in die vorm van uitdruklike of stilswyende magtiging) ontbreek, kan die verteenwoordiger nie die maatskappy ooreenkom-

stig sy volmag bind nie. Of die *Turquand*-reël of estoppel onder hierdie omstandighede toepassing vind, sal afhang van die omstandighede van iedere geval. Vanweë die feit dat die buitestaander veel makliker die gebondenheid van die maatskappy met beroep op die *Turquand*-reël kan bewerkstellig, is dit noodsaaklik om presies te kan aandui in welke omstandighede die *Turquand*-reël beskikbaar is. Myns insiens slaag die skrywers nie daarin om die nodige riglyne in hierdie verband aan te dui nie.

Enkele foute is in die teks opgespoor. So word in die bespreking van artikel 227 op bladsy 269 verkeerdlik beweer dat 'n betaling van die aard waarop artikel 227(1)(a) en (b) betrekking het, *geag word in trust ontvang te wees vir die persone wat hul aandele as gevolg van die oorname-aanbod verkoop het*. Die gekursiveerde gedeelte behoort te lui “geag word in trust ontvang te wees vir die maatskappy”. Die slotsin van voetnoot 1 op p 235 is eweneens foutief. Nie-nakoming van die vereiste van formele instemming om as direkteur te dien, raak ingevolge die gewysigde artikel 211(4) nie die geldigheid van die aanstelling nie. Ook moet 'n *nie* ingelees word as eerste woord op p 391.

Redaksioneel en taalkundig is die boek goed versorg. In die lig van huidige boekpryse is die prys van die harde- sowel as die sagteband baie billik. Tog is die prysverskil van bykans R9,00 tussen hierdie bande moeilik verstaanbaar. Die feit dat daarin geslaag is om die bladsyverwysings in die Engelse en die Afrikaanse uitgawes te korreleer, maak dit soveel makliker om beide tekste in geval van onduidelikheid te raadpleeg.

In geheel word die hoë standaard van vorige uitgawes gehandhaaf en selfs oortref. Cilliers Benade en De Villiers is ongetwyfeld die beste handboek oor die maatskappyereg wat tans vir studente op die Suid-Afrikaanse mark beskikbaar is en sal, soos vorige uitgawes, 'n ewe groot inslag in die praktyk vind. Die skrywers verdien gelukwense met hierdie puik publikasie.

MJ OOSTHUIZEN
Randse Afrikaanse Universiteit

THE IMPACT OF INFLATION AND DEVALUATION ON PRIVATE LEGAL OBLIGATIONS

by E HIRSCHBERG

Bar-Ilan University, Ramat-Gan, Israel, 1976; 382 pages. No price stated.

This work is not an authoritative textbook. It is a theoretical work which sets out to investigate to what extent the existing nominalistic approach to monetary obligations functions effectively and equitably under conditions of monetary instability and to recommend reforms thereto. As the author himself states on page 50: "I am merely suggesting a perfect solution for a perfect world. However, I do admit that our world is imperfect".

The author commences to outline the causes and effect of monetary instability and then proceeds in Part One to criticize the nominalistic approach which is adopted in almost all the legal systems of the world. He contends that the extent of a monetary obligation should not be defined by a nominal sum of units of currency but rather by the value included in such monetary units. The solution recommended is one of qualified valorism, namely, that in cases of serious change in the value of money, creditors should be compensated for

loss of value as measured by the cost-of-living index.

Part Two of this book deals with the use and validity of value clauses as a means of contracting out of the nominalistic principle. In particular, three kinds of value clauses, namely gold value clauses, foreign currency value clauses and index value clauses are discussed.

Part Three is devoted to a discussion of how English legal principles can be adapted to accommodate the author's solution of qualified valorism.

Finally, Part Four contains a brief discussion of public policy and monetary law.

No doubt, the theoretical nature of this work will considerably reduce its general appeal. Nevertheless, it should prove to be of interest to anyone concerned with monetary law.

BR RUTHERFORD
University of South Africa

GEDENKBUNDEL HL SWANEPOEL

Redakteur JA COETZEE

Butterworth & Kie (SA) (Edms) Bpk, Durban 1976; ix en 181 bl; prys R11,75

Professor Hendrik Lambertus Swanepoel wat in Januarie 1972 oorlede is, was 'n juris van formaat wat diep spore getrap het in die Suid-Afrikaanse regslewe en die gemeenskap waarin hy geleef het. Hy het eers as advokaat en later as prokureur gepraktiseer en was daarna vir etlike jare vanaf 1951 tot by sy dood as regsdosent, professor en uiteindelik as dekaan van die regs-fakulteit, aan die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys

verbonde. Diegene wat hom nie as regsdosent leer ken het nie, sal hom veral onthou as mede-outeur (tesame met JC de Wet) van die alombekende werk *Die Suid-Afrikaanse Strafreg* wat die vade mecum van menige Suid-Afrikaanse student en regspraktisyn op die gebied van die strafreg geword het.

Die bundel onder bespreking spreek van die hoë agting wat professor Swanepoel in regskringe geniet het. Nie alleen blyk dit uit die uitdruklike

hulde wat aan hom gebring word nie, maar ook uit die “stilswyende erkenning van [sy] eie bydrae tot die [regs]-ontwikkeling”, wat een van die doeleindes van ’n huldigingsbundel is. (Sien M Wiechers se bespreking van *Huldigingsbundel D Pont* in 1970 *SALJ* 375).

Die pot pourri van regs wetenskaplike bydraes wat in die bundel opgeneem is, reflekteer nie alleen die regsdenke van vandag nie maar ook die veelsydigheid en wye belangstellingsveld waarvoor professor Swanepoel bekend was. Die openingsbydrae deur FJ van Zyl “Die Regsubjek van ’n Trustvermoë” herinner die leser onwillekeurig aan professor Swanepoel se eie *Oor Stigting, Trust, Fideicommissum, Modus en Beding ten behoeve van ’n Derde*. JD van der Vyver se “Persvryheid in die Suid-Afrikaanse Reg” en JC van der Walt se “Die Aanspreeklikheid van die Pers op grond van Laster” is ’n gepaste huldeblyk aan iemand wat jare lank ook op die redaksie van koerante en tydskrifte gedien het.

Sonder die bydraes oor die strafreg wat verteenwoordig word deur JRL Milton “Ultima Ratio Legis: The Use of Deadly Force in Effecting Arrests”, JMT Labuschagne “Noodweerdadigheid” en EM Burchell “Onus of Proof

of Mens Rea in Statutory Offences”, sou die bundel nie volledig kon wees nie.

Die deliktereg word verteenwoordig deur SJ du Plessis se bydrae “Die Suid-Afrikaanse Internasionale Deliktereg” en ook deur die reeds genoemde bydrae deur JC van der Walt. Verder is daar nog “Res Litigiosa”, deur P van Warmelo, “Kodifiseer ons Intestate Erfreg” deur WM van der Westhuizen en ’n bydrae deur Marinus Wiechers “Grondslae vir Politieke Ontwikkeling in Suid-Afrika” wat ’n besonder aktuele onderwerp behandel.

Om een van bogenoemde bydraes oor uiteenlopende onderwerpe afsonderlik te bespreek, is ’n bykans onbegonne taak maar elke bydraer is ’n spesialis op die gebied waaroor hy skryf en die gehalte van die inhoud sal niemand teurstel nie.

Die werk is aantreklik, mooi gebind en goed versorg maar dit is tog jammer dat eenvormigheid van styl in ’n groot mate in die onderskeie bydraes ontbreek. Die bundel sal beslis ’n goeie toevoeging tot enige boekeversameling wees en die redakteur word gelukgewens met die puik samestelling daarvan.

FRANCIS BOSMAN
Universiteit van Suid-Afrika

Die koste van papier en drukwerk styg nog aanhoudend. Die uitgewer van die *Tydskrif* moet nou na verskeie jare ’n verhoging van die intekengeld aankondig: R11,50 per jaar posvry, met behoud van ’n spesiale tarief vir bona fide-studente van R7,75 per jaar posvry. Hierdie verandering gaan egter gepaard met ’n noodsaaklike vermeerdering in die getal bladsye van ongeveer 50 per jaar. Lesers sal begryp dat die prys van die blad nog relatief laag is.

Butterworth

Die aard van besit en die animus- element daarvan

ADJ van Rensburg

BCom LLD

Universiteit van Suid-Afrika

en

CG van der Merwe

Hons-BA BCL LLD

Universiteit van Stellenbosch

SUMMARY

The article deals with the nature of possession and the mental element thereof.

Much of the controversy and uncertainty regarding the requirements for possession can be attributed to the fact that various consequences are attached to possession – either to possession alone or to possession in conjunction with other facts. The requirements for possession vary in accordance with the different consequences which are attached to it. Possession in itself gives rise to a presumption that the possessor is owner. Possession is also protected against self-help by means of the mandament van spolie. On the other hand possession forms an element of a number of more complex legal facts which lead to the acquisition of ownership; it is a requirement for the acquisition and retention of a lien or pledge; it entitles the possessor to protection against trespass; it forms an element of various offences; and if the possession is bona fide, the possessor acquires a number of rights and powers which normally only accrue to an owner.

The greatest common denominator of all the different definitions of possession is that a possessor must have physical control over the thing possessed. In regard to the mental element of possession (the animus) there is a great divergence of opinion. It became clear that the mental element may vary according to the different consequences attached to possession.

In the article the mental element of possession is examined in the light of each of the different consequences of possession. It was found that animus domini should be required for the type of possession which gives rise to the presumption of ownership and which, together with other facts, leads to the acquisition of ownership. The animus ex re commodum acquirendi is sufficient to entitle a possessor to the protection afforded by the mandament van spolie and it also suffices for the acquisition and retention of a lien or a pledge. A bona fide possessor must have the opinio domini and in addition have reasonable grounds for such opinion. Lastly a possessor with the animus ex re commodum acquirendi is protected against trespass or by means of the actio legis Aquiliae generally.

The question whether possession should be regarded as a real right is considered and the traditional comparison of possession and ownership is examined more closely. It emerges that possession as a legal fact and ownership as a legal consequence belong to different categories which are not capable of meaningful comparison.

INLEIDING

Besit is een van die moeilikste begrippe in die reg. Nie alleen bestaan daar onder juriste onsekerheid oor presies wat die vereistes vir besit is nie, maar ook het daar deur die eeue heen die strydvraag bestaan of besit 'n saaklike reg of 'n feitelike toestand sou wees. Verwarring oor die begrippe eiendom en besit het ook nie uitgebly nie.

Die onsekerheid wat bestaan oor die vereistes vir besit kan hoofsaaklik toegeskryf word aan die groot verskeidenheid van gevolge wat die reg aan besit heg. Aangesien ons aanstons die inhoud van die animus-element van besit sal ondersoek in die lig van die verskillende regsgevolge wat aan besit geknoop word, is dit in hierdie stadium nodig om die gemelde gevolge kortliks in oënskou te neem. Sommige van die gevolge word geknoop aan besit sonder meer, dit wil sê besit op sigself maak die gehele regsfeit uit sodat die besondere regsgevolge intree sonder dat daar aan enige verdere vereistes voldoen hoef te word, terwyl in ander gevalle die regsgevolge intree slegs indien sekere bykomstige feite aanwesig is – wat dan beteken dat besit eintlik maar 'n onderdeel, 'n element, van die komplekse regsfeit is waaruit die bepaalde regsgevolge voortvloei.

Eerstens dan die gevolge van besit sonder meer:

(1) Die besitter word op grond van sy besit geag eienaar van die betrokke saak te wees. Die bewyslas is op die persoon wat die besitter se eienaarskap betwis.¹ Daardie persoon moet bewys dat hyself, en nie die besitter nie, eienaar van die saak is. Die besitter staan onder geen verpligting om die regsgrond van sy besit te openbaar wanneer sy reg op besit betwis word nie.

(2) Die besitter geniet besitsbeskerming. Die korttermyn effek van besit is dat dit 'n minstens tydelike reg gee op die voortsetting van daardie besit. Teenoor 'n besitter mag 'n mens nie die reg in eie hande neem nie. Selfs al is 'n persoon eienaar van 'n saak mag hy nie die saak deur eierigting van die besitter wegneem nie. Indien hy dit wel doen, herstel die reg eers die besit voordat daar op sy aanspraak op die eiendom van die saak ingegaan word. Die korttermyn effek van besit is dus primêr daarop gemik om orde in die samelewing te handhaaf. Enersyds staan daar die mandament van spolie en sekere interdikte tot beskikking van die besitter waardeur hy sy besit met tussenkoms van die hof kan beskerm, en andersyds het hy 'n beperkte bevoegdheid om deur eie optrede, dit wil sê sonder tussenkoms van die hof, sy besit self te verdedig.²

¹D 6 1 24; C 3 31 11; C 3 32 28; De Groot *Inleydinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit* 2 2 6, 7; Voet *Commentarius ad Pandectas* 22 3 11 en 41 2 16; Zoësius ad D 41 2 par 21; Huber *Heedensdaegse Rechtsgeleertheit* 2 10 10; Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands Regt* 2 8 2 en *Censura Forensis* 2 10 4; Menochius *De Praesumptionibus* 6 6 9 5; *Rechtsgeleerde Observatien* 2 26; *Hollandsche Consultatien* 1 179; *Policansky Brothers v Hanau* 1908 SC 670 672; *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302; *McAdams v Fiander's Trustee* 1919 AD 207 232; *Hunt's Estate v De Villiers* 1940 CPD 79 116; *Ruskin v Thiergen* 1962 3 SA 737 (A) 745. Let daarop dat die publisiëtsfunksie van besit in die geval van onroerende goed verdring is deur die registrasiestelsel.

²Van der Keessel *Praelectiones* 2 2 6.

Tweedens die gevolge van regsfeite waarvan besit 'n element is:

(1) Besit is 'n element van 'n hele aantal verskillende regsfeite wat tot eiendomsverkryging lei, naamlik toe-eiening, lewering, verjaring en sekere vorme van vrugtetrekking.³ Dit is belangrik om daarop te let dat eiendomsreg in geeneen van hierdie gevalle uit blote besit ontstaan nie. 'n Persoon word nie deur toe-eiening eienaar van 'n saak tensy dit vir eiendom vatbaar is en aan niemand anders behoort nie (dit moet met ander woorde intra commercium en 'n res nullius wees). Net so geld daar 'n hele aantal vereistes naas besit vir eiendomsverkryging deur lewering, verjaring en die betrokke vorme van vrugtetrekking.

'n Mens sou dus kan sê dat besit die langtermyn effek kan hê dat dit tot die verkryging van die omvattendste saaklike reg, naamlik eiendom, lei. 'n Mens kan ook sê dat die langtermyn effek van besit juridiese permanensie verleen aan 'n bestaande feitlike toestand. 'n Persoon wat fisieke heerskappy oor 'n saak het, vertoon immers die uiterlike kenmerke van 'n eienaar. Hy staan in 'n nouer betrekking tot die saak as ander regsobjekte en publiseer as't ware aan die buitewêreld dat hy eienaar van die saak is.⁴

(2) 'n Bona fide-besitter, dit wil sê 'n persoon wie se besit aan sekere verdere vereistes voldoen,⁵ het ten aansien van die saak 'n hele aantal regte en bevoegdhede, sommige waarvan normaalweg slegs aan 'n eienaar toekom, byvoorbeeld die bevoegdheid tot vrugtetrekking, sekere bevoegdhede met betrekking tot verbeterings aan die saak aangebring en 'n vorderingsreg teen iemand wat deur 'n onregmatige daad die saak aantast.⁶

(3) Besit is 'n vereiste vir die ontstaan en voortbestaan van 'n pandhouer se pandreg.⁷

(4) In sekere omstandighede het 'n persoon in besit van 'n saak 'n retensiereg daarop ter versekering van 'n vordering wat hy teen die eienaar het. Die vorderingsreg vloei gewoonlik voort uit herstelwerk wat die retensiereghebbende aan die saak gedoen het of verbeterings wat hy daaraan aangebring het of koste wat hy aangegaan het ter beskerming en behoud daarvan.

(5) Besit word as vereiste gestel vir die beskerming van 'n persoon teen "trespass" ten opsigte van 'n saak waarin hy 'n belang het.⁸

(6) 'n Besitter (of houer) is in sekere omstandighede geregtig op beskerming deur middel van die actio legis Aquiliae.

³bv vrugtetrekking deur die huurder of vruggebruiker.

⁴*Aanhangsel tot het Hollandsch Rechtsgeleerd Woordenboek* (Amsterdam 1772) 91 omskryf besit as fiktiewe eiendom. Vgl ook Voet 6 2 2.

⁵Hierop word teruggekom by die bespreking van die animus-element by besit.

⁶Sien ivm die lg punt *Erasmus v Mittel* 1913 TPD 617 en *Swart v Van der Vyver* 1970 1 SA 633 (A). Volgens *Smit v Saipem* 1974 4 SA 918 (A) is hierdie beskerming nou uitgebrei tot enige houer wat 'n belang by die saak het. sien punt 6 hieronder.

⁷Vgl De Groot 3 8 1; Van der Keessel *Praelectiones* 3 8 1; *Lighter & Co v Edwards* 1907 TS 442; *Standard Bank of SA v Trust Bank of Africa* 1968 1 SA 102 (T) 109.

⁸Hierop word in meer besonderhede teruggekom by die bespreking van die animus-element by besit.

(7) Buite die gebied van die privaatreg maak besit 'n element van 'n hele aantal statutêre misdade uit.⁹

In die lig van die verskeidenheid van gevolge wat aan besit geheg word, is dit na ons mening onmoontlik om 'n eenduidige definisie van besit te gee. Meer as een definisie van besit is nodig na gelang van die verskillende gevolge wat daaruit voortvloei. Die grootste gemene deler van al die omskrywings is *fisieke beheer*. 'n Persoon wat nie fisieke beheer oor 'n saak het nie kan nie vir enige doeleinde as besitter geld nie. Die vraag is nou wat daar by die fisieke beheer moet kom om dié tipe besit daar te stel wat vir 'n bepaalde regsgevolg vereis word. Daar bestaan 'n groot spektrum van moontlikhede wat almal op die wilsinhoud – die animus van die besitter – betrekking het. Hierop word egter later teruggekom. Eers is dit nodig dat ons die stryd-vraag waarna reeds hierbo verwys is, naamlik die vraag of besit 'n feitelike toestand of 'n saaklike reg is, asook die verband tussen eiendom en besit, in oënskou moet neem.

IS BESIT 'N FEITELIKE TOESTAND OF 'N SAAKLIKE REG?¹⁰

In *Matthee v Schietekat*¹¹ het regter Van Winsen die standpunt ingeneem dat 'n bona fide-besitter 'n saaklike reg het ten opsigte van grond wat hy besit. Hiermee het die regter kant gekies in die eeue-oue twispunt in die besitsreg wat gewoonlik in die volgende vorm gestel word: is besit bloot 'n feitelike toestand of is dit iets meer, naamlik 'n saaklike reg?

Die skerp meningsverskil wat hieroor bestaan, moet minstens gedeeltelik toegeskryf word aan die dubbelsinnige wyse waarop die vraag gestel word. Die vraag getuig nie van 'n duidelike begrip van die onderskeid tussen regsfeit en regsgevolg nie. Dit is denkbaar dat besit terselfdertyd 'n feitelike toestand en 'n saaklike reg kan wees. Dit sou byvoorbeeld moontlik wees dat my feitelike beheer oor 'n saak met die nodige animus as die regsfeit beskou word wat tot die regsgevolg, 'n saaklike reg, aanleiding gee, en dat, soos inderdaad gebeur, sowel die regsfeit as die regsgevolg "besit" genoem word.¹² Met ander woorde, 'n mens sou kon sê dat, omdat ek besit van 'n saak het, ek 'n reg op die besit daarvan het, dit wil sê, weens die *feit*

⁹Bv sekere misdade geskep deur die Wet op Beheer van Medisyne en Verwante Stowwe 101 van 1965; die Wet op Aptekers 53 van 1974; die Wet op Geneeshere, Tandartse en Aanvullende Gesondheidsdiensberoepes 56 van 1974; die Drankwet 30 van 1928 (en sy opvolger die Drankwet 87 van 1977); die Wet op Veediefstal 57 van 1959; die Wet op Onbetaamlike of Onwelvoeglike Fotografiese Materiaal 37 van 1967; die Wet op Gevaarlike Wapens 71 van 1968; die Wet op Wapens en Ammunisie 75 van 1969 en die Wet op die Misbruik van Afhanklikheidsvormende Stowwe en Rehabilitasiesentrums 41 van 1971.

¹⁰Sien die volgende tydskrifartikels: Scholtens 1958 *Acta Juridica* 163; Van Warmelo 1959 *Acta Juridica* 84; De Vos 1959 *Acta Juridica* 184; Van der Vyver 1970 *THRHR* 231.

¹¹1959 1 SA 344 (K). Op 347 sê r Van Winsen: "Dit is duidelik dat in ons reg 'n bona fide-besitter 'n saaklike reg het ten opsigte van die grond wat hy besit. (Sien *Voet* 5 2 2; 6 2 2; en *De Groot* 2 1 60.) Die reg beskerm die bona fide-besitter, en as sy besit [hom] ontnem word kan hy deur middel van 'n mandament van spolie sy besit herwin."

¹²De Groot 2 2 1 onderskei hier deur gebruik te maak van die terme "bezit" en "bezit-recht" onderskeidelik.

dat ek besit, het ek 'n *reg* dat my besit sal voortduur totdat ek dit op 'n regmatige wyse verloor. Hou 'n mens nou verder in gedagte dat die regsfeit (feitelike beheer met 'n bepaalde animus) 'n juridiese aspek het (dit is immers *regsgrond* vir 'n bepaalde regsgevolg) en dat die regsgevolg 'n feitelike aspek het (die regsgevolg is dat my feitelike genot van en beskikking oor die saak voortgesit word), dan behoort dit duidelik te wees dat 'n mens hier maklik in begrippe verstrik kan raak.¹³

Wanneer standpunt ingeneem word oor die vraag of besit 'n saaklike reg dan wel 'n feitelike toestand is, moet veral op drie punte gelet word. Ten eerste moet 'n mens volkome duidelikheid daaromtrent hê of jy nou besig is met die regsfeit besit of die regsgevolg besit. Slegs laasgenoemde kan hoegenaamd 'n reg en a fortiori 'n saaklike reg wees. Ten tweede moet 'n mens duidelikheid daaromtrent hê met *welke* regsgevolge van besit jy nou eintlik besig is. Ten derde moet in gedagte gehou word dat 'n mens se siening omtrent die vraag of die gevolg van besit 'n saaklike reg is of nie, ten nouste saamhang met jou siening omtrent die wesenskenmerke van 'n saaklike reg. Dit is naamlik opmerklik dat juriste soos Bartolus,¹⁴ Hahn¹⁵ en die twee Romeins-Hollandse skrywers De Groot¹⁶ en Voet,¹⁷ waarna in *Matthee v Schietekat*¹⁸ verwys is, wat 'n saaklike reg omskryf as 'n direkte bevoegdheid oor 'n saak, besit beskou as 'n saaklike reg, terwyl juriste soos Huber¹⁹ en Van der Linden²⁰ wat saaklike regte omskryf as absolute regte wat teen die ganse wêreld geld, weer meen dat besit 'n suiwer feitelike toestand is.

Wat die handboeke oor die Suid-Afrikaanse reg betref, omskryf Maasdorp²¹ besit as die eenvoudigste vorm van 'n saaklike reg terwyl ook Wille²² die mening toegedaan is dat besit 'n saaklike reg is. Lee en Honoré²³ bespreek slegs die regsmiddels van 'n besitter sonder om op die vraag in te gaan of besit 'n saaklike reg of 'n feitelike toestand is. Ook Lee²⁴ bespreek die regsmiddels van 'n besitter sonder om op hierdie vraag in te gaan, maar by sy bespreking van die begrip eiendomsreg²⁵ praat hy wel van 'n reg van besit as synde 'n beperkte saaklike reg.

Onses insiens kan die vraag of die regsfeit besit 'n saaklike reg tot gevolg het slegs oorweeg word met verwysing na die afsonderlike regsgevolge van besit. Gesien in die lig hiervan is die enigste sinvolle vrae wat 'n mens in hierdie verband kan stel dan byvoorbeeld die volgende: (1) hou dit wat ons die korttermyn effek van besit genoem het, naamlik die minstens

¹³Sien Van der Vyver aw 235-237 en 241-242.

¹⁴Ad D 41 2 1 par 6.

¹⁵*De iure rerum et iuris in re specieb.*

¹⁶1 58 gelees saam met 2 1 60.

¹⁷5 2 1 en 2 en 6 2 2. sien egter Voet 41 2 2.

¹⁸1959 1 SA 344 (K) 347.

¹⁹*Heedensdaegse Rechtsgeleertheit* 5 6 3.

²⁰*Regtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek* 1 6 1 en 2 asook 1 13 1.

²¹*Institutes of South African Law* bd 2 (9e uitg) 11.

²²*Principles of South African Law* (7e uitg) 195.

²³*The South African Law of Property, Family Relations and Succession* (1954) 8.

²⁴*An Introduction to Roman-Dutch Law* (5e uitg) 158 ev.

²⁵aw 121-122.

tydelike beskerming teen besitsversteuring, 'n saaklike reg vir die besitter in, of anders gestel, beteken die feit dat die feitelike verhouding tussen my en die saak minstens tydelik beskerm word dat ek 'n saaklike reg op die saak het? en (2) indien dit nie die geval is nie, wat dan omtrent dié soort besit wat die langtermyn effek van eiendomsverkryging het; verleen dié besit nie reeds 'n saaklike reg aan die besitter nog voordat hy eienaar geword het nie? ensovoorts.

Die Romeinse juriste het die besitsremedies nie onder saaklike aksies (actiones in rem) of persoonlike aksies (actiones in personam) ingedeel nie, maar het besit as 'n afsonderlike instelling met aparte remedies beskou. Daar word gesê dat besit nie 'n reg is nie, maar bloot 'n feitelike verhouding tussen 'n persoon en 'n saak,²⁶ aan welke verhouding sekere regsgevolge geknoop is.²⁷ Dit voer die saak vir ons doeleindes geensins verder nie want die vraag bly steeds of daardie regsgevolge, volgens ons huidige regsistematiek, 'n saaklike reg daarstel of nie.

Dit was eers nadat die middeleeuse juriste die Romeinsregtelike stelsel van aksies vervorm het tot 'n stelsel van saaklike en persoonlike regte dat sommige juriste besit as 'n saaklike reg²⁸ begin beskou het.

Dit is moeilik en na ons mening ook onnodig om in hierdie meningsverskil kant te kies. Uit die voorgaande behoort dit duidelik te wees dat daar waarheid steek in sowel die siening dat besit 'n saaklike reg is as die siening dat besit 'n feitelike toestand is. Die korttermyn effek van besit is die minstens tydelike voortsetting van die verhouding tussen die besitter en die saak. Terwyl hierdie verhouding vir die besitter 'n genots- en beskikkingsbevoegdheid inhou ten opsigte van 'n regsobjek wat tot die kategorie *sake* behoort, en terwyl die verhouding, sy dit tydelik, teenoor die hele wêreld beskerming geniet, sou dié verhouding volgens beide die reeds genoemde beskouings omtrent die ware aard van 'n saaklike reg as 'n saaklike reg beskou kan word. Aan die ander kant het 'n mens die buitengewone posisie dat die vereistes wat gewoonlik as *conditiones sine quibus non* vir die verkryging van saaklike regte geld, naamlik registrasie, lewering ensovoorts, nie as vereistes vir die verkryging van besit gestel word nie. Korttermynbeskerming geniet 'n besitter hoe hy ook al besit mag verkry het.

Wat die langtermyn effek van besit betref, het 'n mens boonop die eenaardigheid dat dié beskerming slegs teenoor alle mense buiten die ware eienaar verleen word.²⁹ Tog lyk die gevolge van sodanige besit, byvoorbeeld die *bona fide*-besitter se bevoegdheid tot vrugtetrekking, baie op die bevoegdhede van 'n saaklik geregtigde. 'n Mens sou kon sê dat so 'n besitter 'n beperkte saaklike reg het; nie beperk in die sin dat die omvang daarvan deur die gelyktydige saaklike reg van 'n ander ingekort word nie, maar beperk vir sover dit nie teenoor alle persone afgedwing kan word nie.

²⁶D 4 6 19; D 41 2 1 3, 4; Kaser *Das römische Privatrecht* I (2e uitg) 384; Meijers 1907 R M 271 279.

²⁷D 41 2 49 par 1.

²⁸Die aard van 'n persoonlike reg leen hom nie daartoe om besit in te sluit nie.

²⁹De Groot 2 7 2: "Lopende den tijd van verjaring had den bezitter geen recht jehens den eighenaar, maer wel jehens een derde: als of hy alreeds den eigendom door verjaring hadde bekommen."

Ons volstaan met hierdie gedagtes aangesien die kontroversie eintlik van weinig praktiese betekenis is. Al wat van belang is, is om te weet watter soort besit tot watter gevolge lei wat teenoor watter persone geld.³⁰

DIE VERHOUDING TUSSEN BESIT EN EIENDOM

In die gewone loop van sake is die eienaar van 'n saak ook besitter daarvan. Gewoonlik is 'n persoon byvoorbeeld tegelykertyd eienaar en besitter van die klere wat hy aantrek en die boeke wat op sy rak staan. Besit en eiendom val egter nie altyd saam nie. As A se motor gesteel word, is die dief besitter van die motor terwyl A eienaar daarvan bly; as A 'n saak op huurkoop gekoop het en die verkoper sy eiendomsreg voorbehou het, is A besitter, maar die verkoper bly eienaar.

Niemand sal wil ontken dat besit iets veel minder as eiendom is nie. Eiendom is immers die omvattendste saaklike reg wat ons reg ken. Onderhewig aan sekere beperkings wat deur die publiekreg en die privaatreg opgelê word, mag 'n eienaar dan ook sy saak tot sy uitsluitlike voordeel gebruik en geniet en vryelik daarvoor beskik. Raak die saak uit sy hande kan hy dit met die rei vindicatio opeis waar en by wie hy dit ook al mag aantref, tensy natuurlik die persoon wat beheer oor die saak het, dit verkry het op 'n regsgrond wat ook teenoor die eienaar geld, byvoorbeeld ingevolge 'n huur- of pandgewingskontrak.

Nou vind ons egter dat die onderskeid tussen eiendom en besit dikwels oorbeklemtoon is, ook deur die Romeinse juriste. So beweer Ulpianus byvoorbeeld dat eiendom en besit niks gemeen het nie.³¹ Inderdaad is die posisie dat diegene wat die onderskeid tussen eiendom en besit wil beklemtoon, gewoonlik die *regsfeit* besit met die *regsgevolg* eiendom vergelyk, 'n vergelyking wat vanselfsprekend verskille oplewer. Besit as *regsfeit* is naamlik 'n feitelike toestand terwyl eiendom 'n *regstoestand* is.³² Besit as *regsfeit* dui op 'n fisieke verhouding tussen 'n persoon en 'n saak terwyl eiendom op 'n *regsverhouding* tussen 'n persoon en 'n saak dui. Daar moet egter in gedagte gehou word dat besit op sigself ook 'n reg (dit wil sê 'n *regsverhouding*) tot gevolg het, naamlik die reg op die minstens tydelike voortsetting van daardie besit en dat die *regstoestand* eiendom sekere feitelike implikasies het – die feit dat ek eienaar van 'n saak is, bring mee dat ek fisiek op sekere wyses daarmee kan omgaan. Om vas te stel of die *regsfeit* besit aanwesig is, word slegs gevra of 'n persoon met die vereiste wil fisieke beheer oor 'n saak uitoefen. Om vas te stel of 'n persoon eienaar is, word gevra of een van die verskillende feitelike komplekse wat tot eiendomsverkryging lei, die besondere situasie voorafgegaan het. Die vraag na besit mag eenvoudiger wees as die vraag na die *ontstaan* van eiendomsreg, maar in der waarheid gaan dit in beide gevalle om die bestaan al dan nie van 'n *regsfeit*.

Ander verskille tussen eiendom en besit waarop ook dikwels gewys

³⁰Vgl De Vos aw 199.

³¹D 41 2 12 1.

³²Woordenboek 91; Voet 41 2 2; Zoesius ad D 41 2: *Dominium in iure, quod habemus, positum est, possessio in usu et detentione versatur . . .*

word, maar wat na ons mening nie as prinsipiële verskille bestempel kan word nie, is die volgende:

Eerstens word gesê dat 'n besitswil by besit vereis word terwyl dit nie aanwesig hoef te wees by eiendom nie. Iemand, byvoorbeeld 'n suigeling (infans) of 'n kranksinnige, wat nie oor die nodige geestesvermoë beskik om 'n besitswil te kan hê nie, kan nooit 'n besitter wees nie. Solank egter maar eenmaal voldoen is aan die vereistes vir 'n geldige eiendomsverkryging deur so 'n persoon, kan hy wel eienaar wees. Besit hou op wanneer 'n persoon nie meer die besitswil het nie, maar eiendom bly voortbestaan selfs indien 'n persoon nie meer die wil het om eienaar te wees nie.³³ Hier het 'n mens inderdaad met 'n verskil te doen. Daar is egter niks eienaardigs daarentrent dat die vereistes vir die intrede en voortsetting van die regsgevolge van besit verskil van die vereistes vir die voortsetting van die regsgevolg, eiendom, nie.

Tweedens word gewys op die verskil tussen die remedies waardeur besit en eiendom beskerm word asook die verskil in prosedure wat by die verskillende remedies gevolg word, veral wat betref die mandament van spolie en die rei vindicatio. By die mandament van spolie word gewoonlik die spoedige mosieprosedure gevolg; by die rei vindicatio word 'n aksieprosedure gevolg. Hierdie verskil is ook nie buitengewoon nie. Verskillende regsverhoudinge kan vanselfsprekend op verskillende wyses beskerm word.

Derdens word gesê dat dit makliker is om met 'n besitsremedie as met die vindicatio te slaag. Die besitter hoef slegs te bewys dat sy vreedsame besit onregmatig versteur is. Om met 'n vindicatio te kan slaag, moet die eiser die een of ander regsgrond vir sy eienaarskap bewys, byvoorbeeld dat die saak deur die vorige eienaar daarvan aan hom gelewer is met die bedoeling om eiendom oor te dra, of dat die eiser die saak wat aan niemand behoort het nie deur 'n regsgeldige toeëiening verkry het, ensovoorts.³⁴ In die middeleeue is hierdie bewys die probatio diabolica genoem omdat byvoorbeeld in geval van lewering van 'n saak vereis is dat die eienaar die titel van al sy regsvoorgangers moes bewys. Solank die eienaar nie sy eiendom bewys nie, bly die saak by die besitter. Vandaar die spreuke beati possidentes (gelukkig is die besitters) en "possession is nine points of the law". Eintlik kom hierdie verskil maar net daarop neer dat die regsfeit besit eenvoudiger en daarom makliker bewysbaar is as die onderskeie regsfeite wat tot die ontstaan van eiendomsreg lei.

Vierdens word daarop gewys dat die eienaar die vindicatio teen enige persoon wat die saak besit, kan instel en nie slegs teen die persoon wat hom sy saak ontnem het nie. Daarenteen kan die mandament van spolie slegs ingestel word teen die besitsontnemer of 'n derde wat met kennis van die besitsontneming lewering verkry.³⁵

³³Woordenboek 91; Voet 41 2 2.

³⁴Sien o.a Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 13 2.

³⁵In *Malan v Dippenaar* 1969 2 SA 59 (O) verklaar r De Villiers op 65 van die verslag obiter: "Uit hoofde van die bogenoemde passasies wil dit voorkom of dit miskien gesê kan word dat die mandament van spolie soos ontwikkel en opגעncem in ons gemenereg so uitgebrei het dat dit selfs beskikbaar geword het teen 'n persoon wat besit bona fide van 'n spoliator bekom het." Sien ook Price *The Possessory Remedies in Roman-Dutch Law* (1947) 109.

Soos ons reeds gesien het, val eiendom en besit gewoonlik saam. Daar geld dan ook 'n vermoede dat die besitter van 'n roerende saak eienaar van die saak is.³⁶ Die reg neig dus daartoe om sonder meer aan die fisiese betrekking, besit, die regsgevolg, eiendom, te knoop. Voeg hierby dat besit 'n vereiste is vir 'n hele aantal maniere van eiendomsverkryging en dat die besitter van 'n saak gewoonlik die verweerder in 'n eiendomsaksie (rei vindicatio) is, dan is dit duidelik dat, afgesien van die werklike en vermeende verskille³⁷ tussen eiendom en besit, die twee verskynsels nie sonder raakpunte is nie.

DIE ANIMUS-ELEMENT VAN BESIT IN DIE LIG VAN DIE REGSGEVOLGE VAN BESIT

Besit bestaan uit twee elemente, 'n fisieke element (corpus) en 'n geestelike element (animus) wat tegelyk aanwesig moet wees voordat daar van besit sprake kan wees. Omtrent die fisieke element van besit bestaan daar 'n groot mate van eensgesindheid en dit is vir doeleindes van hierdie bespreking derhalwe nie nodig om daarop in te gaan nie. Oor die inhoud van die animus-element van besit bestaan daar egter groot meningsverskil. Ons het dan ook reeds hierbo daarop gewys dat dit na ons mening as gevolg van die groot verskeidenheid van gevolge wat aan besit geheg word, onmoontlik is om 'n eenduidige definisie van besit te gee; dat die fisieke element die grootste gemene deler van die moontlike omskrywings van besit is; en dat die vraag in elke geval ontstaan wat die inhoud van die animus-element moet wees wat nodig is om dié tipe besit daar te stel wat vir 'n bepaalde regsgevolg vereis word. Daar bestaan na ons mening dan ook goeie redes waarom daar verskillende vereistes vir besit gestel behoort te word na gelang van die verskillende gevolge wat daaraan geknoop word.³⁸ Die tipe besit wat die besitter die reg op beskerming teen eiemagtige besitsverstoring gee, mag byvoorbeeld nie voldoende wees om die besitselement van die regsfeit verjaring (wat eiendomsverkryging tot gevolg het) uit te maak nie. Die verskil tussen die verskillende soorte besit moet na ons mening dan gesoek word in die inhoud van die animus-element.

Soos reeds gemeld, bestaan daar verskeie moontlikhede wat almal op die wilsinhoud van die besitter betrekking het, naamlik: blote bewussyn van die fisieke beheer (in die privaatreë is sodanige bewussyn nog nooit as voldoende vir die doeleindes van besit beskou nie);³⁹ of die animus possidendi: dit is die wil om te besit; of die animus ex re commodum acquirendi: dit is die wil om voordeel uit die saak te trek; of die animus sibi habendi: dit is die wil om vir jouself te hou; of die animus domini: dit is die wil van 'n eienaar; of die opinio (cogitatio) domini: dit is die oortuiging dat jy eienaar is.

³⁶Sien vn 1 hierbo.

³⁷Woordenboek 91 en Voet 41 2 2 noem nog 'n verdere verskil: Indien 'n erfgenaam 'n erfenis aanvaar, gaan eiendom op die erfgenaam oor terwyl hy eers 'n besitter van die erfating word wanneer hy die erfgoedere daadwerklik in besit neem.

³⁸Vgl Hahlo en Kahn *South Africa, The Development of its Laws and Constitution* 574.

³⁹Sien egter hieronder omtrent die strafreg.

Die Romeinse juriste het nie die wilselement van besit nader omskryf nie, en het slegs die neutrale uitdrukking *animus possidendi* (die wil om te besit) gebruik.⁴⁰ Dit behoort duidelik te wees dat hierdie omskrywing vir ons nutteloos is. Dit lei tot 'n sirkeldefinisie. As 'n mens nog besig is om te probeer vasstel wat besit is, kan jy nie sê dat die wil om te besit 'n vereiste vir die bestaan van besit is nie, want jy weet juis dan nog nie wat besit is nie en a fortiori sal jy ook nie weet wat die wil om te besit is nie. Wat "die wil om te besit" is, staan eers vas as die betekenis van "besit" vasstaan.

Van die oorblywende moontlikhede wat genoem is, behoort dit duidelik te wees dat iemand wat die *animus domini* het, noodwendig ook die *animus sibi habendi*, die *animus ex re commodum acquirendi* en die bewussyn dat hy fisieke beheer uitoefen, het. Die *animus sibi habendi* wat deur heelparty Romeins-Hollandse skrywers voorgestaan word,⁴¹ word gebruik òf in die eng betekenis "die wil om tot jou eie voordeel te hou met uitsluiting van alle ander persone" in welke geval dit ongeveer ooreenstem met die *animus domini*,⁴² òf in die wye betekenis "die wil om tot jou eie voordeel te hou sonder dat jy noodwendig alle ander persone wil uitsluit" in welke geval dit ongeveer ooreenstem met die *animus ex re commodum acquirendi*.⁴³

Ons gaan vervolgens daartoe oor om die inhoud van die *animus*-element van besit te ondersoek in die lig van die verskillende regsgevolge wat aan besit geheg word. Gerieflikheidshalwe word die verskillende gevolge van besit vir doeleindes van hierdie ondersoek behandel in 'n volgorde wat afwyk van dié wat hierbo gebruik is.

(1) Wat eiendomsverkryging betref: Waar besit 'n vereiste vir eiendomsverkryging is, is die *animus domini* 'n vanselfsprekende vereiste. By lewering byvoorbeeld is dit noodsaaklik dat die oordragnemer die bedoeling moet hê om deur die verkryging van fisieke beheer eienaar van die saak te word,⁴⁴ en dieselfde geld vir die persoon wat 'n *res nullius* vir homself toe-eien⁴⁵ of wat deur een van die vorme van vrugtetrekking waarvoor besit 'n vereiste is, eienaar word. Ook om deur verjaring eienaar te word, moet 'n persoon se besit sodanig wees dat hy naas fisieke beheer die *animus domini* het.⁴⁶ Hy hoef nie verseker te dink dat hy eienaar is nie. Dit is voldoende indien hy die bedoeling het om al die bevoegdhede van 'n eienaar uit te oefen.

⁴⁰D 41 2 1 20 (*animus possidentis*); D 41 2 3 3 (*possidendi affectus*); D 12 1 41 (*animus possidendi*).

⁴¹*Woordenboek* 91 97; Voet 41 2 1; Voet 41 2 3; De Groot 2 2 2; Van Leeuwen *Cens For* 2 10 1; Zoësius ad D 41 2 par 1; Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands Regt* 2 8 1; Van der Keessel *Praelectiones* 2 2 2; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 13 1.

⁴²Vgl Cujacius ad D 41 3 33.

⁴³Vgl Vinnius *Quaestiones Selectae* 2 36.

⁴⁴Voet 41 1 35; *Marcus v Stamper & Zoutendijk* 1910 AD 58 76; *Weeks v Amalgamated Agencies* 1920 AD 218 230.

⁴⁵Voet 41 1 2.

⁴⁶*Bisschop v Stafford* 1974 3 SA 1 (A) 8; *Wood v Baynesfield Board of Administration* 1975 2 SA 692 (N) 697 ev. Art 1 van die Verjaringswet 68 van 1969 stel dit nou uitdruklik as vereiste dat die besit van die persoon ten gunste van wie die verjaring loop, soos dié van 'n eienaar moet wees. Sien ook Delport "'Adverse User' in die Nuwe Verjaringswet" 1973 *THRHR* 289.

(2) Wat besitsbeskerming betref: Verreweg die moeilikste vraag by die omskrywing van besit is hoedanig die bedoeling (die wil, die animus) van 'n persoon moet wees om hom op besitsbeskerming geregtig te maak. As juriste maar hierdie probleem afsonderlik oorweeg het, sou 'n baie groot deel van die oneindige getwis oor besit uitgeskakel gewees het.

Tradisioneel word die persone wat fisieke beheer oor sake het in twee groepe gedeel, naamlik *besitters* (possessores) wat wel op besitsbeskerming geregtig is en *houers* (detentores) wat dan nie op sodanige beskerming aanspraak sou hê nie. Deurgaans is aanvaar dat iemand wat die animus domini (die bedoeling om as eienaar fisieke beheer uit te oefen) het, 'n besitter is aan wie die besitsremedies toekom. So 'n persoon het dan ook as 'n *direkte* besitter gegeld -- sy wilsinhoud is sodanig dat dit die moontlikheid ontken dat iemand anders 'n beter aanspraak op die saak het as hyself.

Nou is dit egter so dat besitsbeskerming ook verleen is aan sekere persone wat nie die animus domini gehad het nie, naamlik die pandhouer, die erfpagter, die opstalhouer, die prekaris en die sequester en dié mense moes volgens die gestelde uitgangspunt dan ook as besitters geld. Hulle is *indirekte* of *afgeleide* besitters genoem.

Laastens bly daar persone soos pagters, huurders, bewaarnemers, bruikleners, verteenwoordigers en dienaars wat nie uit hoofde van hul besit as sodanig beskerm is nie, en wat dus nie as besitters beskou is nie maar bloot as houers.⁴⁷

Bogenoemde was in hoofsaak die stand van sake in die Romeinse en Romeins-Hollandse positiewe reg. Die taak van die regs wetenskaplikes was nou om te probeer veralgemeen, dit wil sê om 'n gemeenskaplike kenmerk te soek wat slegs voorkom by dié persone wat wel besitsbeskerming geniet (die besitters, met ander woorde) en nie by diegene aan wie die reg nie sodanige beskerming verleen nie (die houers, met ander woorde). Daar is algemeen aanvaar dat hierdie onderskeidende kenmerk in die besitters se animus, dit wil sê hul wilsinhoud, geleë moet wees.

Die onderskeid tussen besit en houerskap het veral die aandag van die twee groot Duitse Pandektiste Savigny en Jhering gekry. Savigny⁴⁸ het gemeen dat die onderskeid geleë is in die animus domini wat 'n besitter dan wel sou hê maar 'n houer nie. Nou is dit egter so dat 'n afgeleide besitter ongetwyfeld nie die animus domini het nie maar nogtans as besitter beskerm word. Savigny probeer om hierdie probleem te oorkom deur te sê dat die afgeleide besitter sy besit op dié van die eienaar vestig deurdat laasgenoemde, saam met die lewering van die saak die reg van besit (jus possessionis) aan hom (die afgeleide besitter) oordra.⁴⁹ Savigny erken self dat hierdie verklaring 'n mens steeds met 'n anomaliese toestand laat. Enersyds is dit 'n anomalie dat die afgeleide besitter besit kry ten spyte daarvan dat die animus domini by hom ontbreek. Andersyds is dit volgens Savigny nog 'n groter anomalie dat die eienaar in so 'n geval sy besit verloor ten spyte daarvan

⁴⁷De Groot 2 2 3; Van der Keessel *Praelectiones* 2 2 3; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 13 1. Vgl ook Voet 41 2 3 wat op hierdie punt effens dubbelsinnig is.

⁴⁸*Das Recht des Besitzes* (herdruk van die 7e uitg 1967 Darmstadt).

⁴⁹idem § 9 bl 119-120.

dat hy nog steeds die *animus domini* het, en inderdaad weet dat hy onbestrede eienaar is. Waarom kan die eienaar byvoorbeeld by pand nie sy besit deur 'n plaasvervanger (die pandhouer) behou nie terwyl hy dit wel deur byvoorbeeld 'n huurder kan doen (aangesien laasgenoemde anders as die pandhouer slegs 'n detentor is)?⁵⁰ Savigny probeer om die besondere posisie van die afgeleide besitters deels in die lig van praktiese en doelmatigheids-oorwegings en deels op historiese gronde te verklaar.⁵¹ Hoe dit ook al sy, dit staan vas dat hy nie daarin geslaag het om die algemene kenmerk te vind op grond waarvan 'n mens sonder uitsondering tussen besitters en houters kan onderskei nie. Veral is dit duidelik dat die *animus domini* nie so 'n onderskeidingskenmerk is nie.

Jhering⁵² ontken eenvoudig dat die besitswil by die besitter verskil van dié by die houer. Teenoor Savigny se “subjektiwiteitsteorie” of “wilsteorie” (soos Jhering dit noem) waarvolgens die besitswil deurslaggewend is vir die onderskeid tussen besitters en houters, stel hy sy eie “objektiwiteitsteorie”.⁵³ Daarvolgens word die besitswil eenvoudig uit die feit van fisieke heerskappy afgelei. 'n Persoon wat fisieke beheer oor 'n saak voer, het dan ook sonder meer besit *behalwe* in die geval waar die reëls van die objektiewe reg bepaal dat hy, weens die *causa detentionis* (die regsorsaak van sy houterskap – byvoorbeeld 'n huurkontrak of bewaarnemingskontrak), slegs as houer moet geld.⁵⁴ Jhering se standpunt kom met ander woorde daarop neer dat 'n mens na die reëls van die objektiewe reg moet kyk om te bepaal wie 'n besitter is en wie nie, en volgens die objektiewe reg sou dan 'n persoon met die *animus domini*, 'n pandhouer ensovoorts wel as 'n besitter geld maar 'n pagter, 'n huurder ensovoorts nie. Jhering se standpunt verteenwoordig hoofsaaklik slegs in een opsig 'n poging tot verfyning of rasionalisasie van die positiewe reg, naamlik vir sover hy te kenne gee dat alle fisieke beheerders besitters is *tensy* hulle houters is: en die *regsgrond* van 'n mens se fisieke beheer⁵⁵ – en nie jou *animus* nie – bepaal of jy houer is of nie.

Jhering word dikwels die verwyt gemaak dat hy die vraag na die wesenlike verskil tussen besit en houterskap omseil deur hom op die reëls van die objektiewe reg te beroep. Minstens wat die Romeinse reg betref (en ook stelsels soos die Romeins-Hollandse reg waarvan die besitsreëling op die Romeinse reg gebaseer is), het hy egter volkome gelyk. 'n Mens *kan* eenvoudig nie tussen besitters en houters op grond van hul wilsinhoud onderskei nie solank byvoorbeeld die prekaris as besitter geld maar 'n huurder nie. Sowel die prekaris as die huurder het nie die *animus domini* nie en hou ook nie uitsluitlik vir hulself nie (die *animus sibi habendi* in die enger sin ontbreek dus ook by albei) maar aan die ander kant het die huurder net soseer die *animus ex re commodum acquirendi* as die prekaris. Al opsig waarin die prekaris se *animus* ten aansien van die saak van dié van die huurder verskil, is waarskynlik dat eersgenoemde sy beheer as prekaris wil uitoefen terwyl

⁵⁰idem § 9 bl 131–132.

⁵¹idem bl 133.

⁵²*Der Besitzwille* (herdruk van die 1889-uitg 1968 Aalen).

⁵³idem 6 ev.

⁵⁴idem 8.

⁵⁵Dit wil sê die juridiese oorsaak van jou beheer – bv die feit dat jy kragtens 'n *huurkontrak* beheer verkry het.

laasgenoemde dit as huurder wil doen – en daarmee is 'n mens maar weer terug by die *regsgrond* van elkeen se beheer, of dan minstens by elkeen se opinie of bedoeling ten aansien van daardie *regsgrond*. In alle opsigte het 'n prekaris tog maar dieselfde oogmerk met sy beheer as 'n huurder.

Sover dit besitsbeskerming in die Suid-Afrikaanse reg betref, is die onderskeid tussen besit en houerskap steeds besig om te vervaag. Soos later aangetoon sal word, is die neiging om besitsbeskerming na steeds meer persone uit te brei – ook diegene wat tradisioneel as houters beskou is. Hierdie ontwikkeling moet om verskeie redes verwelkom word:⁵⁶

Eerstens sou 'n mens, soos reeds hierbo aangetoon, kon vra waarom 'n prekaris byvoorbeeld in 'n groter mate op beskerming geregtig is as byvoorbeeld 'n huurder. Albei is kragtens kontrak geregtig op fisieke beheer van die saak en albei het die bedoeling om voordeel te trek uit die hou van die saak, maar terwyl die huurder nog 'n teenprestasie in die vorm van huurgeld vir sy genot en gebruik van die saak betaal, geniet en gebruik die prekaris die saak eenvoudig ter bede van die eienaar. Die huurder sou dus eerder op beskerming geregtig behoort te wees as die prekaris.

Tweedens moet in gedagte gehou word dat wat ook al die posisie in die Romeinse reg mag gewees het, besitsbeskerming hedendaags in die eerste plek teen eierigting gemik is. Die reël is *spoliatus ante omnia restituendus est*, dit wil sê die saak moet eers aan die besitter teruggegee word voordat daar op die meriete van die spoliator se aanspraak op die saak ingegaan word.⁵⁷ Daar bestaan geen goeie rede waarom byvoorbeeld 'n bruikklener die eie-magtige optrede van 'n ander vir lief moet neem maar die pandhouer nie.

Derdens word algemeen aanvaar dat selfs 'n dief op besitsbeskerming geregtig is.⁵⁸ Nou lyk dit egter onbillik dat 'n dief wat voor sy siel weet dat hy nie eienaar van die saak is nie besitsbeskerming kry bloot omdat hy die *wil* het om as eienaar te besit, terwyl byvoorbeeld 'n huurder wat inderdaad 'n *regsgrond* vir sy fisieke beheer het nie sodanige beskerming kry nie eenvoudig omdat hy, as eerlike mens, die saak net as huurder wil hou. Anders gestel: indien dit by besitsbeskerming slegs gaan om 'n wilsinhoud wat so eng gesien word dat dit nie die wil insluit van byvoorbeeld 'n huurder om voordeel te trek uit die saak wat die voorwerp van sy huur is nie, en dit sonder enige verwysing na die ware *regsgrond* vir die fisieke beheer, kan 'n mens die anomaliese posisie kry dat die oneerlike huurder beskerm word omdat hy in die een of ander stadium besluit het dat hy in die vervolgt as eienaar wil hou, terwyl die eerlike huurder wat maar net op sy regte as huurder aanspraak maak, daardie beskerming moet ontbeer.⁵⁹ As 'n dief beskerm word,

⁵⁶Sien Middelberg 1954 *THRHR* 268.

⁵⁷In *Rieseberg v Rieseberg* 1926 WLD 59 sê r Tindall op 67: “[T]his remedy [die spoliatie-bevel] probably had its origin in a desire to prevent disturbances of the peace and therefore need not be confined to ‘possessors’ in the strict sense. . . .” Sien ook *Muller v Muller* 1915 TPD 28 31, en *Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120 122 waar hr Innes met 'n beroep op die reël dat niemand die reg in sy eie hande mag neem nie, aan 'n huurder besitsbeskerming verleen het.

⁵⁸Vgl bv Voet 41 2 3, 16.

⁵⁹Die stelreël *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* verhoed blykbaar slegs dat die besitter of houer deur 'n wilsverandering vir hom 'n *nuwe* causa vir sy besit of

bestaan daar geen rede waarom elke liewe houer nie ook beskerm moet word nie.

Die enigste fisieke beheerders wat nie beskerming verdien nie, is diegene wat geen belang by die saak het nie en wat uit blote obstruksionisme hul geskonde beheer herstel wil hê. Andersom gestel: enige persoon wat aantoon dat dit sy bedoeling is om die een of ander voordeel uit sy fisieke beheer van die saak te kry (wat met ander woorde die *animus ex re commodum acquirendi* het), behoort as besitter te geld wat op besitsbeskerming geregtig is. As hy, byvoorbeeld volgens eie erkenning, nie hierdie bedoeling het nie, verkwis hy die hof se tyd deur herstel van sy fisieke beheer te vra.

Dit moet beklemtoon word dat die *animus ex re commodum acquirendi* nie te eng gesien moet word nie. Ook byvoorbeeld die verteenwoordiger, dienaar en bewaarnemer het sodanige bedoeling. Al drie hierdie persone is kontraktueel gebonde om op die een of ander tyd die saak terug te lewer aan die eienaar en sou op grond van kontrakbreuk aanspreeklik wees indien hulle dit weens hul eie skuld nie kan doen nie,⁶⁰ en boonop het die verteenwoordiger en bewaarnemer ook nog 'n retensiereg op die saak ten aansien van kommissie en bergkoste onderskeidelik.

Hoe ver sake al in die Suid-Afrikaanse reg gevorder het, blyk daaruit dat die volgende persone al by geleentheid as besitters erken is of minstens as persone wat op besitsbeskerming geregtig is:⁶¹ 'n huurder,⁶² 'n bewaarnemer,⁶³ 'n bouer,⁶⁴ 'n lener, 'n resiesperdafrigter,⁶⁵ 'n huurkoopkoper,⁶⁶

houerskap probeer skep. Dit kan geen rol speel waar die *causa* van die besit of houerskap in elk geval irrelevant word nie (Kaser a w I 327).

⁶⁰Hulle het dus 'n sg negatiewe belang by die saak. Vgl *Smit v Saipem* 1974 4 SA 918 (A) passim.

⁶¹Soms laat die houe waarskynlik doelbewus na om te sê of 'n besondere persoon as besitter dan wel as houer op besitsbeskerming geregtig is.

⁶²Die toonaangewende beslissing hier is *Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120. In hierdie saak het hr Innes aan 'n huurder beskerming verleen teenoor die verhuurder wat in stryd met die huurkontrak die huurder se toegang tot die verhuurde saak versper het. As gesag voer hy aan (122): "It is not necessary to refer to any authority upon a principle so clear" – die "principle" synde dat niemand die reg in eie hande mag neem nie. Op grond van hierdie beslissing is daar in talle provinsiale vonnisse spoliassiebevele aan huurders toegestaan (sien bv *Rieseberg v Rieseberg* 1926 WLD 59 67: "there are many reported cases where a lessee has been held to be entitled to . . . (a spoliation) order") en in *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 het ook die appèlhof sodanige beskerming aan 'n huurder verleen.

⁶³*McCallum v McCallum's Trustee* 1910–1917 GWLD 414.

⁶⁴Die toonaangewende beslissings in hierdie geval is *Pretoria Racing Club v Van Pietersen* 1907 TS 687 en *Scholtz v Faifer* 1910 TS 243. In laasgenoemde saak sê hr Innes op 246: "Here the possession which must be proved is not possession in the ordinary sense of the term – that is, possession by a man who holds *pro domino*, and to assert his rights as owner. It is enough if the holding is with the intention of securing some benefit for himself as against the owner."

⁶⁵*Meyer v Glendinning* 1939 CPD 84. Op bl 94 van die verslag word die posisie van 'n resiesperdafrigter wat perde teen 'n vergoeding vir die eienaar afrig, vergelyk met dié van die *commendatarius* (iemand aan wie die saak toevertrou is), 'n *commodatarius* ('n lener) en 'n huurder en verder aan (95–96) word uitdruklik gesê dat besitsbeskerming aan hierdie persone toekom hoewel dit nie duidelik uit die vonnis blyk of hulle as besitters of as houters op hierdie beskerming geregtig is nie.

⁶⁶*Malan v Dippenaar* 1969 2 SA 59 (O). Die *animus* wat hier as vereiste vir 'n spoliassiebevel gestel word, is "die bedoeling om (deur die behoud van 'n sleutel) beheer oor

'n verteenwoordiger⁶⁷ en 'n dienaar.⁶⁸

Die terminologiese vraag in hierdie verband is of 'n mens moet sê dat al hierdie persone in die moderne reg as besitters geld en as sodanig op beskerming geregtig is en of 'n mens moet sê dat besitsbeskerming nou ook tot houers uitgebrei word. Om vanselfsprekende redes verkies ons die eersgenoemde benadering.

(3) Wat betref die vermoede dat die besitter eienaar van die saak is: Hierdie vermoede behoort slegs te geld ten gunste van 'n persoon wat naas fisieke beheer ook die animus domini (of animus sibi habendi in enger sin) het.⁶⁹ Dit is duidelik dat die opinio domini nie 'n vereiste is nie. Die vermoede geld naamlik ook ten gunste van 'n mala fide-possessor.⁷⁰ Die vermoede kan deur die teenparty weerlê word deur met 'n oorwig van waarskynlikheid te bewys dat die besitter nie die eienaar is nie. Die las om te bewys dat die besitter die animus domini het, behoort egter op homself te rus. Die vermoede behoort dan slegs in werking te tree wanneer hy hom van hierdie bewyslas gekwyt het. Indien die hof bevind dat hy wel die animus domini het maar nie met 'n oorwig van waarskynlikheid oortuig word dat hy *nie* eienaar is nie, dan moet uitspraak teen die teenparty gegee word.

(4) Wat die regte en voordele betref wat aan 'n bona fide-besitter toekom: 'n Bona fide-besitter is iemand wat te goeder trou en op waarskynlike gronde glo dat hy eienaar van 'n saak is.⁷¹ Afgesien van fisieke beheer

die eiendom uit te oefen" (63). In *Wicomb v Rosen* 1936 CPD 502 is 'n spoliatiebevel aan 'n huurkoopkoper verleen sonder dat die animus-vereiste egter ter sprake gekom het.

⁶⁷*Muller v Muller* 1915 TPD 28. Op bl 31 sê r Wessels dat 'n spoliatiebevel toekom aan elkeen "who has the actual legal possession of a movable" en vervolg dan: "It does not matter whether a person holds a thing for himself or whether he holds a thing as an agent for another." In casu was die aansoeker toevallig self die eienaar wat as verteenwoordiger namens die geregsbode beheer uitgeoefen het oor die sake ('n aantal sakke mielies) waarop laasgenoemde beslag gelê het. In dieselfde saak baseer r Curlewis dan ook sy uitspraak op die feit dat die aansoeker as eienaar 'n belang in die sake behou het ten spyte van die beslaglegging.

⁶⁸*Martin v Ingle* 1920 NPD 1. In hierdie geval blyk die hoedanigheid van die persoon in beheer van die saak nie duidelik uit die beslissing nie, maar in 'n latere saak (*Lunn v Kretzmer* 1947 3 SA 591 (W)) is hy as 'n "mere watchman" beskryf. *Martin v Ingle* is uitdruklik verwerp in *Lunn v Kretzmer* en *Mpunga v Malaba* 1959 1 SA 853 (W) 860 terwyl twyfel op die korrektheid van die beslissing ook gewerp is in *Wicomb v Rosen* 1936 CPD 502 505. Twee vrae wat nie altyd in hierdie sake uiteen gehou is nie, is enersyds of 'n dienaar as besitter op besitsbeskerming geregtig is en andersyds of 'n dienaar se toestemming dat 'n saak uit sy beheer geneem word die werkgewer se aanspraak op 'n spoliatiebevel affekteer al dan nie.

⁶⁹Sien De Groot 2 2 7 gelees saam met 2 2 2. De Groot gebruik in 2 2 2 die uitdrukking "wille om die te behouden voor ons ende niet voor een ander" dit wil sê die animus sibi habendi. Dit kom egter voor asof hy hierdie uitdrukking in die enger sin van animus domini gebruik. Vgl Van der Keessel *Praelectiones* asook Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands Regt* 2 81 1 en *Cens For* 2 10 1 gelees saam met 2 10 4; Voet 41 2 1 gelees saam met 41 2 3 en 41 2 16.

⁷⁰Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands Regt* 2 8 1 gelees saam met 2 8 2 asook *Cens For* 2 10 4.

⁷¹De Groot 2 2 10 sê dat besit te goeie trou is as die besitter "waarschijnlijk" meen eiendom van die saak te hê. Na aanleiding van die woord "waarschijnlijk" vereis

moet hy dus die opinio domini hê, dit wil sê hy moet van mening wees dat hy eienaar is. Die animus domini (die bedoeling om as eienaar beheer uit te oefen) is nie voldoende nie aangesien 'n mens so 'n bedoeling kan hê ten spyte daarvan dat jy inderdaad weet dat jy nie eienaar is nie.

By die fisieke beheer en die opinio domini kom dan boonop die vereiste van bona fides en 'n waarskynlike grond vir die opinio om 'n persoon 'n bona fide-besitter te maak. In *Erasmus v Mittel*⁷² gee regter Gregorowski met 'n beroep op Gail en Schomaker te kenne dat in gevalle van twyfel die vermoede geld dat besit bona fide is.

(5) en (6) Wat die ontstaan en voortbestaan van pandreg en retensiereg betref: Om pandreg te verkry en te behou, hoef 'n persoon naas fisieke beheer niks meer as 'n blote animus ex re commodum acquirendi te hê nie. Die pandhouer hou immers nie in die eerste plek vir homself nie maar hy het wel die bedoeling om 'n voordeel uit sy beheer oor die saak te trek, naamlik die voordeel van sekuriteit.⁷³ Dieselfde geld wat betref die ontstaan en voortbestaan van 'n retensiereg.

(7) Wat die beskerming teen “trespass” betref: Volgens McKerron⁷⁴ bestaan “trespass” (oortreding, betreding) in die onregmatige versteuring van 'n ander se besit.⁷⁵ “Trespass” as afsonderlike “tort” vertoon die kenmerke van sy herkoms, naamlik die Engelse reg,⁷⁶ hoewel daar tog te kenne gegee word dat aanspreeklikheid wees “trespass” in Suid-Afrika beskou moet word bloot as 'n verskyningsvorm van Aquiliese aanspreeklikheid waarvoor die gewone beginsels geld.⁷⁷ Die vonnisse oor “trespass” skram egter dikwels doelbewus weg van die besitsbeskouings van die Romeins-Hollandse skrywers.⁷⁸ Dit is dan ook moeilik om uit die vonnisse

Van der Keessel *Praelectiones* dat die besitter probabilem causam id existimandi habere debet (’n aanneemlike rede moet hê om dit te dink). Lee (*The Jurisprudence of Holland - Text and Translation*) vertaal “waarschijnlijk” dan ook as “on probable grounds” wat klop met Wille (*Principles* (7e uitg) 197) se weergawe naamlik “on reasonable or probable grounds” (sien *Levy v Maresky* 1939 GWLD 21 32). In *Banjo v Sungrown* 1969 1 SA 401 (N) word die vereiste van “reasonable or probable grounds” op 406B-C egter sterk in twyfel getrek. Streng genome verhoed 'n persoon se nalatigheid nie dat hy nog steeds te goeie trou kan wees nie. Die vereiste van “waarskynlike gronde” is dus eintlik 'n bykomstige vereiste naas dié van goeie trou.

⁷²1913 TPD 617 627.

⁷³Vgl die volgende woorde van r Innes in *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 314: “He must retain the physical custody or control of the thing with the object of securing the benefit of his pledge.”

⁷⁴*The Law of Delict* (7e uitg) 225.

⁷⁵In *Kanniappen v Govender* 1962 1 SA 101 (N) 104 omskryf r Caney “trespass” as “a wrong against actual possession, a disturbance of possession from which arises a right to restoration of possession and damages” en in *Smith v Saipem* 1973 4 SA 335 (T) 338 laat r Trengove hom as volg uit: “An action for damages for so-called trespass is in effect an action in delict for damages arising out of the wrongful disturbance of another’s possession of movable or immovable property.” Die meerderheidsuitspraak van die appèlhof wat by monde van ar Jansen gelewer is, is egter nie op “trespass” as sodanig gebaseer nie (*Smit v Saipem* 1974 4 SA 918 (A)). Sien par 8 hieronder.

⁷⁶Vgl *Vos v Colonial Government* (1891) 12 NLR 337 waar die hof eenvoudig Engelse reg toegepas het. Sien ook *Van Rensburg’s Estate v Fischat* 1938 EDL 65 69.

⁷⁷McKerron aw 225.

⁷⁸Sien by *Van Rensburg’s Estate v Fischat* supra 70.

te bepaal hoedanig die besit moet wees om teen "trespass" beskerming te geniet. Soms kom daar dicta in die vonnisse voor as sou blote "occupation" voldoende wees om beskerming teen "trespass" mee te bring.⁷⁹

Die animus wat (benewens fisieke beheer) aanwesig moet wees, word nie spesifiek deur die howe oorweeg nie. Dat dit nie 'n animus domini hoef te wees nie, blyk daaruit dat daar by geleentheid beskerming teen "trespass" verleen is aan 'n huurder⁸⁰ en selfs aan 'n voormalige huurder na afloop van die huurtermyn.⁸¹ Ons moet dus waarskynlik aanneem dat die animus ex re commodum acquirendi voldoende is. Word egter in ag geneem dat die remedies van 'n persoon teen wie "trespass" gepleeg is, bestaan uit die eis om skadevergoeding of die aanvra van 'n interdik na gelang van die geval, en dat skade of die aantasting of dreigende aantasting van 'n regmatige belang in elk geval as vereiste vir die aanwending van hierdie remedies geld, lyk dit onnodig om boonop 'n bepaalde animus ten aansien van die saak van die benadeelde te vereis. Indien hy hom tot 'n hof wend en objektief benadeling (skade) of dreigende benadeling bewys, spreek dit vanself dat daar minstens die animus ex re commodum acquirendi by hom aanwesig moet gewees het.

(8) Wat beskerming deur middel van die actio legis Aquiliae betref: Sedert die toonaangewende appèlhofbeslissing in *Smit v Saipem*⁸² staan dit vas dat die houer van 'n saak by wyse van die actio legis Aquiliae skadevergoeding weens waardevermindering van die saak kan eis, mits dit maar blyk dat hy solvent is en 'n genoegsame belang by die saak het. Sy belang kan 'n negatiewe belang wees, naamlik die belang wat hy daarby het om die saak in 'n ongeskonde toestand terug te lewer aan die eienaar,⁸³ of dit kan byvoorbeeld daarin bestaan dat hy as koper die risiko dra vir beskadiging of vernietiging van die saak en, by die normale verloop van sake, uiteindelik geregtig sou word op die oorgang van eiendomsreg op hom.⁸⁴

Die hof spreek hom nie uit oor die animus wat by die houer aanwesig moet wees om hom op hierdie beskerming geregtig te maak nie. Dit blyk egter ten oorvloede dat hy 'n belang by die saak moet hê, 'n toestand wat normaalweg op die aanwesigheid van 'n animus ex re commodum acquirendi dui.

In aansluiting by wat hierbo in paragraaf 2 gesê is, kan die vraag gestel word of 'n mens nie ook in die onderhawige geval eenvoudig van 'n besitter moet praat nie. Die prinsipiële onderskeid tussen houers en besitters het reeds lankal vervaag. Soos aangetoon, is dit veel belangriker om telkens uit te maak hoedanig die besit (of dan houerskap) moet wees om tot 'n besondere gevolg te lei.

(9) Wat besit as element van verskillende misdade betref: Dit val buite die bestek van hierdie artikel om aan te toon hoedanig 'n persoon se animus

⁷⁹*Van Rensburg's Estate v Fischat* supra 69: "Both in English and Roman-Dutch law trespass is treated as an injury not to ownership, but to occupation" en vgl ook *Breda v Hofmeyer* 3 Menz 459.

⁸⁰*Theron v Nieuwenhuizen* 1898 SC 27 en *Maasdorp v Malan* 1875 Buch 136.

⁸¹*Ketsikeli v Mbatyoti* 1906 EDC 281.

⁸²1974 4 SA 918 (A).

⁸³928A 928H 930C 930F 931B 931H.

⁸⁴932G-H.

ten aansien van 'n saak in sy beheer sal moet wees voordat hy skuldig bevind kan word aan een van die talle misdade waarvoor besit 'n vereiste is.⁸⁵ Waarskynlik is blote bewussyn van die beheer in die meeste gevalle voldoende⁸⁶ maar 'n mens moet in gedagte hou dat, terwyl dit hier sonder uitsondering om statutêre misdade gaan, die bedoeling van die wetgewer telkens deurslaggewend moet wees. Hierdie bedoeling kan wissel van statuut tot statuut en daarom is dit ook nie moontlik om 'n eenduidige antwoord op die besitsvraag in die strafreg te gee nie.⁸⁷ □

The legal process is an intellectual process, but the working material is the stuff of life – birth, marriage and death; every human relationship; everyday living at home or at the office, at the factory or on the farm, on the highways of transportation and trade, and in the quiet of such privacy as one can claim for his own. The necessary regulations and reconciliations, adjustments and accommodations of the conflicting interests of human beings living together in society, and the standards and methods for the peaceable resolution of controversies, are not an occult art or deep science, but man's practical answers to the problems of living.

Whether or not consciously felt, the law touches every life at every point. Birthrights, family responsibilities, the freedoms and limitations of action, the safety of life and protection of health, the right to possess, enjoy and transmit property, the respect for the personal and political privileges of the individual, the exaction of services and support for the state, the final assurance of peace for the repositories of the dead – and justice among men – are all grounded in law.

David W Peck Decision at Law vi

⁸⁵Sien vn 9 hierbo.

⁸⁶Sien by die toonaangewende saak *S v Brick* 1973 2 SA 571 (A) 580C-D.

⁸⁷Sien die aangehaalde saak op 579H en 583A asook Hugo "The Concept 'Possession' in the South African Criminal Law" 1974 *THRHR* 148-158 en 295-307.

Aspekte van die oorerflikheid van genoegdoeningseise*

TJ Scott

BA-Hons LL D
Universiteit van Pretoria

SUMMARY

In Roman law the *actio iniuriarum* is classified as an action with a penal character, expressed in the terminology *actio poenalis ex maleficio*. The main feature of the *actio* is to be found in its vindictive character, expressed by the words *actio vindictam spirans*. The active and passive intransmissibility of the *actio iniuriarum* is unanimously accepted, the former being ascribed to the particular circumstance that this action is *vindictam spirans*, the latter normally flowing from the penal nature of the *actio*. The fact that the *actio iniuriarum* contains no reipersecutory element logically eliminates any exceptions to the rule of passive intransmissibility. A general exception to the rule is to be found in the effect of *litis contestatio*. As from that moment all claims are freely transmissible to and against heirs, the delictual character thereof being eliminated and substituted by that of a quasi-contract, in the light of the generally accepted view that *litis contestatio constituit a novatio necessaria*.

The major principle of Canon law, which prohibits a claimant from making any gain in excess of his actual patrimonial damage, effectively eliminates the importance of this body of rules in regard to actions directed at the recovery of sentimental damages, such as the *actio iniuriarum*.

In the legistic literature from the 11th–15th century opinions as to the active and passive intransmissibility of the *actio iniuriarum* are in harmony, reflecting the unaltered rules of Roman law. The same may be said of the *litis contestatio* rule.

In France where the school of Humanists achieved great heights during the sixteenth century, Roman sources on the point of transmissibility are generally accepted in the theoretic literature.

Most German scholars of the seventeenth and later centuries adhered to the rules of pure Roman law with regard to the *actio iniuriarum*. The nature of the action for the recovery of negligently caused sentimental loss (the action directed at *Schmerzensgeld*) is a controversial point among German jurists. Two broad schools of thought exist: those regarding it as an *utilis actio legis aquiliae*, retaining all the essential characteristics of that action, including active and passive transmissibility, and a minority group in whose opinion this action may be brought within the ambit of the *actio iniuriarum*. The question of active and passive transmissibility is, as a rule, answered in the light of the classification of the *Schmerzensgeld* action.

The problem of transmissibility is treated in similar fashion in the Netherlands, save that, as no direct statements are to be found on the question of classification of the action based on the negligent infliction of bodily pain and suffering, the position with regard to the transmissibility of this action remains obscure. (The position concerning the *actio iniuriarum*, as well as *litis contestatio* is expounded along the traditional lines.) Grotius is one of the authors whose general statements may be brought to bear on this problem, resulting in a rule similar to that which applies to the *actio iniuriarum*.

The rules concerning the active and passive intransmissibility of the *actio iniuriarum*,

*Referaat gelewer op 25 Januarie 1977 tydens die Kongres van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte te Stellenbosch. Navorsingsresultate uit die outeur se doktorale verhandeling *Die Geskiedenis van die Oorerflikheid van Aksies op grond van Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (Leiden 1976) word hierin verwerk.

as set out in the *Corpus Iuris Civilis*, are still applied unaltered in South Africa today, a fact which is indeed a strong indication that this action may well be regarded as a remnant of the Roman penal actions. The action for pain, suffering and loss of amenities of life poses certain problems. While it has been decided in the case of *Hoffa NO v SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd* 1965 2 SA 944 (C) that this action is to be regarded as sui generis, the solatium which is exacted by means of it, is regarded as analogous to the amount claimed in an action based on iniuria. This conclusion has, in practice, been applied to the question of active transmissibility, resulting in the same rule which governs actions based on iniuria. Although certain scholarly writings, as well as judicial obiter dicta, tend to apply the analogy with the *actio iniuriarum* to the question of passive transmissibility, the author is distinctly of the opinion that such a rule is not founded on the old authorities, nor is it desirable in the light of modern circumstances. The rule of *litis contestatio* affords no problems today as the term has been equated to that stage of litigation known as "close of pleadings".

A INLEIDING

In die reg insake onregmatige daad onderskei 'n mens twee vorme van oorerflikheid van aksies, te wete aktiewe en passiewe oorerflikheid. Histories gesien word 'n aksie, of eis, as aktief oorerflik beskou indien dit na die dood van die benadeelde deur sy erfgename ingestel kan word; passief oorerflik is 'n aksie indien dit na die dood van 'n deliktuele dader teen sy erfgename gevoer kan word. In die moderne Suid-Afrikaanse reg, waar die beginsel van universele erfopvolging nie meer geld nie,¹ moet hierdie omskrywing formeel aangepas word in die sin dat die vererwing vandag plaasvind ten bate van of teen die boedel van die oorledene wat deur 'n eksekuteur beheer word.²

Ons doel is om eerstens die kwessie van oorerflikheid van genoegdoeningseise, dit wil sê aksies gebaseer op die *actio iniuriarum* en die gemeenregtelike aksie weens die nalatige veroorsaking van pyn en leed (in die *Hoffa*-saak deur regter Van Winsen die aksie *ex nostris et Gallorum moribus* genoem) in historiese perspektief te sien, en tweedens om dan die huidige regsposisie in Suid-Afrika te evalueer. Dit is dienlik om uit die staanspoor te verklaar dat die aanvaarde beginsel van ons praktyk is dat geneen van hierdie aksies aktief of passief oorerflik is nie (met die uitsondering dat hul dit wel word met die bereiking van *litis contestatio*).

B HISTORIESE ANALISE

1 Romeinse reg

Opsetlike persoonlikheidskrenking ten aansien waarvan die *actio iniuriarum* aangewend word, word alreeds vanaf pre-klassieke tye oorwegend beskou as *delicta privata*, dit wil sê onregmatige dade gepleeg teen die individu, in teenstelling met *crimina*, dit wil sê ernstige misdrywe

¹Vgl ar Watermeyer se dictum in *Estate Smith v Estate Follett* 1924 AD 364 383: "Under our system of administration of the estates of deceased persons an heir is in effect a residuary legatee . . . and when we speak of his 'inheritance' we mean either the property which he is entitled to claim from the executors of the estate of the deceased or his legal right to claim such property derived from the will."

²Dit is waarskynlik juis om hierdie rede dat die term *oorganklikheid* mbt dié aangeleentheid in die Afrikaanse regsliteratuur in swang is. Lg vertoon ook maar 'n leemte in die sin dat dit ook wyd genoeg is om *sessie* in te sluit; en verder, indien die moderne proses van boedelbereddering onder oë geneem word, blyk dit dat geen bates tog *vererf* in die oorspronklike betekenis van die woord nie.

wat die breë gemeenskapsbelang aangetas het. Die privaatregtelike konsekwensies van delicta privata het egter wyer gestrek as dié van 'n modern-regtelike "onregmatige daad", in die sin dat 'n skuldige dader nie primêr tot skadevergoeding of genoegdoening veroordeel is nie, maar tot die betaling van 'n strafsom – die sogenaamde poena of privaatafstraf.³

Die deliktuele actio iniuriarum aestimatoria was 'n besondere tipe poenale aksie deurdat dit die primêre doelstelling gehad het om deur middel van die toekenning van 'n strafbedrag die eiser se wraakgevoel te bevredig. Dit het dienooreenkomstig bekend gestaan as 'n actio vindictam spirans.⁴

Die vroegste enkele regstekes wat 'n poging tot 'n sistematiese maatreël ten aansien van die oorerflikheid van actiones poenales daarstel, is *Gai Inst* 4 112:

"Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent: est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, velut furti, viri bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae, sed heredibus actoris huiusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio."

Hiervolgens is alle privaatafstrafaksies passief onoorerflik, dog wel aktief oorerflik, met die uitsondering van die actio iniuriarum en analoë aksies. Justinianus volg in *Inst* 4 12 1 hierdie uiteensetting byna woordeliks na.

Kaser⁵ voer as rede vir die aktiewe onoorerflikheid van die actio iniuriarum aan dat hierdie aksie 'n voorbeeld is van poenale aksies op grond van delikte "die sich starker gegen die Person als gegen das Vermögen richten".⁶ Die meer tradisionele verklaring gaan nie uit van die aard van die gepleegde onregmatige daad nie, maar berus op die besondere wraakarakter van die aksie. Volgens hierdie rigting is die aktiewe oorerflikheid van die actio iniuriarum eenvoudig te verklaar: 'n Aksie wat so nou verbonde is met die innerlike persoon van die eiser, in die sin dat die ware doel daarvan bestaan in die salwing van sy wraakgevoel, sal tog logieserwys met sy afsterwe ten gronde gaan.

Wat die algemene reël van passiewe onoorerflikheid van actiones poenales ex maleficiis aanbetref,⁷ is Paulus se uitspraak in *D* 48 19 20 van deurslaggewende belang:

"Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio iure, ne ad heredes transeat, cuius rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum: quae mortuo eo, in quem constituitur videtur, desinit."

Paulus vind dus die ratio in die doel van straftoemeting, naamlik dat die skuldige dader 'n verbetering of hervorming (emendatio) moet ondergaan as gevolg van die straf – 'n argument wat nogal modern vir sy tyd skyn te wees. Sou die verweerder dus sterwe, het dit geen sin om die deliksaksie teen sy erfgename in te stel nie.⁸

³Vgl Scott "Oor die Aard van ons Fundamentele Deliksaksies" 1976 *De Jure* 180 e.v.

⁴Scott 183.

⁵*Das römische Privatrecht* I 612.

⁶Die tekste verkondig, sonder uitsondering, die aktiewe onoorerflikheid van die actio iniuriarum: *D* 2 11 10 2; 35 2 32 pr; 47 1 1 1; 47 10 13 pr.

⁷Vgl *D* 35 2 32 pr; 47 1 1 pr; 50 17 111 1.

⁸Alhoewel dit in textu gaan om 'n crimen publicum doen dit mi nie afbreuk aan die algemene waarde van die stelling, dws ook mbt delicta privata, nie.

Alle beperkings op die aktiewe sowel as passiewe oorerflikheid van die *actio iniuriarum* (trouens van alle aksies) verval egter wanneer die eiser of die verweerder na *litis contestatio* sterf.⁹ Oor die presiese betekenisinhoud van die term *litis contestatio* is al veel geskrywe. In die *Digesta* alleen word ongeveer 170 maal melding gemaak van *litem contestari* en *litis contestatio*, dog nêrens word 'n duidelike omskrywing daarvan verskaf nie.¹⁰ Verder staan dit ook vas dat dié term 'n betekenisverandering ondergaan het namate die Romeinse prosesreg vanaf die legis actio-prosedure tot die extraordinaria *cognitio* ontwikkel het.¹¹ Afgesien van die presiese formeel-tegniese betekenis van die term vir die Romeinse prosesreg, kan ons dit in die algemeen beskou as die tydstip waarop die geskil finaal aanhangig is vir beslissing en waaraan die reg sekere materiële gevolge heg. Hierdie gevolge bestaan in die besonder daarin, eerstens dat die verweerder teenoor die erfgename van die eiser tot dieselfde bedrag aanspreeklik sal wees as waarvoor hulle teenoor die eiser aanspreeklik sou gewees het (aktiewe oorerflikheid) en tweedens dat daar teen die erfgename van die verweerder ageer word (passiewe oorerflikheid) asof hul self die gewraakte daad gepleeg het. Die aksie teen hulle is dus, formeelregtelik altans, poenaal. Dat hierdie gevolgtrekking wys op 'n hoogs onbevredigende toedrag van sake val nie te betwyfel nie.

Die besondere uitwerking van *litis contestatio* is uit die staanspoor verklaar uit die feit dat dit 'n quasi-kontrak¹² sou konstitueer, bekend as *novatio necessaria*.¹³ Sonder om nou in detail daarop in te gaan, kan die hele *litis contestatio*-reëling myns insiens feitelik die beste bestempel word as 'n eiesoortige doelmatigheidsreëling van die praktyk met besondere materieel-regtelike gevolge.¹⁴

2 Die Glossatore (11e-13e eeu)

Met betrekking tot die aktiewe onoorerflikheid van die *actio iniuriarum* word in die Accursiese glos op *excepta iniuriarum actione* in die basiese *Institute*-teks 4 12 1 twee verduidelikings gegee: eerstens vererf dit nie omdat dit voor *litis contestatio* nie in *bonis nostris* is nie; tweedens word hierdie kenmerk toegeskrywe aan die feit dat die aksie geen reipersekutoriese funksie, soos onder andere die *actio legis Aquiliae*, het nie (*quia nihil mihi de patrimonio abest nec reo adest*). Veral hierdie laasgenoemde rede openbaar die gedagtegang dat die reipersekutoriese element prominent figureer as motivering vir die aktiewe oorerflikheid van privaatstrafaksies. Dit word ook elders in die *Glossa Ordinaria* aangewend as rede vir die passiewe onoorerflikheid van die *actio iniuriarum*.¹⁵ Die besondere effek van *litis contesta-*

⁹Vgl *D* 27 7 8 1; 44 7 26/33/59 (58); 47 10 13 pr; ht 28; 50 17 87/139/164; *C* 4 17 (un).

¹⁰Wolf *Die litis contestatio im römischen Zivilprozess* 1.

¹¹Kaser *Das römische Zivilprozessrecht* 482.

¹²Vgl Riccobono "Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiscontestatio nach klassischem und Justinianischem Rechte" 1927 *ZSS (RA)* 75; Brasiello *Corso di Diritto Romano - Atto Illecito* 127; De Villiers *The Roman and Roman-Dutch Law of Injuries* 236.

¹³Vgl *D* 46 2 29.

¹⁴Wat die onderliggende ratio in die Romeinse regsliteratuur aanbetref, vgl *D* 46 2 29; 50 17 86/87.

¹⁵Vgl die Accursiese glos op *in heredes* in *D* 50 17 111: "item *actio iniuriarum* est poenalis quia nihil actori abest et nil adest reo et ideo in heredem non datur."

tio om onoorerflike aksies oorerflik te maak, word sonder veel omhaal van woorde in die glosse gestel.¹⁶

3 Die Kanonieke reg

Anders as in die geval van privaatstrafaksies met 'n reipersekutoriese grondslag wyk die Kanonieke reg geensins af van die reël van die *ius civile* ten aansien van die basiese onoorerflikheid van *iniuria-eise* nie. Volgens die Kanonieke reg het die reg op *solatium vir persoonlikheidskrenking* geen vererfbare bate gevorm nie, want om dit te laat vererf, sou tot gevolg hê dat of die eiser of sy erfgenaam 'n vermoënsaanwas sou vertoon in stryd met die grondreël van hierdie regstelsel dat geen aksies erken word ten aansien van bedrae wat die werklike vermoënskade oorskry nie.¹⁷

4 Die Ultramontani (13e–14e eeu)

Dit blyk dat die reëls van die *Corpus Iuris Civilis* soos dit neerslag gevind het in die werke van die Glossatore aanvaar word deur outeurs van dié skool. 'n Ontleding van sowel Jacques de Révigny¹⁸ as Pierre de Belleperche¹⁹ en Jean Fabre²⁰ se kommentare noop ons tot die konklusie dat die nie-vermoënsregtelike aard van die gekrenkte belang die *ratio* verskaf vir die aktiewe, sowel as passiewe, onoorerflikheid van *iniuria-aksies*. Geen noemenswaardige teorie oor die effek van *litis contestatio* word by die belangrike Ultramontani aangetref nie.

5 Die Kommentatore (13e–15e eeu)

Die “tradisionele aard” van die *actio iniuriarum* word algemeen deur hierdie skool erken. Eenstemmigheid heers deurgaans oor die aktiewe onoorerflikheid daarvan,²¹ dog wat die *ratio* daarvoor aanbetref, is daar verskillende benaderingswyses: Een groep skrywe dit alleen toe aan die feit dat die aksie suiwer *vindictam spirans* is;²² 'n tweede groep aan die feit dat dit voor *litis contestatio* nie in *bonis nostris* is nie²³ en 'n derde groep kombineer bovermelde *rationes*.²⁴ Ten aansien van passiewe oorerflikheid en die effek van *litis contestatio* word die saak geensins verder gevoer nie.

6 Franse skrywers – veral Humaniste (16e–18e eeu)

Teen hierdie tyd het die grondslag vir die erkenning van die sisteem van *poena privata* al verval, aangesien misdade nou deur 'n openbare amp-tenaar (*procurator regius, procureur du roy*) vervolgd is.²⁵ Ten spyte hiervan be-

¹⁶In die glosse op *D* 27 7 8 1; 44, 7, 26/33/59; 47 10 28 en 50 17 139 word slegs kruisverwysings aangetref of verwys na *Inst* 4 12 1 en *C* 4 17.

¹⁷Vgl *C* 12 q2 c11 en daaroor Scott 184.

¹⁸*Lectura* ad *C* 4 17 (un).

¹⁹Kommentaar ad *Inst* 4 6 12; *Repetitio* ad *C* 4 17 (un).

²⁰Kommentaar op die woorde *non autem omnes* en *poenales* in *Inst* 4 12 1.

²¹Vgl Albericus de Rosciate ad *D* 35 2 32 pr; Bartolus ad *D* 47 1 1 1 nrs 1 en 3; ad *C* 4 17 nr 4; Baldus ad *D* 2 11 10 2; Angelus de Ubaldis ad *D* 47 10 13 pr; ad *D* 2 11 10 2; Jacobus Butrigarius ad *C* 4 17.

²²Vgl Jacobus Butrigarius loc cit; Alexander de Imola ad *D* 2 11 10 2 nr 4.

²³Vgl Angelus de Ubaldis ad *D* 47 10 13 pr; ad *D* 2 11 10 2.

²⁴Bartolus ad *D* 47 1 1 1; Baldus ad *D* 2 11 10 2; Salicetus ad *C* 4 17 nr 2; Paulus de Castro ad *D* 35 2 32 pr nr 3; Jason de Mayno ad *D* 2 11 10 2 nrs 3 en 4.

²⁵Vgl Argentreus *Commentarii in Patria Britonum Leges* art 189 nr 1; Mornacius *Observationes in posterior viginti sex Libros Pandectarum* ad *D* 47 1 1 1; Janus a Costa *Praelectio* ad *C* 4 17 (in *Meerman's Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici* I 713) 717 kol 2.

handel die meeste Humanistiese skrywers die onderwerp van privaatstrafaksies asof nog in volle swang. Selfs 'n praktyksjuris soos Argentraeus²⁶ verklaar slegs met 'n beroep op *Digesta*-tekste²⁷ dat die *actio d' iniures verbales* nóg aktief, nóg passief vererf. As rede hiervoor vind die gedagtes van die Glossatore en Kommentatore neerslag²⁸ met slegs een noemenswaardige uitsondering: vir Balduinus²⁹ is die aktiewe onoorerflikheid van 'n suiwere wraakaksie te verklaar uit 'n teologiese oorweging, naamlik dat dit Christene betaam om by hul oorlye alle wraakgedagtes af te lê en te vergeet, met die gevolg dat die grondslag vir die aksie op daardie tydstip verdwyn.

Wat passiewe onoorerflikheid aanbetref, vind ons die eerste maal 'n kritiese stem: Janus a Costa bevraagteken naamlik die regs wetenskaplike ratio vir die reël.³⁰ Hierdie beswaar is gebaseer op sy denkmetode waarvolgens hy nie die oorerflikheid van aksies primêr oorweeg nie, dog van die verbintenisse waartoe die aksies as regsmiddele dien. Volgens die algemene strekking van sy betoog gaan 'n erflater se verpligtinge reëlmatig oor op sy regsopvolgers. Fundamenteel is dus slegs vas te stel of daar 'n obligatio is – die bron daarvan is vir hom irrelevant.³¹

Die effek van *litis contestatio* word deur Donellus op kenmerkende wyse, puntsgewys, logies uitgewerk:³² (i) *Litis contestatio* skep 'n nuwe verbintenis, naamlik 'n obligatio ex contractu; (ii) alle *actiones ex contractu* is reipersekutories; (iii) hierdie aksie, waarmee die nuwe verbintenis afgedwing word, vererf dus volgens die algemene reëls van die kontrakreg.

7 Die Duitse skrywers (17e–19e eeu)

(a) *Usus modernus pandectarum* en natuurreg

Ten aansien van die aktiewe en passiewe onoorerflikheid van die *actio iniuriarum* vind die “tradisionele argumente” weerklank. By twee skrywers is daar egter noemenswaardige pogings om die verduideliking vir aktiewe onoorerflikheid verder te voer. Wesenbecius³³ beskou die tradisionele rede dat 'n *actio vindictam spirans* nie in *nostris bonis* is voor *litis contestatio* nie slegs as die eerste stap tot die ware ratio, naamlik: *nemo alteri plus juris relinquere possit quam ipse habeat*.³⁴ Lauterbach beroep hom op 'n fiksie, naamlik dat die oorledene direk voor sy afsterwe aan die delinkwent kwyt skelding verleen het ('n *tacita remissio*).³⁵

²⁶art 190 nr 1.

²⁷nl *D* 47 1 1 1; 47 10 13 pr.

²⁸Vgl Baro *Commentarii ad Inst* 4 12 1; Balduinus *Institutionum seu Elementorum Iuris Libri Quatuor ad Inst* 4 12; Cujacius *Commentarius ad C* 4 17 (un) (in *Opera Omnia* VII kol 733).

²⁹Op cit in sy aantekening op *excepta iniuriarum actione* in *Inst* 4 12 1: “Et sane cum haec actio contineat semper privatam quandam ultionem: facile patiuntur eam intercidere Christiani, quos magis decet.”

³⁰Loc cit.

³¹Loc cit: “quod mirum merito videre potest: si enim ex delictis actiones personales competunt, quibus defuncti persona obligata fuit, quare non transit haec personalis obligatio ex persona defuncti in personam haeredis tanquam succedaneam commodorum et incommodorum defuncti?”

³²*Commentarius ad C* 4 17 (un) nr 46.

³³*Commentarius ad D* 4 10 nr 13.

³⁴Vgl *D* 41 1 20 pr waarop hy hom beroep.

³⁵Lauterbach *Collegium Pandectarum Theoretico-practicum ad D* 47 10 nr 47.

Die oorerflikheidseienskappe van die aksie wat aan 'n persoon toegeken word as gevolg van die nalatige toevoeging van pyn en leed, asook ont-siering van sy liggaam (die *Schmerzensgeld*-aksie in enge sin) en wat veral gedurende die loop van die sestiende eeu in die Duitse regs-literatuur aandag begin geniet,³⁶ word as 'n reël deur die skrywers verswyg. Die waarskynlike oplossing vir die probleem is te vinde in die klassifikasie van hierdie aksie deur die skrywers. Dus kan afgelei word dat diegene wat dit as reipersekuto-ries sien, hetsy as *utilis actio legis Aquiliae* of *actio sui generis*, voorstanders behoort te wees van die aktiewe en passiewe oorerflikheid daarvan, in die lig van die feit dat dit as *sodanig in nostris bonis* is voor *litis contestatio*.³⁷ Word dit egter as analoog aan die *actio iniuriarum* beskou, behoort dit saam met sowel die eiser as die verweerder ten gronde te gaan. Tog staan iemand *scos Glück*³⁸ wat dit as *utilis actio legis Aquiliae* bestempel, die onoorerflikheid daarvan voor. Klaarblyklik is die beperking volgens hom geleë in die hoogs persoonlike aard van die gekrenkte belang – op sigself 'n interessante tendens aangesien dit aantoon dat die konsekwensies van klassifikasie van die aksie as *utilis actio legis Aquiliae* nie te strak deurgetrek moet word nie en dat daar na 'n dieperliggende motivering gesoek moet word.

Die tradisionele quasi-kontraksteorie by *litis contestatio* word algemeen voorgedra.³⁹

(b) *Historiese skool en pandektewetenskap*

Savigny het gepoog om die materie insake die Romeinse poenale aksies te vereenvoudig deur onder andere te onderskei tussen tweesydigse straf-aksies (*zweiseitige Strafklagen*) en eensydige strafaksies (*einseitige Strafklagen*):⁴⁰ eersgenoemdes is aksies waardeur 'n verandering intree in die vermoë van sowel eiser as verweerder in die sin dat daar vir eersgenoemde 'n toename en vir laasgenoemde 'n verlies is indien die aksie slaag (byvoorbeeld die *actio furti* en *actio iniuriarum*); laasgenoemdes is eise wat as 'n reël slegs vir die verweerder 'n strafkarakter het, dog vanaf die eiser se kant reipersekutories is (soos die *actio doli* en die *actio legis Aquiliae*). In effek is hierdie konstruksie nie nuut nie⁴¹ hoewel dit sterk weerklank vind by latere skrywers, want die onderskeid berus maar op die aan- of afwesigheid van 'n reipersekutoriese element: by tweesydigse strafaksies is geen reipersekutoriese funksie nie terwyl eensydige strafaksies vanaf eiserskant wel reipersekutories is. Eensydige strafaksies was dan reëlmatig aktief en passief oorerflik, tweesydigse strafaksies nie.

Die lede van hierdie skool kon verder ook nie eenstemmigheid bereik oor die *Schmerzensgeld*-aksie nie, nóg met betrekking tot die aard, nóg met betrekking tot die aktiewe en passiewe oorerflikheid daarvan.

³⁶Vgl hieroor veral Scott (proefskrif) 123 ev.

³⁷Vgl Wächter *Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gemeinen Recht* 82.

³⁸*Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld* X par 705.

³⁹Mynsinger *Apotelesma ad Inst* 4 12 1 nr 12; Rittershusius *Commentarius ad Inst* 4 12 1; Treutler *Selectae Disputationes* I Disp 19 Qu 22; Cocceji *Juris Civilis Controversi ad D* 47 10 qu 7.

⁴⁰Savigny *System des heutigen römischen Rechts* V par 210.

⁴¹Dat sy skema nie heeltemal oorspronklik is nie blyk uit wat een van die Ultramontani, Pierre de Belleperche, in sy Institute-kommentaar ad *Inst* 4 6 sê.

Die feit dat daar meningsverskil geheers het oor die juridiese aard van die aksie verklaar in wese waarom daar nie eenstemmigheid heers oor die aktiewe oorerflikheid daarvan nie. Diegene wat die *Schmerzensgeld*-aksie as eiesoortig bestempel, spreek gewoonlik die mening uit dat dit aktief onoorerflik is.⁴² Nie almal wat die aksie as reipersekutories (in die sin van 'n *actio legis Aquiliae utilis*) bestempel, verkondig egter die normale reël ten aansien van aktiewe oorerflikheid nie: Stobbe⁴³ huiwer byvoorbeeld nie om dit as 'n reipersekutoriese aksie ad vindictam te bestempel nie, 'n gedagte wat enigsins ongewoon voorkom aangesien die besondere eienskap altyd kenmerkend was van suiwere poenale aksies. Die effek hiervan is dus dat hy die aksie as aktief onoorerflik beskou. Ook Windscheid deel sy mening oor die aktiewe onoorerflikheid daarvan, dog myns insiens meer as gevolg van die besondere oogmerk van die "skadevergoedingsbedrag"⁴⁴ – hy bestempel dit nêrens as *actio vindictam spirans* nie.

Andersyds is vele bereid om die logiese konsekwensies van die suiwere skadevergoedingskarakter daarvan, soos deur hulle verkondig, te aanvaar deur te verklaar dat die aksie aktief oorerflik is.⁴⁵

Wat veral hier opval, is dat die enigste kriterium vir die vasstelling van aktiewe oorerflikheid nie die naam van die Romeinsregtelike aksie is waaronder die eis tuisgebring kon word nie, dog dat daar na meer fundamentele aanduidings gesoek is.

Anders as by aktiewe oorerflikheid was die passiewe oorerflikheid van hierdie aksie altyd direk eweredig met 'n bevinding dat dit reipersekutories van aard was.⁴⁶ Diegene wat dit as sui generis beskou het – met 'n regs-karakter analoog aan dié van die *actio iniuriarum* – verkondig dienoooreenkomstig die passiewe onoorerflikheid daarvan.⁴⁷ Sodra dit egter as 'n spesies van die *actio legis Aquiliae utilis* bestempel word, is dit oorerflik.

Oor die "noverende" effek van *litis contestatio* bestaan daar algehele eenstemmigheid.⁴⁸

⁴²Holzschuher *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts* I par 326.

⁴³*Handbuch des Deutschen Privatrechts* par 203.

⁴⁴Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* II par 455 noot 33: "Wenn auch das Schmerzensgeld nicht Genugthuung für eine dem Verletzten zugefügte Kränkung ist, so ist es doch Entschädigung für Etwas, das ebensowenig auf die Erben des Verletzten übergeht, wie die Kränkung. Wie die erlittene Kränkung, so stirbt mit dem Verletzten auch der von ihm erduldeten Schmerz, während der Vermögensschaden dauert und auf die Erben übergeht."

⁴⁵Wächter loc cit; Dernburg *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts* II par 261: "Der Anspruch auf Schmerzensgelder ist als Entschädigung, nicht als Strafe aufzufassen. Der Anspruch ist daher vererblich."

⁴⁶Vgl Rohmann *Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches* 27.

⁴⁷Holzschuher op cit III par 326.

⁴⁸Die woorde van Francke *Beiträge Zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien* 56 is verteenwoordigend van die menings van sy tyd, vir sover hy duidelik aandui dat die regsfeit van *litis contestatio* in wese nie die oorerflikheid van poenale aksies, aktief of passief, in die ware sin van die woord bewerkstellig nie, dog die oorspronklike verbintenis 'n metamorfose laat ondergaan: "Waren diese Klagen aber schon angestellt gegen den eigentlich Verpflichteten, so haften die Erben desselben nach allgemeinen Regeln wie der Erblasser in solidum, da sie den Process übernehmen müssen, wie sie ihn vorfinden, und hier eigentlich von einem blossen Uebergang der Klage gar nicht mehr die Rede ist . . ."

8 Ontwikkeling in Nederland (16e–19e eeu)

Wat die aksie vir verhaal van genoegdoening op grond van opsetlike persoonlikheidskrenking betref, word swaar geleun op die Romeinsregtelike bronne. Meestal word die reël van aktiewe onoorerflikheid bloot gekonstateer⁴⁹ met hier en daar van die “tradisionele” motiverings soos ons dit in die literatuur vanaf die Glossatoretyd vind.⁵⁰ Hugo de Groot se mening onderskei hom van dié van die meeste deurdat hy die reël van aktiewe onoorerflikheid sien as ’n gevolg, nie soseer van die besondere aard van die aksie nie, dog van die gekrenkte regsdoel:⁵¹

“Aen erfgenaam moet weder-evening geschieden van alle goed dat erfelijk is, ende oversulcks niet van leven ofte van eer.”

Ten aansien van passiewe onoorerflikheid geld die welbekende en deeglik ingeburgerde standpunte.

Wat betref die aktiewe oorerflikheidsienskappe van die sui generis-aksie weens die nalatige veroorsaking van pyn, leed en ontsiering, is Zoesius die enigste juris wat pertinent ’n bydrae maak deur te verklaar dat dit onoorerflik is.⁵² ’n Mens sou uit De Groot se woorde kon aflei dat die liggaam, net soos die *leven ofte eer*, ’n onoorerflikte bate is. Dit sou logieserwys ook geld met betrekking tot die kwessie van die vasstelling van passiewe oorerflikheidskenmerke. Myns insiens is dit egter onmoontlik om met stelligheid te beweer dat De Groot, in weerwil van sy wyere benaderingswyse, hierdie eiesoortige aksie wou betrek ten aansien van sy algemene gevolgtrekking.

Dit is interessant dat die quasi-kontraksteorie vir oorerflikheid na *litis contestatio* nog algemene aanhang geniet.⁵³

C DIE SUID-AFRIKAANSE REG

1 Aktiewe oorerflikheid

(a) *Iniuria*-aksies

Die *locus classicus* ten aansien van die kwessie van oorerflikheid van deliksaksies in die Suid-Afrikaanse reg, naamlik *Executors of Meyer v Gericke* 1880 Foord 4, laat geen twyfel bestaan oor die feit dat die reëls van die Romeinse reg nog steeds van krag is waar dit handel oor die oorerflikheidsienskappe van die *actio iniuriarum* nie. Hoofregter De Villiers is bereid om die reël van aktiewe onoorerflikheid van die *actio iniuriarum*, onderworpe aan die uitsondering van *litis contestatio*, te aanvaar sonder om die gemeenregtelike gesag daarvoor krities te ontleed. Hy wys in die algemeen daarop dat die ou skrywers sodanige standpunt verkondig. Meer was inderdaad nie

⁴⁹Damhouder *Praxis Rerum Criminalium* 138 24; Voet *Compendium Juris* ad D 47 10 nr 5; *Beginselen des Recht* ad Inst 4 12 nr 8; *Commentarius ad Pandectas* ad D 44 7 nr 15.

⁵⁰Vgl Zoesius *Commentarius* ad D 9 2 nr 18; D 47 10 nr 21; Perezius *Institutiones Imperiales Erotomatibus Distinctae* ad Inst 4 12 1; *Praelectiones* ad C 4 17 nr 1; P Voet *Commentarius* ad Inst 4 12 1 nr 3; Huber *Praelectiones* ad Inst 4 12 nr 5; Van der Keessel *Dictata* ad Inst 4 12 par 18.

⁵¹*Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* 3 32 10.

⁵²*Commentarius* ad Inst 4 3 (additio).

⁵³Waar De Groot 3 35 5 opmerk dat die aksie op grond van *bono* nie vererf nie, “dan nae gevege vonnisse”, staan hy alleen en word selfs op grond hiervan gekritiseer: vgl Groenewegen ad De Groot loc cit; Van der Keessel *Praelectiones* ad De Groot loc cit.

nodig gewees om te sê nie aangesien daar in al die ou bronne, vanaf die vroegste tye – soos deur ons aangetoon – geen afwykende uitspraak voorgekom het nie.

Sedertdien word hierdie reël streng in die praktyk nagevolg⁵⁴ terwyl dit ook sonder veel kommentaar deur ons moderne skrywers weergegee word. Sommige verklaar eenvoudig dat die gemeenregtelike reëls nog van toepassing is⁵⁵ terwyl andere die meer agterliggende grond na vore bring, te wete die feit dat die *actio iniuriarum* 'n *actio vindictam spirans* is waarmee die vordering van *solatium* beoog word.⁵⁶

(b) *Aksie vir pyn en leed*

Vir laasgenoemde groep skrywers⁵⁷ bied die sprong na die oorerflikheidsvraagstuk met betrekking tot die aksie weens die nalatige veroorsaking van pyn en leed geen probleem nie, want die bedrag wat daarmee gevorderd word is na analogie van die genoegdoeningsbedrag by *iniuria*-eise ook 'n *solatium* vir gekrenkte persoonlikheidsgoed: hierdie aksie is dus ook 'n *actio vindictam spirans* wat nie noodwendig hoef te beteken dat dit poenaal is in die volle sin van die *actio iniuriarum* nie.⁵⁸

Myns insiens moet die *solatium*-karakter van genoegdoeningsaksies as die fundamentele *ratio* vir die aktiewe oorerflikheid daarvan beskou word. Dan verklaar dit die posisie vir aksies op grond van sowel opsetlike as nalatige persoonlikheidskrenking.

In die positiewe reg is die aktiewe oorerflikheidskwessie van die pyn en leed-aksie in die gewysde van *Hoffa NO v SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd* waarin die sui generis-karakter daarvan gekonstateer is, behandel. Hier is die beseerde persoon voor *litis contestatio* oorlede en namens sy boedel is aangevoer dat, aangesien die aksie in wese *aquilies* van aard sou wees omdat dit in die Romeins-Hollandse bronne gewoonlik behandel word saam met aksies op grond van vermoënsverlies, dit aktief ten volle oorerflik is. Hierdie standpunt beskou duidelik die vraag na die klassifikasie van die aksie as deurslaggewend vir die aktiewe oorerflikheidsvraagstuk. Regter Van Winsen beskou nie die plek van behandeling van die aksie in die bronne as aanduidend van die juridiese aard daarvan nie en daarom huiwer hy nie om teen die *aquiliese* karakter daarvan stelling in te neem nie.⁵⁹

⁵⁴Vgl *Hoffa NO v SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd* 1965 2 SA 944 (K); *Potgieter v Rondalia Assurance Corporation of SA Ltd* 1970 1 SA 705 (N); *Regering van die Republiek van SA v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1970 2 SA 41 (NK); *Government of the Republic of SA v Ngubane* 1972 2 SA 601 (A).

⁵⁵Vgl Nathan *The Law of Defamation in South Africa* 193; Lee en Honoré *The South African Law of Obligations* 215; Hahlo en Kahn *The Union of South Africa – The Development of its Laws and Constitution* 538; Claassen *Dictionary of Legal Words and Phrases* sv *actio personalis moritur cum persona*; McKerron *The Law of Delict* (7e uitg) 141.

⁵⁶Vgl Melius de Villiers 235 ev; Lee *An Introduction to Roman-Dutch Law* (5e uitg) 340; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (3e uitg) 225; Maasdorp *Institutes of South African Law* IV (8e uitg) 19.

⁵⁷Vgl vorige noot.

⁵⁸Vgl *Potgieter v Rondalia* 712H.

⁵⁹951H.

Myns insiens hoef die etikettering daarvan met die naam utilis actio legis Aquiliae nie noodwendig die bepalende faktor vir die aktiewe oorerflikheidseienskappe daarvan te wees nie. As die agterliggende doel van die aksie, naamlik die vordering van 'n solatium-bedrag, primêr voor oë gehou word, verdwyn enige probleem: sodanig sou dus selfs 'n utilis actio legis Aquiliae aktief onoerflik wees indien dit op solatium gerig is.⁶⁰ Daarom is die algemene stelling van die regter na sy oorsig van die Romeins-Hollandse bronne te verkies as hy sê:⁶¹

“From these passages it would seem that, in general, the Roman-Dutch law only recognized as being transmissible to a deceased's heirs those claims in respect of wrongs causing a diminution in the patrimony of the deceased's estate, which would of course exclude claims in respect of pain and suffering and loss of amenities.”⁶²

Die gelding van die beginsel soos hierdeur uiteengesit, word algemeen erken deur sowel die praktyk as die teoretici.⁶³

2 Passiewe oorerflikheid

(a) *Iniuria-aksies*

Wat deliktuele aksies gebaseer op persoonlikheidskrenking aanbetref, som Maasdorp⁶⁴ die posisie duidelik op:

“Where an action is brought, not in order to obtain compensation for actual damage sustained, but in a spirit of revenge and in order to punish the defendant by way of general damages, the rule of the Roman law still obtains among us.”

Hieruit blyk dit dat eise gerig op 'n solatium weens opsetlike persoonlikheidskrenking, waarvan lasteraksies die mees algemene verskyningsvorm is, selfs vandag nog dieselfde karakteristieke eienskappe ten aansien van passiewe oorerflikheid vertoon as twee millennia gelede – myns insiens die sprekendste bewys van die feit dat hierdie tipe aksies nog onder ons huidige bedeling as die laaste oorblyfsel van actiones poenales ex maleficiis bestempel kan word. Alle bronne, teoreties⁶⁵ sowel as prakties,⁶⁶ erken hierdie reël van passiewe onoerflikheid onderworpe aan die welbekende uitsondering, te wete die noverende effek van litis contestatio. Op sy minste kan verklaar word dat die Romeinse reg ten aansien van hierdie aspek van ons reg insake onregmatige daad nog volledig in swang is en juis daarom val die afwesig-

⁶⁰Vgl die mening van die Duitser, Glück (supra noot 38), wat die *Schmerzensgeld*-aksie as vindictam spirans beskryf ten spyte van die feit dat hy dit as utilis actio legis Aquiliae klassifiseer.

⁶¹1953D.

⁶²Vgl die heldere uiteensetting van r De Kock in die hof a quo, met goedkeuring aangehaal deur ar Holmes in die *Ngubane*-saak 608: “The claim for pain and suffering in our law is neither transmissible on the death of the injured person before *litis contestatio* nor is it capable of being transferred by cession, at any rate before the pleadings have been closed. It may, I consider, be stated as a general principle of our law that claims for pecuniary loss are transmissible and cedable, those for non-pecuniary loss not.”

⁶³Vgl veral Boberg in 1970 *Annual Survey of SA Law* 197 ev.

⁶⁴19.

⁶⁵Vgl Melius de Villiers 236; Hahlo en Kahn loc cit; Amerasinghe *Defamation and Other Injuries* 356; Van der Merwe en Olivier 225 ev; McKerron 141.

⁶⁶Vgl by *Executors of Meyer v Gericke* supra; *Pienaar and Marais v Pretoria Printing Works* 1906 TS 654; *Gillespie v Toplis* 1951 1 SA 290 (K); *Jankowiak v Parity Insurance Co (Pty) Ltd* 1963 2 SA 286 (W); *Hoffa v SA Mutual* supra; *Potgieter v Rondalia* supra; *Regering van RSA v Santam* supra.

heid van indringende bespreking van die kant van ons skrywers op. Die besef wat klaarblyklik nie deurdring nie is dat die de facto-erkenning van die reël, die negering van die strenge grens wat daar vandag bestaan tussen onregmatige daade (*delicta*) en misdade (*crimina*) as noodwendige implikasie inhou, want reeds vanaf die vroegste tye is passiewe onoorerflikheid juis bestempel as een van die besondere kenmerke van private strafaksies.⁶⁷

(b) *Aksies vir pyn en leed*

Wat die sui generis-aksie weens nalatige persoonlikheidskrenking aanbetref, blyk daar in die gewysdes, met die uitsondering van enkele obiter dicta, geen uitsluitel te bestaan nie. Selfs ons moderne skrywers gaan nie voldoende op die vraagstuk in nie. Dit is eensyds te verklaar op grond van die siening dat die solatium wat met hierdie aksie gevorder word analoog is aan dié van die *actio iniuriarum*, welke feit die aktiewe onoorerflikheid daarvan verklaar en dus gemaklik ook – myns insiens verkeerdelik – as grondslag vir die passiewe onoorerflikheid aangevoer word.⁶⁸ Andersyds is die ware rede meer waarskynlik geleë in die feit dat eise van hierdie aard vandag feitlik almal in die praktyk onder die bepaling van die Wet op Verpligte Motorvoertuigversekering (56 van 1972) ressorteer, waarvolgens die verweerder vervang word deur 'n geregistreerde assuransiemaatskappy met die gevolg dat die afsterwe van die verweerder geen effek op die gelding van die eis het nie.⁶⁹

Die verklaring van Maasdorp, hierbo genoem, mag egter nie beskou word as steun vir die standpunt dat hierdie aksie passief onoorerflik is nie, aangesien hy uitdruklik verklaar dat die strafkarakter van die aksie 'n medebepalende faktor daarvoor is. Afgesien van die presiese geskiedkundige ontwikkeling van die sui generis-aksie vir die verhaal van genoegdoening weens die nalatige veroorsaking van pyn en leed, moet dit myns insiens vandag nie as poenalis, in die sin van die *actio iniuriarum*, bestempel word nie. Die feit dat dit nog as vindictam spirans tipeer word, dui slegs op een aspek van ooreenkoms met die *actio iniuriarum*, naamlik dat, vanaf die eiser se kant gesien, die gevorderde bedrag 'n genoegdoeningsfunksie verrig. Vanaf die verweerder se sy betrag, was en is die onderskeidende kenmerk van die *actio iniuriarum* dat dit strafgerig is – 'n *actio poenalis* in die ware betekenis van die woord. In hierdie suiwere strafkarakter alleen is die passiewe onoorerflikheid daarvan te verklaar.⁷⁰ Die enigste afleiding ten aansien van die ware karakter van die aksie weens nalatige veroorsaking van pyn en leed wat uit die belangrike *Hoffa*-saak gemaak kan word, is dat dit slegs ten

⁶⁷Die volgende woorde van Van der Merwe en Olivier 3 is dus nie in alle opsigte korrek nie: “Die onderskeid tussen strafreg en die reg insake die onregmatige daad word deur ons eie ou skrywers gehandhaaf en word vandag in ons reg *ten volle* nageleef.” (My kursivering.) Juis die feit dat hulle later geen kritiek uitspreek teen die verskynsel van passiewe onoorerflikheid van iniuria-eise voor *litis contestatio* nie, is onversoenbaar met hul absolute stelling.

⁶⁸Vgl Corbett en Buchanan *The Quantum of Damages in Bodily and Fatal Injury Cases* 51 wat verklaar: “The principles governing the transmission of liability to the wrongdoer’s estate are, however, the same as those relating to the transmissibility of the injured person’s right of action.”

⁶⁹Vgl art 21 van die wet.

⁷⁰Vgl D 48 19 20 en ons bespreking daarvan supra.

opsigte van die aard van die solatium wat gevorder word analoog is aan die actio iniuriarum. Juis die feit dat contumelia (opset) nie as vereiste gestel word nie dui sterk op die feit dat, vanaf verweerderskant beskou, ons nie met 'n strafaksie te doene het wat in alle opsigte aan die actio iniuriarum analoog is nie:⁷¹ die dood van die verweerder beteken dus nie dat die bestaansreg vir die aksie meteen wegval nie.

Alhoewel hierdie aksie streng gesproke sou kon voldoen aan die formule van tweesydigse strafaksies (*zweiseitige Strafklagen*) is ek van mening dat ons dit nie as sodanig moet beskou nie, aangesien dit nooit aan die Romeine bekend was nie: Om naamlik daardie formule wat effektiewelik reeds vroeg na die heroplewing van Romeinsregtelike studies in Wes-Europa navolging begin geniet het,⁷² aan te wend om die aard en dus passiewe oorerflikheidseienskappe van die aksie te bepaal, sou derhalwe onjuis wees aangesien daardie formule afgelei is van die erkende Romeinsregtelike strafaksies.⁷³

Uit die volgende woorde uit *Executors of Meyer v Gericke* mag moontlik 'n afleiding gemaak word ten gunste van passiewe onoorerflikheid:⁷⁴

"This case raises for the first time, so far as reported cases go, the important question, at what stage of an action for defamation or other personal injury the death of one of the parties puts an end to the action. It is admitted on both sides that such an action cannot be instituted after the death of the person who was guilty of the defamation or other injury, or after the death of the person defamed or injured . . . The authorities fully support these admissions."

Indien hierdie stelling beoog om ook dié reël vir aksies weens nalatige persoonlikheidskrenking neer te lê, moet ons dit as 'n blote obiter dictum beskou aangesien laster die onregmatige daad was wat in die onderhawige saak aan die orde van die dag was. Andersyds dui die bron waarop hoofregter De Villiers hom beroep⁷⁵ op die mees waarskynlike verklaring, naamlik dat die woorde *other personal injuries* eng geïnterpreteer moet word as duidend op opsetlike krenking sodat hierdie dicta nie as gesag teen ons eie opvatting opgewerp kan word nie.

Die enigste gewysde waarin uitdruklik, ofskoon ook obiter verklaar word dat die aksie passief onoorerflik is, is *Regering van die Republiek van Suid-Afrika v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* supra. Na aanleiding van die *Hoffa*-saak, verklaar regterpresident De Vos Hugo ten aansien van die pyn en leed-aksie:⁷⁶

⁷¹Vgl *Potgieter v Rondalia* supra 712H waar r Harcourt verklaar dat die pyn en leed-aksie "has not the residual measure of punitiveness which undoubtedly underlies many of the manifestations of actions under the latter" (sc actio iniuriarum).

⁷²Vgl noot 41 supra.

⁷³Vgl bl 33 van die ongepubliseerde diktaat van prof JC de Wet (*Lectures Delivered in the Department of Civil Law in the University of Edinburgh - Spring Term 1962*) wat aangehaal word op bl 606 van die *Ngubane*-saak: "That a claim for pain and disfigurement was an anomaly in a system which was supposed to know only 'actiones reipersecutoriae', cannot be contradicted."

⁷⁴15-16.

⁷⁵De Groot 3 35 5.

⁷⁶43.

“Die vergoeding is bedoel vir die persoonlike voordeel van die benadeelde persoon. Op grond hiervan is tot die gevolgtrekking gekom (in die *Hoffa*-saak) dat die eis vir vergoeding saam met die benadeelde persoon sterf en nie op sy boedel oorgaan nie. Hier is ooreenkoms met die *actio iniuriarum* omdat die *solatium* wat daarmee verhaal kan word ook nie aktief of passief oordraagbaar is nie.”⁷⁷

Die woordgebruik in die laaste sin skep ’n heeltemal onjuiste indruk waar dit oor passiewe onoorerflikheid handel, aangesien in die *Hoffa*-saak nie eens obiter ’n mening uitgespreek is oor die passiewe oorerflikheids-karaktertrekke van die onderhawige aksie nie. Daar is slegs ’n parallel getrek tussen die aktiewe onoorerflikheid daarvan en dié van die *actio iniuriarum* na aanleiding van die fundamentele eendersheid van die *solatium* in beide gevalle.

Ons eie gevolgtrekking beklemtoon ook juis die sui generis-karakter van die onderhawige aksie op paslike wyse: ten aansien van aktiewe onoorerflikheid stem dit ooreen met die *actio iniuriarum* terwyl die passiewe oorerflikheid as manifestasie dien van die gelykenis met die *actio legis Aquiliae*.

3 Litis contestatio

Wat die effek van *litis contestatio* op genoegdoeningsaksies aanbetref, word soms ernstige bedenkinge uitgespreek soos weerspieël in die kritiese opmerkings van Van der Merwe en Olivier:⁷⁸

“Soos egter reeds aangetoon by ons bespreking van die oorganklikheid (sc oorerflikheid) van die *actio iniuriarum*,⁷⁹ skyn die reël dat die aksie (sc weens die nalatige veroorsaking van pyn en leed) aktief oorganklik word sodra *litis contestatio* plaasgevind het, in moderne tye nie meer aanvaarbaar te wees nie. Wanneer hierdie aanleentheid weer voor die appèlhof dien, behoort die *Jankowiak*- en *Potgieter*-beslissing ook op regspolitiese gronde krities hersien te word.”⁸⁰

In die lig van ons regshistoriese ondersoek kan hierdie suggestie ten aansien van die *actio iniuriarum* natuurlik nie onderskryf word nie. Indien hulle argument tot sy volle konsekwensie gevoer sou word, is dit nie duidelik waarom hulle dit goedvind⁸¹ dat die gevorderde bedrag wel kan vererf nie, indien die eiser na vonnis oorlede is (en die vonnisskuld nog nie betaal is nie) – in so ’n geval behoort hul teoretiese besware immers steeds te geld. Myns insiens is hul betoog nie geheel ontbloot van regspolitieke meriete nie dog dit negeer die werklikheid in ’n té groot mate deur die ontkenning van die belang van *litis contestatio* in ons hedendaagse regstelsel.⁸² Die verdere

⁷⁷My kursivering.

⁷⁸234.

⁷⁹225: “Dit word respekvol in oorweging gegee dat die reël dat die plaasvind van *litis contestatio* die *actio iniuriarum* aktief oorganklik maak, ongesond is. Die doel van die toekenning van genoegdoening onder die *actio iniuriarum* is immers om die geskonde gevoelens van die gekrenkte persoon te salwe, soos die woord *solatium* dan ook aandui.”

⁸⁰Dit is nl beslissings waarin die noverende effek van *litis contestatio* vir die Suid-Afrikaanse reg erken word.

⁸¹226: “Waar dit dan die doel van die toekenning van genoegdoening onder die *actio iniuriarum* is om die gekrenkte gevoelens van die benadeelde te salwe, moet die dood van die benadeelde op enige stadium voordat vonnis in sy guns gevel word, die aksie laat verval.”

⁸²Die effek van *litis contestatio* word ook op ander gebiede van die moderne Suid-Afrikaanse reg erken, byvoorbeeld in die sakereg waar die oomblik van *litis contestatio*

voorstel dat die *Jankowiak-* en *Potgieter-*beslissing deur die appèlhof hersien moet word, doen enigszins vreemd aan in die lig van die welbekende beginsel dat selfs daardie hof nie 'n geldende reël van die gemene reg kan verander, vervang of negeer nie.⁸³ Dit skyn in iedere geval dat hierdie suggestie tot dusver op dowe ore geval het gesien die obiter dicta van die appèlhof in die saak van *Government of the Republic of South Africa v Ngubane* supra.

Indien hierdie "noverende effek" van litis contestatio dus, ooreenkomstig die pleidooi van Van der Merwe en Olivier, geheel en al uitgekakel moet word, sou wetgewing die aangewese middel wees om dit te bewerkstellig. Hoewel tyd en ruimte ons nie toelaat om 'n vergelyking met ander regstelsels te trek nie kan egter, wat hierdie aspek aanbetref, daarop gewys word dat die hedendaagse Suid-Afrikaanse privaatreë nie alleen so 'n reëling toepas nie.⁸⁴ Wat die wenslikheid van wetgewing in hierdie opsig aanbetref, kan die paslike woorde van Boberg aangehaal word waarmee hy, na 'n behandeling van die probleem in die Anglo-Amerikaanse reg, die waarde van die Suid-Afrikaanse delikteregreëls ten aansien van die gehele probleem van oorerflikheid van aksies soos volg takseer:⁸¹

"Once again is demonstrated the capacity of Roman-Dutch law principles to satisfy the needs of modern society and to provide an acceptable solution, only achieved in other countries by legislation and more legislation."

□

Hierdie saak is soos die verlore seun. Dit het weggeraak maar is weer gevind, heimlike wedersydse verwyte tussen Regbank en Balie is toe in dankbare verligting en wedersydse begrip omskep en droefnis het vir vreugde gewyk.

Die aansoek is op 4 September 1975 deur my aangehoor en ek het toe mero motu 'n regspraak geopper waarop die advokate van die strydende partye begryplik onvoorbereid was. Geleentheid is aan bulle gegun om aanvullende betoogshoofde in te dien en ek het toe my uitspraak voorbehou. Binne sewe weke is die aanvullende hoofde ingedien; die omslag van die saak het toe egter nie na my teruggekeer nie maar het heimlik elders gaan skeul. Eers vroeg in Desember het dit uiteindelik uit die vreemde teruggekeer. Dit het weliswaar nie tussen swyne vertoef nie, en geen gemeste kalf het dit tuis ingewag nie; maar tog was ons vrolik en bly want dit was dood en het weer lewendig geword. Nou handel ek daarmee.

per regter MT Steyn in

Classens v Monia Motors 1976 2 SA 83 (O)

deurslaggewend is vir die vraag of fructus extantes van 'n saak deur die bona fide-possessor of okkupeerder daarvan aan die eienaar teruggegee moet word.

⁸³Vgl *Trust Bank van Afrika Beperk v Eksteen* 1964 3 SA 402 (A) 410 in fine: "Geen Hof, ook nie hierdie Hof nie, besit die bevoegdheid om ons gemene reg met die reg van enige ander land te vervang nie. Dit kan alleen die Wetgewer doen." Hieruit spreek vanself dat die appèlhof ook nie vasstaande gemeenregtelike reëls deur blote "billikheidsreëls" mag vervang nie.

⁸⁴Vgl par 847 I van die Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch*: "Im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, dass er durch Vertrag anerkennt oder dass er rechtshängig geworden ist." Vir 'n bondige bespreking, waarin onder andere ook die oorerflikheidsaspekte van aksies uit onregmatige daad in sekere Europese stelsels behandel word, vgl Vriesendorp *De Vergoeding van Ideële Schade na Onrechtmatige Daad in Nederland en Naburige Landen* (1954) 85 *WPNR* Nr 4328-4330); vgl Rohmann 50 ev vir 'n meer uitgebreide bespreking van die probleem.

⁸⁵1963 *Annual Survey of SA Law* 225.

The interpretation of the "Riot and War Clause" in insurance policies

GE Devenish

BSc LLB

University of the Western Cape

OPSOMMING

Versekeringspolisse bevat gewoonlik 'n klousule wat die aanspreeklikheid van die versekeraar uitsluit vir skade wat uit oproerigheid voortspruit. Hierdie artikel gaan oor die wetlike omskrywing en afbakening van begrippe soos oproer, burgerlike onluste en opstand en die doeltreffendheid van uitsluitingsklousules.

Die omskrywing van hierdie begrippe word teruggevoer na die beroemde Britse hofsaak van *Langdale v Mason* en lord Mansfield se uiteensetting en ontleding daarvan word as gesaghebbend aanvaar. Ons howe word egter nie noodwendig gebind deur die Engelsregtelike omskrywings nie omdat die Engelse reg nie bindend nie maar net oordedend is wat die uitleg van versekeringsbepalings betref.

Die uitleg van die "riot and war"-klousule in versekeringspolisse vereis ook 'n ondersoek na die probleme van kousaliteit, bewyslas en die contra proferentem-reël.

Dikwels is die gebruik van wye uitsluitingsklousules teenproduktief omdat hulle dan so vaag en onduidelik is dat dit die toepassing van die contra proferentem-reël tot gevolg het. Probleme van hierdie aard kan opgelos word deur gebruik te maak van beperkte risiko-polisse in plaas van omvattende risiko-polisse en die gereelde hersiening van die toepaslike klousules om veranderende omstandighede in aanmerking te neem.

INTRODUCTION

In June 1976 rioting black youths rampaged through Soweto setting fire to and destroying property ostensibly in protest against the language policy pursued by the education authorities. The disturbances spread to other parts of the country and to the Coloured townships of the Cape Peninsula. Property worth millions of rand was destroyed and claims of a similar magnitude have been lodged with insurance companies. The nature of the disturbances and the underlying political motivation are of crucial importance from an insurance point of view. Were these disturbances riots, civil commotion or insurrection? Payment of insurance claims depends on the legal nature of the cause of the damage. If a householder's policy covers damage caused by riots, civil commotion and strikes but excludes damage caused by insurrection it is necessary for the court to investigate the factual situation which gave rise to the damage and to classify it according to the legal definition of these terms. The purpose of this article is to determine the legal definition of these terms, their demarcation and the efficacy of exemption clauses incorporating them.

"The Commission of Inquiry into the Riots at Soweto and Other Places in the Republic" has been set up by the government under the chairmanship of Mr Justice Cillié, judge president of the Transvaal provincial division of the supreme court.

The word “riots” in the official designation of the commission is unfortunate and confusing because the word has a colloquial as well as a technical meaning. In the above appellation it is used in its colloquial sense as an omnibus term to indicate civil disturbance.

The English common law of insurance has been incorporated in the Cape Province and the Orange Free State in regard to questions of fire, life and marine insurance by virtue of the General Law Amendment Act.¹ The Transvaal and Natal are not obliged to follow English law but in practice they do.² However the construction of insurance policies is not a matter peculiar to insurance law and is consequently determined by the principles of Roman-Dutch law and not English law.³ In practice English and American decisions are of persuasive importance.⁴ It has been held that where a clause is taken from English law it must be given the meaning attributed to it in English law.⁵ This is however not always feasible since such a clause may be framed in compliance with English statutes which do not apply here. Furthermore section 23 of the Insurance Act⁶ provides that any question of law arising from a domestic policy after 1923 must be decided according to the law of the Republic. Therefore the status of English law as far as interpretation of insurance policies is concerned is only persuasive, but in practice our courts do use English law in this regard. Where there is no English authority in point, American decisions are of great assistance.⁷

There are only two South African judgments⁸ concerned with this question. The first dealt with industrial unrest on the Witwatersrand in 1913 and the other related to the anti-German riots in Johannesburg during the first world war. These judgments are sound⁹ and of considerable assistance but they are not exhaustive. Both these cases are cited by English textbook writers on insurance law.¹⁰ However the change in our domestic situation, the terrorist war threat on our borders and the problems related to air piracy necessitate a re-examination of concepts like “riot”, “civil commotion” and “insurrection”. The historical background of the origin of these terms will be set out briefly. Each of them will then be individually examined, lastly the related matters of causation, onus and the contra proferentem rule will be considered in regard to interpretation of insurance policies.

¹Act 8 of 1879 s 2. In *Wetzlar v The General Insurance Co* (1884) 3 SC 86 it was held that this law only incorporated English common law and not the statutory law of insurance.

²*Law Union and Rock Insurance Co Ltd v De Wet* 1918 AD 663.

³Gordon *The South African Law of Insurance* (2nd ed) 213.

⁴*Ebrig and Weyer v Transatlantic Fire Insurance Co* 1905 TS 557 560.

⁵*Orenstein Arthur Koppel Ltd v Salamander Fire Insurance Co Ltd* 1915 TPD 497 501 502. 627 of 1943.

⁶*Bushby v Guardian Assurance Co* 1915 WILD 65 76-77.

⁸*Lindsay and Pirie v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* 1914 AD 574 and *Orenstein Arthur Koppel Ltd v Salamander Fire Insurance Co Ltd* supra.

⁹In the *Lindsay* case (AD) judgment was given by Sir William Solomon. Very able arguments were presented by eminent counsel. The redoubtable CF Stallard and his junior L Greenberg appeared for the appellants, and the distinguished J Stratford appeared for the respondent. Stallard and Stratford also appeared in the *Orenstein*-case (TPD) for the plaintiff and the defendant respectively before De Villiers JP.

¹⁰ER Hardy Ivamy *General Principles of Insurance Law* (3rd ed) 241; *Wetford Fire Insurance* 65.

HISTORICAL BACKGROUND

Certain disturbances occurred in London in June 1780 which became known as the "Gordon Riots". They were sparked off by a bill introduced by Sir George Saville which enabled Roman Catholics who adjured the temporal sovereignty of the pope to purchase and inherit land. The bill also proposed to give certain liberties to priests of the Roman Catholic church. The measure became law in England, but a proposal to extend it to non-conformist Scotland was vehemently opposed and abandoned.

These disturbances gave rise to a locus classicus in insurance law, *Langdale v Mason*¹¹ which was heard before Lord Mansfield. The case concerned an action brought against the Sun Fire Office for the loss caused by the burning of Langdale's distillery by a mob. The judgment is definitive in the law of insurance because of Lord Mansfield's exposition and analysis of the terms "riot", "civil commotion", "insurrection" and "military and usurped power".

Insurance policies usually exclude liability for loss or damage arising from civil disturbances by means of exemption clauses which absolve the insurer from liability in regard to the consequences of war, invasion, foreign enemy, hostilities, warlike operations, mutiny, insurrection, rebellion, revolution, civil commotion and military or usurped power.

These terms can be grouped into two categories. Sankey J described a typical exemption clause in the following way:

"The clause has two limbs - (1) insurrection, riots, civil commotions; (2) military or usurped power. The first refers to domestic disturbances of different degrees of intensity, down to civil commotion . . . The words 'military or usurped power' seem to open a new and another category of events, to import more than mere internal incidents . . . military and usurped power suggest something more in the nature of war or civil war than riot and tumult. This is a riot clause and a war clause combined."¹²

RIOT

According to English law "riot" is a technical term of criminal law.¹³ It is submitted by Gordon that this technical meaning will be applied in South Africa in substance or at the very least as a yardstick.¹⁴ In English law there are five¹⁵ essential elements for a riot:

- (1) Not less than three persons must be actively involved.¹⁶

¹¹1780 1 Bennett's Fire Ins Case 16.

¹²*Rogers v Whittaker* 1917 1 KB 944.

¹³*MacGillivray and Parkington on Insurance Law* (6th ed) 901. "There is however, no warrant here for saying that, when the proviso uses a word which is emphatically a term of legal art, it is to be confined, in the interpretation of the policy, to circumstances which are only within popular notions on the subject, but are within the technical meaning of the word" (per Lord Sumner *Motor Union Insurance v Boggan* 1923 130 LR 588 (HL) 591).

¹⁴*The South African Law of Insurance* (2nd ed) 396; also *The South African Encyclopaedia of Forms and Precedents* vol 10 140.

¹⁵*Field v Metropolitan Police Receiver (1)* 1907 2 KB 853.

¹⁶Four men are therefore sufficient from a numerical point of view to constitute a riot

- (2) There must be a common purpose.
- (3) The execution or inception of the common purpose.
- (4) An intention to assist one another, by force if necessary, against any person who may oppose them in the execution of their common purpose.
- (5) Force or violence displayed in such manner so as to alarm at least one person of reasonable firmness and courage.

Noise is not essential,¹⁷ but terror is. Malicious damage done to property by three or more persons acting independently, although according to a preconceived plan does not constitute riot.¹⁸

The insurer will only be absolved from liability for loss or damage arising from riot if it is proved that the damage or destruction occurred while the rioting was actually going on at the time when and at the place where the loss occurred.¹⁹

In American²⁰ and Canadian²¹ cases the term riot has been given its plain, ordinary and popular sense²² meaning. According to the technical meaning of the term, the action of two persons who cause pandemonium does not constitute a riot, whereas the action of three persons who silently terrorise does. The popular meaning of the term avoids such inconsistency. For this reason the approach of the American courts is preferable. Our courts are free to adopt the popular as opposed to the technical meaning of the term because English law in regard to the interpretation of phrases in insurance contracts is not binding but only persuasive.²³ Our courts may however find that English law applies by virtue of a trade practice or commercial usage. Furthermore the popular conception of the term “riot” associates the word with noise. However noise is not a constituent according to its technical meaning. The attitude of English courts is reflected by the following quotation:

“It is true that the uninstructed layman probably does not think, in connection with the word ‘riot’ of such a scene as is described in the case stated. How he would describe it I know not, but he probably thinks of something, if not more picturesque at any rate more noisy.”²⁴

(cf *London and Lancashire Fire Insurance Co v Bolands* 1924 AC 836) whereas two men are not (cf *Pan American World Airways 939 Inc v The Aetna Casualty and Surety Co* 1975 1 Lloyds Law Reports 77. Applying this technical requirement civil disturbance, however devastating, caused by less than three persons does not constitute a riot. The actions of the two Protter brothers in the Israeli Consulate in Johannesburg in May 1975 could not for this reason constitute a riot, ie the most elementary form of civil unrest. A fortiori their actions cannot be classified under the other manifestations of civil unrest, where large numbers of persons are a prerequisite.

¹⁷*Motor Union Insurance Co v Boggan* supra 591.

¹⁸*London and Manchester Plate Glass Co Ltd v Heath* 1913 3 KB 411 (CA).

¹⁹*Lindsay and Pirie v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* supra 593.

²⁰*Hart Ford Fire Insurance Co v War Eagle Coal* 295F 663 (4th cir 1924) and *Cyclopaedia of Insurance Law* 42:485 (2nd ed 1963).

²¹*Ford Motor Co of Canada v Prudential Assurance Co Ltd* 1958 14 (DLR 2d 7).

²²*Pan American World Airways 939 Inc v The Aetna Casualty and Surety Co* supra.

²³Gordon 213 and cases cited by him.

²⁴*London and Lancashire Fire Insurance Co v Bolands* supra 846.

CIVIL COMMOTION

Lord Mansfield defined the concept of civil commotion in *Langdale v Mason*²⁵ as an insurrection of the people for general purposes, not necessarily amounting to a rebellion. This definition is regarded as an authoritative exposition of the law.²⁶

There are four essential elements in civil commotion:²⁷

- (1) A rising on an extensive scale.
- (2) A common purpose.
- (3) Turbulence or tumult.
- (4) Violence or an intention to commit violence.

The suspension of public authority was regarded by Mason J in *Orenstein Arthur Koppel Ltd v Salamander Fire Insurance Co Ltd*²⁸ as a distinguishing feature of civil commotion. The different terms used to describe civil disturbances overlap to some extent²⁹ and are not capable of precise definition. Therefore a particular case may be both riot and civil commotion.³⁰ As with a riot there must be a common purpose and actual or threatened violence. However, whereas the conduct of three persons can constitute a riot, civil commotion must be on an extensive scale. More important than the extent of the disturbances is that while a riot is a specific act or occurrence civil commotion is a state or condition of things.³¹

"Now the first observation I have to make upon this matter is that by the expression 'civil commotion' I understand not an act or occurrence such as is comprehended in the words 'act of foreign enemy' or 'riot' but a state or condition of things such as is also implied in the terms 'invasion, insurrection, rebellion.'³²

This distinction is of practical significance because it is possible that a fire could take place during civil commotion even if at the time of the conflagration there was a complete suspension of violence. However for a fire to occur during a riot it is necessary to prove that rioting is actually occurring at the time when and at the place where the fire breaks out.

"The insurers did not have to prove that there was a commotion at the time and place where the loss occurred provided that the loss did occur as a consequence of civil commotion."³³

Civil commotion differs in degree from a riot and an insurrection and it is intended to mean something between riot and an insurrection.³⁴ It

²⁵supra.

²⁶*Lindsay and Pirie v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* supra 593.

²⁷ibid 595 and *Orenstein Arthur Koppel Ltd v Salamander Fire Insurance Co Ltd* supra 508.

²⁸supra 508.

²⁹supra.

³⁰*Union Motor Insurance Co v Boggan* supra 591.

³¹*Lindsay and Pirie v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* supra 590.

³²ibid 590.

³³ibid 590.

³⁴MacGillivray 902; *Cooper v General Accident Fire and Life Assurance Corporation* 1923 128 LT 481; also *Motor Union Insurance Co v Boggan* supra.

suffices for both a riot and civil commotion if there has been threatened violence or a tendency to violence.³⁵

In *Orenstein Arthur Koppel Ltd v Salamander Fire Insurance Co Ltd*³⁶ there was no actual violence. The court found that the fire occurred during civil commotion and the insurance company was consequently absolved from liability under the all risks policy.

An organised conspiracy to commit criminal acts by persons acting independently does not amount to civil commotion. The facts of *London and Manchester Plate Glass Company Limited v Heath*³⁷ illustrate this:

The plaintiffs were insured against “damage to Plate Glass caused directly by or arising from civil commotion or rioting”. A number of suffragettes in different parts of London simultaneously but acting independently broke windows belonging to plaintiffs with hammers. Each woman, when arrested, went quietly to the police station. There was no disturbance in the streets and no public sympathy was shown for the women. The women were charged separately with malicious damage to property and not with riot or unlawful assembly.

The court held that the loss did not result from civil commotion or rioting. The fact that tumult and disturbance occurred after the acts did not affect the nature of the acts that gave rise to the losses.

Civil commotion does not require that there should be an external directing body.³⁸ However with civil commotion we are concerned with an essentially domestic disturbance involving acts of disorder which occur among citizens of one community.

INSURRECTION

In a strictly etymological sense the word means merely a “rising”. It has however acquired the more circumscribed meaning of a rising up of people in open resistance against established authority.³⁹ Civil commotion is not necessarily directed at the government but an insurrection is.⁴⁰

Insurrection is the most rudimentary form of rebellious civil unrest. The progressive stages of such unrest in order of the degree of severity are insurrection, rebellion, revolution and civil war. The intent to overthrow the established authority is common to all these concepts and it is not necessary that, objectively seen, there is a reasonable possibility of success.

³⁵*Lindsay and Pirie v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* supra 590.

³⁶supra 500 and *Field v Metropolitan Police Receiver (1)* supra.

³⁷supra.

³⁸*Lindsay and Pirie v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* supra 595.

³⁹Gordon 397 and *Lindsay and Pirie v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* supra 574.

⁴⁰*Orenstein Arthur Koppel Ltd v Salamander Fire Insurance Co Ltd* supra 594.

The political nature of the disturbances that the Republic has experienced since June 1976 is of importance from an insurance point of view. They have been too extensive duration wise and geographically to be classified as mere riots. They could be classified either as civil commotion or insurrection. If the common intention was to supplant the present government then an insurrection would be involved even if there was no reasonable possibility of success.

On the other hand if the intention was merely to effect a change of policies civil commotion would be involved. It is submitted that in all probability elements of both civil commotion and insurrection were involved in the disturbances. Lord Mansfield found that the Gordon riots were not an insurrection in the political sense of the word (although they were in the etymological sense of the word as is apparent from his definition of civil commotion *supra*).⁴¹ The disturbances were anti-Catholic riots aimed at the British government's policies ie Catholic emancipation.

The meanings of the words "riot", "civil commotion" and "insurrection" depend on the context of the words and the principle of *ejusdem generis*.⁴² The exception clause which Lord Mansfield dealt with in *Langdale v Mason*⁴³ was confined to "damage happening by invasion, foreign enemy, civil commotion or military or usurped power". However if the term "civil commotion" is used in association with the words "riot", "rebellion", "insurrection" (domestic disturbances) the collocation of the term is different and its meaning is not the same as when it is used in association with the words "invasion", "foreign enemy" and "military or usurped power", (foreign military threat).⁴⁴

MILITARY AND USURPED POWER

MacGillivray and Parkington⁴⁵ use the term "military and usurped power" in preference to "military or usurped power" which is used by ER Hardy Ivamy.⁴⁶ From a grammatical point of view both are correct, but both are however open to ambiguous and erroneous construction. As MacGillivray⁴⁷ points out "military or usurped power" does not mean "usurped military power", a construction which could be placed on the words if the conjunction "and" is used between them. "Military or usurped power" is also open to an ambiguous interpretation. The conjunction in this phrase can be interpreted in three possible ways: (1) disjunctively, (2) copulatively, (3) exegetically or explanatory. In this regard Ivamy comments as follows:

"The phrase is ambiguous and its meaning may vary according to the subject to which it is applied."⁴⁸

⁴¹*Lindsay and Pirie v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* 594.

⁴²*ibid* 594.

⁴³*supra*.

⁴⁴*ibid* 591.

⁴⁵*supra* 902.

⁴⁶*General Principles of Insurance* 242.

⁴⁷902; also *Rogers v Whittaker supra* 942.

⁴⁸Ivamy 242.

American decisions favour a copulative interpretation of the conjunction.⁴⁹ The English judgments favour a disjunctive use of the conjunction:

“The disjunction ‘or’ is used between and contrasts the words ‘military’ and ‘usurped’.”⁵⁰

Textbook writers do not consider the third possibility.⁵¹ This meaning is only possible if the words or phrases which the conjunction joins are interchangeable with one another eg “alias” or “otherwise called”. However in this case “usurped” and “military power” are not synonymous and consequently the exegetical meaning is not relevant. Ivamy sums the position up aptly:

“The phrase is probably not capable of being precisely defined.”⁵²

This phrase was first used by the London Assurance Company in about 1720⁵³ as a result of the rebellious, but futile Jacobean uprising of that time (1719). In *Drinkwater v Corporation of London Assurance*⁵⁴ the words “usurped power” were interpreted as a rebellious power and not merely as mob power. Lord Mansfield in *Langdale v Mason*⁵⁵ explained what he understood by “military or usurped power” as follows:

“The words military or usurped power must mean rebellion conducted by authority, as in the year 1745, when the rebels (led by Charles Edward Stuart) came to Derby; and if they had ordered any part of the town, or a single house to be set on fire, that would have been by authority of a rebellion. Usurped power takes in rebellion, acting under usurped authority.”

In *Rogers v Whittaker*⁵⁶ it was held that the words “military power” in an exception clause excluding liability of loss by “military power” include a foreign military power. This case concerned a claim arising from damage to a building as a result of an enemy Zeppelin during a first world war air raid.

FOREIGN ENEMY (WAR)

This term implies that there is a war between a foreign state and the state of which the assured is a member.⁵⁷ Like the terms “military or usurped power” and “civil commotion” this is a state or condition of things. It does not have a technical meaning. For a state of war according to international law it is not necessary that there should be a formal declaration of war⁵⁸ or that diplomatic relations be broken off.⁵⁹ The court will consider the de facto situation.⁶⁰ However the international law definition of war does not normal-

⁴⁹*Insurance Co v Boon* 95 US (5 Otto) 117 127 (1877).

⁵⁰*Rogers v Whittaker* supra 944.

⁵¹See *Re Diplock* 1944 2 All ER 60 73.

⁵²Ivamy 242.

⁵³*Drinkwater v Corporation of London Assurance* (1767) 2 Wils 363.

⁵⁴supra 364.

⁵⁵supra.

⁵⁶supra.

⁵⁷Ivamy 240.

⁵⁸*Kawasaki Kisein Kabashiki Kaisha of Kobe v Bantam Steamships Co Ltd* (2) 1939 2 KB 544.

⁵⁹ibid 550.

⁶⁰ibid 558.

ly govern the insurance meaning of the term.⁶¹ The two belligerent entities must have significant attributes of sovereignty. Lord Atkinson⁶² stated that "hostilities", a term of no narrower scope than "war", "connotes the idea of belligerents, properly so called, enemy nations at war with one another". A fortiori war must therefore be waged between at the least de facto sovereign entities. So-called denial⁶³ damages defy precise classification. These occur when a military power destroys property of its own nationals in order to deny them to the enemy as they could be of assistance. They cannot be classified under "foreign enemy (war)" since the damage is caused by the military power itself and not by the enemy. Such damages can be most satisfactorily classified as due to "military or usurped" power.

As far as guerrilla warfare (terrorist warfare) is concerned, the guerrilla groups must have some of the attributes of sovereignty. Two cases in this regard are *Curtis and Sons v Matthews*⁶⁴ and *Pesquierias y Secaderos de Bacalao de Espana SA v De Beer*.⁶⁵ The former relates to a claim flowing from a loss occasioned by the Irish rebels during the "Eastern Rebellion" in 1916. The latter claim was occasioned by the loss inflicted by the "Basque Militia" during the Spanish Civil War. In both cases the guerillas were considered to be part of quasi-sovereign entities.

There is little doubt that our courts would recognise the sovereign status of the MPLA. However the status of Swapo and the Rhodesian liberation movements is problematical.

WARLIKE OPERATIONS OR HOSTILITIES

These terms do not refer to a state of war between entities. They refer to individual acts of aggression committed by enemy agents or rebellious groups and not to the deeds of private individuals acting completely independent of governments (de iure or de facto).

Warlike activities do not include the acts of civilian citizens of non-belligerent powers in destroying or damaging property far removed from the location of any warfare.

The term "warlike operation" is broader than the term "war". Two English cases indicate the meaning and in particular the limits of this term. Firstly, in *Atlantic Mutual Insurance Co v King*⁶⁶ an explosion occurred in the hold of the "Tennyson" five days after leaving Bahia, Brazil. The explosion was caused by a German enemy agent. The court held that the loss was the result of "hostilities" according to the interpretation placed on the term in the relevant exemption clause of the insurance policy. A considerable effort was made by the court to support its fact-finding in regard to the perpetrator's identity and motive, ie that he was an enemy subject who had planted a bomb to destroy belligerent property. Secondly, in *Henry & MacGregor*

⁶¹ibid 559.

⁶²*Britain SS Co v The King* 1921 AC 99 114.

⁶³*Burma Oil Company (Burma Trading) v Lord Advocate* 1964 2 All ER 348.

⁶⁴1949 1 All ER 845.

⁶⁵1918 2 KB 825.

⁶⁶1919 1 KB 307.

(*Ltd*) *v Marten*⁶⁷ a ship was damaged en route from Fecamp to Southampton because the captain ordered it to ram a semi-submerged object, which he assumed to be a submarine. The court held that the loss was a “consequence” of warlike operations against the kings’s enemies within the meaning of the relevant policies. Mr. Justice Bailhache stated:

“It is clear that the captain honestly believed the object to be a submarine and thought it his best course to destroy it before it could destroy him. His action, though offensive, was the best defensive method, and was clearly a warlike operation.”⁶⁸

The above two cases must be distinguished from the facts and circumstances of *Pan American World Airways 939 Inc v The Aetna Casualty and Surety Co.*⁶⁹ In this case two terrorists of the Popular Front for the Liberation of Palestine (which has no direct link with the PLO) blew up an aircraft at Cairo airport. The conclusion reached by the judge in this matter in regard to whether the loss was occasioned by warlike operation was the following:⁷⁰

“In the present case, there is no basis whatsoever for any claim that the insured Pan American was involved in a warlike operation. It carried no cargo of military stores. See *Clan Line Steamers Ltd v Liverpool & London War Risks Insurance Ass'n Ltd* (1943) I KB 209, 212. It carried no cargo destined for a theatre of war. Its owner was not the national of any Middle Eastern belligerent. Pan American serves no routes to any Middle Eastern belligerent. When the loss occurred, the aircraft was not near or over the territory of any belligerent or any theatre of war.”

Although this is an American decision it is submitted that this approach is compatible with both English law and our law.

The term⁷¹ “the deliberate actions of persons acting on behalf of or in connection with any political organisation” is used to exclude liability arising from loss inflicted by politically motivated individuals who wish to propagate a particular political cause.

STRIKES, LOCK-OUTS AND LABOUR DISTURBANCES

These terms relate to industrial unrest. The disturbances resulting from such unrest fall within the ambit of “riot” and “civil commotion”. The inclusion of such terms is therefore *ex abundantia cautela*.

CAUSATION

The maxim *causa proxima non remota spectatur* applies in the law of insurance,⁷² i.e. regard should be had to the proximate cause of the loss. It has however been held that the phrase “directly or indirectly caused by” absolve the insurer from establishing proximity. This was the interpretation given to these words in *Coxe v Employer's Liability Assurance Ltd*⁷³ and *Agiakatsikas*

⁶⁷1918 34 TLR 504 505.

⁶⁸*supra*.

⁶⁹*supra* 96.

⁷⁰*supra* 96.

⁷¹*Encyclopaedia of Forms and Precedents* vol 10 204.

⁷²Gordon 165; Ivamy 358; MacGillivray 2054.

⁷³1916 2 KB 629.

NO v Rotterdam Insurance Co Ltd.⁷⁴ In the former case the judge⁷⁵ stated: "I am unable to understand what is an indirect proximate cause, and in my judgment the only possible effect which can be given to those words is that the maxim *causa proxima non remota spectatur* is excluded and a more remote link in the chain of causation is contemplated than the proximate and immediate cause."

In the latter case Van Winsen J, on the same wording held that –

"[t]he word 'indirectly' would seem to absolve the Company from having to prove that the intoxication of the deceased was the approximate cause of the injuries sustained by him. If it could be shown that the state of intoxication of the deceased materially contributed to the bringing about of the collision then I think the defendant could be said to have discharged the onus resting on it."

The following explanation⁷⁶ by Sir William Solomon is also relevant to the question of causation:

"I do not think that the words 'in consequence of' and 'occasioned by' which, in my opinion, mean much the same thing, are limited to cases of damage caused directly by a mob, but rather that they would include any loss arising incidentally out of a state of civil commotion."

However the words "originating from" in regard to fire loss have been interpreted to mean that fire was the proximate cause of the loss.⁷⁷

From a purely semantic point of view there is no difference between, on the one hand, the words "in consequence of" and "occasioned by" and, on the other hand, "originating from". It would be more satisfactory if questions of causation were determined by broad principle rather than "nice distinctions between the varieties of phrases used in particular policies to express the causation of the loss."⁷⁸

Furthermore the maxim *verba cartaram fortuitis accipiuntur contra proferentem* applies. If there is any doubt whether or not a particular phrase implies proximate causation or remote causation such a term must be interpreted *contra proferentem*, i.e. against the insurer. Thus if the insurer wishes to exclude liability flowing from remote causes, precise language to that effect must be employed.

Taking the above maxim of interpretation into account it is submitted that the words "in consequence of" and "occasioned by" by themselves imply proximate causation and that in this respect it is submitted that Sir William Solomon's judgment in *Lindsay and Pirie v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd*⁷⁹ is incorrect.

ONUS

As far as onus of proof is concerned the position is clearly and methodically set out by Solomon JA in *Lindsay and Pirie v The General Accident Fire*

⁷⁴1959 4 SA 726 (C).

⁷⁵*supra* 634.

⁷⁶*Lindsay and Pirie v The General Accident Fire and Life Assurance Corporation Ltd* *supra* 598.

⁷⁷*Marsden v City & Country Assurance Co* 1865 LR ICP 232.

⁷⁸Ivamy (2nd ed) 335.

⁷⁹*supra* 598. See *Britain Steamship Co v The King* *supra* 99.

and Life Assurance Corporation Ltd:⁸⁰

“(1) If the premises which have been insured against fire are burnt down, the Insurance Company is prima facie liable for the damage sustained.

(2) If, however, the company brings itself within the terms of the exception by proving that the fire was occasioned in consequence of civil commotion etc it is relieved from liability, and the same result follows if it established that fire occurred during civil commotion or riot.

(3) The onus is then on the insured to prove that the loss or damage was not occasioned by the disturbances eg that the loss was due to a fire ignited by a person in order to satisfy a longstanding spite, and having no connection with the disturbances.”

THE CONTRA PROFERENTEM RULE

If there is a genuine ambiguity in the interpretation of a term of a policy the aphorism *verba cartarum fortuitis accipiuntur proferentem* applies. This rule requires a written document to be construed against the proferens (the contracting party in whose favour the term was made) on the “ground that it was for him to express himself in plain terms.”⁸¹ An analysis of the terms used in a riot and war clause reveals that these concepts do not only differ in degree of violence. Each has other characteristics that render it distinguishable. Barrie explains the position as follows:

“However, each of the exclusionary terms has dimensions besides the level of violence. For example, for there to be a ‘riot’ three or more actors must gather in the same place; for there to be an ‘insurrection’ there must be an intent to overthrow a lawfully constituted regime; for there to be a ‘war’ a sovereign or quasi-sovereign must engage in hostilities.”⁸²

A war and riot clause incorporates terms that have overlapping degrees of violence that range from the most elementary, ie riot, to the most devastating, ie war, and it will not exclude liability arising from a loss occasioned by circumstances not precisely stipulated in the terms merely because the degree of violence falls within the spectrum of violence of the terms considered collectively:

“The doctrine of *contra proferentem* shrinks the all risk ‘overlapping areas’ to mere points on a line of violence. The *lacunae* between these points include the vast number of nameless causes that are not precisely described by the terms actually employed.”⁸³

For an exemption clause to be effective the wording must be precise. Words and phrases that have a sweepingly wide import usually empty the term of contractual significance because such a clause is vague and ambiguous and this ambiguity suffices for the application of the *contra proferentem* rule.

It is however not possible for the insured to exploit the possibility of ambiguity where the wording is susceptible to an ambiguous construction, but on analysis and reflection, the meaning is perfectly clear.⁸⁴ In this respect the principle of reasonable interpretation takes preference.⁸⁵

⁸⁰supra 596.

⁸¹Gordon 216; *Cairns (Pty) Ltd v Playdon and Co (Pty)Ltd* 1948 3 SA 99 (A).

⁸²1976 *THRHR* 406.

⁸³Barrie 1976 *THRHR* 406.

⁸⁴MacGillivray 353.

⁸⁵*Yorke v Yorkshire Insurance* 1918 1 KB 662.

CONCLUSION

An all risk insurance policy with a war and riot exemption clause necessitates that by its very nature the exemptions be strictly construed. Precisely worded exemption clauses are more effective than sweeping but vague and consequently ambiguous exceptions. The drafting of exemption clauses in insurance policies is fraught with difficulty. It is difficult to define precisely the nature of destructive acts and manifestations of modern warfare and civil disturbances have become increasingly unpredictable. An all risk insurance policy is what it states, ie it covers the insured for all risks except those expressly excluded. This means that loss or damage flowing from an unpredictable or unique occurrence and not expressly excluded is covered by the policy. Clauses incorporating sweeping phrases do not always have the desired effect. Their vagueness gives rise to ambiguity and opens the door for the application of the *contra proferentem* rule. This problem could be mitigated by using a limited risks policy, ie instead of having an all risk policy with certain exceptions, a policy which states the precise nature of the risks covered could be used. Such a policy would more effectively exclude loss or damage resulting from circumstances of a *sui generis* nature.

Alternatively, if all risk indemnity policies are used it is essential that the exemption clauses incorporated therein should be revised from time to time in order to take into account new and unprecedented risks which are a manifestation of hostile acts in a world in which the nature of conventional and unconventional warfare and violent political behaviour is constantly changing.⁸⁶

The increasing incidence of the devastation of life and property through violent acts of individuals motivated by personal animosity or revenge or who suffer from mental and emotional aberration also necessitates consideration by the draftsman of indemnity insurance policies. □

I do not think we need trouble ourselves with the thought that my view depends upon differences of degree. The whole law does so as soon as it is civilised.

LeRoy Fibre Co v C, M & St P Ry 232 US 340 354 (1914).

⁸⁶*Pan American World Airways 939 Inc v The Aetna Casualty and Surety Co* supra 84: "The present risk insurers took no steps to clarify their exclusions even after the Damascus loss made it clear that the London market did not consider the PFLP hijacking to be within the terms of the USAIG all risk exclusions."

Kwaadwillige vervolging as iniuria ("malicious prosecution")

J Neethling

BA LL.D.

Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

Although the action for malicious prosecution is the *actio iniuriarum* the courts have from an early stage adopted the English law in this respect almost *holus bolus*. This reception is however not totally in conflict with the common law basis for the delict *iniuria*. The requirement that the defendant must have instigated the prosecution relates *inter alia* to the element of causation in delict. As such this requirement is not peculiar to English law but an inherent element of malicious prosecution as a form of the delict *iniuria*. The same is true with regard to the requirement that the defendant must have acted without reasonable and probable cause. This requirement again refers to the element of wrongfulness in delict. The requirement that the defendant must have acted with malice is however not reconcilable with the common law basis for the *actio iniuriarum* and must be replaced with *animus iniuriandi*. The courts are already moving in this direction. Lastly the requirement that the prosecution must have failed, speaks for itself.

A INLEIDING

Reeds in die Romeinse reg is 'n aksie op grond van kwaadwillige vervolging erken.¹ "Si quis per injuriam ad tribunal alicujus me interpellaverit vexandi mei causa potero injuriam experiri."² Die *actio iniuriarum* was tot die beskikking van 'n persoon wat onskuldig bevind is op 'n kriminele klag gelê deur iemand met 'n kwelsugtige rede of motief (*vexandi causa*).³ Ontbreek kwelsugtigheid of is die aangeklaagde skuldig bevind, het die aksie misluk.⁴

In die Romeins-Hollandse reg het onder invloed van Germaans-regtelike gedagterigtings onsekerheid ontstaan oor die aanspreeklikheidsvereistes vir hierdie *iniuria*.⁵ Die Germaanse reg, anders as die Romeinse reg, het nie vereis dat die vervolging *vexandi causa* ingestel moet gewees het nie. Om met die aksie weens kwaadwillige vervolging te slaag, was dit voldoende dat die eiser op 'n kriminele aanklag onskuldig bevind is.⁶ Die

¹Vir 'n volledige uiteensetting van die posisie in die Romeinse reg, sien Lee "Malicious Prosecution in Roman-Dutch Law" 1912 *SALJ* 23-25.

²*D* 47 10 13 3; sien ook Joubert *Grondslae van die Persoonlikeidsreg* (1953) 86.

³Daar opset (*animus iniuriandi* of *dolus malus*) 'n aanspreeklikheidsvereiste vir *iniuria* in die Romeinse reg was (sien Joubert 95-96), kan aanvaar word dat *vexandi causa* op 'n onontwikkelde formulering van die opsetvereiste dui (vgl Amerasinghe *Aspects of the Actio Iniuriarum in Roman-Dutch Law* (1966) 12-13).

⁴Sien Lee 1912 *SALJ* 24.

⁵Sien in die algemeen Lee 1912 *SALJ* 27 *ev.*

⁶*ibid* 26 36; die rede was dat die instel van 'n vervolging wat misluk het 'n baie ernstige vorm van laster was wat die dader sonder bewys van opset aanspreeklik gestel het (*ibid* 36; Amerasinghe 8).

meeste Romeins-Hollandse skrywers van die 17e eeu het hierdie opvatting aanvaar.⁷

Regsbeskouinge oor kwaadwillige vervolging toon in die 18e eeu egter weer 'n terugswaai na die posisie in die Romeinse reg.⁸ Uit die werk⁹ van Schraesert kan afgelei word dat die howe van sy tyd die Romeins-regtelike teorie van iniuria, wat bewys van animus iniuriandi vereis, toegepas het. Hy beklemtoon dan ook die begrip "iniuriae faciendae causa".¹⁰ Ook Brunnemann¹¹ verklaar later dat die actio iniuriarum nie toepaslik is nie "quia nec iniuria sine dolo committitur".

Hoe dit ook al sy, die gemeenregtelike vereistes vir kwaadwillige vervolging was vir 'n baie lang tyd slegs van historiese betekenis in die Suid-Afrikaanse reg. Ons howe het naamlik reeds vroeg die Engelse reg op hierdie gebied feitlik heelhuids oorgeneem.¹² Alhoewel daar mettertyd in die regspraak stemme van kritiek teen dié oorname opgegaan het,¹³ het hierdie dicta slegs lippediens aan die Romeins-Hollandse reg bewys aangesien die Engelse reg tog toegepas is. Dit is eers in die jongste tyd dat die appèlhof 'n daadwerklike poging aanwend om kwaadwillige vervolging weer onder die toepassingsgebied van die actio iniuriarum tuis te bring.¹⁴ In byvoorbeeld *Lederman v Mobaral Investments (Pty) Ltd*¹⁵ verklaar appèlregter Jansen:

"There seems little doubt that this is the *actio iniuriarum* and, conceivably, the need may well arise, in appropriate circumstances, to recast the above requisites¹⁶ into a mould more consistent with the terminology of that *actio*."

Ten einde hierdie verwerking te vergemaklik, is dit in eerste instansie my oogmerk om die vereistes vir kwaadwillige vervolging in ons reg in besonderhede na te speur. In die lig van dié ondersoek sal dan bepaal word in welke mate hierdie vereistes versoenbaar is met die aanspreeklikheidsvereistes vir die actio iniuriarum en hedendaagse regsteoretiese beskouinge.

⁷Sien Van Leeuwen *Cens For* 1 5 25 *ad init*; Grotius 3 34 2 en Vinnius *Comment ad Inst* 4 4 1; sien in die algemeen Lee 1912 *SALJ* 27-30 en Amerasinghe 8-9; Voet (47 10 7 en 47 10 9) verwys na beide opvattinge maar skyn tog ten gunste van die Romeins-regtelike beskouing te wees - vgl 47 10 9 en Amerasinghe 9; sien egter Lee 1912 *SALJ* 31.

⁸Sien Lee 1912 *SALJ* 34-35 en Amerasinghe 9.

⁹*Practicae Observationes* 428.

¹⁰Sien ook Lee 1912 *SALJ* 34-35 en Amerasinghe 9.

¹¹*Ad Cod* 9 46 4; in *Beckenstrater v Rottcher and Theunissen* 1955 1 SA 129 (A) 140 verwys ar Van den Heever met goedkeuring na hierdie dictum.

¹²Sien Lee 1912 *SALJ* 36.

¹³Reeds in 1896 verklaar hr De Villiers in *Lemue v Zwartbooi* (1896) 13 SC 403 406: "It is said, however, that the objection has never before been taken, and that if it had been taken the Court would have been bound to allow it, seeing that the law relating to actions for malicious prosecution has been taken over bodily from the English law. I have been unable to discover the first case in which such an action has been held to lie in this Court, but, whatever the date might be, I am satisfied that the Roman-Dutch law itself furnishes the principles upon which such an action may be founded" (my kursivering); sien ook *Collins v Minnaar* 1931 CPD 12 14.

¹⁴Sien voorlopig *Moaki v Reckitt and Colman (Africa) Ltd* 1968 3 SA 98 (A) 103 e v *Lederman v Mobaral Investments (Pty) Ltd* 1969 1 SA 190 (A) 196 en *Prinsloo v Newman* 1975 1 SA 481 (A) 492.

¹⁵*supra* 196.

¹⁶Soos oorgeneem uit die Engelse reg.

B VEREISTES VIR AANSPREEKLIKHEID

'n Studie van ons regspraak bring aan die lig dat die volgende vereistes aanwesig moet wees alvorens 'n eiser met 'n aksie op grond van kwaadwillige vervolging kan slaag:¹⁷

- (i) Die verweerder moet die vervolging aangestig het.
- (ii) Die verweerder moet sonder redelike gronde ("reasonable and probable cause") opgetree het.
- (iii) Die verweerder moet met "malice" (of animo iniuriandi) gehandel het.
- (iv) Die vervolging moet misluk het.¹⁸
- (v) Die eiser moet nadeel (vermoënskade of persoonlikheidskrenking)¹⁹ gely het.

(i) Aanstigting

Alhoewel hierdie vereiste oënskynlik vanself spreek, is dit meesal uiters moeilik om te bepaal of die verweerder die vervolging aangestig het. Die rede hiervoor is dat strafregtelike vervolgings vandag hoofsaaklik deur die staat ingestel word.²⁰ Nietemin het die regspraak sekere praktiese kriteria ontwikkel waarvolgens beoordeel kan word of die verweerder se optrede aan hierdie vereiste voldoen.

As uitgangspunt geld die toets soos neergelê in *Baker v Christiane*:²¹

"Was the defendant, then, instrumental in making or prosecuting this charge against the plaintiff? . . . On all these authorities the test is whether the defendant did more than tell the detective the facts and leave him to act on his own judgment."²²

In *Waterhouse v Shields*²³ word hierdie toets verder verduidelik:

"Where a person merely gives a fair statement of the facts to the police, and leaves it to the latter to take such steps thereon as they deem fit, and does nothing more to identify himself with the prosecution, he is not responsible, in an action for malicious prosecution, to a person whom the police may charge. But if he goes further, and actively assists and identifies himself with the prosecution, he may be held liable."

¹⁷Sien in die algemeen McKerron *The Law of Delict* (1971) 261 en Amerasinghe 13 ev.

¹⁸Sien *Landman v Minister of Police* 1975 2 SA 155 (OK) 155.

¹⁹Sien *Pyett v Francis* (1907) 28 NLR 194 197; Amerasinghe 13 61 ev en vgl McKerron 259.

²⁰In *Waterhouse v Shields* 1924 CPD 155 160 word verklaar: "The first matter the plaintiff has to prove is that the defendant was actively instrumental in the prosecution of the charge. This is a matter more difficult to prove in South Africa, where prosecutions are nearly always conducted by the Crown, than it is in England, where many cases are left to the private prosecutor."

²¹1920 WLD 14 16-17; hierdie toets is met goedkeuring aangehaal in *Thorneley v Hersensobu* 1936 NPJ 555 560; *Tshabalala v Barnard* 1934 OPD 57 59; *Waterhouse v Shields* 1924 CPD 155 160; *Lederman v Mobaral Investments (Pty) Ltd* 1969 1 SA 190 (A) 197 en *Prinsloo v Newman* 1975 1 SA 481 (A) 492.

²²In hierdie saak is bevind dat die verweerder "actually instigated and encouraged the prosecution" (my kursivering).

²³1924 CPD 155 160; hierdie dictum is ook met goedkeuring aangehaal in *Lederman v Mobaral Investments (Pty) Ltd* 1969 1 SA 190 (A) 197 en *Prinsloo v Newman* 1975 1 SA 481 (A) 492.

Aan die ander kant word dit ook duidelik gestel in *Madnitsky v Rosenberg*²⁴ dat

“when an informer makes a statement to the police which is wilfully false in a material particular, but for which false information no prosecution would have been undertaken, such an informer ‘instigates’ a prosecution.”

Alhoewel hierdie dicta geensins poog om ’n omvattende definisie van aanstigting te gee nie,²⁵ kan nietemin afgelei word dat daar van aanstigting slegs sprake is indien die verweerder opgetree het met die oogmerk om die eiser te laat vervolg en die vervolging boonop uit sy optrede gevolg het.²⁶ Of dit die posisie is, sal van die omstandighede van die besondere geval afhang. Dit is in elk geval duidelik dat die verweerder beslis iets meer moet gedoen het as net sy plig om bona fide inligting aan die polisie of ’n ander ondersoekbeampte te verstrek.²⁷ As die verweerder byvoorbeeld aktiewe hulp met die vervolging verleen en hom daarmee identifiseer (soos om die eiser te help arresteer en langs die aanklaer by die verhoor te sit),²⁸ of ’n definitiewe klag teen die eiser lê,²⁹ of opsetlik valse inligting aan die polisie verstrek,³⁰ of selfs by die verskaffing van inligting aan die polisie wesenlik relevante feite verswyg,³¹ is daar sterk aanduidings van aanstigting.

In aansluiting by die regspraak doen Amerasinghe³² de lege ferenda die volgende beginsel aan die hand om die vereiste van aanstigting te beoordeel, te wete dat

“where a person acts in such a way that a reasonable man would conclude that he is acting clearly with a specific view to a prosecution of the plaintiff and such a prose-

²⁴1949 1 PH J5; sien ook *Lederman v Mobaral Investments (Pty) Ltd* 1969 1 SA 190 (A) 197 en *Prinsloo v Newman* 1975 1 SA 481 (A) 492.

²⁵Sien *Lederman v Mobaral Investments (Pty) Ltd* 1968 3 SA 372 (W) 373.

²⁶Vgl Amerasinghe 16 20–21; vgl ook *Lederman v Mobaral Investments (Pty) Ltd* 1968 3 SA 372 (W) 373; ek kom infra hierop terug.

²⁷Hierdie gevolgtrekking blyk ook duidelik uit die beslissing in *Prinsloo v Newman* 1975 1 SA 481 (A) 495 waar ar Muller verklaar: “In view of what has been stated, it is my conclusion that, on the evidence, there was no justification for a finding that the information placed before the prosecutors by Captain Prinsloo went beyond an honest statement of the relevant facts on which the prosecution was instituted and that he left it to the prosecutors to decide whether a prosecution should be instituted or not. It follows that, in my judgment, the trial Court erred in holding that the plaintiff had established that Captain Prinsloo had instigated the prosecution, or, as alleged in the plaintiff’s particulars of claim, that he had ‘preferred’ the charge and ‘caused the prosecution of the plaintiff’” (my kursivering); vir ander analoë gevalle sien *Michau v Westerman* (1900) 17 SC 432; *Hotz v Shapiro* (1902) 12 CTR 988; *Thorneley v Hersbensohn* 1936 NPD 555; *Mall v Goolam* (1906) 27 NLR 425; *Tsabalala v Barnard* 1934 OPD 57; *Manjiya v Brigg* 1915 EDL 406; vgl ook *Sbeppy v Barry Bros* (1906) 23 SC 341 342–3.

²⁸Sien *Waterhouse v Shields* 1924 CPD 155 en *Moreno v Milner* (1880) 1 EDC 145.

²⁹In *bv Kroomer v Lobascher* (1903) 13 CTR 674 het die verweerder nie slegs inligting aan die polisie verstrek nie, “but he made a definite charge in saying that the plaintiff had stolen his accordion” (678).

³⁰Vgl vn 24; dit beteken natuurlik nie dat enige persoon wat ivm ’n misdadig opsetlik valse inligting aan die polisie verstrek, die vervolging aangestig het nie. Dit sal slegs die geval wees indien die valse inligting met die oog op die vervolging van die eiser verstrek is en tot die vervolging aanleiding gegee het; vgl Amerasinghe 16.

³¹Sien *Baker v Christiane* 1920 WLD 14; sien ook Amerasinghe 16.

³²20–21.

cution is the direct consequence of that action, that person is responsible for the prosecution."³³

By nadere beskouing blyk dit dat dié beginsel op twee bene staan, naamlik enersyds moet die verweerder opgetree het met die *oogmerk* om die eiser te laat vervolg en andersyds moet die vervolging die *direkte gevolg* van daardie optrede gewees het.

Die eerste been dui myns insiens daarop dat die verweerder hom deur sy optrede met die vervolging moet *identifiseer*. Sodanige identifisering is absoluut noodsaaklik in die moderne tyd waar die staat finaal besluit of 'n vervolging ingestel word al dan nie. Waar optrede met die oogmerk om die eiser te laat vervolg, ofte wel identifisering met die vervolging, ontbreek (soos in die geval waar die verweerder net sy plig gedoen het om bona fide inligting aan die polisie te verstrek), kan daar tog nie van 'n *aanstigting deur die verweerder* sprake wees nie. Identifisering met die vervolging kan òf direk blyk (soos waar die verweerder 'n definitiewe klag teen die eiser lê), òf uit die omringende omstandighede afgelei word (soos waar die verweerder die eiser help arresteer en langs die aanklaer by die verhoor sit).

Eers wanneer dit vasstaan dat die verweerder wel opgetree het met die oogmerk om die eiser te laat vervolg, kom die tweede been van die beginsel deur Amerasinghe voorgestel myns insiens ter sprake. Dit is naamlik dat die vervolging die direkte gevolg van die verweerder se optrede moet gewees het. Hierdie vereiste hou ongetwyfeld verband met die *kousaliteitsvraagstuk*. Tereg verklaar appèlregter Jansen in die *Lederman*-saak:³⁴

"Inherent in the concept 'set the law in motion', 'instigate or institute the proceedings', is the causing of a certain result, ie a prosecution, which involves the vexed question of causality. This is especially a problem where, as in most instances, the necessary formal steps to set the law in motion have been taken by the police and it is sought to hold someone else responsible for the prosecution."

As sodanig is hierdie been van die vereiste van aanstigting nie eie aan die Engelse reg nie, maar 'n inherente element van kwaadwillige vervolging as 'n verskyningsvorm van iniuria as onregmatige daad.

Dit is duidelik dat Amerasinghe in hierdie verband die "direct consequences"-oorsaaklikheidstoets toepas.³⁵ Hy verklaar dienooreenkomstig dat "in all cases it would be a question of deciding whether the act of the authorities in instituting the prosecution could be called a *novus actus interveniens*".³⁶ Hierdie beskouing is myns insiens vatbaar vir kritiek. Mens het naamlik in hierdie gevalle met 'n kousaliteitsvraagstuk te make en nie met 'n aanspreeklikheidsbegrensiingsprobleem nie. Die "direct consequences"-teorie poog juis om laasgenoemde vraagstuk op te los³⁷ en is gevolglik nie

³³Hierdie beginsel is met goedkeuring toegepas deur die hof a quo in die *Lederman*-saak 1968 3 SA 372 (W) 373. In die appèlhof (1969 1 SA 190 (A) 197) wou ar Jansen hom egter nie oor die geldigheid daarvan uitspreek nie.

³⁴1969 1 SA 190 (A) 197.

³⁵Sien ook die opmerkings van ar Jansen in die *Lederman*-saak 1969 1 SA 190 (A) 197.

³⁶20 vn 86a.

³⁷Sien Van Rensburg *Juridiese Kousaliteit en Aspekte van Aanspreeklikheidsbeperking by die Onregmatige Daad* (proefskrif 1970) 189 ev 216 ev.

toepaslik by die ondersoek na 'n kousale verband tussen die verweerder se optrede en die vervolging van die eiser nie.³⁸

Die toets vir kousaliteit is *feitelik*³⁹ en gaan bloot om 'n beantwoording van die vraag of die *een feit uit die ander volg*.⁴⁰ Dit kan die beoordelaar natuurlik alleenlik beantwoord met verwysing na al die omstandighede van die besondere geval. Toegepas op kwaadwillige vervolging moet dit dus vasstaan dat die *vervolging inderdaad uit die verweerder se optrede gevolg het*.⁴¹

Samevattend kan die toets vir die vereiste van aanstigting, soos deur Amerasinghe voorgestel, myns insiens kernagtig soos volg herformuleer word: Die verweerder het die vervolging aangestig indien al die omringende omstandighede 'n afleiding regverdig dat hy hom deur sy optrede met die vervolging geïdentifiseer het (met ander woorde opgetree het met die oogmerk om die eiser te laat vervolg) en dat die vervolging inderdaad uit sy optrede gevolg het.

Ten slotte is dit belangrik om op enkele probleme in verband met die bewys van hierdie vereiste te wys. Aanvanklik was dit baie moeilik vir die eiser om die identiteit van die verweerder te bewys asook die inligting wat hy aan die polisie openbaar gemaak het.⁴² Die geldende beginsel was naamlik dat

“no question can be put, and no document admitted in evidence, which would disclose the name of the informer in connection with a public prosecution, or the information which he gave, except *in favorem innocentiae* – where, in the opinion of the judge, it is likely that the evidence would tend to establish the innocence of the accused.”⁴³

Hierdie onhoudbare toedrag van sake het daartoe gelei dat dié beginsel op verskeie wyses gekwalifiseer is. Eerstens geld die beginsel slegs met betrekking tot “informers in the strict sense”,⁴⁴ en nie ten opsigte van alle

³⁸Dit is van belang om daarop te let dat die “direct consequences”-teorie selfs by aanspreeklikheidsbegrensing geen sinvolle bydrae te lewer het nie. Dié teorie is dan ook reeds nie alleen uitdruklik in sy land van herkoms nie (sien Van Rensburg 216 ev), maar ook by implikasie in die Suid-Afrikaanse reg verwerp (sien Van Rensburg 228 ev).

³⁹Vgl die opmerkings in *Minister van Polisie v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 34 43.

⁴⁰Sien Van Rensburg *Normatiewe Voorsienbaarheid as Aanspreeklikheidsbegrensingsmaatstaf in die Privaatreg* (1972) 8; in *Minister van Polisie v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 44 word die conditio sine qua non-toets eger voorgehou as “logically the only test to be applied to determine whether a[n] . . . act . . . is a cause of the relevant result . . . The inquiry simply is: Would the result have set in but for the act . . . of the person concerned” (sien ook ibid 35). Hierdie toets is reeds m.b.t. kwaadwillige vervolging toegepas. In *Madnitsky v Rosenberg* 1949 1 PH J5 word nl verklaar: “I think there can be no doubt that when an informer makes a statement to the police which is wilfully false in a material particular, *but for which false information no prosecution would have been undertaken*, such informer ‘instigates’ a prosecution” (my kursivering). Alhoewel die conditio sine qua non-toets myns insiens voldoende deur Van Rensburg (proefskrif hfst 1) aan die kaak gestel is, is dit nietemin verblydend dat die appèlhof die bepaling van 'n kousale verband as 'n “factual inquiry” beskou (sien *Minister van Polisie v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 34 43).

⁴¹En dus nie uit die staat s'n nie.

⁴²Sien in die algemeen McKerron 262 en Amerasinghe 21–22.

⁴³*Attorney-General v Tranter* 1907 TS 415 423.

⁴⁴Amerasinghe 21; McKerron 262.

persone wat inligting in verband met 'n vervolging aan die polisie verstrekket het nie.⁴⁵ Tweedens kan die eiser deur middel van omringende omstandighede bewys dat die verweerder hom aktief met die vervolging vereenselwig het en sodoende 'n afleiding regverdig dat die verweerder die vervolging aangestig het.⁴⁶ Derdens geld die beginsel ook nie as die identiteit van die verweerder reeds bekend of deur hom erken is nie.⁴⁷ In sodanige geval is daar geen rede vir geheimhouding nie.⁴⁸ Laastens is beslis dat aangesien die beginsel weens openbare beleidsoorwegings daargestel is, "the exclusionary rule should only operate when public policy requires the name of the informer, or his information to be kept secret".⁴⁹ Dit is egter te betwyfel of die beginsel ooit om hierdie rede verslap sal word.⁵⁰ Sodanige verslapping sal juis teen openbare beleidsoorwegings indruis. Tereg wys regter O'Hagan daarop in *Marais v Lombard*:⁵¹

"If persons in a position to assist the police in the execution of their duties in this respect were faced with the prospect of having their declarations employed to found actions for damages against them, they might well evince a strong reluctance not only in coming forward with a complaint but in displaying the candour and frankness that is desirable in these matters."⁵²

(ii) Sonder redelike gronde

Die vereiste dat die eiser "absence of reasonable and probable cause" moet bewys, word soos volg deur die appèlhof in *Beckenstrater v Rottcher and Theunissen*⁵³ gedefinieer:

"When it is alleged that a defendant had no reasonable cause for prosecuting, I understand this to mean that he did not have such information as would lead a reasonable man to conclude that the plaintiff had probably been guilty of the offence charged; if, despite his having such information, the defendant is shown not to have believed in the plaintiff's guilt, a subjective element comes into play and disproves the existence, for the defendant, of reasonable and probable cause."⁵⁴

⁴⁵Sien *R v Van Schalkwyk* 1938 AD 543; vgl *R v Makaula* 1949 1 SA 40 (OK).

⁴⁶Sien *Waterhouse v Shields* 1924 CPD 155 en *Baker v Christiane* 1920 WLD 14.

⁴⁷*R v Van Schalkwyk* 1938 AD 543; sien ook *Marais v Lombard* 1958 4 SA 224 (OK) 229 en vgl *Suliman v Hansa* 1971 4 SA 69 (D).

⁴⁸Sien McKerron 262; waar die verweerder dus by die kriminele verhoor, of trouens teenoor enige buitestaander erken het dat hy die inligting aan die polisie verstrekket het, is sodanige getuienis toelaatbaar; sien respektiewelik *Sebastian v Consalves* 1939 TPD 172 en *Boshoff v Marais* 1933 TPD 55.

⁴⁹Sien *R v Pillay* 1945 AD 653 668; sien ook *Marais v Lombard* 1958 4 SA 224 (OK) 229 ev; vgl *Lederman v Mobaral Investments (Pty) Ltd* 1969 1 SA 190 (A) 200.

⁵⁰Sien McKerron 262.

⁵¹1958 4 SA 224 (OK) 230.

⁵²Vgl egter Amerasinghe 21.

⁵³1955 1 SA 129 (A) 136; hierdie dictum is met goedkeuring aangehaal in *Landman v Minister of Police* 1975 2 SA 155 (OK) 156; *Newman v Prinsloo* 1974 4 SA 408 (W) 410 en *Van der Merwe v Strydom* 1967 3 SA 460 (A) 467.

⁵⁴Gelykluidend is die definisie wat in *Waterhouse v Shields* 1924 CPD 155 162 in navolging van die Engelse saak, *Hicks v Faulkner* 8 QBD 171, aanvaar is: "I should define reasonable and probable cause to be, an honest belief in the guilt of the accused based upon a full conviction, founded upon reasonable grounds, of the existence of a state of circumstances, which, assuming them to be true, would reasonably lead any ordinary prudent and cautious man, placed in the position of the accuser, to the conclusion that the person charged was probably guilty of the crime imputed." Sien ook *Nourse v Farmers' Co-operative Company* 1906 EDC 291 en *Pryett v Francis* (1907) 28 NLR 194 197-198.

Die verweerder gaan dus vry uit indien daar (a) objektief beskou, redelike gronde vir die vervolging bestaan het en (b) hy, subjektief beskou, boonop in die skuld van die eiser geglo het. Ek bespreek hierdie twee elemente agtereenvolgens.

(a) Of daar redelike gronde vir die vervolging aanwesig is al dan nie, is 'n feitevraag wat van al die omstandighede van die besondere geval afhang.⁵⁵ 'n Aantal beginsels het reeds in hierdie verband in die regspraak uitgekristalliseer. Baie belangrik is dat daar nie van die verweerder verwag word om die waarheid of geldigheid van elke moontlike relevante feit of grond te toets voordat hy die vervolging instel nie.⁵⁶ Al wat vereis word, is dat "the information available to the defendant"⁵⁷ redelikerwyse⁵⁸ die gevolgtrekking moet regverdig dat die eiser waarskynlik die misdryf gepleeg het.⁵⁹ Ook rus daar geen verpligting op die verweerder om vas te stel of die eiser 'n moontlike verweer het nie.⁶⁰ Indien dit egter blyk dat hy "besef het dat die eiser 'n afdoende verweer het, kan dit kwalik bevind word dat hy nogtans redelikerwyse kon besluit het dat die eiser waarskynlik die misdryf gepleeg het".⁶¹

Dit is verder interessant om daarop te let dat daar reeds beslis is dat die feit dat die verweerder regsadvies ingewin het voordat hy die vervolging ingestel het, 'n faktor is wat op die bestaan van redelike gronde kan dui.⁶² Met hierdie beskouing kan ek my nie vereenselwig nie. Weliswaar kan die inwin van regsadvies die verweerder se subjektiewe geloof in die skuld van die eiser beïnvloed. Sodanige optrede kan egter beslis nie op die bestaan van redelike gronde as sodanig dui nie. Aan die ander kant weer moet daarop gewys word dat selfs 'n skuldigebevinding van die eiser in die verhoorhof, wat later in appèl ter syde gestel is, nie as 'n klinkklare bewys van die aanwesigheid van redelike gronde beskou word nie.⁶³ Dit is slegs getuienis wat deur ander getuienis weêrlê kan word.⁶⁴

Staan dit eenmaal vas dat die verweerder op redelike gronde opgetree het, gaan hy vry uit ongeag sy *motief* vir die instel van die vervolging. Appèlregter Wessels stel dit so:⁶⁵

⁵⁵ *Stuart v Nkalumo* (1919) 40 NLR 55 57; vgl Amerasinghe 34.

⁵⁶ *Madnitsky v Rosenberg* 1949 1 PH J5 14; sien ook McKerron 263; sodanige voorskrif sou van die verweerder verwag om die taak van die verhoorhof oor te neem en is gevolglik onaanvaarbaar – vgl ook Amerasinghe 34–35.

⁵⁷ *Madnitsky v Rosenberg* 1949 1 PH J5 14.

⁵⁸ Let daarop dat die regspraak feitlik deurgaans die begrip "redelike man" gebruik – sien supra vn 53 en 54; sien egter *Van der Merwe v Strydom* 1967 3 SA 460 (A) 467.

⁵⁹ Vgl ook Amerasinghe 34.

⁶⁰ In die *Beckenstrater*-saak 1955 1 SA 129 (A) 137 word verklaar dat "the respondents were not obliged to refrain from causing him to be prosecuted merely because he might have a defence"; sien ook *Landman v Minister of Police* 1975 2 SA 155 (OK) 156 en McKerron 263.

⁶¹ Per ar Wessels in *Van der Merwe v Strydom* 1967 3 SA 460 (A) 468; vgl ook Amerasinghe 36 se opmerking in hierdie verband.

⁶² *Sien Kaplan v Abrahamson* (1894) 9 EDC 96; sien verder Amerasinghe 34 en vgl *Waterhouse v Shields* 1924 CPD 155.

⁶³ *Rambroos v Mungal* (1916) 37 NLR 389.

⁶⁴ Sien Amerasinghe 36.

⁶⁵ *Van der Merwe v Strydom* 1967 3 SA 460 (A) 467; sien ook *Beckenstrater v Rottber and*

“Waar bewys ontbreek dat die verweerder onredelik opgetree het, kan die eiser nie slaag nie, al sou die aanwesigheid van die gewraakte gesindheid [ongoorloofde beweegrede] deur die getuënis gestaaf word.”

Die vraag ontstaan nou of hierdie vereiste wat uit die Engelse reg oorgeneem is, versoenbaar is met die aanspreeklikheidsvereistes vir die *actio iniuriarum* en hedendaagse regsteoretiese beskouing. Myns insiens, in teenstelling met McKerron se opvatting,⁶⁶ is die antwoord hierop positief en wel om die volgende oorwegings.

In eerste instansie is die behoud van hierdie aanspreeklikheidsvereiste vir kwaadwillige vervolging in ons reg uit 'n regspolitiese oogpunt sinvol. Mens kan volstaan met appèlregter Schreiner⁶⁷ se opmerking in hierdie verband:

“The inclusion of absence of reasonable and probable cause among the matters to be proved by the plaintiff . . . is binding upon us, unless, indeed, we were satisfied of its incorrectness. I am certainly not so satisfied. Assuming that upon a re-examination of the authorities it might be possible to question the reasoning whereby the law has come to be stated as it has been, that would be far from establishing the conclusion that such statement was wrong. And in fact, if I may respectfully say so, the requirement of proof of absence of reasonable and probable cause seems to be a most sensible one. For it is of importance to the community that persons who have reasonable and probable cause for prosecution should not be deterred from setting the criminal law in motion against those whom they believe to have committed offences, even if in so doing they are actuated by indirect or improper motives.”

Tweedens is die vereiste ook nie beperk tot die Engelse reg nie. Alhoewel die Romeinse en vroeë Romeins-Hollandse reg geen melding daarvan maak nie,⁶⁸ is latere skrywers soos Brunnemann⁶⁹ en Damhouder⁷⁰ wel van mening dat die verweerder vry uitgaan as hy *probabilis causa*⁷¹ of *probabilis suspicio*⁷² vir die vervolging gehad het.

Laastens hou die vereiste duidelik verband met die onregmatigheids-element van *iniuria* as onregmatige daad. Hierdie stelling kan soos volg verduidelik word. Die mens het bepaalde persoonlikheidsaspekte wat van regsweë erkenning en beskerming geniet. Hierdie persoonlikheidsbelange geld egter nie absoluut nie, maar word noodwendig begrens deur die regsbelange van ander regsobjekte en die openbare belang. Nou is dit so dat die

Theuissen 1955 1 SA 129 (A) 135; *Moreno v Milner* (1880) 1 EDC 145 146; *Pearse v Fleischer* (1884) 4 EDC 297 298; *Van Noorden v Wiese* (1883) 2 SC 43 51; in *De Kock v Uys* 1878 Buch 184 185 word verklaar: “As defendant had reasonable and probable cause, whatever malicious motives prompted him, he cannot be held liable.” Hier was dit vir die hof duidelik “that the defendant acted as he did, not so much to further the ends of justice as for the purpose of gratifying his own malice”.

⁶⁶Volgens hom (263 vn 23) sou 'n vervanging van die huidige aanspreeklikheidsvereistes vir kwaadwillige vervolging met dié van die *actio iniuriarum* daartoe lei dat die vereiste van “absence of reasonable and probable cause”, synde 'n invoerprodukt van die Engelse reg, sal moet verdwyn.

⁶⁷*Beckenstrater v Rottcher and Theuissen* 1955 1 SA 129 (A) 135.

⁶⁸Sien Amerasinghe 28–29.

⁶⁹*Ad Cod* 9 46 4.

⁷⁰*Pract Crim* 139 n 4.

⁷¹Vgl Amerasinghe 28–29; sien ook *Beckenstrater v Rottcher and Theuissen* 1955 1 SA 129 (A) 140 waar ar Van den Heever na Brunnemann verwys.

⁷²Sien die *Beckenstrater*-saak 1955 1 SA 129 (A) 139. Ar Van den Heever vertaal hierdie begrip met “reasonable cause”.

kriminele vervolging van 'n persoon gewoonlik gepaard gaan met 'n aantasting van sekere persoonlikheidsgoedere, soos sy goeie naam of reputasie en sy eergevoel.⁷³ Sodanige aantasting is egter meesal nie onregmatig nie omdat die openbare belang die vervolging regverdig indien daar redelike gronde daarvoor bestaan (selfs al word die benadeelde onskuldig bevind).⁷⁴ Ontbreek redelike gronde vir die vervolging aan die ander kant, dan is die krenkingshandeling onredelik en bygevolg onregmatig. Wat hier ter sprake is, is niks anders nie as 'n toepassing van die bekende *redelikeheidskriterium* ter bepaling van die onregmatigheid al dan nie van 'n krenkingshandeling.⁷⁵ In die lig hiervan verdien die beskouing van die regspraak⁷⁶ dat as dit vasstaan dat die verweerder op redelike gronde opgetree het, sy motief vir die instel van die vervolging irrelevant is, myns insien volle instemming. Motief, hoe kwaadwillig ook al, kan nooit 'n handeling onregmatig (onredelik) maak indien die regmatigheid (redelikheid) daarvan reeds bepaal is nie.⁷⁷ Motief is slegs 'n faktor wat in aanmerking kan kom wanneer dit nog om die vraag na die redelikheid al dan nie van die instel van die vervolging gaan.

(b) Om nou terug te keer tot die tweede element van die vereiste van "absence of reasonable and probable cause". Die verweerder moet naamlik nie alleen sonder redelike gronde opgetree het nie, maar moet ook nie in die skuld van die eiser geglo het nie.⁷⁸ Dit beteken dat al het die verweerder klaarblyklik op redelike gronde opgetree maar nogtans nie eerlik in die skuld van die eiser geglo nie, daar steeds "absence of reasonable and probable cause" is.⁷⁹ Die subjektiewe geloof in die skuld van die eiser is dus 'n noodsaaklike element vir die bestaan van redelike gronde.

Aan die ander kant weer is die blote eerlike geloof in die skuld van die eiser sonder dat dié geloof deur redelike gronde gerugsteun word, ook nie afdoende vir die bestaan van "reasonable and probable cause" nie. In

⁷³Ek kom infra hierop terug.

⁷⁴In *Troutman v Davies* (1899) 8 EDC 171 184 verduidelik r Solomon dit so: "But it does not of course follow that merely because a man has been wrongly accused he has a remedy in damages against the person who instituted criminal proceedings against him. I can quite believe that the plaintiffs, smarting under the indignity which they suffered, wished to punish the person who brought the charge against them. But the law is carefully guarded in respect of actions for malicious prosecution . . . And it is right that this should be so, because it is in the interests of justice that proceedings should be taken when reasonable or probable cause exists, and it would be a pity if a person who has such reasonable grounds for prosecuting should be deterred by a fear of being mulcted in damages." Vgl ook *Renoud v Madore* (1900) 21 NLR 179 183.

⁷⁵Sien oor die redelikeheidsmaatstaf, Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1970) 60; ook uit die uitspraak van ar Wessels in *Van der Merwe v Strydom* 1967 3 SA 460 (A) 467 blyk dat die vereiste van "absence of reasonable and probable cause" betrekking het op die "onredelikheid" van die verweerder se optrede.

⁷⁶Sien supra by vn 65.

⁷⁷Sien Van Heerden *Grondslae van die Mededingingsreg* (1961) 182; vgl Van der Merwe en Olivier 67.

⁷⁸Sien weer die *Beckenstrater*-saak 1955 1 SA 129 (A) 136; sien ook *Madnitsky v Rosenberg* 1949 1 PH J5 14; *Mlambo v Pietermaritzburg Corp* 1913 NPD 346 349-351; *Fyne v African Realty Trust Ltd* (1906) 20 EDC 248 en *Nourse v Farmers' Co-operative Co Ltd* (1905) 19 EDC 291 312; sien verder McKerron 263 en Amerasinghe 38-40.

⁷⁹Sien weer die *Beckenstrater*-saak 1955 1 SA 129 (A) 136.

*Fyne v African Realty Trust Ltd*⁸⁰ word dit so gestel:

“Moreover, it is not enough for a man to say he believed in the truth of his accusation. He must show good reasons and grounds for his belief to the satisfaction of the Court.”

Hieruit volg dat “absence of reasonable and probable cause” bewys kan word deur enersyds aan te toon dat die verweerder nie eerlik in die skuld van die eiser geglo het nie (selfs al is daar objektief redelike gronde vir die vervolging aanwesig), of andersyds dat sodanige redelike gronde ontbreek (selfs al het die verweerder eerlik in die skuld van die eiser geglo).⁸¹

Hierdie opvattinge van die regspraak verdien nadere beskouing. Tereg word verklaar dat die verweerder se eerlike geloof in die skuld van die eiser nie sy andersins onredelike optrede regmatig maak nie. Die toets vir onregmatigheid in ons reg is objektief.⁸² Daarom is die subjektiewe geloof in die skuld van die eiser by die bepaling daarvan irrelevant.⁸³ In die lig hiervan is die opvatting van die regspraak dat die verweerder se ongeloof in die skuld van die eiser wel sy andersins redelike optrede onredelik en bygevolg onregmatig maak, met die eerste oogopslag moeilik verklaarbaar. Sodanige ongeloof behoort by die vraag na onregmatigheid irrelevant te wees. Myns insiens kan die resultaat van hierdie opvatting nietermin, regsteoreties gesien, geregtig word. Die feit dat die verweerder, ten spyte van die bestaan van redelike gronde vir die vervolging, nie in die skuld van die eiser glo nie, noop ’n afleiding dat hy inderdaad *gewet* of *beseft* het dat die eiser onskuldig is. Om welke ander oorweging sou hy nie in die skuld van die eiser glo nie? Die bestaan van redelike gronde vir die vervolging dui dan juis daarop dat die eiser waarskynlik die misdryf gepleeg het. Die verweerder se *kennis of beseft* van die onskuld van die eiser lei weer noodwendig tot die slotsom, gesien van die kant van die verweerder, dat daar inderdaad geen gronde vir die vervolging aanwesig was nie⁸⁴ en dat hy die vervolging slegs met ’n kwelsugtige motief of *animo vicini nocendi* aangestig het.⁸⁵ Van ’n oogmerk om die eiser vir die beweerde misdryf te laat boet, is daar nie sprake nie.⁸⁶ So gesien, is die optrede van die verweerder beslis onredelik en bygevolg onregmatig. Daarom verdien die resultaat van die opvatting van die regspraak volle instemming.

⁸⁰(1906) 20 EDC 248 256; ook in *Van Noorden v Wiese* (1883) 2 SC 43 54 verklaar hr De Villiers dat “there must not be an honest belief alone, but also something reasonable in his conduct”. Sien verder *Pyett v Francis* (1907) 28 NLR 194 200; *Hopewell v Conroy* (1896) 6 CTR 457 461; *Hotz v Shapiro* (1902) 12 CTR 988 992 en *Nel v Wernick* 1934 SR 71 77.

⁸¹Sien ook McKerron 263.

⁸²Sien Van der Merwe en Olivier 60.

⁸³Sodanige geloof is egter wel van belang by die vraag of daar skuld (*animus iniuriandi*) by die verweerder aanwesig is – sien *infra*.

⁸⁴In *Van der Merwe v Strydom* 1967 3 SA 460 (A) 468 verklaar ar Wessels ook: “Indien dit blyk dat ’n verweerder beseft het dat die eiser ’n afdogende verweer het [maw, dat hy onskuldig is], kan dit kwalik bevind word dat hy nogtans redelikerwyse kon besluit het dat die eiser waarskynlik die misdryf gepleeg het.”

⁸⁵Vgl *supra* vn 76–77.

⁸⁶Amerasinghe 57 verklaar: “If a person is brought to court without the genuine object of punishing him then it might legitimately be said that he is brought to court for the purpose of harassing him.”

(iii) “Malice” of animus iniuriandi

Onder invloed van die Engelse reg word in verreweg die meerderheid beslissings die vereiste gestel dat die verweerder met “malice”⁸⁷ moet opgetree het. Die vraag na die bestaan van “malice” kom egter eers ter sprake indien dit vasstaan dat die verweerder die vervolging sonder redelike gronde aangestig het.⁸⁸

Verskeie betekenisse is al deur die regspraak aan die vereiste van “malice” geheg. Die oorwig van mening is dat “malice” ’n “regtens ongeoorloofde beweegrede”⁸⁹ vir die vervolging is, dit wil sê enige “indirect or improper motive”⁹⁰ wat nie noodwendig “spite or illwill”⁹¹ inhou nie. Uit die beslissings kan afgelei word dat enige motief of beweegrede, anders as om die eiser vir sy ten laste gelegde misdryf te laat boet, op “malice” neerkom.⁹² Let egter daarop dat indien daar wel ’n oogmerk is om die eiser skuldig te laat bevind, dan sal enige ander bymotief nie “malice” daarstel nie.⁹³

Die aanwesigheid van “malice” kan afgelei word uit die feit dat die verweerder sonder redelike gronde opgetree het maar dit is nie ’n noodwendige afleiding nie.⁹⁴ Dit skyn asof so ’n afleiding in elk geval nie gemaak sal word waar die verweerder eerlik in die skuld van die eiser geëls het nie.⁹⁵

⁸⁷Sien oor die toepassing van hierdie vereiste in die algemeen, *Rambroos v Munga*¹ (1916) 37 NPD 389; *Estate Logie v Priest* 1926 AD 312; *Greyling v Tunce* 1920 EDL 8; *Kaplan v Abrahamson* (1894) 9 EDC 96 99; *Van Litzenberg v Louw and De Beer* (1899) 16 SC 283 284; *Krooner v Lobascher* (1903) 13 CTR 674 678–679; *Mlambo v Pietermaritzburg Corp* (1913) 34 NPD 346 348; vgl verder McKerron 263–264 en Amerasinghe 49 ev.

⁸⁸In *Troutman v Davis* (1899) 8 EDC 171 183 verklaar rp Barry dat aangesien die eiser gefaal het om afwesigheid van redelike gronde te bewys, “it is unnecessary to go into the question of malice”.

⁸⁹Sien *Van der Merwe v Strydom* 1967 3 SA 460 (A) 467.

⁹⁰Sien *Beckenstrater v Rottcher and Themissen* 1955 1 SA 129 (A) 136.

⁹¹Sien *Waterhouse v Shields* 1924 CPD 155 168; sien ook *Fyne v African Realty Trust Ltd* (1906) 20 EDC 248 257; *Newman v Prinsloo* 1974 4 SA 408 (W) 410; *Carne v Howe* (1898) 15 SC 232 236 en *Landman v Minister of Police* 1975 2 SA 155 (OK) 156.

⁹²Vgl *May v Union Government* 1953 2 PH J11 40; *Baker v Christiane* 1920 WLD 14 16; en *Stuart v Nkaluma* (1919) 40 NLR 55. Om bv ’n kriminele vervolging in te stel bloot met die oogmerk om ’n siviele remedie teen die eiser af te dwing, is ’n duidelike geval van ongeoorloofde motief: sien *Waterhouse v Shields* 1924 CPD 155 en *Carne v Howe* (1898) 15 SC 232; sien verder McKerron 264 en Amerasinghe 51.

⁹³Sien die *Beckenstrater*-saak 1955 1 SA 129 (A) 140 (per ar Van den Heever).

⁹⁴In *Maserowitz v Richmond* 1905 TS 342 343 word verklaar: “Now from the absence of reasonable and probable cause a magistrate or a jury may infer malice, but it is not bound to do so; such absence does not necessarily prove malice. That depends upon the facts of each case.” Die hof bevind (344) dat “the circumstances of the case do not justify the inference of malice even though the appellant had no reasonable and probable cause for his mistaken idea”. Sien ook *Cunningham v Simpson* (1907) 28 NLR 619 624; *Banbury v Watson* 1911 CPD 449; *Nel v Wernick* 1934 SR 71; *Fyne v African Realty Trust Ltd* (1906) 20 EDC 248; sien verder McKerron 264 en Davis “Malicious Prosecution and Malicious Arrest” 1911 *SALJ* 363–364.

⁹⁵Sien *October v Henning* (1900) 10 CTR 428 429; sien ook *Maserowitz v Richmond* 1905 TS 342 343–344. In hierdie verband is dit interessant om daarop te let dat die feit dat die verweerder regsadvies ingewin het voordat hy die vervolging ingestel het, ’n faktor is wat op die afwesigheid van “malice” kan dui: sien *Heiberg v McWilliams, Kilroe and King* 1905 TS 219 220; vgl ook supra die teks by vn 62.

Aan die ander kant weer dui ongelooft in die skuld van die eiser op die aanwesigheid van "malice".⁹⁶

Afgesien van ongeoorloofde beweegrede word "malice" ook soms in die regspraak beskryf as roekeloosheid of growwe nalatigheid. In *Kaplan v Abramson*⁹⁷ verklaar regterpresident Barry byvoorbeeld dat "to establish it [malice] it is sufficient to show that the defendant acted recklessly in doing what he did."⁹⁸

Laastens is ook al verklaar dat "the word malice [is] being used as a convenient interpretation of the phrase 'animus iniuriandi'."⁹⁹

Dit bring mens juis by die vraag of die vereiste dat die verweerder met "malice" moet opgetree het, versoenbaar is met die aanspreeklikheidsvereistes vir die actio iniuriarum. Om met hierdie aksie te kan slaag, is nog altyd vereis dat die verweerder opsetlik (animo iniuriandi of dolo malo) moet opgetree het.¹⁰⁰ Soos reeds gesien, blyk hierdie beskouing ook uit die Romeinse en Romeins-Hollandse reg met betrekking tot kwaadwillige vervolging (uitgesonderd sekere skrywers van die 17e eeu).¹⁰¹ Na "malice" is daar geen verwysing in die gemeenregtelike bronne te vinde nie.¹⁰² Die slotsom is dus dat animus iniuriandi, en nie "malice" nie, bewys moet word alvorens die verweerder op grond van kwaadwillige vervolging as iniuria aanspreeklik gestel kan word.

Alhoewel verwysings na animus iniuriandi as aanspreeklikheidsvereiste vir kwaadwillige vervolging in enkele vroeëre beslissings aangetref word,¹⁰³ is dit eers in die jongste tyd dat hierdie vereiste weer pertinent gestel word.

⁹⁶Sien Amerasinghe 52 ev en sy bespreking van *Fyne v African Realty Trust Ltd* (1906) 20 EDC 248 257; vgl die teks hierbo tussen vn 82 en 85.

⁹⁷(1894) 9 EDC 96 99; ook in *Waterhouse v Shields* 1924 CPD 155 168 word met goedkeuring na die volgende dictum in *Spiegel v Miller* (1881) 1 SC 264 274 verwys: "If a man acts . . . in a grossly negligent and reckless way, acting in the furtherance of his own interests without due regard to the rights of others, and careless as to whether he interferes with the liberty of another person or not, I infer that he has been actuated by an improper motive." Sien verder *Banbury v Watson* 1911 CPD 449 460; *October v Henning* (1900) 10 CTR 428 429; *Stuart v Nkaluma* (1919) 40 NPD 55 58; *Nel v Wernick* 1934 SR 71 77 en *Pyett v Francis* (1907) 28 NLR 194 200-201.

⁹⁸Sien ook Amerasinghe 53 ev.

⁹⁹*Renoud v Madore* (1900) 21 NLR 179 185; ook in die *Beckenstrater*-saak 1955 1 SA 129 (A) 140 skyn ar Van den Heever motief aan dulus gelyk te stel: "I am not in agreement with Malan, J, however in holding that, if the respondents had been actuated by a desire to secure conviction of the appellant with the object of ridding the neighbourhood of him, their motive was improper. Such a motive would naturally tend to cast doubts on the bona fides of the steps taken by them in order to have the appellant prosecuted. The mere fact, however, that they had an additional and ulterior motive does not seem to me to stamp their conduct as malicious in the legal sense. If, for example, I lay information against an unpleasant neighbour every time I have reasonable and probable cause for thinking that he is guilty of indecent exposure, I do not consider that I would be liable if I admit that my ultimate object was to get rid of him as a neighbour since I consider him to be the type of man who might assault my children. That would not constitute dulus" (my kursivering).

¹⁰⁰Sien in die algemeen Van der Merwe en Olivier 206 ev.

¹⁰¹Sien die teks hierbo tussen vn 1 en 11.

¹⁰²Sien ook Amerasinghe 49.

¹⁰³Sien by *Burkett v Smith* 1920 AD 106 108; vgl ook *Benjamin v Keet* (1887) 2 SAR 183 en die beslissings aangehaal in vn 99.

Die weg hiervoor is gebaan deur die beslissing van die appèlhof in *Moaki v Reckitt and Colman (Africa) Ltd.*¹⁰⁴ Appèlregter Wessels reageer naamlik sterk teen die toepassing van verwarringstigende Engelsregtelike terminologie soos “malice” en “motive” in ons reg aangaande iniuria.¹⁰⁵ Aangesien die toepaslike remedie die actio iniuriarum is, is dolus ’n aanspreeklikheidsvereiste.¹⁰⁶ Hy vervolgt:¹⁰⁷

“It follows, in my opinion, that, although it became customary to allege ‘malice’ in pleadings in actions of the type now under consideration, our law has always required a plaintiff to prove the existence of the requisite legal intention to injure, without requiring him to establish in addition the defendant’s motive, i.e. that he acted maliciously.”

Hierdie “legal intention to injure” is die vereiste van animus iniuriandi.¹⁰⁸ Ook in *Lederman v Moharal Investments (Pty) Ltd*¹⁰⁹ gee appèlregter Jansen te kenne dat die aksie weens kwaadwillige vervolging die actio iniuriarum is en dat die behoefte mettertyd kan ontstaan om die vereistes daarvoor in gemeenregtelike terminologie in te klee. Dit kan alleenlik beteken dat die vereiste van “malice” dan deur animus iniuriandi vervang word.¹¹⁰ Ten slotte moet op die beslissing in *Prinsloo v Newman*¹¹¹ gewys word. Appèlregter Muller neem daar met betrekking tot kwaadwillige vervolging ook deeglik kennis van die standpunt in die *Moaki*-saak “that in actions of this nature the plaintiff’s remedy is provided under the *actio iniuriarum*, from which it follows that what has to be alleged and established is *animus injuriandi*”. In die lig van hierdie gesaghebbende dicta kan met veiligheid aanvaar word dat animus injuriandi, en nie “malice” nie, ’n aanspreeklikheidsvereiste vir kwaadwillige vervolging in ons reg is. Aangesien dit die geval is, is ook die beslissings onaanvaarbaar, wat te kenne gee dat roekeloosheid of growwe nalatigheid voldoende is om die verweerder aanspreeklik te stel, behalwe waar die roekelose optrede op dolus eventualis neerkom.

In hierdie verband beteken animus iniuriandi (opset) dat die verweerder sy wil daarop gerig het om die eiser te laat vervolgt (en sodoende sy persoonlikheid te krenk) in die wete dat daar (moontlik) geen redelike gronde vir die vervolging bestaan nie, dit-wil sê dat sy optrede (moontlik) onregmatig is (onregmatigheidsbewussyn).¹¹² Hieruit volg dat die verweerder vry uitgaan waar daar geen redelike gronde vir die vervolging is nie maar hy eerlik in die skuld van die eiser glo. In so ’n geval ontbreek onregmatigheidsbewussyn as element van opset en bygevolg ook animus iniuriandi.¹¹³ Sy dwaling sluit dus die bestaan van animus iniuriandi uit.¹¹⁴

¹⁰⁴1968 3 SA 98 (A).

¹⁰⁵103–104.

¹⁰⁶104.

¹⁰⁷ibid.

¹⁰⁸104–106.

¹⁰⁹1969 1 SA 190 (A) 196.

¹¹⁰Sien ook McKerron 263 vn 32.

¹¹¹1975 1 SA 481 (A) 492.

¹¹²Sien in die algemeen oor die begrip opset, Van der Merwe en Olivier 106 ev.

¹¹³Hierdie siening is analoog aan die beskouing van die regspraak dat die eerlike geloof in die skuld van die eiser in ’n geval waar redelike gronde vir die vervolging ontbreek, nie ’n afleiding van “malice” regverdig nie: sien supra vn 95; sien in die algemeen verder Amerasinghe 40 ev.

¹¹⁴Oor dwaling as ’n opsetuitsluitingsgrond by laster, sien Van der Merwe en Olivier 381–382.

(iv) **Mislukking**

Die vereiste dat die vervolging moet misluk het, is eintlik vanselfsprekend.¹¹⁵ Indien die eiser aan die misdryf skuldig bevind is, is daar tog nie sprake van kwaadwillige vervolging nie. Hierdie vereiste het dan ook reeds in die Romeins-Hollandse reg gegeld. Trouens, onder invloed van Germaansregtelike gedagterigtings het baie skrywers van die 17e eeu dit as alleenstaande vereiste vir kwaadwillige vervolging gestel.¹¹⁶

Die mislukking van die vervolging blyk gewoonlik uit die feit dat die eiser op die kriminele klag onskuldig bevind is. Die verweerder kan egter, niteenstaande die onskuldigbevinding, steeds bewys dat die eiser inderdaad skuldig aan die misdryf is.¹¹⁷ Dit is verder belangrik om daarop te let dat vir doeleindes van die onderhawige aksie die prokureur-generaal se weiering om te vervolg as "a termination of the prosecution in the plaintiff's favour"¹¹⁸ beskou word.

(v) **Nadeel**

Aangesien mens met kwaadwillige vervolging as iniuria te make het, bestaan die nadeel primêr in die persoonlikheidskrenking wat die eiser ondervind.¹¹⁹ Die persoonlikheidsgoedere wat hier op die spel is, is bewegingsvryheid¹²⁰ as 'n aspek van die fisiese integriteit,¹²¹ die eer¹²² en die goeie naam of reputasie.¹²³ Die omvang van die bedrag genoegdoening word ex aequo et bono begroot. Faktore wat hier 'n rol speel, is byvoorbeeld die erns van die misdryf waarvan die eiser aangekla is¹²⁴ en die afwesigheid van 'n apologie van die kant van die verweerder.¹²⁵ Aan die ander kant weer kan die eiser se provokatiewe optrede tot 'n vermindering van die bedrag lei.¹²⁶

¹¹⁵Sien in die algemeen hieroor, McKerron 264-265 en Amerasinghe 22 e.v.

¹¹⁶Sien die teks hierbo tussen vn 1 en 7.

¹¹⁷Sien *Burkett v Smith* 1920 AD 106.

¹¹⁸Sien *Lemue v Swartbooi* (1896) 13 SC 403 405; sien ook *Wolstenholme v Boyes* 1878 Buch 175.

¹¹⁹Sien Amerasinghe 6-7 61.

¹²⁰Kwaadwillige vervolging gaan in baie gevalle gepaard met vryheidsberowing in die vorm van arrestasie en gevangehouding. In *Law v Kin* 1966 3 SA 480 (W) 482 483 is genoegdoening toegestaan vir die aantasting van "the liberty of the subject".

¹²¹Vgl Joubert 83 131; vgl ook Amerasinghe 61.

¹²²Sien by *Fyne v African Realty Trust Ltd* (1906) 20 EDC 248 256 waar gepraat word van die "indignities" wat die eiser moes ondergaan; sien ook *Banbury v Watson* 1911 CPD 449. Van der Merwe en Olivier 391 behandel kwaadwillige vervolging slegs as 'n vorm van eerkrenking of belediging.

¹²³In *Benjamin v Keet* (1887) 2 SAR 183 184 verwys die hof na die eiser se krenking "in his good name and character"; sien ook *Beukes v Raal* 1918 CPD 168 171 en *Fyne v African Realty Trust Ltd* (1906) 20 EDC 248 258; Joubert 86 klassifiseer kwaadwillige vervolging in die Romeinse reg slegs as 'n aantasting van die fama of goeie naam.

¹²⁴Sien *Law v Kin* 1966 3 SA 480 (W) 482-483.

¹²⁵Sien *Beukes v Raal* 1918 CPD 168 172; sien ook Amerasinghe 62.

¹²⁶Sien *Waterhouse v Shields* 1924 CPD 155 169 en *Carne v Howe* (1898) 15 SC 232 236; vgl egter *Law v Kin* 1966 3 SA 480 (W) 483 waar r Bekker mbt die genoegdoeningseis verklaar: "I regard the wrong and evil committed by defendants, in laying this serious charge, as a factor far outweighing the considerations advanced by Mr Melamet." Hierdie oorwegings is o.a dat die eisers die reg in eie hand geneem het deur die verweerders aan te rand.

Behalwe genoegdoening kan die eiser ook skadevergoeding verhaal vir sover hy skade gely het.¹²⁷ Skade wat hieronder tuisgebring kan word, is sy regs-koste in verband met die kriminele verhoor en verlies aan inkomste.¹²⁸ Skadevergoeding word natuurlik met die actio legis Aquiliae verhaal waarvoor opset nie 'n vereiste is nie.¹²⁹

C SLOTSOM

Die vereistes vir die aksie op grond van kwaadwillige vervolging wat vanuit die Engelse reg in ons reg oorgeneem is, is, uitgesonderd die vereiste dat die verweerder met "malice" moet opgetree het, versoenbaar met die aanspreeklikheidsvereistes vir die actio iniuriarum. Animus iniuriandi moet as vereiste in die plek van "malice" gestel word. "Malice" of ongeoorloofde motief het slegs 'n rol te speel by die vraag na die onregmatigheid al dan nie van die verweerder se optrede.

The recurring themes of the legal press and of speakers at meetings of attorneys and solicitors in the nineteenth century were the causes of the inferior status and reputation of the profession, the means by which they could be improved, and the extent to which the profession's efforts to that end had been successful. No one doubted that the problem existed or questioned the importance of its solution. It was as old as the profession itself. No sooner had the attorney passed out of the stage of the voluntary helper into that of the paid representative than criticism began. The mercenary and the professional have generally been suspected of insincerity for the cause in which they are being paid to take part, and this was particularly so in the case of the attorney, who represented a new concept in English jurisprudence. Moreover, he made his money out of other men's misfortunes and disputes, and to make matters worse he did so not by honest toil as a craftsman did but by pen and paper and the use of his wits. It was then as later believed that to increase his business he encouraged quarrels and therefore unrest. If it had been possible Parliament would gladly have abolished him just as Jack Cade in 1450 wanted to hang him.

Harry Kirk Portrait of a Profession 200.

¹²⁷Sien die *Law*-saak 1966 3 SA 480 (W) 481-482; sien ook *Banbury v Watson* 1911 CPD 449; Amerasinghe 7 61 en McKerron 259.

¹²⁸Sien die *Law*-saak 1966 3 SA 480 (W) 481-482.

¹²⁹Sien Lee 1912 *SALJ* 35-36; sien ook Amerasinghe 61.

Juridiese relevantheid en toelaatbaarheid

AJ van Wyk
B Proc
Justisie-Opleiding

SUMMARY

It is often difficult to ascertain what precisely is meant by the term relevance and, especially, to decide if there is any necessity to distinguish between the terms logical relevance and legal relevance. Most of our writers draw a distinction between what is logically and what is legally relevant. If one has to draw this distinction it then becomes necessary to indicate the manner in which one reaches the stage when it is possible to say that evidence is legally relevant. Firstly it must be logically relevant, secondly the evidence must have a certain degree of probative force and thirdly it must not be necessary for the court to exclude the evidence on the ground that, in accordance with the boni mores it is unjust to admit it. That a court does have such a discretion emerges from the authorities although this problem has not finally been solved. It is suggested, however, that the view should be taken that logical relevance is only a substratum of the rule that evidence must be admissible. The fact that the evidence must have a certain degree of probative force and that the court has a discretion to exclude such evidence, are only criteria by means of which the court decides whether the evidence is admissible or not. Consequently legal relevance and admissibility would seem to be synonyms and the term legally relevant ought to be deleted from our legal terminology.

Wat presies met relevantheid bedoel word en waar die begrip in die sistematiek van die bewysreg inpas, is vrae wat juriste reeds hoofbrekens besorg het. Nog groter word die probleme wanneer besin word oor vraagstukke soos of daar 'n onderskeid tussen logiese en juridiese relevantheid gemaak moet word en of 'n hof 'n diskresie het om logies relevante getuienis uit te sluit.

Indien ons al die definisies van relevantheid¹ saamvat, kan verklaar word dat getuienis relevant is wanneer dit oor die vermoë beskik, hetsy alleenstaande of tesame met ander bewysmateriaal, om die bestaan van 'n feit in geskil, direk of indirek, meer of minder waarskynlik te maak. Die feite in geskil waartoe getuienis relevant moet wees, is dus die anker of vertrekpunt van die ondersoek om te bepaal of getuienis relevant is.

Phipson² omskryf die feite in geskil soos volg:

“... those necessary by law to establish the claim, liability, or defence, forming the subject matter of the proceedings; and which either by the pleadings or by the implication, are in dispute between the parties.”

Wanneer getuienis nou aangebied word, moet bepaal word of dit die ver-

¹bv *Phipson on Evidence* (11e uitg 1970) par 152; *Cross on Evidence* (4e uitg 1974) 16; LH Hoffmann *The SA Law of Evidence* (2e uitg 1970) 1; CWH Schmidt *Die Bewysreg* (1970) 258.

²151.

moë het om die bestaan van een van die geskilpunte meer of minder waarskynlik te maak. Deurgaans moet in gedagte gehou word dat die feite in geskil nie altyd beperk is tot dit wat uit die klagstaat of pleitstukke blyk nie. Phipson³ begaan, met respek, juis die fout waar hy beweer dat baie feite wat nie logies relevant is nie, nogtans toelaatbaar is. Hy noem oa die voorbeeld van getuienis wat aangebied word om te bewys dat 'n verklaarder oorlede is sodat sy verklaring, byvoorbeeld 'n sterwensverklaring, nou as getuienis voorgelê kan word. Die bewering dat hy oorlede is en dat die verklaring toelaatbaar is, plaas egter juis dié feite in geskil en daarom is getuienis wat aangevoer word om dit te bewys relevant. Om dieselfde rede is 'n vorige ooreenstemmende verklaring wat normaalweg irrelevant is,⁴ relevant wanneer 'n aantyging van onlangse versinsel gemaak word.⁵ 'n Nuwe geskilpunt, naamlik die geloofwaardigheid van die verklaarder, is nou in geskil geplaas en die getuienis van wat hy voorheen verklaar het, kan dié feit meer of minder waarskynlik maak en dus is dit relevant. Voorts moet ook in gedagte gehou word dat getuienis soms indirek relevant is deurdat dit 'n feit wat weer op sy beurt relevant tot 'n feit in geskil is, meer of minder waarskynlik maak. Dit is normaalweg die geval met omstandighedsgetuienis. Daarom word soms verklaar dat hierdie tipe getuienis middellike bewys verskaf.

Om vas te stel of getuienis relevant is ooreenkomstig die standpunt van die praktyk, moet, so word respekvol aan die hand gedoen, eerstens bepaal word of die getuienis logies relevant is. Het die getuienis dus volgens algemeen menslike ervaring die vermoë om die bestaan van 'n feit in geskil meer of minder waarskynlik te maak? In *Matthews*⁶ verklaar appèlregter Schreiner:

“Relevancy is based upon a blend of logic and experience lying outside the law.”

Hiermee word nie bedoel, so word respekvol aan die hand gedoen, dat die reël wat voorskryf dat getuienis relevant moet wees alvorens dit toelaatbaar is, nie 'n regsreël is nie.⁷ Die hof toon slegs aan waar die beginpunt is by beantwoording van die vraag of getuienis toelaatbaar is. Die reg kan voorskryf dat getuienis die vermoë moet hê om die bestaan van 'n feit in geskil meer of minder waarskynlik te maak, dit wil sê relevant moet wees, maar die reg kan nie bepaal wanneer getuienis oor dié vermoë beskik nie. Dat appèlregter Schreiner dit juis so ingesien het, blyk uit sy woorde waar hy verklaar:⁸

“The law starts with this practical or common sense relevancy and then adds material to it, or more commonly, excludes material from it, the resultant being what is legally relevant and therefore admissible.”

Die frase “and therefore admissible” klop egter nie met die terminologie van ons praktyk nie. Die feit dat getuienis juridies relevant is, so leer ons praktyk, dui nog geensins aan dat dit sonder meer toelaatbaar is nie. Dit kan

³153.

⁴Schmidt 276.

⁵*Bergb* 1976 4 SA 857 (A).

⁶1960 1 SA 752 (A) 758.

⁷Schmidt 259.

⁸supra 758.

nog steeds deur 'n sogenaamde uitsluitingsgrond, byvoorbeeld privilegie, van die notule geweer word.⁹

'n Hof moet dus ooreenkomstig geldende praktyk eerstens bepaal of daar 'n verband tussen die aangebode getuienis en 'n feit in geskil is, en in die tweede plek die vraag stel of die getuienis sodanige oortuigingskrag het dat 'n juris dit moontlik in ag kan neem ten einde tot 'n beslissing te kom. Hoffmann¹⁰ stel dit soos volg:

“In this sense, ‘legally relevant’ means sufficiently relevant. The term is justifiable because sufficiency can never be determined by logic; it is always a matter of law.”

Die outeur wys dan ook, met respek tereg, daarop¹¹ dat 'n hof nie kan bepaal of getuienis logies relevant is deur handboeke te konsulteer nie, maar dat vorige beslissings van ons howe wel as riglyne kan dien om te bepaal wanneer getuienis die toets van genoegsaamheid sodanig geslaag het dat dit as juridies relevant aangemerkt kan word.

Schmidt¹² trek ook die onderskeid tussen logiese en juridiese relevantheid en konkludeer dat 'n feit relevant is slegs wanneer 'n redelike afleiding daarvan gemaak kan word en voorts:

“Of die afleiding redelik is, hang van die bewyskrag van die getuienis af. Hoë eise word nie nou gestel nie, want dit gaan hier net om die toelating van getuienis en nie om die vraag of die partye se bewerings bewese is nie. Maar daar is 'n minimum.”

Sowel Schmidt¹³ as Hoffmann¹⁴ se stellings vind weerklank by dié van hoofregter Innes in *Trupedo*¹⁵ waar hy verklaar:

“. . . a fact is relevant when inferences can properly be drawn from it as to the existence of a fact in issue.”

Wanneer 'n afleiding dus *behoorlik* gemaak kan word, is die getuienis, so word algemeen aanvaar, juridies relevant. Om egter by die stadium uit te kom waar getuienis “sufficiently relevant” is¹⁶ of waar 'n “redelike” afleiding¹⁷ of 'n “behoorlike” afleiding¹⁸ daaruit gemaak kan word, verg 'n proses van evaluering of uitskakeling soos deur appèlregter Schreiner aangetoon.¹⁹ Hoe te werk gegaan word om by die genoemde eindresultaat uit te kom, is nie so eenvoudig om te verklaar nie.

Die oorbekende feitstel in *Trupedo*²⁰ illustreer die probleem duidelik. Die getuienis dat 'n polisiehoond 'n verdagte misdadiger tussen ander persone “uitgewys” het, word deur die hof as irrelevant aangemerkt. Vir die hoof-

⁹Die standpunt word later bespreek.

¹⁰17.

¹¹18.

¹²263.

¹³supra.

¹⁴supra.

¹⁵1920 AD 58 62.

¹⁶Hoffmann 17.

¹⁷Schmidt 263.

¹⁸Hr Innes in *Trupedo* supra.

¹⁹*Matthews* supra 758.

²⁰supra.

regter was die beslissing eenvoudig. Om die afleiding uit die getuienis te maak wat van die hof geverg is, naamlik dat die persoon wat aangewys is die oortreder is, sou meebring dat die hof moes spekuleer. Daarom kan die afleiding nie gemaak word nie. Omdat die getuienis dus te min bewyskrag het, is dit irrelevant.

Hoffmann²¹ verklaar dat die hof hier getuienis uitgesluit het terwyl dit "a fair degree of probative value" het. Schmidt²² toon aan dat die getuienis logies relevant is, maar uitgesluit behoort te word as gevolg van die swak bewyskrag daarvan en die moontlikheid van benadeling vir die beskuldigde. Op 'n later stadium sien Hoffmann die uitspraak in 'n ander lig en toon aan dat hoofregter Innes vier belangrike aspekte ten opsigte van relevantheid in sy uitspraak uitbring:²³

(a) "Relevance is a question of fact." Relevantheid is 'n baie soepel begrip wat nie aan kasuïstiek gebonde is nie. Geen twee sake se feite is eenders nie en daarom kan ons nie vooraf bepaal wanneer getuienis relevant sal wees nie. Dit hang van die oortuigingskrag van die getuienis in elke geval af. Elke stel feite moet dus op hulle eie beoordeel word.

(b) "Relevance is a matter of degree." Die oortuigingskrag van getuienis bepaal dus of dit juridies relevant sal wees en daarom is die toets die graad van hoe redelik dit sal wees om 'n afleiding uit die getuienis te maak. Zeffert²⁴ toon dan ook, met respek tereg, aan dat:

"Relevance is a variable standard . . . Legally relevant evidence is evidence whose probative force is such as to outweigh any disadvantages that may exist in admitting it."

Die ware onderskeiding lê dus nie tussen verskillende soorte van relevantheid nie,²⁵ maar tussen verskillende grade van relevantheid.²⁶ Indien dit in graad nie oor genoegsame oortuigingskrag beskik nie kan dit nie as juridies relevant aangemerkt word nie.

(c) "Relevance cannot be determined by looking at the disputed evidence in isolation." Getuienis wat alleenstaande geen bewyskrag het nie kan saam met ander bewysmateriaal wel soveel gewig hê dat dit as relevant aangemerkt kan word. Die relevantheid van getuienis moet dus altyd in die lig van die ander bewysmateriaal voor die hof beoordeel word. Daarom kan getuienis wat aanvanklik irrelevant is later blyk relevant te wees.²⁷

(d) "The question whether evidence is sufficiently relevant does not involve merely deciding whether it passes the minimum point of persuasiveness on some mathematical scale. One has to weigh its probative value against the disadvantages of receiving it." Hierdie laaste punt bring 'n strydvraag na vore. Het 'n hof 'n diskresie om getuienis wat logies relevant is en wat bewyskrag het, uit te sluit?

²¹18.

²²262.

²³1974 *SALJ* 237.

²⁴1977 *SALJ* 406.

²⁵Sien *Makin v AG of New South Wales* (1894) AC 57 (PC).

²⁶Hoffmann 1975 *Law Quarterly Review* 193 195.

²⁷Sien *bv Solomons* 1959 2 SA 352 (A).

Ons handboeke en howe betwyfel soms die bestaansreg van sodanige diskresie. Hiemstra²⁸ huldig die mening dat so 'n diskresie net die bewysreg sal kompliseer. In sy tweede uitgawe²⁹ verklaar die outeur:

“Daar kan egter faktore van openbare belang ontstaan wat die toelating van sekere getuienis hoogs onwenslik maak . . . Die hof se stelling dat dit gevaarlik is om die deure vir sulke getuienis oop te maak, word met eerbied ondersteun.”³⁰

Ook Schmidt³¹ wat beweer dat die vraag nog nie finaal beantwoord is nie en Zeffert³² bevraagteken die bestaansreg van so 'n diskresie. Dié standpunt, so word respekvol aan die hand gedoen, is die gevolg van die feit dat beweer word dat getuienis juridies relevant moet wees, maar dan word die vraag of die hof 'n diskresie het om getuienis in geëigende gevalle uit te sluit as losstaande van die toets vir relevantheid gesien. Soos aanstons aange-ton sal word, is dit waarskynlik suiwerder om relevantheid net as logiese begrip en dus as substraat van die regsreël toelaatbaarheid te sien en om die diskresie dan te beskou as 'n kriterium waarmee toelaatbaarheid bepaal word, maar eers moet bepaal word of so 'n diskresie wel bestaan.

Cross,³³ alhoewel hy nie die rede vir die reël bespreek nie, verklaar:

“Whichever approach is adopted, allowance must be made for a considerable amount of judicial discretion with regard to the admissibility of evidence of low, though by no means insignificant probative value.”

Hoffmann³⁴ toon duidelik aan dat die hof wel 'n diskresie het by ooreweging van die getuienis om te bepaal of dit relevant is. Dit is dus deel van die evalueringsproses om by juridiese relevantheid uit te kom.

Schmidt³⁵ verklaar dat die regter die taak het om te bepaal “of die benadelingspotensiaal swaarder as die bewyskrag weeg” wanneer hy sy diskresie uitoefen. Die siening is egter, met respek, te eng omdat die diskresie nou van 'n enkele faktor afhanklik gemaak word en nie van die bestaan van 'n regsreël nie.³⁶ Daar kan ander faktore genoem word op grond waarvan die hof reeds sy diskresie uitgeoefen het om logies relevante getuienis wat 'n hoë mate van bewyskrag het, uit te sluit. Sodra ons egter die reël met voorbeelde probeer bewys, of die reël aan 'n enkele faktor koppel, is dit nie regs-wetenskaplik verantwoordbaar nie.

Die uitsluiting van logies relevante getuienis wat bewyskrag het, kan net met 'n beroep op die regs-oortuiging van die gemeenskap geskied. Hier het ons met 'n regs-begrip te doen wat nie op losse voet staan nie.³⁷ Dat dit

²⁸Suid-Afrikaanse Strafproses (1e uitg 1967) 309.

²⁹390.

³⁰Die saak waarna verwys word, *Forbes* 1970 2 SA 594 (K) word hierna bespreek.

³¹256.

³²1970 *SALJ* 402.

³³23.

³⁴18.

³⁵263 en 296.

³⁶Die outeur verklaar natuurlik self dat die praktyksreël 'n regsreël is. Dat die benadelingspotensiaal wel 'n faktor is wat in ag geneem kan word by die beslissing of die hof sy diskresie moet uitoefen of nie, is wel so – *Solomons* 1959 2 SA 352 (A).

³⁷Sien NJ van der Merwe 1975 *SALJ* 174. Hiemstra 390 se standpunt: “billikheids-ooreweging is 'n vae kriterium”, kan, met respek, nie onderskryf word nie.

'n regsbegrip is, doen egter nie afbreuk aan die feit dat dit 'n soepel begrip is wat die hof ten aansien van enige feitlike situasie kan toepas om te bepaal of getuienis relevant is nie.

Daar kan ongelukkig nie aangevoer word dat die howe in die verlede eenstemmig was ten aansien van die bestaan van die reël of die toepassing daarvan nie. In *Velekaze*³⁸ verklaar regter Ramsbottom:

"I do not know of any rule of law which entitles a judge to exclude evidence which, in strict law, is admissible only on the ground that its value is small and its potential prejudice great."

In *Khan*³⁹ word so 'n reël wel erken maar net op grond van die nadeel wat dit vir die beskuldigde mag inhou.⁴⁰ In *Solomons*⁴¹ word die reël erken sonder om op die bestaansreg daarvan in te gaan, maar dit blyk dat die hof die getuienis sal uitsluit wanneer die benadeling vir die beskuldigde buite verhouding tot die bewyswaarde daarvan is.

Die kentering, so word respekvol in oorweging gegee, het met die uitspraak in *Forbes*⁴² ingetree. Hier was nie 'n geval waar die hof die voordeel van die getuienis vir die staat teenoor die benadeling wat dit vir die beskuldigde mag inhou teen mekaar kon opweeg nie. Die hof sluit egter die getuienis uit en verklaar dat sy beslissing "is justifiable on a far more fundamental ground, viz, on the consideration of public policy . . ."⁴³ Hier het ons dus 'n duidelike beroep op die boni mores deur die hof om tot 'n beslissing te kom.

In *Smit v Van Niekerk*⁴⁴ het die hof van hierdie norm gebruik gemaak om te bepaal of 'n swygreg aan 'n geestelike toegeken behoort te word en bevind dat die regsdoortuiging van die gemeenskap dit nie vereis nie. In *Mushimba*⁴⁵ waar dit oor die vraag na beroepsprivilegie gegaan het, haal hoofregter Rumpff met goedkeuring aan uit die uitspraak in *Kuruma v Son of Kaniu*⁴⁶ waar verklaar word:

"No doubt in a criminal case the Judge always has a discretion to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against an accused."⁴⁷

Hy gaan dan voort:

"Daar is verskillende uitsprake in ons eie reg wat nie op 'n vasomskrewe beginsel wys nie, en die moontlikheid van 'n diskresionêre bevoegdheid van die Hof is waarskynlik nie uitgesluit nie."

³⁸1947 1 SA 162 (T) 168.

³⁹1954 2 SA 340 (A) 342.

⁴⁰Sien ook *Roets* 1954 3 SA 512 (A).

⁴¹supra.

⁴²1970 2 SA 594 (K).

⁴³Die staat wou die beskuldigde se verklaring aan 'n psigiater te Valkenburg tydens observasie gemaak, aanbied om sy skuld te bewys.

⁴⁴1976 4 SA 293 (A) 302 e.v.

⁴⁵1977 2 SA 829 (A) 840.

⁴⁶1955 1 All ER 236 239.

⁴⁷Die stelling bevestig die uitsprake van lord Du Parcq in *Noor Mohamed v R* 1949 1 All ER 365 370 en lord Simon in *Harris v Director of Public Prosecutions* 1952 1 All ER 1044 1048 maar gaan ook, so word aan die hand gedoen, verder deur nie die diskresie van 'n enkele faktor afhanklik te maak nie.

Ook in *Bergh*⁴⁸ beantwoord hoofregter Rumpff die vraag of 'n verklaring relevant (en toelaatbaar) is "op grond van logika, gesonde verstand en billikheid",⁴⁹ wat duidelik ook 'n beroep op die regsdoel van die gemeenskap is.

Uit bogenoemde uitsprake en ook uit die van regterpresident Cillie in *French-Beytagb(3)*⁵⁰ blyk duidelik dat die diskresie wat die hof het om, op grond van sy vertolking van wat billik is ooreenkomstig die regsdoel van die gemeenskap, getuieas as ontoelaatbaar of toelaatbaar aan te merk in baie gevalle van deurslaggewende belang is. Dat hierdie diskresie 'n kriterium is wat steeds aanwending vind by die bepaling van die toelaatbaarheid van getuieas kan nie meer ontken word nie. Die enigste probleem is tans nog om te bepaal of dit aanwending vind by die vraag na wat relevant is en of dit 'n selfstandige toelaatbaarheidskriterium is.

Indien aanvaar word dat 'n hof hom wel op die boni mores kan beroep by die beslissing of aangebode getuieas relevant is of nie kan die evalueringproses waarna appèlregter Schreiner verwys het⁵¹ soos volg saamgevat word: In die eerste plek moet die getuieas logies relevant wees. Dit is 'n omstandigheid wat, soos hierbo aangetoon, die bestaan van 'n feit in geskil meer of minder waarskynlik maak deur die aanwending van "common sense and experience". In die tweede plek moet die getuieas nie slegs bewyskrag hê nie, maar moet dit oor 'n sekere graad van bewyskrag beskik. In die derde plek moet die regsdoel van die gemeenskap nie verg dat die getuieas uitgesluit word nie. Indien getuieas aan hierdie standaarde voldoen, kan gesê word dat dit juridies relevant is. Om te bepaal of die juridies relevante getuieas toelaatbaar is, moet voorts net bepaal word, so word gewoonlik geleer, of dit nie deur 'n uitsluitingsgrond, soos hoorsê of privilegie, uitgesluit word nie. Die vraag is egter of sodanige uitsluitingsgronde werklik juridies relevante getuieas uitskakel. Is die posisie nie eerder dat sodanige gronde aantoon dat die getuieas juis nie juridies relevant is nie? Kortom, is die begrippe juridiese relevantheid en toelaatbaarheid skeibaar?

Alhoewel hierbo ooreenkomstig ingeburgerde spraakgebruik van ons praktyk beswaar gemaak is teen appèlregter Schreiner se gelykstelling van juridiese relevantheid met toelaatbaarheid,⁵² moet toegegee word dat die begrip juridiese relevantheid, suiwer gesien, nie van toelaatbaarheid los te maak is nie. Dit word byvoorbeeld tans algemeen aanvaar dat die toelaatbaarheid van getuieas waarin 'n persoon sy opinie uitspreek of waar 'n getuie bewerings in verband met 'n ander persoon se karakter maak suiwer op die relevantheid daarvan berus.⁵³ Hiermee word bedoel, so kan ons aanvaar, juridiese relevantheid.

Tans word nog deur ons howe van die standpunt uitgegaan dat hoorsê, privilegie en statutêre bepalings wat getuieas uitsluit almal toelaatbaar-

⁴⁸1976 4 SA 857 (A).

⁴⁹869C.

⁵⁰1971 4 SA 571 (T) 573.

⁵¹*Matthews* supra.

⁵²*Matthews* supra 758.

⁵³1976 *SALJ* 275.

heidsreëls is, wat losstaande van die juridiese relevantheidsreël staan. Hoorsê-getuienis is ontoelaatbaar omdat dit as onbetroubaar beskou word. Dit beteken dus net dat dit nie oor genoegsame bewyskrag beskik om as juridies relevant aangemerkt te word nie. Indien dit wel betroubaar is soos in die gevalle wat as uitsonderings op die hoorsê-reël bekend is, behoort daar geen rede te wees waarom dit uitgesluit moet word nie. Privilegie in enige vorm, asook artikel 217 van Wet 51 van 1977, wat sekere bekennisse as ontoelaatbaar aanmerk, is slegs voorbeelde van gevalle waar die regsoortuiging van die gemeenskap dit as onbillik beskou dat sodanige getuienis toelaatbaar moet wees. So gesien word juridiese relevantheid en toelaatbaarheid sinonieme en kan die begrip juridiese relevantheid met grasia uit ons regsterminologie verdwyn.

Word eenmaal met die denkbeeld van sogenaamde juridiese relevantheid weggedoen, kom die begrip toelaatbaarheid nie alleen tot volle wasdom nie, maar kan dit ook in suiwer perspektief met relevantheid as uitgangspunt geplaas word. Relevantheid is dan slegs 'n verskynsel van die logika wat aantoon dat die aangebode getuienis die bestaan van 'n feit in geskil meer of minder waarskynlik maak. Toelaatbaarheid weer is 'n regsbegrip. So beskou is relevantheid vanselfsprekend 'n onontbeerlike voorvereiste vir toelaatbaarheid, maar beslis nie die enigste nie. Twee verdere hekkies moet oorgegaan word alvorens toelaatbaarheid bereik word. Eerstens moet die bewyswaarde van die relevante getuienis 'n sekere minimum oorskry en tweedens moet die getuienis nie teen die boni mores indruis nie.

Die plig wat die hof het om op grond van wat billik is ooreenkomstig die regsoortuiging van die gemeenskap, relevante en bewyskrachtige getuienis uit te sluit, is dus die finale versperring in die weg van toelaatbaarheid. In sommige gevalle, byvoorbeeld privilegie, het die billikheidsgevoel van die regsgemeenskap reeds uitgekristalliseer en is 'n beroep op die beginsel nie nodig nie. In ander gevalle mag dit wel nodig wees om die toets van die boni mores direk aan te wend. □

The power to tax is not the power to destroy while this Court sits.

Panhandle Oil Co v Knox 277 US 223 (1928).

The theory of collective bargaining

J Piron

B IurLL D

University of South Africa

OPSOMMING

Tot op hede is daar weinig aandag geskenk aan teorieë wat die kollektiewe bedingingsproses verklaar. Die meeste teorieë verklaar kollektiewe bedinging aan die hand van die kollektiewe ooreenkoms. Van die mees bekende teorieë is die volgende:

1 Die sogenaamde "marketing concept"-teorie. Volgens hierdie teorie bepaal 'n kollektiewe ooreenkoms die voorwaardes waarvolgens arbeidsvermoë in die toekoms aan 'n bepaalde onderneming beskikbaar gestel sal word. Hierdie teorie neem nie die permanente verhouding tussen werkgewer en werknemer in ag nie. Verder is dit grondliggend aan hierdie teorie dat kollektiewe ooreenkomste in 'n privaatregtelike kader gesien word.

2 Die sogenaamde "constitutional government"-teorie. Leiserson sien die kollektiewe ooreenkoms as 'n grondwet vir 'n bepaalde sektor van die nywerheid.

3 Die sogenaamde "joint-management"-teorie. Volgens hierdie teorie is kollektiewe bedinging 'n ko-bestuursproses tussen arbeid en die bestuur ten opsigte van bepaalde sake.

4 Die standpunt van Flanders. Volgens Flanders is kollektiewe bedinging 'n normatiewe proses, 'n magsverhouding tussen organisasies en ook 'n politieke proses. Dit is egter nie, soos die Webbs aangevoer het, die kollektiewe eweknie van individuele bedinging nie.

In Suid-Afrika moet die Suid-Afrikaanse regs werklikheid in ag geneem word voordat 'n bedingingsteorie ontwikkel kan word. In Suid-Afrika kan kollektiewe bedinging verklaar word aan die hand van selfregering in die industrie. Sodanige selfregering is analoog aan die regeringstelsels wat in die tuislande te vinde is. Net soos die tuislande het sektors van die nywerheid wetgewende bevoegdheid oor sekere aangeleenthede. Hierdie wetgewende bevoegdheid is beperk tot sake wat die arbeidslewe raak.

There are basically three ways of fixing wages and conditions of employment. These are: individual bargaining where the individual worker negotiates his conditions of work with his employer, the regulation of wages and conditions of employment by the state, and collective bargaining.¹ In most advanced industrial countries priority is given to collective bargaining over other methods of external job regulation.²

¹Flanders *Collective Bargaining: What is Wrong with the System* (1965) 21 distinguishes five methods of internal job regulation other than collective bargaining. Trade unions can bind their members unilaterally to "observe working rules which 'the other side' has had no say in the making, and employers' organizations can do the same". It is submitted that these two methods are really more complex versions of individual bargaining, as the unilateral fixing of conditions of employment only regulates the individual bargaining, which is to take place later between individual employer and worker. Thirdly, maintains Flanders, there is a form of tripartite regulation "in which three parties are involved: independents or public representatives as well as unions and employers". This method, it is suggested, is really a form of collective bargaining with elements of outside control. The fourth and fifth methods, according to Flanders, are state and social regulation, "the one by statute or common law and the other by custom and convention".

²Flanders *System* 21.

Having regard to the importance of collective bargaining in national, social and economic life today, one would expect to find a host of theories explaining the legal nature of collective bargaining. In fact this is not so, and one often looks in vain for legal explanations of collective bargaining.³ One reason for this is that attention has mainly been focused on the legal nature of the collective agreement, and that collective bargaining has been regarded as being ancillary thereto.⁴ As this article is concerned with collective bargaining and not the collective agreement, the legal theories on the collective agreement will not be discussed, and attention will be confined to the leading theories regarding collective bargaining itself.

1 THE MARKETING CONCEPT THEORY

This theory of collective bargaining is explained by reference to the collective agreement. According to this theory⁵ an agreement states the terms under which "labor will continue to be supplied to a company by its existing employees, and by those newly-hired as well".⁶ This turns collective bargaining into a "sale"⁷ of labour, and the collective bargaining process becomes the "sale" of a commodity. The workers thus "sell" their labour through a common agent, the trade union, and the wages and terms of employment are worked out collectively.⁸ According to a recent study⁹ this theory has its origin in the history of United States labour when the "price list" took the place of the collective agreement. This list contained the price rates to be paid for different jobs.

The principal objection to this theory is that it takes no account of the continuing relationship between the partners to the contract.⁹ Once the collective bargaining agreement is drawn up it would appear from this theory that the relationship between the contracting parties is terminated. In actual fact the aim of collective bargaining is to set up a framework within which parties can work to keep contact with each other and to preserve industrial peace. This objection is forcefully illustrated when one takes into account the differences between dynamic or institutional and static or contractual collective bargaining. The differences between these two types of bargaining are well illustrated by Kahn-Freund:¹⁰

³This is regrettable. As Flanders *System 9* has said: "An indiscriminate accumulation of facts leads not to conclusions but to confusions. Some framework of theoretical analysis, however rudimentary and provisional, is always needed to order one's enquiry and to arrive at general propositions." Although dealing with industrial relations as a whole, it is submitted that these words apply, a fortiori, to collective bargaining.

⁴On legal theories concerning collective agreements see Casey "Collective Agreements: Some Scottish Footnotes" 1973 *The Juridical Review* 22; Hunter "Collective Agreements, Fair Wages Clauses and the Employment Relationship in Scots Law" 1975 *The Juridical Review* 47; Hueck-Nipperdey *Lehrbuch des Arbeitsrechts* (1968) 215; Wichahn *Administrativrecht* (1965 unpublished doctoral treatise).

⁵See Chamberlain *Collective Bargaining* (1951) 121 et seq for discussion.

⁶Chamberlain 121; Flanders *Collective Bargaining: A Theoretical Analysis* (1968) 18.

⁷The "sale" of labour is anathema to modern labour lawyers who prefer to see labour potential as a personality right and not as something to be bought and sold.

⁸*Institute for Labour Studies Bulletin* no 6 (1970) ILO 160; Randle and Wortman *Collective Bargaining Principles and Practices* (1966) 30.

⁹*Institute for Labour Studies Bulletin* 160.

¹⁰Kahn-Freund *Labour and the Law* (1972) 57.

“‘Contractual’ is here simply intended to mean that the parties, that is, the employer or employers’ association and the union or unions, come together, negotiate, arrive at an agreement, and then disperse, to renew their negotiations as the need arises either because the time of the expiry of the agreement approaches or, if there is no time limit, either side desires a change. By contrast the ‘institutional’ or ‘dynamic’ method consists in the creation of a permanent bilateral body, known as a joint industrial council, a conciliation board, a joint committee, on which both sides are represented by an equal number of members, sometimes (in a minority of cases) with an independent chairman presiding. To this body the parties give a constitution and a code of procedure, but they leave it to the body thus created by unanimous resolutions to settle the wages and other substantive conditions of the industry.”

It is clear that the marketing concept of the collective agreement does not allow adequately for dynamic collective bargaining. The question may, of course, be asked whether the nature of the collective bargaining, be it static or dynamic bargaining, is of any importance. The importance of having dynamic as opposed to static bargaining lies in the fact that, in the case of static bargaining, the risk of strikes will be greater than in the case of dynamic bargaining. Permanent channels of communication between the two sides of industry do not exist in pure static bargaining, with the result that misunderstandings and grievances may not always be timeously brought to the notice of the other side of industry. It must be remembered that the interests of the public must also be protected, and one of the consumer’s principal expectations is “that there will be an uninterrupted flow of goods and services”.¹¹ A structure must be created which will ensure a minimal amount of strikes and a maximum amount of industrial peace. It would seem that a dynamic collective bargaining structure is to be preferred to a static collective bargaining structure. The dynamic system of collective bargaining is prevalent in England and Belgium¹² and, it is submitted, in South Africa.

A further objection to this theory is that it relegates the collective agreement to the realm of private law without taking into account the particular legal problems connected with the collective agreement. This point of criticism is not explored here as it relates more properly to the collective agreement, and not to collective bargaining.

2 THE CONSTITUTIONAL GOVERNMENT THEORY

This theory of collective bargaining may be inferred from Leiserson’s view of the collective agreement. Leiserson sees the collective agreement as a constitution for the industrial government of the territory covered by the agreement. Collective bargaining is then the process of writing a constitution.¹³ Until the agreement has been accepted each side of industry retains a veto right.

¹¹Kahn-Freund 53. The public interest in collective bargaining must not be lost sight of; the Webbs made this mistake when they saw collective bargaining as the collective equivalent of individual bargaining. As Flanders *System* 21 has remarked collective bargaining “involving as it does the use of power as well as the making of rules, is really a political process”.

¹²Kahn-Freund 57. For example, parties to collective agreements negotiate procedural as well as substantive rules to govern collective labour relationships.

¹³Leiserson (“Constitutional Government in American Industries” *American Economic Review* 1922 Supplement 61) states that: “We have, then, in these trade agreements,

This theory has been worked out to its logical conclusion.¹⁴ The government of the industry concerned has a legislature, an executive branch and a judiciary.¹⁵ The legislature is the shop and grievance committees. Because the basic agreement cannot deal with all the day to day problems that arise from running the industry, local union committees meet with management to solve these day to day problems, but their solutions may not conflict with the constitution, that is, the collective agreement. If necessary the basic agreement can be amended. "Laws" thus enacted have validity only for the "territory" or industry concerned, and are null and void if they conflict with the constitution. The executive of the government of industry is the management. They have the right of initiative, within the framework of legislation, to change methods of production, machinery, standards of quality, organization of personnel, and so on. These matters are usually not provided for in the collective agreement. In this scheme it is clear that management could fail to comply either with the constitution or with the statutes. A similar fate may befall the shop committees. To cater for this contingency judicial machinery is required. This machinery is provided by grievance procedures and arbitration. When rights have been denied in practice the matter is referred to joint tribunals, where procedural requirements are examined and reviewed as are the merits of the case. In this way industry is run as a type of state.

This theory requires some comment. Firstly, it is obvious that it possibly succeeds in all its points only as regards American law and American government. The theory can fit the realities of American collective bargaining procedure and must be seen subject to this restriction. This does not mean that the basic theory, self-government of industry, does not fit South African collective bargaining reality.

Secondly, the creation of an industrial judiciary seems to create a kind of industrial common law, built up by tribunals dealing with labour matters. This law would appear to involve –

"the application of principles which find their source elsewhere than in the written law of constitution or legislative statute, but which by force of cumulation and precedent can be stated with the consistency logic and vitality that no other form of law has to a greater degree".¹⁶

nothing less than constitutions for the industries which they cover; constitutions which set up organs of government, define and limit them, provide agencies for making, executing, and interpreting laws for the industry, and means for their enforcement."¹⁷ See also Chamberlain 125 et seq. This theory is discussed in *Institute for Labour Studies Bulletin* 161 et seq. It is founded on two assumptions, firstly that management and the union share power over the workers in the work place and secondly, that management and the union constitute a joint defence against interference by the government. See Randle and Wortman 31. The second point is not dealt with here as being irrelevant to the collective bargaining process. The question of existing outside interference is not so much a matter of law as a matter of policy. Legally, the industry cannot resist outside interference from government precisely because it is the legislature which determines the scope of its collective bargaining powers.

¹⁴See Chamberlain and Kuhn *Collective Bargaining* (1965) 122 et seq.

¹⁵The following exposition is that given in Chamberlain and Kuhn 122 et seq. See also Randle and Wortman 30 and Flanders *Analysis* 18 et seq.

¹⁶*Institute for Labour Studies Bulletin* 166 quoting Chamberlain and Kuhn 126.

Should one apply the analogy of industrial self-government in the form propounded above to South African collective bargaining, the notion of a separate body of collective bargaining law being built up is a viable proposition subject to some qualifications. In South Africa the final say in collective bargaining matters on points of law still vests in the courts,¹⁷ so a body of collective bargaining law would consist of decisions by the supreme court and relevant decisions of the industrial tribunal, which does in practice follow its own decisions,¹⁸ a measure which lends some degree of certainty to its proceedings. It must also be remembered that this body of law would, at the moment, and perhaps even for some time to come, be very limited in volume. This, it is submitted, is owing to the small number of workers covered by collective bargaining machinery in South Africa and the general lack of labour consciousness prevalent in South Africa.

Thirdly, this explanation of collective bargaining, it has been maintained, does not seem to be as much a theory as an analogy. It would thus be dangerous to treat the explanation as if logically necessary implications could be deduced from it.¹⁹ This view must be treated with circumspection. A theory may mean:

“A hypothesis proposed as an explanation; hence, a mere hypothesis, speculation, conjecture; an idea or set of ideas about something; an individual view or notion.”²⁰

Without essaying a conceptual analysis of this matter it is submitted that the view expressed in the Labour Studies Bulletin is open to criticism, for in one sense at least, a theory does not mean that logically necessary implications must be capable of being deduced from it. It is in the sense given by the *Oxford Dictionary* that the word “theory” is used in this study. A theory can take many forms. It is submitted that the theory on which the above analogy is based is the theory of industrial self-government or industrial democracy.²¹ In another form this theory will be elaborated later.

3 THE JOINT-MANAGEMENT THEORY²²

Related to the above theory which proceeds on a basis of self-government in industry, is the theory that the collective bargaining system is a method of joint management. According to this view the trade unions share managerial power in those areas of decision making in the business which are covered by collective bargaining. Management continues to issue the orders, but the union must be consulted and also agree whether the orders which management gives are lawful. This in many cases involves interpretation of the collective agreement and extension of the agreement at lower administrative levels consonant with the terms of the agreement. It is submitted

¹⁷Compare in this regard the Industrial Conciliation Act s 16(5).

¹⁸Wiechers *Administratiefreg* (1973) 33 et seq.

¹⁹*Institute for Labour Studies Bulletin* 166.

²⁰*Shorter Oxford English Dictionary* 2167.

²¹Flanders *Analysis* 19 maintains that this theory is based on the introduction of a rule of law into employer-employee relations, while the third theory (see next paragraph) is based on industrial democracy. Industrial democracy is used by him in a different sense to the sense it is used in this article.

²²*Institute for Labour Studies Bulletin* 165; Randle and Wortman 31; Chamberlain 130 et seq.

that the chief shortcoming of this theory is that it does not place enough emphasis on the fact that the two sides in industry are opposed to each other. Harmonious co-operation between the two sides of industry is, by the very nature of the interests involved, practical only to a limited extent. Furthermore, it is not clear how far this co-operation extends or should extend, for, to answer this question, the interests of the workers must be demarcated in relation to management as a whole, and such demarcation can lead to a great amount of confusion and trouble. If the workers state their claims on specific issues this problem is avoided and certainty in the daily execution of collective bargaining and collective bargaining agreements is achieved. Another danger in over-emphasizing the co-operation between workers and management is outlined by Kahn-Freund:

"[T]his belief that there are not really two sides of industry may induce enlightened employers to hinder their workers in exercising their freedom of organization, to refuse negotiations with genuine trade unions and to set up sham organizations controlled by management. It may also be invoked by enlightened employers inclined to adopt an attitude of paternalistic benevolence. It may however also (whether consciously or not) have a powerful influence on the minds of trade union leaders anxious to blur the line between labour and management attaching exaggerated hopes to 'participation' and elevating 'co-determination' almost to the level of a religious belief . . ."²³

The above theories would seem to represent a summary of United States learning on the subject of collective bargaining theory. Indeed, as eminent an authority as Chamberlain stated that all the theories of the collective bargaining process could be summarized in the marketing theory, the governmental theory, and the management theory.²⁴

The notion that a collective agreement is a contract pure and simple has given rise to other theories, one of which is that a collective agreement is a third party beneficiary contract. This theory, which has lost popularity, propounds the view that a collective agreement can operate as a third party beneficiary contract and that individual members can, either against an employer or workers' association claim rights in the capacity of third parties for whose benefit the agreement has been made.²⁵ This theory need not be discussed as it finds no application in South African law. It has been laid down in South Africa that the collective agreement is "a piece of subordinate domestic legislation".²⁶ A similar theory is the agency theory, which holds that, in bargaining, the union is acting as the agent of its members.²⁷ This

²³Kahn-Freud 20. This danger was seen by Chamberlain and Kuhn. In their exposition of this theory, they remark on 131 that "[i]n these and other transactions where the union leaders participate in making management policy, they must be responsible to their superior union officials and mindful of their rights and duties under the agreement if they are not to threaten the whole structure of functional organization within the company".

²⁴Randle and Wortman 30.

²⁵Kahn-Freund 73 et seq, discussed by Casey 36 et seq. Part of the collective agreement, the substantive part, seems to be explained by this means in Germany. Hueck-Nipperdey vol II 215 states that: "Der Tarifvertrag kann in seinem schuldrechtlichen Teil ein Vertrag zugunsten Dritter, nämlich der Mitglieder der Tarifparteien, sein . . ." See also *Biedenkopf Grenzen der Tarifautonomie* (1964) 25 et seq.

²⁶*S v Prefabricated Housing Corporation* 1974 1 SA 535 (A).

²⁷Casey 41 et seq.

view is rejected by Casey, Wedderburn and Kahn-Freund.²⁸ As with the third party beneficiary theory the agency theory has no substance in South African law in view of judicial dicta on the point.²⁹ It is submitted that these dicta are correct and that on a basic view of the practical collective bargaining system an agency theory is untenable. The theory is not discussed.

Theories which are based on the view that the collective agreement is a contract would entail that the importance of a theory as regards the collective bargaining *process* is relegated to the background and the whole question of collective agreements should then be more carefully dealt with in the ordinary law of contract.

4 THE THEORY OF FLANDERS

An important contribution to the theory of collective bargaining is the exposition by Flanders.³⁰

He explains collective bargaining by analysing the theory of the Webbs.³¹ The Webbs saw collective bargaining, mutual insurance, insurance and legal enactment as methods used by trade unions to further their basic purpose of improving the standards of the working lives of their members.³² However, they looked at collective bargaining only from the point of view of the trade union, and did not consider the interest of the employers in collective bargaining. From their work it appears that they saw in collective bargaining the collective equivalent of individual bargaining. Flanders maintains that this view is open to a fundamental theoretical objection: in comparing collective bargaining to individual bargaining, and in seeing collective bargaining as the collective equivalent and alternative to individual bargaining, the Webbs "were not comparing like with like".³² Individual bargaining provides for an exchange of work for wages and, for the time being, the conflict of interests between the "buyer" and the "seller" of labour are adjusted. A collective agreement, however, does not commit anyone to "buy" or "sell" labour. The agreement ensures that when labour is "bought and sold" the transaction will comply with the provisions of the agreement. From this is deduced the first characteristic of collective bargaining; that is, collective bargaining is a rule-making process "which has no proper counterpart in individual bargaining".³³ Furthermore, trade unions do not bargain only for wages and hours of work as in the case of individual bargaining. By the device of restricting the number of workers entering into specific work³⁴ competition is regulated by restricting the supply of labour.

²⁸See for example Kahn-Freund 72.

²⁹*Prefabricated case and SA Association of Municipal Employees v Pretoria City Council* 1948 1 SA 17 (T).

³⁰Flanders *Analysis* 1 et seq. This exposition has been considered the only legal analysis reconcilable with social reality by Kahn-Freund 72.

³¹The theory of the Webbs, as expressed in *Industrial Democracy*, is not dealt with in detail because it is an economic theory and not a legal theory. For the purposes of this study Flanders' criticism of the Webbs' theory would seem sufficient. The exposition following is that of Flanders.

³²Flanders *Analysis* 1 et seq.

³³Flanders *Analysis* 4.

³⁴For example, regulation as to apprenticeship quotas and limitations on the employment of women.

This regulation involves the “buyers” or “sellers” of labour amongst themselves which is different to collective bargaining. The Webbs thus place the functions of trade unions on a par with those of a trading monopoly.³⁵ Throughout their exposition the Webbs treated collective bargaining as an economic institution.

According to the Webbs, bargaining conducted by trade unions with employers can be legitimately equated with the bargaining by individual workers. But these two methods of regulating conditions of employment are not complete alternatives for they can both take place at the same time. Collective bargaining does not do away with individual bargaining, it lays down certain limits beyond which labour market bargainers cannot go. Thus collective bargaining really regulates individual bargaining rather than replaces it.³⁶

The second feature of collective bargaining, maintains Flanders, is that collective bargaining is a power relationship between organizations.³⁷ The primary function of trade unions “is the organization of their economic power derived from the possession and collective exercise of the will to work or abstain from work – a power exercised as truly in the negotiation of agreements as in the conduct of strikes”.³⁸ Collective bargaining is thus also a political process.

Thus, far from being purely an economic process, collective bargaining is a political institution. To discover further characteristics of collective bargaining, Flanders maintains, one must not compare collective bargaining to individual bargaining, but one must rather compare it to other rule-making processes of industrial relations, such as legislation or statutory orders. When collective bargaining is compared to these other processes it is found to differ in its authorship in

“the fact that they³⁹ are jointly determined by representatives of employers and employees who consequently share responsibility for their contents and observance”.⁴⁰

This does not, of course, mean that they enjoy complete autonomy in their rule-making activities.

Having shown that the Webbs’ theory of collective bargaining is misleading Flanders also shows that it is inadequate.

Firstly, the theory overlooks the social consequences and achievements of collective bargaining. Flanders maintains that trade unions have lost their character as a social movement and have become business organizations in selling a service⁴¹ to their members. But while trade unions do regulate the price of labour, it must be realized that labour is more than a commodity in that it cannot be isolated from the personality of the worker. When the trade

³⁵Flanders *Analysis* 5.

³⁶Flanders *Analysis* 6.

³⁷Harlison *Industrial Relations Challenges and Responses* 61, quoted in Flanders *Analysis*.

³⁸Milne 211 quoted in Flanders *Analysis* 6 et seq.

³⁹That is collective agreements.

⁴⁰Flanders *Analysis* 8.

⁴¹This service being the securing of material gain.

unions conduct collective bargaining they not only secure material gains, but establish rights in industry.⁴² Thus trade unions act in a dual capacity as pressure groups and, together with the employers, as private legislators. Furthermore, the social consequences of collective bargaining are not confined to determining rights of workers with regard to remuneration. Collective bargaining also regulates such matters as discipline, dismissal, promotion, etc. Thus, in effect, a system of industrial jurisprudence is built up, and trade unions create "a secondary system of industrial citizenship parallel with and supplementary to the system of political citizenship".⁴³

Secondly, negotiations in collective bargaining do not have in mind only the conflicting interests of their constituents as "buyers" and "sellers" of labour. Thus a negotiator may not press a temporary bargaining advantage to the full because it could raise exaggerated expectations amongst his constituents, which could strain the relationship between him and "the other side" at some later date. Many other factors, not of an economic origin, also play a role in collective bargaining.⁴⁴

Thirdly, the Webbs envisaged conflicting interests between "buyers" and "sellers" of labour to be limited to the economic sphere. In fact since the relationship between the organized groups who take part in collective bargaining is a political one, both sides are interested in the distribution of power between them as well as in the distribution of unions.⁴⁵ Disputes over provisions for enforcing union membership are a case in point.

Flanders mentions two other factors which must be taken into account in collective bargaining theory.

Firstly, he maintains that it must not be assumed that there is homogeneity of interest on each side of the bargaining table. Within the trade unions and the employers' organizations there are further groups which have their own sanctions, sanctions which the organizations concerned cannot or will not control. A specific example is the "pull down of authority" in Great Britain from full-time trade union officials to shop stewards.⁴⁶

Secondly, a determination of priorities must be made by both sides in the bargaining process. This existence of conflicting priorities is also owing to the lack of homogeneity in the trade union and in management.

Having thus reviewed theoretical aspects of collective bargaining, Flanders maintains that trade unions do not "bargain" with employers in the economic sense of the word:⁴⁷

"They negotiate collective agreements with them to regulate bargaining and competition in labour markets, but also their own procedural relations and, now increasingly, managerial relations arising out of managerial authority within the firm. Since collective agreements represent a body of jointly agreed rules of varying

⁴²The right to a defined rate of wages, the right to have to work only a certain number of hours, the right to paid holidays etc. See Flanders *Analysis* 12.

⁴³Marshall *Sociology at the Crossroads and Other Essays* 97, quoted in Flanders *Analysis* 13.

⁴⁴See Flanders *Analysis* 14 et seq.

⁴⁵Flanders *Analysis* 16.

⁴⁶Flanders *Analysis* 24.

⁴⁷Flanders *Analysis* 25.

degrees of precision or generality, and the process of negotiation in arriving at them is best conceived as a diplomatic use of power, trade unions operate primarily as political, not economic, institutions."

From this view, he maintains, two implications follow. Firstly, a trade union's behaviour in industry and politics does not only reflect its members' interests. It is also interested in its survival and growth and it takes account of long-term goals. These interests of the trade union are championed by its officialdom, most articulately in the form of its leaders.

Secondly, trade unions are valued not so much for their bargaining achievements as for their capacity to protect the workers' dignity. If one views a trade union from this angle workers have an interest in trade unions because the regulation of labour markets and labour management defines their rights –

"and consequently their status and security, and so liberates them from dependence on chance as directly as possible in the making and administration of these rules in order to have a voice in shaping their own destiny and the decisions on which it most depends".⁴⁸

This does not mean that the workers have no interest in wages and hours of work, but it does mean that permanent organizations cannot be built on this foundation.

The exposition of Flanders calls for comment. Firstly, as he himself remarks, the institution of collective bargaining has changed over the years⁴⁹ with the result that the Webbs cannot be too severely criticised for holding their views at that time. It seems further that no universal theory of collective bargaining can be found because the institution has changed over the years and will probably continue to do so.

Secondly, quite aside from the fact that no universal theory of collective bargaining valid for all time can be found, it is doubtful whether one could find a universal theory of collective bargaining for a moment in time which will be valid for all systems. The above exposition of collective bargaining theory seems to describe the system prevalent in Great Britain. It is submitted that Flanders' theory, taking into account the positive South African situation, cannot be applied with equal felicity to South African law. One example illustrates this: trade unions in Great Britain can take part in political activities, but this is not possible for trade unions in South African law.⁵⁰ The same is true of employers' organizations. Consequently, Flanders' view on the political aspect of trade unions must be seen with some reservation in a South African context. This does not mean that South African trade unions and employers organizations have no political significance. These organizations have political significance in South Africa de facto, and this is a phenomenon no legislation can prohibit, but the political influence is a question of degree not principle. Applying this truism the political influence of trade

⁴⁸Flanders *Analysis* 26.

⁴⁹Flanders *Analysis* 20 states: "The evolution of thought on collective bargaining since their [ie the Webbs] time, however, reflects in part an evolution of the institution itself."

⁵⁰s 8(6)(c) and (d) of the Industrial Conciliation Act of 1956.

unions and employers' associations in South Africa is less than it is in Great Britain.

Thirdly, Flanders, like the Webbs, deals with collective bargaining from a trade union point of view. This in no way affects the validity of his arguments or detracts from the fullness of his exposition.

This would appear to summarize the main thoughts of collective bargaining theory prevalent today.⁵¹ An attempt must now be made to propound a theory of collective bargaining which is consonant with South African legal reality.

In South Africa collective bargaining in terms of the Industrial Conciliation Act works on the principle of self-government of industry on an industrial and regional level. Thus far the words industrial democracy and self-government in industry have been used interchangeably. In fact the exact scope of these terms is by no means clear. Industrial democracy, as the term is used at times by Flanders,⁵² is used in the context of the individual plant or factory and would involve the workers having representation in management.⁵³ Industrial democracy in this sense would be similar to the field of application, roughly, of the concept *Mittbestimmung* in Germany and *medezeggenschap* in Belgium. Industrial democracy is a political concept and the term should be used in a broader sense, namely, to denote industrial self-government of a particular industry in a particular area.⁵⁴ In this context the interchangeable use of the concept industrial democracy and self-government in industry is justified.⁵⁵

Self-government in industry in South Africa is analogous to the system of government of the Bantu homelands. Transkei before its independence is taken as an example. Transkei was, until recently, a state within a state. It had jurisdiction over certain matters laid down in its constitution and in a certain area. The Transkeian legislative assembly could not legislate outside the scope of the matters referred to.⁵⁶ All bills needed the assent of the state president who could refuse to sign them and could send them back with

⁵¹The Americans especially have done much work with regard to collective bargaining theory. These theories have not all been dealt with because, firstly, the eminent authorities Chamberlain and Kuhn maintain that all collective bargaining theories can be reduced to the marketing theory, the governmental theory and the management theory already treated – see Flanders *Analysis* 17 et seq. Furthermore some American theories are more economic theories than legal theories and as such cannot form a part of this article. An intensive survey of collective bargaining theory is, in any event, impossible, because it is the subject of a special study. Here an attempt is made to see collective bargaining in perspective, and hence only the main features of collective bargaining theory are dealt with.

⁵²Flanders *Analysis* 19.

⁵³Flanders *Trade Unions* (1968) 129 used the term “industrial democracy” to govern three types of arrangements: firstly, those arrangements whereby trade unions assist government departments or public agencies, secondly, those arrangements for consulting which exist between trade unions and employers, private or public in various industries and services and thirdly, the provision for joint consultation between management and workers in individual establishments.

⁵⁴This submission is made only for South African law.

⁵⁵Flanders *Management and Unions* (1975) 175 says: “Collective bargaining in industry is the equivalent and counterpart of democracy in politics.”

⁵⁶Verloren van Themaat *Staatsreg* (1967) 453.

recommendations. In industry an industrial council can legislate on certain matters for a certain industry in a certain area. Its constitution is founded on the Industrial Conciliation Act supplemented by the provisions of its own domestic constitution. The industrial council may not legislate beyond the scope of either the Industrial Conciliation Act or its own domestic constitution. All legislative enactments of the industrial council⁵⁷ must be forwarded to the minister of labour who is analogous to the state president in the industrial state. However, the minister has wider powers in practice than the state president. The minister, as "president of the industrial state", can approve or disapprove of relevant legislation.⁵⁷ He cannot, however, of his own volition change their content. However, while the state president is bound by convention to sign and pass bills,⁵⁸ in exercising his functions under the Industrial Conciliation Act the minister is not so bound. Only on the signing of the agreements do the agreements have any force or effect. A significant difference between legislation and collective agreements is that legislation is binding on every legal subject automatically. Collective agreements are binding only on the parties to the collective agreement unless the minister declares otherwise. The persons affected by an industrial agreement under an extended application order of the minister cannot object to the order. In the same way people who have the vote cannot object to legislation on the grounds that they did not vote for the government in power.

Unlike Transkei an industrial council cannot become an independent state.

The legislature of Transkei was the legislative assembly together with the state president. The legislature in the industrial sectors are the industrial councils and the minister. In the industrial council the members for the two parties, labour and capital, have equal representation. The process through which the industrial council legislates is collective bargaining.

The executive of Transkei was the cabinet which consisted of the chief minister and his five ministers.⁵⁹ There is no similar institution in industry, the industrial council operating on a much smaller scale.

As regards the judiciary Transkei had a high court and magistrate's courts. The South African appellate division of the supreme court had the same capacity in relation to the high court as it had in relation to provincial and local divisions of the supreme court.⁶⁰ As regards industry the judiciary consists of the industrial council itself, the industrial tribunal, arbitration machinery, the minister and the supreme court.

The following comment concerning this theory may be made. Firstly, it is by no means averred that the parallel between Transkei and a sector of industry for a certain area holds good for every aspect of these institutions.

⁵⁷Collective agreements.

⁵⁸See Verloren van Themaat 160 and 454. The Transkei Constitution Act made no provision for rejection of a bill by the state president. If the state president did not wish to agree to a bill and did not want to reject it either he could inform the legislative assembly that he was giving the matter thought.

⁵⁹Verloren van Themaat 448.

⁶⁰Verloren van Themaat 449 et seq.

The thesis on which collective bargaining is based is that collective bargaining, as an institution in South Africa, is the cornerstone of self-government in industry. By way of analogy it is contrasted with Transkei, which is a clear and easily understandable example of self-government within certain defined boundaries.

Secondly, the institution of conciliation boards, differing distinctly from the industrial councils, presents some problems. The major difficulty encountered in the explanation of a conciliation board is that it is only a temporary body and thus, in as far as it conducts collective bargaining, it is an example of static collective bargaining. The concept of static collective bargaining militates against a theory of self-government in industry as outlined above. A further difficulty encountered with the conciliation board is that it is primarily designed to settle disputes, and collective bargaining is only an important method used in the settling of such disputes. The conciliation board is auxiliary machinery which is to be used only if no industrial council exists to regulate a particular industry for a particular area. Subject to the qualification that the function of the conciliation board leans more heavily towards the settlement of disputes than pure collective bargaining, it would appear that the conciliation board, for the time it exists, can be explained by the same theory as is the case with the industrial council.

5 THE ROLE OF THE LAW IN COLLECTIVE BARGAINING

Despite the strong social, economic and political features of collective bargaining, the law plays a predominant role in the phenomenon of collective bargaining.

Prima facie it would appear that there is but a slight connection between the law and collective bargaining. This would seem to be so especially in view of the fact that there are few court decisions on collective bargaining, nor does the common law deal with collective bargaining.

The reason for the absence of court decisions is that the rules which are required in labour relations work *ex ante* while case law operates *ex post*:

“The normal function of a court is to lock the stable door after the first horse has bolted so as to keep the other horses in; normally it is only a statute that can protect the first horse.”⁶¹

The courts play a very important role in the interpretation of statutes, and the law of collective bargaining in South Africa is based largely on statute, but the courts only deal with the exceptional problems which arise out of ambiguity in the statutes. The law of collective bargaining in South Africa is thus not readily ascertained through the study of case law.

This does not mean that collective bargaining has little to do with the law or that it should not be an object of study for lawyers. Kahn-Freund writing about the English law remarks that

“whilst so far it [ie the law] may have done little to induce parties to bargain collectively, it did a great deal to help parties willing to bargain to come to terms, and, in an indirect way, it also encouraged the observance of concluded agreements”.⁶²

⁶¹Kahn-Freund 21.

⁶²Kahn-Freund 75-76.

He further distinguishes three aspects of labour law which govern collective bargaining and collective agreements – firstly, the law as a factor in promoting the bargaining process, secondly the law as a factor in promoting the concluding of agreements, and thirdly, the law as a factor in promoting the application and observance of agreements.⁶³ As this article is concerned only with the collective bargaining process, only the law as a factor promoting the bargaining process is considered in detail.

As is the case with the theory of collective bargaining, the role of law with regard to the collective bargaining process must be considered in a South African context.

The preservation and promotion of industrial peace is a desirable end. It is the function of the law to preserve and, where it can, to promote industrial peace. Collective bargaining is one of the main methods and is perhaps the best method to preserve and promote industrial peace in a capitalistically orientated country like South Africa.

As to the question of how the law will promote industrial peace, it is clear that, the above premises being accepted as sound, the law must create some system or other which will regulate collective bargaining. Here only one aspect of the system is mentioned, an aspect of the collective bargaining system which, at the moment, poses a universal problem. This problem may be formulated as follows: is it the function of the law to create a system of collective bargaining which the two sides can utilize if they wish, or must the system make provision for compelling the two sides of industry to bargain collectively. Further, if it is accepted that compulsion to bargain collectively must exist, to what *extent* should the law, as far as it is within the law's power to compel on a collective basis, compel parties to bargain collectively.⁶⁴

In South Africa the collective bargaining process proceeds on a purely voluntary basis as far as the law is concerned. Parties cannot be forced to bargain collectively. Whether this system is better than compulsory collective bargaining is a moot point. For the white workers in South Africa the voluntary collective bargaining system seems to work well, but this is not necessarily so *because* a voluntary system of collective bargaining exists in South Africa. □

⁶³Kahn-Freund 76.

⁶⁴Compare Kahn-Freund 76 in this regard.

Aantekeninge

HARTOORPLANTING EN PERSOONLIKHEIDSKRENKING: 'N SWITSERSE UITSPRAAK

1 Die eerste hartoorplanting is in Suid-Afrika deur die bekende dr Chris Barnard gedoen. Maar die Suid-Afrikaanse howe het, gelukkig of ongelukkig, nog nie die geleentheid gehad om die persoonlikheidsregtelike implikasie van 'n hartoorplanting te ondersoek en te bepaal nie. Juis daarom is die goedberedeneerde uitspraak van die Switserse *Bundesgericht* op 3 Julie 1975 in die saak van P en L Gautschi teen die Kanton Zürich van besondere belang vir die Suid-Afrikaanse regs wetenskap. Die feite in die betrokke saak was eenvoudig dog heel interessant, die verloop van die gebeure sekerlik nie heeltemal onverwag nie maar nietemin ontstellend vir potensiële naasbestaandes. Die uitspraak is 'n toonbeeld van 'n suiwer prinsipiële benadering en 'n sistematies-logiese hantering en toepassing van die grondbeginsels van die onregmatige daad.

2 Volledigheidshalwe meld ek dat die uitspraak gerapporteer is in die *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung* 101 band II 1975. Vir die doeleindes van hierdie bekendstelling van die uitspraak beperk ek my tot die hof se behandeling van die persoonlikheidsregtelike aspekte van die saak.

3 Op 10 April 1969 is Albert Gautschi ernstig beseer in die hospitaal in Lachen opgeneem. Op 13 April is hy oorgeplaas na die kantonhospitaal van Zürich. Die volgende dag word die pasiënt se breindood vasgestel; die bloedsomloop word egter kunsmatig aan die gang gehou. In dieselfde hospitaal was 'n hartlyer, ene Hofmann, wat volgens die medici slegs deur 'n hartoorplanting gehelp kon word. Daar word besluit om die hart van die oorlede Albert Gautschi vir hierdie doel te gebruik. Op dieselfde dag is die hartoorplanting deur 'n mediese span gedoen.

Die naasbestaandes van die oorlede hartskenker, en in besonder sy vrou en ouers, se toestemming tot die verwydering van die hart is nie gevra nie. Die vrou van Albert Gautschi het op daardie stadium reeds verskeie jare nie meer saam met die oorledene geleef nie en reeds 'n egskeidingsgeding teen hom aanhangig gemaak.

Gedurende die aand van die dag waarop die oorplanting gedoen is, is die pers ingelig oor die eerste suksesvolle Switserse hartoorplanting. Die identiteit van die skenker en ontvanger is nie geopenbaar nie. Nietemin verskyn die name van die skenker en ontvanger die volgende dag in 'n Sweedse koerant. Die name word hierna algemeen bekend in Switserland. Die vrou van die skenker is op 15 April in die hospitaal ingelig oor die oorplanting. Die ouers het blykbaar deur die massa-media van die oorplanting verneem.

Op vrae van joernaliste het die ouers te kenne gegee dat hulle tevrede sou gewees het met die oorplanting as hulle instemming vooraf gevra was.

4 Die ouers van die oorledene eis 10 000 frank van die Kanton van Zürich, die gesondheidsdirekteur van die kanton en twee professore wat die mediese span gelei het. Die beweerde eisgrond is onregmatige persoonlikheidskrenking. Die bedrag van 10 000 frank verteenwoordig 'n eis vir skadevergoeding en genoegdoening. Die skadevergoeding is vir uitgawes vir mediese dienste as gevolg van 'n algemene gesondheidsverslegting weens die beweerde persoonlikheidskrenking. Die eisers eis nie 'n bepaalde bedrag skadevergoeding nie maar laat dit aan die hof oor om te bepaal.

Twee laer howe wys die eisers se eis van die hand.

5 In appèl voor die *Bundesgericht* beperk die eisers hul eis tot genoegdoening op grond van persoonlikheidskrenking. Wat die beweerde onregmatige persoonlikheidskrenking betref, word die appèl beperk tot die vraag of die gebrek aan voorafgaande toestemming tot die hartoorplanting die gewraakte optrede onregmatig maak.

6 Die hof wys ter aanvang daarop dat genoegdoening op grond van persoonlikheidskrenking slegs in geval van 'n besonder ernstige aantasting en skuldverwynt toegestaan kan word (art 49(1) OR).

7 Die hof gaan dan na of die hartoorplanting enige persoonlikheidsreg van die eisers kon aangetas het. Die basiese vraag is of die eisers 'n regtens beskermde persoonlikheidsbelang in die besondere geval gehad het.

Ten einde hierdie vraag te kan beantwoord, wys die hof daarop dat volgens Switserse regsopvatting die naasbestaandes 'n beskikkingsreg oor die lyk van 'n oorledene het. Hierdie reg, vergelykbaar met eiendomsreg (maar inderdaad geen sakeregtelike reg nie), vloei voort uit die erkenning van 'n algemene persoonlikheidsreg (art 28 ZGB). Dit berus op die eng persoonlike, geestelike verhouding tussen die naasbestaandes en die oorledene en is gerig op die beskerming van die daaruitvloeiende piëteitsgevoel. Hierdie persoonlikheidsreg op die piëteitsgevoel is nie die produk van die nawerking van die persoonlikheid van die oorledene of die voortlewing van die oorledene se persoonlikheidsregte in sy naasbestaandes nie. Die eisers se persoonlikheidsregte is dus selfstandige regte wat op hul eie persoonlikheid steun.

In die afwesigheid van beskikking deur die oorledene oor sy eie lyk (byvoorbeeld in sy testament) het die naasbestaandes dus bogenoemde beskikkingsreg. Hulle kan dus in beginsel besluit of 'n orgaan uit die lyk verwyder mag word of nie.

8 Die volgende vraag is: welke van meerdere naasbestaandes het so 'n beskikkingsreg? Ooreenkomstig die hoogs persoonlike aard van die reg is dit ongewens om die geregtigdes by wyse van starre reëls te bepaal. Die erfopvolgingsorde is dus nie hier bruikbaar nie. Die beskikkingsreg kom in die eerste plek die naasbestaandes toe wat die nouste verbintenis met die oorledene gehad het. Daar bestaan in hierdie verband 'n vermoede dat die eggenoot van 'n oorledene die engste verbintenis met hom/haar gehad het.

In die besondere saak was die oorledene en die eggenote vervreemd. In hierdie omstandighede aanvaar die hof dat die oorledene se ouers die beskikkingsreg gehad het.

9 Die volgende vraag wat die hof behandel, is of die eisers se persoonlikheidsbelange inderdaad deur die gewraakte optrede versteur is. In die hof a quo is die feit dat die ouers sou toegestem het as hulle gevra was, aangegryp om 'n beslissing dat die persoonlikheidsfeer van die eisers nie versteur is nie te rugsteun. Die *Bundesgericht* oordeel anders. Die feit dat die ouers die geleentheid ontnem is om hulle beskikkingsreg uit te oefen, is 'n ingryping in hulle persoonlikheidsfeer en -belange wat nie deur hulle besondere houding uitgeskakel word nie. Die persoonlikheidsaantasting is geleë in die feit dat hulle heeltemal geïgnoreer is en dat hulle geen benul gehad het wat met die lyk van hulle seun gebeur het nie. Kortom: die hof beslis dat die eisers se piëteitsgevoel as objek van 'n persoonlikheidsreg inderdaad versteur en aangetas is. Die verweerders se optrede was dus prima facie onregmatig.

10 Ter regverdiging van hulle optrede voer die verweerders aan dat (i) die late om toestemming te verkry, dien as beskerming van die gevoel van die naasbestaandes, en (ii) dat daar in die afwesigheid van uitdruklike weiering 'n vermoede van instemming bestaan. Die eerste verweer berus op die gedagte dat die vra van toestemming die bedroefde naasbestaandes aan 'n addisionele psigiese las onderhewig stel en dat 'n late dus dien as beskerming van die naasbestaandes se gevoelsbelange. Met hierdie verweer maak die hof korte mette. Die verweer kom eintlik daarop neer dat die toestemming van naasbestaandes nie nodig is nie en dat orgaanverwydering in elk geval regtens geoorloof is. Die vraag is egter juis of dit sonder die toestemming geregverdig is. Ook die tweede verweer word verwerp. So 'n vermoede kan slegs bestaanbaar wees as orgaanverwydering ex mortuo algemeen gebruiklik is.

11 Die hof ondersoek vervolgens pertinent of die persoonlikheidsaantasting onregmatig was. Die persoonlikheidsaantasting is slegs onregmatig as daar nie 'n regverdigingsgrond bestaan nie. Toestemming van die ouers sou so 'n regverdigingsgrond gewees het. So ook toestemming deur Albert Gautschi terwyl hy nog in lewe was, noodweer, noodtoestand, ampsuitoefening, ensovoorts. In die afwesigheid van een van die tradisionele regverdigingsgronde kan die aantasting slegs geregverdig word deur die bevordering van hoër belange. In hierdie verband hang die onregmatigheidsoordeel dus grootliks af van 'n afweging van botsende belange.

Die hof beslis dat die grondbeginsel van belange-afweging ter bepaling van die regmatigheid al dan nie van optrede ook in casu van toepassing is. Die hof wyk hier uitdruklik af van die Duitsregtelike benadering. In 'n soortgelyke saak (*Gütgemann-Urteil* 1971 JZ 56) het die *Landgericht* van Bonn beslis dat die geneesheer die plig het om ernstig te poog om die toestemming van die naasbestaandes te verkry. Slegs as toestemming geweier word of die naasbestaandes nie bereikbaar is nie, kan 'n verdere ondersoek na die regmatigheid al dan nie van die optrede geskied. Volgens die Duitsregtelike benadering moes die hof dus in die afwesigheid van pogings om die ouers se toestemming te verkry die optrede as onregmatig geoordeel het.

Die Switserse hof stel egter die konflikterende belange teenoor mekaar.

Die eisers het belangrike gevoelsbelange in die integriteit van die lyk van hulle seun. Hulle het ook 'n belang om positief te kan bepaal wat met hul seun se lyk gebeur. Hierdie belang word tot 'n mate geaffekteer deur die feit dat die ouers, indien vooraf gevra, tog tot die orgaanverwydering sou toegestem het. Aan die ander kant staan die gesondheidsbelange van die hartontvanger en die belang van die geneeshere om 'n nuwe genesingsmetode te toets. Laasgenoemde belang is egter nie absoluut beskermingswaardig nie; mediese eksperimente met mense kan uiteraard slegs uiters beperk toegelaat word. 'n Oorplanting kan op hierdie stadium nog slegs as 'n laaste uitweg beskou word. En in elk geval is 'n orgaanoorplanting as laaste uitweg ook slegs geregverdig as daar nog 'n redelike kans op sukses bestaan. Anders is dit suiwer eksperiment en geen genesingsmiddel meer nie.

Die hof stel die botsende belange teenoor mekaar. Maar die afwegingsproses word agterweë gehou. Die hof neem 'n maklike uitweg. Dit meen dat dit onnodig is om te beslis oor die afweging van belange, en wel omrede die persoonlikheidsaantasting van die ouers nie as 'n besonder ernstige aantasting kwalifiseer nie. Die rede hiervoor is die feit dat hulle sou toegestem het as hulle vooraf gevra was. In die afwesigheid van 'n besonder ernstige aantasting kan die hof, selfs al bevind dit dat die verweerders onregmatig opgetree het, nie aan die ouers genoegdoening toestaan nie. Die ouers se appèl word dus van die hand gewys.

12 Interessantheidshalwe verwys ek na die uitspraak van die Suid-Afrikaanse hooggeregshof in *Saiid v Schatz* 1972 1 SA 491 (T). In hierdie saak het die broer van 'n oorledene gepoog om die man van die oorledene te belet om die oorledene volgens Christelike beginsels te begrawe. Regter Moll wys op die gebrek aan gesaghebbende leiding in hierdie verband. Hy verwys na 'n artikel van professor Price (1951 *SALJ* 403) en na Voet 11 7 7. Op grond van Voet aanvaar die regter dat die erfopvolgingsorde beslissend is en kom dus tot die gevolgtrekking dat die man en die minderjarige kind van die oorledene, synde in casu die intestate erfgename, die beskikkingsbevoegdheid oor die begrafnisreëlings het. Indien die Switserse benadering nagevolg was, sou die man ook as beskikkingsbevoegde aangewys gewees het. Ooreenkomstig die soepele Switserse beginsel van enge verbondenheid is dit goed denkbaar dat die kind van 'n oorledene ook as beskikkingsgeregtigde aangewys sou kon word.

13 Ten slotte wys ek daarop dat die aangeleentheid van skenking van organe vir onder andere terapeutiese doeleindes, insluitende orgaanoorplantings, in Suid-Afrika betreklik breedvoerig deur wetgewing gereël word (Wet op Anatomiese Skenkings en Nadoodse Ondersoeke 24 van 1970, soos gewysig).

Die doel is nie om hier die wetgewing breedvoering te behandel nie. Dit is egter interessant om te let op die persone wat bevoegd is om toe te stem tot weefselskenkings afkomstig van die lyk van 'n oorledene in gevalle waar die oorledene nie self op die voorgeskrewe wyse tydens sy lewe toestemming verleen het nie (art 2(1)). By ontstentenis van sulke toestemming en 'n strydige opdrag van die oorledene kan die eggenoot of 'n meerderjarige kind of 'n ouer of voog of 'n meerderjarige broer of suster van so 'n

oorledene sy liggaam of deel daarvan na sy oorlye skenk aan 'n inrigting of persoon om vir een van die wetlik voorgeskrewe doeleindes, insluitende terapie, gebruik te word (art 2(2)). Die wetsbepaling dui geen voorkeuorde aan nie; enigeen van die genoemde persone se skenkingstoestemming is dus met die eerste oogopslag genoegsaam. In die lig van die gemeenregtelike voorkeuorde op grond van die erfopvolgingsorde (sien die *Saiid*-saak hierbo) is dit moontlik dat die wetsbepaling as bevattende 'n voorkeuorde geïnterpreteer kan word. Waar 'n eggenoot geredelik beskikbaar is, sal byvoorbeeld 'n skenking deur 'n meerderjarige suster, wat moontlik van die oorledene vervreemd geraak het, skaars as voldoende vir die doeleindes van artikel 2(2) beskou kan word. Artikel 2(2) is dus op hierdie punt nie allesins duidelik nie.

Indien nie een van bogenoemde persone opgespoor kan word nie kan 'n distriksgeneesheer weefsel van 'n oorledene na sy oorlye skenk (art 2(2)(b)). Die skenking is egter slegs geldig as twee ander geneesheer skriftelik verklaar het dat na hul mening die gebruik van sodanige weefsel op die liggaam van 'n ander persoon onmiddellik nodig is ten einde die lewe van sodanige persoon te red, en die distriksgeneesheer oortuig is dat alle redelike stappe gedoen is om die bevoegde naasbestaandes vermeld in artikel 2(2)(a) op te spoor.

Indien die wetlik voorgeskrewe toestemming tot weefselverwydering verkry is, kan 'n geneesheer sulke weefsel regmatig van 'n oorlede persoon verwyder (art 3(1)). Die dood van 'n persoon word vasgestel deur minstens twee geneesheer wat nie deel is van 'n mediese span wat beoog om dié betrokke weefsel op 'n ander persoon te gebruik nie (art 3(2)).

In die geval van verwydering van weefsel van 'n lewende persoon moet sodanige persoon, indien hy/sy 'n volwassene is, self skriftelik toestem; indien die persoon minderjarig is, kan die ouers of voog toestem.

14 Die Switserse uitspraak is besonder interessant. Daarin word na 'n redelik groot verskeidenheid van literatuur verwys. Dit alles dui op 'n ontenseglike behoefte aan 'n uitvoerige studie van die onderwerp van orgaan-oorplantings in die Suid-Afrikaanse reg. Veral die persoonlikheidsregtelike implikasies vir naasbestaandes beloop besonder prikkelende probleme vir 'n wetenskaplike studie te bied.

JC VAN DER WALT
Randse Afrikaanse Universiteit

THE SWING TOWARDS THE SUBJECTIVE TEST FOR NEGLIGENCE IN CRIMINAL LAW*

In his minority judgment in the case of *Bernardus* 1965 3 SA 287 (A) at 302H-303A the present learned chief justice said inter alia:

*The writer wishes to express his appreciation at the assistance given by Prof J Smuts, Head of the Department of Afrikaans/Nederlands, Rhodes University, on the linguistic difficulties experienced in the judgment commented on.

“Hy wat iemand opsetlik aanrand moet geag word te voorsien dat as gevolg van die aanranding die dood as hoogste letsel kan intree, selfs al het hy nie die intrrede van die dood verag nie en selfs al was die dood ’n ongewone gevolg, mits daar ’n kousale verband tussen die daad en die dood bestaan.”

At 304H the conclusion is expressed thus:

“Daarom moet ’n normale mens kan voorsien dat deur ’n ligte aanranding ’n ongewone en onverwagte dood kan intree.”

(Cf Hoexter JA in *Van der Mescht* 1962 1 SA 521 (A) 538.) This view of Rumpff CJ was subsequently the subject of critical comment by Young J in *Mara* 1966 1 SA 82 (SR) at 83 where it was suggested that it did not give

“adequate expression to the principle *actus non facit reum nisi mens sit rea*, which is so prominent in the *ratio decidendi* of the other members of the Court.”

It also seems clear that to convict an accused of culpable homicide in circumstances such as those envisaged by Rumpff CJ in *Bernardus* would be coming ‘perilously close to accepting the *versari in re illicita* doctrine’ – per MacDonald JA in *John* 1969 2 SA 560 (RA) at 571E. (EM Burchell and PMA Hunt *South African Criminal Law and Procedure* I 158–159 and the authorities there cited: PMA Hunt *South African Criminal Law and Procedure* II 378–380 and the authorities there cited.)

In the recent case of *Van As* 1976 2 SA 921 (A) Rumpff CJ had the opportunity to reconsider his earlier view. In this case the accused, who was 27 years old at the material time and who had a knowledge of boxing and judo from his university days, and the deceased, who weighed 105 kg and who was described as “baie vet” or “as’t ware ’n vaatjie op bene”, were involved in a verbal altercation when the deceased told the accused to “go to hell”. The accused thereupon gave the deceased a “redelik hard” and “sydelingse” slap in the face saying at the same time “you won’t tell me to go to hell”. The deceased lost his balance, fell backwards and banged his head on the cement floor as a result of which he subsequently died.

On these facts the trial judge (Strydom J) convicted the accused of culpable homicide and in doing so relied upon, inter alia, the above view of Rumpff CJ. On appeal to the appellate division Rumpff CJ (Galgut JA and Kotze AJA – as he then was – concurring) held that since “’n persoon wat in die posisie verkeer het waarin appellant was” (929H) could not reasonably have foreseen that the deceased, when struck in the face, would fall backwards onto his head, the conviction would be altered to one of assault only. In explaining his earlier view in *Bernardus* the learned chief justice had the following to say at 927H:

“In die strafreg, wanneer die dood volg op ’n onregmatige aanranding, moet dit bewys word, alvorens ’n bevinding van strafbare manslag gedoen kan word, dat die beskuldigde redelikerwyse kon en moes voorsien het dat die dood kan intree as gevolg van die aanranding. Die uitdrukking ‘moes voorsien het’ word gebesig in die sin van ‘behoort te voorsien het’. Indien dit bewys word dat die beskuldigde wel die dood as moontlike gevolg redelikerwyse moes kon voorsien het, en dat aan die kousaliteitsvereiste voldoen is, is die saak afgehandel.”

With respect, the learned chief justice’s explanation is not entirely clear. Thus, while it was conceded that in future the phrase “moes voorsien het” must be understood to mean “behoort te voorsien het” the confusing phrase

“moes voorsien het” is not thereby entirely eliminated. It seems strange that the learned chief justice should persist in the use of a phrase in its original form after assigning to it another (with respect, a clearer and unambiguous) meaning, especially when one has regard to the weight of the post *Bernardus* authority on the subject. (See for example *Mahlalela* 1966 1 SA 226 (A) 229; *Fernandez* 1966 2 SA 259 (A) 265; *Sigwahla* 1967 4 SA 566 (A); *Van As* 1967 4 SA 594 (A) 600; *De Bruyn* 1968 4 SA 498 (A) 510; *John* 1969 2 SA 560 (RA) 571; *Senekal* 1969 4 SA 478 (RA) 493; *Thenkwa* 1970 3 SA 529 (A) 534; *Sikweza* 1974 4 SA 732 (A) 737; *Ntuli* 1975 1 SA 429 (A) 435; *Sabben* 1975 4 SA 303 (A) 304; *Burger* 1975 4 SA 877 (A) 879.) It is true that the phrase “moes voorsien het” in its ordinary meaning is the same as “behoort te voorsien het”. However, the phrase “moes voorsien het” is not always understood in this sense and it is often incorrectly used in the sense “moet voorsien het”. It is evident that at this stage the learned chief justice wanted to make this distinction clear. But, in the very next sentence this distinction becomes blurred again by the use of the confusing phrase “moes kon voorsien” when, probably, what should have been used is the phrase “kon voorsien en moes (or ‘behoort te’) voorsien het” (cf 928E where the phrase “kon en moes voorsien het” appears). The confusion does not end there for at 929H the phrase “dat die gevolg redelikerwyse sou voorsien gewees het” appears while in the next sentence the phrase “redelikerwyse moes voorsien het” is used.

Can this apparent confusion possibly be explained on the basis that the learned chief justice envisages a partially subjective test for negligence in cases of unlawful assault resulting in the death of the deceased? In dealing with the concept of the reasonable man the learned chief justice said at 928D–E:

“Hy [die diligens paterfamilias] word ‘objektief’ beskou by die toepassing van die reg, maar skyn wesenlik sowel ‘objektief’ as ‘subjektief’ beoordeel te word omdat hy ’n bepaalde groep of soort persone verteenwoordig wat in dieselfde omstandighede verkeer as hy, met dieselfde kennisvermoë.”

Young J also appears to have opted for the partially subjective test for negligence in criminal law. (See *Mara* (supra) which was not referred to in the court’s judgment.)

Criticisms have already been levelled at this approach (see for example Macdonald JA in *John* (supra) at 570) and Holmes JA has urged (in *Sigwahla* (supra) at 570 and *De Bruyn* (supra) at 506–507) that the “distinction between subjective foresight and objective foreseeability must not become blurred.” Yet the idea of mitigating the objective test for negligence in criminal law “with some measure of subjectivity” is not a new one (Burchell and Hunt 151–152; Hunt 376–377). This is illustrated by the treatment of children between 7 and 14 years, the aged, the infirm and persons suffering from physical disabilities. Hunt (379 n 98) even goes further and sees no reason why the subjective test should not be extended to minors between 14 years and 21 years of age.

On the other hand JC de Wet and HL Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreë* (3rd ed 1975) 154–155 take account of the fact that in this country there are “beskaafde en onbeskaafde mense [wat] langs mekaar woon” and

suggest that the objective test for negligence in criminal law is nothing more than a *contradictio in terminis*. In this regard the learned authors refer, with telling effect, to the views of Beadle CJ in *Nkomo (1)* 1964 3 SA 128 (SR) 131, namely:

“To strike a mean between the Batonka fisherman living his primitive life in some remote spot on the Zambezi and the professor at the University College of Rhodesia is to set a task which even an arch-exponent of the ‘reasonable man test’ would shrink from attempting.”

Further support for the subjective test for negligence in criminal law (at any rate insofar as the Abuse of Dependence-producing Substances and Rehabilitation Centres Act 41 of 1971 is concerned) is to be found in the judgment of Muller J in *Naidoo* 1974 4 SA 574 (N) 599H. (See also W Bertelsmann “What Happened to Luxuria?” (1975) 92 *SALJ* 59 62–67, who argues, especially in regard to statutory offences, that there has been “a general break-through of a subjective concept of negligence”). The main objections to the subjective test for negligence are fully considered by Hunt 378–379 who, nevertheless, suggests that “a swing towards the subjective test is not inconceivable”. It is arguable that this “swing” is discernable in the judgment of Rumpff CJ in *Van As* (*supra*) and it is for this reason that the learned chief justice was at pains to point out (at 929A and C), despite the apparent ruling to the contrary in *Meiring* 1927 AD 41 46, that in the criminal law more attention must be focused on the question of foreseeability than in the case of civil law. It was, in fact, on this basis, even taking into account the fact of the accused’s knowledge of boxing and judo, that the accused’s conviction for culpable homicide was altered to one of assault (cf Macdonald JA in *John* (*supra*) at 568–569).

There are strong arguments against the application of the purely objective test for negligence in criminal law (De Wet and Swanepoel *loc cit* and Hunt *loc cit*). The case of *Dube* 1973 3 SA 153 (R), for example, shows how serious the consequences for an accused person *could be* as a result of these problems. (In fairness it must be pointed out that in this particular case the substitution of a verdict of culpable homicide for one of assault with intent to do grievous bodily harm had no effect on the sentence imposed.) The accused was convicted by a magistrate of assault with intent to do grievous bodily harm. The reviewing judge felt that the accused ought to have been convicted of common assault (or assault of an aggravated nature). On reflection the magistrate thought that the verdict should be altered to one of culpable homicide. The attorney-general agreed with the reviewing judge’s *prima facie* view whereupon the matter was set down for argument before a full bench. Beadle CJ (Beck J concurring) finally came to the conclusion that the verdict should have been one of culpable homicide.

If, as it is respectfully suggested there might be, there is going to be a swing towards the subjective test for negligence in criminal law, then it is a matter of some regret that the appellate division in *Van As* did not give some indication as to how far the pendulum is going to be allowed to swing. Is the element of subjectivity, for example, going to be allowed to completely subvert the element of objectivity? Already the distinction between these two approaches is “as thin as the Tropic of Capricorn” (cf W Bertelsmann “The

Essence of Mens Rea" 1974 *Acta Juridica* 34 and see Holmes JA in *Sabben* and *Burger* (supra)), and in practice there is much confusion between the two. It is respectfully submitted that an example of this confusion is to be found in the judgment of Beadle CJ in *Dube* (supra) at 155F-H where he found as part of his reasoning in coming to the conclusion that the accused "ought to have realised" that serious injury might ensue when he threw the stone (objective), that the accused was in fact "reckless" and "was guilty . . . of hitting the deceased on the head, on the basis of *dolus eventualis*" (subjective).

Furthermore, when Rumpff CJ refers to "'n bepaalde groep of soort persone . . . met dieselfde kennisvermoë" (928D) could this be interpreted, in view of the linguistic confusion referred to above, to mean that a different *paterfamilias* for different groups is envisaged – and not necessarily only in the sense of a body of persons such as lawyers, doctors or other specially qualified experts? Could it, for example, be that the learned chief justice's statement might be interpreted to envisage groups such as urban Whites, rural Whites, Coloureds, Indians, urban Blacks, rural Blacks etc? It would seem, at any rate, that to assign to the reasonable man a racial classification would be to run counter to what De Villiers JA said in *Mbombela* 1933 AD 269 273–274 viz:

"It seems to me . . . that the standard to be adopted . . . is the standard of the reasonable man and . . . the race, or the idiosyncracies, or the superstitions, or the intelligence of the person accused do not enter into the question."

But in the modern situation of racial partition in South Africa is there not a danger that the learned chief justice's dictum may in future be interpreted as meaning that the reasonable man ought to be racially classified according to the racial group to which the accused belongs? It is true that Bliss AJ in *Van Aswegen v Minister van Polisie en Binnelandse Sake* 1974 1 PH J1 (T) rejected the idea of assigning to the reasonable policeman a racial classification. It is respectfully submitted that for the purposes of that case the decision is correct. For just as one cannot entertain varying standards within, say, the legal profession and other professions for which particular training and skills are required so also one cannot have varying standards within the police force based purely on grounds of race. There is only one standard expected of the police force – the standard of the reasonable policeman. *Van Aswegen's* case therefore is distinguishable from the point at issue which concerns the reasonable man who is placed in the position of an accused person who is not a member of any recognized profession or trade for which particular training or skills are required, or who does not fall within the ambit of one of the traditionally recognized exceptions to the rule that negligence in criminal law is judged by the standards of the reasonable man. This issue can, in any case, be regarded as an open one since the appellate division in *Van Aswegen's* case (1974 2 SA 101 (A)) did not deal with this matter on appeal.

If one were to assume for the purposes of argument (without accepting the correctness thereof) that a reasonable man does have distinct racial characteristics could it not also, by the same token, be argued that he ought to be clothed with the same cultural, social, religious, educational and environmental background as the accused person?

If the answers to these questions are in the affirmative then the appellate division in *Van As* (perhaps unwittingly) will have done the very thing that Holmes JA in *Sigwaba* and *De Bruyn* (supra) has warned against and the distinction between the subjective and objective tests for negligence will have become completely meaningless. This will, in effect, be the precise situation which the learned authors De Wet and Swanepoel so strongly favour despite the weight of authority against their proposition. It seems difficult to believe, in view of the post *Bernardus* authority to the contrary (see above), that the learned chief justice would leave the back door open for the introduction of the subjective test for negligence in criminal law. Yet, it is submitted, the unfortunate use of confusing language in the judgment of the appellate division by no means makes it entirely clear that such suggestion is erroneous.

It is respectfully submitted, however, that the above caution of Holmes JA should prevail unless some clear guides can be propounded for limiting the trend towards pure subjectivity. Apart from the traditional exceptions it is going to be well-nigh impossible to formulate such guide-lines. As Hunt (loc cit) rightly points out, the purely subjective approach to negligence in criminal law will give rise to more difficulties than it purports to solve and no further inroads of subjectivity should be allowed to be made to the objective test.

ID SCHÄFER
Rhodes University

Er wordt vaker lichtvaardig getrouwd dan lichtvaardig gescheiden. Bij een aangename ontwikkeling van de relatie spreken de ongehuwde partners nog niet van hun rechten. Hun rechten zijn een rustig bezit. Ieder weet of denkt te weten waar hij en zij aan toe is. En meer zelfs: ieder is er in het welzijn der relatie – de liefde, verliefdheid, het samenzijn – van overtuigd dat er, mocht zich een ernstig conflict in de toekomst voordoen, altijd een redelijk gesprek met een billijke oplossing zal zijn. Soms zelfs roept de weldadige overvloed van een aangename relatie de illusie op dat er nooit een conflict zal komen.

GP Hoefnagels (niet) Trouwen en (niet) Scheiden 11.

Vonnisse

S v KLAASEN 1978 1 SA 355 (K)

Strafproses – verhoor – pleit – pleit van onskuldig – bekentenis na aanleiding van ondervraging kragtens artikel 115 van Wet 51 van 1977 – artikel 209 van wet dan van toepassing

Die beskuldigde het in die landdros-hof onskuldig gepleit. Hy is deur die landdros ingevolge artikel 115 van Wet 51 van 1977 ondervra. Die beskuldigde het daarop al die feite erken wat nodig is vir 'n skuldigbevinding op die klagte. Die landdros het hom vervolgens sonder enige verdere getuienis skuldig bevind. Die beskuldigde het later voor 'n ander landdros vir vonnis verskyn. Hierdie landdros het die saak vir hersiening deurgestuur en gevra dat die skuldigbevinding tersyde gestel moet word omrede daar nie aan die bepalings van artikel 209 voldoen is nie. In hersiening het die Kaapse provinsiale afdeling die landdros gelyk gegee, die skuldigbevinding tersyde gestel en die saak na die landdros terugverwys vir verdere verhoor. Die vraag ontstaan of die toepaslike regsbeginsels korrek vertolk is.

Regter Burger trek 'n verskil na aanleiding van die beskuldigde se pleit van skuldig of onskuldig. Indien die beskuldigde skuldig pleit en die straf is minder as R100 boete, kan die beskuldigde slegs uit hoofde van sy pleit skuldig bevind word. As hy tot meer as R100 gevonniss kan word (maar nie indien die doodvonnis opgelê word nie), kan die regterlike beampte die beskuldigde slegs skuldig bevind as die voorsittende beampte die beskuldigde kragtens artikel 112(1)(b) ondervra het en hy oortuig is dat die beskuldigde skuldig is aan die misdryf waarop hy skuldig gepleit het. Met hierdie stellings word saamgestem omdat dit duidelik voldoen aan die bepalings van artikel 112.

Die hof gaan egter voort en verklaar soos volg: “Indien hy onskuldig gepleit het, dan – nieteenstaande 'n bekentenis na aanleiding van die ondervraging van sy pleitverduideliking – is art 209 van toepassing” (356E van die verslag). As gesag word na Hiemstra: *Suid-Afrikaanse Strafproses* (nie *Strafreg* soos aangehaal nie) 2e uitg 219 en 350 verwys. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie stelling foutief is en dat Hiemstra nêrens só 'n stelling ondersteun nie.

Die hof se standpunt kan soos volg opgesom word: as 'n beskuldigde onskuldig pleit, word hy ooreenkomstig artikel 115 deur die landdros ondervra. Blyk dit uit hierdie ondervraging dat hy ondubbelsinnig skuld erken, kom dit neer op 'n bekentenis. In sodanige geval is artikel 209 van toepassing en kan die beskuldigde slegs skuldig bevind word indien die bekentenis in 'n wesenlike opsig bevestig word of as deur middel van ander getuienis, buite die bekentenis, bewys word dat die misdryf werklik gepleeg is (Hiemstra 350). Hiemstra (350) verklaar wel dat die “artikel berus op die veronderstelling dat daar 'n pleit van onskuldig is, want as die beskuldigde sy bekentenis opvolg en skuldig pleit kom die prosesse van artikel 112 tot 118 in werking”. Hierdie is duidelik die stelling wat regter Burger in die onderhawige saak in gedagte gehad het.

Een deurslaggewende faktor is egter in hierdie saak misgekyk. Dit is naamlik dat 'n bekentenis 'n *buite-geregtelike* erkenning van skuld is, te wete 'n ondubbelsinnige erkenning van skuld wat op 'n

pleit van skuldig sou neerkom as dit in 'n hof afgelê was. (Hiemstra 1e uitg 305-306; *R v Becker* 1929 AD 167 171.) Dat die bekentenis *buite-geregtelik* gemaak moet gewees het, word uitdruklik gestel deur Hiemstra (1e uitg 333 wat 'n kommentaar op die ou a 258 (2) was, die voorganger van die huidige a 209). Artikel 209 bevat wesenlik dieselfde vereistes as die ou artikel 258 (2), maar om die een of ander onverklaarbare rede het Hiemstra die vereiste dat die bekentenis *buite-geregtelik* moet wees in die tweede uitgawe in sy kommentaar op artikel 209 weggelaat. Dat artikel 209 steeds 'n *buite-geregtelike* bekentenis bedoel, blyk egter nog uit Hiemstra (2e uitg 350 waarna regter Burger verwys en wat hierbo aangehaal is). Dit blyk duidelik uit die woorde "as die beskuldigde sy bekentenis *opvolg* en skuldig pleit". Dit is duidelik dat die beskuldigde eers 'n bekentenis maak en daarna pleit. As die bekentenis gedui het op 'n verklaring wat tydens pleitverduideliking in die hof gemaak is, sou die pleit tog logies voor die bekentenis plaasgevind het. Artikel 209 is gevolglik nie in die onderhawige geval van toepassing nie en sal slegs op 'n *buite-geregtelike* bekentenis betrekking hê.

In sy kommentaar op artikel 217 sé Hiemstra ook uitdruklik dat 'n beken-

tenis "uitsluitend betrekking het op 'n verklaring buite die hof" (2e uitg 379).

Die vraag bly dan nog oor wat gedoen moet word met 'n beskuldigde wat onskuldig pleit en tydens onder-vraging deur die landdros ondubbel-sinnig skuld erken. Artikel 113 maak vir 'n omgekeerde geval voorsiening maar daar is geen bepaling wat die hof magtig om in die onderhawige geval 'n pleit van skuldig te notuleer nie. 'n Landdros kan sekerlik die beskuldigde se aandag daarop vestig dat sy verklaring in der waarheid op 'n pleit van skuldig neerkom. Die beskuldigde kan dan altyd sy pleit na een van skuldig verander en die hof kan hom sonder getuienis skuldig bevind. Al sou artikel 112 dan van toepassing wees, is daar aan daardie bepalings voldoen. Sou die beskuldigde met sy pleit van onskuldig volstaan, kan die staat eenvoudig sy saak sluit want alle feite in geskil is in werklikheid deur die beskuldigde erken en daardeur is bewys van hierdie feite onnodig (sien a 220). Selfs onder die ou artikel 258 kon 'n beskuldigde onskuldig pleit, al die feite in geskil erken en sonder enige verdere getuienis skuldig bevind word (*S v Jordan* 1970 2 SA 474 (T); sien ook 1975 *THRHR* 292-296).

PM BEKKER

Universiteit van Suid-Afrika

ROFFEY v CATTERALL, EDWARDS & GOUDRE (PTY) LTD 1977 4 SA 494 (N)

Kontrak – geldigheid – beperking van handelsvryheid

Bogenoemde beslissing het ou gevestigde beginsels van ons kontraktereg onder die soeklig geplaas – en nie gehuiwer om hulle in die ban te doen nie.

Die feite van die saak is redelik eenvoudig. Die appellant (A) tree in diens van die respondent (B). B bedryf besigheid as eiendomsagent. Die dienskontrak bevat die geykte klousule dat A verbied word om na diensbeëindiging

vir 12 maande direk of indirek betrokke te wees by die aktiwiteite van 'n eiendomsagent binne 'n straal van 7 myl vanaf B se besigheidskantoor. In stryd met hierdie verbod tree A wel na sy diensbeëindiging as eiendomsagent op. Toe hy 'n eis vir uitstaande agentekommissie instel, stel B 'n teeneis in ter af-dwinging van 'n kontraktuele strafbedrag op grond van A se kontrakbreuk.

Hierteen verweer A hom onder andere op grond daarvan dat die klousule in die kontrak sy handelsvryheid onredelik beperk en gevolglik onafdwingbaar is. In die landdroshof misluk die verweer, vandaar die appèl. A se appèl word deur regter Didcott (waarmee wr Friedman saamgestem het) van die hand gewys.

Tot en met bogenoemde beslissing was die reëls wat so 'n beperkende klousule beheers, gevestig en algemeen bekend. Kontrakte wat 'n persoon se handelsvryheid beperk, is prima facie nietig tensy die persoon wat die beperking wil afdwing (in casu B) kan bewys dat die verbod *redelik* is en dat hy daardeur trag om een of ander substantiewe belang te beskerm (bv handelskontakte of geheime). Enkele beslissings kan gemeld word om aan te toon hoe landswyd hierdie beginsels toegepas is: *Schwartz v Subel* 1948 2 SA 983 (T); *Katz v Efthimiou* 1948 4 SA 603 (O); *Spar Food Products Ltd v Sarif* 1952 1 SA 713 (SR); *Van de Pol v Silbermann* 1952 2 SA 561 (A); *Weinberg v Mervis* 1953 3 SA 863 (K); *Kin v Sharneck* 1959 3 SA 534 (OK); *Filmer v Van Straaten* 1965 2 SA 575 (W); *Diner v Carpet Manufacturing Co of SA Ltd* 1969 2 SA 101 (D&K) en *Malan v Van Jaarsveld* 1972 2 SA 243 (K).

Hierdie beginsels het ons regstelsel onder invloed van die Engelse reg ingesypel en gevolglik is die Engelse beginsels oor die algemeen toegepas (*Diner v Carpet Manufacturing Co* supra; *Spar Food Products v Sarif* supra). Bogenoemde beginsels geniet al baie jare in Suid-Afrika aanhang (sien bv *Hendricks v Doorasammy* (1898) 13 EDC 25).

Dit is hierdie gevestigde reëling wat die Natalse hof in casu ondersoek. Die hof erken die uitgangspunt dat vrye mededinging en beskikbaarstelling van dienste in die openbare belang is. Daarteenoor vereis openbare beleid dat persone wat vrylik en met 'n ernstige bedoeling kontrakteer, aan hulle kontrakte gebonde gehou moet word (504). Na 'n ondersoek van sekere gewysdes kom die hof tot die gevolgtrekking dat

die onaantasbaarheid van kontrakte ("sanctity of contracts") - wat ook 'n sterk morele kant het - voorkeur behoort te geniet bo die handelsvryheid. Wat meer is, die behoefte aan die beskerming van die werknemer is aansienlik minder in 'n moderne gemeenskap met sy strawwe mededinging, nywerheidswetgewing, vakbonde, en dies meer. Dit is volgens die hof (500) verkeerd om die werknemer per se as die mindere bedinger by kontraksluiting te beskou. Hiermee kan saamgestem word. Dit is nie ondenkbaar dat 'n persoon wat oor hoogs gespesialiseerde of gesogte dienste beskik inderdaad in die meerdere bedingsposisie verkeer nie. (Sien ook *Cansa (Pty) Ltd v Van der Nest* 1974 2 SA 64 (K) en *Shacklock Phillips-Page v Johnson* 1977 3 SA 85 (R).

Hierdie oorwegings bring die regter dan tot die volgende beslissing:

"I have therefore come to the conclusion that public policy in South Africa does not generally condemn covenants in restraint of trade and that, according to our law, they are not prima facie void. If any at all, are contrary to public policy and unenforceable on that account, they are confined, in my opinion, to those which have been proved unreasonable" (505H).

Om tot hierdie standpunt te geraak, was dit vir die hof nodig om hom te distansieer van vorige beslissings. Aangesien 'n hof se beslissing, anders as wetgewing, terugwerkende krag het (sien by *Cullinan v Noordkaaplansde Aartappel-Kernmoerkwekers Koöperasie Beperk* 1972 1 SA 761 (A) 768), vra regter Didcott homself die wenslikheid van sy standpunt-inname af. Die moontlike beswaar dat bestaande ooreenkomste daardeur geraak kan word, verwerp die hof, met respek, op 'n raak wyse:

"When agreeing to restraints, most covenantors have presumably intended to observe them, and those who have not, do not deserve any special allowance" (506G).

Die volgende opmerkings kan na aanleiding van die beslissing gemaak word:

(i) In die algemeen moet die beslissing verwelkom word as 'n kragdadige poging om hierdie aktuele gebied van die kontraktereg met die algemene beginsels van ons reg in ooreenstemming te bring. Voortaan sal die bewyslas op 'n persoon wie se handelsvryheid beperk word (minstens in Natal), rus om aan te toon dat die beperking onredelik is en daarom ongeldig. Dit is volkome in ooreenstemming met die reël dat hy wat beweer, moet bewys en dat 'n kontrak wat met die nodige bedoeling gesluit is, geldig is tensy die party wat sy geldigheid betwis besondere omstandighede aanvoer en kan bewys. (Die hof is in hierdie mening beïnvloed deur die opmerkings van Suzman in 1968 *SALJ* 91.)

(ii) Die hoop word uitgespreek dat die houe in ander afdelings die redenering in die Natalse beslissing sal volg en bereid sal wees om die reël pacta sunt servanda voorkeur te verleen bo die "onaantasbaarheid" van handelsvryheid. Die houe het inderdaad in die verlede hulle afkeur uitgespreek teenoor persone wat oop oë en met oënskynlik die beste bedoelings kontrakte sluit en dan later onredelikheid van die beperking beweer (*Filmer v Van Straaten* supra; *Wohlman v Buron* 1970 2 SA 762 (K)).

(iii) Daar moet in gedagte gehou word dat bogemelde beslissing te doen het met 'n werkgewer-werknemer verhouding. Die houe het in die verlede dikwels daarop gewys dat onredelikheid makliker in sulke gevalle aanvaar sal word as byvoorbeeld by die verkoop van 'n besigheid waar die klandisie-waarde deur 'n verbod op mededinging beskerm word. Dit was vanweë die uitgangspunt dat 'n verkoper en koper op gelyke vlak kontrakteer (*New United Yeast Distributors v Brooks* 1935 WLD 75; *Spar Food Products v Sarif* supra; *Malan v Van Jaarsveld* supra).

Aangesien die positiewe reg tot dusver nog sterker teen verbodinge op werknemers gekant was, kan des te meer verwag word dat die beginsels

met betrekking tot die verkoop van 'n besigheid hersien sal word.

(iv) Die menings hierbo uitgespreek, moet nie vertolk word as sou 'n beperking op die handelsvryheid in alle gevalle goedgekeur word nie. Die vraag is net watter kriteria aangewend moet word. Die gemene reg het nie spesifiek beperkings van dié aard verbied nie (sien bv *Van de Pol v Silbermann* supra; *Wessels The Law of Contract* I (2e uitg 1951) par 538; *Kahn* 1968 *SALJ* 391 398). Wat die gemene reg wel verbied het, is kontrakte in stryd met die openbare belang of beleid. (*D* 2 14 7 14 en *D* 2 14 27 4 waar die gedagte van die gemeenskaplike heil – publicam causam contingit – aangetref word; *Voet* 2 14 16; *Van Leeuwen RHR* 4 2 12 en 13.) Die ou skrywers gee talle voorbeelde van kontrakte wat die gemeenskapsbelang veryd. Dit wil egter nie voorkom asof hulle dit daartoe beperk nie (*Van Leeuwen* gebruik die woorde "daar onder ook gerekent"). Dat daar 'n behoefte bestaan ook, en miskien veral in moderne omstandighede, om die handelsvryheid te beskerm, kan aanvaar word.

Die vraag ontstaan egter of die tyd nie aangebreek het om kontrakte van hierdie aard onder die openbare belang tuis te bring nie. Selfs in die verlede is die oorname van die Engelse beginsels geregverdig met 'n beroep op die openbare belang (sien bv *Dempsey v Shambo* 1936 EDL 330 333). Trouens 'n party op wie 'n beperking gelê is, kon, indien die teenparty redelikheid van die verbod bewys het, aantoon dat dit teen die openbare belang is (*Van de Pol v Silbermann* supra; *Malan v Van Jaarsveld* supra; *Weinberg v Mervis* supra; *Shell Co of SA Ltd v Gerrans Garage (Pty) Ltd* 1954 4 SA 752 (GW)).

Daar moet onthou word dat die meeste handelskontrakte in die een of ander opsig 'n persoon se handelsvryheid beperk, wat nie noodwendig die kontrak aantasbaar maak nie (sien bv *Rhodesian Milling Co (Pty) Ltd v Super Bakery (Pvt) Ltd* 1973 4 SA 43 (R) 439; *Murray on Contracts* (2e uitg 1974)

705). Daar word aan die hand gedoen dat slegs daardie kontrakte wat teen die openbare belang is vanweë die aard van die beperking, nietig is vir sover dit die verbod aangaan. Daar is tog geen algemene reël dat 'n persoon nie aan 'n kontrak gebonde is omdat dit *onredelik* is nie. Die onredelikheid van die beperking op handelsvryheid behoort myns insiens slegs bewyswaarde te hê. In die meeste gevalle sal gevind word dat 'n onredelike beperking ook indruis teen die openbare belang wat graag wil toesien dat daar vrye mededinging moet wees.

Gevalle van 'n onredelike beperking wat nogtans in die openbare belang is, is goed in te dink. Gestel 'n wetenskaplike met eksklusiewe kennis van uraanverryking tree in diens van die regering van Suid-Afrika. Sy dienskontrak bepaal dat hy, vanweë die geheime wat hy te wete sal kom, by diensbeëindiging nooit weer op enige plek ter wêreld sy beroep mag beoefen nie. Dié verbod kan waarskynlik as onredelik beskou word maar is in die openbare belang en daarom geldig.

Wat in effek bepleit word, is dat die openbare belang die toetssteen moet wees. Dit sal ook die hantering van ander gevalle van beperking op die handelsvryheid waar daar tot dusver beginsel- en nuanseverskille was, vergemaklik en eenvormig maak – byvoorbeeld die sogenaamde solus-kontrakte (sien oor laasgenoemde *Shell Company v Gerrans Garage* supra; *Rhodesian Milling Co v Super Bakery* supra; *Nel v Drilec* 1976 3 SA 79 (D&K); *Shacklock Phillips-Page v Johnson* supra).

(v) Die laaste opmerking is die volgende: Regter Didcott opper die vraag na die deelbaarheid van die beperking. Indien dit ondeelbaar is en 'n hof sou die beperking onredelik bevind, val die hele beperking weg. Tot nog toe het ons howe geweier om die beperking te verander en in te kort tot dit wat redelik is (*New United Yeast Distributors v Brooks* supra; *Cowan v Pomeroy* 1952 3 SA 645 (K) 652H) omdat 'n hof nie kontrakte vir partye opstel of oorskryf

nie. Regter Didcott bevraagteken hierdie posisie sonder om dit te beslis.

In Nederland word beperkings op die handelsvryheid nie met soveel argwaan begroet nie (sien Jehoram *Goodwillrecht* 114 ev). 'n Beperking op 'n werknemer is geldig as sekere vormvereistes nagekom is. Die hof kan dit egter geheel of *gedeeltelik* te niet doen indien die werknemer onbillik in verhouding tot die werkgever benadeel word (artikel 1637 x *BW*). 'n Hof kan dus die werksaamhede, geldingsgebied en duur van die beperking verminder (Van Wijngaarden ea *Compendium Bijzondere Overeenkomsten* (1976); Hoffmann *Het Nederlandsch Verbintenissenrecht* II (1936) 186; Völlmar *Inleiding tot die Studie van het Nederlands Burgerlijk Recht* (5e uitg 1964) 502.

Die meeste lande is deur die Engelse reg beïnvloed. (In Indië is die reëling van die Indian Contract Act 1872 nog meer strenger – Ramachandran *The Law of Contract in India* (1970) 824; Patra *The Indian Contract Act 1872* (1966) 21). Volgens Mulholland *Introduction to the New Zealand Legal System* (1976) 117 kan 'n hof in Nieu Seeland kragtens die Illegal Contracts Act van 1970 die beperking verander en die kontrak afdwing.

Na klaarblyklike aanvanklike huiwering in Amerika (sien *Restatement of the Law (Contracts)* (1932) II par 518 en *Karpinski v Ingrassi* aangehaal in *Cases and Materials on Contracts* (2e uitg 1972) deur Farnsworth 394) is die tendens tans om die beperking te verminder na 'n kleiner area en korter tyd (*Murray on Contracts* 2e uitg (1974) 709). Selfs waar daar geen tydsbeperking in 'n kontrak voorkom nie kan die hof 'n redelike tyd invoeg (*Corbin on Contracts* (1962) vol 6A 73).

Ofskoon dit 'n gesonde beginsel is dat die hof nie moet inmeng met die partye se wilsooreenstemming nie kan dit tot onhoudbare situasies lei. Dit is sekerlik teoreties suiwerder regspolitiek dat die partye wel aan die kontrak gebonde gehou moet word as dat die hele beding geskrap word. Indien 'n

persoon dus kom bewys dat die verbod op hom teen die openbare belang is, behoort die hof die bevoegdheid te hê om die beperking dusdanig te verander dat die openbare belang nie in ge drang

kom nie en die kontrak dan afdwingbaar sal wees – wat aanvanklik alle betrokkenes se bedoeling was.

JM OTTO
Universiteit van Pretoria

DURBAN CRIPPLE CARE ASSOCIATION v BLAMEY NO 1977 4 SA 745 (D & K)

Uitleg van testamente – bedoeling van erfster

Die feite was kortliks die volgende: T bemaak in sy testament 'n som geld aan die Lucigen Children's Centre (hierna genoem LCC). Hy bepaal voorts dat indien enige van die welsynsorganisasies deur hom bevoordeel ten tye van sy afsterwe nie meer sou funksioneer nie ("should be defunct"), sodanige nalatenskap sou toekom aan 'n welsynsorganisasie wat deur bepaalde persone genomineer sou word. Tussen 1972 en 1973 het die LCC doodgeloop maar daarna weer begin funksioneer (sy dit dan met gewysigde doelstellings). Gevolglik is die Assessment Centre (hierna AC genoem) in die plek van die LCC genomineer. Ten tye van die opstel van die testament sowel as ten tye van die afsterwe van die testateur het die LCC wel gefunksioneer. Applikant nader nou die hof en vra dat die aanwysing van die AC nietig verklaar moet word en dat die toekenning aan die LCC gemaak moet word.

Die vraag wat die hof dus moet beantwoord, is: wat was die bedoeling van die testateur? Dit is die kernvraag wat by die uitleg van enige testament gevra word en word weergegee in die bekende spreuk *voluntas testatoris servanda est*. In ons reg geld die posisie tans soos uiteengesit deur waarnemende hoofregter Innes in *Robertson v Robertson's Executors* 1914 AD 503 507:

"The golden rule for the interpretation of testaments is to ascertain the wishes of the testator from the language used."

Die hof moet tans bepaal wat die

testateur bedoel het met die woord "defunct". Dit is duidelik dat die LCC wel gefunksioneer het ten tye van die verlyding van die testament. Daarna het die LCC sy werksaamhede gestaak maar voor oorlye van die testateur is dit weer hervat. Tydens die twee tye wat moontlik relevant kan wees om die testateur se bedoeling te bepaal, was die LCC dus nie "defunct" nie. Om die bedoeling van die testateur tydens verlyding van die testament vas te stel, plaas die hof homself in die posisie van die testateur en ontleed dan "all the material facts and circumstances known to the testator with reference to which he is to be taken to have used the words in the will". (Hierdie aanhaling is met goedkeuring aangehaal in *Cuming v Cuming* 1945 AD 201 213.) Om hierdie omstandighede vas te stel, mag ons nie na verklarings deur die testateur, hetsy mondeling hetsy skriftelik, gaan kyk nie. Dit is as gevolg van die invloed van die Engelse reg, want in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg kan sodanige verklarings wel gebruik word om die bedoeling vas te stel. In *Botha v The Master* 1976 3 SA 597 (OK) was regter Addleson wel bereid om ekstrinsieke getuienis (in die besondere geval twee briewe) toe te laat om die bedoeling van die testateur vas te stel. Hierdie uitspraak is ongelukkig egter die enigste in hierdie verband waar die regter onderskei het tussen die toelaatbaarheid van getuienis en die bewyswaarde daarvan. Ekstrinsieke getuienis word toegelaat en die hof beslis dan self oor die bewyswaarde daarvan.

Alhoewel daar in die vonnis onder bespreking geen melding van ekstrinsieke getuienis was nie, is dit tog moontlik dat daar wel sodanige getuienis was wat met groot vrug gebruik sou kon word om die bedoeling van die testateur vas te stel. Die hof gaan kyk egter slegs na sogenaamde leunstoelgetuienis, dit wil sê hy plaas hom in die posisie van die testateur, en kom tot die gevolgtrekking dat dit duidelik is dat die bedoeling van die testateur was dat die organisasie "defunct" moet wees tydens die afsterwe van die testateur. Daar is geen getuienis dat die testateur bewus was van die spesifieke werksaamhede

van die LCC nie of dat die feit dat hulle doelstellings na hervatting van hulle werksaamhede verander het, hom sou beïnvloed het in sy besluit om aan hulle 'n bemaking na te laat nie. Gevolglik bevind die hof dat die LCC wel geregtig is op die bemaking aan hulle. Hierdie uitspraak is, met respek, korrek. Aangesien daar geen melding van ekstrinsieke getuienis was nie, is dit 'n ope vraag of die gebruik daarvan ons enigsins sou kon help.

NJ WIECHERS
Universiteit van Pretoria

Social and political institutions are not ends in themselves. They are organs of social life, good or bad, according to the spirit which they embody. The social ideal is to be sought not in the faultless unchanging system of an institutional Utopia, but in the lore of a spiritual life with its unfailling spring of harmonious growth unconfined. But growth has its conditions and the spiritual life its principles, the sum of which in the relation with which we are here concerned we call Social Justice.

LT Hobbouse The Elements of Social Justice 13

Boeke

DATA PROTECTION LEGISLATION - AN INTERNATIONAL DOCUMENTATION (ENGLISH-GERMAN)

edited by U DAMMANN, O MALLMANN AND S SIMITIS

Alfred Metzner Verlag GmbH, Frankfurt 1977; pp 203; price DM 44 (± R15,00)

The protection of the individual against the large-scale accumulation and use of personal data concerning him (especially through the medium of the computer) has been recognised as a worldwide problem. The conclusion reached in most countries is that this problem cannot be satisfactorily solved by recourse to the traditional remedies for infringement of rights of personality, more specifically the right to privacy. Consequently more and more countries are looking to legislation as the answer to the problem.

To facilitate the study of contemporary data protection measures in various countries, the editors of the abovementioned work have collected in one volume the existing and proposed legislation from Austria, Canada, the Council of Europe, Denmark, France, Germany, Sweden and the USA. Their book will undoubtedly afford useful guidance to the legislatures of countries like South Africa where data protection legislation is still lacking.

The main features of the different acts and drafts are the following:

In the first place it is clear that a differentiated approach to the problem of data protection is generally regarded as ineluctable. In most of the enactments

the protective measures applicable to the public sector differ from those applicable to the private sector. In the Federal Republic of Germany a three-fold distinction is even made, viz between the public sector, private organisations which collect data only for internal use and private organisations which collect data for purposes of dissemination to outsiders.

Secondly, all the enactments provide for personal control by the individual concerned over his data image (the accumulated data on himself). This control entails *inter alia* that he must not only have the right to know of the existence of a data image of himself, but that he must also have access to such image and be entitled to have certain data deleted or corrected. Most of the enactments make provision for an independent administrative organ whose main function is to ensure that the individual is afforded effective control over his own data image.

Finally provision is made for the technical safeguarding of the collected data against intruders as well as for civil and criminal sanctions where protective measures are contravened.

J NEETHLING
University of South Africa

THEORIES OF PUNISHMENT

by ANDRÉ RABIE

Lex Patria 1977; pp 50; price R3,90

The author has presented the basic theories of punishment in an objective manner using lucid and easily readable language. This ensures that any criminal law student, criminal procedural law and criminology student, will be able to use this work both as a basic study guide in the subject, as well as a supplementary aid to any lecture notes.

The theories dealt with are the absolute theory of retribution; the relative theories of individual prevention and general prevention, as well as the integrative theories.

Individual prevention is dealt with under the subheadings incapacitation, individual deterrence, rehabilitation and social defence. What is of special interest in this section is the way in which the author has dealt with the popular theory of rehabilitation. The various pitfalls in this theory and its application are discussed.

General prevention is subdivided into general deterrence; the socializing func-

tion of the criminal sanction; the habituating function of the criminal sanction; the informative function of the criminal sanction and the morale sustaining function of punishment.

Despite avalanches of criticism against the retributive theory, the author discusses the merits and importance of this theory for criminal law.

In this concise work the author has succeeded in pointing out how the theories of punishment have contributed to criminal law. The nature of criminal punishment is revealed through these theories, and the application of sanctions is justified. Through the justification of coercive measures the purpose of punishment is explained.

No student would fail to grasp these issues of criminal law after a careful study of the systematical exposition by the author.

RÓNELL PIRON

University of South Africa

RECHTSKEUZE EN WORDING VAN EEN EENVORMIGE
STADSGEWOONTE IN DE INLANDSE RECHTBANKEN TE
LEOPOLDSTAD (KINSHASA) 1926-1940

deur JOHAN M PAUWELS

(Instituut vir Familiereg, regs fakulteit, Leuven, voorheen van die regs fakulteit van die Louvanium Universiteit te Kinshasa); 1967

Hierdie proefskrif, gepubliseer in die *Annale van het Koninklyk Museum voor Midden Afrika* Reeks *Wetenskappen van de Mens* nr 60, 1967, het eers onlangs onder my aandag gekom. Omdat dit gaan oor 'n onderwerp wat op die oomblik in Suid-Afrika uiters aktueel is, verdien dit wyer bekendstelling. Soos die titel aandui, bespreek 'n juris hier aspekte van inlanse howe, howe dus waar swartmense regspraak, wat meer as vyftig jaar gelede in 'n stedelike ge-

bied ingestel is. Ongelukkig was die jurisdiksie van die howe feitlik beperk tot siviele sake; 'n strafhof vir die handhawing van wet en orde (die teenswoordige gangbare uitdrukking) vir swartmense deur swartmense in stedelike gebiede was dit nie. Die studie is toegespits op regskeuse en die aard van die reg wat in hierdie stedelike howe toegepas was; aan ander probleme, soos die samestelling van die howe en die kwalifikasies van die regters (soos hulle

genoem word) word weinig aandag gewy. Die tydperk waaroor die proefskrif handel, sluit af in 1940. Dis nie net 27 jaar wat ons in die proefskrif van daardie tyd skei nie, maar die tydperk waaroor die proefskrif gaan, val in heeltemal 'n ander bedeling as die huidige in onafhanklike Afrikastate.

Tog is die studie nog aktueel. As die reg, en veral dele van die privaatreë soos familiereg, persoonereg en erfreg, in wese in 'n gemeenskap uit eie groei-krag en vitaliteit ontwikkel, en dat die reg aanpas by veranderde omstandighede op natuurlike wyse, dan moet die positiewe reg hom ook aanpas by die regsgevoel van daardie gemeenskap en nie van buite en bowe op daardie gemeenskap afgedruk word nie. Dan word dit belangrik om vas te stel hoe inlanderse houe die reg hanteer, nie net in tradisionele gemeenskappe nie, maar juis ook in nuwe omstandighede, in die stad. Word die gevolgtrekking wat verwag kan word, dat die swartman meer aanvoeling het vir eie regsontwikkeling as die blanke, gestaaf deur 'n empiriese studie? Hoe lyk die reg van die stedelike swartman as dit deur eie inlanderse houe ontwikkel word? Met die moontlike skepping van inlanderse regbanke in stedelike gebiede in Suid-Afrika is die ervaring van andere ook vir ons van groot belang.

In 1926 is orals in die Kongo inheemse regbanke opgerig wat inheemse reg moes toepas – nie alleen in plattelandse gebiede waar sulke houe die voortsetting was van bestaande tradisionele houe nie, maar ook in stedelike gebiede. Dit was noodsaaklik omdat die houe deur Europeane beman te min was, en nie genoeg personeel gehad het om sake volgens Kongolese gewoontereg te behandel nie. Ook het die Europese regters bloedweinig van die gewoontereg geweet. Dit was dus 'n doelmatigheidsreëling, gebore uit nood. Geen poging is skynbaar gedoen om die tradisionele houe van plattelandse gebiede in stedelike gebiede na te boots nie. Die inlanderse regters, soos hulle genoem is, is aangestel deur die distrikskommissaris. Hulle kon sake tussen in-

landers besleg maar is beperk tot sake oor die inlanderse reg wat op 'n territoriale grondslag bepaal is, naamlik dié van plaaslike en naburige gebiede. Dit kan aangeneem word dat die inlanderse regters sorgvuldig gekies is en kennis van die gewoontereg gehad het, tog word nêrens vermeld dat hulle vroeëre ervaring van tradisionele houe gehad het nie. Ook was hulle nie Westers juridies geskoold nie. Hulle was hoofsaaklik administratiewe klerke, maar ook onderwysers en van enkele ander beroepe, wat na ure en teen redelik geringe vergoeding as regters in hierdie officieel erkende houe opgetree het. Hulle vonnisse was onderworpe aan appèl, terwyl hulle ook administratief onder toesig van Europese juridiese amptenare gestaan het, en riglyne vasgestel deur sulke amptenare, ook oor regskeuse, moes volg. Gewoonlik het drie inlanderse regters saam gesit. Van direkte volksdeelname aan regspraak was daar geen sprake nie.

Uit hierdie betreklik simplistiese opset het houe ontstaan wat tog skynbaar in 'n bepaalde behoefte voorsien het, na die getal sake beoordeel. In die tydperk 1926–1940 is ongeveer 4 000 sake deur hierdie houe verhoor. Op die inlanderse bevolking van Leopoldstad wat gedurende die tydperk gegroei het van 23 000 in 1926 tot 47 000 in 1940 was dit 'n groot aantal. Volgens voetnoot 3 op bladsy 5 het die getal sake in dieselfde houe in die jare 1963 en 1964 gegroei tot ongeveer 7 000 per jaar, wat waarskynlik dui op 'n ontsaglike toename in die bevolking van die stad maar ook in die belangrikheid van hierdie houe.

Dit was van die begin 'n heterogene bevolking. Uit 'n ontleding van die gedingevoorders voor die inlanderse regbanke van Leopoldstad vir die tydperk 1936 tot 1939, blyk dat hulle van 93 verskillende stamme binne en buite die Kongo (tans Zaïre) kom. Dit is dus duidelik dat die houe nie alleen moet voorsien in die behoefte van die inlanderse bevolking om geskille te besleg nie maar dat dit terselfdertyd regsvormend optree. Dit is die verdienste

van Pauwels dat hy deur sorgvuldige ontleding en klassifikasie hierdie reg vir ons toeganklik maak en ook die faktore aantoon wat tot die groei daarvan bydra. Hy gebruik hiervoor die notule van 3 000 sake wat hy kan terugvind uit die oorspronklike 4 000. Die hele privaatreë word behandel onder die hoofde: huweliks- en egskedingsreë, owerspel, konkubinaat, reëte oor kinders, verwantereë, erfreg en verskillende vorms van vermoënsregtelike verhoudinge wat kontraktereg en deliktereë insluit. Elke keer, soos te verwagte, duik hier probleme op wat ook in Suid-Afrika goed bekend is.

Sy hoofgevolgtrekking is verrassend: "Onze studie heeft uitgewezen dat de inlandse rechtbanken te Leopoldstad de problemen van rechtscomplexiteit en rechtsconflicten opgeruimd hebben door een eenvormig plaatselijk recht op te bouwen en dit toe te passen in de overweldigende meerderheid van de gevallen, ongeacht of de partijen aan het zelfde of verskillend personeelrecht onderworpen waren" (par 457 bl 481). Hierdie reg dra elemente in hom van die tradisionele gewoontereg; van die nuwe stedelike gewoontes wat noodgedwonge ontstaan het weens aanpassing by nuwe omstandighede; van die sogenaamde "geskrewe reë", die Westerse reg wat in die Kongo van toepassing was; en van reg wat die inlandse houe self geskep het, veral omdat hulle in gevalle van regsleemte oplossings volgens billikheid moes vind.

As belangrikste oorsaak vir die skeping van eenvormige reg sien Pauwels die invloed van die plaaslike Europese gesag oor die houe. By soortgelyke inlandse houe in die Noord-Rhodesiese koperstreek (tans Zambië), ja selfs in Elizabethstad in die Kongo, is in gelykwaardige omstandighede meer aandag aan keuseoplossings gegee en reëls in verband met die personele reg van die gedingvoerders ontwikkel. Die owerheid in Leopoldstad het meer klem gelê op die bepaling van die instellingsdekreë van die houe, dat plaaslike reg toegepas moet word. Hulle het riglyne

in verband met regstoepassing gegee wat algemeen van aard was. Waar billikheid die deurslag moes gee, was die Europese gesag geneig om die Westerse reg as billik te beskou.

Maar tog lyk dit of ons hier nie net met houe te doen het wat 'n werktuig in die hande van die Europese gesag was nie, wat geen eie siening gehad het nie. Pauwels toon self soms die teendeel aan. Oor die verskille in die gewoontereg sê hy: "Er bestaat niet zoo iets als één Afrikaans, één Kongolees, etc gewoonterecht, maar wel verschillende gewoonten die in hun verscheidenheid min of meer de verdeling in etnische groepen van de Afrikaanse bevolking volgen . . . Volgens de Westerse visie zou de verscheidenheid van de gewoonten bestaan uit een stelsel van streng afgelynde gewoonterechtstelsels, elk begiftigd met een welbepaald toepassingsgebied, dat bepaald word door een stel van strakke verwysingsreëls en elk geldend in het kader van een overkoepelend gewoonterechtstelsel dat als geheel in tegenstelling staat tot het geskrewe reë . . .

"Zulks was niet de opvatting van de inlandse rechters. Zy hadden een minder subtiel, maar mischien gezonder inzicht. Het bewustzyn van de verscheidenheid van de gewoonte belette hen niet het gewoonterecht als een eenheid te zien, als een stel van rechtsoplossingen dat in de meerderheid van de gevallen een eenvormige oplossing verschaft. Ze werden meer geleid door een aangevoelde oortuiging van het bestaan van een gemeenschapliken grond van de Kongolese (of zelfs Afrikaanse) gewoonte, dan door hun kennis van bepaalde etnische en lokalen verschillen in de gewoonten . . . De rechters waren zicht eerder bewust van de tegenstelling tussen de nieuwe, steeds gewoonte van Leopoldstad en de tradisionelen gewoonten van het binnenland als geheel, dan van de tegenstelling tussen de verskillenden tradisionele gewoonten" (par 96 bl 97). Die opbou van plaaslike stedelike reg was tog ook veroorsaak deur die feit

dat die tradisionele reg as geheel nie in die stede toegepas kan word nie – “de rechtso oplossings van rurale gemeenskappe bleken niet te passen in de stedelyke, heterogene samelewing van de centra” (par 94 bl 94-95).

Ook in die konkrete regspraak word blyke gegee van oorspronklike regs-vorming. Die howe ontwikkel byvoorbeeld die begrip gemeenskap van goedere, wat onbekend was aan die tradisionele gewoontereg, by huwelike volgens gewoontereg waar man en vrou materieel bygedra het tot die verkryging van ’n woning. Gedurende die huwelik is die man die beheerder van die gemeenskaplike goed, maar by ontbinding word man en vrou gelyk behandel op ’n manier wat ook inpas by die administratiewe reëling van toepassing op inlandse wonings te Leopoldstad. Heelwat aandag word aan die behoeftes van die vrou as langsliewende eggenoot by die erfreg gegee, ’n stel reëls word opgebou waarvolgens die tradisionele erfgenaam erf, mits die praktiese omstandighede dit waarskynlik maak dat hy ook sy plig sal nakom om vrou en kinders te versorg. Anders erf die langsliewende. Soms word vereis dat die tradisionele erfgenaam in Leopoldstad woon, in ander gevalle word die weduwee, met haar toestemming en die toestemming van die erfgenaam na hom in die binneland gestuur.

Ook oor die sorg en bewaring van kinders, die deelname van die ontvanger van die bruidsprys aan ’n egskeidingsgeding volgens gewoontereg, die vereistes vir ’n gewoonteregtelike huwelik en soveel ander veel voorkomende instansies word reëls gevind.

Vir die persoon wat soek na duidelike reëls oor regskeuse is die bevindinge van Pauwels teleurstellend, en dit hinder hom duidelik. Vir die persoon wat egter soek na ’n inlandse hof wat werklik ’n doel dien, wat na aan die werklike regsgevoel van die bevolking staan en hulle behoeftes en probleme ken, lyk die resultaat baie belowend. Dis baie moeilik om uit ’n boek en so ver weg, ’n oordeel uit te spreek, maar my indruk was dat ek die Kongolese hulle lang ervaring van inheemse stedelike howe beny, en dat sulke howe ook in Suid-Afrika ’n vrugbare rol kan speel in regspleging, en ’n skeppende rol in regs-vorming van ’n erkende reg in stedelike gebiede wat die huidige onsekerheid en verwarring kan uitkakel. Nie dat ek voorstaan dat die samestelling van die hof dieselfde moet wees as in Leopoldstad vyftig jaar gelede nie; dit sou uit pas wees met die huidige tydsgeewig.

Pauwels se boek is omvangryk, 600 bladsye, maar dis betreklik maklik om jou weg daarin te vind, met ’n volledige inhoudsopgawe en ’n opsomming na elke afdeling. Dit het ook ’n besonder nuttige bibliografie veral oor die reg van Zaïre. Die boek kan werklik aanbeveel word as naslaanwerk by universiteite en by alle instansies wat met regspraak in stede vir swartmense te doen het. Dit is in maklike Nederlands geskryf en ontsluit die regsontwikkeling in ’n gebied waaroor gewoonlik net in Frans gepubliseer word.

REEP VERLOREN
VAN THEMAAT
Universiteit van Port Elizabeth

LEGAL AID AND ITS MANAGEMENT

by PH GROSS

Cape Town, Juta & Co Ltd, 1976; pp xxvi & 315; price R25

This book, forearmed with a very impressive foreword by Mr Justice JH Steyn, deserves the consideration of all those who are concerned at the lack of adequate legal aid in South Africa.

Rightly, this should be all of us, laymen and lawyers alike, for, as Mr Justice Steyn points out, “no nation can contend that its criminal justice system is non-discriminatory unless it provides

legal representation for all those who are in jeopardy of being deprived of their liberty in consequence of the criminal process". Moreover, no system of criminal procedure, however benign it may be, can ever provide a substitute for that privileged relationship which exists between a client and his lawyer, which is such an essential part of any form of criminal procedure, where the interests of the accused and the state must inevitably clash.

Perhaps the most important point which the author makes in this interesting book is that "a legal aid scheme cannot simply be left to fend for itself, but must be efficiently and effectively managed". Hence, the emphasis throughout the book is upon management and the book is cast in business management terms.

In the course of this discussion of the SA system, present and potential, the author makes extensive comparative reference to the experience which has been gained in the field of legal aid in England and the USA and analyses the SA system in the light of this experience. His excursion into the English system is particularly interesting and informative.

The reader will, no doubt, not agree with all the proposals made by the author for the reformation of the present system, nor, perhaps with the sequence in which reformative measures should be introduced. Nevertheless, the book is thought-provoking and touches upon almost every conceivable aspect of legal aid, from the means test to the

introduction and use of student clinics to alleviate the manpower shortage. Even the location of these clinics is considered. For those actively engaged in legal aid, the book contains a number of useful appendices, including the text of the Legal Aid Act 22 of 1969 and General Guide for Legal Practitioners containing, inter alia, the tariff of fees payable in terms of the scheme.

Although the book does not profess to be more than a constructive criticism of the legal aid scheme in SA, and as such is limited in scope, the author can possibly be taken to task for failing to devote more attention to the structure of the legal profession in SA as a whole, and the effects which this structure has on the cost and availability of legal services. After all – to put the argument in the frame of management and business techniques which the author himself has selected – if one is to regard the provision of legal aid as the marketing of a service, surely the source from which the service is to be derived should be thoroughly investigated?

The one thought, however, which does emerge clearly from the book is that the present system of legal aid – unlike the legal profession – cannot simply be left "to fend for itself". If it is to develop into a system of which we can be proud, considerable initiative, sacrifice and assistance from the private and professional sectors will have to be forthcoming, to stimulate and supplement the services provided by the state.

AJ MIDDLETON
University of South Africa

UNIFORM RULES OF COURT – EENVORMIGE HOFREËLS

by CJM NATHAN, M BARNETT, LLB, A BRINK BA

Second edition by CJM Nathan and M Barnett, Johannesburg, Juta & Co Ltd, pp xviii & 829; price R45

The second edition of this well-known bilingual handbook appeared during 1977. It incorporates, in both official languages, the texts of and the authors' commentary upon not only the

Uniform Rules of Court, but also the Appellate Division Rules, Circuit Court Rules, Supreme Court Act, sections from a number of statutes which are relevant to proceedings in the supreme

court, and a very useful "time table" which sets out the periods of time allowed for the filing of various pleadings, etc. The relevant decisions of the courts up to June 1976 have been included in the second edition. Due to the death of Mr A Brink the Afrikaans translation of the second edition was undertaken by Advocates GS Steyl SC and SS van der Merwe, of the Cape bar.

The style and structure of the second edition is virtually identical to that of the first edition. The only addition to the text, which was not necessitated by amendments and changes in the rules themselves, is the inclusion of the text of section 113 of the Defence Act 44 of 1957 – probably as a result of the decision in *Minister of Defence v Coulson* 1971 2 SA 231 (N). The authors are, however, to be congratulated on the fact that, despite the many amendments and additions to the rules since the ap-

pearance of the first edition in 1965 and twelve years of growth in the body of decisions to be discussed, they have succeeded in keeping the length of the second edition down to less than 150 pages more than the first edition. Nevertheless, the authors have maintained a fairly comprehensive standard of comment.

The book is by no means, nor does it profess to be, a tome on the theory of civil procedure. As a ready-reckoner to the rules, which are so much the warp and woof of daily practice in the courts, however, it has no peer in South Africa. Despite criticism in this regard – see (1966) 83 SALJ 230/1 – the first edition proved to be a highly successful publication, largely on account of its bilingual form. There is no reason to believe that the second edition will prove any less popular.

AJ MIDDLETON
University of South Africa

SUID-AFRIKAANSE STRAFPROSES

deur VG HIEMSTRA SC BA LLB
Regter van die Hooggeregshof van Suid-Afrika

Tweede uitgawe; Durban, Butterworth, 1977; liv en 701 bl; prys R46

* * * * *

INLEIDING TOT DIE STRAFPROSESREG

en

INTRODUCTION TO THE LAW OF CRIMINAL PROCEDURE

albei deur VG HIEMSTRA SC BA LLB
Regter van die Hooggeregshof van Suid-Afrika

Durban, Butterworth, 1978; 210 bl en 217 bl onderskeidelik; prys R17,75 elk

Dit is doenlik om die hoofwerk saam met sy twee pasgebore spruite te bespreek.

Die tweede uitgawe van die bekende handboek het slegs etlike weke na die inwerkingtreding van die nuwe Strafproseswet 51 van 1977 verskyn. Sowel die skrywer as Butterworth moet geluk gewens word dat hulle so gou daarin geslaag het om in die behoefte aan 'n uitvoerige kommentaar oor die nuwe wet te voorsien. Met inagneming van hierdie feit, kan die opvallend geringe

getal drukfoute wat in die werk voorkom oor die hoof gesien word.

Die ontwerp van die tweede uitgawe is identies met dié van die eerste. Die artikels van die wet word agtereenvolgens weergegee; elke artikel word waar doenlik gevolg deur 'n aantekening bevattende 'n bespreking van die relevante vonnisse; en dan deur die skrywer se kommentaar en uitleg asook verwysings na ander ter sake bepalings wat of in die wet self of in ander wette voorkom. By elke artikel word ook, in

vierkantige hakies, die ooreenstemmende artikelnummer van die ou wet, wet 56 van 1955, aangedui; of, indien die betrokke bepaling nie in die ou wet bestaan het nie, word die woorde 'nuwe artikel' tussen die hakies aangebring. Dit is natuurlik baie gerieflik vir die leser wat bewus is van die nommer van 'n bepaalde artikel in die nuwe wet en die ooreenstemmende artikel in die ou wet soek. Dit is egter jammer dat die tweede uitgawe nie 'n tabel bevat wat die leser wat die nommer van 'n artikel in die ou wet ken en die ooreenstemmende bepaling in die nuwe wet soek, behulpsaam kan wees nie.

Benewens die behandeling van die Strafproseswet self, bevat die tweede uitgawe sewe aanhangsels, in teenstelling met die sewentien aanhangsels van die eerste uitgawe. Die negende aanhangsel van die eerste uitgawe het die eerste aanhangsel van die tweede geword. Dit bevat die appèlhofreëls vir strafappelle wat uitgevaardig is kragtens artikel 43(1) van die Wet op die Hoogeregshof 59 van 1959. Die eerste aanhangsel van die eerste uitgawe, wat hoogeregshofreëls uitgevaardig kragtens artikel 43(2)(a) van genoemde wet bevat het, is weggelaat. Die betrokke bepaling word egter nou in die teks bespreek – sien by bl 573 en 595. Die tweede aanhangsel van die eerste uitgawe het 'n weergawe bevat van artikels 89 tot 114 van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944. Artikels 89 tot 92, wat betrekking het op die jurisdiksie van landdroshowe, word tans in die teks weergegee en bespreek – sien bl 208–212. Met uitsondering van artikel 93(ter) is artikels 93 tot en met 105 herroep en die bepaling daarvan in die nuwe Strafproseswet ingevoeg. Artikel 93(ter), wat nie herroep is nie, word op bl 247–248 weergegee. Die res van die artikels wat in die tweede bylae van die eerste uitgawe verskyn het, is wegelaat, behalwe artikel 108. Alhoewel dit dieselfde opskrif as sy voorganger het, bestaan die tweede aanhangsel van die tweede uitgawe slegs uit 'n weergawe van laasgenoemde artikel en 'n aantekening daarop. Die derde aanhangsel

van die eerste uitgawe, wat bestaan het uit 'n weergawe van die destyds geldende landdroshofreëls 61–63, is by die tweede uitgawe weggelaat. Hierdie reëls, wat gehandel het oor die register van strafsake en notule van strafsake en appelle in strafsake, is intussen vervang deur reëls 65, 66 en 67 van die nuwe landdroshofreëls wat in die teks op bl 571, 572 en 567 onderskeidelik weergegee word. Die vierde aanhangsel van die eerste uitgawe was 'n reproduksie van hoofstuk V van die Wet op Gevangenis 8 van 1959 – dws artikels 50 tot 95 – wat handel oor verhore ingevolge hierdie wet, die werksaamhede en pligte van gevangenisrade, vrylating van gevangenes, insluitende vrylating op proef en vrylating op parool, en verskeie ander aangeleenthede. Hierdie nuttige aanhangsel is in die tweede uitgawe weggelaat, maar die meeste van die artikels wat daarin vervat was, is in die teks ingelyf en op stelselmatige wyse in verband gebring met die relevante bepaling van die Strafproseswet. Trouens, ten spyte van die weglating van hierdie aanhangsel, geniet die Wet op Gevangenis en die regulasies ingevolge dié wet meer aandag in die tweede uitgawe as in die eerste. Die aantekening wat op artikel 280 van die Strafproseswet volg – bl 501–507 – is 'n mooi voorbeeld van die skrywer se noukeurige behandeling van hierdie bepaling. Die vyfde aanhangsel van die eerste uitgawe was die teks van die Wet op Veediefstal 57 van 1959, plus die skrywer se aantekening op verskeie van die artikels van dié wet. Dié aanhangsel, soos gewysig deur die Algemene Regswysigingswet 102 van 1972, met aangepaste aantekening na aanleiding van die jongste regspraak, is in die tweede uitgawe behou as aanhangsel 6. Aanhangsels 6 en 7 van die eerste uitgawe, wat onderskeidelik die deur die skrywer geannoteerde tekste van artikels 36 en 37 van die Algemene Regswysigingswet 62 van 1955 – besit van vermoedelik gesteelde goed – en artikel 1 van die Algemene Regswysigingswet 50 van 1956 – gebruiksaanmatiging – bevat het, is in die tweede uitgawe behou as

aanhangsels 3 en 4 onderskeidelik. Die jongste regspraak is natuurlik bygewerk. Die agste aanhangsel van die eerste uitgawe, wat 'n geannoteerde teks van die Wet op Oortreding 6 van 1959 bevat het, is weggelaat. Feitlik die hele teks van hierdie wet word egter in die tweede uitgawe weergegee en bespreek in verband met artikel 262 van die Strafproseswet, wat handel oor huisbraak met die opset om 'n misdaad te pleeg. Met respek kan daar gesê word dat hierdie verskuiwing die relevantheid van hierdie eertydse aanhangsel uiteindelik duidelik maak! Daar het nooit twyfel bestaan oor die relevantheid van aanhangsels 10, 11, 12 en 13 van die eerste uitgawe wat gehandel het oor die sogenaamde "drastiese proses" of veiligheidsmaatreëls nie. Hierdie bepalinge word egter in die tweede uitgawe in die teks behandel. Aanhangsel 10, wat die teks van artikel 21 van die Algemene Regswysigingswet 76 van 1962 bevat het, is in die tweede uitgawe op bl 215–216 onder die bespreking van regsbevoegdheid te vind. Aanhangsel 11, wat die teks van artikel 22 van die Algemene Regswysigingswet 62 van 1966 bevat het, verskyn in die tweede uitgawe op bl 314–315 in die aantekening wat volg op artikel 185 van die Strafproseswet (aanhouding van getuies). Die twaalfde aanhangsel van die eerste uitgawe het die teks weergegee van artikels 11 en 12 van die Wet op Onderdrukking van Kommunisme 44 van 1950 (wat intussen die Wet op Binnelandse Veiligheid geword het). Die bepalinge van hierdie belangrike wet word op verskeie plekke in die teks van die tweede uitgawe bespreek, alhoewel die twee betrokke artikels nie weer verbatim aangehaal word nie. Die dertiende aanhangsel van die eerste uitgawe het die teks van artikel 17 van die Algemene Regswysigingswet 37 van 1963 bevat, die sogenaamde "negentig dae" – bepaling. Alhoewel hier en daar in die teks van die tweede uitgawe van die artikel melding gemaak word, word dit nie breedvoerig behandel nie aangesien dit, alhoewel dit nog op die wetboek staan, tans – soos die skrywer dit

op bl 313 stel – in onbruik is. Indien hierdie belangrike artikel weer in werking gestel word, sal dit sekerlik in die Byvoegsel wat jaarliks gaan verskyn, aandag geniet. Die veertiende aanhangsel van die eerste uitgawe het die teks van die Wet op Spesiale Vrederegters 19 van 1957 bevat. Hierdie wet is egter in 1968 herroep – sien artikel 44 van wet 70 van 1968. Die vyftiende aanhangsel van die eerste uitgawe het die teks van die Wet op Vrederegters en Kommissaris van Ede 16 van 1963 bevat. Hierdie aanhangsel is heeltemal weggelaat maar die belangrike regulasies wat kragtens die wet uitgevaardig is, verskyn op bl 129 van die teks van die tweede uitgawe. Hierdie regulasies is sedert die verskyning van die boek gewysig – sien GK R1648 van 19 Augustus 1977. Die sestiende aanhangsel in die eerste uitgawe het die teks bevat van artikel 26 van die Algemene Regswysigingswet 32 van 1952, wat betrekking gehad het op die amptelike tabelle van sonsopkoms en -ondergang. Hierdie artikel is deur die Strafproseswet herroep en vervang deur artikel 229 van die Strafproseswet – sien bl 410 van die teks. Die sewentiende aanhangsel, wat deur die Kumulatiewe Byvoegsel tot die eerste uitgawe bygevoeg is, het 'n deur die skrywer geannoteerde teks van die Wet op Gewaarlke Wapens 71 van 1968 bevat. Hierdie aanhangsel verskyn ook nie meer onder die aanhangsels in die tweede uitgawe nie. Op hierdie gebied het daar ook verwickelinge plaasgevind sedert die verskyning van die boek. R409 van 7 Maart 1975, wat subartikels (1) en (2) van artikel 4 van die wet op die hele Republiek van toepassing gemaak het, is deur R253 van 10 Februarie 1978 herroep. Die splinternuwe aanhangsels in die tweede uitgawe is aanhangsels 5 en 7. Die opskrif van die vyfde aanhangsel is "Artikels wat nie Herroep is nie" – dws artikels van die ou Strafproseswet wat nie herroep is nie. Die betrokke artikels is subartikel (3) van artikel 319 en artikel 384. Eersgenoemde, wat betrekking het op teenstrydige verklarings onder eed,

word in die teks behandel op bl 191. Die teks van artikel 384 – oplegging, onder sekerheidstelling, van 'n verpligting om die vrede te bewaar – word in die aanhangsel weergegee en geannoteer. Die sewende en laaste aanhangsel bevat die teks van regulasie R1396 van 22 Julie 1977, uitgevaardig kragtens artikel 334 van die Strafproseswet, wat betrekking het op die aanstelling van sekere vredesbeampptes vir doeleindes van die Wet.

Hierdie ietwat langdradige beskrywing van die lotgevalle van die ou aanhangsels word nodig geag in die afwesigheid van 'n voorwoord tot die tweede uitgawe wat die veranderings sou verduidelik. Met die eerste oogopslag is dit nie duidelik waarom so baie van die ou, nuttige aanhangsels weggelaat is nie. Hopelik het hierdie beskrywing aangetoon dat, in die eerste plek, die skrywer baie oordeelkundig te werk gegaan het met sy beskikking oor die ou aanhangsels en daardeur die teks aansienlik verryk het. In die tweede plek is hierdie beskrywing bereken om die taak te vergemaklik van die leser wat met die eerste uitgawe vertrou is en die ou, bekende aanhangsels in die tweede uitgawe soek.

'n Verdere belangrike verandering in die tweede uitgawe is die feit dat die dertiende hoofstuk, wat handel oor die vermoë van die beskuldigde om die verrigtinge te begryp en oor geestesongesteldheid en strafregtelike ontorekeningsvatbaarheid (dws artikels 77, 78 en 79 van die Strafproseswet), deur prof SA Strauss van die Universiteit van Suid-Afrika geskryf is. Prof Strauss lewer 'n waardevolle bydrae en die bespreking van hierdie drie belangrike artikels beslaan amper twintig bladsye. Moontlik sou hy nie so gerus gevoel het – sien bl 153 – oor die kwessie van die bewyslas ten opsigte van ontorekeningsvatbaarheid nie as *S v Ncube* 1978 1 SA 1178 (R) reeds bekend was ten tye van sy skrywe. Hierdie saak illustreer die gevare wat ontstaan wanneer die staat hom in omstandighede waarin 'n skuldigbevinding nie moontlik is nie, die reg toeëien om te bewys

dat die beskuldigde nie toerekeningsvatbaar is nie en sodoende daarin slaag om 'n ontslag te voorkom. (Sien ook in hierdie verband 'n insiggewende artikel oor die dienooreenkomstige posisie in die VSA deur A Burt en Norval Morris "A Proposal for the Abolition of the Incompetency Plea" in 40 *University of Chicago Law Review* 66 et seq.

Die belangrikste doel wat die tweede uitgawe dien is om die "nuwe" bepalinge van die Strafproseswet toe te lig. Dit is veral ten opsigte van hierdie "nuwe" bepalinge dat sowel praktisyne as student 'n behoefte aan kommentaar en uitleg het. Dat die werk ongetwyfeld in hierdie doel slaag, is duidelik van die feit dat dit in verskeie van die heel vroegste beslissings oor die bepaling van die nuwe wet aangehaal is; sien bv *S v Nyathi* 1978 1 SA 289 (T) 291A en *S v Ngobe* 1978 1 SA 309 (NK) 310H, wat kort na die verskyning van die tweede uitgawe beslis is.

Dit is hoofsaaklik artikels 112 en 115 van die nuwe Strafproseswet wat die sogenaamde "inkwisoriese proses" in ons strafprosesreg ingevoer het. En hierdie twee artikels is dan ook, soos te wagte was, die onderwerp van die meeste beslissings wat tot dusver oor die nuwe wet verskyn het. Die inslag wat die tweede uitgawe by die houe gevind het, kan dus miskien die beste bepaal word deur na die beslissings ten opsigte van hierdie twee artikels te kyk. In *S v Rakanang* 1978 1 SA 591 (NK) is die skrywer se benaming van die proses voorgestel in artikel 115, nl "pleitverduideliking", onomwonde deur die hof aanvaar. In hierdie saak is egter 'n punt gestel wat nie duidelik uit die skrywer se aantekening op artikel 115 blyk nie. Dit is naamlik dat die proses niks meer van die beskuldigde vereis nie as dat hy sy pleit moet verduidelik. Soos die hof dit stel, is die doel van die ondervraging kragtens artikel 115(2) "om helderheid te kry –

- (a) of die beskuldigde alle wesenlike bestanddele van die oortreding in geskil plaas; of
- (b) indien nie, wat dit is wat hy be-

twis: dat hy die persoon is wat die daad gepleeg het; of dat dit wederregtelik was; of dat hy die nodige *mens rea* gekoester het.”

Die hof maak dit duidelik dat die artikel nie aan die voorsittende regterlike beampte die bevoegdheid verleen om die beskuldigde met betrekking tot die beweerde feite van die saak te kruisvra nie. (Sien ook *S v Moloji* 1978 1 SA 516 (O).) In *S v Mayedwa* 1978 1 SA 509 (OK) te 511 het die bepalings van artikel 115(2) weer ter sprake gekom. In hierdie geval het die hof beklemtoon dat indien die beskuldigde na aanleiding van die ondervraging ingevolge artikel 115(2) 'n verklaring maak, sy verklaring nie die staat van die verpligting om getuieis aante voer, onthef nie, tensy daar duidelike erkennings ingevolge artikel 220 gemaak is. Dit word ook verder uit hierdie uitspraak duidelik dat die hof se magtiging om die beskuldigde ingevolge artikel 115(2) te ondervra, beëindig is sodra die staatsaak 'n aanvang neem; sien bl 511H van die uitspraak.

'n Verdere interessante punt in verband met artikel 115(2) saamgelees met artikel 220 het te berde gekom, maar is ongelukkig nie beslis nie, nl in *S v Nkosi* 1978 1 SA 548 (T) 551. Dit is die kwessie of, in die lig van die nuwe prosedure wat in artikel 115(2)(b) geskep is, erkennings volgens artikel 220 as “voldoende”, maar nie “afdoende” nie, bewys van 'n feit beskou kan word en derhalwe, tot die mate waarin die erkenning tot voordeel van die beskuldigde strek, na aanvaarding en notulering nog deur die staat weerlê kan word. Alhoewel die skrywer, amper in die verbygaan, wel noem: dit “[w]at hy [die beskuldigde] erken, word, indien hy daartoe instem, aangeteken as 'n erkenning wat bindend sal wees ingevolge artikel 220”, is dit jammer dat die wisselwerking tussen artikel 220 en artikel 115(2)(b) nie meer breedvoerig bespreek word nie. (Sien die laaste reël van die eerste paragraaf van die skrywer se aantekening op artikel 115.) Dit is egter maklik om agterna, in die lig van die beslissings, wysheid te verkondig.

Die ondervraging van die beskuldigde ingevolge artikel 112(1)(b) het ook tot regspraak aanleiding gegee. In *S v Naude* 1978 1 SA 566 (T) het die hof bevind dat die doel van vrae ingevolge hierdie artikel beperk is tot die vasstelling of die beskuldigde die bewerings in die klagstaat erken. Die ondervraging, aldus die hof, mag nie betrekking hê op enigiets anders nie—soos die vasstelling van die beskuldigde se ouderdom vir doeleindes van vonnis. Dit is egter jammer dat die hof nie uitdruklik die bepalings van artikel 112(3) in dié verband oorweeg het nie. Die ter sake gedeelte van laasgenoemde subartikel bepaal: “geen bepaling van hierdie artikel verhinder... die hof... om die beskuldigde oor enige aspek van die saak vir die doeleindes van die bepaling van 'n paslike vonnis te ondervra nie.” Die bepaling van die beskuldigde se ouderdom was in die omstandighede sekerlik iets wat die bepaling van 'n paslike vonnis beïnvloed het. In hierdie saak, te bl 568C–D, het die hof met verwysing na *R v Fouche* 1958 3 SA 767 (T) ook twyfel uitgespreek of 'n beskuldigde wat reeds skuldig gepleit het, nog 'n formele erkenning kan maak. Mens wonder egter of, met die oog op die bewoording van artikel 112(1)(b) (wat vereis dat die beskuldigde die bewerings in die klagstaat moet erken alvorens 'n pleit van skuldig aangeteken kan word), die mening gehuldig in die *Fouché*-saak supra nog van toepassing is. Die bewerings wat erken moet word, is tog feitlike bewerings en die voorbehoudsbepaling in artikel 113 maak dit duidelik dat, al móét die pleit van skuldig verander word na een van onskuldig, die erkennings wat ingevolge artikel 112(1)(b) gemaak is, bly staan as “bewys in die hof”, of, soos die skrywer dit in sy aantekening op artikel 113 stel, “deel van die bewysmateriaal.” Dit is egter merkwaardig dat die skrywer ten spyte van hierdie stelling nog van mening is dat die beskuldigde geen formele erkennings kan maak nadat hy skuldig gepleit het nie. Dit mag miskien die posisie wees waar artikel 112(1)(a) van

toepassing is, maar in die lig van die bewoording van artikel 112(1)(b) wil dit voorkom of 'n skuldigbevinding ingevolge die artikel nie moontlik is *tensy* daar formele erkennings was nie – of, moontlik, getuienis (sien subartikel (3) van artikel 112). In die gevalle waar artikel 112(1)(b) van toepassing is, kan oënskyklik nie meer aanvaar word dat, bloot omdat daar 'n pleit van skuldig was, daar geen feite in geskil is nie. Die hof moet nou deur die erkennings van die beskuldigde van dié toedrag van sake oortuig word.

Alhoewel hier en daar van die skrywer se mening verskil kan word, is dit duidelik dat die tweede uitgawe tans 'n monumentale diens aan die strafregpleging lewer. Dit is tans die enigste boek oor die strafproses wat aan die behoeftes van die praktisyn voldoen. Met die moontlike uitsondering van die ou *Gardiner and Lansdown*, is dit twyfelagtig of enige handboek in Suid-Afrika so gou en so dikwels in en deur die houe aangehaal is as hierdie werk. (Sien bv *S v Klaasen* 1978 1 SA 355 (K); *S v Mathago* 1978 1 SA 425 (O); *S v Ngobe* 1978 1 SA 309 (NK) en *S v Nyathi* 1978 1 SA 289 (T), almal waarvan kort na die verskyning van die tweede uitgawe beslis is.)

* * * * *

Die skrywer het egter nie net na die belange van die praktisyn omgesien nie. Etlke maande na die verskyning van die tweede uitgawe het hy twee verdere boeke oor die strafprosesreg te voorskyn gebring, nl *Inleiding tot die Strafprosesreg en Introduction to the Law of Criminal Procedure*. Hierdie twee boeke, wat elk 'n bietjie meer as 200 bladsye beslaan, is, in die woorde van die skrywer self – voorwoord, *Inleiding tot die Strafprosesreg* – “bedoel om die grondbeginsels van die strafprosesreg na vore te bring en 'n begrip daarvan moontlik te maak, sonder dat die indringende besonderhede wat primêr vir die daaglikse praktyk in die houe nodig is, bestudeer hoef te word.” As sodanig is beide boeke besonder geskik vir gebruik deur studente sowel as die leek wat in die strafprosesreg belangstel. Dit

is egter nie te sê dat die boeke van oppervlakkige aard is nie. Bykans 500 hofbeslissings word aangehaal en alhoewel die teks van die Strafproseswet nie weergegee word nie, word al die bepalings daarvan sorgvuldig behandel met noukeurige verwysings in die voetnote na die relevante artikels. Vir die leser wat vertrou is met die hoofwerk sal groot gedeeltes van die teks van die twee inleidings bekend voorkom as synde verwerkings van die aantekeninge vervat in die tweede uitgawe. Die verwerking is egter knap gedoen en die skrywer se samevatting van die afsonderlike bepalings van die wet is netjies met sy kommentaar ineengevleg. Die volgende passasie, waarin artikels 113 en 312 van die Strafproseswet behandel word – bl 67/68 van die *Inleiding tot die Strafprosesreg* – is 'n voorbeeld van die bevredigende resultate van die skrywer se benadering:

“Behalwe by geringe misdade, het die vorige Strafproseswet by 'n pleit van skuldig, altans in laer houe, vereis dat daar bewys *aliunde* moes wees dat die misdaad werklik gepleeg is. Dié vereiste het weggeval, met die gevolg dat groter voorsorg getref word om 'n ongegronde skuldigbevinding te vermy. Derhalwe word bepaal dat indien die hof in enige stadium voordat vonnis opgelê word, in twyfel verkeer of die beskuldigde regtens skuldig is aan die misdryf waaraan hy skuldig gepleit het, daar 'n pleit van onskuldig aangeteken moet word. Die verhoor gaan dan voort soos by 'n pleit van onskuldig, maar erkennings wat gedoen is waaraan die hof nie twyfel nie, bly staan as deel van die bewysmateriaal. 'n Verdere voorsorg is die bepaling dat versuim om die ondervragings te doen, 'n grond vir tersydestelling van die skuldigbevinding is, maar die beskuldigde kan weer aangekla word.”

Indien hierdie passasie vergelyk word met die ietwat starre behandeling van artikel 113 in die hoofwerk – bl 222 – word dit duidelik hoe die skrywer in die inleidings agteroor leun om ongeligte lesers wat nóg met die ou Strafproseswet nóg met die nuwe vertrou is, behulpzaam te wees.

Die volgorde waarin die stof in die inleidings behandel word, is min of meer dieselfde as dié in die tweede uitgawe en die Strafproseswet. Daar is egter hier en daar in die indeling van die inleidings tekens dat die skrywer veral die student

tegemeet kom. Byvoorbeeld, erkennings en bekennisse – hoofstuk XVI van die *Inleiding tot die Strafprosesreg* – word apart behandel en nie, soos in die hoofwerk, onder die algemene hoof ‘Bewyslewering’ nie. Dit is blykbaar gedoen om die student te help omdat hierdie belangrike onderwerpe gewoonlik afsonderlik bestudeer word.

Die *Introduction to the Law of Criminal Procedure* is ’n vertaling van baie goeie gehalte van die *Inleiding tot die Strafprosesreg*. Die skrywer se styl – veral sy gebruik van kort, bondige sinne – is besonder aantreklik.

Soos hierbo gemeld, staan die tweede uitgawe van die hoofwerk reeds sy plek in die howe vol en is dit die enigste bruikbare handboek op die gebied van die strafprosesreg wat tans vir die praktyk beskikbaar is. Dit ly ook geen twyfel nie dat daar onder studente ’n groot aanvraag sal wees vir sowel die *Inleiding tot die Strafprosesreg* as die *Introduction to the Law of Criminal Procedure*.

AJ MIDDLETON
Universiteit van Suid-Afrika

Die saaklike ooreenkoms by die eiendomsoordrag van roerende sake*

DSP Cronjé

Hons-BA LLD

Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

Ownership is not transferred by an obligatory agreement such as a contract of sale but by traditio. Traditio consists of a physical and mental element: ie the transfer of possession with the mutual intention of transferring and acquiring ownership. This latter agreement, specifically directed at the transfer and acquisition of ownership, is called a real agreement. It is suggested that this mutual intention is an agreement, although in itself it has no legal consequences but only if coupled with the factual element of traditio. In this article the function of this real agreement is analysed within the context of the complex of legal acts surrounding the sale and transfer in ownership of a movable. It is found that although the underlying obligatory agreement contains the obligation which is performed when traditio takes place, and although traditio arises from the underlying agreement, we have to do with two separate legal acts. Furthermore it is not necessary that the underlying obligatory agreement be a valid agreement. In other words the abstract system of transfer of ownership prevails in our law. The real agreement and the transfer of possession, ie the two elements of traditio, need not take place simultaneously but both these elements must be present at the time when the right is to pass. Although the concept of the real agreement has been criticised, especially in German law, it is suggested that it cannot be lightly rejected in our law as it serves an important function as far as the protection of third parties is concerned.

INLEIDING

Volgens ons reg word eiendomsreg nie deur 'n verbintenisskeppende ooreenkoms oorgedra nie maar deur traditio. Dit beteken dat nie alleen besit van die saak aan die verkryger verskaf moet word nie maar ook dat wils-ooreenstemming tussen die partye moet bestaan wat spesifiek op eiendoms-oorgang gerig is. Hierdie wilsooreenstemming wat bo en behalwe die verbintenisskeppende ooreenkoms tussen die partye bestaan, staan bekend as die saaklike ooreenkoms.¹ Dit is die doel van hierdie artikel om te probeer vasstel hoe die saaklike ooreenkoms inpas in die kompleks van handelingne waar eiendomsreg van 'n saak oorgedra word. Omdat hierdie ooreenkoms nog nie veel aandag in die Suid-Afrikaanse regspraak en regsliteratuur gekry het nie sal gereeld na die Duitse en Nederlandse reg verwys word aangesien dié regstelsels heelwat aandag aan die probleem bestee het.

*Hierdie artikel is grootliks gebaseer op 'n proefskrif wat ek in 1977 aan die Randse Afrikaanse Universiteit vir die graad LLD ingedien het.

¹In Nederlands staan dit bekend as *zakelijke overeenkomst* en in Duits as *dinglicher Vertrag*. Lg uitdrukking word egter nie in die *BGB* gebruik nie maar wel *Einigung*.

DIE INVLOED VAN VON SAVIGNY

Die benaming saaklike ooreenkoms (*dinglicher Vertrag*) asook die wetenskaplike konstruksie daarvan kom van von Savigny maar die beginsel van die saaklike ooreenkoms, te wete wilsooreenstemming wat spesifiek op eiendomsoordrag en -verkryging gerig is, was reeds in die Romeinse reg² bekend en ook von Savigny baseer sy siening op die Romeinse reg.³ Sommige van ons ou skrywers beklemtoon ook die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. So sê Voet⁴ dat eiendomsreg nie deur traditio oorgaan nie tensy aan sekere vereistes voldoen word; onder andere moet die oordraer die bedoeling hê om eiendomsreg oor te dra. Hy voeg dan by:

“. . . the making of an acceptance must ensue on the part of him to whom the property is to pass, so that in this way the inclinations of the contracting parties on both sides may come together, and the minds of both may agree to the transfer of ownership.”⁵

Ook Huber⁶ meen dat vir eiendomsoorgang deur lewering vereis word:

“. . . dat de *leeveringe* geschiede, *met meininge om het goedt te vervreemden*; want anders *leeveringe* dikwils geschiedt sonder kracht van vervreemdinge, gelijk, als men een ander yets te *pant*, of te *bewaren*, of te *gebruiken* geeft, en overleevert.”⁷

Albei skrywers het hier te doen met eiendomsverkryging deur lewering en hulle bespreek die vereistes waaraan lewering moet voldoen voordat eiendomsreg kan oorgaan. Dit is duidelik dat dit nie slegs oor 'n blote feitelike handeling gaan nie maar dat iets meer moet bykom, naamlik wilsooreenstemming wat onderskeidelik op die oordrag en ontvangs van eiendomsreg gerig is. Van 'n wetenskaplike ontleding van die saaklike ooreenkoms as juridiese begrip is hier egter geen sprake nie. Dit was die bydrae van von Savigny. Toe hy teen die begin van die negentiende eeu op die toneel verskyn het, was die heersende leer sover dit traditio aangegaan het, dat die *iusta causa* beskou is as die geldige verbinteniskeppende ooreenkoms wat die oorhandiging voorafgegaan het en waaruit die wil om oor te dra, afgelei is.⁸ Traditio was as *modus* slegs 'n feit en geen ooreenkoms nie.

Von Savigny verwerp die opvatting dat traditio altyd op 'n verbinteniskeppende ooreenkoms moet berus en slegs dan eiendomsoorgang tot gevolg het as dit as vervulling van die verbintenis dien.⁹ Hy gee toe dat traditio in die meeste gevalle wel deur 'n verbinteniskeppende ooreenkoms voorafgegaan sal word maar meen dat dit nie noodwendig so hoef te wees nie. Volgens hom is daar ongetwyfeld gevalle waar daar 'n geldige traditio is maar geen verbinteniskeppende ooreenkoms aanwesig is nie. As byvoorbeeld aan 'n bedelaar 'n aalmoes gegee word, gaan eiendomsreg beslis deur traditio op die bedelaar oor terwyl van 'n voorafgaande of opvolgende

²D 41 1 93; D 41 1 36; D 44 7 55; I 2 1 40.

³*Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts* II (1853) 256 ev. 441 1 35.

⁵Gane se vertaling.

⁶2 9 6.

⁷Huber se kursivering.

⁸Felgentraeger *Friedrich Carl von Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre* (1927) 22.

⁹*Obligationenrecht* II 256; Felgentraeger 35. Hierdie skrywer haal hier uit lesings aan wat von Savigny aan sy studente gegee het.

verbintenisskeppende ooreenkoms geen sprake is nie.¹⁰ Dieselfde geld by 'n mutuum. Vir die moderne reg is von Savigny se voorbeeld nie geslaag nie. Dit is per slot van sake nie nodig dat die vordering wat deur die traditio bevredig word 'n tyd lank moet bestaan het nie. Die vordering kan ook deur die handeling ontstaan waardeur dit vervul word.¹¹ Ook byvoorbeeld by 'n skenking van hand tot hand is daar 'n verpligting om te skenk. Volgens die abstrakte stelsel van eiendomsoorgang kan eiendomsreg egter oorgaan al is die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms ongeldig. In dié opsig is von Savigny dus korrek as hy sê dat traditio nie altyd op 'n verbintenisskeppende ooreenkoms hoef te berus nie.

Traditio kan om verskillende redes plaasvind, byvoorbeeld ter uitvoering van 'n huurkontrak, 'n pandooreenkoms of om 'n saak in bewaring te gee. In geeneen van hierdie gevalle gaan eiendomsreg oor nie. Traditio kan egter ook geskied ingevolge 'n koop-, ruil- of skenkingskontrak en in al hierdie gevalle gaan eiendom wel oor. Die enigste verskil tussen die twee soorte gevalle lê daarin dat in laasgenoemde gevalle die oordraer eiendom wil oordra terwyl hy dit by die eerste groep nie wil doen nie.¹² Hieruit volg dat traditio alleenlik eiendomsoorgang tot gevolg kan hê as daar in dié verband wilsooreenstemming tussen die twee partye bestaan.

“Die Tradition selbst ist daher ein wahrer Vertrag, nur nicht ein obligatorischer, sondern ein dinglicher; wohl zu unterscheiden von dem obligatorischen Vertrag . . . der bei ihr zum Grunde liegen kann, und meist wirklich zum Grunde liegt und vorher zu gehen pflegt.”¹³

Von Savigny sien dus in traditio 'n saaklike ooreenkoms wat hy heeltemal van die verbintenisskeppende ooreenkoms losmaak. Die saaklike ooreenkoms volg op die verbintenisskeppende ooreenkoms en word juis deur die verbintenisskeppende ooreenkoms genoodsaak. Die enigste inhoud daarvan is die *animus transferendi et acquirendi dominii*.¹⁴

Von Savigny bespreek ook die *iusta causa*-vereiste. Hy wys daarop dat hierdie vereiste slegs by traditio gestel word en nie by *mancipatio* nie. Die rede hiervoor is dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 'n wesenlike deel van die formule by *mancipatio* is terwyl sodanige bedoeling uiteraard nie altyd by traditio tot uitdrukking kom nie.¹⁵ Die *causa* is egter nie die

¹⁰*Obligationenrecht* II 256; Felgentraeger 36; Nolte *Zur Reform der Eigentumsübertragung* (1941) 37.

¹¹Pflüger *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht* (1937) 23; Brandt *Eigentumserwerb und Austauschgeschäft* (1940) 69.

¹²*Obligationenrecht* II 256–257.

¹³*Obligationenrecht* II 257 vn (m). (Vry vertaal: Die traditio self is dus inderdaad 'n ooreenkoms, nie 'n verbintenisskeppende een nie maar 'n saaklike ooreenkoms. Dit moet onderskei word van die verbintenisskeppende ooreenkoms . . . wat die grondslag daarvan kan vorm en inderdaad in die meeste gevalle wel sal vorm en aan die saaklike ooreenkoms sal voorafgaan.) Sien ook sy *System des heutigen römischen Rechts* III 312–313.

¹⁴Dit geld vanselfsprekend net in die geval van eiendomsoordrag. By pand, huur, ens het die ooreenkoms natuurlik 'n ander inhoud.

¹⁵*Obligationenrecht* II 259–260.

verbintenisskeppende ooreenkoms¹⁶ of die bedoeling¹⁷ om eiendomsreg oor te dra nie.¹⁸ Die ware betekenis van die *iusta causa* is dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang daaruit blyk. So sal dit in die geval van 'n koop- of ruilkontrak duidelik wees dat die bedoeling was om eiendomsreg oor te dra terwyl dit by 'n huurkontrak of pandgewing nie die geval sal wees nie. In die geval van die aalmoes aan die bedelaar blyk uit die hele handeling 'n skenkingsbedoeling. Hierdie bedoeling het die skenker voor hy gee en omdat hierdie bedoeling na sy aard op eiendomsoorgang gerig is, dien dit as *iusta causa vir die traditio*.¹⁹ Von Savigny self stel dit soos volg:

“Um . . . in zweifelhaften Fällen eine sichere Entscheidung zu finden, bleibt Nichts übrig, als auf die umgebenden Umstände, Absichten, Zwecke zu sehen, auf dasjenige Rechtsgeschäft, mit welchem die Tradition in Verbindung steht, wodurch sie herbeigeführt worden ist. Eben Dieses nun ist die wahre Bedeutung der *iusta causa*, denn hieraus wird sich stets mit Sicherheit erkennen lassen, ob die Absicht auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet war (wie bei Kauf oder Tausch), oder nicht (wie bei der Miethen und dem Depositum).”²⁰

Die *iusta causa* is dus nie 'n vereiste vir eiendomsoorgang nie maar slegs 'n aanduiding van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra.

Uit hierdie beskouinge van von Savigny kan 'n mens nou die volgende gevolgtrekkings maak:²¹

- (1) Traditio is op sigself 'n selfstandige ooreenkoms. Die reëls wat vir ooreenkomste in die algemeen geld met betrekking tot handelingsbevoegdheid, dwaling, ensovoorts is dus ook van toepassing op die twee wilsverklarings wat dié ooreenkoms uitmaak.²²
- (2) 'n Mens het hier met 'n saaklike ooreenkoms te doen. Die doel daarvan is nie om 'n verpligting in die lewe te roep nie maar om die oordrag, ontstaan, beswaring, verandering of opheffing van 'n saaklike reg te bewerkstellig.
- (3) Die verhouding tussen die saaklike ooreenkoms en die regshandeling wat die grondslag daarvan vorm, naamlik die verbintenisskeppende ooreenkoms, is die van uitvoering teenoor motief. So gesien kan 'n gebrekkige of selfs ontbrekende grondliggende ooreenkoms nie op sigself die bestaan van die saaklike voldoeningshandeling beïnvloed nie. Die saaklike ooreenkoms is dus onafhanklik van die grondliggende ooreenkoms.

¹⁶*Obligationenrecht* II 254–259.

¹⁷*Obligationenrecht* II 258–259. In die voorlesings wat hy in 1820–1821 gegee het en wat Felgentraeger op bl 35 aanhaal, meen von Savigny wel dat die *iusta causa* niks anders is nie as die bedoeling om eiendomsreg oor te dra.

¹⁸Hy vind hierdie twee beskouings in elk geval nie teenstrydig nie maar meen dat hulle net die klem verskillend laat val – *Obligationenrecht* II 259.

¹⁹Soos hierbo daarop gewys is, meen von Savigny dat daar in hierdie geval geen verbintenisskeppende ooreenkoms is wat die traditio voorafgaan nie.

²⁰*Obligationenrecht* II 258–259. (Vry vertaal: Om in gevalle van twyfel tot 'n definitiewe beslissing te geraak, moet na die omringende omstandighede, oogmerke en bedoelings gekyk word, na daardie regshandeling waarmee die traditio saamhang en op grond waarvan die traditio plaasvind. Juis dit is die ware betekenis van die *iusta causa* want hieruit sal altyd met sekerheid afgelei kan word of die bedoeling op die oordrag van eiendom gerig is (soos by koop en ruil) of nie (soos by huur en depositum).)

²¹Felgentraeger 40–41.

²²Hierdie aspekte sal hieronder nader ondersoek word.

- (4) Die *iusta causa traditionis* is al die omstandighede waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, afgelei kan word. Slegs in hierdie subsidiêre sin is dit 'n vereiste vir eiendomsoorgang.

Op hierdie wyse skei von Savigny die verbintenis- en sakereg volkome en is traditio volgens hom abstrak. Afgesien daarvan dat hy sy teorie op die Romeinse reg fundeer, gee hy dit ook 'n regspolitieke grondslag. Sy oplossing beskou hy naamlik as “. . . die einzige Rettung des Verkehrs gegen gränzenlose Unsicherheit und Willkühr.”²³ Ook die *conditiones*-leer word glad by von Savigny se siening ingeskakel en hy het verder geen probleem om die teenstrydigheid tussen die bekende teks van Ulpianus²⁴ en dié van Julianus²⁵ te versoen nie. Ulpianus vereis naamlik vir eiendomsoorgang 'n geldige onderliggende transaksie terwyl Julianus dit nie nodig ag nie. Volgens von Savigny²⁶ weerspreek die tekste mekaar nie maar benader die saak net uit verskillende hoeke. Wat eiendomsoorgang in die verband betref, stel hy dit soos volg:

“Der eine Theil . . . erfordert für die Tradition die Absicht, das Eigenthum zu übertragen . . . und sie drücken dadurch das Wesen der Sache unmittelbar aus. Die anderen Stellen erfordern eine *iusta causa* . . . und sie bezeichnen damit das Kennzeichen jener Absicht, welches in dem die Tradition begleitenden Rechtsgeschäft liegt. Die wahre Meinung also ist in jenen und diesen Stellen völlig dieselbe.”²⁷

DIE JURIDIESE KONSTRUKSIE VAN DIE SAAKLIKE OOREENKOMS

In ons reg is die betrokke partye se wilsverklarings wat onderskeidelik op eiendomsoordrag en eiendomsverkryging gerig is nie voldoende om eiendomsoorgang van 'n roerende saak te bewerkstellig nie. Daar is verder nodig dat 'n feitelike handeling plaasvind, naamlik verskaffing van besit van die saak. Die feit dat die wilsooreenstemming nie op sigself eiendomsoorgang teweegbring nie het tot gevolg gehad dat die saaklike ooreenkoms in die regswetenskap al op verskillende wyses gekonstrueer is.

Eerstens is onder die begrip saaklike ooreenkoms 'n ooreenkoms verstaan wat saaklike werking *het* en nie maar net *beoog* nie – die wilsooreenstemming bring met ander woorde op sigself eiendomsoorgang teweeg. Die eerste eksponent van hierdie opvatting was von Savigny self. Volgens sy deduktiewe metode is een van die verskyningsvorme van *juristische Thatsachen* (regsfeite) *freie Handlungen* (wilsvrye handeling). Laasgenoemde is onderverdeel onder meer in *Rechtsgeschäfte* (regshandeling) wat gemanifesteer word in *Verträge* waarvan die *dinglicher Vertrag* (saaklike ooreenkoms)

²³*System* III 355; sien ook Felgentraeger 40.

²⁴*D* 12 1 18 pr.

²⁵*D* 41 1 36.

²⁶*System* IV 158 ev.

²⁷*Obligationenrecht* II 259. (Vry vertaal: Die een kant . . . vereis dat traditio geskied met die oogmerk om eiendom oor te dra . . . en hulle druk daarmee direk die wesenlike van die saak uit. Die ander kant vereis 'n *iusta causa* . . . en hulle dui daarmee die oogmerk aan wat in die regshandeling opgesluit is wat die traditio vergesel. Die ware betekenis van albei is dus maar dieselfde.)

'n verskyningsvorm is.²⁸ Die saaklike ooreenkoms is dus 'n regsfeit en dit is 'n gebeurtenis waardeur die begin of die einde van 'n regsverhouding bewerkstellig word.²⁹

In von Savigny se tyd was hierdie standpunt goed moontlik omdat daar in die Duitse reg waaroor hy geskryf het inderdaad 'n hele aantal gevalle³⁰ was waar die wilsooreenstemming tussen die betrokke partye die sakeregtelike gevolg sonder meer teweegbring het.

Die teorie het dan ook uitstekend gefunksioneer in gevalle waar die saaklike reg deur die saaklike ooreenkoms op sigself oorgedra of gevestig kon word. In die belangrikste geval, naamlik by eiendomsoordrag, kon die stelsel egter nie werk nie, want benewens die wilsverklarings van die betrokke partye moes besit van die saak ook verkry word voordat eiendomsreg kon oorgaan. Hier het von Savigny voor dieselfde probleem as die moderne juris gestaan. Hy moes nou ook 'n saaklike ooreenkoms aanneem wat op sigself nog nie die sakeregtelike gevolg teweegbring het nie en wat dus nie in sy stelsel gepas het nie.³¹ Nogtans beweer hy dat traditio "ein wahrer Vertrag"³² is en dit beteken volgens sy eie definisie dat dit saaklike werking moet hê. Maar by traditio is dit eers besitsverkryging wat die sakeregtelike gevolg teweegbring – en dit kon ook von Savigny nie onder die vooropgestelde begrip van *Vertrag* tuisbring nie. Hy probeer hierdie probleem soos volg omsêil:

“. . . sie (di traditio) enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigentums gerichtete Willenserklärung . . . dass diese Willenserklärung für sich allein nicht hinreicht zur vollständigen Tradition, sondern die wirkliche Erwerbung des Besitzes, als äussere Handlung, hinzutreten muss, hebt das Wesen des zum Grund liegenden Vertrags nicht auf.”³³

Op die wyse kom von Savigny egter nie by die probleem verby nie. Die wilsverklarings (volgens hom die ooreenkoms) wat op eiendomsoorgang gerig is, het hier net so min onmiddellike eiendomsverkryging tot gevolg as die verbintenisskeppende ooreenkoms.³⁴ Dit is maar een van die twee elemente wat nodig is om die vereiste regsgevolg teweeg te bring. En as dit so is dat die saaklike ooreenkoms alleen maar die sakeregtelike verandering beoog en nie inderdaad bewerkstellig nie, verloor dit uiteraard die duidelik omlynde betekenis wat dit van die verbintenisskeppende ooreenkoms afskei.³⁵ Net so min as wat die verbintenisskeppende ooreenkoms eiendoms-oorgang kan teweegbring, net so min kan die saaklike ooreenkoms dit op sigself doen.

²⁸*System* III 308; sien ook Van Oven "Zakelijke Overeenkomst en Huwelijksvoorwaarden" 1935 *WPNR* no 3439 3440 3441 bl 520.

²⁹"... Ereignisse, wodurch der Anfang oder das Ende der Rechtsverhältnisse bewirkt wird . . ." *System* III 3; sien ook Van Oven "Zakelijke Overeenkomst" 520.

³⁰Bv servitude, hipoteke en vruggebruik – Van Oven "Zakelijke Overeenkomst" 520.

³¹Van Oven "Zakelijke Overeenkomst" 520.

³²*System* III 312.

³³*System* III 312. (Vry vertaal: Die traditio bevat die wilsverklaring van beide partye wat op oordrag van besit en eiendomsreg gerig is . . . dat hierdie wilsverklarings op sigself nie voldoende is om sonder die verkryging van besit, as (uiterlike) feitelike handeling, tot volkome traditio te lei nie, verander nie dat dit in wese 'n ooreenkoms bly nie.)

³⁴Van Oven "Zakelijke Overeenkomst" 520–521.

³⁵Van Oven "Zakelijke Overeenkomst" 520.

Reeds by sy ontstaan het die leer van die konsensuele saaklike ooreenkoms dus aan 'n gebrek gely – die belangrikste geval waarop dit toepassing moes vind, naamlik eiendomsoorgang, kon nie sonder meer daardeur bewerkstellig word nie – anders as by 'n reële saaklike ooreenkoms. Dit is derhalwe verstaanbaar dat die konsensuele saaklike ooreenkoms aanvanklik ook in Duitsland nie veel aandag geniet het nie en latere juriste het ook moeielikheid gehad om dit te konstrueer.³⁶ Die rede hiervoor is dat die saaklike ooreenkomste wat in von Savigny se tyd die saaklike werking sonder meer kon teweegbring in die *BGB* van 1900 afgeskaf is.³⁷ Die probleme wat dus vir von Savigny slegs met betrekking tot traditio bestaan het, is nou ook in die Duitse reg oor die hele gebied van die sakereg uitgebrei. Die Duitse juriste gebruik weliswaar die uitdrukking *dinglicher Vertrag* maar dié benaming is nie deur die *BGB* aanvaar nie. In die paragrawe waar die vestiging van saaklike regte ter sprake kom, word gepraat van *Einigung*³⁸ en nie van *Vertrag* nie en dit word aan die regswetenskap en regspraak oorgeleat in welke mate die algemene voorskrifte oor *Vertrage* op *Einigung* toegepas moet word.³⁹

Daar is vandag nog juriste wat beweer dat die saaklike ooreenkoms op sigself die regsgevolg moet teweegbring. So is daar diegene wat meen dat 'n mens slegs dán 'n saaklike ooreenkoms het as die wilsooreenstemming sonder meer die ontstaan van die saaklike reg tot gevolg het.⁴⁰ Met sodanige gevalle sou 'n mens dan te doen hê by traditio brevi manu en constitutum possessorium.⁴¹ Hierdie opvatting kan nie aanvaar word nie. As die begrip saaklike ooreenkoms tot so 'n eng inhoud beperk word, sal 'n mens tog vir die *ooreenkoms* wat by traditio en elders figureer 'n naam moet vind. En waar dit oor 'n sakeregtelike gevolg gaan, is saaklike ooreenkoms juis 'n geskikte term.

Ander skrywers⁴² weer is van mening dat die wilsooreenstemming (*Einigung*) op sigself nie 'n ooreenkoms (*Vertrag*) is nie. 'n Ooreenkoms is 'n regshandeling en 'n regshandeling is 'n handeling wat regsgevolge *het* en nie slegs *beoog* nie.⁴³ 'n Verbintenisskeppende ooreenkoms het verbintenisse tot gevolg en 'n saaklike ooreenkoms moet dus ook sonder meer 'n saaklike reg tot stand laat kom. 'n Afspraak wat slegs 'n sakeregtelike gevolg ten doel het maar nie self kan teweegbring nie is geen (saaklike) ooreenkoms nie. 'n Mens moet jou volgens hierdie opvatting losmaak van die gedagte dat 'n ooreenkoms deur wilsooreenstemming alléén tot stand kom; dat wilsooreenstemming en ooreenkoms sinoniem is. Alhoewel dit essensieel is dat enige ooreenkoms twee wilsverklarings moet bevat, wil dit nie sê dat dit

³⁶Van Oven "Zakelijke Overeenkomst" 521.

³⁷Van Oven "Zakelijke Overeenkomst" 521.

³⁸So word in par 929 *BGB* gesê dat eiendomsreg van 'n roerende saak deur *Einigung* en *Übergabe* oorgedra word.

³⁹Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* I (herdr 1963) 315.

⁴⁰Sien hieroor Rutten "De Zakelijke Overeenkomst" 1949 *WPNR* no 4072 bl 68.

⁴¹Op hierdie gevalle sal hieronder teruggekom word.

⁴²Von Tuhr *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* II(1) (1957) 221; Wolff-Raiser *Sachenrecht* (1957) 119 235; Rutten 68–69; Ennecerus-Nipperdey *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* II (1960) 910.

⁴³Rutten 68; Ennecerus-Nipperdey 910.

nie ook méér kan omvat nie. By eiendomsoordrag van 'n roerende saak bestaan die saaklike ooreenkoms volgens hierdie skrywers benewens die wilsooreenstemming ook nog uit 'n feitelike handeling, naamlik verskaffing van besit. Die gevalle⁴⁴ waar wilsooreenstemming die regsgevolg sonder meer teweegbring, moet as uitsonderings beskou word.

In hierdie verband kan ook op Wiarda se siening gelet word.⁴⁵ Volgens hom is lewering "eigendomsverskaffing, eiendomsoverdracht". Daaronder verstaan hy in beginsel niks anders nie as 'n wedersydse wilsverklaring waarmee oordraer en verkryger aan mekaar te kenne gee dat hulle eiendom wil oordra.⁴⁶ Deur hierdie wilsooreenstemming gaan eiendom dan oor.⁴⁷ Lewering meen hy dan is 'n saaklike ooreenkoms⁴⁸ maar die regsgevolg word nie sonder meer deur die saaklike ooreenkoms teweeggebring nie – die lewering moet "uiterlijk waarneembaar" wees.⁴⁹ Wat roerende sake betref, is die "wettelijk voorgeschreven vorm" waarin die saaklike ooreenkoms na buite moet blyk, "feitelike overgifte".⁵⁰

So gesien kom Wiarda se siening ook maar neer op wilsooreenstemming plus 'n eksterne faktor, te wete uiting van die wilsooreenstemming in 'n regtens voorgeskrewe vorm. Wat die Suid-Afrikaanse reg betref, lyk dit in elk geval nie korrek om die verskaffing van besit slegs as die "wetlik voorgeskrewe vorm" te beskou waarin die wilsooreenstemming om eiendomsreg oor te dra, geopenbaar word nie. Dit lyk eerder asof besitsoordrag deel van die regshandeling vorm.⁵¹

Volgens hierdie beskouing het die saaklike ooreenkoms die regsgevolg weliswaar op sigself tot gevolg, maar dit is nie meer slegs 'n ooreenkoms in die sin van wilsooreenstemming nie, maar 'n ooreenkoms plus 'n fisiese handeling. 'n Mens sou in die verband van 'n reële ooreenkoms kan praat.

Daar moet dadelik op gewys word dat daar in die praktyk weinig verskil is tussen die opvatting dat die saaklike ooreenkoms uit die wilsooreenstemming plus die feitelike handeling bestaan en die beskouing waarvolgens die wilsooreenstemming op sigself die saaklike ooreenkoms uitmaak. In albei gevalle word wilsooreenstemming plus besitsverskaffing vir oorgang van die reg vereis. Dit gaan eintlik oor wat 'n mens onder die begrip ooreenkoms verstaan. Hoe 'n mens 'n ooreenkoms omskryf, is eintlik 'n kwessie van terminologie. Om egter te vereis dat 'n ooreenkoms regsgevolge moet hê alvorens dit as sodanig beskou kan word, gaan nie op nie. In die privaatreë is daar 'n behoefte aan 'n benaming vir die begrip: "meerzijdige wilsverklaring gericht op het intreden van een rechtsgevolg onverschillig of

⁴⁴Traditio brevi manu en constitutum possessorium, maar sien onder.

⁴⁵*Cessie of Overdracht van Schuldvorderingen op Naam naar Nederlandsch Burgerlijk Recht* (1937) 104 e.v.; *Praeadvies oor Overdracht van Toekomstige Rechten* (1940).

⁴⁶*Cessie* 104; *Praeadvies* 44. Ook Houwing *Praeadvies oor Overdracht van Toekomstige Rechten* (1940) 24 en Van Oven "Zakelijke Overeenkomst" 521 is van mening dat lewering van 'n roerende saak 'n saaklike ooreenkoms is.

⁴⁷*Cessie* 104–105.

⁴⁸*Cessie* 105–107.

⁴⁹*Cessie* 107.

⁵⁰*Praeadvies* 44–45.

⁵¹Sien onder.

dit inderdaad intreedt zoals de partijen het hebben beoogd.”⁵² Vir hierdie begrip word in die regs wetenskap die uitdrukking “ooreenkoms” gebruik ook al tree die regsgevolge glad nie of slegs gedeeltelik in.⁵³ Dit is van oudsher gebruiklik om te praat van nie-bindende, nietige of vernietigbare ooreenkomste.⁵⁴ En dit is duidelik dat hierdie benamings onbestaanbaar is as elke ooreenkoms noodwendig regsgevolge moet hê. As ’n mens van ’n “nietige” ooreenkoms kan praat, kan jy sekerlik ook van ’n ooreenkoms praat as die wilsooreenstemming van die partye op die regsgevolg gerig is alhoewel die gevolg eers kan intree as ’n verdere vereiste bykom wat deur die reg voorgeskryf word.⁵⁵

Verder val die klem in ons reg by eiendoms oordrag van ’n roerende saak juis op die fisiese handeling. So word gewoonlik gesê dat eiendomsreg deur die oordrag van besit oorgaan. Hiermee word die belang van die saaklike ooreenkoms nie ontken nie maar in die lig hiervan lyk dit nie geregverdig om te sê dat die oordrag van besit slegs die regtens voorgeskrewe vorm is waarin die saaklike ooreenkoms tot uiting kom nie. Dit lyk meer in ooreenstemming met die opvatting in ons reg dat verskaffing van besit en die saaklike ooreenkoms as twee gelyke komponente van die regshandeling eiendoms oordrag beskou word.

Uit bostaande volg dat die blote wilsooreenstemming (*Einigung*) van die partye wat op die sakereg telike gevolg gerig is as die saaklike ooreenkoms beskou moet word, of dit nou die regsgevolg op sigself bewerkstellig al dan nie.⁵⁶

Hierbo is daarop gewys dat gewoonlik gesê word dat die saaklike ooreenkoms die sakereg telike gevolg sonder meer bewerkstellig in die geval van *traditio brevi manu*, *constitutum possessorium* en waar ’n derde beheer oor die saak voer waarvan eiendomsreg oorgedra moet word.⁵⁷ Hierdie opvatting lyk nie korrek nie. Soos reeds aangedui word eiendomsreg van ’n roerende saak oorgedra deur die saaklike ooreenkoms plus die vestiging van besit. By *traditio brevi manu* is die verkryger egter reeds in feitelike beheer van die saak en al wat nou nog moet bykom om die regsgevolg te weeg te bring, is die saaklike ooreenkoms. ’n Heen-en-weer-oorhandiging van die saak sou in hierdie omstandighede sinloos wees maar die feit dat die wilsooreenstemming nie met die fisiese element saamval nie maar daarop

⁵²Van Oven “Aantekening” 1949 *WPNR* no 4072 bl 70.

⁵³Sien ook Lent-Schwab *Sachenrecht* (1976) 45–46.

⁵⁴Van Oven “Aantekening” 70; Lent-Schwab 45; Heck *Grundriss des Sachenrechts* (herdr 1960) 115.

⁵⁵Sien Lent-Schwab 46.

⁵⁶So ook Asser-Scholten-Beekhuis *Zakenrecht* (Algemeen Deel) (1957) 149; Suijling *Inleiding tot het Burgerlijk Recht I Algemene Beginselen* (1948) 364; Algra *Inleiding tot het Nederlands Privaatrecht* (1975) 109 202; Houwing 23 25; Wiarda *Cessie* 105; Lent-Schwab 45; Westermann *Sachenrecht* (1966) 185; Heck 230; sien ook De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (1964) 6; Eichler *Institutionen des Sachenrechts I* (1954) 105 stel dit soos volg: “Ihren (die partye se) rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die die Einigung ausmachen, kommt Vertragsnatur zu, weil sie sich auf die Erreichung eines gemeinsamen erstrebten Erfolges richten und gegenseitig entsprechend bedingen.”

⁵⁷Rutten 68; Van Oven “Zakelijke Overeenkomst” 521.

volg, kan nie beteken dat die wilsooreenstemming op sigself die regsgevolg bewerkstellig nie. Per slot van sake moet die verkryger juis in beheer van die saak wees as hierdie leweringsvorm gebruik wil word – die feitelike element word dus nog vereis.⁵⁸ Net so min as wat gesê kan word dat die verkryging van feitelike beheer wat op die saaklike ooreenkoms volg op sigself eiendomsorgang teweegbring, kan beweer word dat die saaklike ooreenkoms by *traditio brevi manu* die regsgevolg sonder meer bewerkstellig.⁵⁹

Waar die saak wat gelewer moet word in die hande van 'n derde is, is daar twee moontlikhede. Eerstens het ons *attornment* waar die saak nie gelewer kan word sonder die samewerking van die derde nie. Die saaklike ooreenkoms word tussen oordraer en verkryger gesluit en van die beheerder van die saak word vereis dat hy sy wil verander om nie meer vir die oordraer nie maar vir die verkryger te hou. Daar word aanvaar dat die wilswysiging van die houer feitelike heerskappy vir die verkryger moontlik maak⁶⁰ wat in die geval van werklike lewering deur oorhandiging van die saak bewerkstellig word.⁶¹ Die blote wilsooreenstemming laat die regsgevolg egter nie intree nie.

Tweedens het ons die nuwe wyse van lewering wat die appèlhof in *Caledon en Suid-Westelike Distrikte Eksekuteurskamer Bpk v Wentzel*⁶² in die lewe geroep het. Ook in hierdie geval is die saaklike ooreenkoms nie voldoende om eiendomsorgang te bewerkstellig nie. Daar word nog steeds vereis dat die houer 'n wilswysiging ondergaan maar sy wilsuiging hoef nie gemaak te word terwyl hy *detentio* van die saak het nie.⁶³

By *constitutum possessorium* is die posisie anders. Hier het die verkryger nie feitelike beheer oor die saak nie en hy verkry dit ook nie. Nogtans word hy eienaar. Net soos by *attornment* maak die wilswysiging van die houer feitelike heerskappy vir die verkryger regtens moontlik.⁶⁴ Hierdie wilswysiging wat die persoon ondergaan wat beheer oor die saak uitoefen, kan beswaarlik van die saaklike ooreenkoms geskei word sodat die elemente by *constitutum possessorium* moeiliker onderskei kan word as by die gevalle wat hierbo gespreek is. Dit kan hier ook geen praktiese doel dien om tussen die fisiese en psigiese element te onderskei nie. Tog is ook by *constitutum possessorium* 'n fisiese element nodig – die houer moet in beheer van die saak wees; *constitutum possessorium* kan nie by besitslose sake of by *res nullius* voorkom nie.

⁵⁸Sien *Forsdick Motors Ltd v Lauritzen* 1967 3 SA 249 (N) 253G.

⁵⁹In elk geval moet die houer se *feitelike heerskappy* eers in *besit* omskep word voordat daar van eiendomsverkryging sprake kan wees. Dit is egter twyfelagtig of hierdie verandering van gesindheid van die saaklike ooreenkoms losgemaak kan word op so 'n wyse dat dit die afsonderlike *feitelike* element kan daarstel.

⁶⁰Sien *Meintjes v Wilson* 1927 OPD 183 189; *Hearn and Co (Pty) Ltd v Bleiman* 1950 3 SA 617 (K) 625–626; *Caledon en Suid-Westelike Distrikte Eksekuteurskamer Bpk v Wentzel* 1972 1 SA 270 (A) 275.

⁶¹Dit geld natuurlik nie by *traditio brevi manu* nie want hier word die houer eienaar.

⁶²1972 1 SA 270 (A).

⁶³Sien hieroor Cronjé “Eiendomsorgang en Verdiskontering” 1976 *THRHR* 245 ev.

⁶⁴Sien vn 60 hierbo.

'n Geval waar eiendomsreg wel deur die blote saaklike ooreenkoms oorgaan, is waar die betrokke saak in niemand se besit is nie.⁶⁵ V het byvoorbeeld sy saak verloor en alle pogings laat vaar om dit weer te kry of verdere beheer daarvoor uit te oefen sonder om eiendomsreg daarvan prys te gee. K is bereid om die saak te gaan soek maar wil eers eiendomsreg daarvan verkry. As in hierdie omstandighede op besitsoordrag aangedring word, sou dit beteken dat die saak onvervreembaar is omdat oorhandiging eenvoudig onmoontlik is.⁶⁶ Daar bestaan geen rede waarom eiendom in hierdie geval nie deur die blote saaklike ooreenkoms oorgedra kan word nie. Dit is nie in stryd met die algemene beginsel waarvolgens vir eiendomsoordrag ook oordrag van besit nodig is nie want hier bestaan geen besitsverhouding tussen die oordraer en die saak nie. Die vereiste dat die uiterlike betrekking tussen die oordraer en sy saak verbreek word waar die eiendom van 'n saak oorgedra word, het tog geen betekenis as die saak besitsloos is nie.⁶⁷ Ook kan die feit dat hier nie publisiteit aan die sakeregtelike verandering gegee word nie, niemand benadeel nie omdat besit nie as die saak besitsloos is 'n skyn van eiendomsreg kan skep nie.⁶⁸ Dit maak dus nie saak of die oordraer of verkryger eienaar is nie.

Hierdie een geval waar die saaklike ooreenkoms die regsgevolg op sigself teweegbring, is egter onbeduidend en dit is twyfelagtig of dit die onderskeiding regverdig tussen die saaklike ooreenkoms wat die regsgevolg sonder meer teweegbring en dié waar 'n verdere element moet bykom om die regsgevolg te bewerkstellig.

Sover dit die eiendomsoordrag van roerende sake betref, kan 'n mens dus tot die gevolgtrekking kom dat die saaklike ooreenkoms die wilsooreenstemming van die partye is wat op die oorgang van eiendomsreg gerig is. Die feit dat dit die regsgevolg nie op sigself teweegbring nie, verander die situasie nie.

DIE SAAKLIKE OOREENKOMS, IUSTA CAUSA EN TRADITIO

Dit is in ons reg 'n vanselfsprekende beginsel dat eiendomsreg nie deur die verbinteniskeppende ooreenkoms oorgedra word nie, maar wel deur lewering of traditio. Deur die verbinteniskeppende ooreenkoms ontstaan slegs die verpligting om te lewer en deur die leweringshandeling word hierdie verpligting nagekom. Gewoonlik word dan gesê dat die verbinteniskeppende ooreenkoms die rede of causa vorm op grond waarvan gelewer word. Die vraag is nou wat die verband tussen hierdie causa, lewering en die saaklike ooreenkoms is.

As gesê word dat eiendomsreg van 'n roerende saak deur traditio oorgedra word, moet in gedagte gehou word dat traditio reeds sedert die Romeinse tyd in twee betekenisse gebruik word. Aanvanklik is daarmee

⁶⁵Westermann 196-197; Heck 242; Wolff-Raiser 246; Von Tuhr I 266.

⁶⁶Heck 242.

⁶⁷Westermann 197.

⁶⁸Westermann 197.

“oorhandiging” bedoel, dit wil sê verskaffing van besit wat in ’n gegewe geval ook eiendomsordrag kon wees. Maar ook waar ’n saak by wyse van traditio oorgedra is, het spoedig ’n behoefte aan bewysmiddele ontstaan. As ’n persoon hom daarop beroep het dat ’n *res nec mancipi* in eiendomsreg aan hom oorgedra is, moes hy dit kon bewys. Dit het tot gevolg gehad dat, ook as ’n saak deur traditio oorgedra is, ’n akte opgestel is waarin aangedui is dat ’n sekere saak op ’n bepaalde tyd en plek byvoorbeeld verkoop en oorgedra is. Dit het daartoe gelei dat die fisiese element al hoe meer op die agtergrond geskuif het en tradere ’n minder skerp omlynde betekenis verkry het. Dikwels is nou nie meer “oorhandiging” daarmee bedoel nie maar *eiendomsordrag* deur ooreenkoms wat in ’n akte vervat is.⁶⁹

Hierdie tweeledige betekenis van die begrip traditio is in die moderne regstelsels geresipieer. Ook vandag nog kan traditio òf eiendomsordrag òf die blote feitelike oorhandiging beteken.⁷⁰

Oordrag van eiendomsreg of besit⁷¹ behels verskuiwing van beheer oor die saak (die fisiese element) sowel as die ooreenstemmende bedoelings om die beheer te verskuif met die doel om eiendomsreg of besit oor te dra (psigiese element). Verskuiwing van beheer by wyse van oordrag berus met ander woorde altyd op ooreenkoms. Hierdie verskuiwing van beheer en die ooreenkoms kan logies onderskei word en kan selfs in tyd geskei word. So is dit denkbaar dat die ooreenkoms ontstaan voordat die verskuiwing van beheer plaasvind. Hierdie ooreenkoms is die saaklike ooreenkoms maar soos ons binnekort sal sien, bewerkstellig dit oorgang van eiendom of besit slegs as dit gepaard gaan met die verskuiwing van beheer. Waar die saaklike ooreenkoms dus voor die beheersverskuiwing aangegaan word, moet die wilsooreenstemming nog voortduur as beheer oor die saak verkry word. As die beheersoordrag plaasvind voordat ’n ooreenkoms gesluit word om eiendomsreg of besit oor te dra (met ander woorde as aanvanklik blote detentio verleen word), word twee ooreenkomste gesluit: eers die ooreenkoms wat die grondslag van die detentio-verlening vorm en daarna die ooreenkoms waardeur besit of eiendomsreg oorgedra word. Laasgenoemde ooreenkoms is dan die saaklike ooreenkoms. Die inhoud daarvan is die oordrag van besit of eiendomsreg (waarmee nie te kenne gegee word dat besit ’n reg is nie).

As traditio op eiendomsordrag betrekking het, moet dit al die elemente omvat wat regtens nodig is om eiendomsreg te laat oorgaan, dit wil sê die saaklike ooreenkoms sowel as die fisiese element. Die saaklike ooreenkoms is met ander woorde nie gelyk aan die wilsooreenstemming plus die feitelike handeling nie, maar *lewering* is gelyk aan wilsooreenstemming (saaklike ooreenkoms) plus die feitelike handeling. Deur traditio gaan eiendomsreg dus

⁶⁹Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* (1948) 73-74.

⁷⁰So word by in die Franse reg vir traditio in laasgenoemde betekenis die uitdrukking *délivrance* gebruik teenoor *tradition* as eiendomsordrag. In die Suid-Afrikaanse en Nederlandse reg word traditio of lewering in albei betekenisse gebruik maar in Nederland word dan tog verder onderskei tussen juridiese en feitelike lewering – Van Oven *Leerboek* 74.

⁷¹Of ’n mens ook by oordrag van detentio van ’n saaklike ooreenkoms kan praat, word daargelaat. Dit lyk in elk geval nie of daar ’n dwingende rede is waarom slegs van ’n saaklike ooreenkoms gepraat kan word as dit oor die oordrag van regte gaan nie.

oor, maar nie deur die saaklike ooreenkoms nie omdat die saaklike ooreenkoms maar deel van die oordragshandeling vorm. Dit sou slegs sinvol wees om die saaklike ooreenkoms aan lewering gelyk te stel as eiendomsoorgang sonder meer deur die wilsooreenstemming bewerkstellig sou kon word.

Hierdie standpunt kom ooreen met die Duitse reg⁷² en vind ook steun in die beslissings van ons howe.⁷³ In hierdie sake word uitdruklik gesê dat lewering (in die sin van besitsverskaffing of oorhandiging) nie vir eiendomsoorgang voldoende is nie. Die partye moet daarbenewens die bedoeling hê om onderskeidelik eiendomsreg oor te dra en te ontvang (die saaklike ooreenkoms). In die *Weeks*-saak⁷⁴ word dit soos volg gestel:

“Upon a contract of sale the ownership in the property sold does not pass to the purchaser, unless in addition to giving delivery the seller has the intention of transferring the property, and the purchaser has the intention of becoming the owner.”

Soos reeds aangedui het 'n mens hier met twee afsonderlike elemente te doen. Dit is nie 'n geval van eiendomsoorgang deur die wilsooreenstemming van die partye wat in 'n sekere vorm uitgedruk is nie, maar daar moet oorhandiging van die saak plaasvind *en* die partye moet die bedoeling hê om onderskeidelik eiendomsreg oor te dra en te ontvang.

Dit is duidelik dat *die saak* by die oordrag van die saaklike reg as uitgangspunt geneem word. As in die sakeregtelike posisie 'n verandering intree, moet daaraan publisiteit verleen word omdat die saaklike reg deur almal eerbiedig moet word. By roerende goed kan die publikasie van sake-regtelike veranderings aan derdes slegs deur duidelike verskuiwing van die besit van die saak geskied.⁷⁵ Dit is immers in besit van die saak wat die saaklike reg sigbaar word.⁷⁶ Word die saaklike reg dus oorgedra, moet besit van die saak verskaf word. Hierdie besitsverskaffing is nie slegs 'n uiterlike simbool⁷⁷ nie, maar moet by die wilsooreenstemming tussen die partye kom om die regsgevolg teweeg te bring.⁷⁸ Die feit dat albei hierdie vereistes vir die sakeregtelike verandering vereis word, is juis kenmerkend daarvan en onderskei dit van ander vervreemdinge.⁷⁹ As voorbeeld kan sessie geneem word. Sessie is 'n oordragshandeling waardeur onder meer vorderingsregte deur blote ooreenkoms oorgedra word.⁸⁰ Publisiteit sou hier wel verkry

⁷²Ingevolge par 929 *BGB* word eiendomsreg van 'n roerende saak deur *Einigung* en *Übergabe* oorgedra.

⁷³*Greenshields v Chisbalm* (1884) 3 SC 220 227–228; *De Villiers v Maister and Shagam* (1910) 27 SC 73 78; *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; *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd* 1971 3 SA 158 (A).

⁷⁴230.

⁷⁵Baur *Lehrbuch des Sachenrechts* (1975) 28; Westermann 13 16 55; Lent-Schwab 5; Wolff-Raiser 23 250; Pitlo *Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* (1972) 120 135. In die Suid-Afrikaanse reg bestaan daar 'n weerlegbare vermoede dat die besitter van 'n roerende saak ook eienaar daarvan is. Sien *Policansky Brothers v Hanau* (1908) 25 SC 670 672; *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 308; *Weeks v Amalgamated Agencies Ltd* 1920 AD 218; *Gleneagles Farm Dairy v Schoombee* 1949 1 SA 830 (A) 836.

⁷⁶Sien Eichler I 104.

⁷⁷Heck 111 en Eichler I 104 praat in die verband van 'n *Rechtszeichen*.

⁷⁸Heck 110; Baur 28–29 33; Eichler I 104.

⁷⁹Eichler I 104; Baur 33; Heck 110.

⁸⁰Sien Nienaber “The Inactive Cessionary” 1964 *Acta Juridica* 103 e v; De Wet en Yeats

kon word deur 'n mededeling aan die skuldenaar⁸¹ maar dit is nie 'n vereiste nie.⁸²

Gewoonlik word 'n *iusta causa* in ons reg vir eiendomsoorgang vereis,⁸³ dit wil sê een of ander rede of regsgrond, byvoorbeeld 'n koopkontrak, ingevolge waarvan eiendomsreg van die saak oorgedra word. In die Duitse reg word in die verband gepraat van die objektiewe *causa* van eiendomsoorgang.⁸⁴ Hierdie *causa* in objektiewe sin is gewoonlik die onderliggende regshandeling wat die vordering bevat wat uitgewis sal word as aan die handeling uitvoering gegee word.⁸⁵ Die enigste grondliggende regshandeling wat vir ons doeleindes van belang is, is die koopkontrak – deur die koopkontrak verkry die koper 'n vorderingsreg op lewering wat uitgewis word as die saak inderdaad aan hom gelewer word. Die sakeregtelike handeling gee met ander woorde uitvoering aan die verpligting wat in die verbintenisskeppende ooreenkoms vervat is. In ons reg is hierdie twee handelinge heeltemal geskei⁸⁶ wat tot gevolg het dat elkeen slegs aan sy eie vereistes moet voldoen ten einde geldig te wees. Ook waar die twee handelinge *uno actu* geskied, soos gewoonlik die geval sal wees, kan begripsmatig tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms enersyds en die saaklike voldoeningshandeling andersyds onderskei word.⁸⁷

Alhoewel die saaklike ooreenkoms deel is van die voldoeningshandeling, is dit gebou op en ontwikkel dit gewoonlik uit die grondliggende regshandeling,⁸⁸ naamlik die verbintenisskeppende ooreenkoms of dan *causa*. Dit is vanselfsprekend dat die saaklike ooreenkoms beswaarlik op sigself kan voorkom.⁸⁹ As hierdie verbintenisskeppende ooreenkoms egter nie geldig hoef te wees nie en die *traditio* dus abstrak is, is die verbintenisskeppende ooreenkoms regtens geen vereiste vir die sakeregtelike handeling nie. Slegs 'n geldige handeling kan immers juridies werklik verpligtend wees. Vir eiendomsoorgang word 'n saaklike ooreenkoms en besitsoordrag vereis en die verbintenisskeppende ooreenkoms (of dan *causa*) sal slegs in hierdie verband ter sprake kom om te bewys of die bedoeling om eiendomsreg onderskeidelik oor te dra en te ontvang inderdaad by die partye aanwesig was. So gesien is die *causa* bloot enige omstandigheid waaruit die bedoeling van die partye blyk.⁹⁰ Van bewysregtelike waarde kan die verbintenisskeppende

178 cv.

⁸¹Baur 29.

⁸²Nienaber 115 en gesag daar aangehaal.

⁸³Sien o.a. *Jeffery v Pollak and Freemantle* 1938 AD 1 14; *Commissioner of Customs and Excise v Randles Brothers and Hudson Ltd* 1941 AD 369 380 398–399 410–411; *MCC Bazaar v Harris and Jones (Pty) Ltd* 1954 3 SA 158 (T) 161; Scholtens "Justa Causa Traditionis and Contracts Induced by Fraud" 1957 *SALJ* 280; Maasdorp *The Law of Property* (1971) 52.

⁸⁴Westermann 22; Serick *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung* I (1963) 52.

⁸⁵Serick 52; Westermann 23; Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts* II (1972) 407.

⁸⁶By ons geld maw die abstrakte stelsel van eiendomsoorgang – sien hieronder.

⁸⁷Baur 438; Eichler I 108; Flume *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* II *Das Rechtsgeschäft* (1965) 181.

⁸⁸Eichler I 106–107.

⁸⁹Van Oven "Zakelijke Overeenkomst" 521; Rutten 68.

⁹⁰So reeds von Savigny *Obligationenrecht* 258–259. Vroeër het hy die *iusta causa* beskou as die *animus transferendi dominii* – sien sy lesings wat deur Felgentraeger 35 aange-

ooreenkoms of causa dus wel wees maar 'n materiële vereiste vir eiendoms-oorgang is dit nie.

Nogtans word nie ontken dat traditio normaalweg op grond van 'n verbintenisskeppende ooreenkoms sal plaasvind nie. Per slot van sake is die wil van partye wat 'n koopkontrak sluit nie net gerig op die ontstaan van verbintenisse nie, maar ook op verkryging van al die regte wat die verkoper het, insluitende eiendomsreg, waar toepaslik.⁹¹ Twee stelde verhoudinge verg dus nou die aandag, naamlik dié tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en traditio en tweedens die verhouding tussen die saaklike ooreenkoms en die verskaffing van besit.

DIE VERHOUDING TUSSEN DIE VERBINTENISKEPPENDE OOREENKOMS (CAUSA) EN TRADITIO

So pas is daarop gewys dat traditio gewoonlik plaasvind ter vervulling of uitvoering van 'n verpligting wat in 'n verbintenisskeppende ooreenkoms, vir ons doeleindes meer bepaald 'n koopkontrak, ontstaan. Wat die verhouding tussen die causa en traditio betref, is die vraag hoofsaaklik of hierdie causa geldig moet wees. Met ander woorde geld die kousale of abstrakte stelsel van eiendomsorgang?⁹²

In die Suid-Afrikaanse reg is die posisie nie bo alle twyfel duidelik nie. Aanvanklik is die kousale stelsel in die regspraak voorgestaan⁹³ maar in *Commissioner of Customs and Excise v Randles Brothers and Hudson Ltd*⁹⁴ het die appèlhof hom op die abstrakte standpunt gestel. Daarmee is die saak egter nie sonder meer afgehandel nie.

In *Kopelowitz v West*⁹⁵ onderskei die hof tussen nietige en vernietigbare kontrakte. Sodanige onderskeid het slegs betekenis as die kousale stelsel van eiendomsorgang geld. Sekere uitlatinge van die regter dui dan ook op aanvaarding van die kousale stelsel.⁹⁶ Tog wil dit voorkom of hierdie be-

haal word.

⁹¹Rutten 68; Van Oven "Zakelijke Overeenkomst" 521-522; Larenz II 10; Wiarda *Cessie* 117.

⁹²Die Duitse reg volg die abstrakte stelsel (Baur 40; Heck 118 e.v.; Wolff-Raiser 121 237-238; Eichler I 109) terwyl die kousale stelsel in Nederland van toepassing is (Pitlo *Het Zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek* (1972) 205; Asser-Scholten-Beekhuis 166; Schultz *Eigendomsverkrigging bij Koop van Roerende Goederen in het Westeuropees Internationaal Privaatrecht* (1955) 21 187; so ook die Hooë Raad in sy beslissing van 5 Mei 1950 - sien 1951 *NJ* 5 (no 1)).

⁹³*Kleudgen and Co v Trustees in Insolvent Estate of Rabie* 1880 Foord 63; *Beyers v McKenzie* 1880 Foord 125.

⁹⁴1941 AD 369 398-399 410-411; sien ook *MCC Bazaar v Harris and Jones (Pty) Ltd* 1954 3 SA 158 (T) 161F; *Nell v Barry* 1958 2 SA 687 (O) 694D-E; *Lottering v Leonard Motors (Pty) Ltd and SAMAC* 1963 2 PH A47 (GW); *Trust Bank of Africa Ltd v Western Credit Ltd* 1966 2 SA 577 (A) 590 591; *Universal Sales (Pty) Ltd v Cornelissen* 1971 1 SA 132 (O) 133; *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd* 1971 3 SA 158 (A).

⁹⁵1954 4 SA 296 (W).

⁹⁶Op bl 300H van die verslag lui dit: "Until the contract has been avoided . . . a transfer following on such contract would be made *ex justa causa*, and would be sufficient to confer good title. . . ." Selfs hierdie woorde *kon* uitgelê word om te beteken dat verbintenisskeppende en saaklike ooreenkoms in casu *in feite* dermate hand aan hand gaan

slissing nie in alle opsigte onversoenbaar met die abstrakte stelsel is nie. So sê die regter op bladsy 300FG onder meer dat as die kontrak 'n "nullity" was – soos waar daar geen consensus ad idem is nie – dan sou eiendomsreg nie oorgegaan het nie. Nou kan mens redeneer dat dit natuurlik so is, want in casu sou dan ook geen consensus oor eiendomsoorgang gewees het nie, dit wil sê geen saaklike ooreenkoms nie.⁹⁷

Ook in *Dalrymple, Frank and Feinstein v Friedman*⁹⁸ word tussen nietige en vernietigbare kontrakte onderskei.⁹⁹ Dié saak kan egter nie sonder meer as gesag vir die kousale stelsel aanvaar word nie. Op bladsy 664BC van die verslag toon regter Ramsbottom aan dat eiendomsreg wel oorgaan al is wilsooreenstemming op bedrieglike wyse verkry, mits die oordraer tot die oorgang instem. In sodanige geval is die "transaksie" vernietigbaar. Het die oordraer egter nie tot die eiendomsoordrag ingestem nie, gaan eiendomsreg nie oor nie en is die "transaksie" ab initio nietig. Dit lyk asof die regter hier die saaklike ooreenkoms eerder as die verbinteniskeppende ooreenkoms tussen die partye in gedagte het.¹⁰⁰ Strydig met die abstrakte stelsel is dit nie, intendeel as die nodige bedoeling ontbreek, kan eiendomsreg ook volgens die abstrakte stelsel nie oorgaan nie.

In *Preller v Jordaan*¹⁰¹ onderskei ook die appèlhof tussen nietige en vernietigbare kontrakte.¹⁰² Die voorbeeld wat appèlregter Fagan gee,¹⁰³ laat egter blyk dat die hof nie die abstrakte stelsel verwerp nie. Die appèlregter verwys na die geval waar 'n persoon 'n magtiging tot transport teken onder die indruk dat dit 'n ander dokument was. By so 'n nietige regshandeling gaan eiendomsreg nie oor nie. Soos reeds by die bespreking van die *Dalrymple*-saak daarop gewys is, sal eiendomsreg ook ingevolge die abstrakte stelsel in sodanige geval nie oorgaan nie aangesien die bedoeling om dit oor te dra, ontbreek. Daar is met ander woorde geen saaklike ooreenkoms aanwesig nie. Volgens hierdie uitleg bots die *Preller*-saak dan ook nie met die *Randles*-saak nie.

Dit wil voorkom asof die fout wat in sake soos dié van *Dalrymple* en *Preller* gemaak is, daaraan toe te skryf is dat nie duidelik tussen die verbinteniskeppende en saaklike ooreenkoms onderskei is nie. Die houe het soveel klem op die kontrakteregtelike beginsels gelê dat hulle nie besef het dat hulle eintlik met die sakeregtelike aspek van eiendomsoorgang te doen het nie. Ten spyte hiervan wil dit egter tog voorkom of die abstrakte stelsel in ons reg geld.

Die abstrakte stelsel beteken dat die gevolg van die sakeregtelike handeling onafhanklik is van die verbinteniskeppende ooreenkoms. Ongeag die feit dat die grondliggende ooreenkoms en die voldoeningshandeling

dat die woorde *ex iusta causa* tog na saaklike ooreenkoms verwys.

⁹⁷Sien ook die opmerking van die regter op bl 300G: "As . . . there was a clear and deliberate intention . . . to enter into the . . . contract with normal results. . . ."

⁹⁸1954 4 SA 649 (W).

⁹⁹664BCD.

¹⁰⁰Sien ook Scholtens 291 295.

¹⁰¹1956 1 SA 483 (A).

¹⁰²494-496.

¹⁰³496F.

ekonomies as twee dele van een handeling gesien word, vorm hulle juridies twee handelinge.¹⁰⁴

Dit beteken egter nie dat ontbreking van die verbintenisskeppende ooreenkoms geheel en al betekenisloos is nie. Die grondliggende ooreenkoms en die voldoeningshandeling word slegs geskei met betrekking tot die regs-gevolg.¹⁰⁵ Ontbreek die causa gaan eiendomsreg nog oor. Vanselfsprekend moet ook die persoon wat oordra sonder dat daar 'n geldige causa is, beskerm word. Die oordrag is immers nooit doel op sigself nie, maar hang met die verbintenisskeppende ooreenkoms saam.¹⁰⁶ Die oordraer kry egter nie 'n saaklike aksie nie maar wel 'n persoonlike aksie wat moontlik op ongereg-verdigde verryking gegrond is¹⁰⁷ – 'n probleem waarop hier nie ingegaan kan word nie. Inter partes is die enigste onderskeid tussen die abstrakte en kousale stelsel dat die grondslae verskil waarop die oordraer teen die ontvanger ageer¹⁰⁸ – wat in die praktyk natuurlik van die grootste belang mag wees.

Wat die oordraer se verhouding met derdes betref, is dit egter van wesenlike belang of die abstrakte stelsel geld. Die betrokke saak word naamlik *in eiendomsreg* aan die verkryger oorgedra en hy is dus heeltemal bevoeg om daarvoor te beskik.¹⁰⁹ In geval van sy insolvensie val die saak ook in sy boedel. Die vorderingsreg van die eerste oordraer kan dus nie teenoor die derde of sy skuldeiser geldend gemaak word nie.

Die belangrikste rede vir die aanvaarding van die abstrakte stelsel is dan ook die groter sekerheid wat dit in die regsverkeer bring.¹¹⁰ As V 'n saak aan K verkoop en K verkoop dit weer aan D, behoort die eiendomsverkryging deur D in geen opsig deur 'n tekortkoming in die verbintenisstelsel te word nie.

In die Duitse reg word die abstraktheidsbeginsel gekritiseer.¹¹¹ Hierdie kritiek is daar meer begryplik want in die Duitse reg is bona fide-eiendomsverkryging moontlik en die argument is juis dat derdes op dié wyse voldoende beskerm word.¹¹² Flume¹¹³ toon egter aan dat die skuldeisers van derdes nie behoorlik deur bona fide-eiendomsverkryging beskerm kan word nie. In die Suid-Afrikaanse reg word bona fide-eiendomsverkryging glad nie erken nie sodat die abstrakte stelsel deur die beskerming wat dit aan derdes verleen 'n baie belangrike funksie vervul. In ons reg kan aanvaarding van die kousale stelsel dus in elk geval nie oorweeg word as die belange van derdes nie op 'n ander wyse behoorlike beskerming geniet

¹⁰⁴Westermann 23; Locher *Die Neugestaltung des Liegenschaftsrechtes* (1942) 43.

¹⁰⁵Westermann 23.

¹⁰⁶Locher 64.

¹⁰⁷Baur 40-41; Locher 64; Westermann 23; sien ook De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* (1971) 174 e.v.

¹⁰⁸Flume 177.

¹⁰⁹Baur 41; Westermann 23.

¹¹⁰Westermann 24; Baur 40; Locher 65.

¹¹¹Brandt passim; Nolte passim; Lange "Rechtswirklichkeit und Abstraktion" 148 *AcP* 188 e.v.; Westermann 24.

¹¹²Locher 65; Westermann 24.

¹¹³176; sien ook Baur 457.

nie.¹¹⁴ Die enigste ander weg waarlangs 'n derde op die oomblik beskerming kan verkry, is by wyse van estoppel en hierdie beskerming is nie groot nie. Die hof sal nie ligtelik uit die eienaar se gedrag 'n voorstelling afei dat die besitter met die dominium of ius disponendi bekleed is nie.¹¹⁵ In die Nederlandse reg word die kousale stelsel erken maar daar word ook by wyse van bona fide-eiendomsverkyring vir die belange van derdes in artikel 2014 *BW* voorsiening gemaak.¹¹⁶

Die saaklike ooreenkoms is 'n ooreenkoms omdat dit uit twee ooreenstemmende wilsverklarings bestaan. Die beginsels wat vir ooreenkomste in die algemeen geld met betrekking tot handelingsbevoegdheid, dwaling, dwang, ensovoorts is dus ook op die saaklike ooreenkoms van toepassing.¹¹⁷ Of in 'n gegewe geval die verbintenisskeppende ooreenkoms, die saaklike ooreenkoms of albei geaffekteer word, is 'n feitelike vraag. Wat ongeoorlooftheid betref, kan 'n mens redeneer dat dit gewoonlik slegs die verbintenisskeppende ooreenkoms sal wees wat geraak word. Die inhoud van die saaklike ooreenkoms is immers slegs die ooreenstemmende wilsverklarings wat op eiendomsoorgang gerig is. Alleenlik as die ongeoorlooftheid spesifiek op die eiendomsoordrag betrekking het, kan van 'n ongeoorloofde saaklike ooreenkoms gepraat word.

So eenvoudig is die posisie egter nie. Die verskillende regshandelinge hang hier so nou saam dat dit veral prakties baie moeilik is om tussen hulle te onderskei. Daar sal telkens na al die omstandighede van 'n betrokke geval gekyk moet word om vas te stel presies wat verbied word en of die oogmerk wat met die regsreël nagestreef word nie dalk verydél sal word as slegs die verbintenisskeppende ooreenkoms geraak word nie. As wel net die verbintenisskeppende ooreenkoms ongeoorloof is, raak dit die eiendomsoorgang volgens die abstrakte stelsel van eiendomsoorgang nie. Dit is immers juis vir sodanige omstandighede wat die verskillende verrykingsaksies bestaan.¹¹⁸

DIE VERHOUDING TUSSEN DIE SAAKLIKE OOREENKOMS EN OORDRAG VAN BESIT

Hierbo is daarop gewys dat die saaklike ooreenkoms en die oordrags-handeling die sakeregtelike gevolg saam teweegbring. In watter volgorde hulle plaasvind, is dus eintlik irrelevant – mits hulle gelyktydig bestaan. Normaalweg sal die saaklike ooreenkoms stilswyend aangegaan word en met oorhandiging van die saak saamval tensy 'n teenoorgestelde bedoeling blyk.¹¹⁹ Waar oorhandiging van die saak 'n tyd na die verbintenisskeppende ooreenkoms plaasvind, sal die bedoeling van die partye gewoonlik wees dat die saaklike ooreenkoms by verskaffing van besit aangegaan word.¹²⁰ Terwyl

¹¹⁴Sien Louw "Estoppel en die Rei Vindicatio" 1975 *THRHR* 218.

¹¹⁵*Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd v Douglas* 1956 3 SA 420 (A) 427B-D; *Electrolux (Pty) Ltd v Khota* 1961 4 SA 244 (W) 246A. Maar sien ook *Akojee v Sibanyoni* 1976 3 SA 440 (W).

¹¹⁶Pitlo *Zakenrecht* 103 ev; Asser-Scholten-Beekhuis 166-167 245 ev.

¹¹⁷Baur 34; Westermann 71 185.

¹¹⁸Sien De Vos 154.

¹¹⁹Westermann 185; Wolff-Raiser 240; Baur 438; Flume 181; Eichler I 108.

¹²⁰Baur 438.

die saak nog nie oorhandig is nie, kan slegs aanvaar word dat die saaklike ooreenkoms reeds aangegaan is as die partye beoog dat eiendom sonder enige verdere wilsooreenstemming tussen hulle sal oorgaan.¹²¹ Byvoorbeeld V verkoop sy motor wat by D staan aan K en hulle kom ooreen dat D die motor vir K sal bring of dat K dit self sal gaan haal. Hier is die saaklike ooreenkoms reeds aangegaan. Anders is dit as V die motor aan K verkoop en hulle ooreenkom dat V die motor by D sal gaan haal en te gelegener tyd vir K sal neem.

Waar die saaklike ooreenkoms die vestiging van besit voorafgaan, ontstaan die vraag of daar eensydig uit die saaklike ooreenkoms teruggetree kan word. Die meeste juriste is van mening dat dit wel kan gebeur.¹²² Dit lyk korrek omdat die saaklike ooreenkoms juis nie verbintenisregtelik werk nie. Byvoorbeeld V verkoop sy motor wat by D staan aan K. Hulle kom ooreen oor die eiendomsoorgang en spreek af dat D die motor die volgende dag vir K sal bring. As V intussen van mening verander en dit aan K meedeel, kan K nie eienaar van die motor word nie selfs al oorhandig D die motor aan K. K kan nie nou teen V optree bloot op grond van die feit dat hy die saaklike ooreenkoms verbreek het nie. Die posisie sou dieselfde gewees het as V nie slegs van mening verander het nie maar die motor aan 'n tweede koper verkoop en gelewer het nadat hy die saaklike ooreenkoms met K aangegaan het.

Van Oven¹²³ meen dat as V sy bees wat op die land wei aan K verkoop en aan K die bevoegdheid verleen om die bees self daar te gaan haal, dan het hierdie saaklike ooreenkoms in 'n sekere sin wel regsgevolg. Dit stel naamlik die voornemende verkryger in staat om “. . . zakelijk rechtsgevolg eenzijdig in het leven te roepen.” Hierdie bevoegdheid, meen hy, is nogtans nie so sterk dat dit bestand is teen 'n wilsverandering van die ander party nie. Die posisie van die voornemende verkryger na so 'n saaklike ooreenkoms is egter sterker as dié van 'n krediteur.

Hierdie redenasie is moeilik om te volg. Die voornemende verkryger is nie hier in 'n beter posisie omdat hy die bees self kan gaan haal as wat hy sou gewees het as V aan D opdrag gegee het om die bees vir K te neem nie. K het dus net so min die bevoegdheid om eensydig “zakelijk rechtsgevolg” in die lewe te roep as wat gesê kan word dat D die bevoegdheid het om vir K eensydig “zakelijk rechtsgevolg” in die lewe te roep. Albei van hulle het slegs die bevoegdheid om die finale stap te neem waardeur vir K 'n saaklike reg sal ontstaan. Hoe K in 'n sterker posisie kan wees as 'n skuldeiser is ook nie maklik begryplik nie want Van Oven erken self dat as V die bees intussen aan C verkoop en lewer C eienaar word. Die punt is dat sowel wilsooreenstemming as die feitlike handeling nodig is om die regsgevolg daar te stel.

¹²¹Westermann 185.

¹²²Baur 39 439-440; Serick 414; Soergel-Siebert-Mühl *Bürgerliches Gesetzbuch IV Sachenrecht* (par 854-1296) 238; Wolff-Raiser 239; *BGB-RGRK* (Johannsen) par 854-1011 bl 423 (opm 31); Van Oven “Zakelijke Overeenkomst” 527; Houwing 22 e.v. Dit is ook die posisie in die Duitse regspraak: 83 *RGZ* 223 229-230; 135 *RGZ* 366 367; 7 *BGHZ* 111 115; 14 *BGHZ* 114 119. Die teenoorgestelde mening word gehuldig deur Heck 230-231; Westermann 185-196; Lent-Schwab 121; Wiarda *Cessie* 118.

¹²³“Zakelijke Overeenkomst” 527.

Die saaklike ooreenkoms op sigself kan K nie eienaar maak nie en hy kan dus ook nie in 'n sterker posisie wees as slegs dit aangegaan is nie.¹²⁴

As die saaklike ooreenkoms vooraf aangegaan word en ook voordat die koper eiendomsreg verkry onherroeplik sou wees, moet dit ook teenoor derdes werk sodat die oordraer ook jeens derdes beskikking oor die saak ontsê word. Dit sou beteken dat die saak reeds voor intrede van die regsgevolg uit die regsverkeer onttrek word en dat skuldeisers byvoorbeeld nie daarop beslag sou kon lê nie. Voordat die koper inderdaad eiendom verkry, kan die verhoudinge tussen hom en die verkoper egter nie saaklike werking teenoor derdes hê nie. Al wat die koper het, is 'n persoonlike reg op eiendomsverskaffing.¹²⁵

Die saaklike werking van die saaklike ooreenkoms¹²⁶ is nie 'n gevolg van "gebondenheid" aan die wilsooreenstemming soos by 'n verbintenis-skeppende ooreenkoms nie. Anders as die verbintenis-skeppende ooreenkoms het die saaklike ooreenkoms nie "gebondenheid" ten doel nie en kan ook geen verbintenis daaraan geknoop word nie. Die reg gaan nie oor omdat die oordraer op grond van die wilsooreenstemming tot oordrag "gebonde" of verplig is nie maar omdat hy hom bewustelik losmaak van die reg wat oorgedra moet word terwyl die verkryger daardie reg bewustelik aanvaar.¹²⁷ Hierdie wilsooreenstemming het dan tesame met die vestiging van besit tot gevolg dat eiendomsreg oorgaan. Dit beteken egter nie dat die oordraer aan sy wil "gebonde" is soos dit op die tydstop van die wilsooreenstemming was solank die sakeregtelike gevolg nog nie intree nie.

Normaalweg sal dit nie veel verskil maak of die saaklike ooreenkoms herroep kan word al dan nie. Soos reeds gesê sal die saaklike ooreenkoms gewoonlik aangegaan word ter uitvoering van 'n verbintenis-skeppende ooreenkoms en die verhouding tussen die saaklike ooreenkoms en sy grondliggende regshandeling is van die grootste belang. 'n Onherroeplike saaklike ooreenkoms sou in elk geval nie van veel betekenis gewees het nie; daar vloei geen verbintenisregtelike gevolge daaruit voort nie en vanselfsprekend ook geen saaklike regte (vir die koper) nie.¹²⁸ By 'n geldige verbintenis-skeppende ooreenkoms sal die benadeelde party dus op grond van die koopkontrak ageer. Wat die posisie by 'n nietige verbintenis-skeppende ooreenkoms betref, is dit begryplik dat die koper in die geval van die kousale stelsel van eiendomsoorgang geen aksie het nie. Anders as wat 'n mens sou verwag, is dit egter ook die posisie waar die abstrakte stelsel geld. Ook hier het die koper nie 'n aksie bloot op grond van die feit dat die saaklike ooreenkoms reeds aangegaan is nie.

Alhoewel die saaklike ooreenkoms dus voor die feitlike oorhandiging aangegaan kan word, moet die wilsooreenstemming nog voortbestaan by die besitsverskaffing. Alhoewel albei nie gelyk hoef te ontstaan nie moet hulle op die stadium as die regsgevolg teweeggebring word albei aanwesig wees.

¹²⁴Sien ook Rutten 69 vn 10; Houwing 26 ev.

¹²⁵Houwing 27-28.

¹²⁶Tesame met die feitlike handeling.

¹²⁷Houwing 25.

¹²⁸Westermann 186.

In die verband kan nie saamgestem word met die beslissing in *Boland Bank Bpk v Joseph*¹²⁹ nie. In die saak is tot die gevolgtrekking gekom dat eiendomsreg op die verkryger oorgegaan het alhoewel die oordraer op die stadium toe die regsgevolg moes intree nie meer die bedoeling tot eiendoms-oordrag gehad het nie.¹³⁰

As oorhandiging van die saak op 'n voorafaangegane saaklike ooreenkoms volg, kan dit beskou word as 'n uitdrukking van die bedoeling om onderskeidelik eiendomsreg oor te dra en te ontvang maar as 'n teenstrydige bedoeling uit die omstandighede blyk, gaan eiendomsreg nie oor nie.¹³¹ Dit is vanselfsprekend dat die saaklike ooreenkoms nie eensydig herroep kan word as dit op die besitsoordrag volg nie, want dan bring dit, tesame met die feitlike element wat alreeds bestaan, die regsgevolg teweeg.¹³²

Daar kan net op gewys word dat as eiendomsreg deur die blote saaklike ooreenkoms oorgedra kan word,¹³³ die saaklike ooreenkoms ook nie eensydig herroep sal kan word nie. Dit het dan immers die regsgevolg op sigself tot gevolg. Sodanige ontwikkeling het in ons reg egter nog nie plaasgevind nie.¹³⁴

Pas is daarop gewys dat by oorgang van eiendomsreg albei elemente van traditio steeds teenwoordig moet wees. As die saaklike ooreenkoms die feitlike handeling dus voorafgaan, moet dit nie alleen nog bestaan as die saak oorhandig word nie, maar die handelingsbevoegdheid van die partye moet ook nog aanwesig wees. As V dus sy saak aan K verkoop, die saaklike ooreenkoms aangaan en insolvent raak voordat besit van die saak verskaf is, kan eiendomsreg nie oorgaan nie.¹³⁵

Dit is ook die posisie wat regsbevoegdheid betref. As een van die partye sterf na die saaklike ooreenkoms aangegaan is maar voor die feitlike handeling plaasgevind het, word aan die hand gedoen dat die regsposisie van die besluit van die eksekuteur sal afhang. Ook hy sal egter die saaklike ooreenkoms eensydig kan herroep.¹³⁶

DIE SAAKLIKE OOREENKOMS IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Alhoewel vermeld word dat eiendomsreg nie deur 'n koopkontrak oorgedra¹³⁷ kan word nie het die saaklike ooreenkoms, as sodanig, in die

¹²⁹1977 2 SA 82 (D en K).

¹³⁰Sien oor die saak 1977 *THRHR* 390.

¹³¹135 *RGZ* 366 367; Soergel-Siebert-Mühl 238; sien ook Houwing 46; Larenz II 11 en die beslissing van die Hooge Raad 1974 *NJ* no 346 met 'n noot van WK.

¹³²Dit is die geval by traditio brevi manu.

¹³³Soos al by verdiskontering van 'n huurkoopkontrak voorgestel is – sien Cronjé “Eiendomsoorgang en Verdiskontering” 264.

¹³⁴Behalwe die uitsonderingsgeval wat hierbo bespreek is.

¹³⁵Larenz II 11; Baur 38; Wolff-Raiser 240.

¹³⁶Sien ook Baur 39; Wolff-Raiser 240.

¹³⁷*Crockett v Lezard* 1903 TS 590 592-593; *Kleynhans Bros v Wessels' Trustee* 1927 AD 271 282; *Commissioner of Customs and Excise v Randles Brothers and Hudson Ltd* 1941 AD 369 398; *Ambassador Factors Corporation v K Koppe and Co, K Koppe and Co v Accreylon Co Inc* 1949 1 SA 312 (T) 318; *Lendlease Finance (Pty) Ltd v Corporacion de*

Suid-Afrikaanse reg nog nie veel aandag gekry nie. Enkele skrywers¹³⁸ gebruik wel die uitdrukking maar 'n wetenskaplike bespreking daarvan het nog nooit plaasgevind nie. Ander skrywers¹³⁹ weer stel as vereiste vir die eiendomsoorgang van 'n roerende saak dat die partye die *bedoeling* moet hê om onderskeidelik eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Dieselfde houding word ook in ons howe aangetref.¹⁴⁰ Die vraag is egter waaruit hierdie wilsooreenstemming blyk. Kom dit telkens uit die verbintenisskeppende ooreenkoms te voorskyn of het ons met 'n saaklike ooreenkoms te doen wat heeltemal los van die koopkontrak staan? Eerstens moet opgemerk word dat dit nie 'n vereiste by 'n koopkontrak in die Suid-Afrikaanse reg is dat die partye die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra nie.¹⁴¹ Hierteenoor kan geargumenteer word dat waar eiendomsreg op grond van 'n koopkontrak oorgaan, wat in verreweg die meeste gevalle die geval sal wees, sodanige bedoeling wel uit die koopkontrak blyk en nie uit 'n afsonderlike ooreenkoms nie. Dit lyk egter nie of dit die houding van ons howe is nie. In *Greenshields v Chisholm*¹⁴² sê hoofregter De Villiers:

“The mere delivery is not enough; there must be an acceptance by the purchaser, ‘in order that thus,’ to use the language of *Voet*, ‘the minds of both contracting parties may concur and consent to the transfer of the property.’”¹⁴³

Hieruit is duidelik dat daar afgesien van die verbintenisskeppende ooreenkoms wilsooreenstemming moet wees wat spesifiek op die eiendomsoordrag, met ander woorde die traditio, betrekking moet hê. Die lewering in feitelike sin moet gepaard gaan met die nodige wilsooreenstemming vir lewering in juridiese sin.¹⁴⁴ Dit lyk ook of hierdie houding gesteun word deur die gesag wat daarvoor aangehaal word. *Voet*¹⁴⁵ het uitdruklik te doen met traditio en nie met die verbintenisskeppende ooreenkoms nie. Hierdie siening is ook regsteoreties heeltemal aanvaarbaar. Dit lyk verkeerd om te sê dat die partye by 'n koopkontrak nie die bedoeling hoef te hê om eiendomsreg oor te dra nie, maar as eiendomsreg wel op grond van 'n koopkontrak oorgaan, dan blyk hulle bedoeling uit die koopkontrak. Dit is beter om die verbintenisskeppende ooreenkoms en die sakeregtelike handeling uitmekaar te hou sonder om die verband tussen hulle uit die oog te verloor. In *Green-*

Mercadeo Agricola 1976 4 SA 464 (A) 489.

¹³⁸De Wet en Yeats 8 178; Reinecke “Die Elemente van die Begrip Skade” 1976 *TSAR* 46; Nienaber 103; Hosten, Edwards, Nathan en Bosman *Introduction to South African Law and Legal Theory* 339 vn 71 en 408.

¹³⁹Maasdorp 52.

¹⁴⁰*Greenshields v Chisholm* (1884) 3 SC 220 227–228; *De Villiers v Maister and Shagam* (1910) 27 SC 73 78; *Marcus v Stamper and Zoutendijk* 1910 AD 58 78; *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233 238–239; *Weeks v Amalgamated Agencies Ltd* 1920 AD 218 230–231; *Commissioner of Customs and Excise v Randles Brothers and Hudson Ltd* 1941 AD 369 398–399 411; *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd* 1971 3 SA 158 (A) 179E.

¹⁴¹In die Duitse en Nederlandse reg moet eiendomsreg wel oorgedra word.

¹⁴²(1884) 3 SC 220 228.

¹⁴³Sien ook *Weeks v Amalgamated Agencies Ltd* 1920 AD 218 230 en *Commissioner of Customs and Excise v Randles Brothers and Hudson Ltd* 1941 AD 369 398.

¹⁴⁴Let op die onderskeid wat hierbo tussen traditio as blote feitelike oorhandiging en as eiendomsdrag gemaak is.

¹⁴⁵1 35.

*shields v Chisholm*¹⁴⁶ praat hoofregter De Villiers van lewering “. . . as would complete the sale and pass the property to the purchaser.” Hierdie houding is nie heeltemal korrek nie. Lewering voltooi nie die koopkontrak nie. Die verbintenisskeppende ooreenkoms en die sakeregtelike handeling staan onafhanklik van mekaar en moet elk aan sy eie vereistes voldoen om geldig te wees. Hiermee word die noue samehang tussen die twee regshandelinge egter nie ontken nie. Die koopkontrak lê immers die verpligting op waaraan uitvoering gegee word as eiendomsreg oorgedra word. Dit is skynbaar wat die regter in *De Villiers v Maister and Shagam*¹⁴⁷ in gedagte het waar hy sê dat die persoon wat die verkoopte goedere aanvaar, dit moet doen “. . . with the intention of fulfilling the agreement (dit wil sê die koopkontrak) and accepting delivery.” Met ander woorde deur lewering word aan die koopkontrak voldoen. Dit is korrek.

Ook word nie ontken dat die kompleks van handelinge gewoonlik in een waarneembare gebeure saamval nie. Regsteoreties moet egter tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en die sakeregtelike handeling onderskei word. Hoewel dit nie heeltemal duidelik is nie, wil dit voorkom of dit ook die siening van ons howe is.

KRITIEK TEEN DIE SAAKLIKE OOREENKOMS

Reeds sedert die negentiende eeu word veral heftig beswaar gemaak teen die reëling van eiendomsorgang in die Duitse reg.¹⁴⁸ Wat die saaklike ooreenkoms betref, is die beswaar hoofsaaklik dat die hele gedagte van die saaklike ooreenkoms in stryd met die werklikheid is en slegs vir die juriste waarneembaar is. In die meeste gevalle, so word aangevoer, is die betrokke partye geheel en al onbewus daarvan.¹⁴⁹ Wat hulle betref, is die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang gewoonlik in die koopkontrak self geleë. Hierdie gesindheid blyk veral duidelik by die kontantkoop. Die wil van die verkoper is hoegenaamd nie daarop gerig om hom eers tot eiendoms-oordrag te verplig nie maar om onmiddellik eiendomsreg aan die koper te laat toekom.

Dit is wel so dat die bedoeling om hom eers tot eiendoms-oordrag te verplig van regsweë aan die verkoper toegeskryf word want ook in daardie gevalle waar sy wil sonder meer op eiendomsorgang gerig is, kan sodanige verpligting teoreties by die verkoper gekonstrueer word. Dit blyk duidelik waar die beoogde regsgevolg, te wete eiendomsorgang, om een of ander rede nie intree nie.¹⁵⁰ In sodanige geval is dit onbevredigend dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie en wil 'n mens die koper 'n skadevergoedings-aksie teen die verkoper gee in soverre as wat laasgenoemde aanspreeklik is. Dit kan die verkoper egter slegs wees as hy, al wou hy dan nou ook dadelik

¹⁴⁶(1884) 3 SC 220 227.

¹⁴⁷(1910) 27 SC 73 79.

¹⁴⁸Nolte passim; Brandt passim; Süß “Das Traditionsprinzip – Ein Atavismus des Sachenrechts” *Festschrift für Martin Wolff* (1952) 141; Krause 312 e.v. Die saaklike ooreenkoms is ook in Nederland gekritiseer – sien Van der Ploeg “Lewering van Onroerend Goed” 1947 *WPNR* no 3999 bl 305 e.v; Asser-Scholten-Beekhuis 150.

¹⁴⁹Larenz II 11 e.v; Krause 315; Locher 41.

¹⁵⁰Larenz II 11-12.

eiendomsreg oordra, ook 'n verpligting op hom geneem het vir die vervulling waarvan hy nou teenoor die koper aanspreeklik is.¹⁵¹ In hierdie kompleks van handeling wat die leek gewoonlik as 'n koop beskou, is dus vanweë die regsgevolge wat nagestreef word albei momente beliggaam, naamlik die verpligting sowel as die voldoening.¹⁵²

Sommige skrywers¹⁵³ meen egter dat dit onnodig is dat daar 'n afsonderlike ooreenkoms moet wees wat spesifiek op eiendomsoorgang gerig is. Die wilsooreenstemming wat vir die eiendomsoorgang nodig is, meen hulle, kan reeds in die koopkontrak beliggaam word. Dit sou meebring dat 'n aparte saaklike ooreenkoms oorbodig word wat meer in ooreenstemming met die werklike gebeure sal wees.

Alhoewel toegegee moet word dat die betrokke partye hulle waarskynlik nooit 'n voorstelling van die saaklike ooreenkoms maak nie, kan die kritiek wat teen 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms ingebring word nie sonder meer vir die Suid-Afrikaanse reg aanvaar word nie. Sowel die Duitse as Nederlandse reg erken bona fide-eiendomsverkryging. Langs hierdie weg word bona fide-derdes beskerm. Sodanige beskerming bestaan nie in die Suid-Afrikaanse reg nie. Ons reg ken slegs die beperkte beskerming wat deur estoppel verleen word sodat ons aangewys is op die beskerming wat die abstrakte stelsel van eiendomsverkryging bied. En die abstrakte stelsel gaan hand aan hand met 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms.¹⁵⁴

Afgesien van bostaande blyk die funksie van die saaklike ooreenkoms duidelik in gevalle waar die koper hom besit van die saak wat hy gekoop het op gewelddadige wyse sou toe-eien. Eiendomsreg gaan in sodanige geval nie oor nie omdat die saaklike ooreenkoms ontbreek.¹⁵⁵ Ook as daar dwaling tussen die partye oor eiendomsoorgang bestaan, gaan eiendomsreg nie oor nie. Dit is ook die posisie waar een party sy handelingsbevoegdheid verloor nadat die koopkontrak gesluit is maar voordat lewering plaasvind – ook in sodanige geval sal eiendomsreg nie tussen die partye kan oorgaan nie.

Die saaklike ooreenkoms is 'n produk van die *Begriffsjurisprudenz* van die pandektiste met die doel om 'n fyner sistematiese onderskeid tussen die verpligtende verbintenisskeppende ooreenkoms en die sakeregtelike voldoeningshandeling te skep.¹⁵⁶ Die waarde daarvan is egter nie net van sistematiese en terminologiese aard nie. 'n Mens sou wel kan sê dat die saaklike ooreenkoms as *begrip* nou nie juis 'n noodwendigheid is nie en as afsonderlike element sal dit ook inderdaad selde by eiendomsdrag na vore kom. Daarom moet die verhouding daarvan met die verbintenisskeppende ooreenkoms voortdurend voor oë gehou word. Nogtans is die saaklike ooreenkoms beslis nie sonder praktiese waarde nie. Dit dui immers op 'n belangrike element van die feitekonstellasie waaroor dit hier gaan, te wete op die wil van die

¹⁵¹Larenz II 12.

¹⁵²Sien Locher 43; Larenz II 12.

¹⁵³Sien vn 148 hierbo.

¹⁵⁴Sien Krause 319–320.

¹⁵⁵Asser-Scholten-Beekhuis 152.

¹⁵⁶Krause 315; Locher 41; Beyerle "Der dingliche Vertrag" *Festschrift für Gustav Boehmer* (1954) 165.

eienaar om sy reg oor te dra en van die verkryger om die reg te verkry.¹⁵⁷ Juis dit is 'n belangrike oorweging – sekerheid in die sakeverkeer hang per slot van sake nie slegs met die belange van derde-verkrygers saam nie. Ook die eienaar wat sy saak in belang van die sakeverkeer in omloop plaas, se belange moet in ag geneem word. Daarom word onder meer voorbehoud van eiendomsreg erken. En daarby speel die begrip saaklike ooreenkoms 'n sentrale rol omdat die voorwaarde wat eiendomsorgang opskort aan die saaklike ooreenkoms geheg word.¹⁵⁸ □

Humanity survives by reproduction, which involves sexual relations between a man and a woman, followed by conception, gestation and the birth of a helpless infant. It is therefore a simple physical or biological truism that family relationships (whether they are strictly kinship groupings or socially sanctioned by marriage or not) underlie all societies and that the family (variously defined) is their basic unit. This does not mean that the traditional legal and social rules which the particular society has evolved to regulate these relationships are equally basic. Many of these social and legal rules are in fact habitually retained long after the conditions that were thought to justify them have disappeared.

Olive M Stone Family Law 1

¹⁵⁷Sien by *Eriksen Motors (Welkom) Ltd v Protea Motors Warrenton* 1973 3 SA 685 (A) waarin duidelik aangetoon word dat eiendomsorgang van die bedoeling van die partye afhanklik is.

¹⁵⁸Sien hieroor Cronjé *Proefskrif* 192 e.v.

Aspekte van mora debitoris*

Wouter de Vos

BA LL D

Universiteit Kaapstad

SUMMARY

Mora debitoris is the culpable delay on the part of a debtor in performing an obligation which is due.

In South African law a certain amount of confusion existed in the past regarding mora debitoris, more particularly as regards the *requirements for mora* and the *requirements for a right of rescission on account of mora*.

South African law has taken over from English law the concept and the expression of *time being of the essence of a contract*.

Time is of the essence of a contract when culpable failure on the part of the debtor to perform is such a serious breach of contract that the debtor has the right to cancel the contract.

This situation exists when there is (1) an express or (2) an implied *lex commissoria*, i.e. a term allowing cancellation in the event of mora. (3) In addition time may be made of the essence by a notice sent by the creditor to the debtor that, in the event of mora, he reserves the right to cancel the contract. This is an importation from English law and is a necessary and desirable addendum to the law relating to mora.

Mora can, however, only exist when timeous performance has not been made and only then can the fact that time is of the essence have any relevance.

Performance must be made either (1) at the time fixed in the contract or (2), in the absence of such a stipulation, when an *interpellatio*, a demand for performance, had been made on the debtor. (1) must be a definite time, e.g. 5 April – it cannot be anything as vague as “within a reasonable time”, although the creditor is entitled to demand performance within a reasonable time after conclusion of the contract, in the absence of indications to the contrary. There is, however, no reason why a demand and a notice of rescission should not be combined and why one date should not be mentioned, provided that the date is reasonable.

In a considerable number of cases, stretching over many years, it was, however, held that if time is of the essence a debtor who has not performed within a reasonable time is in mora – even without a demand. In these cases, which could not be reconciled with the basic principles of the law relating to mora, there was thus a confusion between the *requirements for mora* and the *consequences of mora*.

This confusion has, one may hope, been terminated by the majority judgment in *Nel v Cloete* 1972 2 SA 150 (A).

The present state of our law as set out by the appellate division, and founded on the institutional writers and modified by the English doctrine of making time of the essence can be summarised in the following propositions:

- (1) Mora *ex re* arises when a time for performance has been fixed in the contract and performance has not taken place by that date.
- (2) Mora *ex persona* arises when a time for performance has not been fixed in the contract but where it has been fixed later by the creditor sending a demand or *interpellatio* to the debtor.
- (3) Mora gives rise to a claim for damages.
- (4) Whether mora in addition gives rise to a right of rescission does not depend on the

*Lesing gehou voor lede van die provinsiale prokureursordes in Kaapstad, Port Elizabeth, Bloemfontein, Durban en Johannesburg.

kind of mora, on the circumstances under which it arose. It depends on whether time is of the essence on account of an express or implied *lex commissoria* or on account of a notice of rescission making time of the essence.

- (5) An interpellatio or demand is a notification sent by the creditor to the debtor in which a time for performance is fixed and it serves to fix a time for performance, where this has not been done in the contract with a sufficient degree of precision to lead to mora ex persona if performance does not take place. There is no direct link between a demand, on the one hand, and the question as to whether time is of the essence on the other hand.
- (6) A notice of rescission is a notification sent by the creditor to the debtor in which a creditor who has neither an express nor a tacit *lex commissoria* in his favour, creates a right of rescission on account of mora for himself.
- (7) Time is of the essence when a failure to perform timeously is such a serious breach of contract that the creditor may rescind the contract.
- (8) An interpellatio or demand is thus connected with the question *as to whether there is mora* and a notice of rescission is connected with the *consequences* of mora.
- (9) When no time for performance has been fixed, a demand does not make time of the essence. A notice of rescission is required for this, but one notification may be worded in such a fashion that it serves both purposes.
- (10) Where a time for performance has been fixed in the contract, but time is not of the essence because there is neither an express nor a tacit *lex commissoria*, mora arises without a demand, but, if the creditor wishes to rescind, he must send a notice of rescission.
- (11) In *Greenfield Manufacturers (Temba) (Pty) Ltd v Royton Electrical Engineering (Pty) Ltd* 1976 2 SA 565 (A) Wessels JA suggested that greater clarity would result as to the issues requiring determination if the use of the expression "time of the essence" be avoided in pleadings in future.

Mora debitoris, skuldige vertraging in vervulling, is 'n vorm van kontrakbreuk wat maar alte dikwels voorkom en daarby is dit seker een van die mees irriterende vorms van kontrakbreuk. Vandag kan nie meer gesê word, soos wyle prof Van Zijl Steyn in 1929 verklaar het, dat mora 'n verwaarloosde onderdeel van ons reg is nie. Die uitmuntende verhandeling van Van Zijl Steyn self, die besonder heldere bespreking van hierdie onderwerp in *De Wet en Yeats se Kontraktereg en Handelsreg* en, les bes, die groot aantal hofbeslissings hieroor, het 'n einde gemaak aan die obskureit daarvan.

Ongelukkig het daar ook verwarring ontstaan oor sekere aspekte van mora, vernameamlik oor die *vereistes vir die ontstaan van mora* en oor die *vereistes vir die reg tot terugtrede weens mora*. Ek is nie van plan om 'n volledige bespreking van die hele gebied aan te bied nie. Daarvoor ontbreek die tyd en dit sal ook nie inpas by die doel van hierdie reeks van lesings nie wat, soos ek verstaan, is om die aandag te vestig op belangrike ontwikkelings tydens die afgelope dekade. Wat ek dan wel van plan is om te doen, is om te praat oor die twee aspekte van mora waaroor daar verwarring ontstaan het, 'n verwarring waaraan nou hopelik 'n einde gekom het as gevolg van die jongste uitsprake van die appèlhof.

Mora debitoris word deur Van Zijl Steyn op bladsy 4 van sy bekende verhandeling omskryf as "die skuldige versuim of vertraging in die uitvoering van 'n opeisbare verbintenis." Hieruit volg dat daar drie vereistes is vir die ontstaan van mora, naamlik:

- (1) 'n prestasie moet verskuldig en opeisbaar wees;
- (2) die skuldenaar moet nagelaat het om op tyd te presteer, en
- (3) die nalate om te presteer moet aan die skuldenaar te wyte wees – hy, of

iemand vir wie se optrede hy verantwoordelik is, moet skuld hê aan die nalate.

Ek wil my nou bepaal by die eerste vereiste. Wanneer moet 'n skuldenaar presteer? Hier moet ons onderskei tussen twee moontlikhede, te wete: (1) gevalle waar 'n datum vir prestasie in die kontrak bepaal is, en (2) gevalle waar dit nie gedoen is nie.

Waar 'n dag vir prestasie bepaal is, of dit nou uitdruklik of stilswyend geskied het, tree *mora* in indien daar nie prestasie op of voor daardie dag plaasvind nie. Dit word genoem *mora ex re* en daar word gesê dat dies *interpellet pro homine*. Die dag moet 'n sogenaamde dies *certus an ac quando* wees – nie alleen moet dit 'n datum wees wat sekerlik sal aanbreek nie (soos wanneer A kom te sterf) maar dit moet 'n vaste datum wees, byvoorbeeld 28 Julie.

Wanneer daar geen vasstelling van prestasiedatum was wat aan hierdie vereiste voldoen nie is prestasie verskuldig onmiddellik na sluiting van die ooreenkoms of so gou daarna as wat redelik moontlik is.

Dit beteken egter nie dat die skuldenaar wat in gebreke bly met prestasie nou in mora verval nie. Dit wil ek beklemtoon. Volgens ons gemeenregtelike bronne moet die skuldeiser eers 'n aanmaning stuur.

Hierdie aanmaning staan onder 'n verskeidenheid van woorde bekend. In Latyn heet dit 'n *interpellatio*. Daar word ook gepraat van 'n ingebrekestelling, 'n "letter of demand", ensovoorts. Die aanmaning hoef egter nie op skrif te wees nie. 'n Aanmaning is dan 'n kennisgewing deur die skuldeiser aan die skuldenaar waardeur die skuldeiser prestasie deur die skuldenaar opvorder teen 'n bepaalde datum wat in die omstandighede 'n redelike datum moet wees. Bly die skuldenaar in gebreke om teen die gestelde tyd te presteer, verval hy in *mora*. Hierdie *mora* noem ons *mora ex persona*.

Let daarop dat daar geen verskil bestaan tussen die gevolge van *mora ex persona* en *mora ex re* nie. Die een is nie 'n meer ernstige vorm van *mora* as die ander nie. Die uitdrukkings dui slegs aan dat mens in die een geval te doen het met *mora* wat intree omdat die skuldenaar nagelaat het om te presteer teen die tyd wat in die kontrak bepaal is, en dat mens in die ander geval met *mora* te doen het wat intree omdat die skuldeiser nagelaat het om te presteer teen die tyd wat na die kontraksluiting deur die skuldeiser as prestasiedatum bepaal is.

Hier nader ons nou een van die aspekte van *mora* waarvoor verwarring ontstaan het en dit staan in verband met die uitdrukking of begrip van *time being of the essence*, en dus sal ons nou eers hieraan aandag moet bestee. Mens kan *time is of the essence* natuurlik vertaal as "tyd is van die wese" maar ek verkies om die Engelse terminologie te gebruik omdat ons hier te doen het met 'n leerstuk van die Engelse reg wat by ons gerespieer is.

Time being of the essence hou verband met die *gevolge* van *mora*. *Mora* is 'n vorm van kontrakbreuk. Een van die gevolge van *mora*, soos van elke vorm van kontrakbreuk, is dat die skuldenaar wat as gevolg van die *mora* skade gely het, skadevergoeding kan verhaal selfs al vind prestasie later plaas.

Byvoorbeeld waar 'n som geld nie betyds betaal word nie is *moratore* rente betaalbaar al vind die betaling later plaas.

Daar is ook nog ander gevolge waarop ek nie hier wil ingaan nie. Die vraag wat ek wel hier moet bespreek, is of die skuldeiser weens die skuldenaar se mora uit die ooreenkoms kan terugtree. Soos u weet, word terugtrede in die algemeen by kontrakbreuk toegelaat wanneer mens met ernstige kontrakbreuk te doen het. Wat is die posisie nou indien die kontrakbreuk die gedaante van mora debitoris aanneem?

Volgens die ou gemene reg kon terugtrede weens mora in die algemeen slegs plaasvind indien die kontrak 'n terugtreedingsbeding, 'n sogenaamde *lex commissoria*, bevat het.

Die uitdrukking is volgens Voet 18 3 1 ontleen aan die feit dat 'n skuldenaar wat nie betyds presteer nie wanneer daar 'n terugtreedingsbeding is, inbreuk maak op die hele kontrak met die gevolg dat die kontrak dan oorgelaat word – *committatur* – aan die diskresie van die skuldeiser.

Voordat ek verder gaan, wil ek hier net daarop wys dat daar dikwels beweer word dat 'n *lex commissoria* 'n voorbeeld van 'n ontbindende voorwaarde is, maar dit is onjuis. Dit is waar dat die gebeurtenis waaroor dit hier gaan, naamlik tydige prestasie, 'n onsekere toekomstige gebeurtenis is. Dit is egter 'n *kontraktuele verpligting* van die skuldenaar om te presteer en om tydig te presteer en dus het mens nie hier met 'n voorwaarde te doen nie. Indien ons wel met 'n ontbindende voorwaarde te doen sou hê, sou mora, waar dit met 'n *lex commissoria* gepaard gaan, outomaties tot ontbinding van die kontrak lei. Aangesien dit egter nie 'n ontbindende voorwaarde is nie het dit nie hierdie gevolg nie, selfs nie waar dit geformuleer is in woorde soos "sal die kontrak ontbind wees" nie. Wat die *lex commissoria* wel doen, is om aan die skuldeiser 'n keuse te gee om uit die ooreenkoms terug te tree of om dit af te dwing. Hy kan nie gedwing word om sy terugtreedingsreg uit te oefen nie. Terugtrede vereis 'n verdere wilswaard, 'n besluit om terug te tree wat aan die skuldenaar oorgedra word.

Dat 'n skuldeiser as gevolg van die reg wat 'n *lex commissoria* aan hom verleen uit die kontrak mag terugtree, is natuurlik nog deel van ons reg. Ek kan hier net meld dat die Huurkoopwet en die Wet op die Verkoop van Grond op Afbetaling bepalings bevat wat betrekking het op hierdie aangeleentheid, maar dit is vir ons doel nie nodig om aandag daaraan te bestee nie.

Die reël dat daar terugtrede kan wees slegs indien 'n terugtreedingsreg uitdruklik beding was, is onbevredigend. Hier was 'n leemte in ons reg wat aangevul is deur oornome van die Engelsregtelike beginsels ten opsigte van *time being of the essence*.

Volgens die Engelse reg mag die skuldeiser terugtree as *time of the essence* is. *Time is of the essence* onder die volgende omstandighede:

- (1) Wanneer daar 'n tyd vir prestasie bepaal is en daar 'n terugtreedingsbeding is. Hier stem die Engelse reg en die klassieke Romeins-Hollandse reg ooreen.
- (2) Selfs wanneer daar geen terugtreedingsbeding aan die prestasiedatum

gekoppel is nie word *time as of the essence* beskou en bestaan daar 'n terugtreedingsreg indien dit uit die aard en doel van die kontrak en die omliggende omstandighede blyk dat die tyd vir prestasie as 'n wesenlike bepaling beskou word. Daar word selfs geleer dat *time*, in bepaalde omstandighede, *of the essence* kan wees alhoewel geen tyd vir prestasie bepaal is nie. In so 'n geval kan die skuldeiser terugtree indien daar nie binne 'n redelike tyd geprester word nie.

Ons howe het die Engelse reg ten opsigte van hierdie tweede stel reëls nagevolg. So word 'n terugtreedingsreg erken waar 'n tyd vir prestasie bepaal is en daar geen uitdruklike *lex commissoria* in die ooreenkoms is nie, maar die kontrak van 'n spekulatiewe aard is, of wanneer dit 'n sogenaamde kommersiële kontrak is, of wanneer die koopgoed artikels is wat aan prys-skommeling onderhewig is, ensovoorts.

Van Zijl Steyn het aangetoon dat hierdie ontwikkeling nie strydig is met die beginsels van ons reg nie omdat daar geen rede bestaan waarom 'n *lex commissoria* nie, net soos enige ander bepaling, stilswyend in 'n ooreenkoms behels kan wees nie. In gevalle soos hierdie het mens dus met 'n stilswyende *lex commissoria* te doen.

Nou is dit juis in hierdie verband dat daar verwarring ontstaan het. Die verwarring was daaraan te wyte dat ons howe die kwessie van *time of the essence*, wat duidelik betrekking het op die *gevolge* van *mora*, gaan insleep het by die vraag na *wanneer daar mora bestaan*. Hierdie verwarring kan veral herlei word na die saak van *Federal Tobacco Works v Barron and Co* 1904 TS 483.

A het 'n aantal tabaksakkies van B bestel en sy bestelling *urgent* gemerk maar geen tyd vir prestasie bepaal nie. Vir ses maande hierna het niks gebeur nie en toe bied B lewering aan. A weier om die sakkies te aanvaar en die hof gee hom gelyk. Wat is die grond vir hierdie beslissing? Dit kan slegs wees dat B hier in *mora* verval het, dat A 'n terugtreedingsreg gehad het en dit toe uitgeoefen het.

In sy bekende werk oor die kontraktereg verdedig Sir Johannes Wessels hierdie uitspraak. In paragraaf 2891 verklaar hy dat indien A skadevergoeding van B wou eis, daar 'n aanmaning moet gewees het, maar aangesien A hier slegs weier om die goedere te ontvang en daarvoor te betaal geen aanmaning nodig was nie. Soos Wessels dit stel: "They were quite agreeable to let the contract lapse." Dit kom dan daarop neer dat hy meen dat daar terugtrede kan wees sonder aanmaning indien daar nie binne 'n redelike tyd geprester word nie, maar geen skadevergoeding nie.

Dit kan tog nie. Terugtrede is eweseer iets wat volg op *mora* as 'n eis om skadevergoeding. Daar is òf *mora* vir albei doeleindes òf vir geneen nie. Hier was geen *mora ex re* nie omdat geen tyd vir prestasie bepaal is nie en geen *mora ex persona* nie omdat daar geen aanmaning was nie. A behoort nie te geslaag het nie.

Hoe dit ook al sy, die *Barron*-saak is in 'n aantal sake nagevolg en op hierdie stadium is die stand van ons praktyk soos volg opgesom deur prof Ellison Kahn op bladsy 494-495 van Hahlo en Kahn se *Union of SA: The Development of its Laws and Constitution*:

“As the cases stand, they may be said to enunciate this rule: Where a time for performance has not been specifically stipulated, but time is of the essence, the promisee may refuse tender of performance after a reasonable time has passed and thus rescind: but he will not be able to claim damages, for which an interpellatio is necessary. Where time is not of the essence, interpellatio is always required.”

In die 1952 *SALJ* 293 wy Mulligan aandag aan hierdie aangeleentheid maar hy stem nie saam met Wessels se siening van die *Barron*-saak nie. Hy betoog dat die feit dat die bestelling *urgent* gemerk was *time of the essence* gemaak het, en dat *mora* vir alle doeleindes na die verloop van 'n redelike tyd ingetree het. Hy verklaar dat Wessels se houding inkonsekwent is en dat A ook op skadevergoeding geregtig sou gewees het indien hy wel skade gely het. Hierdie siening kan ewemin as dié van Wessels aanvaar word, alhoewel dit meer konsekwent en in ooreenstemming met die Engelse reg is. U sal onthou dat volgens die Engelse reg *time of the essence* kan wees selfs waar geen datum vir prestasie bepaal is nie en dat die skuldeiser in so 'n geval kan terugtree indien daar nie binne 'n redelike tyd gepresteer word nie. Ek kan dit egter nie as 'n verantwoorde leer beskou nie. Afgesien van die feit dat dit strydig is met wat ons bronne en ook sekere sake oor die ontstaan van *mora* te sê het, bevat dit myns insiens 'n volkome non sequitur. Soos reeds aangedui is *time of the essence* wanneer tydige prestasie so belangrik is dat 'n nalate om betyds te presteer 'n terugtrekingsreg tot gevolg het. Om dit anders te stel, *time being of the essence* het te make met die *gevolge* van *mora* en niks met die *ontstaan* van *mora* nie. 'n Mens kan tog nie van die gevolge wat *mora* sal hê wanneer dit intree, gaan aflei wat die vereistes vir die intrede daarvan is nie. Om maar een probleem te noem wat ontstaan uit die aanname dat *mora* wel kan intree op so 'n vae tydstip as na 'n redelike tyd, van presies welke tydstip sal *moratore* rente in so 'n geval begin loop?

Die volgende episode in hierdie verhaal is dat Mulligan se redenering aanvaar word in die saak *Broderick Properties Ltd v Rood* 1962 4 SA 447 (T).

In 1972 bereik ons wat hopelik die einde van hierdie dwaalleer is. In die saak *Nel v Cloete* 1972 2 SA 150 (A) het die appèlhof onomwonde beslis dat waar geen tyd vir prestasie bepaal is nie, *mora* en die gevolge van *mora* slegs na 'n interpellatio kan intree. Ek haal aan uit die meerderheidsuitspraak gelewer deur appèlregter Wessels op bladsy 159. Hy verwys na die algemene reël dat, by gebrek aan 'n ooreengekome prestasiedatum, 'n kontraksparty so gou na kontraksluiting as wat redelikerwys verwag kan word, moet presteer en sê dan:

“Die verpligting om aldus te vervul, ontstaan uit die kontrak self: 'n kennisgewing wat prestasie verg (met of sonder vermelding van die tyd waarbinne gepresteer moet word), is nie 'n voorvereiste vir die ontstaan van die verpligting nie. Blote versuim van die verkoper om so gou as wat redelikerwys moontlik is te voldoen, het egter nóg volgens Romeinse reg, nóg volgens Romeins-Hollandse reg, nóg volgens geldende reg die gevolg dat die verkoper sonder meer in *mora* verval. Met ander woorde hierdie versuim het geen uitwerking op die regsposisie van die kontrakterende partye vir sover dit die ontstaan van *mora* betref nie . . . Indien die skuldeiser stappe wil doen om die skuldenaar in *mora* te stel, is dit 'n vereiste dat hy 'n kennisgewing aan hom rig waarin hy die skuldenaar op ondubbelsinnige wyse maan dat hy op of voor 'n bepaalde tyd moet presteer.”

Op bladsy 160 sê hy:

“Waar partye, om die een of ander rede nie op ’n datum vir vervulling besluit nie . . . kan probleme ontstaan waar die skuldenaar, teen die verwagting in wat by die kontraksluiting gekoester is . . . nie so gou na kontraksluiting as wat redelikerwys moontlik is, voldoen nie. Die onskuldige eiser se regshulp in so ’n geval was beperk tot ’n eis om voldoening . . . of tot die mate van verligting voortvloeiende uit die in mora-stelling van die skuldenaar.”

In die minderheidsuitspraak van appèlregter Jansen met wie appèlregter Potgieter saamgestem het, word op bladsy 177 gesê dat sekere aanmerkings wat hy gemaak het

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

Myns insiens het dit egter reeds in die meerderheidsuitspraak gebeur, wat, alhoewel daar nie na die *Federal Tobacco Works*-saak of die *Broderick*-saak verwys word nie, net nie met hulle versoen kan word nie.

Ons het nou gehandel met die begrip van *time is of the essence*. Die Engelse reg maak verder ook nog voorsiening vir terugtrede in gevalle waar *time is of the essence* is nie vir sover *time of the essence* gemaak kan word deur ’n sogenaamde *notice of rescission*. So ’n *notice of rescission* is ’n kennisgewing deur die skuldeiser aan die skuldenaar dat indien hy nie voor of op ’n bepaalde datum, wat redelik moet wees, presteer nie die kontrak gekanselleer sal word. Dit skep dan ’n terugtreedingsreg wat voorheen nie bestaan het nie.

Ook hierdie reël is by ons gerespieer en ook dit het tot verwarring aanleiding gegee.

Voordat ek verder hieroor iets sê, moet ek daarop wys dat die uitdrukking *notice of rescission* – kennisgewing van ontbinding – nie so ’n gelukkige benaming is nie, omdat dit die indruk skep dat die kontrak deur die kennisgewing ontbind word sodra die daarin gestelde tydperk verstryk het. Dit is egter nie die geval nie. Net soos in die geval van die *lex commissoria* verkry die skuldeiser hier ’n *reg* om terug te tree maar die eintlike terugtrede vind eers plaas wanneer die skuldeiser besluit het om terug te tree en die skuldenaar van sy besluit verwittig het.

Die reël dat een van die kontrakspartye na sluiting van die kontrak *time of the essence* kan maak, kan moontlik veroordeel word as strydig met die basiese reëls van die kontraktereg omdat een party hier toegelaat word om eensydig ’n belangrike bepaling in die kontrak in te voeg na sluiting daarvan, maar ek dink dat die behoeftes van die verkeer dit wenslik en verdedigbaar maak. In *Nel v Cloete* praat appèlregter Wessels op bladsy 160 van die “inherente billikheid en praktiese nut” van die reël. Hier was ’n leemte in ons reg wat uitgewis moes word. Eienaardig genoeg het hierdie reël wel bestaan in die geval van *mora creditoris* (sien Voet 18 63).

Om die reël dat *time of the essence* gemaak kan word te laat inpas by ons gemene reg moet klaarblyklik onderskei word tussen die aanmaning of *interpellatio* van die Romeins-Hollandse reg wat dien om mora te laat ontstaan, en die *notice of rescission* wat die terugtreedingsreg skep in die geval

waar mora wel ontstaan het. Ek kan dit die beste illustreer deur te sê dat mens moet onderskei tussen die gevalle

- (1) waar 'n tyd vir vervulling in die kontrak bepaal is, en
- (2) waar dit nie die geval is nie.

In geval (1) het ons met mora ex re te doen. Die *notice of rescission* dien nie om mora te laat ontstaan nie – dit dien slegs om 'n gevolg aan mora te heg wat dit normaalweg nie sou gehad het nie. Die *notice of rescission* kan selfs voor die intrede van mora gegee word, mits die tydperk wat daarin genoem word maar 'n redelike is.

In die tweede geval gee 'n interpellatio nie op sigself 'n terugtrekingsreg nie en kan 'n *notice of rescission* nie op sy eie staan nie. Die skuldeiser moet ook in mora gestel word. Daar is dus twee kennisgewings nodig, naamlik:

- (1) die interpellatio van die Romeins-Hollandse reg om mora te laat ontstaan, en
- (2) die *notice of rescission* van die Engelse reg om 'n terugtrekingsreg in die geval van mora te skep.

Een kennisgewing kan egter so bewoord word dat dit altwee doeleindes dien (*Nel v Cloete* 163). Word 'n *notice of rescission* gegee eers nadat die skuldeiser reeds in mora is, moet 'n tweede datum, redelik onder die omstandighede, genoem word. Indien die skuldenaar nie alreeds in mora is nie hoef net een datum genoem te word.

In die lig van die bostaande is dit duidelik dat die rigting ingeslaan in *Federal Tobacco Works v Barron*, en die reeks van sake waarin dié beslissing gevolg is, dubbeld verkeerd is. Hulle is eerstens verkeerd, soos alreeds aangedui is, vir sover terugtrede en later ook skadevergoeding toegestaan is alhoewel die skuldenaar nie in mora ex re verkeer het nie en nie in mor-ex persona geplaas is nie. Hulle is tweedens verkeerd vir sover terugtrede toegelaat is alhoewel geen *notice of rescission* gegee is nie. Daar kan tog skaare betoog word dat *time* hier *of the essence* was, dat hier 'n stilswyende *lex commissoria* was wanneer geen tyd vir prestasie bepaal is nie.

Soos ek gesê het, het ook hier verwarring ontstaan naamlik deurdat die interpellatio van ons reg en die *notice of rescission* van die Engelse reg met mekaar verwar is.

As tipiese voorbeelde noem ek die volgende uitlatings:
Stapleford Estates v Wright 1968 1 SA 1 (OK) 3:

“Where time is not of the essence a party may clearly make it so by placing the other party in mora.”

Ek kan net byvoeg dat hierdie saak volledig deur my bespreek is in die 1970 *SALJ* 304.

Cloete v Nel 1971 2 SA 460 (T) 462:

“(Waar geen tyd vir prestasie bepaal is nie) . . . kan tyd 'n wesenlike bepaling gemaak word deur 'n interpellatio of aanmaning aan hom te rig waarin hy aangesê word om te presteer voor of op 'n toekomstige datum.”

Die mees volkome verwarring is waarskynlik te vinde in die volgende obiter dictum in *Webr v Botha* 1965 3 SA 46 (A) 59:

“If a purchaser under a contract in which such a specific date has been agreed upon, defaults, he may be automatically in mora if ‘time is of the essence of the contract’; if it is ‘not of the essence of the contract’, he may be placed in *mora* after the expiry of a reasonable notice given by the seller”

Daar is ’n menigte ander sake in dieselfde trant wat ek nie hier hoef op te noem nie.

Ook hier het *Nel v Cloete* uitkoms gebring. So lees ons op bladsy 159:

“Hierdie aanmaning is egter nie op die ontbinding van die kontrak gerig nie, maar is slegs bedoel om ’n datum vir prestasie van ’n opeisbare vordering met sekerheid te bepaal, waar dit in die kontrak nóg uitdruklik nóg stilswyend beding is.”

Op bladsy 162 lui dit:

“Die Engelse praktyk beoog dus slegs een kennisgewing, ’n sg ‘notice of rescission’, waar daar ‘unreasonable delay’ was. Die ‘notice of rescission’ is ook in ons praktyk in gebruik geneem maar het niks met ’n aanmaning van in *mora*-stelling te doen nie.”

En op bladsy 163 sê die hof:

“Wanneer ’n skuldeiser, soos hy geregtig is om te doen, die skuldenaar aanmaan om op of voor ’n sekere dag te voldoen, kan hy gerieflik in dieselfde kennisgewing meedeel dat, by gebreke aan voldoening binne die gestelde tydperk, hy hom die reg voorbehou om uit die kontrak te tree . . . Vir sover die kennisgewing op in *mora*-stelling (bl 164) gerig is, het dit werking volgens die reeds erkende beginsels van die Romeins-Hollandse reg. Vir sover die kennisgewing op moontlike terugtrede gerig is, slaan dit slegs op die bykomstige uitbreiding van ’n skuldeiser se regte waar *mora* intree.”

Mens kan slegs hoop dat na hierdie heldere uiteensetting die wanbegrippe wat in die verlede geheers het oor iets wat tog basies eenvoudig is nou die nekslag toegedien is.

Die laaste belangrike saak op hierdie gebied wat ek wil noem, is die van *Greenfield Manufacturers v Royton Electrical Engineering* 1976 2 SA 565 (A). In hierdie geval is ’n tyd vir prestasie in die kontrak genoem maar daar was geen uitdruklike *lex commissoria* nie. Die skuldeiser wou terugtree omdat, volgens hom, *time* nogtans *of the essence* was. Appèlregter Wessels verklaar op bladsy 569 van die verslag:

“Having regard to what has been set out above, it seems to me that it might well result in a greater degree of clarity as to the issues which require determination, if a party who relies on the fact that ‘time is of the essence’ were simply to aver in the pleadings (1) that a definite time for performance was agreed upon and (2) that, in the event of a failure to perform timeously, the party would be entitled to repudiate the contract.”

Myns insiens kom hierdie wenk daarop neer dat die uitdrukking *time of the essence* voortaan uit ons hoftaal geweier word en dat ’n party wat wil terugtree, moet beweer dat daar *mora* is en dat daar ’n uitdruklike of stilswyende *lex commissoria* in die kontrak gevoeg was – dit natuurlik in gevalle waar daar nie ’n *notice of rescission* gegee is nie omdat dit onnodig sou wees. Dit sou slegs tot groter helderheid kan bydra indien hierdie wenk gevolg word.

Daar is ook 'n verdere punt van verwarring wat ek hier net wil noem en dit is dat daar verskeie sake is waarin mora en repudiëring met mekaar verwar is. Mora kan egter moontlik aan repudiëring gelyk gestel word slegs waar daar 'n terugtrekingsreg bestaan en die skuldenaar die skuldeiser *voor* intrede van mora in kennis stel dat prestasie nie betyds sal plaasvind nie. Ek wil egter nie verder hierop ingaan nie omdat die tyd ontbreek. Die aanleentheid het ek ten volle bespreek in die 1970 *SALJ* 317 ev.

Ek wil afsluit deur die huidige stand van ons reg in 10 stelling op te som, naamlik:

- (1) Mora ex re ontstaan wanneer 'n tyd vir prestasie in die kontrak bepaal is en prestasie nie betyds plaasvind nie.
- (2) Mora ex persona ontstaan wanneer 'n tyd vir prestasie nie in die kontrak vasgestel is nie maar dit wel later deur 'n aanmaning of interpellatio deur die skuldeiser vasgestel word.
- (3) Mora gee aanleiding tot 'n eis om skadevergoeding.
- (4) Of dit daarbenewens aanleiding gee tot 'n terugtrekingsreg hang nie af van die soort van mora, van die omstandighede waarin dit ontstaan het nie. Dit hang daarvan af of *time of the essence* is omrede van 'n uitdruklike of stilswyende *lex commissoria*, of omrede van 'n *notice of rescission* waardeur *time of the essence* gemaak is.
- (5) 'n Interpellatio of aanmaning is 'n kennisgewing deur die skuldeiser aan die skuldenaar gerig waarin 'n tyd vir prestasie bepaal word, en dit dien om 'n datum vir prestasie vas te stel waar dit nie in die kontrak gedoen is nie, met genoegsame presiesheid om mora ex persona te laat ontstaan indien prestasie nie plaasvind nie. Daar is dus geen direkte skakel tussen 'n aanmaning aan die een kant en die vraag of *time of the essence* is aan die ander kant nie.
- (6) 'n *Notice of rescission* is 'n kennisgewing deur die skuldeiser aan die skuldenaar waar die skuldeiser nóg 'n uitdruklike nóg 'n stilswyende *lex commissoria* in sy guns het wat vir die skuldeiser 'n terugtrekingsreg op grond van mora skep.
- (7) *Time is of the essence* wanneer 'n nalate om betyds te presteer so 'n ernstige kontrakbreuk uitmaak dat die skuldeiser mag terugtree.
- (8) 'n Interpellatio hou dus verband met die vraag of daar mora is. *Time being of the essence* en 'n *notice of rescission* hou verband met die *gevolge* van mora.
- (9) Wanneer geen tyd vir vervulling vasgestel is nie maak 'n interpellatio nie *time of the essence* nie. 'n *Notice of rescission* is hiervoor nodig maar een kennisgewing kan altwee doeleindes dien.
- (10) Waar 'n tyd vir prestasie in die kontrak vasgestel is maar *time is not of the essence* omdat daar nóg 'n uitdruklike nóg 'n stilswyende *lex commissoria* is, ontstaan mora sonder 'n interpellatio maar indien die skuldeiser wil terugtree, moet hy 'n *notice of rescission* stuur.

Ek dank u egter vir die eer wat ek gehad het om u toe te spreek, iets wat ek hoog op prys stel. Ek beskou toenemende kontak tussen regspraktisyns en regsdosente, 'n vernouing van die gaping tussen praktyk en akademies, as 'n baie heilsame ontwikkeling, en die belangstelling van die proku-

reursorde in die materiële welvaart van regsdosente as nog meer heilsaam. Baie dankie.

Ns – Nadat bostaande lesing gelewer is, is nog 'n belangrike uitspraak oor mora debitoris gepubliseer waarin die riglyne in *Nel v Cloete* neergelê ten opsigte van die vereiste vir 'n interpellatio waar geen tyd vir prestasie bepaal is nie gevolg is, en waar die betekenis van “time of the essence” ook juis ingesien is. (Sien *Alfred McAlpine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration* 1977 4 SA 310 (T) 343–358.) □

As was pointed out by Rumpff, JA, in the Heinemann case, supra at p 156, an appeal to the Supreme Court against a declaration by the Publications Control Board is not an appeal in the legal sense or a review on the ground of an illegality or irregularity. The Supreme Court is enjoined to function purely as an administrative body whose opinion may be substituted for that of the Publications Control Board. The duty to perform purely administrative functions is, fortunately, seldom, if ever, entrusted to the Supreme Court. The performance of such administrative work is the privilege of the Executive Government, and is intrinsically alien to the character of the Supreme Court.

With respect I agree with the learned Judge of Appeal in the implications of his remarks that it is undesirable to place an administrative task, such as this, upon a court of law, which may, as here, consist of a single Judge. He uttered the warning that it would be wrong for a court to assume in every case to have sufficient knowledge of the taste and sense of decency of the people who are likely to read a particular publication. That is the position here. I know that I have not sufficient knowledge of these matters. Yet my opinion must prevail over that of the Publications Control Board whose members are mainly persons with special knowledge of the subject.

per r Snyman in SA Magazine Co v Publications Control Board 1966 2 SA 150 (T)

Enkele opmerkings oor die voorgestelde nuwe Suid-Afrikaanse egskeidingsreg

AH Barnard

BA LLB

Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

The South African Law Commission recently published a report on the law of divorce and matters incidental thereto together with a bill to amend this branch of the law. Some aspects of the report and bill are discussed, such as whether the criteria to establish irretrievable marriage break-down as a ground of divorce are not perhaps so vague as to render the new ground of divorce unjustifiable. The proposed law of divorce is evaluated with regard to those aspects of the social reality which were accepted by the Law Commission. The Law Commission sees the object to be pursued by a healthy law of divorce as the prescription of realistic rules for the dissolution of marriages. The question is discussed whether the bill succeeds in creating such realistic rules.

INLEIDING

In 1906 het hoofregter Innes voorgestel dat die reg met betrekking tot kwaadwillige verlating ondersoek moes word.¹ Hy het aanbeveel dat wetgewing oorweeg moes word om voorsiening te maak dat 'n egskeidingsbevel op grond van kwaadwillige verlating slegs verleen moes word indien die gades vir 'n bepaalde tydperk voor die uitreiking van die dagvaarding afsonderlik gewoon het.² Bykans sewentig jaar later is 'n soortgelyke voorstel aan die Suid-Afrikaanse Regskommissie gedoen.³ Die Regskommissie het egter besluit dat die hele veld van die Suid-Afrikaanse egskeidingsreg ondersoek moes word⁴ en die ondersoek wat teen die begin van 1975 'n aanvang geneem het, het uitgeloop op die publikasie van 'n verslag en 'n wetsontwerp oor die egskeidingsreg op 21 April 1978.⁵

Die werksmetode van die Regskommissie was om navorsing te doen oor die bestaande egskeidingsreg in Suid-Afrika en daarna die bestaande reg

¹*Krantz v Krantz* 1906 TS 750 759.

²*ibid.*

³In par 1 van die verslag word gesê dat die oorsprong van die projek te vinde is in 'n voorstel wat in 1974 aan die Regskommissie gemaak is om wetgewing te oorweeg sodat 'n egskeidingsbevel op grond van kwaadwillige verlating alleen verleen sal word indien die gades vir 'n ononderbroke tydperk van minstens ses maande onmiddellik voor die uitreiking van die dagvaarding apart in afsonderlike huishoudings gewoon het.

⁴Verslag par 1.

⁵Staatskoerant no 5995 van 21/4/1978 waarin die wetsontwerp ter inligting en vir kommentaar gepubliseer is.

te vergelyk met verskeie ander Westerse stelsels.⁶ Deur hierdie ondersoek is die Regskommissie in staat gestel om 'n vraelys saam te stel en dit is gesirkuleer onder 'n groot aantal persone en organisasies wat moontlik 'n sinvolle bydrae oor die probleem sou kon lewer.⁷ Deur middel van persverklarings is die publiek se aandag op die ondersoek gevestig en is persone uitgenooi om getuieis voor die Regskommissie te kom aflê of vraelyste te voltooi. Na ontleding van die voltooide vraelyste is 'n voorlopige wetsontwerp opgestel wat vir kommentaar gesirkuleer is. Weer eens is 'n uitnodiging gerig aan enigiemand wat mondelinge getuieis wou aflê.⁸ In die lig van al die versamelde inligting het die Regskommissie vervolgens 'n finale wetsontwerp opgestel wat saam met dié verslag gepubliseer is.

DOELSTELLINGS VAN DIE EGSKEIDINGSREG

Die oogmerk wat na die Regskommissie se mening deur die egskeidingsreg nagestreef moet word, "is om realistiese reëls vir die ontbinding van huwelike voor te skryf. Met realistiese reëls word bedoel reëls wat strook met hedendaagse behoeftes, wat voldoende rekening hou met die belange van al die betrokkenes en van die gemeenskap en wat die gemeenskapsopvatting van billikheid en geregtigheid nie uit die oog verloor nie."⁹

Ten einde realistiese reëls te kan formuleer, moet rekening gehou word met die realiteit van die sosiale feitelike werklikheid. Die belangrikste aspekte van dié feitelike werklikheid wat voor oë gehou moet word, is eerstens die feit dat die maatskaplike probleem van verbrokkelde en ontwrigte huwelike nie deur blote verandering van regsreëls opgelos kan word nie,¹⁰ en tweedens dat die erkende belang van die gemeenskap in die handhawing van die huwelik as maatskaplike instelling beskerm moet word.¹¹ Wanneer gesê word dat die maatskaplike probleem van verbrokkelde en ontwrigte huwelike nie deur 'n verandering van regsreëls opgelos kan word nie, word daarmee nie bedoel dat die reg die probleem moet ignoreer nie. Die reg moet die verbrokkelde huwelike identifiseer en met die minste

⁶Verslag par 2 1. Daar word nie uitdruklik in die verslag vermeld na watter ander regstelsels verwys word nie. Uit die verslag blyk egter dat inter alia die Engelse, Skotse, Sweedse, Nieu-Seelandse, Australiese, Kanadese, Duitse, Franse, Amerikaanse en Nordiese reg onder die soeklig gekom het.

⁷In bylae 6 van die verslag word die name vermeld van sowat 49 persone en liggame wat die vraelys voltooi het. Hiervan is slegs 14 individue ('n aantal regters) terwyl die res liggame of organisasies is wat gevolglik 'n baie groter getal mense verteenwoordig, bv 9 universiteite, die verskillende prokureursordes, 7 kerklike instellings, ens.

⁸Bylae D van die verslag bevat 'n opgawe van die persone wat hierop gereageer het.

⁹Verslag par 4 en 18 1.

¹⁰Verslag par 3 4. Hahlo 1954 *SALJ* 391 wys daarop dat aangesien die oorsaak van verbrokkelde huwelik nie in die reg geleë is nie, verandering van die regsreëls nie die situasie kan verhelp nie en dat "[t]he true remedy for the present state of affairs, if there be such a remedy, must be sought elsewhere than in a reform of the law." Dieselfde waarheid word bv in Nederland erken, kyk Dijk en Lukács *Echtscheiding* bd I 13 asook in Engeland, kyk par 52 van die verslag van die Law Commission getitel: *Reform of the Grounds of Divorce - The Field of Choice* Cmd 3123.

¹¹Die appèlhof het herhaaldelik hierdie gemeenskapsbelang erken, kyk bv *Viljoen v Viljoen* 1968 3 SA 581 (A) 590; *Daniels v Daniels*, *MacKay v MacKay* 1958 1 SA 513 (A) veral op 532; *Belfort v Belfort* 1961 1 SA 257 (A) 259; *Peila v Peila* 1972 1 SA 399 (A) 407.

moontlike ontwrigting ontbind. Daarbenewens moet ook gesorg word dat daar nie regsreëls bestaan wat byvoorbeeld pogings om 'n verbrokkelde huwelik te herstel, dwarsboom nie.¹² Die gemeenskap het 'n belang, nie alleen by die handhawing van die huwelik as maatskaplike instelling nie, maar ook by die ontbinding van daardie huwelike wat onherstelbaar verbrokkel het.¹³

Uit sy verslag blyk duidelik dat die Regskommissie nie besig is met teoretiese bespiegeling oor moontlike hervormingsmaatreëls nie, maar die hervorming van die egskedingsreg wil laat plaasvind binne die behoeftes en moontlikhede van die feitelike werklikheid. Alhoewel veel meer aspekte van die feitelike werklikheid oorweeg moet word voordat besluit word in watter rigting die egskedingsreg behoort te ontwikkel, beklemtoon die Regskommissie die gemeenskapsbelang by die handhawing van die huwelik en die onvermoë van die reg om as enigste werktuig van die gemeenskap die probleem van verbrokkelde huwelike op te los.¹⁴

DIE BESTAANDE EGSKEIDINGSGRONDE

Die gebreke in die bestaande egskedingsreg moet vanselfsprekend duidelik ingesien word voordat dit moontlik is om hervormingsmaatreëls te oorweeg. Samevattend kan gesê word dat die meeste besware teen ons egskedingsreg teruggevoer kan word "na die skuldbeginsel waarop die gemeenregtelike egskedingsgronde gebaseer is. Daar word aangevoer dat dit onrealisties is om van die standpunt uit te gaan dat die skuld vir die verbrokkeling van 'n huwelik slegs by een van die huwelikspartye lê terwyl die ander geheel en al onskuldig is."¹⁵

Die kritiek teen die skuldbeginsel as grondslag van die egskedingsreg is waarskynlik oorbeweide veld en daarom word slegs op die belangrikste gebreke van die bestaande egskedingsreg gewys:¹⁶

- 1 Die uitgangspunt by die skuldbeginsel, naamlik dat een gade altyd skuldig is en een altyd onskuldig, is onwaar. Die eiser word egter genoop om telkens te bewys dat die verweerder die huwelik deur sy opsetlike wangedrag verongeluk het. Hierdie vereiste van die reg lei nie alleen tot same-spanning tussen die gades nie, maar ook dikwels tot onmin en bitterheid wat totaal in stryd is met enige versoeningspogings. So 'n stryd gee ook

¹²Verslag par 3 4, kyk ook infra.

¹³Kyk *Kuhn v Karp* 1948 4 SA 825 (T) 827-828 en *Harris v Harris* 1949 1 SA 254 (A) 264.

¹⁴Die Engelse Law Commission enumereer 'n agttal realiteite waaraan die hervormingsmaatreëls moet voldoen, *Field of Choice* par 52. Vir 'n verdere voorbeeld vgl Bodenheimer 1968 *Journal of Family Law* 179 189 et seq.

¹⁵Verslag par 6 2. Kyk ook *Strauss v Strauss* 1971 1 SA 585 (O) en Petersen 1971 *SALJ* 482. Dieselfde kritiek word oral in die wêreld teen die skuldbeginsel aangetref, kyk *Putting Asunder*, die verslag van 'n groep aangestel deur die Aartsbiskop van Kantelberg, 1966 par 25.

¹⁶Kyk Hahlo 1954 *SALJ* 392; 1963 *SALJ* 27 en *The SA Law of Husband and Wife* 4e uitg (1975) 21 ev; Hiemstra 1970 *THRHR* 277; Petersen 1971 *SALJ* 478; Aden 1972 *Acta Juridica* 39 en Trengove 1975 *De Rebus Procuratoriis* 259. Ook buite die kring van regsgeleerdes is heelwat kritiek teen die skuldbeginsel uitgespreek, kyk by die proefskrif van Harris *A Socio-legal Comparative Study of Divorce in South Africa, England and Holland* 1967 UOVS.

dikwels daartoe aanleiding dat die gades in 'n vyandige verhouding teenoor mekaar te staan kom na die egskeiding wat veral baie nadelig vir die kinders kan wees.¹⁷

- 2 Daadwerklike versoeningspogings tussen die gades word soms direk verhinder deur byvoorbeeld die reëls in verband met kondonasië van die verweerder se owerspel deur die eiser. Die eiser kan nie die huwelik hervat met die owerspelige verweerder ten einde 'n poging aan te wend om dit te laat slaag, sonder om terselfdertyd sy aksie te verloor nie.¹⁸
- 3 Slegs die onskuldige gade is geregtig om 'n egskeidingsaksie in te stel en kan dus die skuldige uit nydigheid of ander oorwegings onbepaald aan 'n totaal verbroke huwelik gebonde hou. Hierdeur word ander maatskaplike probleme geskep, byvoorbeeld die geboorte van buite-egtelike kinders, ensovoorts.¹⁹
- 4 Die egskeidingsreg is te onbuigsaam. Die hoewe het geen diskresie om 'n egskeidingsbevel te weier indien die eiser die bestaan van die egskeidingsgrond bewys het nie, of om dit te verleen indien die eiser nie daarin slaag om die egskeidingsgrond te bewys nie maar kan aantoon dat die huwelik in ieder geval onherroeplik verbroke het. Met ander woorde, egskeidings word aan die een kant te maklik en aan die ander kant te moeilik verkry.²⁰
- 5 Die skuldbeginsel werk ook onbevredigend met betrekking tot die gevolge van egskeidings. So is slegs die onskuldige eggenoot geregtig op onderhoud sodat 'n gade alle aanspraak, hoe geregverdig ook al, kan verloor deur 'n enkele misstap.²¹ Die reëls met betrekking tot verbeuring van voordele is ook te onbuigsaam.²² Die hof het slegs die bevoegdheid om 'n algehele verbeuringsbevel teen die skuldige gade te maak. Gesien in die lig van die feitlike werklikheid dat albei gades gewoonlik aan die huweliksmislukking skuld het, behoort die hoewe baie wyer diskresie in hierdie verband te hê.²³

Benewens hierdie gebreke in die bestaande egskeidingsreg wat aan die skuldbeginsel toegeskryf kan word, wys die Regskommissie ook op die volgende:²⁴

- 1 Daar word nie in die egskeidingsreg vir die beskerming van die belange van die kinders voldoende voorsiening gemaak nie.
- 2 Die termyn van 7 jaar waartydens 'n gade as kranksinnig gesertifiseer moet wees voordat 'n egskeiding op dié grond verleen kan word,²⁵ is te lank.
- 3 By egskeiding op grond van gewoontemisdadigheid word dit as 'n anomalie beskou dat egskeiding verkry kan word indien tronkstraf

¹⁷Verslag par 6 2 en 6 5.

¹⁸Verslag par 6 3. Kyk ook Hahlo *Husband and Wife* 372 e.v.

¹⁹Verslag par 6 4.

²⁰Verslag par 6 7.

²¹Verslag par 6 6.

²²Verslag par 6 9.

²³ibid.

²⁴Verslag par 6 8, 6 10 en 6 11.

²⁵Art 1(1)(a) van die Egskeidingswette Wysigingswet 32 van 1935.

opgelê is weens gewoontemisdadigheid, terwyl langdurige tronkstraf weens ander misdade nie 'n egskeidingsgrond is nie.²⁶

Dit is opmerklik dat die Regskommissie die egskeidingsprosedure nie vermeld as deel van die besware teen die bestaande egskeidingsreg nie. Nietemin word onomwonde standpunt ingeneem ten aansien van die aanleentheid.²⁷

HERVORMINGSMOONTLIKHEDE OORWEEG DEUR DIE REGSKOMMISSIE

In die lig van die feit dat die skuldbeginself die bron is van byna al die gebreke in die bestaande egskeidingsreg, is dit voor-die-hand-liggend dat sinvolle regshervorming moet bestaan in die verwerping van die skuldbeginself. 'n Ander grondslag of grondslae moet dus vir die egskeidingsreg gesoek word.²⁸

Die enigste werklike alternatiewe wat oorweeg is, is egskeiding op grond van die gesamentlike versoek van beide gades en egskeiding weens die onherstelbare verbrokkeling van die huwelik.²⁹ Ongeneeslike geestesongesteldheid en voortdurende bewusteloosheid word egter in die wetsontwerp as 'n afsonderlike egskeidingsgrond naas onherstelbare verbrokkeling van die huwelik behandel.³⁰

(a) Konsensuele egskeiding

Dit het geblyk dat byna al die persone wat die vraelys beantwoord het

²⁶Ten spyte van hierdie opmerking word die probleem voortgesit in art 4(3)(c) van die wetsontwerp, kyk vn 47 hieronder.

²⁷Kyk hieronder.

²⁸Skuld van 'n gade as 'n grondslag van die egskeidingsreg kan vanselfsprekend saam met ander grondslae soos onherstelbare verbrokkeling van die huwelik behou word. Hierdie benadering is egter deur die Regskommissie verwerp, kyk par 9 6 van die verslag.

²⁹Kyk par 7, 8 en 18 2 van die verslag.

³⁰Art 3 en 5 van die wetsontwerp. In par 11 1 word gesê dat permanente geestesongesteldheid waarskynlik ook onder onherstelbare verbrokkeling tuisgebring kan word, maar dat: "By geestesongesteldheid het 'n mens egter te doen met 'n eiesoortige situasie waarvoor spesiale reëls voorgeskryf moet word." Dit lyk met die eerste oogopslag of geestesongesteldheid en bewusteloosheid afsonderlik behandel word bloot omdat 'n ander maatstaf in die gevalle gepresiseer moet word. By nadere ontleding blyk egter dat wat inderdaad in die wetsontwerp onder onherstelbare verbrokkeling van die huwelik verstaan word, die gevalle is waar die voortsetting van 'n normale huweliksverhouding onmoontlik gemaak is deur die optrede van die gades self, terwyl geestesongesteldheid en bewusteloosheid inderdaad gevalle van onmoontlikwording van die huwelik is. Maw in die lg gevalle het die huwelik onmoontlik geword sonder enige toedoen van die gades en heeltemal buite hulle beheer. Na analogie van die kontrakregtelike begrippe kan 'n mens inderdaad hier twee egskeidingsgronde onderskei: onmoontlikmaking (art 4 van die wetsontwerp en wat genoem word onherstelbare verbrokkeling van die huwelik) en onmoontlikwording (art 5 van die wetsontwerp wat handel oor voortdurende bewusteloosheid en ongeneeslike geestesongesteldheid). Daar word ook duidelik in art 3 van die wetsontwerp onderskei tussen die twee gevalle en uitdruklik bepaal dat 'n egskeiding op geen ander grond verleen word as:

"(a) die onherstelbare verbrokkeling van 'n huwelik bedoel in artikel 4; of

(b) die geestesongesteldheid of bewusteloosheid van 'n huweliksparty bedoel in art 5 . . ." nie.

egskeiding op grond van wilsooreenstemming verwerp het en die Regskommissie is self ook 'n teenstander van hierdie gedagte.³¹ Die besware teen die invoering van konsensuele egskeiding kan saamgevat word in die stelling dat die aanvaarding van konsensuele egskeiding afbreuk sal doen aan die huwelik as 'n instelling van die gemeenskap.³² Die onomwonde teenkating van die Regskommissie teen konsensuele egskeiding spruit moontlik ten dele uit praktiese oorwegings: die getuienis wat ingewin is, dui op 'n byna algemene teenkating teen dié soort egskeiding sodat dit voorkom asof wetgewing waarin konsensuele egskeiding toegelaat word weinig hoop sou hê om deur die parlement aanvaar te word.

Konsensuele egskeiding kan egter nie ligtelik verwerp word nie. In die egskeidingsreg bestaan daar immers 'n verskil tussen die posisie waar slegs een gade 'n egskeiding wil hê en die posisie waar beide gades 'n egskeiding begeer.³³ Konsensuele egskeiding kan vanselfsprekend slegs in die laasgenoemde gevalle van toepassing wees en kan dus nooit die hele gebied van die egskeidingsreg bevredigend reël nie. Wanneer die gades egter inderdaad ooreenkom om hulle huwelik te beëindig, sal hulle gewoonlik daarin slaag.³⁴ Hieraan sal die vervanging van die skuldbeginsel deur die verbrokelingsbeginsel niks verander nie. Solank konsensuele egskeiding nie erken word nie sal samespanning ook nie geheel en al uit die egskeidingsreg verdwyn nie, eenvoudig omdat die egskeidingsreg dan steeds nie met 'n bepaalde aspek van die feitlike werklikheid rekening hou nie.

Die argument dat konsensuele egskeiding 'n miskennis is van die gemeenskapsbelang by die handhawing van die huwelik as instelling, skyn by nadere oorweging nie veel om die lyf te hê nie. Daar kan onderskei word tussen absolute konsensuele egskeiding en voorwaardelike konsensuele egskeiding. Konsensuele egskeiding is absoluut indien die blote wilsooreenstemming van die gades as voldoende grond vir die verlening van 'n egskeiding beskou word – en voorwaardelik indien verdere vereistes gestel word.³⁵ In die Westerse lande waar konsensuele egskeiding toegelaat word, word gewoonlik voorwaardelike konsensuele egskeiding aangetref.³⁶ Die belangrikste voorwaarde waaraan gewoonlik voldoen moet word, is dat 'n bepaalde termyn van afsonderlike verblyf moet verloop voordat die egskeiding verleen word. Dikwels word verpligte versoeningsprosedures ook in die voorwaardes vervat.³⁷

³¹Verslag par 7 4.

³²Verslag par 7 2. Die Regskommissie voer wesenlik dieselfde argument aan as die groep aangestel deur die Aartsbiskop van Kantelberg (*Putting Asunder* par 48) en die Law Commission in Engeland (*Field of Choice* par 79 80). Die Regskommissie en die groep van die Aartsbiskop vind konsensuele egskeiding onaanvaarbaar, terwyl die Law Commission voorwaardelike konsensuele egskeiding aanvaarbaar gevind het – die Britse parlement het egter nie dié voorstel aanvaar nie, kyk verslag par 7 3.

³³Kyk Bodenheimer 179 wat daarop wys dat: "The pure breakdown theory ignores and obscures a major distinction which exists in social reality, the distinction between divorces desired by both marital partners and divorces wanted by only one of them."

³⁴Hahlo 1963 *SALJ* 30.

³⁵Bv in Japan waar die registrasie van 'n ooreenkoms om te skei reeds die egskeiding daarstel, vgl Bodenheimer 210.

³⁶Soos Nederland, Duitsland, Frankryk, België, Swede, ens.

³⁷Kyk voorbeelde aangehaal deur MacKenna 1967 *The Modern Law Review* 121.

Ten spyte van die duidelike wyse waarop die Regskommissie hom teen konsensuele egskeding uitgespreek het,³⁸ wil dit voorkom asof in die wetsontwerp voldoende ruimte gelaat is vir die praktiese toepassing van hierdie grondslag. Artikel 4(3)(a) bepaal naamlik dat die blote verblyf in afsonderlike huishoudings vir 'n ononderbroke tydperk van minstens een jaar voor die instel van die egskedingsverrigtinge as bewys van die onherstelbare verbrokkeling van die huwelik aanvaar kan word.³⁹ Ingevolge artikel 4(2) het die hofe weliswaar wye bevoegdhede om self ondersoek in te stel na die omstandighede van die beweerde verbrokkeling en die gesindheid van die gades, maar dit is moeilik om omstandighede te voorsien waarvan 'n hof mero motu 'n ondersoek ingevolge artikel 4(2) sal gelas indien die gades reeds afsonderlik gebly het vir 'n ononderbroke tydperk van een jaar en die aksie onverdedig is. In hierdie opsig is die bepaling in artikel 4(3)(a) meer as 'n blote riglyn en word ruimte gelaat vir voorwaardelike konsensuele egskeding.⁴⁰

Alhoewel in teorie geargumenteer kan word dat daar geen verskil bestaan tussen konsensuele egskeding en egskeding op grond van huweliksverbrokkeling nie,⁴¹ is daar 'n groot verskil in die praktyk. Indien die wilsoreenstemming van die gades as voldoende grond beskou word om 'n egskeding toe te staan, sal die hof nie ingaan op die vraag waarom die gades so 'n besluit geneem het nie, terwyl wel gevra moet word waarom beide gades saamstem dat hulle huwelik onherstelbaar verbrokkel het voordat die hof die huwelik as sodanig kan aanmerk en die egskeding op dié grond kan verleen.

(b) Die onherstelbare verbrokkeling van 'n huwelik as 'n egskedingsgrond

Die kernprobleem by die verbrokkelingsbeginsel is welke maatstaf aangewend moet word om te bepaal of 'n huwelik onherstelbaar verbrokkel het.⁴² Volgens die Regskommissie is 'n onherstelbaar verbrokkelde huwelik 'n huwelik wat “. . . gedegenerer het tot die punt waar [die] huwelik nie meer as 'n huwelik in die ware sin van die woord bestaan nie en daar geen redelike vooruitsig bestaan dat 'n normale huweliksverhouding . . . hervat sal word nie.”⁴³ Dit is met ander woorde 'n bloot feitelike vraag of 'n huwelik onherstelbaar verbrokkel het wat beantwoord kan word aan die hand van

³⁸Verslag par 7 4 waar dit blykbaar gaan oor onvoorwaardelike wilsooreenstemming.

³⁹In par 9 5 van die verslag word die bepalings van art 4(3) van die wetsontwerp beskryf as 'n sg riglyn. Hierdie bepaling in art 4(3)(a) is egter meer as 'n blote “riglyn”. 'n Riglyn sou sekerlik geformuleer wees in algemene terme bv dat die blote afsonderlike verblyf van die gades vir 'n tydperk as bewys van onherstelbare verbrokkeling van die huwelik aanvaar kan word. Hier word egter 'n spesifieke termyn, nl een jaar, asook 'n spesifieke manier van afsonderlike verblyf, nl in afsonderlike huishoudings, vereis.

⁴⁰Indien die gades nog nie vir die volle termyn van een jaar afsonderlik gewoon het nie, of vir langer of korter tydperke gedurende die jaar die samelewe hervat het, sal meer getuënis aan die hof voorgelê moet word om die onherstelbare huweliksverbrokkeling te bewys.

⁴¹Soos MacKenna 121.

⁴²Daar word selfs deur sommige beweer dat onherstelbare huweliksverbrokkeling 'n aanlegenskap is wat grootliks onverhoorbaar is. Verslag par 8 4.

⁴³Verslag par 8 1. Kyk ook art 4(1) van die wetsontwerp.

beskikbare getuienis soos enige ander feitelike vraag. In die meeste gevalle sal die howe waarskynlik ook geen moeite ondervind om te bepaal of 'n huwelik onherstelbaar verbrokkel het nie.⁴⁴

Die gedagte wat soms aangetref word dat die onherstelbare verbrokkeling van die huwelik nie beregbaar is nie, moet verwerp word. Hierdie gedagte berus klaarblyklik op die aanname dat onherstelbare huweliksverbrokkeling alleen bepaal kan word òf deur die verloop van voorgeskrewe termyne, òf deur huweliksraadgewers, maatskaplike werkers, sielkundiges, ensovoorts omdat 'n hof kwansuis nie bekwaam sou wees om te oordeel of 'n huwelik nog in wese bestaan nie.⁴⁵

Reeds by die toepassing van die bestaande reg vind mens herhaaldelik dat regters verwys na die toestand van huwelike en oordeel dat die huwelike totaal verbrokkel het.⁴⁶ Verder onderskep die voorbeelde in artikel 4(3) van die wetsontwerp die meeste gevalle van onherstelbaar verbrokkelde huwelike.⁴⁷ Geen besondere deskundigheid is nodig om te bevind dat 'n huwelik onherstelbaar verbrokkel het waar die gades byvoorbeeld lankal afsonderlik woon en nie van plan is om ooit weer saam te bly nie, of waar een van die gades reeds in 'n buite-egtelike en owerspelige verhouding met 'n derde leef nie. 'n Egskeiding word dikwels juis versoek om 'n gade in staat te stel om met iemand anders te kan trou.

In die afwesigheid van duidelike omstandighede soos byvoorbeeld dié wat hierbo uiteengesit is, is dit waarskynlik so dat die probleem om te bepaal of 'n huwelik onherstelbaar verbrokkel het, 'n polisentriese probleem is.⁴⁸ In die probleemgevalle sal die hof in die lig van die feite wat bewys is en ook in die lig van 'n ondersoek, indien enige, moet bepaal of die betrokke huwelik inderdaad onherstelbaar verbrokkel het.⁴⁹ Indien die hof nie op die feite tot 'n beslissing kan geraak nie, maak artikel 4(4) voorsiening dat

⁴⁴Verslag par 9 5.

⁴⁵Hierdie gedagte word verkondig deur oa Finlay 1972 *The Australian Law Journal* 543 555 en die Kanadese Law Reform Commission *Report on Family Law* (1977) Ottawa par 2 19.

⁴⁶*Underhay v Underhay* 1977 4 SA 23 (W); *Kuhn v Karp* 1948 4 SA 825 (K); *Viljoen v Viljoen* 1968 3 SA 581 (A); *Peila v Peila* 1972 1 SA 399 (A) 407; *Holland v Holland* 1975 3 SA 553 (A) veral 564.

⁴⁷Art 4(3) bepaal dat die hof kan getuienis dat:

- “(a) die partye vir 'n ononderbroke tydperk van minstens een jaar onmiddellik voor die datum van die instel van die verrigtinge nie in dieselfde huishouding as man en vrou saamgeleef het nie; of
- (b) die verweerder owerspel pleeg het en dat dit vir die eiser onversoenbaar met die voortsetting van die huweliksverhouding is; of
- (c) die verweerder kragtens 'n vonnis van 'n geregshof tot 'n gewoontemisdadiger verklaar is en ten gevolge van daardie vonnis gevangenisstraf ondergaan, as bewys van die onherstelbare verbrokkeling van 'n huwelik aanvaar.”

⁴⁸Dws 'n probleem met 'n veelvuldigheid van sentra waarin elke aspek wat oorweeg moet word, verbind is aan al die ander aspekte soos die spindrade in 'n spinnerak, vgl Henderson jr 1973 *Columbia Law Review* 1531 1536.

⁴⁹Art 4(2) van die wetsontwerp bepaal dat die hof “. . . vir sover dit nodig blyk ondersoek [kan] instel na die omstandighede van die beweerde verbrokkeling van die huweliksverhouding en die gesindheid wat die partye jeens mekaar en jeens hul huweliksverhouding openbaar.” Dit is dus duidelik dat die howe die akkusatoriese proses kan verander na 'n enigsins inkwisitoriese prosedure indien dit nodig is.

die verrigtinge uitgestel kan word. Die gades kry dan die geleentheid om verder oor hulle huweliksprobleme te besin, om versoeningspogings aan te wend, behandelings te ondergaan, ensovoorts. Indien die gades na die verloop van so 'n termyn nog nie daarin kon slaag om met mekaar versoen te raak nie, dui dié omstandigheid op sigself reeds sterk op 'n onherstelbaar verbrokkelde huwelik.

Beskou 'n mens die voorgestelde wetsontwerp van die Regskommissie in die lig van die praktiese toepasbaarheid daarvan en is 'n mens gedagtig aan die wye diskresie van die houe om verdere ondersoek te laat instel of om die verrigtinge uit te stel, is die vraag van geen belang nie of die maatstawwe wat in die wetsontwerp neergelê is vir die vasstelling van onherstelbare huweliksverbrokkeling nie so vaag is dat dit 'n onbewysbare of uiteraars moeilik bewysbare regsfeit is. Die belangrike vraag is eerder of nadere presisering van die maatstawwe nie ongewens sou wees nie omdat dit die soepelheid van die egskedingsreg wat op die verbrokkelingsbeginsel gebaseer is, drasties sou beperk en gevolglik aanleiding tot ongerymdhede en onbillikhede sou kan gee.⁵⁰

In die verslag word onder andere gesê:⁵¹

“Omdat die invoering van die nuwe egskedingsgrond 'n ingrypende verandering in die regsposisie sal meebring, kan dit wenslik wees om riglyne vir die houe neer te lê, moontlik in die vorm van weerlegbare vermoedens. Streng gesproke is dit egter nie noodsaaklik om sulke riglyne neer te lê nie aangesien die houe waarskynlik geen moeite sal ondervind om te bepaal wanneer 'n huwelik as onherstelbaar verbrokkel beskou moet word nie. Daar moet veral teen gewaak word dat die houe se diskresie nie aan bande gelê word nie.”

Dit is belangrik om ten aansien van die riglyne wat in artikel 4(3) vervat is duidelik voor oë te hou dat bewys van die omstandighede wat in die riglyne vervat is nie die enigste metode is om onherstelbare huweliksverbrokkeling te bewys nie en ook dat ten spyte van die bestaan van die omstandighede die hof dit nie noodwendig as afdoende bewys van onherstelbare verbrokkeling van die huwelik hoef te aanvaar nie. Die hof kan met ander woorde onherstelbare huweliksverbrokkeling bevind op grond van geheel ander feite, maar die hof kan ook ten spyte van die bestaan van omstandighede in ooreenstemming met die riglyne, bevind dat 'n huwelik nie onherstelbaar verbrokkel het nie. Die hof se diskresie is slegs beperk versover die hof nie 'n egskeding kan weier indien die onherstelbare verbrokkeling van die huwelik bewys is nie. Die riglyne is egter sodanig gepresiseer dat hulle nie as blote riglyne geïnterpreteer kan word nie.⁵² Daar bestaan min twyfel dat

⁵⁰Die Engelse reg is 'n sprekende voorbeeld hiervan. Die maatstawwe vir die bepaling van onherstelbare verbrokkeling is presies omskryf in die Matrimonial Causes Act 1973 sonder dat enige diskresie aan die houe oorgelaat is. Nie alleen lei dit daartoe dat die bedoeling van die wetgewer verydel word deurdat huwelike wat inderdaad onherstelbaar verbrokkel het nie deur egskeding ontbind kan word nie, maar dit lei ook daartoe dat baie van die ewels van die skuldbeginsel voortleef, vgl Finlay 1975 *The Modern Law Review* 153 en Freeman 1971 *Current Legal Problems* 178. Die Engelse wet is ook onelegant en soms ingewikkeld omdat veiligheidsmaatreëls in die wet opgeneem moes word weens die afwesigheid van enige diskresie van die houe. Daarteenoor is die wetsontwerp van die Regskommissie 'n voorbeeld van eenvoud.

⁵¹par 9 5.

⁵²Art 4(3) (weselik aangehaal in vn 47 hierbo).

indien die eiser daarin geslaag het om die bestaan van 'n situasie soos beskryf in artikel 4(3) te bewys, die verweerder inderdaad opgesaal is met 'n formidabele weerleggingslas om aan te toon dat die huwelik nogtans nie onherstelbaar verbrokkel het nie. Hierteen kan geen beswaar bestaan nie. Die bedoeling in die wetsontwerp is juis om 'n huwelik wat onherstelbaar verbrokkel het, te ontbind ten spyte van die feit dat een van die gades begeer om dit in stand te hou.⁵³ Die gemeenskapsbelang vereis ook niks meer as dat huwelike wat nie onherstelbaar verbrokkel het nie, in stand gehou moet word.

(c) Geestesongesteldheid en voortdurende bewusteloosheid as egskeidingsgrond

In artikel 5(1) word geestesongesteldheid sonder 'n redelike vooruitsig op geneing en in artikel 5(2) bewusteloosheid wat waarskynlik nie sal herstel nie, tot egskeidingsgrond verhef. Artikel 5 is in die wetsontwerp opgeneem omdat 'n mens by geestesongesteldheid te doen het "met 'n eiesoortige situasie waarvoor spesiale reëls voorgeskryf moet word. Om dié rede skyn dit wenslik te wees om geestesongesteldheid liefas 'n afsonderlike egskeidingsgrond te behandel."⁵⁴ Die spesiale reëls het betrekking op die presisering van die maatstaf vir die vasstelling van die bestaan van die egskeidingsgrond⁵⁵ en op die totale uitskakeling van die relevansie van die gedrag van die gades ook wat betref die gevolge van die egskeiding.⁵⁶

Daar is reeds op gewys dat 'n egskeiding ingevolge artikel 4 gebaseer is op die feit dat een of albei van die gades die voortsetting van die huwelik deur hulle eie toedoen onmoontlik gemaak het⁵⁷ terwyl die egskeidingsgrond ingevolge artikel 5 gebaseer is op die feit dat die voortsetting van die huwelik heeltemal buite die beheer van die gades onmoontlik geword het. Ter wille van konsekwentheid behoort alle gevalle van onmoontlikwording van die huwelik ingevolge artikel 5 behandel te word. Soos die wetsontwerp tans geformuleer is, is dit egter nie die geval nie.⁵⁸

VERSOENING VAN DIE GADES EN GESINSHOWE

Die voorstanders van die gedagte dat die verbrokkelingsbeginsel alleen behoorlik kan funksioneer binne die raamwerk van die inkwisoriese prose-

⁵³Verslag par 10 3.

⁵⁴Verslag par 11 3. Dieselfde argument geld tot voortdurende bewusteloosheid.

⁵⁵Art 5(1) en 5(2) van die wetsontwerp. Die belangrikste innovasies met betrekking tot geestesongesteldheid as egskeidingsgrond is in die eerste plek die omskrywing van geestesongesteldheid en tweedens die vermindering van die termyn waartydens die siek gade in 'n inrigting aangehou moes wees van 7 na 2 jaar. Voortdurende bewusteloosheid moet reeds ses maande voor die instel van die verrigtinge 'n aanvang geneem het.

⁵⁶Die gedrag van die gades speel steeds 'n rol met betrekking tot die vermoënsregtelike gevolge van die egskeiding, kyk infra. Ingevolge art 9(2) is 'n bevel vir verbeuring van voordele egter nie moontlik teen die verweerder wanneer die egskeiding versoek is ingevolge art 5 nie.

⁵⁷Supra vn 30.

⁵⁸Die algemene bepaling in art 4(1) is wyd genoeg om enige geval van onmoontlikwording te dek. Vertolkingsprobleme kan egter ontstaan wanneer 'n eiser aantoon dat die huwelik onherstelbaar verbrokkel het weens die feit dat die verweerder agv 'n motorbotsing totaal verlam is en nie weer sal herstel nie. Die bepalings in art 5(3) en 5(4) behoort ook vir so 'n geval te geld.

dure en dan hoofsaaklik binne 'n gesinshof,⁵⁹ sal waarskynlik die grootste kritiek teen die wetsontwerp uitspreek op grond van die feit dat daar nie wesenlik vir enigeen van hierdie twee hervormingsmoontlikhede voorsiening gemaak is nie.⁶⁰ Versoer die inkwisoriese prosedure prakties onuitvoerbaar is, moet dit verwerp word.⁶¹ Hierbo is reeds daarop gewys dat artikel 4(2) van die wetsontwerp in ieder geval daarvoor voorsiening maak dat die hof 'n inkwisoriese prosedure kan volg indien die hof self van oordeel is dat dit in die bepaalde geval noodsaaklik is. Dit is moeilik om in te sien dat enige verpligte vorm van inkwisisie 'n verdere bydrae kan lewer tot 'n beter en meer realistiese hantering van die egskedingsprobleem.

Een van die belangrikste argumente van die voorstanders van gesinshowe is dat 'n regter nie in staat is om alleen te oordeel of 'n huwelik onherstelbaar verbrokkel het nie.⁶² Dié beslissing moet aan die hand van verslae van huweliksraadgewers, sielkundiges, ensovoorts geneem word. Met ander woorde die beslissing behoort by ander deskundiges as die regter te berus. Die stand van kennis van die ander dissiplines is egter sodanig dat ook daar geen oplossings vir die probleme van die egskedingsreg te vind is nie.⁶³ Die gevaar bestaan egter dat belangrike basiese beginsels van geregtigheid soos die audi alteram partem-reël, die objektiewe metode van feitebepaling deur middel van kruisondervraging, ensovoorts oor die hoof gesien kan word indien die beslissing of 'n huwelik onherstelbaar verbrokkel het uit die gebied van die reg verwyder word. 'n Regter word gewoonlik ook nie so direk deur bepaalde sielkundige, teologiese of ander uitgangspunte beïnvloed soos wat dikwels met ander deskundiges die geval is nie.⁶⁴

'n Verdere argument van die voorstanders van gesinshowe is dat die howe 'n terapeutiese benadering behoort te volg om sodoende versoening tussen vervreemde egpare te bewerkstellig. Hierdie uitgangspunt strook egter nie met die werklikheid nie, naamlik dat die egskedingsreg nie die instrument is waarmee die maatskaplike probleem van verbrokkelde huwelike opgelos kan word nie.⁶⁵ Die reg kan hoogstens 'n passiewe rol speel

⁵⁹Die ideale gesinshof het die volgende kenmerke:

- (a) dit het omvangryke jurisdiksie om alle sake te bereg wat die gesin in sy gesinsverband raak;
- (b) dit het 'n terapeutiese benadering wat gemik is op die oplossing van probleme eerder as die blote beslegting van geskille;
- (c) dit het 'n informele prosedure; en
- (d) dit is binne bereik en gereedelik toeganklik vir diegene ten behoeve van wie dit ingestel is.

Kyk par 13 1 van die verslag.

⁶⁰Die groep aangestel deur die Aartsbiskop van Kantelberg het absoluut gestaan op hierdie standpunt, kyk *Putting Asunder* par 28. Volgens par 12 1 van die verslag is verskeie memoranda en getuienis aan die Regskommissie voorgelê waarin beklemtoon is dat alles in die werk gestel moet word om gades wat op die punt staan om te skei, met mekaar te probeer versoen.

⁶¹Die Law Commission in Engeland het aangetoon dat 'n ondersoekprosedure in Engeland prakties onmoontlik is, kyk *Field of Choice* par 70. Die Regskommissie voorsien dieselfde probleme, par 18 5 van die verslag.

⁶²Verslag par 13 1, kyk ook Bodenheimer 201 en *Putting Asunder* par 28.

⁶³Kyk Koch *California Marriage and Dissolution Law* 30.

⁶⁴*Putting Asunder* 146.

⁶⁵Clark jr 1971 *University of Colorado Law Review* 403 417.

in enige versoeningsprogram, dit wil sê daar moet voorsorg getref word dat daar nie enige regsreëls in die pad van versoeningspogings tussen die gades staan nie.

Die wetsontwerp moet aangeprys word weens die afwesigheid daarin van voorgeskrewe termyne en verpligte versoeningsprosedures. Daar word daarvoor voorsiening gemaak dat die howe egskeidingsverrigtinge kan uitstel ten einde aan die gades die geleentheid te gee om versoeningspogings aan te wend.⁶⁶ Verpligte termyne wat eers moet verstryk voordat 'n egskeiding verleen kan word, het slegs waarde indien die verloop van die termyn terselfdertyd die maatstaf is waarmee bepaal word of die huwelik onherstelbaar verbrokkel het.⁶⁷ Enige ander verpligte termyne wat eers moet verstryk soos afkoelperiodes, ensovoorts is betekenisloos aangesien dit slegs op bedekte verpligte versoeningsprosedures neerkom. Enige verdere reëlings in die wetsontwerp in hierdie verband sou slegs afbreuk doen aan die realisme van die nuwe egskeidingsreg.

In die nuwe egskeidingsreg sal egskeidingsverrigtinge steeds by wyse van aksie ingestel word en op die gewone akkusatoriese metode verhoor word.⁶⁸ Daar kan op logiese gronde geargumenteer word dat dit by die vraag of 'n huwelik onherstelbaar verbrokkel is, nie gaan om 'n proses *Man v Vrou* nie, maar dat dit gaan om die toestand van die huwelik van Man en Vrou sodat die saak eerder moet lui *In re die huwelik van Man en Vrou*.⁶⁹ Vir die egpare self asook vir die gewone man is daar egter geen verskil tussen hierdie juridiese formules nie.⁷⁰ Indien die aksieprosedure as die geskikste prosedure op die huidige stadium beskou word, sal dié feit geen afbreuk doen aan die realisme van die hervormde egskeidingsreg nie.

DIE BESKERMING VAN DIE BELANGE VAN KINDERS

Die voorstelle in verband met die belange van die kinders wat aan die Regskommissie voorgelê is, is versoer hulle aanvaarbaar is, in artikel 6 van die wetsontwerp opgeneem.⁷¹ Artikel 6(1) is die belangrikste innovasie en bevat 'n bepaling dat 'n egskeiding nie verleen kan word nie ". . . alvorens die hof daarvan oortuig is dat die voorsiening wat vir die welsyn van enige minderjarige of afhanklike kind uit die huwelik gemaak is of in die vooruit-sig gestel word, bevredigend is of die beste is wat in die omstandighede bewerkstellig kan word." Daar moet beklemtoon word dat die hof nie 'n egskeiding kan weier indien dit onmoontlik is om bevredigende reëlings vir die kinders te tref nie. Die hof moet slegs oortuig wees dat die reëlings die beste moontlike in die omstandighede is.⁷² Hierdie benadering bied waarskynlik

⁶⁶Art 4(4).

⁶⁷Soos in Australië (art 48(2) van die Family Law Act 1975) en Engeland (art 1(1) (e) van die Matrimonial Causes Act 1973).

⁶⁸Art 1(1) van die wetsontwerp.

⁶⁹Dit is o.a die posisie in Australië en verskeie state van die VSA, kyk Zuckman en Fox 1972-73 *Journal of Family Law* 515 560.

⁷⁰Zuckman en Fox 560 vn 141.

⁷¹Verslag par 14 2.

⁷²Hierdie bepaling kan maklik gekritiseer word. Die belangrikste kritiek wat gewoonlik teen hierdie soort bepaling geopper word, is die feit dat geen hof kan toesien dat die reëling wat aanvanklik vir die kinders getref is in die toekoms uitgevoer sal word nie.

die bevredigendste oplossing in die lig van die huidige stand van wetenskaplike kennis ten aansien van die belange van die kinders. Dit is in ieder geval ook die oplossing wat in ooreenstemming is met die huidige gemeenskapsopvatting.⁷³

Dit is ongetwyfeld duidelik dat die laaste woord nog lank nie gespreek is oor die belange van kinders by egskedings nie. Wanneer die posisie van die kinders oorweeg word, is selfs nie eens die realiteite van die sosiale werklikheid op grond waarvan hervormingsmaatreëls getref behoort te word duidelik nie.⁷⁴ Die algemene beginsel dat die beste belang van die kinders steeds nagestreef word, kan hoogstens beteken dat die beste maatreëls wat in die omstandighede moontlik is, getref moet word. Kinders is immers in die beste omstandighede indien hulle opvoeding waargeneem word deur beide ouers binne 'n gelukkige huwelik. Die reëlings by egskedings kan gevolglik hoogstens die tweede beste vir die kinders wees. Daarbenewens is die beslissing wat die hof in hierdie verband moet maak 'n beslissing oor die toekomstige posisie van die kind en nòg die regter, nòg 'n maatskaplike werker, nòg 'n sielkundige, nòg enige ander persoon kan met sekerheid vasstel welke reëlings die beste belang van die kinders op die oomblik dien en dit ook in die toekoms sal dien.⁷⁵ Dit skyn asof heelwat navorsing nog gedoen sal moet word voordat die reg in hierdie opsig verbeter kan word. Die maatreëls wat die wetsontwerp tref, is die beste wat in die lig van die bestaande kennis moontlik is. Die hof het wye bevoegdhede om enige inligting wat nodig geag word, in te win en kan enige bevel maak wat nodig is.⁷⁶ Verder kan die hof die bevel later verander indien die behoefte daarvoor ontstaan.⁷⁷

DIE VERMOËNSREGTELIKE GEVOLGE VAN EGSKEIDING

Twee aspekte van die vermoënsregtelike gevolge van egskeding word in die wetsontwerp gereël: verbeuring van vermoënsregtelike voordele en onderhoud.

(a) Verbeuring van vermoënsregtelike voordele

Artikel 9(1) bepaal dat die howe by 'n egskeding op grond van die onherstelbare verbroekeling van 'n huwelik⁷⁸ verbeuring van voordele in die

Glendon State, *Law and Family* (1977) 275 wys daarop dat onderhoudsbevele tgv kinders in 46,9% van die gevalle in die VSA nie nagekom word nie. Dieselfde posisie bestaan in Engeland, vgl Freeman 208 vn 72. Kritiek het egter slegs waarde indien 'n verbetering van die bestaande posisie daaruit kan volg. Tot op hede kon niemand daarin slaag om 'n bevredigende oplossing vir hierdie probleem voor te stel nie.

⁷³Verslag par 14 1. Dieselfde gemeenskapsopvatting bestaan ook in Engeland, kyk *Field of Choice* par 50.

⁷⁴Vgl *Putting Asunder* par 57; *Field of Choice* par 56 en Clark 413-416.

⁷⁵Clark 413-416.

⁷⁶Art 6(2) en (3).

⁷⁷Art 8. Die begrip "minderjarige of afhanklike kind uit die huwelik" in art 6 is nie omskryf nie. Dit is gevolglik nie duidelik welke kinders deur die wet beskerm sal word nie. Pleegkinders wat ingevolge art 31(1)(b) of 48(2) van die Kinderwet 33 van 1960 by die ouers geplaas is, is 'n geval waar onduidelikheid kan ontstaan.

⁷⁸Dws ingevolge art 4 van die wetsontwerp.

geheel of gedeeltelik deur die een gade ten gunste van die ander kan gelas indien die hof: “. . . met inagneming van die duur van die huwelik, die omstandighede wat tot die verbrokkeling daarvan aanleiding gegee het en enige substansiële wangedrag van enige van die partye, oortuig is dat by ontstentenis van so 'n verbeuringsbevel die een party teenoor die ander onbehoorlik bevoordeel sal word.”

Hieruit blyk duidelik dat verbeuring van voordele nie meer 'n outomatiese gevolg van die egskeiding sal wees vir die suksesvolle eiser wat daarom aansoek gedoen het nie. Die wangedrag van die verweerder sal ook nie meer die enigste grond wees waarop verbeuring van voordele verleen word nie. Trouens die wangedrag van die verweerder kan totaal genegatieweer word deur byvoorbeeld die feit dat die huwelik reeds baie jare lank geduur het. Daar sal ook geen verpligting meer op die howe rus om algehele verbeuring van voordele te gelas indien die suksesvolle eiser daarom aansoek doen nie. Die feit dat dit die eiser is wat aansoek doen om verbeuring van voordele sal irrelevant wees en die verweerder in die egskeidingsaksie kan ook suksesvol daarom aansoek doen.⁷⁹

Anders as in die bestaande reg sal die hof dus in verband met verbeuring van voordele by egskeidingsgedinge heeltemal diskresionêr kan optree. Die hof sal kan besluit of die bevel hoegenaamd verleen behoort te word, ten gunste van watter een van die twee gades dit verleen behoort te word en in watter mate voordele deur een van die gades verbeur behoort te word.⁸⁰

(b) Onderhoud van die gades

Artikel 7 bepaal eerstens in subartikel (1) dat die hof wat 'n egskeidingsbevel verleen in ooreenstemming met 'n *skriftelike* ooreenkoms tussen die gades 'n bevel kan gee met betrekking tot die verdeling van hulle bates of die betaling van onderhoud deur die een aan die ander.

Wanneer die gades nie tot 'n ooreenkoms kan geraak nie, is artikel 7(2) van toepassing en ingevolge daarvan verkry die howe baie wyer bevoegd-hede ten aansien van onderhoudsbevele as wat hulle volgens die bestaande reg het.⁸¹ Die volgende faktore moet egter telkens deur 'n hof oorweeg word om te bepaal of 'n onderhoudsbevel verleen behoort te word:

- 1 die bestaande en verwagte vermoëns van die gades;
- 2 hulle onderskeie verdienvermoëns;
- 3 die finansiële behoeftes en verpligtings van die gades;
- 4 die ouderdom van elk van die gades;
- 5 die lewenspeil van die gades voor die egskeiding;
- 6 die gedrag van die gades versover dit op die verbrokkeling van die huwelik betrekking mag hê; en

⁷⁹Die substansiële wangedrag van die eiser kan die uitsluitlike oorsaak van die verbrokkeling van die huwelik wees. Die begrippe “eiser” en “verweerder” het niks meer te make met die vraag wie skuldig of onskuldig aan die egskeiding is nie.

⁸⁰Die bewoording van art 9 dui daarop dat die hof nie mero motu 'n bevel vir verbeuring van voordele sal kan toestaan nie. Een van die gades sal daarom moet vra.

⁸¹Ds ws ingevolge art 10 van die Wet op Huweliksangeleenthede 37 van 1953. Art 10 sal in toto herroep word deur hierdie wet, kyk art 18 van die wetsontwerp.

7 enige ander faktor wat na die oordeel van die hof in aanmerking geneem behoort te word.

In die lig van hierdie faktore kan die hof 'n bevel gee wat hy billik ag. Die hof kan byvoorbeeld bevel dat daar 'n verskuiwing van bates van die een gade na die ander moet plaasvind, of dat die onderhoud in 'n enkelbedrag of by wyse van maandelikse of jaarlikse betalings vereffen moet word.

(c) Die rol van die gedrag van die gades met betrekking tot die vermoënsregtelike gevolge van egskeiding

Daar moet toegegee word dat dit by die deurlees van artikels 7, 9 en 10⁸² van die wetsontwerp skyn asof die skuldbeginsel wat met die grootste omsigtigheid in artikels 4 en 5 uit die egskeidingsreg geweer word, deur hierdie artikels toegelaat word om steeds 'n groot rol te speel. Voordat hierdie oordeel egter oor die wetsontwerp uitgespreek word, moet enkele aspekte van die sosiale realiteit in Suid-Afrika in gedagte gehou word. Eerstens word die gevolge van egskeiding in die oorgrote meerderheid van gevalle deur die gades self by wyse van 'n ooreenkoms gereël en is die waarskynlikheid groot dat dié praktyk sal voortleef.⁸³ Die aantal gevalle waar dit vir die howe inderdaad noodsaaklik sal wees om die wet toe te pas, sal gevolglik 'n baie klein persentasie van die totale aantal verteenwoordig. Tweedens is dit duidelik dat die gemeenskapsopvatting in Suid-Afrika ten gunste is van die behoud van die beginsel dat niemand voordeel mag trek uit sy eie wan-gedrag nie en dat die howe gevolglik ook by egskeidingsverrigtinge steeds verbeuring van voordele moet kan beveel.⁸⁴

Ten einde getrou te bly aan sy doelstelling om 'n realistiese egskeidingsreg te skep, moes die Regskommissie die absolutistiese benadering van die bestaande reg ten aansien van die gevolge van egskeiding die nek inslaan en ook hier die werking van die skuldbeginsel in die regte perspektief plaas. Die reëls ten aansien van die gevolge van egskeiding moet egter die gemeenskapsopvatting bevredig wat aandrang op die behoud van byvoorbeeld die verbeuring van voordele. Uit artikels 7 en 9 skyn dit asof hierdie mikpunt grootliks bereik is. Daar word 'n wye diskresie aan die howe verleen ten aansien van die verdeling van die bates, die vasstelling van 'n plig tot onderhoud asook 'n bedrag aan onderhoud. Die howe sal billike reëlins kan tref wat ekonomiese geregtigheid sal laat geskied.

DIVERSE BEPALINGS IN DIE WETSONTWERP

Die wetsontwerp bevat ook bepalinge oor verskeie aangeleenthede in verband met die egskeidingsreg wat nie regstreeks met egskeidingsgronde of gevolge van egskeiding verband hou nie.⁸⁵ Slegs twee van die bepalinge word bespreek.

⁸²Art 10 handel oor koste en bepaal inter alia dat die gedrag van die gades versover dit relevant mag wees ook by hierdie aspek in aanmerking geneem mag word.

⁸³Sulke ooreenkomste sal vanselfsprekend steeds aangegaan word in die lig van die gades se onderskeie regte en verpligtinge soos deur die positiewe reg bepaal.

⁸⁴Verslag par 15 4.

⁸⁵Aangeleenthede wat nie bespreek is nie is o.a: art 1, woordbepaling; art 2, jurisdiksie – die probleme in die bestaande reg m.b.t. die jurisdiksie van die howe in egskeidings-

(a) Artikel 12: Bepering op die publisering van besonderhede in egskeidingsverrigtinge

Artikel 12 skep 'n misdryf indien iemand meer inligting aangaande egskeidingsverrigtinge sou publiseer of openbaar maak as die name van die betrokke partye, die feit dat egskeidingsverrigtinge tussen hulle aanhangig is, of dat 'n egskeidingsbevel verleen of geweier is. Daar mag veral nie openbaar gemaak word wie eiser en wie verweerder is nie. Dit is duidelik dat die gades beskerm word teen die openbaarmaking van die besonderhede van die huweliksgeskiedenis wat tot die egskeiding aanleiding gegee het, terwyl die belang van derdes om te weet of twee bepaalde persone steeds met mekaar getroud is nie daardeur aangetas word nie.

(b) Artikel 14: Afskaffing van bevel tot herstel van huweliksregte en geregtelike skeiding

Hierdie artikel bevat 'n welkome hervorming van die Suid-Afrikaanse familiereg. Geregtelike skeiding is ingestel as 'n remedie binne 'n regstelsel waar egskeiding totaal verbied was en het gevolglik weinig bestaansreg gehad nadat egskeiding eers toegelaat is. Waar egskeiding op die verbroke-lingsbeginsel gebaseer word, het geregtelike skeiding eenvoudig alle bestaansreg verloor. Dié remedie lei dikwels in die praktyk tot die instandhouding van totaal verbrokelede huwelike.⁸⁶ Die belangrikste argument vir die behoud van die remedie is dat dit voorsien in die behoefte van diegene wat weens geloofsoortuigings gewetensbesware teen egskeiding het.⁸⁷ Dié argument is egter heeltemal onoortuigend. Daar bestaan geen regsreël wat gades verhoed om ooreen te kom om vir 'n bepaalde of onbepaalde tyd afsonderlik te woon nie sodat daar inderdaad geen behoefte aan 'n instelling soos geregtelike skeiding bestaan nie.

SLOTOPMERKINGS

Dit is interessant om daarop te let dat Hahlo nog so onlangs as 1963 soos volg geskryf het:

“The time has not arrived in South Africa, if ever it should arrive, for the substitution of the marriage break-down principle for the guilt principle in divorce.”⁸⁸

Dié tyd het egter aangebreek en die hoop moet uitgespreek word dat die wetsontwerp uiteindelik 'n wet sal word. Daar moet aanvaar word dat nòg hierdie wetsontwerp, nòg enige ander wetgewing die probleem van verbrokelede huwelike sal oplos, want “. . . the true evil to be fought is not divorce but marriage breakdown of which divorce is but the symptom, and which takes place on a large scale even in those countries which do not admit divorce.”⁸⁹ Daarteenoor sal selfs die skerpste kritici van die wetsontwerp moet toegee dat daar meer realisme in die egskeidingsreg moet kom as die

verrigtinge word hierdeur opgelos, kyk verslag par 19 4; art 8, intrekking, opskorting of wysiging van bevel; art 11, prosedure; art 13, erkenning van sekere vreemde egskeidingsbevele; en art 15-19.

⁸⁶Verslag par 16 2.

⁸⁷Verslag par 16 2 en kyk ook Hahlo 1963 *SALJ* 43.

⁸⁸1963 *SALJ* 42.

⁸⁹Hahlo *Husband and Wife* 25-26.

wetsontwerp eenmaal in werking tree. Presies hoedanig die uiteindelijke verligting in die egskedingsreg sal wees, sal egter baie afhang van hoe streng die howe die wet sal vertolk.⁹⁰

“Both counsel before us conducted the case on the assumption that the distributors were prima facie liable. They were liable unless they could prove – and the burden was on them to prove – that they did not know that Private Eye was of a character likely to contain a libel . . . Since then, I have looked into the authorities for myself: and I venture to think that the laws is not as counsel assumed it to be. I have been rebuked before for doing my own researches . . . An erroneous proposition should not be accepted as good law simply because counsel have passed it by in silence and have not sought to challenge it. By that means it gains currency and is never remedied. Better to correct it now while the opportunity offers rather than let it continue to disturb the course of justice. If this be error, and upon me proved, it at least opens the way for the House of Lords to put things right for the future.”

per Lord Denning MR (dissenting) in Goldsmith v Sperrings Ltd 1977 1 WLR 478

Der Umgang mit den Gerichten ist einfacher als mancher annimmt, wenn man über gewisse Grundkenntnisse verfügt.

Schöreit Gerichte und Justizbehörden der Bundesrepublik Deutschland 5.

⁹⁰Daar is nie in hierdie bespreking veel ag geslaan op moontlike vertolkingsprobleme wat uit die wetsontwerp mag voortspruit nie. Die afwesigheid in die wetsontwerp van enige uitdruklike verwere teen 'n egskedingsaksie, behalwe die verweer van ontkenning van die onherstelbare verbroekeling van die huwelik, kan vertolkingsprobleme tot gevolg hê, veral versover geen van die bestaande verwere teen 'n aksie om egskedings ogv owerspel of kwaadwillige verlating uitdruklik herroep is nie. Hierdie ou bekende verwere leef dus voort. To v die vraag of 'n egskeding verleen behoort te word, kan die ou verwere nie meer relevant wees nie, maar versover die gedrag van die gades steeds 'n rol speel ten aansien van die finansiële gevolge van egskeding is dié verwere steeds relevant. Gevolglik kan die vraag bv ontstaan wat die effek van die kondonasië van die verweerder se owerspel deur die eiser is met betrekking tot die toepassing van art 9 (verbeuring van voordele).

The systematisation of statutory offences*

AJ Middleton

BA LLB

University of South Africa

OPSOMMING

Daar bestaan tans soveel statutêre misdade in Suid-Afrika dat dit twyfelagtig is of enigeen weet presies hoeveel daar is. Buiten die werke van Milton en Fuller (*South African Criminal Law and Procedure (formerly Gardiner and Lansdown)* band III) en die ou 1957-uitgawe van Gardiner and Lansdown, is daar ook geen doeltreffende handboeke oor die Suid-Afrikaanse statutêre misdade nie. Albei hierdie werke is verder hoofsaaklik beperk tot 'n bespreking van misdade wat in parlementêre wetgewing voorkom. Die magdom misdade wat deur ondergeskikte wetgewers geskep is, word feitlik geheel en al deur hierdie skrywers oor die hoof gesien. Die statutêre misdade wat wel deur hierdie skrywers behandel word, word geklassifiseer volgens die regsobjek wat die statuut beskerm waarin die misdade gereël word. Die uitwerking hiervan is dat bepalings wat feitlik dieselfde gedrag verbied herhaaldelik in verskillende verband behandel moet word. Byvoorbeeld die vervalsing van 'n posseël, 'n inkomsteseël, 'n permit of lisensie behels feitlik in alle gevalle dieselfde gedrag, maar die bepalings wat hierdie handelinge verbied, word in verskeie wette vervat wat verskeie regsobjekte beskerm en, derhalwe, word elk van hierdie bepalings onder verskillende hoofde apart behandel. Dit verhoed enige sistematiese behandeling en vergelyking van hierdie bepalings met mekaar of met soortgelyke gemeenregtelike bepalings. As daar gekyk word na die ontwikkeling van die gemeenregtelike misdade soos moord en strafbare manslag, is dit duidelik dat hierdie misdade uitgekristalliseer het uit 'n magdom verskillende bepalings wat die dood van verskillende mense in verskillende omstandighede verbied het. Deur die groepering, vir doeleindes van studie en navorsing, van afsonderlike statutêre bepalings volgens die tipe gedrag wat verbied word, eerder as volgens die regsobjekte wat deur die statute beskerm word waarin die bepalings vervat is, kan ons moontlik dieselfde tipe ontwikkeling voortbring as wat in die geval van die gemeenregtelike misdade plaasgevind het. Daar is ook heelwat onmiddellike voordele aan hierdie benadering verbonde. In die eerste plek is die praktisyn gewoonlik met 'n enkele bepaling gemoed en dit is gewoonlik vir hom van groter belang om te weet hoe bepalings van daardie aard uitgelê word as om te weet watter ander bepalings daar in die wet is wat dieselfde regsobjek beskerm. So 'n studie behoort ook die onnodige duplikasie van misdade aan te toon. Veral in ondergeskikte wetgewing is daar byvoorbeeld 'n magdom bepalings wat die aanhitsing of uitlokking om bepaalde dade te pleeg, verbied, terwyl daar in artikel 18 van die Algemene Regswysigingswet 17 van 1956 algemene bepalings bestaan wat al hierdie gevalle sou dek. So ook is daar heelwat bepalings in statute vervat wat reeds deur die gemene reg gedek word. Die studie van statute as eenhede, in teenstelling met die studie van afsonderlike bepalings, is gewoonlik meer kriminologies as juridies van aard.

I think that it is necessary to set out one or two points concerning the criminal law generally before proceeding with my discussion of the statutory offences.

*Inaugural address in the Department of Criminal and Procedural Law, University of South Africa, 21 April 1977.

The American author, Jerome Hall *General Principles of Criminal Law* (2nd ed) 17 states that from the perspective of scientific construction, all criminal law can be materially stated in terms of three types of proposition: the *rules*, the *doctrines* and the *principles*. The *rules*, according to Hall, comprise the specific part of the criminal law. They define the peculiar attributes of particular crimes, spelling out the elements of each specific offence.

The *doctrines* of the criminal law concern such matters as insanity, infancy, intoxication, error, coercion, necessity, defence, attempt, conspiracy, complicity, etc. They are complementary to the rules in the sense that there can be no criminal liability unless it is established that the perpetrator was sane, sufficiently mature, not acting under coercion or in a state of necessity, etc.

The *principles*, according to Hall (18) are "the widest generalisations" and consist of a number of "ultimate notions" which are, or should be, of general application to all crimes. These principles require that before there can be any question of criminal liability, there should be (i) mens rea (intent or negligence) on the part of the perpetrator; (ii) a human, voluntary act; (iii) concurrence or contemporaneity between the act and mens rea; (iv) some juridically acceptable causal connection between the act and a forbidden consequence (where we are dealing with materially defined offences) and (v) finally, all that is incorporated under the general head of "legality".

Hall's analysis is by no means beyond criticism, nor is it universally accepted. However, for the purposes of the topic I wish to discuss, it is convenient and adequate.

In the comprehensive European criminal codes, where the whole of the criminal law pertaining to a particular country is dealt with systematically, provision is generally made for both the doctrines and the principles in the general part of the code, and the rules, or specific offences, are dealt with separately in the special part of the code. The principles, doctrines, and rules therefore are all contained in and apply by virtue of the code.

In uncodified systems, the doctrines and principles apply either by virtue of special statutory provisions, or simply by virtue of accepted common law. The rules, comprising the specific offences, are, in such systems, derived either from the common law or are laid down by a competent legislator in statutory provisions.

In South Africa we have no comprehensive criminal code such as those which exist on the Continent. The principles and doctrines are, basically, derived from and exist by virtue of the common law. The rules, comprising the specific offences, are derived from both the common law and laid down in statutes emanating from a variety of different legislators.

In terms of Hall's analysis, it is the rules of the criminal law, and more specifically those rules which are derived from South African legislation, as opposed to the common law, which are the subject of my discourse this evening.

To be more precise concerning these rules:

The common law crimes such as murder, theft, robbery, etc are rules which were not made by any legislative act in South Africa, but which have existed for centuries and have always been, and still are, recognised in South Africa today. These are the Roman-Dutch variety (spiced here and there, due to historical accidents, with a liberal helping of English law) of those crimes which mankind has recognised from time immemorial. Being the product of centuries of jurisprudential thought, it is not surprising that these crimes are framed in terms which are invariably in accordance with the principles of the criminal law. It is interesting to note that most of the problems in relation to the common law offences relate to the application of the doctrines which, by their very nature, are concerned with exceptional circumstances and are regarded as special defences to be advanced if and when applicable.

Though by no means models of clarity, the common law crimes, which in any event are relatively few in number – in the region of 40–50 main species – have on the whole been reduced to a manageable system. Their further refinement can in my opinion quite safely be left to the courts.

Statutory offences are those crimes comprised of rules which have been laid down by various persons and bodies which from time to time have had legislative power in South Africa. At the present time such bodies include not only parliament and the provincial councils, but numerous other subordinate legislators to whom the power of creating statutory offences has been delegated. These offences comprise by far the bulk of South African criminal law. Gardiner and Lansdown, the then leading writers on criminal law and procedure in South Africa, remarked in 1919 (barely 10 years after Union!) that “the numerous indeed almost innumerable number” of statutory offences “seriously . . . enhance and embarrass the task of any one who seeks to compile a reasonably complete exposition of the criminal law.” In the 48 years which have passed since then, there has been a steady flow of statutory offences not only in the form of parliamentary acts and provincial ordinances, but also in the form of regulations, proclamations, and by-laws. I quite sincerely doubt whether there is any living person in South Africa today who has the vaguest idea of how many statutory offences exist. It is therefore hardly remarkable that there is as yet still no “reasonably complete exposition” of statutory offences in South Africa. The most comprehensive works in this regard with which I am acquainted are those of Milton and Fuller and the older second volume of Gardiner and Lansdown, volumes III and II respectively (*South African Criminal Law and Procedure*). In the words of these authors themselves, the work of Milton and Fuller

“is restricted basically to a consideration of Parliamentary legislation. Where the legislation of provincial legislatures is significant and relevant this has been dealt with, although no attempt has been made to cover the entire body of this legislation, and attention has been restricted to ordinances which are considered to be of major importance.

No serious attempt has been made to deal with delegated legislation in the form of regulations or proclamations made under authority of Parliamentary legislation. So, too, no attempt has been made to deal with purely local legislation such as by-laws.”

Nevertheless the volume grew to a tome of more than eleven hundred

pages! The second volume of Gardiner and Lansdown (6th ed 1956) which purported to have a slightly wider scope and dealt not only with the statutory offences but also the common law offences, exceeded 2 000 pages!

On account of the huge volume of these offences, academic study of these statutory rules, as opposed to the study of the principles, doctrines and common law rules, is minimal. Such study as there is generally includes a selection of those statutory offences which either expressly supplement the common law offences, in the way that section 13 of the Immorality Act 23 of 1957 supplements the common law crime of abduction and sections 36 and 37 of the General Law Amendment Act 62 of 1955, supplement the crimes of theft and receiving stolen property. It is generally rounded off with a detailed study of a number of particular statutory provisions such as the Suppression of Communism and Terrorism Acts, the criminal provisions of the Insolvency Act, criminal provisions relating to the maintenance of dependants, etc which are selected, for various reasons, by the lecturers concerned. To the best of my knowledge no systematic study is made of the body of statutory offences as a whole nor any comparison of this body of rules with the common law offences.

Burchell and Hunt (*South African Criminal Law and Procedure* – volume 1 86–87) seem to appreciate this deficiency, and devote two pages to a cursory consideration of the distinctions between the two types of offence. They note inter alia:

- (i) that the sources of the two sorts of crime differ;
- (ii) that all the common law crimes require mens rea, which, with the exception of culpable homicide, invariably takes one or other of the forms of dolus. This is not necessarily the case where statutory offences are concerned;
- (iii) the onus of proving all the elements of a common law crime is invariably upon the state, the only exception to this rule being the case where the insanity of the accused is in issue. In the case of statutory offences the onus of disproving one or other of the elements of an offence is frequently, either tacitly or expressly placed upon the accused;
- (iv) the technique of interpretation differs. In order to ascertain the precise nature of a common law offence it is necessary to look to the judgments of the courts and the old authorities. In the case of statutory offences, the technique is entirely different, the relevant statute is the primary source and the techniques applicable to the interpretation of statutes apply.

To these grounds may be added the important difference that, whereas statutes frequently, to a greater or lesser extent, make provision for vicarious responsibility, there is no question of such liability existing in relation to common law offences.

Milton and Fuller devote two chapters (48 pages) to a general discussion of statutory offences.

Although these chapters contain a truly admirable discussion of the principles of mens rea and legality in relation to statutory offences there is,

apart from the scheme of classification of offences followed by the authors, nothing relating to the systematisation of the body of statutory offences as a whole, nor any comparison of these offences with the common law offences.

Citing no lesser authority than Van den Heever J, as he then was, in the case of *R v Ndaba* 1942 OPD 149 153, Burchell and Hunt (6) note, I think quite correctly, that (unlike the Romans whose lines of demarcation between various types of offence were procedural – they arranged crimes into classes in accordance with the nature of the tribunals which took cognizance of them) we in South Africa “are inclined to classify the specific crimes in terms of the interests protected.”

There are however notable exceptions in this connection – Clarkson H Tredgold in his *Handbook of Colonial Criminal Law* (1904), dealing with the common and statute law of the Cape of Good Hope, simply took the bull by the horns and set about describing all the offences known to him in alphabetical order!

However he is the exception to the rule. Burchell and Hunt, I think are right, when they state that we tend, generally, to classify crimes in terms of the interests protected.

This is indeed usually the approach where the common law offences are concerned. We select for example as the interest protected human life, and then proceed to discuss under this head murder and culpable homicide and, depending on our personal view in this regard, possibly abortion. Or we select the administration of justice as the interest protected, and we discuss perjury, subordination of perjury, defeating the course of justice and contempt of court.

What more natural, then, than that statutes should be arranged and discussed on the same basis?

This indeed is the system of classification followed both by Gardiner and Lansdown (6th ed) and Milton and Fuller (*supra*). These authors select various interests, and then proceed to discuss the relevant statutory penal provisions which seemed to be aimed at protecting the interest selected, under various heads. Thus, to quote an example from Gardiner and Lansdown, the statutory penal provisions designed to protect the interest “Crown Prerogatives and Public Revenues”, are discussed under headings such as coinage offences, customs offences, excise offences, tax offences, stamp duties offences, etc. Under the heading “Customs Offences”, Gardiner and Lansdown discuss not only the penal provisions contained in the Customs Act 55 of 1955, but also other provisions relating to customs in a number of other acts. The sections selected deal with a considerable number of different physical activities: eg the disclosure of information, the making of false statements, the keeping of records, the unlawful possession of certain invoices, the unlawful possession of certain goods, bribery and corruption, default of duty by officials, failure to declare goods etc, interfering with officials, unlawful importation or exportation of certain commodities, etc. In other words, all actions prohibited by statute under pain of punishment which relate to customs, regardless of their divergent nature, are handled together under this head.

The same procedure is then followed in relation to all the particular interests which these authors identify and isolate.

More or less the same procedure is followed by Milton and Fuller (*supra*).

The results of this method of classification are intriguing. Gardiner and Landsdown, for instance, regard the falsification of coins as an offence infringing the "Crown or State Prerogatives". The falsification of bank notes, however, they regard as part and parcel of "Banking", and therefore classify as an offence infringing the interests of "Commerce, Business and Exchange". It is consequently dealt with some nine hundred pages after the coinage offences. Milton and Fuller (*supra*) select counterfeiting currency as one of the heads in the class of offences which infringe the "Prerogatives of the State" and deal with the counterfeiting of coins and the forging of bank notes in the same chapter. The forging of revenue stamps, however, is regarded as an offence infringing the "Public Revenues", while the forging of a postal stamp, which, except for the interest protected, is a virtually identical offence is regarded as an offence infringing "Public Facilities" and consequently finds a place in the book some six hundred pages later.

One can cite literally hundreds of similar examples, not only in the field of falsification but in other fields as well.

These discrepancies seem to illustrate, firstly, that the method of classifying and systematising statutory offences according to the interests protected by the statute in which the provisions constituting the offences are contained, has proved to be very arbitrary, both as regards the identification of the interests protected and as regards the identification of the particular offences which protect these interests.

The classification of common law offences in terms of the interests protected, though perhaps no less arbitrary – it is, perhaps, a debatable point whether robbery, for instance, is an offence infringing the physical integrity of the victim or an offence infringing property – has not presented many problems. This, I think, is because each of the common law offences is defined in terms of some specific act or the bringing about of some specific consequence. How one juggles such clearly defined, specific entities about really does not seem to matter. The selection of interests protected will merely determine the sequence in which the specific entities constituting the offences will be dealt with.

As we have seen in the case of the customs offences discussed above, however, a single statute aimed at protecting some particular social interest, embraces a vast spectrum of conduct involving many acts of essentially different nature.

In the various statutes, however they may be grouped, acts which are in all essentials identical recur many times in relation to the protection of various different interests. There is, for instance, no essential difference in the nature of the conduct involved in the forging or falsification of a bank note, revenue stamp, postage stamp, driver's licence, various permits etc, yet the offence in each instance will be found in a different statute aimed at

protecting a different interest. In short, a classification of offences in terms of the interests protected by the statutes, in which the individual provisions constituting these offences are contained, results in the same type of conduct being considered in different contexts over and over again. Moreover, this method of classification prevents the comparison of provisions containing what is essentially the same type of conduct.

If we consider more closely the method presently employed to study the common law offences, it is apparent that the study involves the careful analysis of *conduct*. In the study of theft, for instance, we consider and analyse first the physical aspects of this conduct and determine as precisely as possible what types of act can constitute the necessary *contractatio*. We then consider the nature of the property – *res* – in relation to which the offence may be committed. Finally, we carefully analyse the mental element of the offence – the *animus furandi* – to determine precisely what form of intent on the part of the perpetrator is required. The legal object or interest which is protected by the crime of theft is the possession or ownership of property. This may be of importance for purposes of classification; it certainly is for purposes of sentence; it is also useful for criminological purposes, but it does not constitute an element of the offence and therefore does not usually engage the attention of the student of criminal law or the practitioner. (An interesting example of an instance where pre-occupation with the classification of common law offences according to the interests protected has had an inhibiting effect is the crime of extortion. Because this offence is generally classified as an offence protecting property, the courts at times have shown, in my opinion, a quite unnecessary reluctance to apply it where property is not involved, despite the fact that all the elements of the offence are present.)

Where individual statutory provisions are studied each individual provision is, of course, carefully analysed, just as is the case with the common law offences, to determine precisely what conduct the legislator has prohibited, but, as we have seen, because statutes are generally classified in terms of the interests protected by the statute as a whole, no grouping and comparison of the individual provisions in terms of which similar conduct or human activity is prohibited ever takes place.

If we look at the evolution of the common law offences it is apparent that in bygone ages there were many forms of homicide and many forms of theft etc, each of which was treated of and punished separately. With constant comparison of these similar types of conduct, however, distinctive features and features which various groups had in common were identified. Most of the forms of homicide in which an intent to kill was evident tended to coalesce to form what we recognise today as murder. The residue were grouped under the head of culpable homicide. In recent years, largely due to the work of De Wet and Swanepoel, which in this regard found favour with the supreme court, negligence has emerged as the requisite form of *mens rea* for culpable homicide and the line between murder and culpable homicide is becoming ever more boldly drawn strictly on the basis of the two forms of *mens rea*. The number of exceptional cases, where homicide which is accompanied by an intention to kill is punished as culpable homicide, i.e those forms of homicide referred to by Hunt (*South African Criminal*

Law and Procedure vol II) as the “partial excuse” cases, is rapidly dwindling. (See such cases as *S v Mokonto* 1971 2 SA 319 (A); *S v Mtshiza* 1970 3 SA 747 (A) and *S v Ntuli* 1975 1 SA 429 (A).)

The same sort of development seems to have taken place in relation to offences concerning the appropriation of another’s property. The appropriation of another’s property involving a *contractatio* ie “something tantamount to a physical dealing” (see *R v Makonie* 1942 OPD 164) has come to be regarded as theft. Where the owner or possessor of property is induced to part with his property by means of a misrepresentation we have to do today with fraud. As this distinction between fraud and theft has become more clearly recognised, the crime of theft by means of false pretences, for instance, has gravitated from one pole to the other and today, despite its name, this offence is fairly generally recognised as a form of fraud rather than theft.

By grouping, for purposes of study and research, the individual statutory provisions (ie the individual sections as opposed to whole statutes) according to the conduct prohibited, rather than in accordance with the interest protected by the statute as a whole, I think that, to a large extent, we can generate the same type of development as has taken place in relation to the common law offences. Though obviously, in this instance, as the concepts emerge the help of the legislator by way of consolidating statutes would be necessary. I visualise not a complete codification, but a process similar to that which has already taken place in England in relation to offences against property.

A perusal of roughly half the offences dealt with by Milton and Fuller (*supra*) reveals, in the first place, that a large percentage of the individual sections can be construed as prohibiting conduct which is virtually identical with conduct which is already prohibited by common law. Thus, for instance, my survey of this very small portion of the body of existing statutory offences reveals no fewer than 18 sections of various statutes which prohibit conduct which, in all essentials, is identical with the common law offence of uttering a forged document. In fact, the word “utter” is even used in a number of these sections. Provisions which I have grouped under the head of “Fraudulent Appropriation” contain such terms as “unlawfully remove”, “unlawfully deprive of possession”, “unlawfully take back”, “unlawfully extract or recover”, “unlawfully make away with” which, in the contexts in which they are used can only be construed as theft or fraud. My notation (at more or less two lines per provision) of the provisions which can be construed as fraud or forgery cover five and a half folio pages. Provisions which can be construed as assault or extortion also abound.

Apart from the last-mentioned provisions, which, in terms of Hall’s analysis, seem to constitute a needless duplication of the common law rules, numerous provisions prohibit the causing, procuring, aiding, harbouring, abetting, assisting, etc, the commission of offences by others, or attempts to commit offences, all of which could give rise to liability in terms of the common law doctrines and/or section 18 of the General Law Amendment Act 17 of 1956.

The grouping together of these provisions which so closely resemble the common law rules and doctrines, and their close comparison with their common law counterparts, might, in the first place, lead to their eradication by the legislator as superfluous. In the second place, failing such eradication, one must bear in mind that these provisions have emanated at different times from different legislators, and that consequently their formulation differs – different legislators have said the same thing at different times in different words. There are consequently interpretation problems. Having all the similar provisions together should, at the very least, facilitate the task of the courts in this connection. This task is at present needlessly complicated by the fact that on account of their divergent formulation, quite apart from their being scattered about amongst hundreds of statutes, the essential similarity of provisions is frequently not immediately apparent.

Obviously not all statutory offences can be equated to any extent with the common law offences. During the twentieth century, especially in the field of the so-called public welfare offences, legislators, not only in South Africa but the world over, have found it necessary to apply the criminal sanction to conduct which our ancestors would never have dreamed of punishing. Nevertheless, the grouping of provisions prohibiting similar conduct can still profitably take place. Thus numerous provisions can be grouped together under such heads as “Buying, Acquiring, Accepting and Receiving Property” on the one hand and “Selling, Dealing with and Disposing of Property” on the other; or such headings as “Obstructing or Hindering an Official in the Course of his Duty”; “Failing to Keep Proper Records”; “Failing to Render Returns”; “Failing to Register and/or Licence” etc. Quite apart from facilitating their interpretation, the study of offences under such heads should reveal the elements which such conduct as a whole under any particular head has in common, and in the course of time enable the courts, jurists and legislators to refine each group to a single composite offence or relatively small groups of offences. My survey of but a relatively small fraction of the existing body of statutory offences revealed no fewer than 30 different formulations of the prohibition of conduct calculated to hinder or obstruct some or other official in the discharge of his duties. Admittedly, there might be some reason for distinguishing between the obstruction of a policeman in the course of his duties and the obstruction of a bus conductor in the course of his, but surely there is every reason to examine and explain whatever reason there may be for the different treatment of apparently similar conduct.

A body of offences which, individually, have already enjoyed considerable judicial and juristic attention are those offences in which the possession of some or other article is prohibited. There is hardly an element of such offences which has not, from time to time, been the subject of heated judicial debate. The form of *mens rea* required, and even the question of whether *mens rea* is a requirement at all, frequently occupies the attention of the courts and, with due respect, has resulted in some astounding decisions. (See for instance the decision of *S v Brick* 1973 2 SA 571 (A).) Even that element which, in relation to most crimes, is generally the easiest to determine – the actual physical act – has, in relation to offences involving

possession, presented difficulties and led to what I am sure the laymen would consider as ridiculous contentions. For instance, in a number of cases (*R v Iselelo* (1904) 18 EDC 232; *R v Stephanus & Jacob* 1904 TS 562; *R v Moon-sammy* 1920 TPD 335 and *R v Coetzee* 1953 1 SA 223 (T)) the question has even been raised whether the accused can be said to be in possession of liquor which he has already drunk. Admittedly, the elements of these offences differ in accordance with the differing formulations of the respective prohibitions; but I think that much of the chaos which undoubtedly exists in relation to this group of offences is due to a lack of a systematic study of the group as a whole and the all too frequent deliberate disregard by the legislators of the common law principles. Moreover, I also think that the chaotic conditions are only more apparent in this field than in other fields because offences involving possession are high frequency offences – ie offences which are more frequently committed and therefore more frequently enjoy the attention of the courts.

In the course of my survey it seemed at first that there would be a very large body indeed of offences which are *sui generis*. But as the survey proceeded more and more categories of conduct with common attributes emerged. For instance, at first it appeared that failing to stop at a stop street could only be compared with failing to stop at a red robot. But on second thoughts it became apparent that the essence of these offences is failing to comply with a mandatory sign. There are, of course, many such offences, not only in the traffic ordinances but in other statutes as well.

In short, it is my contention that the reason why statutory offences as a body have not received the same systematic attention as the common law rules, is that in the past we have always attempted to classify these rules in terms of the objects which the statutes, in which the individual provisions are contained, as a whole seek to protect. I am convinced that a reclassification in terms of the conduct prohibited in the individual provisions, not only will make the body of statutory rules more amenable to academic study, but also holds immense immediate benefits for the courts as far as the problem of interpretation is concerned. Moreover, I also think that there would be long term benefits from the legislative point of view. Hopefully, at least to the extent that such unnecessary duplication is demonstrated, legislators would no longer continue to duplicate the prohibition of conduct which is already prohibited in terms of common law rules and doctrines. Furthermore, such a systematic study would reveal more clearly the extent to which the body of statutory offences as a whole deviates from the principles, and could lead to the formulation of new principles peculiar to statutory provisions or, hopefully, to closer conformity with common law principles in future legislation. In any event it should at the very least lead to greater uniformity in future legislation.

In conclusion, I wish to make one final point: I do not condemn the study of whole statutes as units. This is indeed a very necessary study, but it must be appreciated that the objectives of such a study are entirely different to the traditional approach to criminal law. The traditional approach to criminal law, in essence, has always involved the analysis and consideration of specific conduct. One might in passing have considered whether, for instance, all the

common law offences against property, seen as a system, provide adequate protection and whether new offences should be introduced to fill any loopholes. But the answers to such questions will not be legal answers. They will be of a criminological nature depending on policy and sociological considerations, not law. So it is that when we consider a statute as a whole, the inter-relationship of its provisions and their effectiveness in protecting some or other social interest, our study is more closely akin to criminology than to criminal law.

Obviously, the statute from which a particular provision originates can not be entirely ignored when extracting the individual provisions, but, I submit, from a criminal law point of view, the statute of origin is only of importance in as far as it assists in ascertaining the precise nature of the conduct prohibited. □

Virtually every civilization of which we have record placed some limitations on the conduct of its own warfare . . . In his famous book The Art of War, written in the fourth century B.C., Sun Tzu noted that it was forbidden to injure an enemy previously wounded or to strike elderly men: "Treat the captives well, and care for them. All the soldiers taken must be cared for with magnanimity and sincerity so that they may be used by us."

About the same time, the Hindu civilization in neighbouring India produced a body of rules (found in the Book of Manu) regulating land warfare. The Seventh Book contains the following:

90 *When (the king) fights with his foes in battle, let him not strike with weapons concealed (in wood), nor with (such as an) barbed, poisoned, or the points of which are blazing with fire.*

91 *Let him not strike one who (in flight) has climbed on an eminence, nor a eunuch, nor one who joins the palms of his hands (in supplication), nor one who (flees) with flying hair, nor one who sits down, nor one who says 'I am thine;'*

92 *Nor one who sleeps, nor one who has lost his coat of mail, nor one who is naked, nor one who is disarmed, nor one who looks on without taking part in the fight, nor one who is fighting with another (foe);*

93 *Nor one whose weapons are broken, nor one afflicted (with sorrow), nor one who has been grievously wounded, nor one who is in fear, nor one who has turned to flight; (but in all these cases let him) remember the duty (of honourable warriors).*

The Law of War 3 edited by Leon Friedman

Aspekte van die aanspreeklikheid van vennote

DJ Joubert

BALLD

Universiteit van Pretoria

SUMMARY

In Roman-Dutch law partners were liable in solidum but according to De Groot, as followed by others, enjoyed a limited liability so that they were not liable for more than the assets of the partnership. An examination shows that this rule was peculiar to marine partnerships and applied in respect of liability for delicts and collisions at sea and not to authorised contracts in the partnership name. In modern South African law limited liability can be obtained by incorporation as a company and this old limited liability has disappeared.

Hedendaags word algemeen aanvaar dat vennote tydens die bestaan van die vennootskap nie individueel vir vennootskapskulde aanspreeklik is nie en dat die vennote gesamentlik onder die firmanaam in regte aangespreek moet word, ofskoon daar moontlik eksekusie teen die boedel van individuele vennote gehef kan word.¹ Eers na ontbinding² van die vennootskap is die vennote wel en dan in solidum aanspreeklik vir die vennootskapskulde.³ In die gemeenregtelike bronne het dit egter ter sprake gekom of vennote nie vir minder as die volle omvang van vennootskapskulde aanspreeklik is nie en hieronder word hieraan aandag gegee.

1 DIE ROMEINSE REG

Die aanspreeklikheid van vennote sou in die Romeinse reg gewissel het na gelang van die omstandighede. Vennote wat gesamentlik gekontrakteer het, sou proporsioneel⁴ of solidêr⁵ teenoor die ander party(e) by die kontrak aanspreeklik gewees het na gelang daarvan of die kontrak proporsionele of solidêre aanspreeklikheid vir gewone meerdere skuldenare meegebring het. Waar een of meer vennote as bestuurders gekontrakteer het, sou hulle persoonlik, soos genoem, aanspreeklik wees dog nie die ander vennote wat nie aan die kontraksluiting deelgeneem het nie. Maar as die vennote 'n derde (alieni iuris of sui iuris) as magister navis of institor aangestel het, sou hulle in gevalle deur die actio exercitoria of die actio institoria gedek, in solidum aanspreeklik gewees het.⁶ In gevalle nie deur hierdie

¹Die besonderhede word later behandel.

²Die betekenis van die term "ontbinding" word later behandel.

³Sien die bespreking later.

⁴*D* 14 1 4 pr is volgens Lauterbach 14 1 n 26 'n voorbeeld.

⁵Verteenwoordiging was onbekend en hulle was nie mekaar se magistri navium of institores nie: *D* 14 1 4 pr.

⁶*D* 14 1 1 25, 2; 14 3 13 2.

aksies gedek nie, sou hulle nie persoonlik teenoor die ander kontraksparty aanspreeklik gewees het nie.

2 DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

Aangesien direkte verteenwoordiging in die Romeins-Hollandse reg bestaan, sou ons verwag dat daar 'n heeltemal nuwe bedeling insake die posisie van vennote teenoor derdes sou bestaan. Dit is naamlik nou moontlik dat iemand (een van die vennote, 'n bestuurder of lashebber) namens die vennote/vennootskap⁷ handel kragtens 'n volmag⁸ sodat die kontrak tussen die derde met wie daar gehandel is en die vennote tot stand kom. Was hulle nou proporsioneel of solidêr aanspreeklik asof hulle persoonlik gekontrakteer het? Amper teen die verwagting in wil dit voorkom asof dit die algemene beskouing was dat vennote in solidum aanspreeklik was.⁹ Dit geld ook waar een van die vennote namens die vennote of namens die vennootskap gehandel het.¹⁰ Die verklaring vir die solidêre aanspreeklikheid van die vennote kan geredelik gevind word in die feit dat hulle Romeinsregtelik ingevolge die *actio exercitoria* en die *actio institoria* saam met die skeeps-kaptein of sakebestuurder in solidum aanspreeklik was en dat die verandering wat direkte verteenwoordiging gebring het, nie behoorlik oorweeg was nie. In plaas daarvan om hulle soos gewone kontrakspartye te behandel, is hulle doodeenvoudig soos in die Romeinse reg as solidêre skuldenaars aangespreek. Hierdie algemene opvatting is later in die regslewe aanvaar. In Amsterdam kon daar getuig word dat die vennote volgens die plaaslike gewoontes op grond van enige handelstransaksie almal in solidum aanspreeklik was.¹¹

Die onderwerp word egter vertroebel deur sekere mededelings van De Groot. Hy skryf:

“[M]aer by ons is sulcs niet aangenomen, als den koophandel zijnde schadelick. Over-sulcs werden de kooplieden alleen verbonden elck voor haer aandeel in de koophandel.”¹²

Vervolgens behandel hy die aanspreeklikheid van reders vir die versuime van die skeepskaptein, bodemerykontrakte, verkoping van tou of andersins en sluit soos volg af:

“Doch in alle de voorzeide ghevalen mogen de reders volstaan met afstand te doen van haar aandeel in de redinghe: uit andere misdaden van de schipper zijn ampt niet

⁷Van Neustad en Koren 6; *Holl Cons* 3 143; Pauw *Obs Tum Nov* 1 145; Van der Linden 4 1 13.

⁸Pauw *Obs Tum Nov* 1 14 5; Van der Linden 4 1 13.

⁹Groenewegen *ad I* 3 7 2; Van der Linden 4 1 13; Van der Keessel *Tb Sel* 703; Barel's *Advysen* 233 en 237; *Holl Cons* 1 283 en 303, 2 235 en 3 143. Dit blyk verder uit die baie ander bronne hierna vermeld dat solidêre aanspreeklikheid as die normale aanspreeklikheid beskou is. Vir 'n skynbare uitsondering waar die vennote pro rata aanspreeklik gehou is, sien *Bellum Juridicum* 24 (1694); ook Lauterbach *Thesaurus Juris Civilis ad D* 14 1 wat die beperkte aanspreeklikheid van vennote verkeerdlik vertolk het as proporsionele aanspreeklikheid.

¹⁰Kyk Perezus *Praelectiones ad C* 4 25 n 10; Matthaeus *Verhandeling over de Opveiling* 1 5 8; Voet 17 2 13. Dit verskil van die posisie waar hulle almal tesame handel wanneer hulle pro rata aanspreeklik is: Voet 17 2 13 en 14 1 5; De Cocceji *Jus Civile Controversum* 14 1 Q 2; Lauterbach *Thesaurus Juris Civilis ad D* 14 1.

¹¹*Handvesten van Amsterdam* 2 1 17 (1710).

¹²3 1 31.

aangaande . . . en zijn de reders niet gehouden, vorder dan sy daer van moghen ghenoten hebben, ten waer sy last hadden ghegeven, ofte andersins door raed ofte daed de misdaed hadden helpen veroorzaecken.”¹³

Spedig gee dié opvatting¹⁴ aanleiding tot die beskouing dat reders in Holland aanspreeklik was slegs weens die optrede van hulle skipper tot die omvang van hulle aandeel in die skip of redery.¹⁵ Die aanspreeklikheid word selfs uitgebrei tot ander sakemanne wat ’n institor of faktor aangestel het.¹⁶

Hierdie regsreëling hou ongetwyfeld verband met die seevaart¹⁷ en dit is derhalwe nuttig om iets in verband met die seevaart te sê. Holland was ’n beroemde seevarende land. Skepe was egter duur items en waarskynlik sou meerdere persone hulle kragte moes saamspan om ’n enkele skip of ’n redery (dws ’n vloot skepe) te koop. Waar hulle van plan was om gesamentlik met die skip aan die handel deel te neem, mag dit wees dat hulle almal gesamentlik sou optree. Dit was egter meer waarskynlik dat hulle een of meer van hulle eie getal of ’n buitestaander magtig om die handel namens hulle te bedryf en ’n kaptein in diens neem om die skip te bestuur. Die kaptein mag selfs aangestel gewees het om die handel waar te neem. In ander gevalle mag die eienaars bloot die skip verhuur of andere se goedere vervoer. In laasgenoemde geval mag hulle die kaptein opdragte gee in verband met die bestuur van die skip. Buite hulle opdragte om mag die nood ook sekere ander stappe vereis, soos die aankoop van voorrade of die leen van geld om voorrade te koop. In nog ander gevalle mag die skip (vloot) gebruik word vir visvangs. En in al hierdie gevalle het daar die moontlikheid van botsings ter see bestaan. Daar was dus in die praktyk ’n menigte van gevalle waar die seevaart derdes kon betrek en die vraag sou onvermydelik ontstaan of die derdes wat betrek word die reders kon aanspreek, afsonderlik of gesamentlik. Die menigvuldige gevalle betrek egter meer as een causa obligationis sodat dit moontlik kon wees dat daar verskillende antwoorde vir verskillende gevalle kon wees. Die enkele antwoord hierbo vermeld dien dus verder ondersoek te word.

Die eerste sleutel tot die beweerde beperkte aanspreeklikheid van reders is te vinde in die reg insake ongelukke ter see en die kontrak van bodemery. Die plakaat¹⁸ van Keiser Karel V insake die seevaart reël die verantwoordelikheid vir skade as gevolg van ongelukke ter see sonder om die reders te betrek. In verband met die haringvaart (seevisserij) is daar egter verskeie plakkate¹⁹ wat bepaal dat as die ongeluk veroorsaak is deur die opset van die

¹³3 1 32.

¹⁴Veral soos gepubliseer in *De Jure Belli ac Pacis* 2 11 13.

¹⁵Kyk Perezus *ad C* 4 25 n 10; Van Leeuwen *RHR* 4 2 9 en *CF* 1 4 3 10; Gail *Obs* 2 24 9; Voet 14 1 7; Van Bynkershoek *Quaestiones Juris Privati* 4 23; De Cocceji 14 1 Q 2; Lauterbach *ad D* 14 1; Wissenbach *Exercitationum ad D* 14 *Disp* 28 n 4.

¹⁶Kyk De Groot 3 1 31 (onduidelik); Van Leeuwen *RHR* 4 2 9 en *CF* 4 3 10; Voet 14 3 2 en 17 2 13 soos verklaar deur Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 1 31; Huber *Praelectiones ad D* 14 3 n 4.

¹⁷Die skrywers behandel die geval ivm die actio exercitoria, dws die aksie ivm die skeepvaart.

¹⁸Van 19 Julie 1551.

¹⁹Die oorspronklike plakaat van 8 Maart 1580 is verskillende kere herproklameer (4 Augustus 1564, 9 Julie 1545) en herbevestig deur die State van Holland op 20 Maart 1611 (herproklameer 12 Mei 1620 en 12 Mei 1629).

skipper, die skade ten volle van die skipper verhaal kan word en vir sover hy dit nie kan bybring nie van die reders.²⁰ Miskien was die feit dat die reders vir die onregmatige optrede van hulle skippers aanspreeklik gestel was 'n innovasie.²¹ Maar wat ook al die posisie was, dit blyk van belang te wees dat die bepaling in 1611 gewysig is om te verklaar dat die benadeelde die bedrag wat hy nie van die skipper kan verhaal nie mag verhaal "aan den Reeders van Schepen ende ingeladen goedere toe."²² Van Bynkershoek²³ lê die aangehaalde sinsnede so uit dat hy van die reders mag verhaal "tot de weerde van de Schepen en ingeladen goedere toe."

In 'n ander wet, 'n plakaat van koning Filips II,²⁴ word 'n skipper gemagtig om bodemerykontrakte in sekere omstandighede sonder vooraf magtiging aan te gaan en word die reders aanspreeklik gestel hoewel hulle hom nie daartoe gemagtig het nie.²⁵ Van der Keessel²⁶ meen dat die reders in so 'n geval slegs tot die waarde van die skip aanspreeklik is alhoewel hulle ten volle aanspreeklik is waar hulle die kontrak gemagtig het.

Na aanleiding van die voorgaande bespreking is dit duidelik dat daar wel ten aansien van ongelukke ter see beperkte aanspreeklikheid bestaan het. Het dit ook ten aansien van ander gevalle gegeld? De Groot het nie sy stellings beperk nie en dit sou maklik die gevolgtrekking kon meebring dat die beperkte aanspreeklikheid eintlik 'n algemene verskynsel was.²⁷ Teen so 'n algemene beperking van aanspreeklikheid sou daar egter verskeie bedenkinge geopper kon word. Dit sou nie geld as 'n enkele reder, en dus meerdere reders, 'n bepaalde optrede gemagtig het nie omdat hulle dan mededaders is.²⁸ Dit behoort derhalwe ook nie te geld waar die skipper 'n spesiaal gemagtigde kontrak sluit nie.²⁹ Ten einde bevestiging vir laasgenoemde stelling te verkry, is dit egter nodig om kortliks aandag te gee aan die motivering wat daar vir beperkte aanspreeklikheid voorgelê word en die feit dat daar dikwels van beperkte aanspreeklikheid sonder kwalifikasie geskryf word.

Die gewone ratio wat daar vir die bestaan van 'n beperkte aanspreeklikheid aangevoer word, is dat 'n onbeperkte solidêre aanspreeklikheid strydig met die openbare belang³⁰ en met die natuurlike geregtigheid is.³¹ Die

²⁰a 21.

²¹Dit is hier onnodig om op die oorspronklike posisie in te gaan.

²²a 20.

²³*Quaestiones Juris Privati* 4 23.

²⁴van 30 Oktober 1563.

²⁵2 12.

²⁶*Praelectiones ad Gr* 3 1 32.

²⁷*Praelectiones ad Gr* 3 1 32.

²⁸Van Bynkershoek *Quaestiones Juris Privati* 4 23; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 1 32; Van der Linden 4 4 2.

²⁹Vgl De Groot 3 1 32; Huber *ad D* 14 3 n 4; Decker *ad Van Leeuwen RHR* 4 2 9; Van Bynkershoek *Quaestiones Juris Privati* 4 23; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 1 31; Van der Linden 4 4 2.

³⁰Perezus *ad C* 4 25 n 10; De Groot 3 1 31 en *De Jure Belli ac Pacis* 2 11 13; Van Leeuwen *RHR* 4 2 9; Wissenbach *Disp* 28 4.

³¹De Groot *De Jure Belli ac Pacis* 2 11 13; De Cocceji 14 1 Q 2; Wissenbach *Disp* 28 4.

openbare belang het die aanmoediging van die skeepvaart vereis en die moontlikheid van solidêre aanspreeklikheid sou potensiële beleggers daarvan kon weerhou om in die skeepvaart te belê.³² Daar is gevoel dat dit eintlik 'n regsreël was dat reders solidêr aanspreeklik gehou word en geen beginsel van die natuurlike geregtigheid nie, sodat die regsreël na behoefte verander kon word.³³ Na aanleiding hiervan wil dit dus voorkom asof die skrywers dit reeds vroeg al as 'n behoefte aangevoel het dat ondernemers (hier reders) 'n beperkte aanspreeklikheid moes geniet as 'n manier om beleggings in die skeepvaart aan te moedig en dat hulle die uitbreiding van De Groot sou verwelkom het.

Die feit dat daar in die kommersiële praktyk 'n behoefte aan 'n beperking van die aanspreeklikheid van ondernemers bestaan het, beteken nie dat dit outomaties in die positiewe reg bestaan het nie. De Groot se algemene stellings dat die aanspreeklikheid van kooplui beperk is tot die omvang van hulle aandeel in die onderneming berus op geen aanwysbare gesag nie. Daar is geen rede om aan te neem dat daar reeds vroeg in die sewentiende eeu enige reël van praktyk was dat die ondernemers se aanspreeklikheid aldus beperk was nie. Die feit dat die ander skrywers hom napraat,³⁴ is toe te skryf aan sy hoë aansien en die feit dat daar 'n werklike behoefte aan beperkte aanspreeklikheid was. Dit blyk daaruit dat De Groot se verwysing na koopliede³⁵ veralgemeen is sodat die vennote van iedere onderneming hierdie beperkte aanspreeklikheid geniet het.³⁶ Daar was egter stemme van twyfel oor die bestaan van die reël³⁷ en verset teen die wye uitbreiding van die beperkte aanspreeklikheid van vennote.³⁸ Van der Keessel³⁹ sou die beperking van aanspreeklikheid nie buite die seevaart erken nie. Van Bynkershoek⁴⁰ sou dit verder beperk tot onregmatige daede gepleeg deur die skipper binne die bestek van sy taak dog sonder opdrag, want as hulle opdrag gee was die opdraggewers ten volle aanspreeklik.⁴¹ Hy wou verder 'n uitsondering maak ten opsigte van skade aan enige ingelade goedere omdat hy die reders ten volle daarvoor aanspreeklik wou hou en hy betwis gevolglik die korrektheid van die uitspraak van die Hooge Raad wat in 1723 anders beslis het. Hy voer hierdie besondere regsreëling terug tot die plakkaat insake die haringvangs met die gevolg dat daar geen ruimte sou wees vir 'n algemene reël soos wat na aanleiding van De Groot se werke posgevat het nie.⁴²

³²Voet 14 1 5.

³³Kyk die bronne vermeld in noot 31 supra.

³⁴Van Leeuwen *RHR* 4 2 9 en *CF* 1 4 3 10; Voet 14 1 5, 7; 14 3 2 en 17 2 13; Huber *Praelectiones ad D* 14 3 n 4; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 1 31; Matthaëus *De Auctionibus* 1 5 8.

³⁵3 1 31: "andere t'samen koophandel dryvende".

³⁶Kyk Van Leeuwen *RHR* 4 2 9 en *CF* 1 4 3 10; Voet 14 3 2 en 17 2 13; Huber *Praelectiones ad D* 14 3 n 4; Lauterbach *ad D* 14 3 (noot van Strykius).

³⁷Perezius *ad C* 4 25; Van Bynkershoek *Quaestiones Juris Privati* 4 23; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 1 31.

³⁸Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 1 31.

³⁹ibid.

⁴⁰*Quaestiones Juris Privati* 4 23 en *Quaestiones Juris Public* 1 19.

⁴¹Kyk Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 1 21 wat verklaar dat dit anders is volgens die beslissing van die Hooge Raad van 1603. Ook Voet 14 1 7.

⁴²Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 1 31.

Na aanleiding van die voorgaande kan daar gekonkludeer word dat die ondernemers wel ten volle op enige gemagtigde kontrak of onregmatige optrede aanspreeklik was en dat hulle beperkte aanspreeklikheid slegs geniet het vir ongemagtigde optredes.

3 DIE SUID-AFRIKAANSE REG

In die moderne Suid-Afrikaanse praktyk word daar dikwels verklaar dat die vennote in solidum aanspreeklik is vir vennootskapskulde.⁴³ In werklikheid verg die stelling heelwat verduideliking. In die praktyk kan 'n derde nie tydens die bestaan van die vennootskap individuele vennote dagvaar en teen hulle vonnis verkry nie:⁴⁴ Hy moet die vennootskap dagvaar en teen die vennootskap vonnis verkry.⁴⁵ Daarna moet hy die vennootskapsbates uitwin.⁴⁶

As hy nie dusdoende voldoening kry nie, kan hy die bates van die vennote in die stukke vermeld, uitwin.⁴⁷ Die vennote se private bates is dus subsidiêr in solidum aanspreeklik. Na ontbinding van die vennootskap kan die skuldeiser die vennote gesamentlik en/of afsonderlik aanspreek en vonnis teen elkeen afsonderlik verkry.⁴⁸

⁴³By wyse van voorbeeld: *Hawkins v Fitzroy* (1831) 1 M 519; *SA Loan, Mortgage & Mercantile Agency Co Ltd v Birkett* (1885) 6 NLR 77; *Haarhoff v Cape of Good Hope Bank* (1887) 4 HCG 304; *Estate Stoltenhof v Howard* (1907) 24 SC 693; *Joubert v Tarry & Co* 1915 TPD 277 281.

⁴⁴*Meintjies & Co v Simpson Bros & Co* (1841) 2 M 216; *Walker & Co v Leeton's Trustees* (1869) B 38; *Official Liquidators, Frontier Commercial Bank v Adams* (1872) 2 R 79; *King v Porter, Hodgson & Co* (1879) B 117; *Bank of Africa v Kimberley Mining Board* (1883) 2 HCG 12; *Haarhoff v Cape of Good Hope Bank* (1887) 4 HCG 304; *Rolfes Nebel & Co v Browne* (1889) 5 HCG 398; *Gubler v Peycke & Co* 1903 TH 133; *Est Stoltenhof v Howard* (1907) 24 SC 693; *Goedhals v Hughes* (1909) 19 CTR 939; *Press v Barker* 1919 CPD 243; *Harding & Parker v John Pierce & Co* 1919 OPD 113; *Du Toit v African Dairies Ltd* 1922 TPD 245; *Sliom v Wallach's Printing & Publishing Co Ltd* 1925 TPD 650; *Mabomed v Karp Bros* 1938 TPD 112; *Turkstra v Goldberg* 1960 1 SA 512 (T); *Standard Bank of SA Ltd v Pearson* 1961 3 SA 721 (OK); *Muller v Pienaar* 1968 3 SA 195(A); *Vrystaatse Lewendehawe Ko-operasie Bpk v Van Jaarsveld* 1970 4 SA 292 (NK); *Lee v Maraisdrif (Edms) Bpk* 1976 2 SA 536 (A).

⁴⁵*Hirsch Loubser & Co Ltd v Jacobson & Goldberg* 1915 CPD 452; *Whiteside & Flanagan v Shakenowsky & Kaplan* 1924 CPD 108; *Sliom v Wallach's Printing & Publishing Co Ltd* 1925 TPD 650; *Eting v Dembo & Lepson* 1933 SALJ 419 (T); *Geerdis v Crawford* 1953 2 SA 759 (N); *Vrystaatse Lewendehawe Ko-operasie Bpk v Van Jaarsveld* 1970 4 SA 292 (NK); *Standard Bank of SA Ltd v Lombard* 1977 2 SA 808 (W) 813; oor die Natalse reg ook: *National Bank Ltd v Makanjee & Patel* 1919 NPD 33; *Julaka v Duguza Abantu Butchery* 1933 NPD 634; *DA Singh & Son v Mehtar* 1941 NPD 375.

⁴⁶Kyk reël 4 van die Eenvormige Reëls van die Hooggeregshof: reëls 40 en 54 van die Eenvormige Reëls van die Landdroshowe; *Walker & Co v Leeton's Trustees* (1869) B 38; *Copstake v Alexander* (1882) 2 SC 137; *Theunissen v Fleischer, Wbeeldon & Munnik* (1883) 3 EDC 291; *Haarhoff v Cape of Good Hope Bank* (1887) 4 HCG 304; *Olifant's Vlei Gold Mining Co v Wolff* (1898) 15 SC 344; *Sliom v Wallach's Printing & Publishing Co Ltd* 1925 TPD 650; *Divine Gates & Co v African Clothing Factory* 1930 CPD 238; *Mabomed v Karp Bros* 1938 TPD 112; *Muller v Pienaar* 1969 3 SA 195 (A); *Standard Bank of SA Ltd v Lombard* 1977 2 SA 808 (W).

⁴⁷Reël 14(5)(h) van die Eenvormige Reëls van die Hooggeregshof; reël 40(3) van die Eenvormige Reëls van die Landdroshowe en die vonnisse genoem in die voorgaande noot.

⁴⁸*Simpson & Co v Fleck* (1833) 3 M 213; *Solomon & Bradley v Millhouse* 1903 TS 607; *Walker v Syfret* NO 1911 AD 141 165; *Pienaar v Suttner Bros & Hirschfeld* 1914 GDL

Die betekenis van die uitdrukking “ontbinding van die vennootskap” was vroeër onseker.⁴⁹ Dit was ’n vraag of dit gedui het op die plaasvind van die feit of gebeurtenis wat tot die ontbinding van vennootskap lei en of dit die voltooiing van die daadwerklike ontbinding (likwidasië en/of distribusie van vennootskapsbates) beteken het. Gestel dus die vennootskap is vir ’n termyn aangegaan en die termyn is verstreke, dan was die vraag of die vennote dadelik in solidum aanspreeklik was of eers by die likwidasië van die vennootskap. Ten aansien hiervan was die regspraak teenstrydig: In die geval van ontbinding deur die dood van ’n vennoot was die houding dat die vennootskap nog steeds gedagvaar moet word;⁵⁰ en in die geval van die sekwestrasie van ’n vennoot se boedel was die houding dat die vennote dadelik solidêr aanspreeklik is.⁵¹ Wat dan van die geval waar die partye ooreengekom het om die vennootskap te ontbind? Die werking van die ooreenkoms kan natuurlik van die likwidasië en/of distribusie van die vennootskapsbates afhanklik gestel wees, sodat die vennootskap eers werklik ontbind as die vennootskapsbates verdeel is. Is daar egter besluit op summierse beëindiging van die vennootskap, dan is die vennootskap inderdaad op ’n end en behoort skuldeisers die vennote dadelik afsonderlik te kan aanspreek.⁵² Die ou beslissings ten aansien van ontbinding deur die dood is derhalwe verkeerd in soverre hulle ’n skuldeiser belet om individuele vennote aan te spreek en hom nie net veroorloof om die vennoot of die vennote gesamentlik aan te spreek nie.⁵³

Wat dan van die beperkte aanspreeklikheid van vennote? Daar is nog nie in ’n gerapporteerde vonnis beslis dat ’n vennoot se aanspreeklikheid beperk is tot sy aandeel in die besigheid nie, uitgesonderd in die geval van die stille of naamlose vennoot of vennoot en commendite.⁵⁴ In enkele gevalle⁵⁵ is te kenne gegee dat die aanspreeklikheid van vennote eweredig (pro rata) is maar hierdie opvatting is teenstrydig met die algemene beskouing insake die aanspreeklikheid van vennote en ook nie gebaseer op enige begeerte om die ou Romeins-Hollandse reg insake beperkte aanspreek-

416 419; *Press v Barker* 1919 CPD 243; *Divine Gates & Co v African Clothing Factory* 1930 CPD 238 241; *Maraisdrif (Edms) Bpk v Lee* 1974 4 SA 696 (K) en *Lee v Maraisdrif (Edms) Bpk* 1976 2 SA 536 (A).

⁴⁹*Maraisdrif (Edms) Bpk v Lee* 1974 4 SA 696 (K) en *Lee v Maraisdrif (Edms) Bpk* 1976 2 SA 536 (A) het duidelikheid help bring.

⁵⁰*Walker & Co v Beeton's Trustees* (1869) B 38; *Bell v Est Douglas* (1906) 23 SC 661; *Goedhals v Hughes* (1909) 19 CTR 939; *Harding & Parker v John Pierce & Co* 1919 OPD 113 (nie op feite).

⁵¹*Haarhoff v Cape of Good Hope Bank* (1887) 4 HCG 304; *Estate Stoltenhoff v Howard* (1907) 24 SC 693; *Press v Barker* 1919 CPD 243.

⁵²Die suggestie in *Du Toit v African Davies Ltd* 1922 TPD 245 dat die vennootskap nog bestaan vir doeleindes van die likwidasië word in *Lee v Maraisdrif (Edms) Bpk* 1976 2 SA 536 (A) verwerp. Die hof het klaarblyklik te doen met ’n ontbindingsooreenkoms met summierse werking en die hof verwag nie ’n voorwaardelike ontbinding nie.

⁵³Hiervolgens is al die vonnisse gemeld in noot 49 vir sover hulle betrekking het op aksie van derdes teenoor die vennote verkeerd beslis. *Bell v Estate Douglas* (1906) 23 SC 661 raak die verhouding tussen vennote waarby daar ook ander oorwegings geld en geen mening word daaroor uitgespreek nie.

⁵⁴Kyk *Watermeyer v Kerdel's Trustees* (1834) 1 M 424; *Guardian Insurance & Trust Co v Lovemore's Executors* (1887) 5 SC 205; *Brider v Wells* (1886) 4 SC 282.

⁵⁵*In re Chabaud* (1831) 1 M 53 en kyk *Haarhoff v Cape of Good Hope Bank* (1887) 4 HCG 304 313.

likheid lewendig te hou nie.⁵⁶ Die onvermydelike gevolgtrekking is dus dat die ou beperkings op die aanspreeklikheid van *gewone* vennote deur onbruik, of eerder 'n teenstrydige praktyk, verval het. Hieroor hoef ons geen trane te stort nie: Beperkte aanspreeklikheid kan verkry word deur die vennootskap as maatskappy in te lyf. Enige behoefte aan beperkte aanspreeklikheid kan willens en wetens bevredig word. Diegene wat tevrede is om as gewone vennote sake doen, stel hulle willens en wetens bloot aan die gewone aanspreeklikheid van vennote soos hierbo geskets. □

The process of any intelligent action involves a design and its fulfilment. Since it is not given to mortals either to plan with perfect foresight or act with unerring judgment, the fulfilment of the design almost invariably gives rise to unexpected situations which require a choice between alternatives. Energy and efficiency must be brought to the pursuit of the aim, and discrimination must constantly be exercised amid the doubts and conflicts which its prosecution is certain to involve.

This is the experience of rational individuals in their private conduct; and the business of government is only the same kind of behaviour writ large in the sphere of public affairs.

CK Allen Law and Orders 1

⁵⁶In *Lee v Maraisdrif (Edms) Bpk* 1976 2 SA 536 (A) 542 word die opvatting gesaghebbend verwerp maar sonder diepgaande ondersoek van die redes vir die opvatting. In *in re Chabaud* (1831) 1 M 53 was daar 'n verwysing na dié *beneficium divisionis*, iets wat berus op die wanopvatting dat die *beneficium divisionis* van die borg ook op ander solidêre skuldenaars van toepassing is. Sien hieroor Lee *Elements of Roman Dutch Law* (5e uitg) 284.

Saaklike regte by huur en onderhuur

JSA Fourie

BA LL.D.

Universiteit van Stellenbosch

SUMMARY

Historically a lessee who is in possession of immovable property in terms of a short term lease has a real right according to the *maxim huur gaat voor koop*. The question in issue is whether a cessionary who obtains possession from a lessee without meeting the requirements of section 16 of the Deeds Registries Act 47 of 1937 as amended (ie registration and notarial execution) will be protected against a buyer according to the above *maxim*.

There is no provision in the act which forbids a short term lessee to register his lease and once such a lease is registered the requirements of section 16 must be complied with. However, it is submitted that the above section is only applicable to registered real rights. This will not lead to legal uncertainty because of the fact that a buyer should be on his guard as a result of the factual position, ie the cessionary's possession of the property. If possession is the *sine qua non* for the creation of a real right why should possession not suffice for the conveyance of real rights?

It is also submitted that a sub-lessee who is in possession does not acquire a real right even if he registers the sub-lease. Due to the fact that his rights are dependent upon the rights of the lessee, which rights may be prematurely ended, these rights cannot be converted into real rights by registration. A sub-lessee is a lessee whose rights are subject to a serious limitation – his title depends upon the title of the lessee. If the title of the lessee lapses, he cannot be protected against a buyer by the *maxim huur gaat voor koop*.

A 'n korttermyn-huurder in besit wat geld dringend nodig, kom met C ooreen om hom in besit van die grond te stel teen betaling van 'n sekere bedrag. Let daarop dat ons nie hier met onderverhuring te doen het nie, maar met 'n volledige sessie van A se regte ingevolge die huurkontrak wat op in *solutum datio* neerkom. A die oorspronklike huurder bly nog altyd aanspreeklik vir betaling van die huurgeld – dit vorm deel van sy verpligting aangesien delegasie nie plaasgevind het nie.¹ C word in besit van die verhuurde eiendom geplaas en die vraag ontstaan of hy as saaklik-geregtigde beskerm word deur die reël huur gaat voor koop indien die eiendom later verkoop word.

In die Romeinse reg² het *locatio conductio rei* slegs vorderingsregte en verpligtinge vir die verhuurder en huurder geskep, maar die huurder het geen saaklike reg gevestig nie. In die geval van korttermyn-huurkontrakte is in die Romeins-Hollandse reg geen verlyding *coram lege* vereis nie, maar okkupasie deur die huurder was skynbaar 'n vereiste vir die beskerming

¹*Rolfes Nebel & Co v Zweigenhaft* 1903 TS 185; *Hattingh v Venter* 1924 OPD 34.

²D 19 2 25 1; C 4 65 9, 10.

van sy regte ingevolge die reël huur gaat voor koop.³ Ons handboekskrywers⁴ aanvaar dit as geldende reg⁵ dat die korttermyn-huurder sy saaklike reg bloot deur besit⁶ vestig en dat verlyding coram lege nie 'n vereiste is nie.

Terwyl daar eenstemmigheid bestaan dat A 'n saaklike reg gehad het, ontstaan die vraag of C self besit vestig, met ander woorde of 'n nuwe saaklike reg tot stand kom en of 'n bestaande saaklike reg deur A aan C oorgedra word.

Myns insiens word A se saaklike reg aan C oorgedra. Waar die korttermyn-huurder in besit is, ontstaan daar 'n tweeslagtige verhouding. Daar is eerstens die kontraktuele verhouding tussen die verhuurder en die huurder wat as gevolg van 'n blote ooreenkoms⁷ (die huurkontrak), inter partes regte en verpligtinge skep, en tweedens die saaklike reg wat deur besit gevestig word en wat ook teenoor derdes werk. Waar A sy vorderingsregte aan C sedeer, is hy ingevolge die sessie verplig om C in besit van die saak te stel. Net soos pandreg en verbandreg nie afsonderlik van die hoofskuld deur die skuldeiser aan iemand anders oorgedra kan word nie, maar wel saam met die hoofskuld, net so behoort A nie sy vorderingsregte aan C oor te dra sonder dat hy ook besit aan hom oordra nie. C is in elk geval geregtig om ex contractu besit van A te eis. Bowendien word in die Akteswet⁸ gepraat van die sessie van 'n huur (wat slegs oordrag van die saaklike reg kan beteken). Alhoewel die besondere artikel slegs op geregistreerde huurkontrakte van toepassing is, bly die beginsel nog altyd dieselfde, naamlik dat die saaklike reg oorgedra word en nie self deur die nuwe verkryger gevestig word nie.⁹

Indien aanvaar word dat C nie self besit vestig nie maar dat die saaklike reg aan hom oorgedra word, ontstaan die vraag of die blote oordrag van besit sonder registrasie voldoende is om C saaklikgeregtigde te maak en of die pligplegings ingevolge artikel 16¹⁰ van die Akteswet nagekom moet word. Gemelde artikel bepaal dat 'n saaklike reg op grond alleenlik aan 'n ander oorgedra kan word by wyse van 'n akte van oordrag, deur 'n notaris geattesteer en deur die registrateur van aktes geregistreer.

³Vir 'n volledige bespreking hieroor sien JC de Wet "Huur Gaat voor Koop" (1944) 8 *THRHR* 74 ev 166 ev en 266 ev. Vgl ook dieselfde skrywer "'Huur Gaat voor Koop' and the Proviso to Section 2 of the General Law Amendment Act no 50 of 1956" in (1970) 87 *SALJ* 140.

⁴De Wet en Yeats *Die SA Kontraktereg en Handelsreg* (3e uitg) 276; Wille *Landlord and Tenant in South Africa* (5e uitg) 99; Kerr *The Law of Lease* (2e uitg) 35.

⁵*Kessooopersadb v Essop* 1970 1 SA 265 (A) 278.

⁶Vir 'n afwykende mening sien egter PJ Conradie "The Effect of the Maxim Hire Goes before Sale in Short Leases" (1954) 71 *SALJ* ev. Dit is onnodig om die bekende spreuk in Engels te vertaal.

⁷Sien a 1(1) Wet 18 van 1969.

⁸47 van 1937 a 80.

⁹Waar A nie in besit was nie het hy natuurlik geen saaklike reg om aan C oor te dra nie.

¹⁰Gemelde artikel is nog net enkele kere deur ons howe bespreek maar die betrokke punt het nooit ter sprake gekom nie. Sien bv *Bowker v Registrar of Deeds* 1939 AD 401; *Ex parte Pierce* 1950 3 SA 507 (O); *Lief NO v Dettmann* 1964 2 SA 252 (A); *Lief NO v Western Credit (Africa) (Pty) Ltd* 1965 4 SA 793 (W).

Nou wil dit voorkom of mens hier met twee onderling teenstrydige bepalings te doen het. Aan die een kant bepaal die gemene reg dat besit vir die vestiging van 'n saaklike reg by 'n korttermyn-huur voldoende is terwyl die sessionaris (C) volgens artikel 16, letterlik gelees, alleenlik deur registrasie¹¹ saaklikgeregtigde kan word. Waar die eienaar vir A in besit gestel het sonder nakoming van die vereistes soos in artikel 16 bepaal, is C saaklikgeregtigde en sal hy sy reg teenoor derdes, in besonder 'n nuwe eienaar, kragtens die reël huur gaat voor koop kan handhaaf.¹²

Daar is geen bepaling in die Akteswet wat verbied dat 'n korttermyn-huur geregistreer word nie. Verskeie artikels¹³ maak juis voorsiening vir so 'n gebeurlikheid alhoewel die huurder sy saaklike reg vestig deur besit en nie deur registrasie nie.¹⁴ Daarom kan nie met Wille¹⁵ se stellings saamgestem word dat 'n korttermyn-huur nie geregistreer kan word nie. Voordat die vereistes van artikel 16 nagekom kan word (dit is notariële verlyding en registrasie), moet die korttermyn-huur geregistreer word omdat artikel 80 dit as 'n voorvereiste stel dat geen oordrag van 'n huur in enige akteskantoor geregistreer mag word nie tensy die huur daarin geregistreer is. Dit is dus duidelik dat 'n korttermyn-huur wel geregistreer kan word en indien dit geregistreer word, is notariële verlyding en registrasie 'n vereiste by 'n verdere oordrag van die saaklike reg.

Dit beantwoord egter nog geensins die vraag of C bloot deur besit, sonder registrasie saaklikgeregtigde geword het nie. Die antwoord hierop sou afhang van die betekenis wat die wetgewer heg aan "saaklike reg" soos dit voorkom in artikel 16 van die Akteswet. Het die wetgewer alle saaklike regte, geregistreerd sowel as ongeregistreerd, in gedagte gehad toe die wet opgestel is of slegs geregistreeerde saaklike regte?

Die bedoeling van die wetgewer en die ratio van 'n wet hang ten nouste saam. Dit staan bo twyfel dat die ratio van die Akteswet was om 'n stelsel van grondregistrasie daar te stel met die primêre doel om kennis aan die publiek te gee van wie eiendomsreg¹⁶ en ander saaklike regte op grond het.¹⁷ By uitleg van wette geld ook die vermoede¹⁸ dat die wetgewer die bestaande reg nie meer as wat nodig is, wil wysig nie. So byvoorbeeld verklaar Steyn:¹⁹

¹¹By 'n langtermyn-huur is daar geen probleem nie aangesien registrasie in elk geval 'n vereiste is vir die vestiging van saaklike regte. Sien a 2 van Wet 50 van 1956, nou gewysig deur a 1 van Wet 18 van 1969.

¹²Ons laat die werking van die kennisleer buite rekening.

¹³a 3(1)(p), 77 en 82(1). A 77 stel die keuse aan die korttermyn-huurder om te registreer (sien bespreking van die artikel hierna) en a 3(1)(p) magtig die registrateur om dit te registreer. A 82(1) maak registrasie vir daardie spesifieke geval verpligtend.

¹⁴So bv verklaar Jones *The Law and Practice of Conveyancing in SA* 369 "... no greater security is obtained nor is any purpose served by registering a lease which is movable property."

¹⁵*Principles of SA Law* (6e uitg) 215 en *Landlord and Tenant in SA* 12, met instemming aangehaal deur PJ Conradie 371 vn 13.

¹⁶Die akteskantoor toon gewoonlik wie eienaar van 'n bepaalde stuk grond is, maar daar kan uitsonderings wees. Sien bv *Union Govt v Bolam* 1927 AD 467 472.

¹⁷Vgl *SA Loan Agency v Cape of Good Hope Bank* 1886 6 SC 181; *Smith v Farrelly's Trustee* 1904 TS 949 961; *Trustee Estate Chin v National Bank of SA Ltd* 1915 AD 353 361.

¹⁸Sien *R v Abel* 1948 1 SA 654 (A).

¹⁹*Uitleg van Wette* (4e uitg) 103.

“n Wet dus, moet as dit moontlik is, sonder om sy bepalings geweld aan te doen, so uitgelê word dat hy by die gemene reg aanpas.”

Laat ons vervolgens die Akteswet ontleed om 'n antwoord te probeer vind. Volgens die woordbepalingsartikel²⁰ “omvat”²¹ saaklike reg 'n reg wat by registrasie 'n saaklike reg word”. Hier word dus geen formele definisie gegee van wat 'n saaklike reg is nie en die woorde “omvat . . .” slaan op 'n aantal gewysdes²² waar beslis is dat 'n sekere klas van iura in personam ad rem adquirendam registreerbaar is en by registrasie saaklike regte word. In elk geval is die woorde ongetwyfeld nie van toepassing op 'n korttermyn-huur nie aangesien die saaklike reg alreeds gevestig word deur besit en nie eers by registrasie nie.

Artikel 77 bepaal die volgende:

“Behalwe wanneer een of ander wet anders bepaal, moet 'n huur van grond en 'n sessie van so 'n huur waarvan die *registrasie* in 'n registrasiekantoor *beoog of voorgeskryf*”²³ is na gelang van die geval, onderteken wees deur die partye en deur 'n notaris geattesteer wees.”

“Voorgeskryf” slaan by uitstek op 'n langtermyn-huur²⁴ terwyl “beoog” duidelik aan die huurder 'n keuse stel. Hier word dus by implikasie bepaal dat waar 'n korttermyn-huurder sy reg wil registreer daar notariële attestasie ensovoorts moet wees. Die vraag kan gestel word of die wetgewer nie hier by implikasie aan die korttermyn-huurder in besit 'n keuse wou stel om sy ongeregisteerde²⁵ saaklike reg te registreer nie, maar dit is hoogstens optioneel, nie verpligtend nie. Daar is geen bepaling in die Akteswet of in enige ander wet wat registrasie by 'n korttermyn-huur 'n vereiste maak nie.²⁶ Die gedeelte van die Akteswet wat oor huurkontrakte handel, maak ook deurgaans melding van 'n “geregisteerde huur”.²⁷ Dit is opmerklik dat die wetgewer in artikel 1 van Wet 18 van 1969 uit sy pad gaan om te bepaal dat die sessie van 'n langtermyn-huur en 'n huur van mineraalregte (volgens 'n vroeëre wet) nie bindend teenoor derdes is nie tensy registrasie plaasgevind het, maar dat hy deurgaans swyg oor die korttermyn-huurder. So byvoorbeeld verklaar Reinsma:²⁸

“The Act's (di die Akteswet) failure to distinguish between a short and a long lease, is evidence of a lack of juridical accuracy on the part of the legislature.”

As gevolg van voorgaande opmerkings word die mening gehuldig dat

²⁰a 102.

²¹Engelse teks: “includes”.

²²*Registrar of Deeds v Ferreira Deep* 1930 AD 169; *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd v Registrar of Deeds* 1953 1 SA 600 (O).

²³Ek kursiveer.

²⁴a 2 van Wet 50 van 1956.

²⁵n Servituut deur verjaring verkry, is ook 'n ongeregisteerde saaklike reg. 'n Retensiehouer in besit van grond het ook 'n retensiereg wat nie geregisteer is nie wat hy teen derde partye kan afdwing. Vgl *Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Anglo American (OFS) Housing Co Ltd* 1960 3 SA 642 (A); *Grant v Stonestreet* 1968 4 SA 1 (A).

²⁶Behalwe a 82(1) van Wet 47 van 1937 wat handel oor die registrasie van 'n notariële verband oor 'n geregisteerde verband.

²⁷Vgl a 78 82 en 90.

²⁸“*Het Onderscheid tussen Zakelijke en Persoonlijke Rechten met betrekking tot Onroerend Goed in het Zuidafrikaanse Recht*” proefskrif (1970) Amsterdam 204.

“saaklike reg” soos gebruik in artikel 16 van die Akteswet beperkend geïnterpreteer moet word as synde ’n geregistreerde saaklike reg en nie ’n ongeregisteerde saaklike reg nie. Indien die gevolgtrekking aanvaar word, ontstaan die vraag of C nou saaklikgeregtigde word deur ’n blote oordragshandeling van die kant van A. Daar kan geen rede wees waarom A nie vir C bloot deur oordrag van besit saaklikgeregtigde kan maak nie. Dit kan immers nie tot regsonsekerheid lei nie aangesien ’n koper tog op sy hoede gestel word deur die feitlike toestand, naamlik C se besit, net soos hy op sy hoede gestel sal wees deur A se besit van die grond. As besit vir die vestiging van die saaklike reg, huur, voldoende was, waarom kan dit nie vir oordrag van dieselfde saaklike reg ook voldoende wees nie? Jy dra immers nie iets meer oor waarvoor registrasie nou ’n vereiste word nie!

In hierdie verband kan ook na ’n uitspraak van appèlregter Centlivres verwys word:

“... it seems to me that if a reasonable construction of an Act does not lead to a *casus omissus*, while another construction does lead to that result, the construction which should be applied is the one which does not lead to that result.”²⁹

Ons appèlhof het ook al met verwysing na ’n huurder in eerste instansie wat in besit is, verklaar dat:

“Die basis vir die beskerming van ’n huurder in so ’n geval is die feit dat hy ’n saaklike reg het wat gevestig word deur sy okkupasie, wat as kennis van die reg aan derdes dien.”³⁰

Om op te som: die korttermyn-huurder in besit kan sy saaklike reg registreer³¹ maar dit is nog geen vereiste vir die vestiging van sy reg nie. Waar hy verkies om sy reg te registreer, sal hy aan die vereistes moet voldoen soos gestel deur artikel 16 van die Akteswet by ’n daaropvolgende oordrag van saaklike regte. Waar hy sy vorderingsregte deur middel van sessie oordra, verkry die sessionaris, afgesien van vorderingsregte, ’n saaklike reg op dieselfde wyse waarop die ongeregisteerde sedent-huurder oorspronklik sy saaklike reg gevestig het, naamlik deur besit.

Hierteen kan miskien aangevoer word dat C as sessionaris van A se regte uit die huurkontrak, nieteenstaande die feit dat hy in besit is, nie beskerm word deur die reël huur gaat voor koop nie omdat hy nie werklik ’n huurder is nie aangesien hy slegs die regte van ’n huurder maar nie die verpligtinge het nie. Hierdie argument is egter onhoudbaar omdat C dieselfde saaklike reg het as wat A voorheen besit het en wat A voorheen teen derdes beskerm het. Die kontraktuele regte en verpligtinge geld slegs inter partes en is nie vir derdes van belang nie. Bowendien sou C indien hy ’n geregistreerde saaklikgeregtigde was kragtens hierdie reël teen ’n koper beskerm word. Indien C deur besit dieselfde saaklike reg verwerf as deur registrasie verskil hierdie reg nie in kwaliteit nie en behoort hy gevolglik dieselfde beskerming te geniet.³²

²⁹*Dhanabakium v Subramanian* 1943 AD 160.

³⁰*Kessooopersadb*-gewysde supra 278. Vgl ook *Shalala v Gelb* 1950 1 SA 851 (K) 863.

³¹Dit gebeur tog dikwels in die praktyk.

³²Die reël huur gaat voor koop beskerm hom dus al is hy ’n huurder sui generis.

Die vraag kan nou gestel word wat die posisie van die korttermyn-huurder is waar hy in besit is en ook verkies om sy huur te registreer. Vervang registrasie besit as vestigingshandeling? Uiteraard nie omdat die huurder alreeds 'n saaklike reg deur besit voor registrasie gevestig het. Waar die huurder in besit bly, behoort geen probleem op te duik nie aangesien die huurder in besit se saaklike reg volgens die gemene reg beskerm word deur die reël van huur gaat voor koop. Indien hy egter besit verloor, ontstaan die vraag of hy sy saaklike reg teen 'n nuwe koper kan handhaaf. Die vraag is in die eerste plek of hy in so 'n geval nog 'n saaklike reg het waar hy besit verloor het. Dit wil tog so voorkom omdat registrasie die plek van besit in so 'n geval ingeneem het as 'n beter metode om kennis aan die wêreld te gee. Eintlik sou dit dus neerkom op 'n wysiging van die gemene reg maar om doelmatigheidsredes kan geen besware daarteen geopper word nie. Die huurder sal dus sy saaklike reg behou aangesien die koper nie daarvoor kan kla dat hy nie van die huurder geweet het nie aangesien die huur teen die titelakte van die grond geregistreer was en die doel van registrasie tog openbaarmaking of kennis by wetsduiding is.

In die praktyk kom die probleem in verband met sessie van vorderingsregte en die gepaardgaande oordrag van die saaklike reg gewoonlik nie ter sprake nie aangesien die meeste huurkontrakte gewoonlik geëkte bepalinge bevat wat sessie van vorderingsregte of onderverhuring sonder toestemming van die eienaar belet. Dat die eienaar wel sy toestemming kan verleen of dat die kontrak geen verbod³³ bevat nie, is nie onmoontlik nie, en dan kan die probleem wel aktueel wees.

Waar 'n huurder 'n stryd met 'n verbod teen onderverhuring die grond gaan onderverhuur, kan die verhuurder 'n uitsettingsbevel teen die onderhuurder verkry.³⁴ Die vraag ontstaan of 'n verhuurder dieselfde reg het teen 'n persoon wat as sessionaris van die huurder vorderingsregte verkry het en nou saaklik geregtigde is deur besit, alhoewel die huurkontrak die huurder belet het om sy regte uit die huurkontrak te seeder.

Volgens die gemene reg³⁵ het die sedent geen rei vindicatio teen 'n derde wat 'n vorderingsreg van 'n sessionaris ontvang het wat in stryd met sy pactum fiduciae gaan seeder het nie. Gestel A huur B se grond vir 6 jaar en vestig 'n saaklike reg deur besit. Volgens die huurkontrak mag A nie sy regte sonder B se toestemming seeder nie. A seeder sy regte sonder toestemming aan C en plaas hom in besit. Twee vrae duik nou op, (i) kan B vir A weens kontrakbreuk aanspreek en ook 'n uitsettingsbevel teen C verkry en (ii) kan C sy reg teen 'n nuwe koper laat geld?

Wat vraag (i) betref, het B ongetwyfeld 'n aksie teen A weens kontrakbreuk aangesien laasgenoemde hom nie by die bepalinge van die kontrak

³³In die afwesigheid van 'n uitdruklike verbod kan die huurder van stedelike gebied sy regte vrylik seeder, maar nie in die geval van landelike grond nie – Kerr 155 en bronne waarna hy verwys.

³⁴Sien *Potgieter v Van der Merwe* 1949 1 SA 361 (A). Dit is omdat die onderhuurder se titel afhanklik is van die onderverhuurder (huurder in eerste instansie) se titel.

³⁵Sien Voet 1 18 19 en 6 1 26.

gehou het nie.³⁶ Of hy egter 'n uitsettingsbevel teen A kan verkry, is 'n moeilike vraag. Nou is dit waar dat die reël *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*,³⁷ 'n belangrike plek in ons regstelsel inneem,³⁸ maar onthou moet word dat A, alhoewel hy in stryd met 'n verbod daarteen gaan sedeer het en dus troubreuk gepleeg het, nie meer regte aan C oorgedra het as wat hy self gehad het nie. Hy het naamlik maar net sy gebruiksreg as huurder oorgedra. Derhalwe kan nie ingesien word hoe B 'n uitsettingsbevel teen C kan aanvra nie en hy (B) sal dus maar tevrede moet wees met 'n skadevergoedingseis teen A indien hy wel skade gely het. Vraag (ii) se oplossing hang af van die antwoord verstrekkend in (i). Indien B nie vir C kan uitsit nie, dan beteken dit dat 'n nuwe koper C se reg moet erken volgens die beginsel van huur gaat voor koop.

Op hierdie stadium kan die vraag gestel word of 'n geregistreerde onderhuurder 'n saaklike reg het. Indien A grond aan B verhuur en laasgenoemde weer aan C onderverhuur, welke huur en onderhuur albei geregistreer is, en B met A ooreenkom om sy huur voor die tyd te beëindig, ontstaan die vraag of A vir C as onderhuurder moet duld. Aangesien die onderhuurder se titel afhanklik is van dié van sy voorganger (die huurder), welke persoon se titel verval het, sal hy slegs 'n aksie weens kontrakbreuk teen B kan instel maar nie vir A kan verplig om sy huur te erken nie. Die wesentlike kenmerk van 'n saaklike reg is sy absolute werking teenoor die hele wêreld.³⁹ Die saaklik geregtigde het immers die versekering dat niemand,⁴⁰ nie eers die ware eienaar nie, hom teen sy sin en wil van sy saaklike reg kan beroof nie.⁴¹

Alhoewel die onderhuurder ook maar 'n huurder is wat 'n selfstandige huurkontrak met die huurder gesluit het en die huurder in besit, of wie se reg geregistreer is, 'n saaklike reg verwerf, moet egter altyd onthou word dat die onderhuurder 'n huurder met 'n beperking is: sy titel is afhanklik van die huurder se titel.⁴² Dit is van deurslaggewende belang. Hy is 'n huurder in 'n klas van sy eie (*sui generis*). Selfs al is die oorspronklike huur nog geregistreer, kan die onderhuurder geen saaklike reg deur registrasie vestig nie. Sy vorderingsreg uit die onderhuur word egter beskerm deur die saaklike reg van die huurder. Indien 'n derde die grond koop dan moet hy nog altyd die geregistreerde huur van die huurder erken (indien hy nog as huurder geregistreer is) en indirek dus word die onderhuurder se vorderingsreg dan beskerm. Waar F 'n onderhuurder is as gevolg van opeenvolgende onderverhuring tussende B en C, C en D en D en F dan is F se reg as onderhuurder opeenvolgend afhanklik van D en C se vorderingsregte wat in laaste instansie afhanklik is van B se vorderingsreg wat verseker is

³⁶Dit is natuurlik positiewe wanprestasie.

³⁷Sien *D* 50 17 50.

³⁸Sien NJ van der Merwe "Nemo plus iuris . . ." (1964-65) 27-28 *THRHR* 300.

³⁹Vir 'n bespreking van die aard van 'n saaklike reg sien oa P van Warmelo se artikel in 1959 *Acta Juridica* en Reinsma 151 ev.

⁴⁰Ons laat staatsoptrede buite rekening.

⁴¹Sien ook Newall 6 wat verklaar: "It seems clear . . . that the rights of a sub-lessee cannot be converted into real rights by registration."

⁴²De Wet en Yeats 274.

deur 'n saaklike reg deur middel van registrasie indien dit 'n langtermyn-huurkontrak is. Indien B sy saaklike reg verloor deur opsegging of prysgewing of as gevolg van kontrakbreuk met daaropvolgende kansellasië van die kontrak indien 'n *lex commissoria* aan die huurkontrak toegevoeg is, dan verloor al die onderverhuurders/huurders hul beskerming teen 'n nuwe koper alhoewel hulle nog hul vorderingsregte teen hul onmiddellike verhuurder behou. Registrasie is dan vir hulle van nul en gener waarde. Dit kom dus daar op neer dat die onderhuurder wat huur van die langtermyn-huurder wie se reg geregistreer is bloot 'n vorderingsreg het wat deur sy onderverhuurder (dit wil sê die huurder) se saaklike reg verseker is.

Uit die voorafgaande volg dit noodwendig dat 'n onderhuurder slegs vorderingsregte kan seeder en die sessionaris nie saaklikgeregtigde kan word nie, niteenstaande die registrasie van die sessie van die onderhuurder.⁴³ Die onderverhuurder het geen saaklike reg wat deur registrasie oorgedra kan word nie. □

In modern industrial societies, systems of law have become so far-reaching that we find legal rules and procedures permeating all realms of social behavior. To recognize this situation, it is first necessary to cast aside the popular misconception of law that limits it to the control of criminal behavior (a belief undoubtedly nurtured and reinforced by the treatment of legal matters in the media of mass communication). Once we pass this roadblock, there is little difficulty in appreciating at least the social pervasiveness, and perhaps also the social significance of law. A man's ownership or use of property both real and personal, his relations with his wife and children, his relations with employers or employees and the conditions and security of his job, his rights and duties in his interaction with the numerous other individuals and organizations that shape his network of social relations – all these aspects of his everyday living are governed by or subject to existing or potential rulings of the legal system.

Edwin M. Schur Law and Society 3

⁴³Vgl a 80.

Aantekeninge

DIE AANSPREEKLIKHEID VAN DIE BORG EN DIE HOOFSKULDENAAR

In *Union Government v Van der Merwe* 1921 TPD 318 321 verklaar regterpresident Wessels:

“The legal scope of the surety’s contract is identical with that of the principal debtor – *accessorium sui principalis naturam sequitur*. The surety undertakes the same obligation as the debtor, and undertakes to perform this same obligation so soon as the debtor, when called upon, fails to perform it. Troplong, *Caut*: 46. It is true there are two contracts, the one between the creditor and the debtor and the other between the creditor and the surety. But the contract between the creditor and the surety is not an independent contract with an obligation of its own but an accessory contract with the very same obligation that exists between the principal debtor and the creditor.”

Hierdie paragraaf moet krities ontleed word. In die eerste plek is dit duidelik dat die borg se aanspreeklikheid ’n aksessore aanspreeklikheid is. Dit word algemeen deur ons gemeenregtelike skrywers erken (Van Leeuwen *Censura Forensis* 1 4 17 3; Pothier *Obligations* par 365 vertaal deur Evans) en ook deur ons regspraak (sien Caney *The Law of Suretyship* (1970) 32 e v se volledige behandeling van regspraak wat hieroor handel). Uit die aksessore karakter van borgtog volg dit dat die borg hom kan beroep op gebreke wat aan die hoofskuld kleef.

In die tweede plek moet daarop gelet word dat alhoewel daar minstens drie partye by borgtog betrokke is, naamlik die skuldeiser, hoofskuldenaar en die borg, die verbintenis tussen die skuldeiser en die hoofskuldenaar en die verbintenis tussen die skuldeiser en die borg nie noodwendig hoef te ontstaan as gevolg van twee kontrakte nie. Eersgenoemde verbintenis kan ook ex delicto ontstaan of as gevolg van ander omstandighede soos verryking terwyl die verbintenis tussen die skuldeiser en die borg altyd ex contractu sal ontstaan.

Derdens moet daarop gewys word dat alhoewel die aanspreeklikheid van die borg verband hou met die van die hoofskuldenaar, dit nie noodwendig “the very same obligation” as dié van die hoofskuldenaar is nie. Die borg onderneem teenoor die skuldeiser dat die hoofskuldenaar sy verpligtinge sal nakom, by ontstentenis waarvan hy (die borg) die skuldeiser skadeloos sal stel. Dit kan dikwels gebeur dat die verpligtinge van die hoofskuldenaar en die borg “have the same economic content . . . but they are different obligations . . . I do not agree that the surety and principal debtor have one debt” (per regter Van den Heever in *Gerber v Wolson* 1955 1 SA 158 (A) 166).

Dat die aanspreeklikheid van die borg wesenlik verskil van dié van die hoofskuldenaar word dikwels geïllustreer. So byvoorbeeld kan die borg van

'n hoofskuldenaar wie se verpligting ad factum praestandum is deur die hof verplig word om die skuldeiser skadeloos te stel deur 'n geldsom te betaal (sien *Corrans v Transvaal Government and Coull's Trustee* 1909 TS 605 613). Sy verpligting is dus basies ad pecuniam solvendam. Indien dit deur ooreenkoms so bepaal is, of onder gegewe omstandighede, sou die borg egter die verpligtinge van die hoofskuldenaar in forma specifica kon oorneem (sien *Caney* 75 ev vir 'n volledige bespreking hiervan). Dat die verpligtinge van die hoofskuldenaar en die borg wesenlik verskillend is, word veral geïllustreer in *African Guarantee and Indemnity Co Ltd v Thorpe* 1933 AD 330 336 ev waar beslis is dat betaling deur die borg die aanspreeklikheid van die hoofskuldenaar teenoor die skuldeiser delg, maar dat die hoofskuld nie daardeur uitgewis word nie, sodat die borg deur middel van sessie van aksie teenoor die hoofskuldenaar en medeborge kan optree. Die borg wat so betaal, kom ook dan meteens sy aksessore verpligting teenoor die skuldeiser na.

In die Romeinse reg is betaling van die hoofskuld deur die borg beskou as 'n uitwissing van die skuld met die gevolg dat alle medeborge ook bevry is (*D* 46 1 36). Hy kon wel kragtens die actio mandati die bedrag van die hoofskuldenaar verhaal, maar kon niks van die medeborge verhaal nie (*D* 46 1 39). Om die probleem te bowe te kom, is die beneficium cedendarum actionum ingestel, welke voorreg die borg slegs gehad het voordat hy die hoofskuld betaal het (*D* 46 1 17; *C* 8 41 11).

Die Romeins-Hollandse kommentatore (bv Voet 46 1 28, 30; Sande 6 32; Van Leeuwen 4 4 15) het dit egter as onbillik beskou en 'n wysiging ingevoer ingevolge waarvan betaling deur die borg aan die skuldeiser slegs sy eie aanspreeklikheid ophef en nie die hoofskuld uitgewis het nie. Gevolglik kon die skuldeiser 'n sessie gee en die borg 'n sessie ontvang selfs nadat die skuld voldoen is (*Pearce v De Jager* 1924 CPD 455). Ons reg is gebaseer op hierdie billike grondslag soos neergelê deur die Romeins-Hollandse juriste (*African Guarantee and Indemnity Co Ltd v Thorpe* 1933 AD 330). Ingevolge hierdie nuwe konsep is daar minstens twee verbintnisse wat aanleiding gee tot verskillende verpligtings, naamlik dié van hoofskuldenaar en dié van die borg (sien Huber 3 26 29; Sande 7 5 11). Ook *Caney Suretyship* 146 verklaar:

“That there is not only one debt, that of the principal debtor to the creditor, follows from the fact that the surety's obligation to the creditor is accessory to the principal debtor's obligation; there are at the least those two obligations.”

Samevattend kan dus verklaar word dat die hoofskuldenaar en die borg se aanspreeklikheid met mekaar verband hou. Dit volg uit die aksessore karakter van borgtog wat 'n geldige hoofskuld as voorvereiste stel. Dit beteken egter nie dat die aanspreeklikheid van die hoofskuldenaar wat uit verskillende causae debiti kan ontstaan dieselfde is as die aanspreeklikheid van die borg wat op die borgkontrak gebaseer is nie, alhoewel dit ekonomies gesproke dikwels dieselfde inhoud het.

Die vraag ontstaan vervolgens of 'n borg wat aanspreeklikheid aanvaar “as borg en mede-prinsipale skuldenaar” se aanspreeklikheid verskil van die van die hoofskuldenaar. Hierdie vraag was onder andere pertinent ter sprake in die onlangse appèlhofbeslissing van *Neon and Cold Cathode Illuminations v Ephron* 1978 1 SA 463 (A). Die borg het homself aanspreeklik gestel as borg

en mede-prinsipale skuldenaar teenoor die verhuurder van 'n saak vir die behoorlike nakoming van die huurder se verpligtinge ingevolge die huurkontrak. Die hof bevind (op bl 471) dat die skuldeiser slegs teen die borg kan optree op grond van die borgooreenkoms.

“That is a contract between appellant and respondent, separate and distinct from the lease between appellant and Benam, although it is accessory to it . . . Although respondent bound himself, not only as surety, but also as co-principal debtor with Benam, that did not render him liable to appellant in any capacity other than that of a surety who has renounced the benefits ordinarily available to a surety against the creditor.”

Die hof bevind dat 'n borg in sulke omstandighede stilswyend afstand doen van sy voorreg van uitskudding en skuldspplitsing en dus gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik word met die hoofskuldenaar. “However, he retains the right, on paying the creditor, to obtain a cession of the latter's rights and securities in order to recover the full amount from the principal debtor.” Die borg “did not transform his accessory obligation as a surety into a joint principal obligation as co-lessee with Benam.”

Hierdie beslissing is in ooreenstemming met die houding deur ons howe tot dusver ingeneem (vgl *Maasdorp v Graaff Reinets Board of Executors* (1909) 3 Buch AC 482; *Peimer v Finbro Furnishers* 1936 AD 177; *National Industrial Credit Corporation (Rhod) v Gumede* 1964 4 SA 258 (SR); *Gurland v Caltex* 1965 2 SA 659 (SR); *Ideal Finance Corporation v Coetzer* 1970 3 SA 1 (A)). Die borg wat teken “as borg en mede-prinsipale skuldenaar” is, vir sover dit die skuldeiser betref, 'n borg wat aanspreeklikheid as 'n mede-skuldenaar op hom neem. Maar hy onderneem nie 'n afsonderlike onafhanklike aanspreeklikheid nie. Hy bly in die eerste plek nog altyd 'n borg met 'n aanspreeklikheid wat uit die borgkontrak ontstaan het en nie uit die hoofskuld nie. Net soos die borg wat as mede-hoofskuldenaar borg geteken het se aanspreeklikheid wesenlik verskillend is van die hoofskuldenaar se aanspreeklikheid, net so is ook die gewone borg se aanspreeklikheid verskillend van dié van die hoofskuldenaar teenoor die skuldeiser.

JSA FOURIE
Universiteit van Stellenbosch

'N AANTEKENING BY 'N STELLING IN ROUX v SANTAM 1977 3 SA 261 (T)

Is 'n eis om genoegdoening vir pyn en lyding en 'n eis om vergoeding van hospitaal- en mediese koste onafskeidbaar aan mekaar gekoppel waar sowel die leed as die onkoste voortvloei uit liggaamlike beserings wat in dieselfde gebeure opgedoen is?

Op die pasgestelde vraag is in ons praktyk reeds etlike kere bevestigend geantwoord. Hoewel daardie antwoord soms aanvaarbaar mag lyk en dit oënskylik op sterk gesag berus, moet dit myns insiens in verskillende opsigte bevraagteken word. Die doel met hierdie aantekening is om aspekte van die teoretiese en praktiese onderbou van daardie bevestigende antwoord op die bogenoemde vraag krities te oorweeg en om 'n ander benadering tot

die onderhawige kwessie aan die hand te doen.

Voorbeelde van die bogenoemde bevestigende antwoord op die onderhawige kwessie kan oral in ons positiewe reg aangedui word. Daar kan dus goedskiks na regter Melamet se stelling daarvan in die loop van die uitspraak van die Transvaalse hof in *Roux v Santam* 1977 3 SA 261 (T) verwys word. Regter Melamet verklaar daar (267E):

“Die eise vir hospitaalkoste en mediese koste is akseessor tot die eis vir pyn, lyding ens en behoort dus oor dieselfde kam geskeer te word, alternatiewelik is ek van mening dat hulle nie afsonderlik van die eis vir pyn, lyding ens op die gemeenskaplike boedel kon gaan nie – dit sou gedeeltelike oordraagbaarheid van ’n vorderingsreg noop.”

Twee aspekte van die pasaangehaalde stelling word vervolgens bespreek. Enersyds word die standpunt bespreek dat ’n eis om die vergoeding van skade akseessor is tot ’n eis vir die salwing van leed wanneer en daardie skade en daardie leed uit dieselfde gebeure ontstaan het. Andersyds moet vasgestel word of dit op splitsing van ’n vorderingsreg sou kon neerkom indien die gemelde eise nie beskou sou word as onskeibaar aan mekaar verbonde nie.

1 Die eerste ding wat ’n mens opval met betrekking tot regter Melamet se aangehaalde stelling is die woord “akseessor” wat hy gebruik om die verband tussen die betrokke twee eise te tipeer. Ofskoon dit waarskynlik nie van deurslaggewende belang is nie, en dit hopelik by niemand wandinrukke sal laat ontstaan nie, moet tóg daarop gewys word dat “akseessor” hier nie in sy normale betekenis bedoel kan gewees het nie. ’n Aksessoriteitsverhouding bestaan immers daar waar een ding op só ’n wyse aan ’n ander gekoppel is dat die een nie sonder die ander kan bestaan nie. Regter Melamet het in die aangehaalde stelling sekerlik nie hierdie tipe afhanklikheidsverhouding in gedagte gehad nie.

Die tweede (en wesensbelangrike) aspek van regter Melamet se stelling is te vinde in die gesag waarop hy daarvoor steun. Hy beroep hom naamlik op die uitspraak in *Regering van die Republiek van Suid-Afrika v Santam* 1970 2 SA 41 (NK) 32E–H (laasgenoemde bladsyverwysing moet klaarblyklik wees na 43E–H).

Op die laasgenoemde plek is die volgende stelling van regterpresident De Vos Hugo gerapporteer:

“Die sluitsteen van Adv Hefer se argument is dat, aangesien vergoeding vir pyn, lyding en verlies van lewensgenietinge deel van Els se eis is, dit nog steeds een eis bly en dat sessie van die hele eis daardeur onmoontlik gemaak word. Hierin moet hy myns insiens gelyk gegee word”.

As gesag vir hierdie stelling word dan verwys na regter Trollip se uiteensetting in *Schnellen v Rondalia* 1969 1 SA 517 (W).

Op sy beurt deel regter Trollip in die *Schnellen*-saak (520D–F) die volgende mee:

“Now the plaintiff’s claim for compensation under the Act [die hof bedoel hiermee ’n eis ingevolge artikel 11 van Wet 29 van 1942, nou artikel 21 van Wet 56 van 1972] is based on the *lex Aquilia*. According to that *lex*, one cause of action embracing all the aggrieved person’s loss or damage was given for any single wrongful act

(*Symmonds v Rhodesia Railways Ltd* 1917 AD 582 at p 588; *Oslo Land Co Ltd v Union Government*, 1938 AD 584). . . .”

Met die oog op die verdere bespreking kan nou reeds aangeteken word dat regter Trollip nie daaroor twyfel dat die eis waarvan daar in die Motorvoertuigassuransiewet sprake is op die actio legis Aquiliae gegrond is nie. Voorts moet hier gekonstateer word dat dit ingevolge 'n hele reeks uitsprake (*Hoffa v SA Mutual Fire and General Insurance* 1965 2 SA 944 (K); *Regering van die RSA v Santam* 1970 2 SA 41 (NK) en *Government of the RSA v Ngubane* 1972 2 SA 601 (A)) duidelik is dat die gemeenregtelike aksie om genoegdoening vir pyn en leed te onderskei is van die aquiliese aksie om skadevergoeding. Op albei hierdie aspekte word hierna teruggekom.

Eers moet die gesag waarop regter Trollip in die *Schnellen*-saak gesteun het verder ondersoek word.

In die *Symmonds*-saak het die volgende feite gediën: R het 'n verkeerde vraag skape aan S afgelewer en hoewel S teruggawe van die skape aanbied, weier R om hulle terug te ontvang. Daarop dagvaar S vir lewering van die regte trop skape of hulle waarde, vir vrag- en telegramkoste en vir 'n bedrag ten opsigte van die versorging van die verkeerd afgelewerde skape vanaf die tydstip van die verkeerde lewering tot op die tydstip van dagvaarding. Hieroor bereik die partye 'n skikking. Daarna dagvaar S weer, en wel vir die koste wat hy as gevolg van die versorging van die skape gely het van die tydstip van die eerste dagvaarding af tot met die skikking in daardie geskil. Hierdie eis wat in die laer hof geslaag het, is by appèl afgewys. Teen laasgenoemde afwysing word nou geappelleer. Al drie die regters (naamlik hoofregter Innes en appèlregters Maasdorp en Solomon) het 'n eie uitspraak geskryf. Hoofregter Innes en appèlregter Maasdorp bevind albei op die getuienis voor die hof dat die appèl faal omdat die appellant hom nie van sy bewyslas gekwyt het nie. Vir die bereiking van hierdie slotsom word na geen gesag verwys nie.

Appèlregter Solomon bereik dieselfde resultaat as die ander twee regters maar begrond dit effens anders. Hy verklaar dat die eiser in die onderhawige geval van dag tot dag opnuut skade gely het as gevolg van die verweerder se volgehoue weiering om die verkeerd afgelewerde trop skape terug te neem. Derhalwe kan S, nadat hy reeds een keer ter afdwinging van 'n gevolglike aanspraak geprosedeer het, opnuut aksie instel vir die verhaal van skadevergoeding vir skade wat ná instelling van die eerste aksie voortgevloei het uit die voortsetting van die gewraakte optrede. Die volgehoue weiering deur R om die verkeerd afgelewerde trop skape terug te neem het voortdurend vir S skade veroorsaak, derhalwe het daar telkens 'n nuwe skuld-oorsaak vir 'n skadevergoedingseis ontstaan so lank daardie weiering volgehou is (589).

Alhoewel dit nie streng gesproke vir die doeleindes van sy beslissing in die *Symmonds*-saak nodig was nie maak appèlregter Solomon tog die volgende terloopse stelling:

“Where damage has been sustained once and for all through some wrongful act, there is only one cause of action in respect of it, and it may very well be, *though I express no opinion on the point*, that a plaintiff can sue only once for the damage which he has suffered” (ek kursiveer).

Hoe moet hierdie terloopse stelling nou opgeneem word? Die enigste gesag waarna appèlregter Solomon in die loop van sy gemelde uitspraak verwys is *Whitehouse v Fellowes* 142 ER 654. In die loop van sy uitspraak in die *Whitehouse*-saak sê regter Williams (661-662):

“It is no doubt true that a fresh damage does not necessarily give a fresh cause of action. The foundation of that doctrine is to be found in the case of *Fetter v Beale*, 1 Salk 11.”

Alvorens die *Fetter*-saak van naderby bekyk word, moet daarop gewys word dat die sleutel tot die verskil tussen die beslissing van die appèlafdeling in *Symmonds* en appèlregter Solomon se aangehaalde terloopse stelling in sy uitspraak in dieselfde saak, geleë is in die verskillende betekenis wat daar in die onderskeie stellings aan die onmisbare skuldoorsaakelement geheg word. Só beskou is die werklike verskil tussen daardie stellings daarin geleë dat 'n mens in die een geval die enkele regskennde optrede waaruit daar (reeds?) een keer skade ontstaan het as skuldoorsaak beskou, terwyl in die ander geval gesê word dat 'n nuwe skuldoorsaak telkens ontstaan as daar opnuut skade uit 'n gewraakte stel gebeure (wat logieserwys self reeds beëindig sou kon wees) voortvloei. Die antwoord op die vraag na die toepassing al dan nie van die “reël” waarna daar in appèlregter Solomon se terloopse stelling in *Symmonds* verwys word, is dus 'n vraag na die skuldoorsaakbenadering wat daar in die betrokke geval gehuldig word. Hierdie siening word hierna toegepas op die vraag wat aan die begin van hierdie aantekening gestel is. Maar eers moet die uitspraak in *Fetter v Beale* ook betrek word.

In die *Fetter*-saak (90 ER 905; 91 ER 11 en 1122) het F van B, wat hom aangerand het deur sy kop teen die grond te stamp, op grond van “battery” 'n bedrag geld verhaal. Later blyk dit toe dat F ernstiger beseer is as wat aanvanklik gemeen is aangesien sy skedel in die proses van aanranding gebreek is. 'n Splinter van F se gebreekte skedel word verwyder waarop F van B 'n verdere bedrag geld eis op grond van “mayhem”. Die King's Bench by monde van hoofregter Holt onderskei die onderhawige geval van gevalle waar voortdurende of herhaaldé inbreukmaking plaasvind, en stel dit duidelik dat die onderhawige aanspraak berus op die besering van F deur B (90 ER 905; 91 ER 12). Hoofregter Holt aanvaar dat die jurie tydens hulle beslissing oor F se eerste eis die aard en omvang van F se wonde ten volle oorweeg het en wys gevolglik F se tweede eis af (91 ER 1123).

'n Belangrike feit met betrekking tot die *Fetter*-saak is dat dit daar oor “writs of trespass” gehandel het. “Trespass” (Latyn: transgressio) is op regsinsbreuk gefundeer. Dit is byvoorbeeld duidelik uit Jowitt E *The Dictionary of English Law* (London 1959) sv “trespass”, wat daaronder verstaan: “. . . any transgression of the law less than treason, felony or misprision of either”. Die skuldoorsaak vir 'n aksie op grond van “trespass” is dus sonder meer geleë in die regsinsbreuk (sien ook Prosser WL *Handbook of the Law of Torts* (4th ed 1971) 37-38).

As sodanig is “trespass” natuurlik een van die sogenaamde “torts actionable per se”, dit wil sê dit is 'n “tort” waarvoor die blote regsinsbreuk op sigself die skuldoorsaak is. Dienooreenkomstig is dit nie nodig om enige skade hoegenaamd te bewys ten einde suksesvol op grond van “trespass”

te kan ageer nie (sien *Clerk and Lindsell on Torts* (14th ed 1975) 392 ev 761 ev). Hierin is die verskil tussen “torts actionable per se” en “actions on the case” dan ook geleë. In die laasgenoemde gevalle (waarvan “nuisance” en ander gevalle van voortdurende of herhaalde inbreukmaking voorbeelde is) is die regs-inbreuk op sigself nie die skuldoorsaak nie, maar wel die regs-inbreuk plus skade (sogenaamde “special damage”) (sien *Clerk and Lindsell on Torts* 819; Maitland FW *The Forms of Action at Common Law* (1936) 65 ev).

Toegepas op wat hoofregter Holt in die *Fetter*-saak (90 ER 905; 91 ER 12) verklaar, lei die pasgestelde onderskeid tussen die skuldoorsaak by “torts actionable per se” en dié by “actions on the case” tot ’n insiggewende gevolgtrekking. Dit bring naamlik die feit na vore dat die reël wat deur hoofregter Holt gestel word (te wete dat daar in die onderhawige tipe geval net een skuldoorsaak aanwesig is waarop daar slegs eenmalig (“once and for all”) geageer kan word) in die *Fetter*-saak toegepas kón word *juis omdat dit ’n “trespass”-geval was*. F is slegs een keer aangerand en vir die eis wat voortspruit uit daardie “tort actionable per se” is daardie eenmalige regs-inbreuk die skuldoorsaak. Die feit dat verdere ernstige gevolge van die oorspronklike aanranding later aan die lig gekom of ontwikkel het, is gevolglik nie relevant nie. Dit verklaar voorts waarom hoofregter Holt uitdruklik sê dat hierdie reël nie geld in gevalle van “nuisance” en ander voortdurende of herhaalde inbreukmaking nie (90 ER 905; 91 ER 12). “Nuisance” is naamlik een van die gevalle waar “on the case” geageer word en waarin dus ’n nuwe skuldoorsaak ontstaan met elke nuwe skadelike gevolg wat daar intree. ’n Mens kan ten slotte sê dat die vraag na die toepaslikheid al dan nie van die sogenaamde “once and for all”-reël ten nouste saamhang met die vraag na die skuldoorsaak in ’n besondere tipe geval.

Dit behoort nou skerp op te val dat die pasbereikte resultaat ’n sterk mate van ooreenkoms vertoon met die onderskeid wat hierbo gemaak is tussen die beslissing van die appèlafdeling in die *Symmonds*-saak en appèlregter Solomon se aangehaalde terloopse stelling in sy uitspraak in daardie saak. Alvorens die vraag gestel word of só ’n verskil in die Suid-Afrikaanse skadevergoedingsreg hoegenaamd geduld behoort te word, kan net gekyk word na *Oslo Land Corporation v Union Government* 1938 AD 584 wat die ander saak is waarna regter Trollip in die *Schnellen*-saak verwys.

In die *Oslo Land Corporation*-saak (waar insektegif op so ’n wyse toegedien is dat van O se beste gevrek en ander ernstige vergiftiging opgedoen het, en O se plaas nie verder vir veeteelt gebruik kon word nie) moes die appèlafdeling uitmaak of ’n verweer van verjaring tereg teen O se eis om skadevergoeding gehandhaaf is. Dit was gemene saak dat O se eis ingestel is langer as die voorgeskrewe verjaringstermyn van drie jaar na die gewraakte bespuiting.

Die appèlafdeling by monde van appèlregter Watermeyer herhaal en bevestig die onderskeid dat daar in die *Symmonds*-saak getref is:

“... there is a distinction between what may be regarded as a single wrongful act giving rise to one cause of action and a continuing injury causing damage from day to day which may give rise to a series of rights of action arising from moment to moment” (589).

Luidens die pleitstukke berus die onderhawige aksie op die beweerde nalatige optrede van die verweerder se werknemers, dit wil sê “. . . upon wrongful acts complete and finished when the spraying was complete”. Aangesien dit dan so is en siende dat die onderhawige aksie aquilies van aard is, verklaar appèlregter Watermeyer dat die skuldoorsaak ontstaan het toe vir die eerste keer skade (al is dit ook hoe gering?) uit die gewraakte bespuiting ontstaan het. Met 'n aksie van die pasgemelde aard kan dan skadevergoeding verhaal word vir reeds gelede én sogenaamde “prospective” skade (590). (Vir die doeleindes van hierdie aantekening word daargelaat dat dit onseker is of onder “prospective damage” alle moontlike toekomstige skade-ontwikkelings verstaan word of slegs sodanige toekomstige ontwikkelings waarvan die omvang en intrede reeds op die tydstip van die gewraakte handeling met 'n relatief hoë mate van waarskynlikheid vasgestel kon word.)

Uit die voorgaande bespreking het dit duidelik geword dat die sogenaamde “once and for all”-reël in sekere gevalle toegepas word en in ander uitgesluit word op grond van die argument dat daar in die een geval 'n ander soort skuldoorsaak voorhande is as in die ander geval. Gevalle waarin daardie reël geld, sou dan gevalle wees waar die skuldoorsaak bestaan uit die verrigting van 'n handeling of die plaasvind van 'n ander gebeurtenis waaruit darem die een of ander nadelige gevolg voortgevloei het. Indien daar een keer só 'n skuldoorsaak ontstaan het, kan daar ingevolge daardie reël nie weer 'n skuldoorsaak uit dieselfde feite ontstaan nie al kom daaruit later weer nuwe nadelige gevolge voort.

Die “once and for all”-reël berus op 'n skuldoorsaaksiening wat nie in die Suid-Afrikaanse reg aanvaarbaar is nie. Ons reg ken geen “torts actionable per se” soos die Engelse reg nie. Verbintenisskeppende regsfeite in die Suid-Afrikaanse deliktereg (oor ander regsgebiede gaan dit hier nie) moet, in teenstelling met die pasgenoemde benadering, as't ware as “materieel omskrewre” beskou word. Die blote verrigting van 'n omskrewre tipe handeling bring dus geen deliktuele aanspreeklikheid mee nie. Só beskou kan opgemerk word dat die skuldoorsaak vir deliktuele aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg eintlik baie naby ooreenstem met die Engelsregtelike “action on the case” (sien hierbo). Die ironiese hiervan is daarin geleë dat die “once and for all”-reël in die Engelse reg juis nie geld in gevalle waar “on the case” geageer word nie (sien hierbo); nietemin word daardie reël juis in die Suid-Afrikaanse reg toegepas, waarvolgens daar vir deliktuele aanspreeklikheid dieselfde tipe skuldoorsaaksiening geld as in die gevalle “on the case”. Daar kan in die lig hiervan onomwonde gestel word dat die “once and for all”-reël (saam met die skuldoorsaaksiening wat dit ten grondslag lê) glad nie in die Suid-Afrikaanse reg geduld behoort te word nie. Maar indien die pas gestelde gedagtegang aanvaarbaar sou wees, wat moet dan ons standpunt wees ten opsigte van die nadelige gevolge wat eers later aan die lig kom of nuut ontwikkel? Op hierdie vraag kan ten beste geantwoord word na aanleiding van wat die appèlafdeling se bekende standpunt oor die skuldoorsaakvraag is.

Sedert die uitspraak in *McKenzie v Farmers' Co-operative Meat Industries* 1922 AD 16 kan dit as geykte reg beskou word dat 'n skuldoorsaak tot stand

kom sodra al die *facta probanda* vir 'n suksesvolle eis daarop aanwesig is. Hieruit volg dit dat die skuldoorsaak vir 'n suksesvolle skadevergoedingseis nie tot stand kom voordat daar nie ten minste 'n skuldige handeling of versuim (of risikoverwerkliking) plaasvind wat gevolge teweegbring wat èn as regskendend èn as skadelik getipeer kan word nie (sien ook byvoorbeeld *Union Government v Warneke* 1911 AD 657 662). Voorts is dit myns insiens vanselfsprekend dat daar 'n nuwe skuldoorsaak vir 'n skadevergoedingseis ontstaan elke keer wanneer al daardie *facta probanda* aanwesig is – ongeag of daar reeds voorheen as “regskendend” en “skadelik” tipeerbare gevolge uit dieselfde oorspronklike skuldige handeling of versuim (of risikoverwerkliking) voortgevoel het. Hierby hoef kwalik bygevoeg te word dat daar ook in sodanige gevalle (net soos altyd) teen dubbele vergoeding van dieselfde skade gewaak moet word. Dubbele skadevergoeding moet in elk geval as vreemd aan die reg insake skadevergoedingseise beskou word. Die wesentlike van die skadevergoedingsreg is myns insiens juis daarin geleë dat dit in beginsel op volledige skadevergoeding (en niks meer of minder nie) ingestel is (sien hieroor ook *Union Government v Warneke* 1911 AD 657 662).

Watter lig werp die resultate van die voorgaande ondersoek nou op die vrae wat ten aanvang gestel is?

Die sleutel tot die sinvolle beantwoording van die onderhawige vrae is myns insiens geleë in 'n suiwer benadering tot die skuldoorsaakvraag in die Suid-Afrikaanse reg. Die opvatting verkondig in die *McKenzie*-saak bied na my mening daardie gesonde vertrekpunt. Aan die hand daarvan moet ten aansien van die onderhawige vrae soos volg geredeneer word.

Die *facta probanda* (en gevolglik 'n voltooide skuldoorsaak) vir 'n eis om genoegdoening vir pyn en leed sal aanwesig wees waar 'n skuldige handeling of versuim gevolge veroorsaak wat èn as regskendend èn as pyn- of leedinhoudend aangemerkt kan word (sien *Hoffa* en die ander sake hierbo genoem).

Myns insiens kan 'n skuldoorsaak waarvan skade 'n *factum probandum* is en een waarvan pyn of leed 'n *factum probandum* is nooit dieselfde skuldoorsaak wees nie. Daar bestaan eenvoudig geen manier waarop skade en pyn of leed sinvol na dieselfde noemer herlei kan word nie. Hoe 'n eis om skadevergoeding en een om genoegdoening vir pyn of leed dus ooit onverbreeklik vas aan mekaar gekoppel sou kon wees, val nie te begryp nie. Aan hierdie slotsom word geensins afgedoen deur die feit dat hierdie twee eise so dikwels saam voorkom in gevalle waarop die motorvoertuigversekeringswetgewing van toepassing is nie. Dit bring by name nie mee dat daar in sodanige gevalle die een of ander besonder tipe skuldoorsaaksiening geld nie. In die *Schnellen*-saak sê regter Trollip (sien die aanhaling hierbo) uitdruklik dat die aanspreeklikheid ingevolge daardie wetgewing aquilies van aard is.

Samevattend: Die standpunt dat 'n eis om skadevergoeding en 'n eis op grond van pyn en leed onverbreeklik aan mekaar verbonde is en op dieselfde skuldoorsaak berus, adem die gees van die Engelsregtelike formalisme van vergange eeue. Daarbenewens weerspreek dit die geykte skuldoorsaaksiening in die Suid-Afrikaanse reg. Verder is dit beslis uit pas met die ont-

wikkeling van die moderne Suid-Afrikaanse deliktereg. Daardie uiters aanvegbare standpunt behoort dus nie langer gehandhaaf te word nie. Veel liever moet die geykte skuldoorsaaksiening onbevang, vry van 'n kunstmatige beperking soos die "once and for all"-reël toegepas word. Maar wat van die gevaar van splitsing van vorderingsregte?

2 Sonder dat dit nodig is om hier in te gaan op al die reëls wat daar bestaan ter beperking van die splitsing van vorderingsregte en die gevolglike moontlike verdubbeling van aansprake, kan in die lig van die voorgaande tog oor die splitsingsvraag in die onderhawige verband standpunt ingeneem word.

Hierbo is reeds betoog dat 'n eis om skadevergoeding en 'n eis om genoegdoening vir pyn en leed nooit uit een en dieselfde skuldoorsaak kan voortvloei nie. In sodanige gevalle kan daar gevolglik vanselfsprekend nie van een vorderingsreg en die moontlike splitsing daarvan sprake wees nie.

Ten slotte: 'n Mens behoort streng daarteen te waak dat die heeltemal geregverdigde afsku van dubbele eise en vergoeding nie ontaard in oordrewe vreesagtigheid nie. Geregverdigde eise behoort beslis nie slegs op grond van verouderde, vreemde, formalistiese reëls afgewys te word nie.

CFC VAN DER WALT
PU vir CHO
Potchefstroom

PROOF OF THE ABSENCE/PRESENCE OF MENS REA IN ALLEGED CONTRAVENTIONS OF STATUTORY ENACTMENTS

There has certainly been no dearth of discussion in the South African case law on the question upon whom the onus lies in regard to mens rea – the state to prove the presence of mens rea or the accused to negative mens rea? – in alleged contraventions of statutory enactments in respect of which it has been held by the courts that the legislature impliedly intended mens rea in the form of intention to be an element. The authorities are collected by EM Burchell and PMA Hunt *South African Criminal Law and Procedure* 1 (1970) 173 n 91, and by Professor EM Burchell in the 1971 *AS* 355–356; 1972 *AS* 307–308; 1973 *AS* 334–336; 1974 *AS* 335–339; 1975 *AS* 408–410; 1976 *AS* 408–409, and need not be repeated here. The many authorities are by no means harmonious on the question at issue.

This question has previously been answered by the appellate division in cases such as *Wallendorf* 1920 AD 383 401; *H* 1944 AD 121; *Ndblovu* 1945 AD 369 386; and *Arenstein* 1967 3 SA 366 (A) 382A by the adoption of, and confirmation of, a rule of practice which, it is convincingly argued, is of doubtful origin and validity (see EM Burchell "Onus of Proof of Mens Rea in Statutory Offences" *Gedenkbundel HL Swanepoel* (1976) 175 (hereafter

referred to as *Gedenkbundel*); EM Burchell and PMA Hunt *ibid*; CR Snyman "Mens Rea in Drug Offences – Onus of Proof" (1973) 90 *SALJ* 222; PM Bekker "Weer Eens Mens Rea en Bewyslas by Statutêre Misdrywe" (1975) 8 *De Jure* 72). This rule of practice is best described by Professor EM Burchell in *Gedenkbundel* 177 as follows:

"[T]he prosecution establishes its case as soon as it shows that the accused contravened the enactment and it is then incumbent on the accused to prove, on a balance of probabilities, that the contravention was accidental or innocent – in other words, the *onus* is upon the accused to negative *mens rea*."

The most recent contribution to this topic is the judgment of Smuts J in *Mohapi* 1977 4 SA 796 (O). The evidence in this case showed that the accused was arrested in a train compartment in which there was a suitcase on the rack containing 6,2 kilogrammes of dagga. On appeal (the conviction on the main charge of dealing in dagga in contravention of s 2(a) of the Abuse of Dependence-producing Substances and Rehabilitation Centres Act 41 of 1971 not being supported by the state), the main question for decision was whether the state could rely on the presumption contained in section 10(3) of that act in securing a conviction for a contravention of section 2(b) of the act (ie the possession or use of dagga); that is, simply by proving that the suitcase containing the 6,2 kilogrammes of dagga was found on a rack in the train compartment of which the accused was an occupant, and that the accused's explanation was unsatisfactory. In other words, so it was argued on behalf of the state, the offence having been proved, the onus was on the accused to prove the absence of *mens rea* on a balance of probabilities and this the accused had failed to do. The relevant portion of section 10(3) states that –

"If . . . it is proved that any dependence-producing drug . . . was found in the immediate vicinity of the accused, the accused shall be deemed to have been found in possession of such drug or plant, unless the contrary is proved."

For the accused on appeal it was argued that as a result of the appellate division decisions in *Fouche* 1974 1 SA 96 (A) and *De Blom* 1977 3 SA 513 (A), the above rule of practice can no longer be regarded as good law and, accordingly, the onus rested on the state to prove the presence of *mens rea*. In both *Fouche* and *De Blom* the appellate division was reluctant to place the onus of proving the absence of *mens rea* on the accused because to do so would conflict with the basic principle of our criminal law that the state must prove its case beyond a reasonable doubt. Smuts J, mindful of this basic principle of our criminal law, came to the conclusion (at 801H) that this rule of practice could not be extended to the instant case. Furthermore, the accused's explanation that a person unknown to her had passed the suitcase to her through the compartment window for placement on the rack had not been proved to be false. The learned judge, however, (with respect, correctly) guarded himself against saying that the rule had been completely overruled. Earlier he had stated:

"Dit sal . . . miskien gewaagd wees om te aanvaar dat daar nooit gevalle kan wees waar 'n beskuldigde, wie se handeling binne die trefwydte van 'n statutêre verbod val, nie met die *onus* om die afwesigheid van *mens rea* te bewys, belas sal wees nie" (at 801G).

The temptation for his lordship to hold that the rule was no longer part of our law was undoubtedly very great. Judicial criticism of this rule has since 1966 in *Qumbella* 1966 4 SA 356 (A) gathered tremendous momentum. One need go no further than the list of authorities referred to in the *Annual Surveys* mentioned above. But, at the same time, it must be emphasised that these authorities, including the appellate division cases of *Qumbella*, *Fouche* and *De Blom*, although highly critical of the rule have never gone so far as to overrule it completely, even though it was not followed in those cases. Thus, for example, *Qumbella* concerned a contravention of the Suppression of Communism Act 44 of 1950. Although Holmes JA was most critical of the rule and inclined to the view that it was "alien to the law of this country" (at 365F), he nevertheless left the question open when he concluded (at 366A) by saying that "[i]t might be necessary in some future case to reconsider whether . . . [this rule] correctly reflects the legal principles of this country." *Fouche* concerned a statutory contravention of driving a car while under the influence of liquor or a drug having a narcotic effect. Once again, while being highly critical of the rule Rumpff JA (as he then was) limited his finding that no onus was placed on the accused to prove the absence of mens rea on a balance of probabilities to "hierdie geval" only. Finally, *De Blom* involved a contravention of the Exchange Control Regulations where the learned chief justice emphasised that it was for the state to prove the presence of mens rea, whether in the form of intention or negligence, and not for the accused to prove the absence thereof.

It could, therefore, be argued that far from discarding this rule of practice from our law the appellate division has in these cases (despite the criticisms levelled at the rule) indirectly confirmed the continued existence of the rule as part of our law, albeit in an increasingly circumscribed scope. Any suggestion that appellate division cases such as *Wallendorf* (supra); *H* (supra); *Ndhlovu* (supra); and *Arenstein* (supra) have been impliedly overruled on this point would, with respect, go too far. It is respectfully submitted that the hesitance of Smuts J to regard the rule as having been completely discarded is understandable. It is conceded that the criticisms of the rule are well made but whether one can go so far as to say that the rule no longer exists, even in the light of the discernible swing away from it in particular situations by the appellate division (see *Gedenkbundel* 181), is, with respect, open to question. The entreaty by counsel for the appellant in *Mohapi* for the court to go so far was therefore correctly resisted by Smuts J in the absence of the appellate division clearly and unequivocally overruling its earlier decisions which have expressly confirmed the rule. As the learned judge pointed out (at 801G), when referring to the judgment of Rumpff CJ in *De Blom* (supra): "Dit is . . . waar dat dit nie uitdruklik bevind is dat die reël toegepas in *S v Arenstein*, supra, en die ander beslissings waarna ek verwys het [that is, *Wallendorf* and *H*], nie meer bestaan nie." These earlier decisions, of the appellate division at any rate, were, as Beadle CJ pointed out in *Zemura* 1974 1 SA 584 (RAD) at 588G, "decisions of some of South Africa's most eminent judges" and are therefore decisions which cannot be too readily regarded as having been impliedly overruled.

ID SCHÄFER
Rhodes University

DIE WYSIGINGSWET OP VERPLIGTE MOTORVOERTUIG-VERSEKERING 69 VAN 1978

'n Kommissie van ondersoek na sekere aspekte van verpligte motorvoertuigversekering is in 1974 aangestel en die verslag van die kommissie is in 1976 gepubliseer (RP 52-1976). Sommige van die kommissie se aanbevelings het nou in die Wysigingswet op Verpligte Motorvoertuigversekering 68 van 1978 gestalte gekry. Die belangrikste wysigings word kortliks hier bespreek.

1 Versekering van motorvoertuig in plaas van eienaar

Na die mening van die kommissie (par 284 van die verslag) sal aansienlike regskoste vir eisers in derdeparty-sake bespaar kan word indien versekering slegs aan 'n motorvoertuig gekoppel word sonder inagneming van wie die eienaar daarvan is, met die gevolg dat die versekering nie sal verval wanneer die motorvoertuig van eienaar verwissel nie.

Aan hierdie aanbeveling is gevolg gegee deurdat die aansoek om derdepartyversekering voortaan nie noodwendig deur die eienaar van die betrokke voertuig gedoen hoef te word nie (a 12(1)(a)) en die geldigheid van die versekeringsverklaring wat die versekeraar uitreik ook nie geraak word deur die feit dat die persoon wat daarin as eienaar aangedui word nie werklik die eienaar is nie (a 12(3)(d)). Verder kom die versekering nou nie meer tot 'n einde by oordrag van eiendomsreg op die voertuig nie, maar slegs by verstryking van die versekeringstermyn, of indien die voertuig ophou om bestuurbaar te wees (a 19). In plaas daarvan dat die versekeringstekens van die voertuig verwyder word wanneer dit van eienaar verwissel, verplig die wet nou sowel die eienaar as die persoon aan wie eiendomsreg oorgedra word om die betrokke versekeraar op 'n voorgeskrewe vorm in kennis te stel van die oordrag, die naam en adres van die nuwe eienaar, en die nommer van die versekeringsteken (a 19(2) en (4)). Versuim om aldus kennis te gee, is 'n misdadend en strafbaar met 'n boete van hoogstens R50 (a 19(5)).

Deurdat die motorvoertuig voortaan vir 'n volle termyn verseker sal bly ten spyte van 'n verwisseling van eienaars word voorkom dat versekering by die verkoop van die voertuig verval weens versuim van die koper om opnuut versekering uit te neem (*Nkosana v Rondalia Assurance Corporation of South Africa* 1974 4 SA 67 (T)). Desnieteenstaande kan dit steeds 'n praktiese probleem vir 'n eiser wees om vas te stel watter versekeraar op risiko was. Weliswaar is die eienaar verplig om hierdie inligting op versoek aan die eiser of sy verteenwoordiger te verskaf (a 20(2)), maar indien die eienaar nie self ten tyde van die ongeluk bestuur het nie of indien die geregistreerde eienaar nie die eienaar vir die doeleindes van die wet is nie (vgl die *Nkosana*-saak supra), kan dit in die eerste plek 'n probleem wees om die eienaar op te spoor ten einde die nodige inligting van hom te bekom. Alhoewel die naam van die versekeraar en die nommer van die versekeringsteken gewoonlik in die polisieverslag (SAP 352) voorkom, kan dit gebeur dat hierdie inligting verkeerd opgeteken word (*Da Silva v Coutinho* 1971 3 SA 123 (A)).

Mits versekering wel ten opsigte van die betrokke motorvoertuig uitgeneem is en mits die eiser die betrokke versekeraar kan identifiseer, is die

eiser voortaan gevrywaar teen die moontlikheid dat die versekering ongeldig is weens òf verwisseling van eiendomsreg in die voertuig (vgl die *Nkosana*-saak supra en *Vlok v Ocean Accident & Guarantee Corp Ltd* 1962 4 SA 25 (W)) òf ongeldigheid van die huurkoopkontrak of huurkontrak ingevolge waarvan die huurkoper of huurder as "eienaar" kwalifiseer vir die doeleindes van die wet (*Dart v Bredenkamp* 1961 2 SA 356 (O)).

Vanuit 'n administratiewe oogpunt gesien, sal die formaliteite waaraan voortaan by eiendomsoordrag van 'n motorvoertuig voldoen moet word, 'n addisionele administratiewe las op die versekeringsmaatskappy plaas. 'n Onduidelikheid in dié verband is die prosedure wat gevolg sal moet word indien 'n voertuig wat in die platteland geregistreer is, verkoop word aan iemand in 'n stedelike gebied waar 'n hoër premie van toepassing is (1978 Hansard 12 4615). Dit is egter duidelik dat die versekering geldig sal bly selfs indien die vereiste formaliteite nie nagekom word nie (sien die kommentaar van die minister van vervoer oor hierdie aspek, 1978 Hansard 12 5264 en 5266). Miskien behoort die moontlikheid ondersoek te word om die administratiewe prosedure vir die lisensiëring en verpligte versekering van 'n voertuig te kombineer.

2 Dekking vir passasiers in versekerde voertuig

Die kommissie van ondersoek het aanbeveel dat die aanspreeklikheid van die versekeraar ten opsigte van passasiers in die betrokke versekerde voertuig uitgebrei moet word tot alle passasiers en dat die beperking van passasiers se eise tot R12 000 per persoon of R60 000 gesamentlik moet verval, met die voorbehoud dat vergoeding vir lede van die huishouding van die eienaar of bestuurder beperk word tot mediese en hospitaalkoste en dat persone wat 'n voertuig "onwettig" gebruik of medepligtig is tot "onwettige" gebruik geen eis sal hê nie (par 6 2 2).

Van hierdie aanbeveling het niks tereggekome nie en die enigste uitbreiding wat wel plaasgevind het, is dié ten opsigte van dienspligtiges, wat voortaan as passasiers in 'n betrokke versekerde voertuig 'n eis sal hê teen die versekeraar, onderworpe aan die maksimum bedrae van R12 000 per persoon en R60 000 vir die passasiers gesamentlik. Slegs 'n dienspligtige wat "onder die voorgeskrewe omstandighede terwyl hy ingevolge artikel 22(3)(a) of 44(3) van die Verdedigingswet, 1957 (Wet No 44 van 1957), verplig was om gedurende sy eerste dienstdaagperk van nie minder as 12 maande nie diens te doen of militêre opleiding te ondergaan" geniet hierdie beskerming. Hierdie wysiging is klaarblyklik daarop gemik om dienspligtiges wat ryloop en motorryers wat hulle oplaai te beskerm, en so 'n motorryer sal dus voortaan nie meer persoonlik aanspreeklik wees in die geval van 'n ongeluk waarin 'n dienspligtige beseer word nie. Die praktiese probleem vir motorryers om vas te stel of 'n bepaalde dienspligtige in die omskrewe beskermde kategorie val of nie, sal waarskynlik oorkom kan word indien die departement van verdediging dienspligtiges voorsien van 'n toepaslike vorm van identifikasie (sien die opmerkings van die minister van vervoer, 1978 Hansard 12 5277).

Ander passasiers in 'n betrokke versekerde motorvoertuig wat van die versekeraar kan eis, is (i) diegene wat teen vergoeding vervoer word;

(ii) diegene wat as werknemers van die bestuurder of eienaar in die loop van hul diens vervoer word en (iii) diegene wat in die loop van die besigheid van die *eienaar* van die voertuig vervoer word (a 22(1)(a) (b) en (c); a 23(b)).

Wat (iii) betref, kwalifiseer slegs persone wat in die loop van die *eienaar* se besigheid vervoer word en nie, soos voorheen, ook diegene wat in die loop van die besigheid van die bestuurder (waar die bestuurder nie die eienaar is nie) vervoer word nie. Volgens die minister van vervoer was hierdie wysiging nodig weens die wye vertolking wat die houe aan die frase "in die loop van die besigheid" gee (vgl by *AA Mutual Insurance Association Ltd v Biddulph* 1976 1 SA 725 (A) 738-739). Die minister het verwys na 'n geval waar vergoeding betaal is aan 'n boer wat in sy eie voertuig beseer is toe dit deur sy plaasvoorman bestuur is en teen 'n trein gebots het. Volgens die minister was ongevalledekking vir die eienaar self nooit die bedoeling van die wet nie (1978 Hansard 10 4304).

Hierdie wysiging en die minister se kommentaar daarop is direk in stryd met die bevindings en aanbevelings van die kommissie in verband met passasiers se reg om vergoeding te eis. Dit blyk dat die oorspronklike redes vir die uitsluiting van sekere passasiers se reg om vergoeding ingevolge die wet te eis tweërlei van aard was, nl eerstens om die moontlikheid van same-spanning uit te skakel tussen die passasier en eienaar of bestuurder deur nalatigheid aan een van laasgenoemde toe te dig en sodoende 'n eis te laat slaag; en tweedens om premies laag te hou (par 6 2 1 13). Die kommissie het bevind dat dit onwaarskynlik is dat die eienaar of bestuurder meined sal pleeg om 'n passasier te verryk (par 6 2 1 17) en dat "die feit dat sekere passasiers geen verlies of skade kan verhaal nie beteken dat die Wet nie ten volle aan sy doel beantwoord nie" (par 6 2 1 21). 'n Verhoging in premies wat deur die afskaffing van bestaande beperkinge op passasiers se verhaalsreg meegebring word, is na die mening van die kommissie geregverdig (par 6 4 2 1). Hierdie verdere beperking ten opsigte van passasiers wat vervoer word in die loop van die besigheid van die bestuurder (waar die bestuurder nie die eienaar is nie) is dus direk in stryd met die bevindings en aanbevelings van die kommissie.

Wat kategorie (ii) hierbo betref, dit wil sê werknemers van die eienaar of bestuurder wat in die loop van hul diens vervoer word, geld die beslissing in *Mphosi v Central Board for Co-operative Insurance Ltd* 1974 4 SA 633 (A) steeds. Dit beteken dat 'n werknemer van die eienaar of bestuurder wat beseer word as gevolg van sy werkgewer se nalatige bestuur geen verhaal teen laasgenoemde se versekeraar het, indien die werknemer geregtig is op skadevergoeding ingevolge die Ongevallewet 30 van 1940 nie. In die *Mphosi*-saak het die appèlhof naamlik beslis dat a 7(a) van die Ongevallewet in die weg staan van so 'n verhaalsreg teen die versekeraar, omdat 'n verhaalsreg teen die eienaar of bestuurder van die betrokke voertuig 'n voorvereiste is vir die reg om as derde party te kan eis (sien a 23(a) van Wet 56 van 1972). Aangesien a 7(a) van die Ongevallewet 'n verhaalsreg van werknemer teen werkgewer uitsluit waar vergoeding ingevolge die Ongevallewet aan die werknemer betaalbaar is, word in so 'n geval nie aan die voorvereiste vir die reg om as derde party te kan eis (a 23(a) van Wet 56 van 1972) voldoen nie. Die anomalie is dus dat 'n werknemer wat vervoer word in 'n motorvoertuig wat deur sy werkgewer bestuur word nie dieselfde besker-

ming geniet as wat hy geniet indien die voertuig deur 'n mede-werknemer bestuur word nie.

Wat betref kategorie (i) hierbo, naamlik passasiers wat teen vergoeding vervoer word, het lank onsekerheid geheers oor die betekenis van "vergoeding" in hierdie verband en in Wet 56 van 1972 word nou bepaal (a 1(1)) dat die vergoeding wettig moet wees ingevolge die Motortransportwet 39 van 1930.

Ten einde aan die lede van saamryklubs beskerming te verleen, moes sowel die Motortransportwet as die Wet op Verpligte Motorvoertuigversekering dus in 1974 gewysig word. Hierdie soort skemas word nou as vervoer teen vergoeding beskou en is nie onderworpe aan die bepalings van die Wet op Padvervoer 74 van 1977 (die plaasvervanger van die Motortransportwet) nie. Om hierdie uitbreiding te bewerkstellig, was ingewikkelde omskrywings van wat onder saamryskemas verstaan moet word in a 1(2)(h) en (i) van die Wet op Padvervoer nodig.

Dit blyk dus dat die uitsondering van sekere kategorieë passasiers vir die doeleindes van 'n verhaalsreg ingevolge Wet 56 van 1972 taamlik gekompliseerd is, sekere anomalieë skep, en nie werklik beantwoord aan die doel van die wet nie. In Engeland is soortgelyke beperkings op die verhaalsreg van passasiers in 1972 afgeskaf (*MacGillivray Parkington on Insurance Law* (6e uitg 1975) par 2313) en in Australië het alle passasiers reeds sedert 1942 'n verhaalsreg (sien die kommissieverslag par 6 2 1 18). Dit is jammer dat die wetgewer nie gehoor gegee het aan die aanbevelings van die kommissie deur geheel en al weg te doen met die uitsondering van sekere kategorieë passasiers nie.

3 Uitsluiting van versekeraar se aanspreeklikheid

Ingevolge a 23 van die wet is 'n versekeraar nie aanspreeklik indien nòg die eienaar nòg die bestuurder van die betrokke motorvoertuig aanspreeklik sou gewees het as die wet nie aangeneem was nie. Verder, soos hierbo bespreek, is die versekeraar ook nie aanspreeklik teenoor passasiers in die betrokke motorvoertuig tensy hulle in sekere uitgesonderde kategorieë val nie. Voortaan is die aanspreeklikheid van die versekeraar op twee nuwe gronde ook uitgesluit.

3 1 *Mediese ondersoek en verslae*: Die versekeraar is nie aanspreeklik teenoor 'n eiser wat onredelik weier of versuim om hom op die versoek en koste van die versekeraar aan 'n mediese ondersoek te onderwerp, of wat weier of versuim om afskrifte van relevante mediese verslae aan die versekeraar te voorsien, of wat weier of versuim om die versekeraar toe te laat om insae te hê in relevante verslae in die besit van 'n hospitaal of geneesheer nie (a 23(c)). Deur hierdie bepaling word dit vir die versekeraar moontlik gemaak om voortaan in geval van twyfel oor die eiser se weergawe van die aard en omvang van sy beserings vóór dagvaarding 'n onafhanklike mediese ondersoek af te dwing, benewens die mediese verslag wat deel vorm van die MVA 13-eisvorm. Voorheen het slegs die MVA-fonds hierdie reg gehad ten opsigte van eise wat voortspruit uit ongelukke waarby 'n onversekerde en ongeïdentifiseerde motorvoertuig betrokke is (regulasies 5(1)(b)(v) en

6(1)(e)(i)). Deurdat ook die versekeraar nou voor dagvaarding 'n onafhanklike ondersoek kan afdwing en insae kan kry in mediese verslae, sal die afdeling van eise bespoedig kan word en die versekeraar beter in staat gestel kan word om 'n realistiese skikkingsaanbod te maak (sien par 6 17 1 van die kommissieverslag).

3 2 *Hantering van eise deur prokureurs*: Die versekeraar is voortaan nie aanspreeklik indien die eis nie (i) deur die eiser self, of (ii) ten behoeve van die eiser deur iemand wat geregtig is om as prokureur in die Republiek te praktiseer, of (iii) deur 'n werknemer of verteenwoordiger van 'n staat, regering of provinsiale administrasie ingestel is nie.

Die belangrikste uitwerking van hierdie bepaling is om die hantering van derde party-eise namens eisers tot die prokureursberoep te beperk. Sogenaamde eisekonsultante wat nie prokureurs is nie kan dus voortaan nie meer namens kliënte eise instel nie. Hierdie wysiging is deur die kommissie aanbeveel weens die moontlikheid van uitbuiting deur eisekonsultante, wat nie soos prokureurs aan beheermaatreëls ten opsigte van tariewe en etiek onderworpe is nie en ook gewoonlik nie oor regsopleiding beskik nie (par 6 8 van die kommissieverslag). Eisekonsultante kan dus voortaan nie namens kliënte eise *instel* of geld ontvang nie, maar word blykbaar nie verhinder om steeds kliënte met advies te bedien nie (sien die kommentaar van die minister van vervoer 1978 Hansard 12 4663-4664).

4 Skadevergoeding en koste

Rente op die bedrag van skadevergoeding wat deur 'n hofbevel toegeken word, is voortaan eers vanaf 14 dae ná die bevel betaalbaar (a 21(1A)). Omdat versekeraars nie altyd in staat is om op die plek waar die hofbevel gegee word onmiddellik die skadevergoeding en koste te betaal nie, word ooreenkomstig die aanbeveling van die kommissie (par 6 26) nou aan hulle 'n tydperk van 14 dae grasie vir betaling verleen.

Verder word bepaal dat 'n hof by die gee van 'n kostebevel 'n skriftelike skikkingsaanbod wat die versekeraar gemaak het voor die dagvaarding aan hom beteken is in aanmerking kan neem (a 21(1B)). Normaalweg moet 'n skikkingsaanbod by 'n eis om skadevergoeding gepaard gaan met 'n inbetaling van die betrokke kontantbedrag by die hof. Dit het die uitwerking dat, indien die aanbod nie aanvaar word nie en met die saak voortgegaan word en die hof dan uiteindelik nie 'n groter bedrag aan skadevergoeding toestaan as wat ter skikking aangebied is nie, die eiser se verhaalbare regskoste beperk word tot die koste tot en met die datum van ontvangs van die aanbod aangegaan. Aangesien die geld waaruit derde party-eise betaal word alles in 'n sentrale fonds (die MVA-fonds) belê word, sou die bedrag wat 'n skikkingsaanbod vergesel of uit die fonds getrek moet word, met gevolglike renteverlies, of deur die versekeraar self voorsien moet word. Die kommissie het bevind dat nie een van hierdie moontlikhede aanvaarbaar is nie, en gevolglik aanbeveel dat 'n skikkingsaanbod deur 'n derde party-versekeraar voortaan nie meer deur die betaling van 'n kontantbedrag vergesel hoef te word nie (par 6 22).

Verder word bepaal dat skadevergoeding wat toekomstige koste insluit,

byvoorbeeld hospitaalkoste of ander mediese koste wat nog opgeloopt sal word, in die toekoms, nadat die koste aangegaan is en bewys daarvan gelewer is, deur die versekeraar betaal kan word. Ook vergoeding vir toekomstige verlies aan inkomste of onderhoud kan voortaan paaieimentsgewys deur die versekeraar betaal word (a 21(1C)). Die kommissie het hierdie wysigings aanbeveel omdat beramings van toekomstige onkoste en van lewensverwagting met die oog op verlies aan inkomste weens talle onbekende faktore foutief kan wees (par 6 21). In plaas van 'n enkele bedrag dadelik te betaal, kan die versekeraar dus onderneem of deur die hof beveel word om slegs toekomstige onkoste te vergoed wat werklik aangegaan is, en om verlies aan verdienste of onderhoud paaieimentsgewys te betaal vir die volle lewensduur van die beseerde en, na sy afsterwe, dié deel van sy inkomste te betaal waarop sy afhanklikes geregtig is. Waarskynlik sal by so 'n aanvanklike ooreenkoms of hofbevel rekening gehou word met waardevermindering van geld weens inflasie. Die moontlikheid bestaan egter dat die betrokke partye op 'n latere stadium indien 'n geskil ontstaan weer eens 'n hofbevel sal moet verkry (sien 1978 Hansard 10 4307-4308).

5 Verjaring

Die reg om van 'n bevoegde versekeraar skadevergoeding te eis, verjaar na die verloop van twee jaar vanaf die datum waarop die eis ontstaan het (a 24(1)(a)). Volgens die wetsontwerp soos vir die eerste maal in die volksraad gelees, sou verjaring loop vanaf die datum van die gebeurtenis wat die betrokke liggaamlike besering of dood veroorsaak het. Omdat hierdie formulering onder meer sou beteken dat die eis van 'n afhanklike van 'n beseerde sou verval indien die beseerde meer as twee jaar ná die ongeluk sou sterf, is die aanvangsdatum van verjaring uiteindelik onveranderd gelaat, naamlik die datum waarop die eis ontstaan (sien 1978 Hansard 10 5654). Wat dit betref, verskil die Wet op Verpligte Motorvoertuigversekering van die Verjaringswet 68 van 1969, want laasgenoemde wet bepaal dat verjaring loop vanaf 'n skuld *opeisbaar* word (a 12(1)). Gevolglik is die bepaling in die Verjaringswet waarvolgens 'n skuld wat nie uit ooreenkoms ontstaan nie geag word nie *opeisbaar* te wees nie voordat die skuldeiser kennis dra van die identiteit van die skuldenaar en die feite waaruit die skuld ontstaan (a 12(3)), nie op derde party-eise van toepassing nie (*Apalamah v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1975 2 SA 229 (D)). Die derde party wat ten spyte van redelike pogings nie betyds kan vasstel wie sy beserings veroorsaak het nie kan hom dus steeds nie op a 12(3) van die Verjaringswet beroep nie.

Die beginsel dat verjaring nie loop teen persone wat handelingsonbevoeg of beperk handelingsbevoeg is nie geld ook ten opsigte van derde party-eise. In dié verband is al op grond van die gemene reg beslis dat verjaring nie loop teen 'n derde party wat bewusteloos is nie (*SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd v Mapipa* 1973 3 SA 603 (OK); *Marais v Commercial Union Ass Co of SA Ltd* 1977 2 SA 269 (T)). Verder is al beslis dat verjaring nie teen 'n derde party wat 'n minderjarige is loop nie (*President Versekeringsmaatskappy Bpk v Yu Kwam* 1963 3 SA 766 (A)). In die geval van 'n minderjarige derde party is a 13 van die Verjaringswet van toepassing, met die gevolg dat die reg om skadevergoeding te eis een jaar ná meerderjarigheidswording verjaar (*Jonker v Rondalia Versekeringsmaatskappy Bpk*

1976 2 SA 334 (OK)). Die onderliggende beginsel dat verjaring nie loop teen 'n derde party wat handelingsonbevoeg of beperk handelingsbevoeg is nie word dus konsekwent in die regspraak gehandhaaf, maar desnieteenstaande het die wetgewer dit nodig gevind om nou a 24(1)(b) in die Wet op Verpligte Motorvoertuigversekering te voeg, waarvolgens verjaring van 'n derde party se eis nie loop teen (i) 'n minderjarige, (ii) iemand wat as 'n pasiënt ingevolge die bepalings van die Wet op Geestesgesondheid 18 van 1973 aangehou word, en (iii) 'n persoon onder kuratele, nie. Hierdie bepaling bevestig dus in beginsel die bestaande posisie.

Die eienaardigheid is egter dat verjaring steeds teen 'n handelingsonbevoegde of beperk handelingsbevoegde derde party loop vir sover die MVA-fonds by so 'n persoon se eis betrokke is. Dit beteken byvoorbeeld dat 'n minderjarige wat deur 'n onversekerde voertuig beseer word se eis teen die eenaar (ingevolge a 3(1) van die wet) eers een jaar na meerderjarigheidswording verjaar, maar indien vonnis verkry is teen die eenaar en hy nie binne 21 dae betaal nie, sal die MVA-fonds slegs aanspreeklik wees indien die dagvaarding binne twee jaar en 90 dae vanaf die ongeluk aan die eenaar beteken was (regulasie 5(1)(a)(ii)). Ook die reg om die MVA-fonds na aanleiding van 'n tref-en-trap-ongeluk te dagvaar, verjaar binne twee jaar en 90 dae vanaf die ongeluk, ongeag die handelingsonbevoegdheid of beperkte handelingsbevoegdheid van die eiser (regulasie 6(1)(b)(i)).

Verjaring loop nie gedurende 'n grasietydperk van 90 dae ná indiening van die eis by die betrokke versekeraar nie (a 25(2)). Vroeër kon die versekeraar hoegenaamd nie binne hierdie grasietydperk gedagvaar word nie (*Santam Ins Co Ltd v Vilakasi* 1967 1 SA 246 (A)). Voortaan kan die eiser, indien die versekeraar voor die verstryking van die 90 dae aanspreeklikheid vir die eis skriftelik ontken, te eniger tyd na die ontkenning 'n dagvaarding aan die versekeraar beteken (a 25(2)). Hierdie wysiging voorkom verdere vertraging in gevalle waar die versekeraar reeds voor verstryking van die grasietydperk aanspreeklikheid ontken (sien par 6 19 van die kommissieverslag).

Voorheen kon dit gebeur dat 'n eis verjaar omdat 'n gebrekkige eisvorm by 'n versekeraar ingedien is (die verkeerde versekeraar is by aangespreek) en die eiser dan nie betyds op die gebrek gewys word nie (sien par 6 18 van die kommissieverslag). Die eiser word nou tegemoetgekom deurdat 'n eis wat binne ses maande na die ongeluk ingedien is, geag word in alle opsigte regsgeldig te wees indien die versekeraar nie binne 60 dae na ontvangs daarvan beswaar maak teen die geldigheid daarvan nie (a 25(1)(b)).

6 Kondonasië van verjaring

Indien 'n derde party-eis verjaar het, kan die eiser binne 90 dae vanaf die verjaringsdatum by die hof aansoek doen om kondonasië van verjaring. Ten einde met so 'n aansoek te slaag, moet die eiser kan aantoon dat daar op grond van "spesiale omstandighede" nie redelikerwys van hom of, (soos die wet nou bepaal) indien hy iemand anders opdrag gegee het om namens hom op te tree, van so iemand, verwag kon word om die eis betyds in te dien of die prosesstukke waardeur die loop van verjaring gestuit kon word betyds te beteken nie (a 24(2)(i) en (ii)). Die wet bepaal ook nou dat onder "spesiale

omstandighede" nie ook "enige nalate, versuim of onkunde" verstaan word nie (a 1).

Hierdie wysiging volg op onlangse appèlhofbeslissings waar die houding ingeneem is dat nalatigheid van regsadviseurs of onkunde aangaande die verjaringstydperk wel as "spesiale omstandighede" ingevolge a 24(2) kan kwalifiseer (vgl *Webster v Santam Ins Co Ltd* 1977 2 SA 874 (A) 883; *Bezuïdenhout v AA Mutual Ins Assoc* 1978 1 SA 703 (A)). Nou word uitdruklik bepaal dat sodanige nalatigheid of onkunde nie 'n grond vir kondonasië van verjaring is nie. Ter motivering van hierdie wysiging het die minister van vervoer in die volksraad gesê dat "dit nie van die motorryer verwag (kan) word om professionele indenniteitsversekering aan hulle (dws prokureurs) te verskaf nie. 'n Eiser word deur prokureurs se indenniteitsversekering teen die prokureur se nalatigheid beskerm" (1978 Hansard 10 4304). Dit is egter te betwyfel of die belange van die motorryer gedien word deur hierdie wysiging. Hoewel 'n prokureur sowel kontraktueel as deliktueel teenoor sy kliënt aanspreeklik kan wees vir vermoënskade wat deur sy nalatigheid veroorsaak word, sal die kliënt benewens kontraktbreuk of nalatigheid deur die prokureur ook nog moet bewys dat sy derde party-eis sou geslaag het indien dit nie vir die prokureur se kontraktbreuk of nalatigheid was nie (sien *Gauntlett* "Verjaarde MVA-eise en Professionele Nalatigheid" 1978 *THRHR* 45 51). Dit is billiker om 'n kliënt wat hom op die professionele bekwaamheid van 'n prokureur verlaat het eers die moontlikheid te bied om kondonasië van verjaring te verkry voordat hy verplig word om teen die prokureur self te ageer en om sodoende 'n dubbele skuld-oorsaak te moet bewys.

7 Besonderhede van eis

By derde party-eise waar uiteindelik 'n dagvaarding uitgereik en aan die versekeraar beteken word, het die gebruik ontstaan om so min inligting as moontlik in die dagvaarding te verstrek, sodat die verweerder wat verskyning aanteken, verplig word om verdere besonderhede aan te vra. Die verweerder op sy beurt verstrek in sy pleit ook so min inligting as moontlik met die gevolg dat die proses homself herhaal. Die kommissie het aanbeveel dat die eiser verplig moet word om voldoende besonderhede tesame met die dagvaarding te verstrek (par 6 23 van die kommissieverslag), en ingevolge a 25(1)(a) moet die voorgeskrewe eisvorm nou ook vir voorgeskrewe stawende bewyse en besonderhede voorsiening maak.

MAX LOUBSER

Universiteit van Stellenbosch

Vonnisse

UNIVERSITEIT VAN PRETORIA v TOMMIE MEYER FILMS (EDMS) BPK 1977 4 SA 376 (T)

Persoonlikheidsregte en immaterieelgoedereregte van 'n universiteit – belang van leer van subjektiewe regte vir deliktereg – boni mores as onregmatigheidskriterium.

1 Die feite van die saak was kortliks soos volg: die respondent is die vervaardiger van 'n rolprent, “Die Springbok”, wat die verhaal uitbeeld van Attie Louw, 'n kleurling wat hom as blanke voordoen en aan die Universiteit van Pretoria studeer. Attie is die universiteit se rugbyheld en aspireer om Springbok te word. Attie en die dogter van Landman, 'n blanke en Springbokkeurder, is op mekaar verlief. Landman word bewus van Attie se kleurlingskap waarna hy poog om Attie op onetiese wyse in sy rugbyloopbaan te benadeel. Die tweestryd tussen Attie en Landman, wat die kern van die verhaal uitmaak, het onder andere tot gevolg dat Attie opsetlik in 'n rugbywedstryd beseer word, dat sy kleurlingskap deur die Sondagpers openbaar gemaak word en dat hy uiteindelik moet afsien van rugby en van sy geliefde.

2 Die applikant doen aansoek om 'n interdik ten einde die vertoning van die rolprent te verbied op grond daarvan dat dit die universiteit se reg op privaatheid, goeie naam en vermoënsbelange sou aantas. Die hof wys die aansoek van die hand.

3 As uitgangspunt vir sy beslissing aanvaar regter Mostert die leerstuk van subjektiewe regte soos in die Suid-Afrikaanse reg uiteengesit deur veral Joubert (*Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (1953); 1958 *THRHR* 12 98) en skrywers van handboeke en proefskrifte wat Joubert se benadering volg (sien 381–383). Hierdie aanvaarding van die leerstuk van subjektiewe regte as grondslag vir die hantering van deliktuele probleme tesame met die er-

kenning dat die leerstuk vrugbaar aangewend kan word by die hantering van probleme wat in die praktyk voorkom, is van kardinale belang vir die toekomstige ontwikkeling van ons deliktereg. (Sien Van der Walt 1977 *TSAR* 265 268–269.)

4 Met betrekking tot die leerstuk van subjektiewe regte aanvaar die hof onder meer die volgende:

(a) dat die onregmatigheid van 'n handeling in gevalle van persoonlikheidskrenking en vermoënsbenadeling in beginsel in die inbreukmaking op 'n subjektiewe reg geleë is (387A–B);

(b) dat onregmatigheid (dws inbreukmaking op 'n subjektiewe reg) in beginsel aan die hand van die boni mores (die redelikhedskriterium of die maatstaf van die “regsoortuiging van die gemeenskap”) bepaal word (387C);

(c) dat die subjektiewe reg te make het met 'n tweërlei verhouding, naamlik die subjek-subjek-verhouding, dws die verhouding tussen die reghebbende as regsobjek en alle ander regsobjekte wat regtens verplig is om nie op eersgenoemde se reg inbreuk te maak nie; en die subjek-objek-verhouding, dws die betrekking wat tussen die reghebbende en die objek of voorwerp van sy reg bestaan (382B–E, met verwysing na Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1970) 56–57);

(d) dat regsobjekte basies in vier groepe geklassifiseer kan word, naamlik sake (voorwerpe uit die stoflike natuur), persoonlikheidsgoedere (aspekte van die menslike persoonlikheid), immateriële goedere (onstoflike produkte van die

menslike gees en werkdadigheid), en prestasies (menslike handelinge) (382H-383C, met verwysing na Joubert 1958 *THRHR* 12 98 113);

(e) dat die aard en karakter van 'n bepaalde subjektiewe reg in 'n hoë mate bepaal word deur die aard van die objek van die betrokke reg (382D, met verwysing na Van der Merwe en Olivier (1970) 56-57), vandaar die benamings saaklike, persoonlikheids-, immaterieelgoedere- en persoonlike regte;

(f) dat die uitgangspunt dat onregmatigheid basies geleë is in die aantasting van 'n subjektiewe reg, nie die bestaan of ontwikkeling van ander onregmatigheidskriteria vir besondere gevalle en behoftes uitsluit nie (387A-B). Sonder om daarop in te gaan, verwys regter Mostert na norm- of pligskenning as aanvullende kriterium, "veral by lastige gevalle soos die veroorsaking van suiwer finansiële verlies en wanvoorstelling" (387B. Die hof verwys in hierdie verband na Van der Walt se proefskrif *Risiko-aanspreeklikheid uit Onregmatige Daad* (1974) 322 ev. Vgl ook Van der Walt 1977 *TSAR* 265 269).

5 Die erkenning van meerdere onregmatigheidskriteria sluit myns insiens nie die verdere ontwikkeling van die leerstuk van subjektiewe regte uit nie. Daar bestaan geen beletsel teen die erkenning van "nuwe" beskermingswaardige regsobjekte, of selfs kategorieë van regsobjekte, binne die raamwerk van dié leerstuk nie. Dit geld veral met betrekking tot die persoonlikheidsregte waar steeds nuwe beskermingsbehoefte sýe van die persoonlikheid onder die aandag kom. So is die reg op privaetheid byvoorbeeld eers betreklik onlangs in die Suid-Afrikaanse reg as 'n selfstandige persoonlikheidsreg erken (sien Neethling 1976 *THRHR* 121 126 en *Die Reg op Privaetheid* (proefskrif (1976)). Afgesien van hierdie reg identifiseer regter Mostert ook vir die eerste keer in die regspraak die reg op identiteit as selfstandige persoonlikheidsreg (386G). Aangesien die toepassingsgebied van hierdie reg in die Suid-Afrikaanse reg nog onverkende terrein is, is dit wenslik om die aard en inhoud

daarvan nader te presiseer.

Neethling verstaan onder "identiteit" "fasette van 'n persoon se persoonlikheid wat hom as 'n bepaalde persoon identifiseer; wat dus kenmerkend van of eie aan hom is, en hom sodoende van andere onderskei, dws sy lewensgeskiedenis, sy karakter, sy stem, sy handskrif, sy gestaltebeeld, sy naam, ens. 'n Persoon het 'n besliste belang daarin dat die eieaard van sy wese en handelinge deur buitestaanders gerespekteer moet word" (proefskrif 295). Identiteit moet duidelik van privaetheid onderskei word aangesien hierdie persoonlikheidsgoedere, soos in die Amerikaanse reg, maar alte maklik oor dieselfde kam geskeer word. Privaetheid word omskryf as "'n individuele lewenstoestand van afsondering van openbaarheid. Hierdie lewenstoestand omsluit al daardie persoonlike feite wat die belanghebbende self bestem om van kennismaking deur buitestaanders uitgesluit te wees en ten opsigte waarvan hy 'n privaathoudingswil het" (Neethling (proefskrif) 287. Sien ook die onderhawige saak 384H.) Identiteit word geskend indien aanduidings (indicia) daarvan sonder magtiging gebruik word op 'n wyse wat die ware beeld van die reghebbende geweld aandoen. "Anders as wat by identiteitskending die geval is, word privaetheid nie geskend deur *onware of valse* aanwending van *indicia* van identiteit nie, maar deur 'n kennismaking met *ware* private feite aangaande die reghebbende in stryd met sy bestemming en wil" (Neethling (proefskrif) 296).

Twee wyses waarop identiteit geskend kan word, blyk uit die Amerikaanse "torts", "publicity which places the plaintiff into a false light in the public eye" en "appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness" (Neethling (proefskrif) 295; die onderhawige saak 386H-387A). Voorbeelde van albei hierdie wyses van identiteitskending het reeds in die Suid-Afrikaanse reg onder die dekmantel van privaetheidskending voorgekom. In *O'Keeffe v Argus Printing and Publishing Co Ltd* 1954 3 SA 244 (K)

is 'n foto van 'n ongetroude dame sonder haar toestemming as deel van 'n advertensie van wapens en ammunisie gepubliseer. Alhoewel die eiseres haar aksie instel op grond daarvan dat die publikasie haar reg op privaatheid krenk, is hierdie duidelik 'n geval van identiteitskending by wyse van die aanwending van die eiseres se eie beeld tot die voordeel van die verweerder. (Sien Neethling (proefskrif) 376.) In *Kidson v SA Associated Newspapers Ltd* 1957 3 SA 461 (W) weer het die verweerder foto's van die eiseresse, al drie verpleegsters, sonder hul toestemming in 'n dagblad afgedruk met 'n berig daarby dat hul eensame verpleegsters is wat kereels soek. Twee van die eiseresse was verloof en een getroud. 'n *Valse beeld* word derhalwe van die eiseresse by die publiek geskep en bygevolg word hul reg op identiteit geskend.

Uit bostaande moet egter nie afgelei word dat 'n privaatheidskending en 'n identiteitskending nie hand aan hand kan gaan nie. Dit kan trouens maklik gebeur, soos die feite in die *Kidson*-saak illustreer: die eiseresse het wel toegestem tot die neem en publikasie van die foto's, maar nie vir die doel waarvoor dit aangewend is nie. Afgesien van die identiteitskending is daar dus ook 'n privaatheidskending voorhande aangesien 'n persoonlike feit rakende die eiseresse, naamlik hulle eie beeld, in stryd met hulle bestemming en wil gepubliseer is. (Vgl die definisie van privaatheid hierbo.)

Myns insiens behoort, benewens die pasgenoemde persoonlikheidsregte, ook 'n selfstandige persoonlikheidsreg erken te word op persoonlike *gevoelens* met betrekking tot liefde, piëteit, kuisheid, godsdiens, ensovoorts. (Sien my aantekening in 1976 *Codicillus* (1) 11 16.)

Regter Mostert verleen ook erkenning aan die bestaan van immaterieel-goedereregte op die werfkrag en op onderskeidingstekens (386D-G. Sien in hierdie verband Van Heerden *Grondslae van die Mededingingsreg* (1961) 133 ev en paragraaf 14 hieronder).

6 Die hof aanvaar tereg dat onregmatigheid in beginsel geleë is in die inbreukmaking op 'n subjektiewe reg (387A). Aangesien dit die geval is, *kan* iedere feitelike versteuring van die reghebbende se genot en gebruik ten opsigte van sy regsobjek as 'n skending van die betrokke reg in aanmerking kom (Van Heerden 162; Neethling 1978 *THRHR* 89 90-92; Van der Merwe en Olivier (1976) 60). Sodanige feitelike versteuring beteken egter nie dat daar *noodwendig* ook 'n aantasting van die betrokke subjektiewe reg was nie. Van 'n *regs aantasting* (onregmatigheid) kan slegs sprake wees indien die feitelike versteuring met 'n *normskending* gepaard gaan aangesien die grense van 'n subjektiewe reg deur regsnorme bepaal word. (Sien Van Heerden 154; Neethling 1978 *THRHR* 89 92; Van der Merwe en Olivier (1976) 60.) Die maatstaf wat aangewend word om vas te stel of 'n bepaalde aantasting van die subjek-objek-verhouding regtens ongeoorloof is, is dié van redelikheid of die *boni mores* (regsoortuiging van die gemeenskap) (387C; Neethling (proefskrif) 313; Van der Merwe en Olivier (1976) 60-61). Om gevolglik as onregmatig aangemerkt te word, moet 'n dader se optrede nie alleen feitlik inbreuk maak op die subjek-objek-verhouding nie, maar terselfdertyd ook onredelik of gemeenskapstrydig wees (normskending daarstel) (Neethling 1978 *THRHR* 89 92; Van der Merwe en Olivier (1976) 60).

7 Aantasting van die verhouding tussen 'n regsobjek en sy regsobjek geskied meestal by wyse van 'n direkte inwerking op die objek self: die dader beskuldig byvoorbeeld die reghebbende se motor met sy eie of tas sy liggaamlike integriteit aan deur hom deur die gesig te klap of krenk sy eiergevoel deur hom vernederende woorde toe te voeg. Inwerking op die subjek-objek-verhouding kan ook op 'n indirekte wyse geskied waar die dader, sonder om direk op die reghebbende se objek in te werk, die reghebbende se gebruiks- of genotsbevoegdheid ten opsigte van sy objek aantast: die dader versteek byvoorbeeld

die reghebbende se motorsleutels sodat laasgenoemde nie sy motor kan gebruik nie of hy beskadig 'n elektriese kabel wat die reghebbende se fabriek van krag voorsien met die gevolg dat produksie gestaak word. (Vgl *SCM v Whittal* 1970 3 WLR 696.)

8 Soos gestel, beteken die blote feit dat daar 'n feitelike versteuring van die subjek-objek-verhouding plaasgevind het, nie sonder meer dat die dader se optrede onregmatig was nie (dws dat daar 'n regskenking was nie). Dit moet verder vasstaan dat die versteuring in stryd met die regsdoortuiging van die gemeenskap (boni mores) geskied het.

Die hof moet ex post facto, dws by wyse van 'n diagnose (sien Van Rensburg *Normatiewe Voorsienbaarheid as Aanspreeklikheidsbegreningsmaatstaf in die Privaatreg* (1972) 19 vn 65), beoordeel of die skending van die subjek-objek-verhouding in die lig van al die omstandighede wat inderdaad by die skending aanwesig was, volgens die opvattinge van die gemeenskap as geoorloof of ongeoorloof aangemerkt moet word. Die toepassing van die redelikheidskriterium behels basies '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 (387C-D van die onderhawige saak; Potgieter en Van Rensburg 1977 *THRHR* 379 383; Van der Walt 1978 *THRHR* 79-80). By hierdie afweegproses is die gemeenskapsbelang ook relevant (387C-D).

“Deur die maatstaf van die ‘regsoortuiging van die gemeenskap’ . . . toe te pas, verkry die regstelsel die voordeel van die wisselwerking tussen die ethos en geregtelike voorbeeld, en 'n soepelheid wat by meer presedentgebonde stelsels ontbreek” (387B-D).

In sy rol as vertolker van die gemeenskap se regsgevoel verhef die regter nie eenvoudig sy persoonlike standpunt aangaande reg en verkeerd tot onregmatigheidsmaatstaf nie. Die boni mores-maatstaf is 'n objektiewe maatstaf. (Sien Van der Merwe en Olivier (1976) 60-

61.) Dit is die taak van die regter om die gemeenskapsoortuiging te vertolk in die lig van sy eie kennis daaromtrent, aangevul deur die inligting wat hy daaromtrent ingesamel het met betrekking tot die betrokke vraagstuk, en dié vertolking op die probleem toe te pas met inagneming van die besondere omstandighede van die geval. (Vgl bv appèlregter Rumpff se benadering soos dit blyk uit sy uitspraak in *S v Goliath* 1972 3 SA 1 (A). sien in verband met die bewys van die boni mores, Van Wyk 1975 *THRHR* 383-387.)

Die boni mores-benaming dui hier nie op wat die gemeenskap as sosiaal, moreel of sedelik reg of verkeerd beskou nie. Dit gaan hier ook nie om die vraag of die handeling vir byvoorbeeld die straf- of administratiefreg as onregmatig aangemerkt moet word nie. In hierdie verband is die boni mores 'n maatstaf waarmee vasgestel word of 'n bepaalde handeling volgens die opvattinge van die gemeenskap *deliktueel* onregmatig is al dan nie. (Vgl *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 596C en 597B; Neethling en Van Rensburg 1973 *THRHR* 427 430-31; Strauss *Toestemming tot Benadeling as Verweer in die Strafreg en die Delikterege* (proefskrif 1961) 422; Van Rensburg 1976 *THRHR* 175 176.)

9 Die algemene boni mores- of redelikheidskriterium moet nie as die enigste of alleenstaande kriterium vir die vaststelling van onregmatigheid beskou word nie. Dit is hoogstens 'n aanvullende onregmatigheidskriterium aangesien die gemeenskapsopvatting aangaande optrede wat as deliktueel reg of verkeerd beskou moet word, met verloop van tyd reeds uitdrukking gevind het in talle konkrete gemeenregtelike of statutêre norme. Aan die een kant kan die blote *verbreking* van 'n bepaalde konkrete regsnorm, gepaardgaande met 'n versteuring van die subjek-objek-verhouding, daarop dui dat die dader se optrede onregmatig was. Dit is byvoorbeeld vir 'n grondeienaar wat skade ly weens die optrede van sy buurman waardeur sydelingse steun hom ontnem word, onnodig om hom op die

algemene redelikhedskriterium te beroep ten einde aan te toon dat die buurman se optrede onregmatig was. Die reël van die bureg dat 'n grond-eienaar geregtig is op die sydelingse steun van sy buurman se grond, weerspieël reeds die regsgevoel van die gemeenskap in dié besondere geval en 'n verbreking van die reël stel onregmatigheid daar. (Vgl *Rhodesian Printing and Publishing v Duggan* 1975 1 SA 590 (RA) 594-6; Neethling (proefskrif) 405.)

Aan die ander kant dui die *voldoening* aan bepaalde regsnorme daarop dat die dader se optrede, wat met die eerste oogopslag onregmatig skyn te gewees het, inderdaad regmatig was. Hierdie norme wat uit die regsopvattinge van die gemeenskap gekristalliseer het, staan bekend as *regverdigingsgronde*, waaronder noodweer, noodtoestand, toestemming, saakwaarneming en uitoefening van 'n statutêre bevoegdheid. Indien dit byvoorbeeld blyk dat A vir B deur die gesig geklap het ten einde B se ernstige en onregmatige aanval op hom af te weer, is A se optrede regmatig aangesien dit beantwoord aan die vereistes vir die regverdigingsgrond *noodweer*. In hierdie geval is dit weer eens onnodig om van die algemene boni mores-maatstaf gebruik te maak ten einde vas te stel of A se optrede regmatig was. Regter Mostert gee soos volg uitdrukking aan hierdie gedagte:

“Waar die besondere deliksvorme in die kasuïstiek uitgekristalliseer het, is daar prakties nie meer behoefte aan die toepassing van hierdie algemene beginsels by die bepaling van onregmatigheid of aanspreeklikheid nie” (383F).

10 Die algemene boni mores- of redelikhedskriterium vind as aanvullende onregmatigheidsmaatstaf hoofsaaklik op twee wyses toepassing. In die eerste plek word dit as onregmatigheidstoets aangewend in daardie gevalle waar die onregmatigheid van die dader se optrede nie blyk uit die verbreking van 'n bestaande deliktuele regsnorm nie, of waar die regmatigheid daarvan nie blyk uit die aanwesigheid van 'n erkende regverdigingsgrond nie. Regter Mostert stel dit so:

“Is die kasuïstiek . . . swygend oor die aanspreeklikheids- of onregmatigheidsgevolge van 'n besondere gedraging, word die algemene maatstaf toegepas en is daar ruimte in die praktyk vir die aanwending van die algemene maatstawwe, insluitende die leer van die subjektiewe reg” (383F-G).

Sien ook Neethling (proefskrif 287). Ten einde byvoorbeeld te bepaal of die kampioenswemmer wat versuim het om 'n hulpelose kind uit die swembad te red se optrede onregmatig was, moet, weens 'n gebrek aan duidelik uitgekristalliseerde regsnorme vir aanspreeklikheid weens 'n late in hierdie besondere geval, vasgestel word of daar 'n regsplig op die swemmer gerus het om positief op te tree, met ander woorde, of die swemmer se versuim, in die lig van al die omstandighede, in stryd was met die opvattinge van die gemeenskap aangaande dit wat deliktueel reg of verkeerd is al dan nie. Hoofregter Rumpff stel hierdie gedagte myns insiens baie duidelik in *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597:

“Dit skyn op dié stadium van ontwikkeling bereik is waarin 'n late as onregmatige gedrag beskou word ook wanneer die omstandighede van die geval van so 'n aard is dat die late nie alleen morele verontwaardiging ontlok nie maar ook dat die regsortoering van die gemeenskap verlang dat die late as onregmatig beskou behoort te word en dat die gelede skade vergoed behoort te word deur die persoon wat nagelaat het om daadwerklik op te tree.”

Die boni mores-kriterium as selfstandige onregmatigheidstoets vind verder veral ook aanwending by die vraag na die onregmatigheid al dan nie van sekere persoonlikheidskrenkinge (byvoorbeeld by die vraag of bepaalde woorde *lasterlik* was (Van der Merwe en Olivier (1976) 372 ev; Van der Walt 1978 *THRHR* 79 80 en gesag daar aangehaal); by die vraag of die reg op *privaatheid* gekrenk is (Neethling (proefskrif) 312 ev); en by die vraag of bepaalde optrede inbreuk op die benadeelde se reg op sy *eer* maak het. So kan 'n verweerder byvoorbeeld aantoon dat sy krenking van 'n sensitiewe eiser

se eergevoel, deurdat hy 'n lelike woord in die eiser se teenwoordigheid gebruik het (afgesien van die sedelike afkeurenswaardigheid van sy gedrag), nie onregmatig was nie omdat, objektief beoordeel volgens die boni moresmaatstaf, sy optrede nie in die bepaalde omstandighede vir doeleindes van deliktuele aanspreeklikheid as onredelik beskou kan word nie. Die verweerder krenk wel die eiser se eergevoel, dws die *objek* van sy subjektiewe reg en versteur gevolglik die subjek-objekverhouding, maar nie die eiser se subjektiewe *reg* op sy eer nie omdat, gemeet aan die gemeenskapsoortuiging, dit nie in die bepaalde omstandighede deliktueel onregmatig was om 'n lelike woord in laasgenoemde se teenwoordigheid te gebruik nie. (Vgl Neethling 1978 *THRHR* 89-83.))

In die tweede plek word 'n beroep op die algemene redelikheidstoets noodsaaklik om as verfyningmiddel te dien veral om by grensgevalle tussen reg en onreg te kan onderskei, byvoorbeeld by die vraag of 'n dader met sy handeling die grense van noodweer oorskry het, of by die vraag of toestemming tot 'n bepaalde regsgoedskending (byvoorbeeld tot ernstige liggaamsaantasting) deur die reg gedoog moet word of nie (sien Potgieter en Van Rensburg 1977 *THRHR* 379 382-83), of by die vraag of bepaalde optrede aan die vereistes vir noodtoestand voldoen het of nie.

Die feite van *S v Goliath* 1972 3 SA 1 (A) illustreer laasgenoemde voorbeeld goed. Hier het A, onder dwang van B en uit vrees vir sy eie lewe, B gehelp om C te dood. Die hof moes beslis of A se verweer van noodtoestand gehandhaaf kon word. Die vraag behels dus 'n afweging van die bedreigde se lewe teenoor dié van die oorledene. Aangesien dit onseker was of daar in die besondere geval voldoen is aan die vereiste wat by noodtoestand gestel word, naamlik dat die belang wat opgeoffer word oor die algemeen nie groter moet wees as die belang wat beskerm word nie (sien De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1975) 89), moes by wyse van die algemene redelikheidstoets vasgestel word of aan

hierdie vereiste vir noodtoestand voldoen is al dan nie. Die appèlhof verleen, ten minste vir sover dit die strafreg betref, erkenning aan die gemeenskapsopvatting dat die gewone mens in die algemeen nie die lewe van 'n ander belangriker as sy eie ag nie. Deur middel van die aanwending van die algemene redelikhedmaatstaf word dus tot die gevolgtrekking gekom dat in die betrokke geval inderdaad aan die vereistes vir noodtoestand voldoen is.

11 Die vraag of 'n universiteit oor 'n reg op privaatheid beskik, is nog nie voorheen deur ons regspraak behandel nie (381C). Dit is juis in 'n geval soos hierdie, waar duidelik uitgekristalliseerde reëls ontbreek, waar die regs-wetenskaplike leerstuk van subjektiewe regte benut kan word ter oplossing van 'n praktiese probleem. Gevolglik is regter Mostert se uitgangspunt dat vasgestel moet word of die vertoning van die respondent se rolprent 'n subjektiewe reg van die applikant skend (387A).

12 In die eerste plek ondersoek die regter die vraag of 'n universiteit oor persoonlikheidsregte, insluitend die reg op privaatheid, beskik. Die persoonlikheidsregte soos ons moderne reg dit ken, het uit die bekende triade *corpus*, *fama* en *dignitas* ontwikkel wat as beskermde regsgoed in die Romeinse reg net op die mens betrekking gehad het (384A).

“Persoonlike leed van die aard wat by die aantasting van die *corpus*, *fama* of *dignitas* ondervind word, is uit die aard van die saak nie iets wat by die *universitas* in sy onpersoonlikheid ervaar kan word nie” (384C).

Sels al aanvaar 'n mens die bestaan van regsobjektiwiteit by 'n regs persoon, dan bly daar volgens die hof 'n restant van menslike eienskappe wat 'n mens nie aan 'n universiteit kan toedig nie (384G). Die hof is van mening dat skuldoorsaake soos seduksie, aanranding, owerspel en privaatheidskending uitsluitlik met die menslike persoon geassosieer kan word (384G). 'n Regspersoon soos 'n universiteit beskik dus

nie oor persoonlikheidsregte nie en kan gevolglik nie genoegdoening verhaal met die actio iniuriarum nie (385A-B). In hierdie verband distansieer regter Mostert hom tereg van die appèlhof-beslissing in *GA Fichardt Ltd v The Friend Newspapers Ltd* 1916 AD 1 waarin beslis is dat 'n regs persoon skadevergoeding met die actio iniuriarum kan verhaal vir skade gely weens onware bewerings aangaande die regs persoon. Regter Mostert beslis dat in so 'n geval die regs persoon se vermoënsbelange (in hierdie geval sy werfkrag) met die actio legis Aquiliae beskerm word (385H).

13 Die hof verwerp ook die applikant se argument dat die universiteit deur sekere tonele uit die rolprent "belaster" sou word (387-388). 'n Universiteit beskik nie oor 'n fama in die sin van 'n persoonlikheidsreg nie. Die "goeie naam" van die universiteit mede-bepaal sy werfkrag (385B). 'n Aantasting van die universiteit se "goeie naam" kan dus 'n aantasting van die reg op die werfkrag tot gevolg hê (385B). (Sien Van der Walt 1977 *TSAR* 265 267.)

14 Regter Mostert ondersoek die vraag of die universiteit se vermoënsbelange onregmatiglik deur 'n vertoning van die rolprent geskend sal word (386 ev). Hy beslis in navolging van Van Heerden (133) dat 'n universiteit as regs persoon, net soos 'n handeldrywende maatskappy, oor 'n reg op werfkrag beskik (386A). In die algemeen behels die werfkrag volgens die regter onder meer daardie element waardeer die ondersteuning gewerf word waarop die onderneming gemik is (386A). 'n Universiteit se werfkrag behels "die krag wat studente en donateurs tot ondersteuning van 'n universiteit stem en is 'n bate met 'n ekonomiese waarde en geregtig op erkenning as regsobjek met regsbeskerming net soos in die geval van die universiteit se stoflike regsgoed" (386E).

In hierdie verband verwys regter Mostert na die reg op identiteit. By die mens is die reg op identiteit 'n persoonlikheidsreg (sien paragraaf 5 hierbo).

Die individualisering van die onder-neming van 'n universiteit is egter in die onderskeidingsstekens van die universiteit geleë. Onderskeidingsstekens is die objek van 'n immaterieelgoederereg (386G. Sien ook Van Heerden 145 ev). Die regter bevind dat dit vir doeleindes van die uitspraak onnodig is om uit te maak of die reg op onderskeidingsstekens deel uitmaak van die reg op die werfkrag en of dit as 'n selfstandige immaterieelgoederereg beskou kan word (386G-H). Voorts vind die regter dit onnodig om aan te dui presies welke subjektiewe reg in casu ter sprake is (387A). Die kernvraag bly, volgens hom, of die vertoning van die rolprent op die betrokke subjektiewe reg van die eiser inbreuk sal maak (387A). Om hierdie vraag te beantwoord, wend hy die boni mores-toets aan (387C ev). By die belange-afwegingsproses wat die kern van die toets uitmaak, neem regter Mostert al die omstandighede van die saak, sowel as die gemeenskapsbelang, noukeurig in ag (387D ev en vgl die duidelike opsomming van die regter se werkswyse deur Van der Walt in 1977 *TSAR* 265 268 par 10). Die hof kom tot die gevolgtrekking dat 'n vertoning van die rolprent nie 'n reg van die universiteit sou skend nie. Die aansoek om 'n interdik word gevolglik met koste van die hand gewys (388E).

15 Regter Mostert se uitspraak word deur Van der Walt in sy bespreking van die onderhawige saak as van fundamentele belang beskou vir ons Suid-Afrikaanse positiewe reg en die ontwikkeling van die grondslae van ons deliktereg (1977 *TSAR* 265). Met hierdie beskouing wil ek my volkome vereenselwig. Die uitspraak illustreer hoe suiwer akademiese regsteorie sinvol en effektief aangewend kan word by die hantering van regsprobleme wat in die praktyk voorkom. Die regter se benadering getuig van 'n gesonde wisselwerking tussen teorie en praktyk wat onontbeerlik is vir die doelgerigte ontwikkeling van die regs wetenskap.

JM POTGIETER
Universiteit van Suid-Afrika

ITALTRAFO SpA v ELECTRICITY SUPPLY COMMISSION
1978 2 SA 705 (W)

Sessie in securitatem debiti – pactum de non cedendo

In hierdie beslissing doen Italtrafo (applikant) aansoek om tersydestelling van 'n beslagleggingsbevel ad fundandam jurisdictionem. Evkom het beslag laat lê op 'n vorderingsreg van R9 480 wat Italtrafo teen Evkom gehad het. Italtrafo vra om tersydestelling op grond daarvan dat die reg waarop beslag gelê is ten tye van die verweerder (Evkom) se aansoek om beslaglegging nie meer deel van applikant se boedel was nie, aangesien hy die reg in securitatem debiti aan die Bank van Napels gesedeer het.

Twee belangrike aspekte van sessie kom hier weer eens na vore, te wete die effek van 'n sogenaamde pactum de non cedendo en die effek van 'n sessie in securitatem debiti.

In die kontrak tussen Italtrafo en Evkom is 'n pactum de non cedendo wat, as dit geldig is, tot gevolg het dat Italtrafo nie geldiglik sonder Evkom se toestemming aan die Bank van Napels kon seeder nie. Waarnemende regter King verwys na *Paiges v Van Ryn Gold Mines Estates Ltd* 1920 AD 600 waar die vereiste neergelê word dat die skuldenaar 'n wesenlike en redelike belang by die vervreemdingsverbod moet hê. Die regter bevind dan dat die skuldenaar in die onderhawige geval wel so 'n belang het (710H). Hy verduidelik voorts dat 'n werkgewer van 'n werknemer met besondere bedrewenheid altyd 'n redelike en wesenlike belang by die sessieverbod sal hê. Verder wys hy met 'n beroep op *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of South Africa Ltd* 1968 3 SA 166 (A) (711A), daarop dat sodanige verbod alleen ongedaan gemaak kan word as die skuldenaar toestemming gee.

Die posisie met betrekking tot 'n pactum de non cedendo word in ons howe op onbevredigende wyse hanteer (*The South African Railways v The Universal Stores* 1914 TPD 280 286; *Paiges v*

Van Ryn Gold Mines Estates supra; *Northern Insurance Co v Methuen* 1937 SR 103; *Richter v Riverside Estates* 1946 OPD 209 226; *Du Plessis v Scott* 1950 2 SA 614 (W) 617; *Trust Bank of Africa v Standard Bank* supra 181 189E-G.) Die uitgangspunt is die volgende uitslating van appèlregter De Villiers in *Paiges v Van Ryn Gold Mines Estates* 615:

“In other words, if the stipulation can be shown to serve a useful purpose to the debtor, it is valid and binding upon the parties to the contract.”

Hieruit wil dit voorkom asof die ooreenkoms slegs tussen die partye werking het en nie teenoor derdes nie, met ander woorde as die sedent nogtans die reg sou oordra, word die sessionaris reghebbende en die skuldenaar het slegs 'n eis op grond van kontrakbreuk teenoor die sedent. Dit is egter nie die regter se bedoeling nie aangesien dit duidelik is dat die reg in sodanige geval nie op die sessionaris oorgaan nie. Die regter verklaar laasgenoemde feit met verwysing na die situasie dat die sessionaris na sessie in die plek van die sedent tree. Aangesien die reg by sy ontstaan reeds onoordraagbaar is, kan die sedent nie meer regte oordra as wat hyself het nie, gevolglik verkry die sessionaris niks nie. (Op 617: “The stipulation against cession is part and parcel of the agreement creating the right, and the right is limited by the stipulation.”) Appèlregter De Villiers se bespreking van omstandighede wat daarop kan dui dat die ooreenkoms 'n nuttige doel dien, dui op omstandighede wat feitlik altyd sal voorkom. Dit is immers vir enige skuldenaar van belang wie die persoon is aan wie hy moet betaal (615).

'n Pactum de non cedendo kan sodanig wees dat dit nie absolute onoordraagbaarheid tot gevolg het nie, maar slegs beperkings lê op vryelike oordraagbaarheid, byvoorbeeld wanneer beding word dat die skuldenaar sy

skriftelike toestemming tot enige sessie moet verleen.

Die howe beroep hulle op Sande *De Prohibita Rerum Alienatione* 4 1 1; 4 2 1 en Voet *Commentarius* 2 14 20 as gesag vir hulle interpretasie van die effek van 'n pactum de non cedendo. Die interpretasie wat die howe aan hierdie skrywers gee, is myns insiens heeltemal verkeerd.

In die eerste plek bespreek Sande nie die geldigheid van sodanige ooreenkoms nie, maar die vraag of 'n nudum pactum tot 'n aksie aanleiding gee. Hy behandel die vraag of daar in die lig van die afwesigheid van 'n causa nogtans 'n verbintenis ontstaan (Sande *De Prohibita* 4 1 1). Voet *Commentarius* 2 14 20 se bespreking dui daarop dat hy dieselfde gedagterigting aanhang, aangesien hy uitdruklik aantoon dat die persoon wat nie sy belofte nagekom het nie, volgens die Romeinse reg geen eis vir sy id quod interest gehad het nie.

Waar die Suid-Afrikaanse reg as causa vir 'n kontrak vereis dat die doel van die ooreenkoms geoorloof moet wees, behoort pacta de non cedendo sonder meer geldig te wees. Die aangehaalde gesag kan dus nie aangewend word om die geldigheid van 'n pactum de non cedendo te bepaal nie, aangesien dit betrekking het op die vraag of daar 'n aksie voortvloei uit 'n nudum pactum wat geen causa het nie.

'n Tweede punt van kritiek teen die howe se benadering is dat hulle uit bogenoemde gesag die vereiste aflei dat die skuldenaar 'n belang by die ooreenkoms moet hê of dat die ooreenkoms 'n nuttige doel moet dien. Veral Voet se bespreking het moontlik tot hierdie wanopvatting bygedra. As mens Sande en Voet se volledige besprekkings egter sorgvuldig lees, blyk dit dat hulle met "belang" die skade bedoel wat die ander party by nie-nakoming sal ly. (Sande *De Prohibita* 4 2 2: ". . . actionem ex ipso contractu, vel ex stipulatione in id quod interest contra eum, qui insuper habita conventionem alienavit."); Voet *Commentarius* 2 14 20: ". . . nulla jure Romano ad id quod interest actio dari posset, et

si maxime ex pacto detur nunc actio, ei locus esse haud poterit, cum nullius intersit.") (My kursivering.) Sande en Voet hou hulle dus in hierdie gedeeltes besig met die vraag of daar 'n persoonlike aksie om skadevergoeding (id quod interest) vir die stipulans uit die pactum de non aliendo (cedendo) ontstaan en bevind dat daar wel 'n aksie is mits hy skade gely het.

Voet verduidelik uitdruklik die effek van so 'n ooreenkoms: cum enim pactum res non afficiat, sed personam obstringat ad fidem servandam . . . (*Commentarius* 2 14 20). Die ooreenkoms het dus geen effek op die saak wat vervreem word nie, maar bind slegs die persoon om sy trou te bewaar, 'n verbreking waarvan tot 'n eis om skadevergoeding aanleiding gee.

Alhoewel Sande en Voet as gesag aangehaal word, word hulle verkeerd geïnterpreteer en dan ook nog genegeer wat hulle standpunte met betrekking tot die effek van die pactum de non cedendo aanbetref. Volgens Voet het so 'n ooreenkoms geen effek op die reg self nie, maar verbind slegs die partye by die ooreenkoms. Hierdie standpunt word egter verwerp met 'n beroep op Windscheid, Dernburg en 'n Amerikaanse beslissing. Windscheid se standpunt dat die ooreenkoms self die oordrag van die reg beperk, word verkies bo Seuffert s'n dat 'n vervreemding in stryd met 'n pactum de non cedendo geldig is. Die vraag ontstaan waarom die regters na negentiende-eeuse Duitse juriste verwys as Sande en Voet 'n klinkklare oplossing vir die probleem gee. Daar kan veral beswaar gemaak word teen die gedeeltelike gebruikmaking van Romeins-Hollandse en Duitse reg.

Volgens paragraaf 399 van die *BGB* is 'n pactum de non cedendo geldig sonder die beperkings dat dit in belang van die skuldenaar of tot sy nut moet wees. Die rede waarom die aksie by 'n vervreemdingsverbod nie oorgaan nie, is geleë in die feit dat die reg as 'n onoordraagbare reg ontstaan het. Dit kon met ander woorde nooit oorgedra word

nie, selfs nie by onvrywillige oordrag nie.

Indien die Duitse benadering gevolg word, beteken dit dat die reg alleen oorgedra kan word as albei partye daartoe ooreenkom. Deur ooreenkoms het die reg as onoordraagbare reg ontstaan en alleen deur ooreenkoms kan die posisie gewysig word.

Nienaber in Joubert *Law of SA* 2 par 345 se verklaring dat die skuldenaar se beroep op die pactum de non cedendo met estoppel afgeweer kan word, gaan myns insiens nie op nie. Die skuldenaar het geen skyn verwek nie want die reg is in wese, net soos die actio iniuriarum voor litis contestatio, onoordraagbaar. Dit sal in elk geval bykans onmoontlik vir 'n skuldenaar wees om sorg te dra dat die persoon aan wie sy skuldeiser sy reg oordra, meestal sonder die skuldenaar se medewete, nie onder die wanindruk verkeer dat die reg wel oordraagbaar is nie.

Indien die howe 'n stelsel volg waarvolgens 'n ooreenkoms tussen twee partye bindend teenoor derdes is, moet die onbillike resultate wat vir derdes daaruit voortvloei as deel van die stelsel aanvaar word. Die enigste omstandigheid waarin die resultaat vir die derde nie as onbillik beskou hoef te word nie, is die geval waar hy kennis van die ooreenkoms gehad het.

In die Suid-Afrikaanse reg is 'n pactum de non cedendo geldig, mits die skuldenaar 'n wesenlike belang daarby het. Hiervoor word verkeerdelik op Sande en Voet gesteun wat van mening is dat die ooreenkoms inter partes geld en nie teenoor derdes nie. 'n Vervreemding in stryd met 'n vervreemdingsverbod is nietig, met 'n beroep op die Duitse Pandektiste. Die pactum kan eensydig herroep word en geld slegs by vrywillige oordrag van regte, sonder verwysing na gesag. Die howe pas dus gedeeltelik Romeins-Hollandse reg en gedeeltelik Duitse reg toe. Die Romeins-Hollandse gesag word dan nog verkeernd toegepas, terwyl die Duitse reëling nie volkome aanvaar

word nie. Die posisie is tans onbevredigend en behoort na die een of die ander kant toe beslis te word, verkieslik in ooreenstemming met Romeins-Hollandsregtelike beginsels.

Alhoewel waarnemende regter King dus bevind dat die applikant vanweë die pactum de non cedendo nie aan die Bank van Napels kon sedgeer nie, gaan hy tog voort en verduidelik dat selfs al kon hy sedgeer, was die effek van daardie sessie in securitatem debiti dat die applikant die dominium behou het en dat laasgenoemde 'n bate in sy boedel is wat vir beslaglegging vatbaar is (712H in fin).

Waarnemende regter King beskou 'n sessie in securitatem debiti as 'n verpanding in navolging van *Guman v Latib* 1965 4 SA 715 (A) en *National Bank of South Africa v Cohen's Trustee* 1911 AD 235. Hy wys daarop dat die afwykende stellings in *Lief v Dettman* 1964 2 SA 252 (A) en *Trust Bank of Africa v Standard Bank* supra nie aan gevestigde regspraak afbreuk doen nie (712B-C).

Ek wil my vereenselwig met laasgenoemde uitlating van waarnemende regter King en byvoeg dat daar nog 'n hele reeks beslissings is waarin hierdie standpunt gevolg is, vgl *Scott Sessie in die Suid-Afrikaanse Reg* (Unisa 1978) 304-307.

Die regter fouteer egter, myns insiens, indien hy verpanding as die enigste vorm van 'n sessie in securitatem debiti beskou, net soos appèlregters Wessels en Botha onderskeidelik in *Lief v Dettman* supra 271E-G en *Trust Bank of Africa v Standard Bank of Africa* supra 189B ev fouteer, waar hulle te kenne gee dat 'n volkome of algehele (*out and out*) sessie die *enigste* wyse is waarop 'n sessie in securitatem debiti kan plaasvind.

Daar is myns insiens genoegsame gesag vir die standpunt dat ons reg, net soos die Franse, Nederlandse, Duitse en Engelse reg, twee vorms van sessie in securitatem debiti ken, te wete 'n verpanding en 'n sekerheidsessie (algehele

sessie), vgl Scott *Sessie* 135-138 303-314. Die gevolge (Scott *Sessie* 307 ev) van die twee vorms verskil baie en die partye moet hulle bedoeling duidelik formuleer by die sessie van die reg ten einde enige probleme uit te skakel.

Waarnemende regter King bevind dat

die respondent bewys het dat die eis vir R9 480 ten tye van die bevel vir beslaglegging vatbaar was. Gevolglik misluk applikant se aansoek om tersydestelling.

SUSAN SCOTT

Universiteit van Suid-Afrika

S v MOGALA 1978 2 SA 412 (A); S v TLADI 1978 2 SA 476 (O)

Roof - grypdiëfstal

Die vraag waaroor die hof in albei hierdie gewysdes moes beslis, was of sogenaamde grypdiëfstal roof daarstel. Omdat die antwoorde wat die gemelde gewysdes op hierdie vraag bied van mekaar verskil, word hulle hier saam behandel.

In *S v Mogala* het die twee beskuldiges die slagoffer by haar motor voorgekeer en om werk gevra. Die slagoffer het gesê dat sy niemand nodig het nie en om die motor gestap, waarop die eerste beskuldigde haar handsak, wat oor haar skouer en onder haar armholte gehang het, gegryp het. Hy sleep die slagoffer met hom saam totdat sy val en die handsak loslaat. Of die tweede beskuldigde die handsak daarna opgetel en daarmee weggehardloop het en of hy die handsak van die eerste beskuldigde geneem het onderwyl laasgenoemde besig was om met die slagoffer te stoei, was uit die getuënis nie duidelik nie. Op 'n aanklag van roof word namens die eerste beskuldigde aangevoer dat die slagoffer se handsak haar nie met geweld ontnem is nie: dat die geweld en die val "toevallig" was en nie teen die slagoffer gemik nie. Hoofregter Rumpff (met wie appèlregter Jansen en appèlregter Miller saamgestem het) verklaar egter (415-6):

"Ek vind dit moeilik om te verstaan waarom 'n persoon wat met geweld 'n handsak uit 'n vrou se hand ruk, nie geweld pleeg nie (al hoef dit gering te wees) met die doel om die handsak te ontnem. Dit skyn my haarklowery te wees om te sê dat die geweld 'toevallig'

is, of dat die geweld die slagoffer nie in 'n toestand van onmag plaas nie. Die gryper weet goed dat hy alleen deur 'n onverwagte vinnige en harde ruk die handsak kan kry. Hy weet dat sy slagoffer weerstand sou bied indien hy dit gewoonweg sou probeer vat. Daarom moet hy die slagoffer se greep en verdere weerstand by voorbaat uitskakel deur 'n vinnige handeling wat uit geweld bestaan. Die verskil tussen die sakkeroller en die grypdiëf lê juis daarin dat eersgenoemde met behendigheid my beurs of portefeulje verkry, terwyl die grypdiëf alleen met geweld kan slaag. Hoewel by die gryp van 'n handsak gewoonlik die ontneming van die handsak saam met die pleeg van die geweld gaan, is die geweld 'n *sine qua non* vir die gevolg."

Die eerste beskuldigde word dus skuldig bevind. Op grond van sy gesamentlike optrede met die eerste beskuldigde, word die tweede beskuldigde eweneens aan roof skuldig bevind.

In *S v Tladi* het die beskuldigde, nadat hy aangebied het om die deur van die slagoffer se motor oop te maak, haar linkerhand met haar beursie daarin vasgeryp, haar arm gedraai, die beursie geneem en daarmee weggehardloop. Omdat geen mededelings of erkennings voor die hof geplaas is dat die slagoffer enige weerstand gebied het nie en dat die beskuldigde se optrede daarop gerig was om weerstand deur die slagoffer te oorkom of voorkom nie, word die beskuldigde op 'n aanklag van roof aan diefstal skuldig bevind. Regter Fleming (met wie regter Steyn saamgestem het) verklaar (478):

“Roof word nie gepleeg telkens as daar herkenbare geweld aanwesig is by die ontnemingsproses van ’n roerende saak nie maar alleen as die saak ontnem word deur geweld ter voorkoming van weerstand (bv deur daadwerklike geweld wat die klaer katswink slaan of dreigemente wat hom oortuig om nie teenstand te bied nie) of ter oorkoming van teenstand (weer eens hetsy deur daadwerklike geweld soos die te lyf gaan van die klaer of die toepassing van ander geweld om teenstand oneffektief te maak hetsy by wyse van dreigemente wat die weerstand laat verdwyn of verflou tot voldoende mate).”

Verder (478):

“As die beskuldigde soos ’n grypdief die spoedigheid waarmee hy die beursie kan ontnem en sy ontvlugting kan begin, beskou het as ’n sleutelfaktor vir sy sukses, sou dit voldoende rede verskaf om ’n arm wat mag beweeg of wat inderdaad beweeg, vas te gryp bloot ter wille van spoedige ontneming en om selfs, soos hier, twee arms daarby te gebruik. Die getuienis laat nie blyk of die arm van die klaagster gedraai was in hierdie proses van ontneming in teenstelling daarmee dat die arm wetens en doelbewus gedraai was met die oog daarop om weerstand te oorkom of te voorkom nie.”

En nog verder (479):

“Indien ‘gewelddadige verkryging’ verkeerd verstaan word, sou dit meebring dat gevalle wat werklik grypdiefstal daarstel, as roof hanteer word, bv as ’n klaer totaal onbewus van die beskuldigde se optrede of aanwesigheid is tot nadat die goedere van die klaer ontnem is, selfs indien fisiese geweld gebruik word om ’n borsspeld van kleding af te ruk of voldoende geweld gebruik word om die handvat van ’n skouerhandsak met sekerheid te laat breek sodat die handsak verwyderbaar is.”

Wat meteen duidelik is, is dat ons hier met twee botsende beslissings te doen het. Waar in *S v Tladi* aan die tradisionele opvatting dat grypdiefstal geen roof uitmaak nie vasgehou word op grond daarvan dat die geweld nie ter oorkoming of voorkoming van weerstand deur die slagoffer is nie, maar bloot ter bespoediging van die ontneming van die saak, wyk *S v Mogala*

van die tradisionele opvatting af deur “toevallige geweld” as onderskeidende kenmerk tussen grypdiefstal en roof te verwerp op grond daarvan dat die geweld juis ter voorkoming van weerstand deur die slagoffer is.

Word die eerste stelling van regter Flemming egter naas hoofregter Rumpff se stelling geplaas, wil dit voorkom asof dit daarmee versoenbaar is. Dit is eers die saamlees van regter Flemming se stellings wat die verskil maak, want enersyds word volgens hom roof nie alleen gepleeg indien die slagoffer sy saak met geweld ter oorkoming van teenstand ontnem word nie, maar ook indien die slagoffer sy saak met geweld ter voorkoming van weerstand ontnem word en andersyds is hy van mening dat by grypdiefstal die geweld bloot ter bespoediging van die ontneming van die saak is en nie ter oorkoming of voorkoming van weerstand nie. Word die geleerde regter se voorbeeld van geweld ter voorkoming van weerstand, naamlik die katswink slaan van die slagoffer, egter vergelyk met die skielike gryp van die saak deur die beskuldigde, blyk dit dat in albei gevalle potensieël weerstandbieding deur geweld uitgeskakel word. Die enigste verskil is dat by die katswink slaan van die slagoffer die wyse van weerstandvoorkoming die buite-aksiestelling van die slagoffer is, terwyl by die skielike gryp van die saak deur die beskuldigde die wyse van weerstandvoorkoming die spoedige afneem van die saak is. Dit word egter aan die hand gedoen dat dit by roof nie gaan om die metode van weerstandvoorkoming nie, maar om wilsuitskakeling deur weerstandoorkoming of weerstandvoorkoming, hetsy dit deur geweld dan wel dreigemente van geweld geskied. Dit is dan ook die element van wilsuitskakeling wat die skielike gryp van die saak deur die beskuldigde onderskei van regter Flemming se voorbeeld van “gewelddadige verkryging”, naamlik waar die slagoffer tot na die ontneming van die saak onbewus is van die optrede van die beskuldigde. (Dit gaan by roof natuurlik daarom dat die slagoffer van die geweld

bewus moet wees. Soos Hunt *South African Criminal Law and Procedure* vol II 643 tereg aantoon, is dit nie nodig dat die slagoffer van die ontneming van die saak bewus is nie.) Waar die slagoffer tot na die ontneming van die saak onbewus is van die optrede van die beskuldigde, kan daar immers van weerstandbieding, hetsy daadwerklik of potensieel, en bygevolg van wilsuitskakeling geen sprake wees nie, terwyl by die skielike gryp van die saak die slagoffer juis van die optrede van die beskuldigde bewus is, maar die spoed waarmee die afname geskied potensieël weerstandbieding deur hom voorkom.

Daar dien egter op gelet te word dat regter Flemming se navolging van die tradisionele opvatting dat grypdiefstal nie roof uitmaak nie (sien Hunt 644; De Wet *Strafreg* (derde uitgawe 360), darem nie presies op dieselfde grondslag berus as die gesag waarop hy hom beroep nie. Waar die geleerde regter die geweld by grypdiefstal nie beskou as synde ter voorkoming of oorkoming van weerstand deur die slagoffer nie, is die gesag waarop hy hom beroep van mening dat grypdiefstal nie roof daarstel nie omdat weerstandbieding deur die slagoffer ontbreek. Die probleem is egter dat indien weerstandbieding vereiste vir roof is dit beteken dat, afgesien van die geval van grypdiefstal, ook in die geval van die buite-aksiestelling van die slagoffer en in die geval genoem deur regter Flemming van dreigemente van geweld wat die slagoffer oortuig om nie teenstand te bied nie, daar van roof geen sprake kan wees nie omdat weerstandbieding daarin eweneens ontbreek. Nou is dit egter so dat algemeen aanvaar word dat laasgenoemde twee gevalle wel roof uitmaak (sien Hunt 643; De Wet 360-1; *S v Mokoena* 1975 4 SA 295 (O) 296-7; *S v Elbrecht* 1977 4 SA 165 (K) 166) en wil dit dus voorkom asof weerstandbieding in ieder

geval nie konsekwent vir roof vereis word nie. (Vgl De Wet 360-1 wat aanvaar dat daar by grypdiefstal vanweë ontbrekende weerstandbieding geen roof is nie, maar dan verklaar dat indien die slagoffer vanweë fisiese onmag geen weerstand *kan* bied nie as gevolg daarvan dat hy katswink geslaan word, of met 'n verdowingsmiddel buite aksie gestel word, of selfs vasgebind of opgesluit word, roof wel gepleeg word.) Die meriete van regter Flemming se uitspraak is dan ook juis daarin geleë dat hy aantoon dat roof nie net gepleeg word in gevalle van weerstandoorkoming nie, maar ook in gevalle van weerstandvoorkoming. Immers in albei gevalle is daar wilsuitskakeling. Is weerstandbieding en nie wilsuitskakeling nie egter die maatstaf, kan roof slegs deur weerstandoorkoming gepleeg word. Die beswaar teen regter Flemming se uitspraak is dan dat hy ten onregte die skielike gryp van die saak deur die beskuldigde nie as 'n geval van weerstandvoorkoming beskou nie en daarmee eintlik die werking van die reël wat hy stel, ongedaan maak.

Kortom, by roof gaan dit om die ontneming van die saak as doel deur geweld of dreigemente van geweld as middel en aangesien by sogenaamde grypdiefstal die geweld juis as middel tot die ontneming van die saak as doel dien, word aan die hand gedoen dat hoofregter Rumpff tereg die skielike gryp van die saak deur die beskuldigde aan roof gelykgestel het. Ofskoon hierdie standpunt wegdoen met die tradisionele opvatting dat grypdiefstal vanweë ontbrekende weerstandbieding nie roof daarstel nie, is dit versoenbaar met ander gevalle waarin algemeen aanvaar word dat roof ten spyte van ontbrekende weerstandbieding wel gepleeg word.

FFW VAN OOSTEN
Universiteit van Pretoria

Boeke

THE LAW OF PERSONS AND THE FAMILY with illustrative cases

deur PQR BOBERG

*Juta en Kie Bpk, Kaapstad, Wynberg, Johannesburg 1977; lxxiv en 756 bl;
prys hardeband R36, sagteband R26*

Met hierdie boek het prof Boberg van die Witwatersrandse Universiteit ongetwyfeld 'n besondere bydrae tot die Suid-Afrikaanse regsletteratuur gelewer. Die meesterlike hantering van alle vertakings van die reg betreffende natuurlike persone en van sommige aspekte van die familiereg verhef die werk bo die gewone en het dit onmiddellik die standaardhandboek op hierdie gebied gemaak.

Die 25 hoofstukke word saamgegroeper in 5 dele, naamlik I Regspersoonlikheid; II Statusbepalende Faktore (o.a. burgerskap, domicilium, "ras", geestestoestand, huwelikstaat, en diverse faktore); III Onderhoudsplig; IV Die Verhouding tussen Ouer en Kind; V Die Status van Minderjariges. Feitlik die geheel van die huweliksreg word dus buite rekening gelaat, behalwe vir sover dit onder een van bogenoemde 5 hoofde val: goeie besprekings van die status van die vrou onder die maritale mag, van die onderhoudsplig tussen eggenote en van minderjariges se huwelike is dus wel te vinde. In die voorwoord verduidelik die skrywer dat hierdie ietwat eenaardige beperking te wyte is aan sy oortuiging "that it would be a work of supererogation to attempt a comprehensive exposition of the law of husband and wife so admirably dealt with in Professor HR Hahlo's incomparable treatise."

Die mees opvallende uiterlike kenmerk is die rangskikking van die be-

handelde stof. In 'n poging om in die behoeftes van sowel praktisyns as studente te voorsien, word in die teks volstaan met 'n uiteensetting van die beginsels, terwyl in die voetnote (benewens bewysplekke) 'n uitvoerige kritiese bespreking van verskillende standpunte te vinde is. Hoewel hierdie werkswyse die werk binne die redelike perk van 'n enkele (dik!) band gehou het, bemoeilik dit tog die gebruik van die boek. Vanweë die lengte van die voetnote loop hulle baie dikwels oor van een bladsy na die volgende. Die mengsel van bewysplekke (tussen hakies) en teks in die voetnote, alles in klein druk, maak dat dit nie juis 'n boek is wat mens saam met jou op kommando sal neem, soos generaal Smuts met sy Griekse Nuwe Testament gedoen het nie. Mens het simpatie met prof Boberg – en min skrywers van Suid-Afrikaanse regsboeke sal in hierdie verband met klippe mag gooi – maar dit lyk nie asof sy werkswyse 'n antwoord op die probleem van die student se behoeftes teenoor dié van die praktisyn bied nie, des te meer omdat persoonereg in die meeste regs fakulteite 'n eerstejaarsvak is. Soos in die titel aangedui word, is uittreksels uit 75 gewysdes in die toepaslike plekke opgeneem. Hiervoor, en vir die weldeurdagte keuse van die uittreksels, verdien die skrywer wel 'n pluimpie, juis ook van die besige praktisyn.

Uiteraard sal almal nie saamstem oor wat presies in 'n besondere handboek tuis hoort nie. Ofskoon dit heeltemal

begryplik is, is dit tog, weer eens uit die student se oogpunt, jammer dat die familiereg oor twee (uitstekende) boeke uit dieselfde skool versprei word. 'n Soortgelyke situasie bestaan ten opsigte van prof Boberg se behandeling van domicilium: in vergelyking met ander hoofstukke is dit kort en selfs 'n bietjie oppervlakkig, waarskynlik omdat dit as 'n inleiding tot Kahn se omvattende *The South African Law of Domicile of Natural Persons* (1972) bedoel is. Aan die ander kant is dit ietwat vreemd om in 'n nie-Vastelandse werk oor die persoonereg 'n hoofstuk oor burgerskap aan te tref.

In die bespreking van besondere aspekte is daar 'n aantal minder of meer belangrike weglatings. Die naam van die natuurlike persoon word taamlik terloops op verskillende plekke aangeraak, en naamsverandering word glad nie bespreek nie. In verband met die Wet op Groepsgebiede (in die hoofstuk oor "ras" as statusbepalende faktor) sou mens 'n bespreking van die veelbewoë Proklamasie R228 van 5 Oktober 1973 verwag het. In laasgenoemde hoofstuk word miskien die belangrikste suiwer privaatregtelike gevolg van swart-wees, naamlik die moontlike toepassing van tradisionele reg, geheel en al oor die hoof gesien; 'n uitvoerige bespreking hiervan in hierdie boek is beslis onmoontlik, maar die aandag behoort kortliks op artikel 11 van die Bantoe-administrasiewet 38 van 1927 (en by die soortgelyke a 35(1) van die Transkeise Grondwet) gevestig te word.

In 'n hoogs stimulerende werk soos hierdie word natuurlik dikwels standpunte ingeneem waarmee almal nie sal saamstem nie. Dit lyk byvoorbeeld of prof Boberg op bladsy 8 lewensvatbaarheid as 'n vereiste vir geboorte stel, waarmee hy direk in botsing kom met Olivier *Die Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg* 31-33.

Op bladsy 199 ev is daar 'n deeglike bespreking van die bevoegdheid in rebus domesticis van die vrou onder die maritale mag. In noot 85 op bladsy 199 word gesê dat:

"Although some of the Roman-Dutch authorities seemed to base the wife's power on an implied mandate from her husband, the weight of opinion in modern law favours the view (that the wife's power is a legal incident of the marriage)."

Mens sou graag wou weet na welke ou skrywers hier verwys word, want o.a. De Groot *Inl* 1 5 23; Voet 23 2 46 en Lybreghts 2 9 9 stel dit duidelik dat hierdie bevoegdheid een is wat slegs deur die hof beëindig kan word; slegs Arntzenius 3 6 33(II) (wat hom verbasend genoeg op De Groot beroep) sou as so 'n "Roman-Dutch authority" aangehaal kon word (en U Huber *HR* 1 10 15 en 16, wat natuurlik nie 'n Hollandse skrywer was nie). Prof Boberg se gevolgtrekking ten opsigte van die netelige vraag van die beëindigde gemeenskaplike huishouding is dat die vrou se bevoegdheid verval en dat die verskaffer van benodigdhede aan 'n "onskuldige" vrou as negotiorum gestor (of, waar die man die verskaffing van die goedere verbied het, op grond van verryking) van die man moet probeer verhaal. Die standpunt in die derde uitgawe van De Wet en Yeats se *Kontraktereg en Handelsreg*, naamlik dat 'n gemeenskaplike huishouding nie 'n vereiste vir die vrou se bevoegdheid is nie, word as strydig met die ou skrywers verwerp, maar daar word maar min van dié skrywers aangehaal. Die feit is dat ook ander ou skrywers as Van Leeuwen (bv Neostadius *De Pactis Antenuptialibus* obs 9 nota in notas (d); Nassau La Leck *Algemeen Beredeneerd Register* sv Man) na 'n gemeenskaplike huishouding verwys, maar sonder om enige klem daarop te lê. Kan die terloopsheid van hierdie verwysings en die swye van die ander skrywers nie dalk in die teenoorgestelde rigting as tot dusver uitgelê word nie, naamlik dat 'n gemeenskaplike huishouding nie 'n vereiste is nie? Sodoende sou die onbillikheid dat 'n onwetende handelaar slegs op negotiorum gestio of verryking kan staatmaak, vermy word, terwyl 'n "onskuldige" man nie onbillik belas word nie, want hy kan sy vrou se bevoegdheid deur die greg laat beëindig.

Prof Boberg verloor ook uit die oog dat 'n handelaar maar selde as negotiorum gestor sy uitgawes sal kan verhaal, want hoe dikwels sal hy animo negotia aliena gerendi optree? Is dié animus afwesig, moet hy op die sogenaamde "uitgebreide" actio negotiorum gestorum contraria terugval om die bedrag van verryking te kan verhaal (sien DH van Zyl *Die Saakwaarnemingsaksie as Verrykingsaksie in die Suid-Afrikaanse Reg* veral op bl 148 ev). Ongelukkig word die vraag tot welke mate die vrou se bevoegdheid in rebus domesticis 'n beskikingsbevoegdheid oor goedere in 'n gemeenskaplike boedel inhou nie aangeraak nie – mag sy byvoorbeeld, soos Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* 173 beweer, die egpaar se silwer tafelgerei verkoop of verpand om huishoudelike benodighede met die opbrengs daarvan aan te skaf?

Op bladsy 213 word die volgende gesê in verband met die optrede van 'n publica mercatrix:

"Where the marriage is in community of property, the capacity conferred by public trading is of a dual character. Besides binding herself, the wife acts as her husband's agent to commit the joint estate by her dealings."

Hierdie stelling, waarvoor daar baie gesag in die regspraak is, word egter nie krities ontleed nie en die gevolge van hierdie opvatting vir 'n huwelik buite gemeenskap van goed word ontduik deur die blote stelling dat daar in hierdie geval geen rede is om die man aanspreeklik te hou nie. In der waarheid rus die houe se hele leerstuk van die publica mercatrix se "implied agency" op uiters wankelrige bene: Voet (23 2 44) en die ander ou skrywers (bv Rodenburg 2 1 9 en 3 1 20; Cos *Verhandeling over de Troubelovten* 193; Arntzenius 3 6 33) wat die publica mercatrix as 'n institrix vir haar man beskryf, was nie bereid om te aanvaar dat 'n getroude vrou deur huweliksluiting mondig geword het nie (hoewel haar handelingsbevoegdheid daarna deur die maritale mag beperk word) en moes dus hulle toevlug in so 'n ge-

fingeerde volmag soek; bowendien het Voet dit nie as weersprekend beskou dat 'n publica mercatrix as institrix sowel haar man as haarself bind nie omdat hy, soos ander akademiese skrywers uit die 18e eeu, onder Romeinsregtelike invloed nog gewonder het of 'n verteenwoordiger nie ook homself verbind nie. Hierdie oorwegings geld nie meer in ons hedendaagse reg nie, en dit is ook opvallend dat die latere gemeenregtelike skrywers, veral Van der Linden (1 3 7 en 8) en Van der Keessel (*Prael ad Gr* 1 5 23 en 2 11 17-19), duidelik aanvaar dat die publica mercatrix slegs in eie naam optree.

Dit is oor die algemeen jammer dat prof Boberg so min gebruik van ons gemeenregtelike bronne maak, en dit juis op 'n gebied waar dié bronne soveel te bied het; feitlik deurgaans word met De Groot, Van Leeuwen, Voet, Van der Keessel en Van der Linden volstaan. In vergelyking met byvoorbeeld Hahlo se *The South African Law of Husband and Wife* is dit die ernstigste gebrek in die werk. (Na JP Yeats se baanbrekende *Die Algehele Gemeenskap van Goedere* – as artikels gepubliseer in 1944 en 1945 *THRHR* – word ook nie verwys nie.) 'n Laaste voorbeeld van hoe belangrik 'n behoorlike soektog deur die ou bronne tog kan wees. In die deel oor die status van minderjariges (wat beslis dié hoogtepunt in 'n werk met vele hoogtepunte is) word die geval van die minderjarige wat sy ouderdom wanvoorstel, uitvoerig in die lig van veral *Louw v MJ & H Trust (Pty) Ltd* 1975 4 SA 268 (T) bespreek. Die opvatting dat die bedrieglike minderjarige ex contractu gebonde is, word grotendeels op grond van 'n afwesigheid van duidelike gemeenregtelike gesag verwerp. Soos in die vierde uitgawe van *Kontraktereg en Handelsreg* (1978) aangetoon word, is daar egter wel die ondubbelsinnige gesag van 'n uitspraak van die Hoë Raad deur Pauw in sy *Observationes Tumultuariæ Novæ* 3 1185 gerapporteer.

AG Visser se *Eben fugaces* (pace Horatius in hierdie Visser-jaar) bly

steeds waar. Tot ontsteltenis van vele van sy manlike burgers wat hulle *menages à trois* nou bedreig sien deur 'n onvermydelike keuse, maak Brasilië met ingang 1978 wel vir egskeiding voorsiening (bl 59). Werksafbakening (bl 94) gaan waarskynlik dieselfde weg opgaan as die Wette op Here en Diensbodes (bl 96). Op bladsy 472 moet R4 000 nou as R10 000 geles word, aangesien die Boedelwysigingswet 15 van 1978 die Meester se jurisdiksie om tot vervreemding of beswaring van 'n minderjarige se onroerende goed toe te stem tot laasgenoemde bedrag verhoog het.

Die boek is in 'n goeie onopgesmukte styl geskryf en is tegnies goed versorg. Benewens die gebruiklike tabelle van wetgewing en gewysdes is daar 'n nuttige uitgekose bibliografie. Druk-

foute is min: byvoorbeeld bladsy 56 ("he" in plaas van "be") en bladsy 162 ('n verwarring tussen teks en voetnote). Op bladsy 580-581 ontbreek 'n verwysing na *Alli v De Lira* 1973 4 SA 635 (T) in die bespreking van 'n ouer se moontlike gebondenheid ingevolge sy minderjarige kind se kontrak. Die stelling op bladsy 513 dat 'n aansoek om restitutie in integrum op grond van benadeling van 'n minderjarige tot drie jaar na meerderjarigheidswording moontlik is, is onversoenbaar met artikel 13 van die Verjaringswet 68 van 1969.

Maar, sit finis litium. Hierdie boek is onontbeerlik op enige regsgeleerde se rak.

AH VAN WYK
Universiteit van Stellenbosch

ARBEIDSREG

deur SR VAN JAARVELD en WN COETZEE

Lex Patria, Johannesburg, 1977; 299 bl; prys R15,95

Hierdie publikasie oor arbeidsreg weerspieël die toenemende besef van die belangrikheid van gesonde arbeidsverhoudinge in Suid-Afrika. Die skrywers wys daarop dat in die verlede relatief min aandag bestee is aan die onderrig van arbeidsreg aan ons universiteite en dat hierdie boek 'n poging is om regstudie op hierdie gebied te stimuleer. Hierdie boek moet dus in eerste instansie beskou word as 'n handboek vir studente.

Die teks bestaan uit twee hoofafdelings: die eerste gedeelte handel oor individuele arbeidsreg en die tweede oor kollektiewe arbeidsreg. Soos die opskrif dan ook aandui, word die eerste afdeling gewy aan die gemeenregtelike dienskontrak en word die onderskeie regte en verpligtinge van werkgewers en werknemers beskryf. Die ter sake regsbeginne word duidelik en bondig uiteengesit.

Die tweede afdeling handel hoofsaak-

lik oor die uitgebreide wetgewing wat die huidige arbeidsbetrekkinge in Suid-Afrika beïnvloed. Gesien die omvangryke gebied wat deur hierdie wetgewing gedek word, veroorsaak gebrek aan ruimte waarmee skrywers van sodanige werke te kampe het, dat dit haas onmoontlik is om al die bepalinge wat in die wette vervat is, op te som. Dit, op sy beurt, lei tot onvermydelike probleme met die seleksie van die belangrikste bepalinge wat bespreek moet word. Alhoewel daar altyd verskil van mening sal bestaan, lyk dit asof die skrywers in 'n groot mate daarin geslaag het om die vernaamste bepalinge uit te lig. Hulle het ook daarin geslaag om die dikwels ingewikkelde bepalinge met bewonderenswaardige duidelikheid op te som.

'n Skeidslyn word getrek tussen individuele en kollektiewe arbeidsreg en hierdie onderskeid moet verwelkom word. Ondanks die onderskeid tussen

dié twee gebiede van arbeidsreg, is die redes vir die onderskeid tussen individuele en kollektiewe arbeidsreg egter nie volledig genoeg behandel nie. Die belangrikste kritiek teen hierdie publikasie is waarskynlik dat, alhoewel dit die bestaande reg duidelik en bondig uiteensit, baie min aandag gegee word aan die onderskeie onderliggende probleme waarmee arbeidsreggeleerdes gekonfronteer word. Gebrek aan ruimte maak dit uiteraard moeilik om hierdie probleemgebiede in besonderhede te bespreek, maar miskien kon die skry-

wers tog kortliks daarna verwys het. 'n Voorbeeld hiervan is die verskeie teorieë ten opsigte van stakingsreg wat byvoorbeeld kortliks aangeraak kon gewees het.

Die inhoud van hierdie boek word op uitstekende wyse aangebied en die boek kan as 'n nuttige handboek vir voornemende arbeidsregstudente aanbeveel word.

PAK LE ROUX
Universiteit van Suid-Afrika

DRUG OFFENCES IN SOUTH AFRICA

by TD REED

Juta & Co Ltd, Cape Town, Wetton & Johannesburg 1978; pp xx & 184; price R12,50

Few statutory crimes have resulted in so many prosecutions and so many reported decisions as the crimes created in section 2 of the Abuse of Dependence-producing Substances and Rehabilitation Centres Act 41 of 1971. What is more, the provisions of this act are by no means always so easy to apply, and a proper understanding of the act can only be attained through a study of at least the most important decisions regarding the interpretation and application of the act. Any book which systematises the abundance of cases on this act and can help the busy legal practitioner in applying the act, is therefore to be welcomed. This is the first book in English dealing specifically with this act. Its publication comes approximately six years after the coming into operation of the act, and the author could therefore benefit from many and important decisions on the act during this time.

The author has succeeded very well in systematising all the cases dealing with the act, and the net result is a valuable exposition of the principles applicable in the interpretation and application of the act. The commentary on the provisions of the act covers not

only the requirements for liability for the different offences, but also points of criminal procedure and evidence.

The following points of criticism detract but little from the general value and quality of the book.

The first and most important deficiency in the book concerns the scheme the author decided to adopt. The different drug offences are not set out entirely separately from one another, and the different concepts and principles involved in the act are not treated in any preconceived system and order. The author simply follows the scheme of the act itself, beginning straight away with section 1, with a commentary after each section. To get an overall picture of one offence one needs to consult more than just one section of the act. Even the punishment prescribed for a specific crime (which ideally to be discussed immediately after the specific offence) is covered in the act in more than one section. The punishment for possession of dagga eg, is prescribed in section 2(ii) read with the important section 7 (which deals with circumstances warranting the imposition of a lighter sentence than the prescribed minimum sentence in section 2(ii)). The reader

does not have the benefit of a discussion of these two sections *in conjunction with* each other. A person who is already acquainted with the act, would perhaps know where to open the book if he wants to check the law on a particular point, but somebody who does not know at least the whole chapter 1 of the act, would find it difficult to know where to begin reading if he wants to know, say, what the crime of dealing in dagga embraces. (For an understanding of this crime, one has to consult not only section 2(a) and 2(i), but also the definitions of certain terms in section 1, as well as the presumptions in section 10.) The book contains no table of contents. There is no indication at the top of a page what the section is that the author is discussing on that page. The text of each section of the act appears unobtrusively immediately after the commentary of the previous section, being printed in a somewhat smaller letter-type. There are captions of the topics discussed on a particular page at the top of each page (eg "Definitions"; "Provisions under Various Acts"; "Circumstances Illustrated from the Cases"), but they wouldn't always tell the uninitiated reader what he is looking for.

The author has undertaken a difficult task in trying to sort out the wide variety of terms used to describe the different forms of possession in our law (10-18). The distinction made by the author between "civil possession", "natural possession", "statutory possession" and "definitive possession" is by no means clear. The last two "types of possession" would seem to be merely instances of "natural possession". According to the author, *animus possidendi* is an apt description of the animus element in the case of statutory possession (14), but not of "definitive possession" (15). With respect, it seems to be quite futile to attempt to lay down general rules for "statutory possession", as each statute dictates its own interpretation of the word "possess" if the word occurs in the statute. Granted that the use of these terms by our courts is not consistent, it seems to me that

animus possidendi, when used in connection with statutory crimes involving unlawful possession is a general term used merely to describe the animus element of possession, as distinct from the corpus element (cf eg *S v Nabo* 1968 4 SA 699 (E) 700F). A clearer distinction would be obtained if one specifies this *animus possidendi* further as *animus domini* in the case of civil possession, and *animus detentionis* in the case of natural possession or possession in terms of this act.

The view expressed on page 38 that the operation of the presumption in section 10(3) does not preclude proof of *mens rea*, must be endorsed. However, it is difficult to reconcile this view with what is said on page 16, namely that it ought to be unnecessary to require proof both of the requisite animus element of possession and of *mens rea*, as "[*m*]ens rea is surely wide enough to embrace *animus* in any form". The expression "the accused shall be deemed to have been found in possession of such drug" in section 10(3) does not mean that the accused shall also be deemed to have knowledge of the contents of a parcel or container found in his immediate vicinity, if it appears that the drug was hidden in such a container or found camouflaged or mixed with some other substance (cf the note in 1973 *SALJ* 222 225). Such a view was also expressed obiter in *S v Majola* 1975 2 SA 727 (A) 736E, and this indicates that our courts in fact still differentiate between the animus element of possession and *mens rea*.

It is a pity that the author fails to take sides in regard to the important question as to what the form of *mens rea* is which is required for the crime of possession of a prohibited dependence-producing drug in contravention of section 2(b). The author merely refers to the case which is the fly in the ointment, *S v Goncalves* 1974 2 SA 122 (NC), in which *mens rea* in the form of culpa was considered to be sufficient, and then concludes with the statement: "it is evident that the last word on the matter has not yet been spoken" (36).

It is submitted that the form of mens rea required for the crime is dolus and that mere culpa cannot suffice. To regard culpa as sufficient would militate against the rule that provisions in a statute regarding criminal liability should be strictly construed, and would also conflict with a long line of cases under both the present act and its predecessor, the Medical, Dental and Pharmacy Act 13 of 1928. (The matter is dealt with more fully in 1974 *THRHR* 315-317.)

The author's language and style is mostly lucid, yet there is sometimes a tendency to employ a "sentence" without using a verb. This gives the impression that parts of the book have been written hurriedly. See, for example, the seventh line of page 15 and the last sentence on page 10. Due to a misprint, the sentence ending on the top line of page 38 does not make sense.

The discussion of the "admissibility of evidence" in drug cases (22-24) I found somewhat confusing. Apparently the author wanted to treat the question of the admissibility of extrajudicial confessions of possession of, or dealing in, drugs. A number of individual decisions are mentioned, but it is very difficult for the reader to extract the fundamental rules regarding the admissibility of confessions - or even admissions - in prosecutions under section 2. The question which the hurried practitioner would like an answer to is simply: is an unequivocal admission of possession of dealing with, admissible (assuming there are no exceptional circumstances to the case)? I find no answer to this question in the book. This is a pity as the subject is by no means an easy one, as the result firstly of the inclusion of section 4A in the act and its subsequent repeal in 1977. The author should be given credit for pointing out (23) that under certain sections of the Medicines and Related Substances Control Act 101 of 1965, the secretary for health holds powers which are in some cases identical

to, or even wider than, those enjoyed by the minister of social welfare and pensions under the repealed section 4A. This is not generally known and our courts have not yet considered these provisions when deciding upon the admissibility of admissions under the act. Yet the author does not draw any definite conclusion. Are we to assume that because of these powers an admission of possession to a policeman is still admissible, merely because the accused has not explicitly excluded the possibility that his possession may be lawful by virtue of consent by the secretary for health? Apparently this is the contention of the author (22 in fine), yet then the law is highly artificial, as the probability that a tribal black man admitting possession of dagga in a remote tribal area would have the permission of the secretary for health to possess the dagga is, to say the least, so far-fetched as not to be worthy of consideration. The work would have benefited from at least some references to the very valid criticism which can be levelled at this highly artificial branch of the law.

The above remarks should, however, not detract from the merits which the book otherwise undoubtedly has. To mention but one particularly outstanding part of the book: the comment on section 13 shows that the author has gone to a lot of trouble to discuss a section of the act about which there is much less material available in our law reports than cases concerning the previous sections. This section deals with the arrest, detention and interrogation of persons in connection with the offences created in the act, and in his comment the author covers a much wider field than mere criminal law and procedure.

In short, the book is a commendable exposition of the principles underlying this important part of our criminal law.

CR SNYMAN
University of South Africa

Die grondslae van produkte-aanspreeklikheid ex delicto in die Suid-Afrikaanse reg

FJ de Jager

B A L L D

Randse Afrikaanse Universiteit

SUMMARY

The South African law of products liability is firmly based on delict. The victims of defective products who want to sue manufacturers with whom no sale has been concluded will have to proceed with the actio legis Aquiliae. In order to succeed with the actio legis Aquiliae the plaintiff must prove that the manufacturer-defendant acted wrongfully and culpably and that his behaviour caused a third party to suffer damage.

The act of the manufacturer is a commissio which consists mainly of the control and organisation of the complex process of industrial production. Being voluntary and human these acts of control and organisation have an essentially individualistic character. Furthermore they can be governed by the mind of the manufacturer and can therefore easily be explained in terms of the causal theory of the act.

In the field of products liability the harm of the consumer is usually not a direct consequence of the acts of the manufacturer. While the wrongfulness of acts which directly cause harm can be judged solely in the light of their harmful consequences, *acts which indirectly cause harm are unlawful only when, in addition to causing harm, they are contrary to a legal rule or violating against a legal duty.*

This proposition rests upon the following argument: In all civilized societies potentially dangerous activities are essential and not prohibited by law. Society is, however, protected by laying down rules which must be observed in the exercise of these activities. When these rules are meticulously complied with but somebody nevertheless suffers damage, it is contrary to the community conception of wrongfulness to characterize the harmful acts as wrongful. This reasoning is without doubt also applicable to the manufacturing process.

It cannot reasonably be expected of manufacturers to manufacture and distribute foolproof articles only. According to criteria laid down in South African case law the manufacturer can only be expected to take reasonable steps to avoid the marketing of defective products. The fact that a product is unreasonably dangerous should also be taken into account when determining unlawfulness.

Aquilian liability requires negligence on the part of the defendant. Because it will frequently be impossible to prove the manufacturer's negligence, the proof of negligence should be expedited by the principle of *res ipsa loquitur*. This principle means that an inference of negligence can be made in certain circumstances. In the field of products liability an inference of negligence will probably be made when the consumer can prove that he was injured by an unreasonably dangerous product and that the product was in that condition when it left the manufacturer. What is more important is that *res ipsa loquitur* can be applied in such a way as to abandon the fault principle. Strict liability is introduced through the application of *res ipsa loquitur* by increasing the requirements for rebutting the inference of negligence to such an extent as to make it impossible for the manufacturer to satisfy these requirements.

South African industry still needs protection. Therefore it is not suggested that the fault principle be abandoned. However, as regards damage caused by defects in construction many policy factors speak strongly for the imposition of strict liability of manufacturers.

A plaintiff must of course also prove that he suffered damage as a result of a defect in the product. Although there are dicta to the contrary, the consumer-plaintiff will most probably not be allowed to recover mere pecuniary loss from a manufacturer-defendant.

If the other requirements for Aquilian liability are satisfied all consumers, even those who received the product as a gift or used it casually, may sue the manufacturer. A strong case can also be made out for the protection of bystanders against defective products.

A liberal construction of exemption clauses will nullify effective consumer protection in those cases where a contractual nexus exists between the manufacturer and the injured consumer. It is suggested that exemption clauses should be judged in the light of the contractual requirement of legality. If an exemption clause contains an element of deceit or if the manufacturer used his stronger bargaining position to persuade the consumer to accept unjust terms, the exemption clause should be regarded as illegal and therefore void.

A manufacturer's most important defences against products liability are voluntary assumption of risk, contributory negligence and abnormal use.

DIE SUID-AFRIKAANSE REGSPRAAK

Produkte-aanspreeklikheid in die betekenis van die aanspreeklikheid van vervaardigers teenoor verbruikers met wie geen kontrakte gesluit is nie¹ en wel vir skade wat deur gebrekkige produkte veroorsaak is, is eers betreklik onlangs in die Suid-Afrikaanse reg as 'n besondere tema aangemerkt.² Voor erkenning van produkte-aanspreeklikheid as 'n selfstandige onderwerp het die kenmerkende problematiek daarvan egter in etlike gewysdes ter sprake gekom.

In twee vroeë sake, *Lennon Limited v British South Africa Company*³ en

¹Dit is bekend dat ons reg vir die kontraktuele beskerming van die koper-verbruiker voorsiening maak. Hierdie beskerming geskied veral met behulp van die waarborgfiguur, die eis op grond van voorkontraktuele wanvoorstelling en die Aedilisiëse aksies. Die kontraktuele beskerming wat aan verbruikers verleen word wat direk van fabrikante gekoop het of wat ex contractu teen 'n handelaar wil ageer, word nie behandel nie. Vir meer besonderhede daaroor, sien De Jager *Die Deliktuele Aanspreeklikheid van die Vervaardiger teenoor die Verbruiker vir Skade Veroorsaak deur middel van 'n Defekte Produk* (proefskrif 1978) 601 ev. Hoewel die kontraktereg in gepaste gevalle genoegsame beskerming aan benadeelde verbruikers bied, word die delik alom aanvaar as die aangewese grondslag vir produkte-aanspreeklikheid. Dit is hoofsaaklik daaraan toe te skryf dat die fabrikant die natuurlike vergoedingspligtige is toev skade wat sy produkte veroorsaak en dat die verbintenis tussen die fabrikant en die slagoffers van gebrekkige produkte normaalweg eers by skade-intrede ontstaan. Sien Schmidt-Salzer *Produktenhaftung* (1973) 21; Simitis *Grundfragen der Produzentenhaftung* (1965) 49 ev.

²Sien *Combrinck Chiropraktiese Kliniek Edms Bpk v Datsun Motor Vehicle Distributors Pty Ltd* 1972 4 SA 185 (T); *A Gibb and Son Pty Ltd v Taylor and Mitchell Timber Supply Co Pty Ltd* 1975 2 SA 457 (W) en vgl my bespreking van beide uitsprake in 1976 *TSAR* 108 ev. Sien ook Van der Walt "Die Deliktuele Aanspreeklikheid van die Vervaardiger vir Skade Berokken deur middel van sy Defekte Produk" 1972 *THRHR* 224; Davids "Dealer's Liability for Latent Defects" 1964 *SALJ* 419 en "The Protection of Consumers" 1966 *SALJ* 87; McQuoid-Mason "Common Law Protection of the Consumer in South Africa" 1974 *Acta Juridica* 53.

³1914 AD 1.

Cooper and Nephews v Visser,⁴ is eisers wat skade aan hul saak gely het as gevolg van produkte wat na bewering defek was, toegelaat om ex delicto en wel ex lege Aquilia te ageer teen 'n fabrikant-verkoper en 'n fabrikant onderskeidelik. In beide sake is skuld in die vorm van nalatigheid onomwonde as aanspreeklikheidsvereiste gestel. In die *Lennon*-saak was die fabrikant-verkoper se verweer van bydraende nalatigheid suksesvol en in die *Cooper*-saak kon die eiser nie bewys dat 'n gebrek aan die fabrikant se produk sy skade veroorsaak het nie.

Tot dusver is produkte-aanspreeklikheid slegs in twee Suid-Afrikaanse sake as terrein met 'n eie problematiek erken. Hoewel nòg *Combrinck Chiropraktiese Kliniek v Datsun Motors*,⁵ nòg *A Gibb and Son v Taylor and Mitchell Timber Supply Co*⁶ 'n klassieke voorbeeld van produkte-aanspreeklikheid bied,⁷ word in geeneen van die sake enige twyfel gelaat oor die grondslag van produkte-aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg nie. 'n Verbruiker wat 'n vervaardiger wil aanspreek om vergoeding van skade aan sy persoon of saak sal ex lege Aquilia moet ageer. Benadeelde verbruikers sal die actio legis Aquiliae suksesvol kan aanwend indien hulle kan bewys dat 'n fabrikant of handelaar 'n onregmatige en skuldige (veral nalatige) handeling uitgevoer het en dat die handeling skade aan hul persoon of saak veroorsaak het.

In sowel die *Combrinck*- as die *Gibb*-saak word vir nalatigheid en onregmatigheid getoets ooreenkomstig die *duty of care*-leerstuk van die Anglo-Amerikaanse *tort of negligence*.⁸ Daarvolgens moet eers vasgestel word of die verweerder hoegenaamd 'n sorgvuldigheidsplig gehad het. Indien bevind word dat so 'n sorgvuldigheidsplig wel bestaan het, moet nagegaan word of dit verbreek is. Van dieselfde werkwyse word by die bepaling van aanspreeklikheid ingevolge die *tort of negligence* in die Engelse reg gebruik gemaak.⁹ Die toetse wat in die opeenvolgende twee fases van die ondersoek aangewend word, stem ooreen.¹⁰ Die kritiek wat in die Engelse reg uit-

⁴1920 AD 111.

⁵1972 4 SA 185 (T).

⁶1975 2 SA 457 (W).

⁷Kenmerkend van die tipiese gevalle van produkte-aanspreeklikheid is dat dit die fabrikant is wat buite-kontraktueel aangespreek word deur 'n verbruiker wat weens 'n gebrek in die produk gevolgskaade gely het. In die *Combrinck*-saak het 'n derde egter *suiver vermoenskade* ex delicto van 'n fabrikant probeer verhaal en in die *Gibb*-saak het die koper van 'n steierplank die *verkoper* aangespreek vir skade wat deur 'n gebrek in die plank veroorsaak is.

⁸Op bl 464 van die verslag van die *Gibb*-saak word die volgende sitaat uit *Cape Town Municipality v Paine* 1923 AD 207 met goedkeuring aangehaal: "Every man has the right not to be injured in his person or property by the negligence of another – and that involves a duty on each to exercise due and reasonable care. The question whether, in any given situation a reasonable man would have foreseen the likelihood of harm and governed his conduct accordingly, is one to be decided in each case upon a consideration of all the circumstances. Once it is clear that the danger would have been foreseen and guarded against by the diligens paterfamilias, the duty to take care is established and it only remains to ascertain whether it has been discharged" (216-217).

⁹Sien bv Fleming *The Law of Torts* (1971) 103-105 133 ev; Street *The Law of Torts* (1972) 102.

¹⁰Fleming 103-105; Millner *Negligence in Modern Law* (1967) 25-27.

gesprek is teen die skeiding van die nalatigheidsondersoek in twee fases, te wete die *duty*-fase en die *negligence*-fase, is dus ewe geldig vir ons reg.

Volgens die tradisionele formulering van die *duty of care*-leerstuk word, soos aangedui, die ondersoek na die aanspreeklikheid van die verweerder in twee fases gedoen. In die eerste fase word vasgestel of die verweerder hoegenaamd 'n sorgvuldigheidsplig gehad het (die *duty issue*). Die toets vir die bestaan van die plig is redelike voorsien- en voorkombaarheid van skade aan die eiser.¹¹ Indien aan die hand van die toets bevind word dat die verweerder wel 'n sorgvuldigheidsplig gehad het, word vervolgens vasgestel of hy die plig verbreek het (die *negligence issue*). Die vraag na die verbreking van die plig kan uiteraard nie beantwoord word sonder 'n bevinding aangaande die inhoud daarvan nie. 'n Sorgvuldigheidsplig vereis dat redelike sorg aan die dag gelê moet word. Of redelike sorg in 'n gegewe geval aan die dag gelê is, word weer eens bepaal deur toepassing van die kriterium van die redelike voorsien- en voorkombaarheid van skade aan die eiser.¹² Dit is toutologies en onnodig om twee ondersoeke te doen ten einde vas te stel of 'n verweerder se gedrag nalatig was maar by elke ondersoek dieselfde toets toe te pas.

In teenstelling met die tradisionele werkwysie is daar 'n nuwe ontwikkeling in die Amerikaanse reg ingevolge waarvan meer vereis word vir die erkenning van die bestaan van 'n *duty of care* as die feit dat 'n redelike man in die posisie van die verweerder skade sou voorsien en stappe sou geneem het om dit te voorkom. Hierdie nuwe tendens geniet ook in die Engelse reg aanhang.¹³ Volgens aanhangers van die nuwe beskouing word die bestaan van 'n sorgvuldigheidsplig slegs aanvaar indien die geskonde belang as regtens beskermingswaardig beskou word. Laasgenoemde vereiste vir die erkenning van 'n plig het met redelike voorsienbaarheid niks te make nie, maar berus op regspolitieke oorwegings. Van regsweë word *duties* in bepaalde omstandighede erken of ontken al na gelang dit volgens regsbeleid wenslik is. Indien dit nie vir die regspolitieke funksie van *duty of care* was nie, sou die vasstelling van sorgvuldigheidspligte volgens navolgers van die nuwe rigting oorbodig wees.¹⁴

'n Ander nuwe-effek van die aanvaarding van die *duty of care*-leerstuk op die terrein van produkte-aanspreeklikheid is dat nie duidelik tussen onregmatigheid en nalatigheid onderskei word nie. In die *Combrinck*-saak moes die hof beslis of "the alleged negligent acts constitute an unlawful invasion of appellant's protected rights." Die hof moes dus vasstel of die gedrag van die respondent onregmatig was. Regter Myburgh werk in die *Combrinck*-saak duidelik met die voorsienbaarheidstoets van die redelike man. In effek kom sy beslissing op die volgende neer: Omdat 'n redelike man in die posisie van die respondent nie skade sou voorsien het nie, het die respondent geen sorgvuldigheidsplig gehad nie en gevolglik ook nie onreg-

¹¹Sien *Cape Town Municipality v Paine* 1923 AD 207 216; *Minister of Forestry v Quatblamba Pty Ltd* 1973 3 SA 69 (A) 81.

¹²Sien *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A).

¹³Harari *Negligence in the Law of Torts* (1962) 70-75.

¹⁴Millner 26-27; Fleming 134-137; McKerron *The Law of Delict* (1971) 35-36.

matig gehandel nie.¹⁵ In die *Gibb*-saak weer word die nalatigheid van 'n houthandelaar met betrekking tot die verskaffing van 'n gebrekkige steierplank afhanklik gestel van die bestaan van 'n sorgvuldigheidspilg, in casu 'n inspeksieplig. Op sy beurt word die bestaan van die inspeksieplig afhanklik gestel van die vraag of 'n redelike houthandelaar skade sou voorsien en stappe sou geneem het om dit te voorkom.¹⁶ Kortom, in een saak was voorsienbaarheid van skade bepalend vir onregmatigheid en in 'n ander saak is dieselfde maatstaf gebruik vir die vasstelling van nalatigheid.¹⁷

DIE DELIKTUELE GRONDSLAG VAN DIE SUID-AFRIKAANSE PRODUKTE-AANSPREEKLIKHEID

In hoogs geïndustrialiseerde en ontwikkelde lande soos Wes-Duitsland en die VSA het ondervinding geleer dat kontraktuele en aanverwante remedies om verskeie redes geen genoegsame beskerming bied aan die slagoffers van gevaarlike produkte nie. Dit is te verwelkom dat die eisers in die *Combrinck*- en *Gibb*-saak gekies het om hulle eise op delik te baseer. Dit was dus nie vir ons howe nodig om eers die kontraktereg uit te skakel of kunstmatig aan te pas nie. Produkte-aanspreeklikheid kon van die begin af op die korrekte grondslag, naamlik Aquiliese aanspreeklikheid geplaas word.¹⁸

A DIE VEREISTES VIR AQUILIESE AANSPREEKLIKHEID

Die vereistes vir Aquiliese aanspreeklikheid is alom bekend. Die dader moes 'n onregmatige en skuldige handeling verrig het en die handeling moes skade by 'n ander laat intree het.¹⁹

In wat hierop volg, sal hoofsaaklik 'n poging aangewend word om aan te dui waarin die handeling van die vervaardiger geleë is, wat sy handeling onregmatig maak en waarin nalatigheid op die terrein van produkte-aanspreeklikheid bestaan.

¹⁵Op 191 van die verslag.

¹⁶Op 464-465 van die verslag.

¹⁷Die beslissing in die *Gibb*-saak is egter ook vir die volgende vertolking vatbaar: Op grond van beleidsoorwegings het 'n handelaar in die algemeen die plig om redelike sorg aan die dag te lê. Om vas te stel of redelike sorg aan die dag gelê is en die handelaar derhalwe sy sorgvuldigheidspilg nagekom het, moet die algemene sorgvuldigheidspilg in die lig van die omstandighede wat ter sake is, gekonkretiseer word. Die inhoud van die plig hang enersyds daarvan af of 'n redelike handelaar in die posisie van die verweerder skade sou voorsien het en andersyds van die stappe wat hy sou geneem het om skade-intrede te voorkom. Omdat 'n redelike handelaar nie skade sou voorsien het nie, sou hy nie die planke geïnspekteer het nie. Die plig om 'n inspeksie uit te voer, het dus nie in die onderhawige omstandighede deel uitgemaak van die inhoud van die handelaar se sorgvuldigheidspilg nie. Gevolglik het die handelaar se versuim om te inspekteer nie 'n skending van sy sorgvuldigheidspilg daargestel nie en was hy nie nalatig nie. Indien dit die grondslag van die beslissing was, is die afwesigheid van nalatigheid by die handelaar gebaseer op die nie-skending van 'n sorgvuldigheidspilg en nie op die nie-bestaan daarvan nie. Sien my bespreking van die saak in 1976 *TSAR* 108 op 111.

¹⁸Sien vn 1 hierbo.

¹⁹Sien Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1970) 1 26.

1 Die handeling

Volgens die toonaangewende handboeke op die terrein van die deliktereg²⁰ en die strafreg²¹ is die juridiese handeling steeds 'n willekeurige menslike gedraging. 'n Handeling is willekeurig indien 'n persoon oor die vermoë beskik het om sy liggaamsbewegings deur sy verstand te beheers.²² Hierdie siening van die handeling sluit aan by die kousale handelingsleer maar bring nie al die aspekte van die kousale handelingsbegrip na vore nie. Volgens die kousale handelingsleer is 'n handeling die veroorsaking van 'n gevolg²³ deur 'n willekeurige menslike gedraging. Anders gestel is die kousale handeling geleë in die aan-die-gang-sit van 'n kousale verloop wat op 'n bepaalde gevolg uitloop. Die gedraging waardeur die kousale verloop aan die gang gesit is, moet wel deur die menslike wil beheerbaar wees maar die dader hoef nie die gevolge van sy gedrag te beoog het of hoegenaamd daarvan bewus te gewees het nie.²⁴

In die vereiste van 'n willekeurige menslike aktiwiteit kom die individualistiese aard van die kousale handelingsbegrip tot uitdrukking.²⁵ Die handeling word telkens verbind met die wilsvermoë van die individuele mens.²⁶

Anders as volgens die kousale handelingsleer is die wese van die menslike handeling volgens die finale handelingsleer²⁷ geleë in 'n bewuste "stuur" van die kousale verloop van sake in die rigting van 'n doel waarop die dader vooraf besluit het. Daar word slegs gehandel indien op so 'n wyse op die afloop van gebeure ingewerk word dat die voorgestelde doel bereik word. Die persoon wat handel, wend 'n kousale gang van sake berekend aan ten einde 'n beplande doel te bereik. Slegs menslike handelinge wat doelgerigte gevolge veroorsaak, is volgens die finale handelingsleer juridies relevant.

Die vereiste van 'n doelgerigte menslike aktiwiteit, van 'n gewilde eerder as 'n willekeurige gedraging, maak die finale handeling²⁸ nog meer

²⁰Van der Merwe en Olivier 27 ev.

²¹De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1975) 49; Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* vol 1 (1970) 101.

²²Sien De Wet en Swanepoel 49-50. Vgl ook *S v Johnson* 1969 1 SA 201 (A) 205.

²³Die standpunt dat 'n handeling tegelykertyd gevolgsveroorakend is, hou belangrike konsekwensies in vir beskouings aangaande onregmatigheid en sal by die onregmatighedsvereiste in meer besonderhede bespreek word.

²⁴Sien Van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid uit Onregmatige Daad* (proefskrif 1974) 248.

²⁵*ibid.*

²⁶Sien Van der Walt 1972 *THRHR* 224 239. Volgens Diederichsen *Die Haftung des Warenherstellers* (1967) 50 is handelinge "die vom einzelnen Menschen ausgehenden, 'seine Handschrift tragende' Umweltgestaltungen. Sie können ihm im positiven wie im negativen Sinne zugerechnet werden, weil er nicht nur ihr Urheber ist, sondern weil er in seinen Handlungen sich selbst 'manifestiert'."

²⁷Die finale handelingsleer word hier bespreek nie omdat dit tot op hede in Suid-Afrika enige invloed uitgeoefen het waarvan die skrywer bewus is nie maar omdat die standpunt wat ingeneem word oor die onregmatigheid van die vervaardiger se gedrag nou aansluit by 'n onregmatighedsbeskouing wat uit die finale handelingsleer voortvloei.

²⁸'n Handeling is finaal indien dit 'n doelgerigte aktiwiteit is. Die finaliteit van die handeling berus daarop dat die mens die moontlike gevolge van sy gedrag in 'n bepaalde mate kan voorsien en sy gedrag kan inrig ter bereiking van 'n vooropgesette doel. Kortom, 'n finale handeling is een wat bewustelik deur 'n doel gestuur word. Sien Welzel *Das deutsche Strafrecht* (1969) 33.

individualisties as die kousale handeling.^{29 30}

Die fabrikant se handeling is 'n positiewe dadigheid³¹ wat bestaan uit die beheer en toesig oor en organisasie van die komplekse proses van industriële produksie. Industriële produksie behels al die aktiwiteite binne die fabriek en sluit byvoorbeeld die ontwerp, daadwerklike fabrikasie en vrystelling van 'n produk in. By industriële produksie kombineer mens en masjien om die gewenste eindresultaat te lewer en vry te stel.³² Namate outomatisasie toeneem, verminder of verander die rol van menslike aktiwiteit binne die bedryf. In die plek van eiehandige deelname aan die produksieproses kom beheeruitoefening oor en organisasie van die hele proses. Volgens Van der Walt³³ het "outomatisasie, meedoënlose repetisie-arbeid, kollektiewe deelname en passiewe beheer in plaas van aktiewe doen in die moderne produksieproses" twyfel laat ontstaan oor die geskiktheid van die individualistiese handelingsbegrip.³⁴

In werklikheid het die toename in outomatisasie en die ooreenstemmende vermindering of verandering van menslike aktiwiteit binne die produksieproses geen invloed uitgeoefen op die individualiteit van die fabrikant se handeling nie. In 'n eenmansonderneming neem die fabrikant wel eiehandig deel aan die skepping van 'n produk terwyl sy funksie as hoof van 'n grootliks of ten volle ge-outomatiseerde grootonderneming hoofsaaklik organisatories van aard is.³⁵ In laasgenoemde geval is die aard van sy aktiwiteit weliswaar anders as in eersgenoemde geval maar dit maak sy handeling nie minder individualisties nie. En aangesien dit by die produkte-aanspreeklikheid gaan om die handeling van die fabrikant en nie om die individuele of kollektiewe prestasies van menslike skakels in die produksieproses of die werking van tegnologiese hulpmiddels nie, kan die gedraginge van die fabrikant onder 'n individualistiese handelingsbegrip tuisgebring word.^{36 37}

Die beheer en organisasie van die proses van industriële produksie is 'n individualistiese aktiwiteit in die sin dat dit 'n willekeurige menslike gedra-

²⁹Sien Van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid* 250-252.

³⁰Sien De Jager 139 ev vir meer besonderhede oor die finale handelingsleer.

³¹Produksie en verspreiding van produkte en die organisasie van die hele proses mag soms meebring dat nagelaat moet word om iets te doen maar in sy geheel gesien, is dit 'n positiewe aktiwiteit. Waar fabrikante 'n plig het om positief op te tree en versuim om dit na te kom, kan die versuim die produksie- of verspreidingshandeling onregmatig maak maar die geheelaktiwiteit van die fabrikant beslis nie in 'n late omtower nie. Sien oor die algemeen Van der Walt se bespreking van *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) in 1976 *TSAR* 106-107.

³²Sien Simitis *Grundfragen* 72.

³³1972 *THRHR* 239.

³⁴Sien Diederichsen 50-52.

³⁵Sien Simitis "Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung geordnet werden? In welchem Sinne?" *Gutachten C zum 47. Deutschen Juristentag* (1968) 50-51.

³⁶Instemend Van der Walt 1972 *THRHR* 239.

³⁷Industriële produksie is geleë in 'n koördinasie van menslike en masjinale determinante en of die klem in 'n gegewe bedryf op outomatisasie dan wel op menslike prestasie val, die vervaardiger moet in elk geval die proses so organiseer dat veilige produkte op die mark vrygestel word. Sien Simitis *Haftung* 50-51.

ging is. As gedraging wat vir verstandelike beheer deur die fabrikant vatbaar is, sluit die beheer en organisasie van die produksieproses nou aan by die kousale handelingsleer.

Aangesien die gedraging van die fabrikant doelgerig uitgevoer word, kan dit wel as finale beheer- en organisasiehandelinge aangemerkt word. Die beheer en organisasie van die produksieproses is egter geen finale skendingshandelinge nie en wel omdat dit nie deur die fabrikant uitgevoer word met die doel om produkte vry te stel wat verbruikers sal beseer of andersins skade sal berokken nie.³⁸ Meesal sal die vrystelling van potensieel gevaarlike produkte te wyte wees aan die nalatigheid van die fabrikant of sal hy hoegenaamd geen skuld daaraan hê nie. Weens die feit dat die vrystelling van gevaarlike produkte normaalweg nie opsetlik geskied nie en die finaliste nie die nalatige handeling bevredigend kan verklaar nie,³⁹ kan die optrede van die fabrikant nie ingevolge die finale handelingsleer uitgedruk word nie. Die beperking van juridiese handelinge tot gedrag wat bewustelik op 'n bepaalde doel gerig is, maak die finale handelingsleer te eng om die regtens relevante gedrag van die fabrikant te akkommodeer.⁴⁰

2 Onregmatigheid

(a) Onregmatigheidsteorieë

In die Suid-Afrikaanse deliktereg is daar veral twee benaderings tot die onregmatigheidselement. Enersyds is daar diegene wat meen dat onregmatigheid in die skending van 'n subjektiewe reg geleë is.⁴¹ Die onregmatigheid kleef volgens voorstanders van die tradisionele onregmatigheidsleer nie net aan die handeling nie maar aan die handeling met verwysing na sy gevolg. Onregmatigheid is immers volgens voorstanders van dié benadering geleë in die regskenkende resultaat van 'n handeling.⁴²

Lynreg in stryd met die onregmatigheidsbeskouing ingevolge die kousale handelingsleer is die opvatting wat in aansluiting by die Engels-regtelike *duty of care*-leerstuk gehuldig word, naamlik dat die onregmatigheid van 'n handeling in die skending van 'n plig geleë is, meer bepaald *a duty*

³⁸Sien die Welzelse voorbeeld van die verpleegster in *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (1957) 54. Vgl ook Van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid* 249.

³⁹Jescheck "Der Strafrechtliche Handlungsbegriff in Dogmengeschichtlicher Entwicklung" *Festschrift für Eberhard Schmidt* (1961) 148-149; Mezger und Blei *Strafrecht I* (1973) 59-60 en vgl Van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid* 251 vn 1.

⁴⁰Hiermee wil ek nie te kenne gee dat daar niks van die waarheid in die finale handelingsleer opgeslote lê nie. Die onregmatigheid van die fabrikant se gedrag kan beter verklaar word met die handelingsgerigte onregmatigheidsbegrip van die finaliste as met die gevolgsgerigte kousale onregmatigheidsleer. Sien De Jager 164-165.

⁴¹Van der Merwe en Olivier 52-53 motiveer hierdie benadering soos volg: "Waar die privaatreë te doen het met die afbakening van die regsbelange van individue onderling, met die handhawing van 'n ewewig tussen die belange, volg dit dat 'n verstoring van die ewewig deur 'n handeling van 'n persoon wat die regsbelange van 'n ander aantast, onregmatig is. Hieruit blyk dat onregmatigheid in privaatreëtelike sin noodwendig geleë is in die skending van 'n ander se subjektiewe reg." Vgl ook die beslissing van r Mostert in *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films Edms Bpk* 1977 4 SA 376 (T) veral op 387.

⁴²Sien Van der Merwe en Olivier 53.

to take care.⁴³ Volgens die tradisionele formulering van die *duty of care*-leerstuk word die ondersoek na die aanspreeklikheid van die verweerder in twee fases gedoen, te wete die vasstelling van die bestaan van 'n sorgvuldigheidsplig en die vraag na die verbreking van daardie plig. Soos aangedui,⁴⁴ is dit toutologies om by aanspreeklikheidsbepaling twee ondersoeke te doen maar by elkeen presies dieselfde toets toe te pas.

Ingevolge die nuwe ontwikkeling in die Amerikaanse reg waarvan hierbo⁴⁵ melding gemaak is, word die pas gesketste toutologie uitgeskakel deur die bestaan van sorgvuldigheidspligte oftewel *duties* slegs te erken indien die geskonde belang in die lig van beleidsoorwegings as regtens beskermingswaardig beskou word.⁴⁶ Die erkenning van 'n *duty* in 'n geval waar 'n dader skade aan 'n ander berokken het, kan 'n mens interpreteer as 'n oordeel dat die optrede onregmatig was. Die aanwesigheid van nalatigheid hang egter daarvan af of die *duty* verbreek is. Aan die ander kant kan 'n saak daarvoor uitgemaak word dat ook die onregmatigheid in die verbreking van die plig geleë is.⁴⁷ Indien erken word dat die onregmatigheid in die verbreking van die plig geleë is, is die inhoud van die plig vir onregmatigheidsvasstelling besonder belangrik.

Indien die *duty of care*-leerstuk tot gevolg sou hê dat onregmatigheid en nalatigheid volgens dieselfde maatstawwe beoordeel word of dat onregmatigheid met 'n skuldtoets vasgestel word, sou die leerstuk strydig wees met die erkende beginsels van die Suid-Afrikaanse reg. Die *duty of care*-leerstuk sal slegs erkenning verleen aan onregmatigheid as selfstandige aanspreeklikheidsvereiste indien aanvaar word dat die verweerder naas *a duty to take care* ook nog *a duty to take reasonable steps* moet hê.⁴⁸ Nie-nakoming van laasgenoemde plig stel onregmatigheid daar terwyl nalatigheid geleë is in die verbreking van eersgenoemde. Die vraag of 'n verweerder 'n plig het om redelike

⁴³Sien bv McKerron 5. In die Suid-Afrikaanse strafreg word aanvaar dat 'n late slegs wederregtelik is indien daar 'n regsplig bestaan het om positief op te tree. Sien Burchell en Hunt 103-104; Strauss "Strafregtelike Aanspreeklikheid vanweë 'n Late" 1968 *THRHR* 282 ev; De Wet en Swanepoel 66. Ook op die terrein van die deliktereg kan daar nouliks twyfel oor bestaan dat 'n late slegs onregmatig is indien dit neerkom op die nie-nakoming van 'n regsplig tot positiewe optrede. Volgens Strauss op 282 van sy artikel hierbo genoem, is die tradisionele beskouing dat aanspreeklikheid ex lege Aquilia nie kan ontstaan uit hoofde van 'n blote late nie maar dat aanspreeklikheid ingevolge 'n late afhanklik is van die bestaan van 'n regsplig om positief op te tree. Sien McKerron 12 ev vir die gevalle of omstandighede waarin so 'n regsplig bestaan. Ook in die Suid-Afrikaanse regspraak word 'n late slegs as onregmatig beskou indien daar 'n plig tot positiewe optrede bestaan het. Sien bv *Silva's Fishing Corporation Pty Ltd v Mawezq* 1957 2 SA 256 (A); *Administrator Cape v Preston* 1961 3 SA 562 (A); *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 596.

⁴⁴By vn 9-12.

⁴⁵By vn 13-14.

⁴⁶Sien Harari 70-75; Millner 26-27; Fleming 134-137. In die Suid-Afrikaanse reg is daar ook gesag vir die nuwe benadering. Sien *South African Railways and Harbours v Marais* 1950 4 SA 610 (A) en vgl McKerron 35.

⁴⁷Sien bv Larenz "Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht" *Festschrift für Hans Dölle* bd I (1963) 189 ev.

⁴⁸Sien Van der Walt se bespreking van *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) in 1976 *TSAR* 103-104.

stappe te doen, moet beoordeel word in die lig van die regsdoelstelling van die gemeenskap.⁴⁹

Aangesien onregmatigheid geleë is in die skending van die plig om redelike stappe te doen, sal telkens by onregmatigheidsvasstelling nagegaan moet word wat redelike stappe is. By die bepaling van wat redelike stappe is, moet alle omstandighede en faktore in ag geneem word, veral ook dié wat ex post aan die lig kom en nie by die uitvoering van die handeling vir die dader kenbaar was nie. 'n Handeling binne die kader van menslike verkeer is 'n sosiale verskynsel wat ook met ander regsobjekte en veral die benadeelde verband hou. Gevolglik kan die geoorlooftheid of ongeoorlooftheid van 'n handeling nie net vanuit die posisie van die dader beoordeel word nie, maar moet alle faktore wat die juridiese kwaliteit van die handeling kan beïnvloed in ag geneem word.⁵⁰ Hierdie werkwyse by onregmatigheidsvasstelling word ook geïllustreer deur die voorbeeld wat hoofregter Steyn in die *Regal*-saak gee van onregmatige, dog nie-nalatige gedrag:

“Dit is goed denkbaar dat 'n eenaar met alle redelikheid ingevolge deskundige advies meen dat verhinderende van 'n gevolg ondoenlik is en dat sy mening eers by die verhoor weerlê word deur getuies van ander deskundiges. In so 'n geval sou moeilik staande gehou kon word dat sy late nalatig was.”⁵¹

Volgens 'n derde onregmatigheidsleer word direkte en indirekte skendingshandelinge vir die doeleindes van onregmatigheidsbeoordeling nie oor dieselfde kam geskeer nie.⁵²

Direkte skendingshandelinge word volgens die kousale onregmatigheidsleer beoordeel. In die geval van direkte skadetoevoeging is die gevolg van die handeling so eng daarmee verbind dat die kwaliteit van die handeling in die lig van sy gevolg beoordeel moet word. By direkte skadetoevoeging bring die gevolg slegs na vore wat die aard van die handeling van die begin af was. Larenz⁵³ illustreer die toelaatbaarheid van die inagneming van die gevolge van direkte skendingshandelinge met behulp van die Welzelse voorbeeld van die verpleegster wat onwetend haar pasiënt 'n dodelike dosis van die een of ander middel inspuit. Volgens Larenz verrig die verpleegster hier 'n dodingshandeling. Dit is volgens Larenz in ooreenstemming met die gangbare lewensbeskouing en die verkeersopvattinge om haar handeling as 'n dodingshandeling te beskou. Die ingetrede gevolg, die dood van die pasiënt, bring net na vore wat die kwaliteit van die handeling van die begin af was, naamlik 'n dodingshandeling.

Anders as direkte gevolge behoort die indirekte gevolge van 'n handeling, ook al word hulle adekwaat-kousaal veroorsaak, nie toegelaat te word om die juridiese kwaliteit van die handeling te bepaal nie. Gevolge van hierdie aard val volgens Larenz⁵⁴ deurgaans buite die raamwerk van die

⁴⁹*Minister van Polisie v Ewels* 596–597 en *Regal v African Superslate Pty Ltd* 1963 1 SA 102 (A) 112.

⁵⁰Vgl Zeuner “Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit aus Zivilrechtlicher Sicht” 1961 *Juristenzeitung* 41 ev.

⁵¹Op 112 van die verslag.

⁵²Sien veral Larenz *Rechtswidrigkeit* 183 ev.

⁵³*Rechtswidrigkeit* 183–184.

⁵⁴*Rechtswidrigkeit* 187.

handeling. Vervaardigers en verkopers van potensieel gevaarlike produkte soos motors, jaggewere, sae, byle, messe en stryksters skep – in die lig van die skadefrekwensie wat met die gebruik daarvan saamhang – deurgaans adekwaat-kousale voorwaardes vir die skade wat uit die gebruik daarvan voortvloei. En tog lyk dit onsinnig om die vervaardiging en verkoop van sulke produkte as onregmatige dodings- of beseringshandelinge aan te merk bloot omdat die skade-intrede adekwaat-kousaal veroorsaak is.⁵⁵

In navolging van die onregmatigheidsbeskouing van voorstanders van die finale handelingsleer word handelinge waaruit indirekte skadelike gevolge voortgevloei het, slegs as onregmatig aangemerkt indien die handelinge strydig is met 'n norm waaraan die dader van regsweë onderworpe gestel is of, anders gestel, strydig is met 'n regsplig waaraan die dader onderworpe is.⁵⁶ Iemand wat byvoorbeeld gevaarlike voorwerpe vervaardig of in die verkeer vrystel, moet die vereiste beskermende maatreëls tref.

'n Giftige middel vir die bestryding van plantsiektes moet duidelik as giftig aangemerkt word. Net so behoort gevaarlike medikamente slegs op doktersvoorskrif verskaf te word en moet gebruikers se aandag gevestig word op die gevare verbonde aan die versorging van 'n masjien. 'n Persoon wat 'n gevaarlike toedrag van sake skep of laat voortduur sonder om die regtens voorgeskrewe voorsorgmaatreëls te tref, handel onregmatig en moet instaan vir die skade wat adekwaat-kousaal deur sy normstrydige optrede veroorsaak is.⁵⁷

Die kern van die verskeie onregmatigheidsteorieë kan soos volg saamgevat word:

Volgens die kousale onregmatigheidsleer is onregmatigheid *prima facie* in die aantasting van 'n belang geleë. Die onregmatigheid word slegs opgehef indien die dader hom op 'n regverdigingsgrond kan beroep. Voorstanders van die kousale handelingsleer laat deurgaans die klem val op die gevolge van 'n handeling en nie soseer op die kwaliteit van die handeling self nie.

Volgens die *duty of care*-leerstuk en volgens aanhangers van die finale handelingsleer maak die blote feit dat die handeling adekwaat-kousaal 'n belangeskending tot gevolg gehad het nog nie daarvan 'n onregmatige handeling nie. Die handeling is slegs onregmatig indien dit daarbenewens ook strydig is met 'n regsplig. By die "finale" onregmatigheidsbeskouing is die handeling self op die voorgrond en nie in die eerste plek die gevolg van die handeling nie.

'n Derde gedagterigting beoordeel onregmatigheid by indirekte skendingshandelinge nie op dieselfde wyse as by direkte skadetoevoegings nie. By direkte skadetoevoegings is die gevolg van die handeling so eng met die handeling verbind dat dit as deel daarvan beskou kan word en gevolglik, in ooreenstemming met die kousale handelingsleer, die regmatigheid of onregmatigheid daarvan kan bepaal. By indirekte skendingshandelinge val die

⁵⁵Sien Larenz *Rechtswidrigkeit* 188.

⁵⁶*ibid.*

⁵⁷Larenz *Rechtswidrigkeit* 189.

gevolge van die handeling buite die raamwerk van die handeling. Handeling van hierdie aard is, in ooreenstemming met die onregmatigheidsbeskouing van die finaliste, slegs onregmatig indien dit normstrydig is en skade daardeur veroorsaak word.

Ek meen dat laasgenoemde benadering ten opsigte van die optrede van 'n vervaardiger van toepassing behoort te wees. Die vervaardiger rig via sy defekte produkte indirek skade aan verbruikersbelange aan.

(b) *Onregmatigheid van die vervaardiger se handeling*

Vir doeleindes van aanspreeklikheid van die vervaardiger teenoor die verbruiker wil ek my vereenselwig met die siening dat onregmatigheid in pligskending geleë is.⁵⁸ Waar skade indirek maar adekwaat-kousaal toegevoeg word soos deurgaans die geval sal wees binne die verhouding van fabrikant tot verbruiker, lyk dit vir my uit pas met die regsdoelings van die gemeenskap om in beginsel 'n gedraging as onregmatig aan te merk bloot omdat dit tot die skending van 'n belang van die verbruiker aanleiding gegee het.⁵⁹ Die beklemtoning van die norm of plig eerder as die gevolge van 'n handeling by onregmatigheidsbeoordeling berus op die gedagte dat potensieel gevaarlike aktiwiteite wat reëlmatig lei tot die skending van ander se belange binne elke gemeenskap noodsaaklik is. Die regsorde kan en wil nie alle handeling verbied wat adekwate oorsake kan wees van inbreuke op die belange van ander nie. Tog word die gemeenskap beskerm deurdat die regsorde gedragsreëls opstel waarvolgens geoorloofde maar potensieel gevaarlike aktiwiteite beoefen moet word. Indien die aktiwiteit volgens die voorgeskrewe gedragsreëls beoefen word, voldoen dit aan die vereistes wat van regsweë daaraan gestel is en kan dit nie ex post facto as ongeoorloof aangemerkt word bloot omdat dit die aantasting van belange veroorsaak het nie.⁶⁰ Al val die klem volgens so 'n beskouing op pligskending kan die skending privaatregtelik slegs onregmatig wees as 'n belang van die eiser daarbenewens deur die pligskending aangetas word. Pligskending alleen is vir doeleindes van privaatregtelike aanspreeklikheid onvoldoende.

Nywerheidsproduksie is sonder twyfel 'n potensieel gevaarlike bedrywigheid.⁶¹ Nógans word die vervaardiging van produkte deur die regsorde toegelaat en selfs verwelkom. Die verbruikersgemeenskap behoort egter beskerm te word teen die risiko's van benadeling wat inherent is aan die produksieproses. Hierdie beskerming behoort te geskied deur vervaardigers

⁵⁸Wat indirekte skadetoevoegings betref, word hierdie onregmatigheidsbeskouing aangehang deur prominente Duitse privaatregeleerdes soos Larenz, Stoll en von Caemmerer. Sien Larenz *Rechtswidrigkeit* 187 ev; Stoll "Unrechtstypen bei Verletzung Absoluter Rechte" 1963 *AcP* 203; von Caemmerer "Die Absoluten Rechte in 823 Abs 1 BGB" 1961 *Karlsruher Forum* 19 ev. Ook in die Duitse praktyk word die aktiwiteite van vervaardigers van regsweë ten gunste van verbruikers beveiligt deur die oplegging van gedragspligte wat indien verbreek, onregmatigheid daarstel. Insgelyks word die vervaardiger se gedrag deur pligoplegging beheer ingevolge die *duty of care*-leerstuk van die Anglo-Amerikaanse reg.

⁵⁹Instemmend Larenz *Rechtswidrigkeit* 186 ev en *Simitis Grundfragen* 75-76.

⁶⁰Sien von Caemmerer "Wandlungen des Deliktsrechts" *Festschrift Deutscher Juristentag* bd II (1960) 71 77.

⁶¹Sien *Simitis Haftung* 35-37.

van regsweë te belas met gedragspligte ten einde die risiko's wat aan die vervaardigingsproses verbonde is binne perke te hou. Die redelikhedsoorwegings wat by onregmatigheidsbepaling in ag geneem word, bring mee dat nie van 'n vervaardiger verwag kan word om slegs veilige produkte te bemark nie. Aan die hand van die rigsnoere vir onregmatigheidsbepaling wat in die *Regal*-⁶² en *Ewels*-saak⁶³ neergelê is, kan hoogstens van 'n vervaardiger verwag word om binne die grense van die "redelik doenlike" en in ooreenstemming met die regsdoelwagings van die gemeenskap sy onderneming organisatories so in te rig en dié maatreëls te tref wat sal verseker dat veilige produkte die mark bereik.

In aansluiting by die *Regal*- en *Ewels*-saak⁶⁴ word aan die hand gedoen dat die vervaardiger in die algemeen die plig het om dwarsdeur die produksieproses, en selfs daarna, redelike stappe te doen om te voorkom dat gebrekkige produkte die mark bereik, of op die mark bly, en die belange van die verbruiker skend. Die vervaardiger tree onregmatig op indien hy hierdie plig skend en die verbruiker as gevolg daarvan skade ly.

Die nadere konkretisering van die regsplig van die vervaardiger hang af van die betekenis wat gegee word aan die begrippe redelike stappe en gebrekkigheid.

(c) Rigsnoere by onregmatigheidsbepaling

Die redelikhedsmaatstaf gekoppel met die regsdoelwagings van die gemeenskap as leidraad by die bepaling van wat redelike stappe is, is soepel genoeg om rekening te hou met die tipe produk wat vervaardig word,⁶⁵ die aard van die onderneming van die fabrikant,⁶⁶ die stadium waarop die gebrek ingetree het en talle ander faktore. Al na gelang van die omstandighede en veral na gelang van die stadium waarop die gebrek intree, kan die vereiste van redelike stappe neerslag vind in 'n plig om kennis te neem van die jongste stand van tegniese kennis op 'n bepaalde terrein,⁶⁷ 'n organisasieplig,⁶⁸ 'n kontroleplig, 'n inspeksieplig,⁶⁹ 'n instruksieplig⁷⁰ of 'n onttrek-

⁶²*Regal v African Superstate Pty Ltd* 1963 1 SA 102 (A) 111-112.

⁶³*Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 596-597.

⁶⁴Sien vn 62 en 63.

⁶⁵Van vervaardigers van gevaarlike produkte kan bv verwag word om verbruikers op effektiewe wyse te waarsku. Indien 'n bepaalde tipe produk slegs vir vakmanne bestem is, hoef die vervaardiger minder inligting te verstrek oor die moontlike gevare wat aan die gebruik van die produk verbonde is as wat die geval sal wees as die produk aan die gewone publiek verskaf word.

⁶⁶Dit is goed denkbaar dat stappe wat in een onderneming redelikerwys verwag kan word ter gevaarvoorkoming in 'n ander onderneming geheel en al onprakties sal wees.

⁶⁷Hierdie plig hang veral saam met die stadium van beplanning en ontwerp van 'n produk.

⁶⁸In werklikheid bestaan die organisasieplig ten aansien van al die stadia van die produksie en bemarking van 'n produk.

⁶⁹Inspeksie- en kontrolepligte is veral gedurende werklike fabrikasie van 'n produk op die voorgrond.

⁷⁰Instruksiepligte ontstaan reëlmatig by vrystelling van 'n produk maar kan ook ontstaan ten aansien van 'n reeds bemarkte produk wat gebreke openbaar.

kingsplig.⁷¹ Namate meer gedragspligte aan die hand van die maatstaf van redelike stappe konkretiseer,⁷² sal fabrikante al hoe meer sekerheid verkry oor watter maatreëls hulle moet tref om binne die raamwerk van die regsorde te bly en sal die produkte-aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg werklik gestalte begin aanneem.

Naas die maatstaf van redelike stappe behoort die onredelike gevaarlikheid van 'n produk ook by onregmatigheidsbeoordeling op die terrein van die produkte-aanspreeklikheid in ag geneem te word. By die formulering van die vervaardiger se algemene gedragsplig is van die term gebrekkige produk gebruik gemaak. Die term gebrekkige produk is nie gebruik in die betekenis van 'n produk wat 'n afwykende eienskap het nie maar in die betekenis van 'n produk wat *onredelik gevaarlik* is. Die rede waarom met gebrekkigheid in die betekenis van onredelike gevaarlikheid eerder as afwykende eienskap gewerk word, is die volgende:⁷³ Indien die vrystelling van 'n gebrekkige produk as vereiste vir onregmatigheid gestel word en 'n gebrek word as 'n afwykende eienskap beskou, plaas die gebreksbegrip 'n te wye beperking op die aanspreeklikheid van die vervaardiger. So 'n beperking sal meebring dat vervaardigers van gevaarlike produkte soos gifstowwe en medikamente wat die mark in hulle beoogde toestand bereik nie teenoor die slagoffers van hulle produkte aanspreeklik sal wees nie aangesien hulle produkte geen afwykende eienskappe vertoon nie.

Na die voorbeeld van die Amerikaanse *Restatement on Torts*⁷⁴ word voorgestel dat by onregmatigheidsvasstelling eerder met die begrip van *onredelik gevaarlik* as met die begrip *gebrekkigheid* gewerk word. Die beperking van onregmatige gedrag tot die vrystelling van onredelik gevaarlike maar lewensnoodsaaklike produkte hou die voordeel in dat vervaardigers van lewensnoodsaaklike produkte aanspreeklik gehou sou kon word indien hulle nie hulle produkte met behulp van waarskuwings en gebruiksaanwysings redelik veilig maak nie. Die onredelikheidskwalifikasie hou op sy beurt rekening met die feit dat talle lewensgevaarlike maar noodsaaklike produkte nie weens hulle gevaarlikheid alleen van die mark weerhou kan word nie. Die klem wat op die veiligheid van produkte geplaas word, is ook weerspieël in die *Europese Konvensie aangaande Produkte-aanspreeklikheid vir Persoonlike Beserings en Sterftes*.⁷⁵ In artikel 3(1) word bepaal dat 'n vervaardiger aanspreeklik is om skadevergoeding te betaal vir die dood of persoonlike beserings wat deur 'n defek aan sy produk veroorsaak is. Maar in artikel 2(c) word bepaal

⁷¹Sien Schut *Produktenaansprakelijkheid* (1974) 28–30 vir voorbeelde van motormaat-skappye wat bepaalde modelle aan die mark onttrek het om gebreke reg te stel. Indien 'n vervaardiger na bemarking bewus word van 'n gevaar wat sy produk inhou, sal dit in bepaalde omstandighede redelik wees om verbruikers bloot teen die gevaar te waarsku.

⁷²As goeie eerste voorbeeld is die gedragsplig van die houhandelaar nader omlyn in *A Gibb and Son Pty Ltd v Taylor and Mitchell Timber Supply Co Pty Ltd* 1975 2 SA 457 (W) 465–466.

⁷³Van der Walt 1972 *THRHR* 241–242 werk met die begrip gebrekkigheid maar staan 'n baie aanpasbare gebreksbegrip voor: "Wat 'n defek is, sal van geval tot geval op grond van gemeenskapsgevoel, -oortuiging en -ervaring vasgestel moet word."

⁷⁴2d opm i by par 402 A.

⁷⁵Konvensie van 27 1 1977.

dat "a product has a 'defect' when it does not provide the safety which a person is entitled to expect, having regard to all the circumstances including the presentation of the product."

Reeds in artikel 2(c) is een van die leidrade vervat waarvolgens bepaal moet word of 'n produk redelik veilig is, te wete die redelike verwagtinge van die verbruiker in die lig van die omstandighede.⁷⁶ 'n Ander faktor wat in dié verband 'n rol behoort te speel, is die stand van die wetenskap en die tegniek. Die vereiste dat 'n produk redelik veilig moet wees, is soepel genoeg om 'n verskeidenheid van omstandighede in ag te neem en met ontwikkeling tred te hou.

3 Skuld en die *res ipsa loquitur*-leerstuk

Aquiliese aanspreeklikheid is skuldaanspreeklikheid.⁷⁷ Hoewel skuld in die vorm van opset sowel as in die vorm van nalatigheid Aquiliese aanspreeklikheid van fundeer,⁷⁸ kan opset vir die doeleindes van produkte-aanspreeklikheid buite rekening gelaat word.⁷⁹

Daar is weliswaar diegene wat meen dat geobjektiveerde nalatigheid in die onregmatigheidsvereiste opgaan sodra onregmatigheid vanuit die norm of die plig benader word,⁸⁰ maar in die Suid-Afrikaanse deliktereg is onregmatigheid en skuld twee verskillende aanspreeklikheidsvereistes.⁸¹ By die vasstelling van nalatigheid word anders te werk gegaan as by die vasstelling van onregmatigheid. By nalatigheidsvasstelling is die vraag of die dader vir sy onregmatige gedrag verwyte kan word. Dit hang daarvan af of hy die sorgvuldigheid aan die dag gelê het wat van regsweë van 'n persoon in sy omstandighede verlang word. Of aan die vereiste sorgvuldigheidstandaard voldoen is, word vanuit die posisie van die dader beoordeel. Met behulp van die redelike man-toets word vasgestel watter sorgvuldigheidsmaatreëls redelikerwys van iemand in die posisie van die dader verwag kan word.

Hiermee wil ek nie te kenne gee dat faktore wat by die onregmatigheidsvraag van belang is nie ook by die nalatigheidsondersoek in ag geneem moet word nie. In die *Gibb*-saak byvoorbeeld sou die aard van die verwerder se

⁷⁶Sien Van der Walt 1972 *THRHR* 242.

⁷⁷Sien Van der Merwe en Olivier 197.

⁷⁸*ibid.*

⁷⁹Vervaardigers sal selde produkte vervaardig juis met die doel om verbruikers te benadeel of aan een van die ander skakerings van opset voldoen maar indien wel en indien aan die ander vereistes vir Aquiliese aanspreeklikheid voldoen is, kan met die *actio legis Aquiliae* teen hulle opgetree word.

⁸⁰Aanhangers van die finale handelingsleer argumenteer bv soos volg: Die gebiede en verbiede van die reg is gerig aan die wil van die mens. Om die rede kan nie van hom verwag word om die onmoontlike te doen nie. Wat wel van regsweë van hom verwag kan word, is om hom te weerhou van opsetlike regskendings. Wat onopsetlike gedrag betref, kan hoogstens van hom verwag word om dié mate van sorgvuldigheid aan die dag te lê wat volgens verkeersmaatstawwe vereis word of sosiaaladekwaat genoegsaam is om regskendings te vermy. Dit is net logies dat indien die sorgvuldigheid wat in die verkeer vereis word bepalend is vir die bestaan en inhoud van gedragspligte, skending van die plig tegelykertyd onregmatigheid en nalatigheid daarstel. Hierdie gelykstelling geld nie vir die Suid-Afrikaanse reg nie en is ook in Duitsland aan skerp kritiek onderwerp. sien De Jager 149 *ev.*

⁸¹Sien bv hr Steyn se verduideliking op 112 van die *Regal*-saak.

onderneming, die tipe hout wat verkoop is, die gebruike in die houthandel en boubedryf, sekerlik ook in ag geneem moes gewees het by die vasstelling van die vraag of 'n inspeksie deur die handelaar in die lig van al die omstandighede redelik doenlik was. Normaalweg sal die grens tussen nie-nalatige optrede (die inagneming van redelike sorgvuldigheid) en nalatige optrede (onsorgvuldigheid) dan ook prakties saamval met die grens tussen regmatigheid en onregmatigheid. Hoewel "redelik doenlike stappe" as inhoud van 'n regsplig en "redelike sorgvuldigheid" as nalatighedsnorm in die praktyk dikwels dieselfde inhoud sal hê, is dit nie noodwendig die geval nie. Faktore wat ex post aan die lig kom en nie vanuit die posisie van die handelaar voorsienbaar was nie, kan tot gevolg hê dat onregmatigheid en nalatigheid nie gelyktydig aanwesig is nie.⁸²

Op die terrein van produkte-aanspreeklikheid kan twee voorbeelde uit die Duitse-regspraak – in effens aangepaste vorm – ter illustrasie van die grens tussen onregmatigheid en nalatigheid gegee word: Vervaardigers van drukpotte het in die Duitse reg 'n plig om hulle produkte voor vrystelling onder "dubbele druk" te plaas ten einde te verseker dat hulle potte veilig is. Een van die potte ontplof na vrystelling en stig skade. Die vervaardiger het wel die toets uitgevoer. Daar is egter nie opgemerk dat die toetsapparaat defek was en die pot gevolglik onder te lae druk getoets is nie. Die vervaardiger het ongetwyfeld sy toetsingsplig geskend en gevolglik onregmatig gehandel. Dit kan egter wees dat die vervaardiger alle redelike sorg aan die dag gelê het om sy toetsapparaat in stand te hou (nie-nalatige optrede), maar dat die defek nogtans ontwikkel het. Sy optrede sou dan steeds onregmatig gewees het, maar nie nalatig nie.⁸³

'n Tweede voorbeeld: Vervaardigers van produkte wat bestem is om met die menslike vel in aanraking te kom, is verplig om hulle produkte op die mark vry te stel slegs as dit volgens die stand van kennis op die oomblik van vrystelling as onskadelik vir die menslike vel beskou word. Indien die fabrikant van 'n haarwasmiddel sy produk voor vrystelling deur 'n deskundige laat toets en laasgenoemde bevind dat dit veilig is, maar sy opinie berus nie op die stand van kennis op daardie stadium nie, kan die vervaardiger geen verwynt gemaak word dat hy onsorgvuldig opgetree het nie. Sou 'n verbruiker egter as gevolg van 'n ongunstige nuwe-effek van die middel – wat vasstelbaar was in die lig van die bestaande stand van kennis – liggaamskade opdoen, kan egter nie ontken word dat die vervaardiger sy plig geskend en gevolglik onregmatig opgetree het nie.⁸⁴

In sowel die *Combrinck*-⁸⁵ as die *Gibb*-saak⁸⁶ is die skuldbeginnsel gehandhaaf. Weens die ontoeganklikheid van die bedryfsfeer van die fabrikant en die onbegrypikheid van moderne produksieprosesse sal verbruikers reël-

⁸²ibid.

⁸³Sien Lorenz "Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenherstellers und Lieferanten gegenüber Dritten" *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hermann Nottarb* (1961) 59 64 vn 23.

⁸⁴Vgl Larenz *Rechtswidrigkeit* 190–192.

⁸⁵1972 4 SA 185 (T).

⁸⁶1975 2 SA 457 (W).

matig in bewysnood verkeer wat betref die bewys dat die fabrikant nalatig was. In Duitsland, waar prinsipieel aan die skuldbeginsel vasgehou word, is verbruikers tegemoetgekom deur 'n omkeer van die bewyslas ten aansien van skuld en in die VSA word verbruikers wat op die *negligence*-aanspreeklikheidsgrondslag wil steun, met die leerstuk van *res ipsa loquitur* ondersteun. In die *Combrinck*-saak het regter Myburgh te kenne gegee dat benadeelde verbruikers hulle op *res ipsa loquitur* sal kan beroep.⁸⁷

In werklikheid het *res ipsa loquitur* in die Suid-Afrikaanse reg 'n baie beperkte betekenis. *Res ipsa loquitur* beteken slegs dat uit die skadestigtende gebeure op sigself beskou 'n afleiding van nalatigheid gemaak kan word.⁸⁸ So 'n afleiding is slegs geregverdig indien die skadestigtende gebeure volgens algemene ervaring nie sou plaasvind indien iemand nie nalatig was nie.⁸⁹ Daarbenewens is die afleiding van nalatigheid uit die aard van die skadestigtende gebeurtenis slegs geregverdig indien die oorsaak van die skade onbekend is.⁹⁰ Vir die doeleindes van die afleiding hoef dit nie die onmiddellike oorsaak te wees wat onbekend is nie, dit kan ook 'n verwyderde oorsaak wees.⁹¹

Aangesien *res ipsa loquitur* geen bewyslasomkeer bewerkstellig nie,⁹² hoef die verweerder nie te bewys dat hy nie nalatig was nie. Hy kan die afleiding van nalatigheid neutraliseer deur aan te toon dat die feite ewe veenseelwigbaar is met 'n verduideliking wat geen ruimte laat vir 'n afleiding van nalatigheid nie.⁹³

Die verweerder kan ook die voordeel wat 'n *res ipsa loquitur*-situasie vir die eiser inhou, ontsenu deur genoegsame getuienis aan te voer van behoerlike sorg om die hof te laat twyfel.⁹⁴ Die afleiding van nalatigheid sal egter slegs uitgeskakel word indien die verduideliking wat deur die verweerder aangebied word redelik is. Die verduideliking moet 'n substansiële feitlike grondslag hê en nie uit blote teorie of hipotetiese suggesties bestaan

⁸⁷Op 190 van die verslag.

⁸⁸In *Groenewald v Conradie* 1965 1 SA 184 (A) 187 druk ar Rumpff die beginsel soos volg uit: "Ten slotte is dit wenslik om te beklemtoon dat die gebruik van die uitdrukking *res ipsa loquitur*, streng gesproke alleen dan van pas is wanneer dit nodig is om enkel en alleen na die betrokke getuienis te kyk sonder die hulp van enige ander verduidelikende getuienis. Alleen as die gebeurtenis op sigself en in sy eie lig beskou word, behoort die uitdrukking gebesig te word omdat anders die beperkte betekenis daarvan vertroebel mag word."

⁸⁹Sien bv *Sardi v Stanford and General Insur Co* 1977 3 SA 776 (A) 780.

⁹⁰Sien Hoffmann *The South African Law of Evidence* (1970) 387.

⁹¹Hoffmann verduidelik op 388: Indien 'n voertuig skielik die pad verlaat en op die sypaadjie opry, kan die hof in die afwesigheid van 'n verduideliking die afleiding maak dat dit aan nalatigheid te wyte was. Indien egter verduidelik word dat die voertuig gegly het, mag geen verdere afleiding gemaak word uit die feit dat die voertuig die sypaadjie opgry het nie, maar die hof kan aflei dat die gly van die motor deur nalatigheid veroorsaak is.

⁹²Sien bv *Arthur v Bezuidenhout and Miemy* 1962 2 SA 566 (A) 573 en vgl McKerron 42 ev.

⁹³Sien *Arthur v Bezuidenhout and Miemy* 1962 2 SA 566 (A) 573-575 en vgl Hoffmann 388 en Macintosh en Scoble *Negligence in Delict* (1970) 498.

⁹⁴Sien Hoffmann 388; McKerron 43.

nie.⁹⁵ Indien die verweerder nie daarin slaag om die afleiding van nalatigheid te neutraliseer nie bly die afleiding staan en kan dit moontlik saam met ander faktore die hof daartoe beweeg om aan die einde van die saak te bevind dat die eiser afdoende bewys van nalatigheid by die verweerder gelewer het.⁹⁶

Op die terrein van produkte-aanspreeklikheid sal 'n afleiding van nalatigheid ingevolge die res ipsa loquitur-metode waarskynlik gemaak word indien die verbruiker sou kon bewys dat hy deur 'n onredelik gevaarlike produk benadeel is en dat die produk reeds in dié toestand was toe dit die beheer van die fabrikant verlaat het.⁹⁷

By produkte wat deur die normale afsetketting bemark word en wat maklik beskadig kan word, sal verbruikers dikwels probleme ondervind om die gevaarlike toestand van die produk met die fabrikant te verbind. Indien 'n produk in 'n verseelde houer bemark word, behoort die res ipsa loquitur-situasie makliker bewysbaar te wees as ten opsigte van produkte wat aan slytasie onderworpe is en wat 'n geruime tyd reeds deur die eiser gebruik is toe die skade ingetree het.⁹⁸

Indien die eiser 'n res ipsa loquitur-situasie bewys het en die afleiding van nalatigheid gemaak is, bly die afleiding staan tensy dit deur die verweerder ongedaan gemaak word. Juis met behulp van die eise wat aan die weerleggende getuënis van die verweerder gestel word, kan die graad van verbruikersbeskerming gehandhaaf word wat op 'n gegewe tydstip wenslik is. Indien die beskermingsbehoefte van verbruikers teen gevaarlike produkte op die voorgrond is, sal strenger of selfs onmoontlike eise aan die verweerder se weerleggende getuënis gestel word.⁹⁹ Hoe strenger die eise is wat aan die verweerder se weerleggende getuënis gestel word, hoe nader word beweeg aan die beginsel van skuldlose aanspreeklikheid.¹⁰⁰

Die regspolitieke vraag oor die omvang van die behoefte aan verbruikersbeskerming teen gevaarlike produkte is tans in Suid-Afrika moeilik om

⁹⁵Sien *Arthur v Bezuidenhout and Miemy* 1962 2 SA 566 (A) 574. Die graad van oortuigingskrag wat die verweerder se weerleggende getuënis moet hê om die afleiding van nalatigheid uit te skakel, sal verskil na gelang van die waarskynlikheid of onwaarskynlikheid van sy verduideliking. Sien Macintosh en Scoble 499.

⁹⁶Sien *Arthur v Bezuidenhout and Miemy* 573. Op 574 van die verslag laat ar Ogilvie Thompson hom soos volg uit: "There is only one inquiry: namely, has the plaintiff, having regard to all the evidence in the case, discharged the burden of proving, on a balance of probabilities, the negligence he averred against the defendant." Dit is dus foutief om die ondersoek in die volgende twee stadiums op te deel: Het die eiser feite bewys wat prima facie dui op nalatigheid en het die verweerder die bewys weerlê? Sien Hoffmann 387.

⁹⁷Sien Van der Walt 1972 *THRHR* 248.

⁹⁸Sien De Jager 354 vir 'n bespreking van die Amerikaanse reg in dié verband.

⁹⁹In die VSA het die streng eise wat aan die verweerder se weerleggingslas gestel is, in effek tot skuldlose aanspreeklikheid van die vervaardiger gelei. Sien De Jager 461 e.v. In Duitsland waar formeel aan die skuldbeginsel vasgehou word, is die bewyslas tot skuld omgekeer en loop die fabrikant die risiko van die onbewysbaarheid van sy onskuld. Ook hierdie werkwysse het dikwels skuldlose aanspreeklikheid tot gevolg. Sien De Jager 232-233 en vgl Van der Walt "Enkele Gedagtes oor die Grondslag van Deliktuele Aanspreeklikheid" 1969 *THRHR* 319 327.

¹⁰⁰Vgl Van der Walt 1972 *THRHR* 224 249.

te beantwoord. Aangesien 'n verskerping van die aanspreeklikheid van fabrikante 'n dempende invloed op industriële ontwikkeling kan hê, kan die beskermingsbehoefte van verbruikers nie beoordeel word sonder om ook die ekonomiese stand van die Suid-Afrikaanse nywerheid in oënskou te neem nie.

Die nywerheid is waarskynlik nog nie dermate gevestig dat verbruikersbeskerming te veel van regsweë beklemtoon sal word nie. Aan die ander kant het die eerste stemme reeds opgegaan vir en is die eerste stappe reeds geneem in die rigting van groter en georganiseerde verbruikersbeskerming. Die huidige toedrag van sake word deur Van der Walt soos volg gestel:¹⁰¹

“Die liberalisties-individualistiese geestesklimaat en robuuste pioniersgees wat 'n jong ontwikkelende gemeenskap, soos dié van Suid-Afrika kenmerk, plaas noodwendig 'n premie op geesdrif en inisiatief. Daarteenoor staan die fundamentele gemeenskapsgevoel en -oortuiging dat individuele belange nie beskermingsloos gelaat mag word nie. Die aanvaarding van 'n skuldgrondslag vir produkte-aanspreeklikheid sal waarskynlik in die huidige stadium die behoefte aan die bevordering van ondernemersinisiatief en die beskerming van individuele of verbruikersbelange bevredig.”

In een geval kan egter nou reeds oorweeg word om die skuldbeginsel prys te gee en na die voorbeeld van die Amerikaanse reg 'n risiko-aanspreeklikheid in te voer. Daar word aan die hand gedoen dat die risiko-beginsel as die grondslag van die vervaardiger se aanspreeklikheid aanvaar word in die gevalle waar die skadestigtende gebrek gedurende die fabrikasieproses ingetree het of aan 'n kontroleversuim in die onderneming van die fabrikant te wyte is.

Die oorsaak van foute van dié aard is geleë in òf 'n menslike versuim òf 'n masjinale versaking by die produksieproses self of by die kontrole wat oor reeds vervaardigde produkte uitgeoefen word. Stig 'n gebrek skade wat by fabrikasie ontstaan het en nie deur die kontrolemeganisme van die fabrikant blootgelê is nie, sal moontlik aan die hand van die *res ipsa loquitur*-beginsel weerlegbaar vermoed word dat die fabrikant nalatig was. Dit kan gebeur dat 'n persoon wat by die produksie- of kontroleproses betrokke is onsoorgvuldig opgetree het. 'n Eenmalige menslike versuim is egter nie altyd 'n skuldige versuim nie. Namate outomatisasie toeneem, kom masjinale versaking ook al hoe meer in gedrang. Foute wat op hierdie manier ontstaan, kan tot 'n groot hoogte deur doeltreffende kontrole blootgelê word. Nogtans kan selfs 'n volmaakte kontrolemeganisme nie verhoed dat gebrekkige produkte soms die mark bereik nie. By gekompliseerde fabrikasieprosesse kan eenvoudig nie voorkom word dat eenmalige fabrikasiefoute intree en gebrekkige produkte die mark bereik nie. Selfs al word uit die feit dat 'n gebrekkige produk die mark bereik, afgelei dat die fabrikant onsoorgvuldig opgetree het, sal die fabrikant in baie gevalle in staat wees om sy onskuld te bewys.

Regspolities is daar veel te sê ten gunste van die aanspreeklikheid van die fabrikant in dié gevalle. Die fabrikant behoort dit as sy produksierisiko te beskou en op die produksiekoste oor te dra. Dit sou onbillik wees om 'n persoon wat toevallig deur 'n gebrek van dié aard benadeel word met die

¹⁰¹Vgl Van der Walt 1972 *THRHR* 247-248.

skaderisiko te belas, terwyl die intrede van fabrikasiefoute vir die vervaardiger 'n berekenbare risiko daarstel en gevolglik versekerbaar is. Vanuit die benadeelde se oogpunt maak dit in elk geval nie saak of hy die slagoffer van 'n skuldige of onskuldige fabrikasiefout geword het nie. Hy staan in elk geval weerloos teenoor die gebrekkige produk. Daarteenoor is die fabrikant die persoon wat die gevaar beheers. Hy behoort gevolglik die aanspreeklikheid asook die koste verbonde aan die versekering te dra. Dit kan daartoe bydra dat die vervaardiger nog doeltreffender maatreëls tref om skade te voorkom.¹⁰²

In gevalle van dié aard is dit onrealisties om vir die skyn vas te hou aan die skuldvereiste deur die sorgvuldigheidstandaard wat aan die fabrikant gestel word drasties te verskerp, of om dit vir die vervaardiger in effek onmoontlik te maak om hom van die weerleggingslas te kwyt nadat die *res ipsa loquitur*-metode toegepas is. Indien die fabrikant ook vir onskuldige fabrikasiefoute aanspreeklik gehou word, kan dit alleen ingevolge die beginsels van risiko-aanspreeklikheid geskied. Risiko-aanspreeklikheid maak voorsiening vir die tipiese, nie-beheerbare resultate van 'n bedrywigheid wat van regsweë toegelaat word.¹⁰³ Industriële produksie word van regsweë toegelaat. Skuldlose fabrikasiefoute kan nie uitgeskakel word nie en kom reëlmstig voor. Dit is in der waarheid eie aan die produksieproses.¹⁰⁴

4 Kousaliteit

Vanselfsprekend moet daar 'n kousale verband bestaan tussen die vervaardiger se optrede, die vervaardiging van 'n gebrekkige produk en die eiser se benadeling. In die praktyk sal die eiser dus moet bewys dat sy skade kousaal deur die defekte produk teweeggebring is. Die kousaliteitstoets behels basies twee vrae: was daar 'n feitlike kousale verband tussen die handeling en gevolg en was daar 'n juridies genoegsame enge verband?¹⁰⁵ In ons reg word die bestaan van die feitlike verband getoets met behulp van die *conditio sine qua non*-kriterium.¹⁰⁶ Wat die juridiese element van die

¹⁰²Sien von Caemmerer "Products Liability" *Festschrift für Max Rheinstein* bd II (1969) 659 667-668; Lorenz "Länderbericht und rechtsvergleichende Betrachtung zur Haftung des Warenherstellers" *Arbeiten zur Rechtsvergleichung Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung* 28. *Die Haftung des Warenherstellers* (1966) 5 49; Simitis *Haftung* 65-67. In die Amerikaanse reg is dit by uitnemendheid die aanspreeklikheid van die fabrikant vir skade wat deur fabrikasiefoute veroorsaak is wat op die beginsel van strikte deliktuele aanspreeklikheid gebaseer word. sien Prosser *Handbook of the Law of Torts* (1972) 644-646.

¹⁰³Sien bv Esser *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung* (1969) 65.

¹⁰⁴So 'n eerste stap in die rigting van die aanvaarding van 'n risikobeginsel as grondslag vir produkte-aanspreeklikheid kan motivering put uit die feit dat talle lande waarin die skuldbeginsel ook prinsipiëel aangehang word, ooreengekom het tot 'n konvensie waarin die skuldbeginsel in die algemeen laat vaar is vir die terrein van produkte-aanspreeklikheid. By die nadere uitwerk van die vereistes vir risiko-aanspreeklikheid vir fabrikasiefoute kan kers opgesteek word by par 402 A van die *Restatement Torts* 2d en die *European Convention on Products Liability in Regard to Personal Injury and Death* van 1977.

¹⁰⁵Sien *Minister of Police v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) en veral ar Corbett se uitspraak.

¹⁰⁶Sien die *Skosana*-saak in die vorige noot genoem maar vgl die kritiek van Van Rensburg "Nog Eens die *Conditio Sine Qua Non*" 1977 *TSAR* 101 ev.

kousaliteitsvereiste betref, is die tendens in ons regspraak om die dader slegs vir redelikerwys voorsienbare gevolge aanspreeklik te hou.¹⁰⁷

5 Beskernde belange¹⁰⁸

In Duitsland¹⁰⁹ en die VSA¹¹⁰ word verbruikers wat weens defekte produkte skade gely het en wat hulle eise teen die vervaardiger op delik baseer, toegelaat om al die skade te verhaal wat hulle weens 'n defekte produk aan hulle persoon of eiendom opgedoen het.¹¹¹ Hoewel suiwer vermoënskade nie ex delicto verhaalbaar is nie¹¹² is vermoënskade wat voortvloei uit skade aan iemand se persoon of saak wel verhaalbaar.¹¹³

Anders gestel is die belange wat in Duitsland en die VSA deur produkte-aanspreeklikheid beskerm word belange in jou persoon of 'n saak maar nie suiwer vermoënsbelange nie.

In Duitsland en die VSA het produkte-aanspreeklikheid 'n dinamiese ontwikkeling beleef en is die aanspreeklikheid van vervaardigers verskerp weens die besondere behoefte van verbruikers aan beskerming teen skade aan sy persoon of saak wat deur gebrekkige produkte veroorsaak kan word. Om verskeie redes is dieselfde behoefte nie gevoel ten aansien van suiwer vermoënskade nie. Suiwer vermoënskade neem gewoonlik nie die afmetings aan van skade aan 'n persoon en sy saak nie. Daarbenewens kan verbruikers hulle kontraktueel beveilig teen die risiko van suiwer vermoënskade en indien hulle dit nie doen nie kan in alle billikheid van hulle verwag word om die risiko van 'n swak koop te dra.¹¹⁴

Vir sover beleidsoorwegings bepalend is vir die verhaalbaarheid van suiwer vermoënskade op grond van delik kan met veiligheid aangeneem word dat die saak van die verbruiker wat suiwer vermoënskade gely het heelwat swakker is as die saak van 'n persoon wat skade aan sy persoon of saak gely het.¹¹⁵

Dit is insiggewend dat paragraaf 402 A van die *Restatement*¹¹⁶ wat die teoretiese eindontwikkeling van produkte-aanspreeklikheid in die VSA verteenwoordig nie voorsiening maak vir die verhaal van suiwer vermoënskade nie. Die nie-verhaalbaarheid van suiwer vermoënskade op die terrein van produkte-aanspreeklikheid is ook nie beperk tot die Anglo-Amerikaanse

¹⁰⁷*Pietersburg Municipality v Rautenbach* 1917 TPD 252; *Wilson v Birt Pty Ltd* 1963 2 SA 508 (D); *Ocean Accident and Guarantee Corporation v Koch* 1963 4 SA 147 (A); *Van den Berg v Parity Insurance Co Ltd* 1966 2 SA 621 (W); *Kruger v Van der Merwe* 1966 2 SA 266 (A).

¹⁰⁸Onder hierdie hoof word aandag gegee aan die tipe skade wat 'n benadeelde verbruiker van 'n vervaardiger behoort te kan verhaal.

¹⁰⁹Sien Simitis *Haftung* 61.

¹¹⁰Sien *Seely v White Motor Co* (1965) 403 P2d 145.

¹¹¹Dit geld ongeag of die eiser op *negligence* dan wel op strikte deliktuele aanspreeklikheid steun. Sien Prosser "The Fall of the Citadel (Strict Liability to the Consumer)" 1966 *Minnesota Law Review* 791 820-821 vn 172 en 402 A van die *Restatement Torts 2d*.

¹¹²Sowel in die VSA as in Engeland is suiwer vermoënskade wel verhaalbaar indien op bedrog gesteun word. Sien Schut 136.

¹¹³Sien De Jager 441.

¹¹⁴Sien De Jager 249 550 e.v.

¹¹⁵Sien McKerron 34.

¹¹⁶*Torts 2d*.

reg nie. In die Europese konvensie insake produkte-aanspreeklikheid van 1977 word die aanspreeklikheid van vervaardigers beperk tot skade wat voortvloei uit persoonlike beserings en dood.

In Suid-Afrika is daar heelwat aanknopingspunte vir beide standpunte.¹¹⁷ Hoewel suiwer vermoënskade in die Romeins-Hollandse reg verhaalbaar was met die *actio legis Aquiliae*¹¹⁸ wil dit voorkom of suiwer vermoënskade nie in beginsel in die Suid-Afrikaanse reg met genoemde aksie verhaal kan word nie.¹¹⁹ Die vraag of suiwer vermoënskade in 'n gegewe geval verhaalbaar behoort te wees, behoort deur oorwegings van regsbeleid bepaal te word.¹²⁰ Soos aangetoon, is die saak van die verbruiker wat weens 'n gebrek in 'n produk vermoënskade gely het en *ex delicto* teen 'n vervaardiger wil ageer nie besonder sterk nie.

Op gesag van *Union Government v Ocean Accident and Guarantee Corp Ltd*¹²¹ en *Herschel v Mrupe*¹²² en steunende op die argument dat die toekenning van vergoeding vir suiwer vermoënskade 'n ongeregverdigde inbreukmaking op die terrein van die kontraktereg sal daarstel, beslis die hof in *Combrinck Chiropraktiese Kliniek v Datsun Motor Vehicle Distributors*¹²³ dat 'n verbruiker nie *ex delicto* suiwer vermoënskade van 'n vervaardiger kan verhaal nie.

Dit is opvallend dat die hoofargument teen die verhaalbaarheid van suiwer vermoënskade in die Amerikaanse reg, naamlik dat verbruikers wat suiwer vermoënskade betref, genoegsaam deur die kontraktereg beskerm word,¹²⁴ ook in die *Combrinck*-saak aanvaar is. In die lig van die beslissing in die *Combrinck*-saak kan verwag word dat verbruikers wat weens 'n defekte produk suiwer vermoënskade gely het in die Suid-Afrikaanse reg op kontraktuele remedies sal moet steun.¹²⁵

B DIE PERSONE WAT DEUR PRODUKTE-AANSPREEKLIKHEID BESKERM WORD

In die Suid-Afrikaanse positiewe reg word produkte-aanspreeklikheid met behulp van die *duty of care*-leerstuk hanteer. Gevolglik moet die vraag

¹¹⁷*Perlman v Zoutendijk* 1934 CPD 151 is gesag vir die verhaalbaarheid van suiwer vermoënskade terwyl *Union Government v Ocean Accident and Guarantee Corp Ltd* 1956 1 SA 577 (A) en *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) maar veral *Combrinck Chiro Kliniek v Datsun Motors* 1972 4 SA 185 (T) as gesag beskou word vir die teenoorgestelde standpunt. Sien McKerron "Liability for Mere Pecuniary Loss in an Action under the Lex Aquilia" 1973 *SALJ* 1 e.v. In die onlangse uitspraak van r Franklin in *Atkinson Oates Motors Ltd v Trust Bank of Africa* 1977 3 SA 188 (W) word in aansluiting by ar Schreiner se uitspraak in die *Ocean Accident*-saak aanbeveel dat enige uitbreiding van Aquiliese aanspreeklikheid tot die vergoeding van suiwer vermoënskade met versigtigheid benader moet word.

¹¹⁸Sien Van der Walt 1972 *THRHR* 246.

¹¹⁹Sien McKerron 32-33.

¹²⁰Sien McKerron 34.

¹²¹1956 1 SA 577 (A).

¹²²1954 3 SA 464 (A).

¹²³1972 4 SA 185 (T) 191-192.

¹²⁴Sien *Seely v White Motor Co* 1965 403 P2d 145 149-150.

¹²⁵Indien die aanspreeklikheid van die vervaardiger verskerp sou word deur 'n afwating of prysgawe van die skuldbeginsel sal die argument vir die verhaalbaarheid van suiwer vermoënskade verder verswak.

welke kategorieë van eisers ex lege Aquilia teen 'n vervaardiger kan aeger ook in die lig van die *duty of care*-leerstuk beoordeel word. Volgens hierdie leerstuk moes die verweerder 'n plig teenoor die eiser gehad het om sorgvuldigheid aan die dag te lê ten einde skade-intrede te voorkom. Indien die verweerder geen sodanige plig teenoor die eiser gehad het nie is die actio legis Aquiliae nie vir die eiser beskikbaar nie. Die bestaan van 'n sorgvuldighedsplig word beoordeel in die lig van redelike voorsienbaarheid.¹²⁶ Meer bepaald word gevra of 'n redelike man in die posisie van die verweerder skade-intrede by die eiser sou voorsien en daarteen sou gewaak het.¹²⁷ Die vraag of skade redelikerwys voorsienbaar was en of daar gevolglik 'n plig teenoor die eiser ontstaan het, is in laaste instansie 'n regspolitieke vraag.¹²⁸ Een belangrike beleidsoorweging wat in ag geneem behoort te word, is juis die beskermingsbehoefte van die eiser.

Verbruikers in die VSA en Duitsland – of hulle nou self 'n produk aangekoop, dit as geskenk ontvang of bloot toevallig gebruik het – geniet almal deliktuele beskerming. Omstanders is selfs meer beskermingsbehoefte as verbruikers.¹²⁹ Terwyl verbruikers die risiko wat aan produkte verbonde is, kan verminder deur by gebruik versigtig te wees, betroubare fabrikate aan te skaf en by betroubare handelaars te koop, is 'n omstander geheel en al weerloos teen die nadelige gevolge van gevaarlike produkte.¹³⁰ In die lig van die besondere behoefte wat omstanders het aan beskerming teen gebrekkige produkte word aanbeveel dat die Suid-Afrikaanse howe omstanders wat slagoffers word van produktegebreke tegemoetkom.¹³¹

C VRYWARINGSKLOUSULES¹³²

Net soos in Duitsland en die VSA maak grootondernemers wat dienste en produkte verskaf ook in Suid-Afrika in 'n toenemende mate van standaard-kontrakte gebruik. In hierdie kontrakte word dikwels klousules opgeneem wat gewetenloos en beswarend teenoor verbruikers is. Vrywaringsklousules waarvolgens vervaardigers hulle aanspreeklikheid vir skade wat deur hulle produkte veroorsaak kan word, beperk of geheel en al uitsluit, bied by uitnemendheid voorbeelde van bedinge wat gewetenloos en beswarend teenoor verbruikers kan wees.¹³³

¹²⁶Sien *Combrinck Chiro Kliniek v Datsun Motors* 1972 4 SA 185 (T) 191; *A Gibb and Son v Taylor and Mitchell Timber Supply Co* 1975 2 SA 457 (W) 464–465. Vgl ook McKerron 26–31.

¹²⁷Sien *bv Joffe and Co Ltd v Hoskins* 1941 AD 431 451 en veral *Cape Town Municipality v Paine* 1923 AD 207 208.

¹²⁸Sien De Jager 270 e.v. vir 'n uiteensetting van die *duty issue*.

¹²⁹Sien De Jager 439 e.v. 'n Omstander is iemand wat hom in die nabyheid van die produk bevind en daardeur getref word.

¹³⁰Sien De Jager 439–440.

¹³¹*Hickey v Donald* 1960 4 SA 451 (FC) bied 'n moontlike aanknopingspunt vir Aquiliese aanspreeklikheid teenoor omstanders.

¹³²Onder hierdie hoof word die pactum de non petendo ook bespreek al is dit geen vrywaringsklousule in die sin dat die vervaardiger hom van aanspreeklikheid ontdoen nie maar 'n ooreenkoms waarvolgens die benadeelde teenoor die dader onderneem om geen aksie in te stel nie.

¹³³Sien *bv Van der Merwe en Olivier* 94.

Vrywaringsklousules sal veral gewetenloos en beswarend wees indien in die kontrak die indruk geskep word dat die fabrikant die verbruiker beskerm terwyl die fabrikant in werklikheid sy aanspreeklikheid sodanig beperk dat die verbruiker die risiko dra van besering wat deur defekte produkte veroorsaak word. Sulke klousules is des te meer gewetenloos en beswarend indien fabrikante van hulle buite verhouding sterk bedingingsposisie gebruik maak om dit op verbruikers af te dwing.¹³⁴

Ons howe het tot dusver die houding ingeneem¹³⁵ dat hulle nie bevoeg is om kontraktuele bedinge wat gewetenloos en onbillik is nietig te verklaar nie.¹³⁶ Volgens Aronstam¹³⁷ “[t]hey have preferred to stay outside the arena of contractual morality.” Hy beveel aan dat die Engelsregtelike leerstuk van *fundamental breach* deur ons howe aanvaar word. Volgens hierdie leerstuk is sekere vorms van kontrakbreuk so vernietigend met betrekking tot die verpligtinge van die aanbieder dat die effek van sodanige kontrakbreuk nie deur vrywaringsklousules uitgesluit kan word nie.¹³⁸

In een geval is ons howe wel bereid om vrywaringsklousules beperkend uit te lê. Indien ’n verweerder-kontraktant hom in ’n vrywaringsklousule probeer vrywaar teen aanspreeklikheid vir skade en die eiser kan sy eis baseer op nalatigheid of op die beginsel van strikte aanspreeklikheid, word die effek van die klousule beperk tot strikte aanspreeklikheid.¹³⁹ Indien ’n kontraksparty sy aanspreeklikheid vir nalatige gedrag wil beperk, moet hy dit op ondubbelsinnige wyse doen.¹⁴⁰ In *Galloon v Modern Burglar Alarms Pty Ltd*¹⁴¹ het die Kaapse hof skynbaar ’n stappie verder gegaan. Hoewel die moontlikheid van aanspreeklikheid vir nie-nalatige gedrag in werklikheid nie bestaan het nie, het die hof ’n vrywaringsklousule nietig verklaar ten einde skade wat uit nalatige gedrag voortgespruit het, verhaalbaar te maak.¹⁴² In dié verband kan ook melding gemaak word van die contra proferentem-reël ingevolge waarvan ’n bepaling in ’n kontrak wat dubbelsinnig is, uitgelê word teen die persoon wat die kontrak opgestel of laat opstel het.¹⁴³

Na my mening behoort vrywaringsklousules benader te word in die lig van die kontraktuele vereiste van geoorloofdheid. ’n Kontrak of ’n klousule

¹³⁴Dieselfde oorwegings het die hof in *Henningsen v Bloomfield Motors* 121 A2d 69 1960 daartoe beweeg om die standaard vrywaringsklousule van die Chrysler-motormaatskappy nietig te verklaar op grond van openbare beleid. Vir ’n vollediger uiteensetting van dié saak sien De Jager 426 ev.

¹³⁵Waarskynlik onder invloed van die onaantasbaarheid van die beginsel van kontrakteer-vryheid.

¹³⁶Klousules wat die vryheid om aan die handelsverkeer deel te neem op onredelike wyse aan bande lê, stel ’n uitsondering op die reël daar.

¹³⁷“Exemption Clauses in Contracts: A New Approach for South African Courts” 1977 *SALJ* 55 56.

¹³⁸*ibid.*

¹³⁹Sien *SAR & H v Lyle Shipping Co Ltd* 1958 3 SA 416 (A) en vgl Lotz “Caveat Emptor: Striking Down Exception Clauses” 1974 *SALJ* 421 423.

¹⁴⁰Sien Lotz 425.

¹⁴¹1973 3 SA 647 (K).

¹⁴²Sien Lotz 424–425.

¹⁴³Sien *Cairns Pty Ltd v Playdon and Co Ltd* 1948 3 SA 99 (A) 121–123 en *Kliptown Clothing Industries Pty Ltd v Marine and Trade Insurance Co of SA Ltd* 1961 1 SA 103 (A) 106.

daarin wat ongeoorloof is, is nietig en gevolglik ontstaan daaruit geen verbintenisse nie. Indien 'n kontrak strydig is met die openbare belang of goeie sedes is dit ongeoorloof.¹⁴⁴ Daar kan 'n sterk saak daarvoor uitgemaak word dat dit nie in die openbare belang is om in die volgende omstandighede vrywaringsklousules teenoor verbruikers te handhaaf nie: 'n Vervaardiger waarborg die gebruiksgeskiktheid van 'n produk vir 'n bepaalde tyd en onderneem teenoor die verbruiker om die produk met 'n nuwe te vervang of dit gratis te herstel indien dit nie aan die waarborg voldoen nie. In dieselfde kontrak word dit duidelik gestel dat die vervaardiger geen verantwoordelijkheid aanvaar vir skade wat die produk aan die persoon of eiendom van die koper veroorsaak nie. Die kontrak bevat bowendien 'n element van misleiding in die sin dat die geringe beskerming wat die kontrak aan die verbruiker bied in vet letters verkondig word terwyl die feit dat die kontrak die gemeenregtelike remedies van die verbruiker ontsenu op 'n nie-opvallende plek in die kontrak en wel in fyn skrif verdoesel word. Die fabrikant gebruik sy buitengewoon sterk bedingingsposisie om so 'n vrywaringsklousule op die verbruiker af te dwing en belas die verbruiker sodoende met die risiko van persoonlike beserings en skade aan sy saak as gevolg van 'n gebrekkige produk.¹⁴⁵

Geldige vrywaringsklousules veronderstel vanselfsprekend 'n kontraktuele nexus tussen die persoon wat hom op 'n vrywaringsklousule beroep en die persoon wat die geldigheid van die klousule aanveg. Gevolglik sal vervaardigers hulle hoogstens teenoor die koper-verbruiker op 'n vrywaringsklousule kan beroep.¹⁴⁶ Indien die fabrikant aangespreek word deur verbruikers wat nie kopers is nie is die vrywaringsklousule vir die fabrikant waardeloos.

Die riglyne wat voorgestel is vir die vertolking van vrywaringsklousules is ewe geldig vir die pactum de non petendo.¹⁴⁷ Indien die ooreenkoms om nie aksie in te stel nie weens die redes wat hierbo genoem is nie in die openbare belang is nie behoort die ooreenkoms op grond van sy ongeoorloofdheid nietig verklaar te word. Die persoon wat ingevolge so 'n pactum van remedies afstand doen wat hy andersins sou gehad het, kan natuurlik nie namens ander persone afstand doen van remedies wat hulle selfstandig toekom nie.¹⁴⁸

Ten slotte moet daarop gewys word dat 'n toeskietlike houding teenoor vrywaringsklousules die ontwikkeling van produkte-aanspreeklikheid tot 'n

¹⁴⁴Sien De Wet en Yeats 76 ev.

¹⁴⁵In die toonaangewende Amerikaanse saak aangaande die geldigheid van vrywaringsklousules teenoor verbruikers is 'n klousule juis om genoemde redes as strydig met die openbare belang en dus nietig beskou. Sien *Henningsen v Bloomfield Motors* 121 A2d 69 1960.

¹⁴⁶So 'n kontraktuele band kan bv ontstaan waar die verbruiker direk van die vervaardiger koop of waar 'n waarborgkontrak direk tussen die vervaardiger en koper-verbruiker tot stand kom. 'n Waarborgkontrak kan aldus tot stand kom deur die aanvaarding deur die koper-verbruiker van 'n waarborgaanbod wat die vervaardiger direk teenoor hom maak (bv op 'n waarborgkaartjie wat die produk vergesel).

¹⁴⁷Sien Van der Merwe en Olivier 94 vir 'n uiteensetting van so 'n pactum.

¹⁴⁸Sien *Jameson's Minor's v CSAR* 1908 TS 575.

stel norme wat 'n gesonde balans handhaaf tussen die belange van die fabrikant en dié van die verbruiker geheel en al in die wiele kan ry.

D VERWERE TEEN DIE ACTIO LEGIS AQUILIAE VAN DIE VERBRUIKER

1 Vrywillige aanvaarding van risiko

Dit spreek vanself dat die verbruiker se eie onredelike gedrag 'n faktor kan wees wat die aanspreeklikheid van die fabrikant kan beïnvloed. 'n Mens sou verwag dat 'n verbruiker wat 'n gebrek in 'n produk ontdek, die risiko verbonde aan die gebrek besef en nogtans voortgaan om die produk te gebruik, deur die fabrikant afgeweer sou kon word indien hy die fabrikant sou aanspreek vir skade wat deur die gebrek veroorsaak is.¹⁴⁹ Hoewel dit teoreties moontlik is om die verweer van vrywillige aanvaarding van risiko met sukses op te werp teen 'n verbruiker wat homself bewustelik blootgestel het aan 'n bekende gebrek in 'n produk en wat as gevolg van die gebrek skade gely het, is dit onwaarskynlik dat die fabrikant ooit enige sukses met die verweer sal hê in die lig van ons howe se streng vertolking van die vereistes van *knowledge, appreciation and consent*.¹⁵⁰

2 Bydraende nalatigheid

Aangesien bydraende nalatigheid nie soos vrywillige aanvaarding van risiko 'n absolute verweer is nie en die howe uiters traag is om te aanvaar dat aan die vereistes vir vrywillige aanvaarding van risiko voldoen is, sal fabrikante verstandig wees om liever op bydraende nalatigheid te steun in omstandighede waar die twee verwerre oorvleuel. 'n Persoon is bydraend nalatig indien hy nie voldoen aan die gedragstandaard waaraan hy van regsweë onderwerp word nie en sodoende bydra tot die nadeel wat hy gely het.¹⁵¹ Op die terrein van produkte-aanspreeklikheid sal bydraende nalatigheid dikwels die vorm aanneem van nalatige nie-ontdekking van gebreke, nalatige nie-inagneming van gebruiksaanwysings, oor die hoof sien van waarskuwings of nalatigheid by die aanwending van die produk.¹⁵² Indien dit blyk dat die eiser bydraend nalatig was, word 'n skadeverdeling gemaak ooreenkomstig die persentasie skuld wat die eiser en die verweerder onderskeidelik gehad het.^{153 154}

¹⁴⁹In die Amerikaanse reg word die verweer van vrywillige aanvaarding van risiko in hierdie omstandighede erken selfs al steun die eiser op strikte deliktuele aanspreeklikheid.

¹⁵⁰Sien by *Netherlands Insurance Co of SA Ltd v Van der Vyver* 1968 1 SA 412 (A) 421; *Santam Insurance Co Ltd v Vorster* 1973 4 SA 764 (A) 778 ev.

¹⁵¹Sien Van der Merwe en Olivier 132-133.

¹⁵²Sien De Jager 453 vir 'n bespreking van die Amerikaanse reg.

¹⁵³Sien art 1 van die Wet op die Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956.

¹⁵⁴Indien die aanspreeklikheid van die vervaardiger verskerp word tot skuldlose aanspreeklikheid behoort die verweer van bydraende nalatigheid te verval. Dit is die posisie in die VSA. In Duitsland daarenteen is substansiële bydraende nalatigheid as absolute verweer teen risiko-aanspreeklikheid behou. In gepaste gevalle, afhangende van die kousale bydrae van die dader se risiko-skeppende gedrag teenoor die kousale bydrae van die benadeelde se skuldige handeling word 'n verdeling van skade gemaak. Sien Van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid* 71-73.

3 Abnormale gebruik

Hoewel abnormale gebruik van 'n produk met vrywillige aanvaarding van risiko en bydraende nalatigheid kan oorvleuel, kan dit op die terrein van produkte-aanspreeklikheid as 'n selfstandige verweer beskou word.¹⁵⁵ In Suid-Afrika word die bestaan van die vervaardiger se *duty* teenoor die verbruiker van die redelike voorsien- en voorkombaarheid van skade afhanklik gestel. Skade wat uit die abnormale gebruik van 'n produk voortvloei, is normaalweg nie voorsienbaar nie en gevolglik sal die vervaardiger nie 'n plig hê teenoor die verbruiker wat 'n produk abnormaal gebruik nie. Daar moet egter in gedagte gehou word dat sonderlinge en eienaardige gebruiksdoel-eindes soms redelikerwys voorsienbaar is, byvoorbeeld om op 'n stoel te staan eerder as om daarop te sit of om 'n ontvlambare rok wat bestem was vir 'n skemerpartytjie voor 'n stoof met 'n oopvlam te dra.¹⁵⁶ Indien 'n bepaalde gebruiksdoel deur die fabrikant voorsien is of indien hy dit redelikerwys moes voorsien het en voorsorgmaatreëls moes getref het teen die gevare wat daaraan verbonde is, kom die verweer van abnormale gebruik nie ter sprake nie, hoe "abnormaal" die skadestigtende gebruiksdoel ook al mag wees.

E SLOTOPMERKING

Produkte-aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg is tans nog 'n gebied met 'n karige en onsekere inhoud. Gelukkig bestaan daar geen twyfel oor die juridiese grondslag waarop toekomstige ontwikkeling gebou moet word nie. Ons howe het onomwonde gekies om die fabrikant se aanspreeklikheid vir produkteskade op delik en meer bepaald op Aquiliese aanspreeklikheid te plaas. Daar word voorgestel dat die verdere ontwikkeling van produkte-aanspreeklikheid soos volg moet geskied: Met Aquiliese aanspreeklikheid as uitgangspunt moet op verstandige wyse gedragspligte vir elke stadium in die produksieproses geskep word. In die proses van ontwikkeling moet daarna gestreef word om verbruikers doeltreffend teen gevare verbonde aan gebrekkige produkte te beskerm. Daar moet egter gewaak word dat die aanspreeklikheid van vervaardigers nie sodanig verskerp word dat die nywerheidssektor te swaar belas word of vervaardigers ontmoedig word om nuwe produkte te ontwikkel of bestaande produkte te verbeter nie. □

¹⁵⁵Soos in die VSA die geval is.

¹⁵⁶Sien by Prosser *Handbook* 669.

Onskuldige wanvoorstelling

GF Lubbe

BA LLB

Universiteit van Stellenbosch

SUMMARY

In this article a satisfactory theoretical basis on which one might explain the present development of innocent misrepresentation and allow, in the future, a well ordered growth of this doctrine is sought. After discussing the applicability of the materiality requisite, the possible roots of innocent misrepresentation are traced in both the law of delict and the law of contract. It is within the latter that the existing doctrine of error is developed to incorporate and solve many of the situations and problems which presently reside under innocent misrepresentation.

1 INLEIDENDE OPMERKINGS

In *Phame v Paizes*¹ is namens 'n koper betoog dat 'n ongegronde toesegging (dictum et promissum) van 'n verkoper aangaande die eienskappe of waarde van die koopsaak, aanleiding gee tot 'n aanspraak op vermindering van die koopprys ingevolge die actio quanti minoris nie alleen waar die toesegging met waarborgsbedoeling afgegee is nie, maar ook waar die verkoper sonder so 'n bedoeling en geheel en al te goeie trou gehandel het.² Namens die verkoper is onder meer aangevoer³ dat daar in die Suid-Afrikaanse reg geen regverdiging bestaan om op grond van 'n bloot onskuldige wanvoorstelling 'n toekenning van sogenaamde herstellende skadevergoeding ("restitutional damages") te maak, ten einde die partye deur die toekenning van 'n geldbedrag te plaas in die posisie waarin hulle sou gewees het as geen kontrak tot stand gekom het nie.⁴ Daar is toegegee dat die praktyk om tersydestelling van 'n kontrak in gevalle van onskuldige wanvoorstelling te verleen, stewig ingeburger is in ons reg, maar aangevoer dat hierdie leerstuk 'n vreemde gewas in ons regsisteem is. Die teoretiese anomalie wat dit daarstel, behoort dus nie uitgebrei te word nie. Op hierdie betoog van die verkoper het die hof soos volg geantwoord:

"In our view the answer is that what has to be considered is not innocent misrepresentation *per se*, but the *dictum et promissum* of the Roman Dutch Law and the consequential aedilitian relief."⁵

¹1973 3 SA 397 (A).

²Sien die betoogpunte 403H tot 407A.

³Appellant se betoogpunte 402D-F.

⁴Verskeie Suid-Afrikaanse juriste is ten gunste van so 'n toekenning: Burchell (1950) 67 *SALJ* 121; Mulligan (1951) 68 *SALJ* 157 en (1960) 77 *SALJ* 193; Kahn (1957) 74 *SALJ* 133; Olivier (1964) 27 *THRHR* 20; NJ van der Merwe (1964) 27 *THRHR* 194 201-202; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Privaatreg* 179; JC van der Walt (1964) 27 *THRHR* 212; Hunt (1963) 80 *SALJ* 268; DB Hutchinson 1974 *Responsa Meridiana* 196.

⁵416E-F en cf 415G-H: "In other words an innocent misrepresentation *per se* will

Hierdie uitlating is, met respek, nie volkome duidelik nie. Indien op die konteks gelet word, wil dit egter voorkom asof die verkoper se kontensie afgemaak word met die proposisie dat, alhoewel die strekking van die Aediliese edik wyd genoeg mag wees om situasies te omvat wat ook miskien vatbaar mag wees vir karakterisasie as onskuldige wanvoorstellings, die ter sake hoof van aanspreeklikheid die edik was.⁶ Dit was dus nie vir die hof nodig om die argument gegrond op die anomaliese aard van die leerstuk van onskuldige wanvoorstelling te oorweeg nie.

Die implikasies van hierdie houding is enersyds dat die beslissing in *Phame v Paizes* streng tegnies niks te make het met die leerstuk van onskuldige wanvoorstelling nie,⁷ en andersyds dat die oorwegings geopper namens die verkoper steeds onbeantwoord staan. 'n Ondersoek na die teoretiese verdedigbaarheid van die leerstuk is dan sekerlik nie onvanpas nie, te meer daar so 'n ondersoek ook van praktiese belang mag wees. In die literatuur is naamlik meermale al betoog, myns insiens tereg, dat om alleenlik tersydestelling toe te laat in gevalle van onskuldige wanvoorstelling onaanvaarbare resultate tot gevolg sou kon hê.⁸ Alhoewel dus aanvaar moet word dat die beskikbaarheid van 'n meer soepele remedie 'n verbetering in die huidige sisteem sou meebring, wil dit tog voorkom asof die erkenning van 'n aanspraak om herstellende skadevergoeding in gevalle van onskuldige wanvoorstelling in die regspraak inslag sal vind alleenlik indien 'n aanvaarbare beginselgrondslag daarvoor aan te wys is. Nie alleen beskik ons howe nie oor 'n algemene billikheidsjurisdiksie nie, maar dit is ook te betwyfel of die ontwikkeling van 'n remedie wat die toekenning van herstellende skadevergoeding inhou op 'n geordende wyse sou kon geskied indien dit bloot op billikheidsgronde gebaseer word.⁹

Die oogmerk met hierdie bydrae is om te let op die vereistes wat gestel word vir tersydestelling op grond van onskuldige wanvoorstelling ten einde vas te stel of daarin nie aanknopingspunte te vinde mag wees vir 'n aanvaarbare verteoretisering van die leerstuk nie. By so 'n ondersoek behoort steeds rekening gehou te word met die moontlikheid dat meerdere konseptuele modelle aan die resultate van die analise geknoop sou kon word. Juis omdat daar in die regspraak nie oor die teoretiese grondslag van die regshulp in hierdie gevalle besin word nie, sou dit ook moeilik wees om enige besondere konstruksie as die "korrekte" voor te hou. Veel eerder wil dit voorkom asof die taak van die akademikus in hierdie verband is om die alternatiewe moontlikhede teenoor mekaar te stel ten einde die regspraak by te staan in die keuse van die weg van verdere ontwikkeling.

not give rise to such a right: it must amount to a dictum et promissum within the aedilician concept."

⁶Die actio redhibitoria sou ook op grond van die toesegging gebruik kon word. Sien *Viljoen v Steyn* 1976 2 PH A59 (C).

⁷Sien Louise Tager se opmerkings in 1973 *Annual Survey of South African Law* 95.

⁸Mulligan (1951) 68 *SALJ* 157 163; Hunt 1963 *Annual Survey* 119 124. Die opmerkings van De Vos 1964 *Acta Juridica* 26 ivm bedrieglike wanvoorstellings geld mutatis mutandis ook in hierdie verband.

⁹Sorg sal by gedra moet word dat so 'n ontwikkeling nie in konflik te staan kom met die benadering in *Hamman v Moolman* 1968 4 SA 304 (A) nie.

2 DIE VEREISTES VIR TERSYDESTELLING VAN 'N KONTRAK OP GROND VAN WANVOORSTELLING

Na aanleiding van *Wiley v African Realty Trust*¹⁰ kan gesê word dat tersydestelling van 'n kontrak op aandrang van 'n party verleen sal word by bewys van 'n wanvoorstelling,¹¹ gemaak deur die teenparty, sy verteenwoordiger of iemand vir wie se gedrag hy verantwoordelik is,¹² solank die wanvoorstelling maar aanleiding gegee het tot die kontrak.¹³ Hierby sou mens moet voeg dat daar geen kontraktuele uitsluiting van 'n beroep op wanvoorstelling moet wees nie.¹⁴ Dit word ook allerweë aanvaar dat geen aanspreeklikheid gefundeer kan word op 'n sogenaamde simplex commendatio, 'n blote opvyseling nie.¹⁵

Benewens bogenoemde faktore vind ons dat appèlregter Solomon in *Karoo and Eastern Board of Executors v Farr*¹⁶ 'n verdere vereiste vir regs-hulp stel, naamlik dat die wanvoorstelling wesenlik ("material") moet gewees het. Via *Smith v Chadwick*¹⁷ wat met goedkeuring aangehaal word, gryp hierdie benadering terug na die Engelse reg waar wesenlikheid in

¹⁰1908 TH 104.

¹¹As 'n wanvoorstelling geld: "Any manifestation by words or other conduct by one person to another that under the circumstances amount to an assertion not in accordance with the facts" – HC Black *Black's Legal Dictionary* (West 1968). Volgens De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 39 is 'n wanvoorstelling "'n verklaring wat onwaar is". Soos in die Engelse reg aanvaar ons howe dat die voorstelling betrekking moet hê op 'n konkrete toestand of een of ander gebeurlikheid ten einde regtens relevant te kan wees. Teenoor sg "misrepresentations of fact" is daar dan 'n kategorie van irrelevante verklarings (opinies). Ingevolge die sg "opiniereël" word as irrelevant beskou:

- (1) verklarings wat hoewel dit neig om 'n sekere indruk te skep, tog getuig van onsekerheid by die maker daarvan omtrent die ware toedrag van sake;
- (2) stellings wat 'n waarde-oordeel uitdruk omtrent 'n aangeleentheid van so 'n aard dat menings daarvoor mag verskil;
- (3) uitsprake aangaande die toekomstige verloop van sake (voorspellings) en dikwels ook 'n verklaring van 'n voorneme om iets in die toekoms te doen.

Sien *Karoo and Eastern Board of Executors v Farr* 1921 AD 413 420; *Geldenbuys and Neethling v Beuthin* 1918 AD 426; *Lamb v Walters* 1926 AD 358; *Naude v Harrison* 1925 CPD 84 91; *Van Heerden v Smith* 1956 3 SA 273 (O); *Hall v Milner* 1959 2 SA 304 (O); *Domer Motors v Kufinya* 1968 1 SA 434 (RAD).

¹²*Karabus Motors v Van Eck* 1962 1 SA 451 (C).

¹³*Biyd v Murphy* 1963 2 PH A42 (DenK); *Service v Pondart Diana* 1964 3 SA 277 (DenK); Hunt 1963 *Annual Survey* 119 ev. Die kousaliteitsvereiste veronderstel dat die geadresseerde die voorstelling dat 'n sekere toedrag van sake bestaan as korrek moes aanvaar het en dan, geïnspireer deur hierdie foutiewe siening van die werklikheid, tot die kontrak togetree het. Dit hou in dat 'n regtens relevante wanvoorstelling altyd gepaard gaan met 'n dwaling in die beweegrede by die misleide. In die regspraak word die aangeleentheid so ingesien (*Trollip v Jordaan* 1961 1 SA 238 (A) 252 245 en *Dalrymple v Frank and Feinstein* 1954 4 SA 642 (W) en in die literatuur is die verband tussen dwaling en wanvoorstelling ook nie onbekend nie: De Wet en Yeats 36; Kerr *Principles of the Law of Contract* 130 177; Burchell loc cit; Van der Merwe (1977) 40 *THRHR* 1 2.

¹⁴*Wells v SA Alumenite Co* 1927 AD 69.

¹⁵De Wet en Yeats 41; Burchell loc cit. Sien veral *Geldenbuys and Neethling v Beuthin* supra. Die oordrewe menings wat kontraktante geneig is om te maak ten opsigte van die belangrikheid van hul eie prestasies is dus irrelevant.

¹⁶1921 AD 413 420.

¹⁷9 AC 187.

sommige beslissings verlang word.¹⁸ Treitel is ook ten gunste daarvan dat die wanvoorstelling "material" moet gewees het, en verklaar:

"The misrepresentation has no effect unless it is material. That is, it must be one that would affect the judgement of a reasonable man in deciding whether, or on what terms, to enter into the contract; or one that would induce him to enter into the contract without making such enquiries as he would otherwise make."¹⁹

Die vereiste van wesenlikheid is 'n omstrede aangeleentheid in die Suid-Afrikaanse regsletteratuur. Ten gunste daarvan is onder meer Wessels,²⁰ Hunt,²¹ Coaker en Schutz²² en Burchell,²³ terwyl Van der Merwe hom ook in soortgelyke trant uitlaat.²⁴ Hierteenoor verklaar De Wet en Yeats dat dicta in die regspraak wat wesenlikheid vereis nie letterlik opgeneem behoort te word nie:

"[B]y ontleding blyk dit dat niks meer bedoel word as net dat die wanvoorstelling die misleide tot sluiting van die kontrak soos dit is beweeg het nie."²⁵

Kerr²⁶ verwys ook nie na wesenlikheid nie en verklaar:

"If the representee was induced (in the sense outlined above) it is irrelevant that a more knowledgeable, or more experienced, or more careful person would have known or could have discovered that the representation was correct."

Ter ondersteuning van hierdie standpunt word dan verwys onder meer na *Redgrave v Hurd*²⁷ waar Jessel MR gesê het dat dit geen verweer vir die wanvoorsteller sou wees om teenoor 'n misleide teenparty op te merk dat hy hom nie so lig moet laat mislei het nie.²⁸ Hierdie uitlating van Jessel MR is met goedkeuring aangehaal in 'n aantal Suid-Afrikaanse beslissings, onder meer *Wiley v African Realty Trust*.²⁹ Ten einde uitsluitel te verkry oor die wesenlikheidsvereiste in die Suid-Afrikaanse reg, is dit nodig om die Engelse reg in hierdie verband van nader te beskou.

In die eerste plaas wil dit voorkom asof die ontkenning van hierdie element aan die hand van *Redgrave v Hurd* geen oortuigende werkswyse is

¹⁸Sien onder meer *Trill v Barning* 1864 4 DJ & S 318; *Locker and Woolf v West Australian Insurance Co Ltd* 1936 1 KB 408 414; *Ionides v Pender* (1874) LR 9 QB 531; *Gordon v Street* 1899 2 QB 641; *Whirr v Devenish* (1904) 20 TCR 385; *Smith v Kay* (1895) 7 HCC 750.

¹⁹*The Law of Contract* 219 waar dit ook duidelik gestel word dat wesenlikheid nie vereis word indien die wanvoorstelling 'n bedrieglike is nie, en dat iedere voorstelling as 'n wesenlike sal geld indien die kontrak so bepaal. Sien ook G Spencer Bower en AK Turner *The Law of Actionable Misrepresentation* hfst 6 passim; WL Prosser *The Law of Torts* par 103 veral op 731 ev. Daar is Engelse skrywers wat wesenlikheid as 'n selfstandige vereiste ontken: Sien by Cheshire, Fifoot en Furmston *Law of Contract* 251; Guest ea se bewerking van *Chitty on Contracts* (1968) par 273-275.

²⁰*The Law of Contract* par 1020.

²¹1963 *Annual Survey* 119.

²²Wille en Millin *Mercantile Law of South Africa* (17e uitg) 78 80-81.

²³loc cit.

²⁴(1977) 40 *THRHR* 1 ev.

²⁵40.

²⁶149.

²⁷(1881) 20 ChD 1.

²⁸bl 13 van die verslag.

²⁹1908 TH 104 111-112. Sien ook *Sampson v Union and Rhodesia Wholesale Ltd* 1929 AD 468 480; *Ellinckhuizen v Wiese* 1930 SR 137 146; *Otto v Heymans* 1971 4 SA 148 (T).

nie. Op bladsy 21 van die verslag word naamlik die volgende in verband met die kwessie van "inducement" gesê:

"When a person makes a *material misrepresentation* to another to induce him to enter into the contract and the other enters into the contract, it is not sufficient to say that the party to whom the misrepresentation was made does not prove that he entered into the contract. If it is a *material misrepresentation, calculated to induce him to enter into the contract*, it is an inference of law that he was induced by the representation to enter."³⁰

Hierdie houding gryp terug na 'n eienaardigheid van die ou Engelse bewysreg: Voor die Evidence Act van 1851 kon die partye by 'n geding nie in eie persoon getuieis lewer nie.³¹ Persoonlike getuieis oor die vraag of 'n persoon deur 'n wanvoorstelling tot kontraksluiting beweeg is, was nie ontvanklik nie, sodat misleiding prakties gesproke nie anders bewys kon word as deur te wys op die omstandigheid dat die voorstelling 'n redelike man tot kontraksluiting sou beweeg het nie.³² Wesenlikheid was dus die enigste en ook afdoende bewys van misleiding, sodat hierdie twee aspekte onafskeidbaar met mekaar saamgehang het. In konteks gesien dan, is die stelling van Jessel MR dat die misleier nie homself kan verweer teenoor die misleide deur aan te voer dat hy hom nie so maklik moet laat mislei het nie, geen ontkenning van die wesenlikheidsvereiste nie: veel eerder is dit 'n konsekwensie daarvan. Die bewys van misleiding op bogenoemde manier veronderstel alreeds dat die wanvoorstelling 'n wesenlike was, en maak, vir doeleindes van tersydestelling altans, enige verdere vraag na die liggelowigheid van die misleide irrelevant.

Hedendaags word in die Engelse reg tereg aanvaar dat die vermoede van "inducement" wat gefundeer word deur 'n wesenlike wanvoorstelling, nie meer 'n "inference of law" is nie, maar deur die wanvoorsteller weerlê kan word.³³ Nietemin word die vereiste van wesenlikheid tog nog langs die weg van misleiding binnegesmokkel in gevalle waar die vermoede nie weerlê word nie.³⁴ Nou kan egter aangevoer word dat bewys van misleiding nie

³⁰Ek kursiveer.

³¹14 en 15 Vict C 99 sec 2. Cf Spencer Bower en Turner par 133 op 154.

³²ibid noot 1.

³³Spencer Bower en Turner 154 verklaar: "This heresy has now been effectually exploded, or explained away by the highest authorities, who have placed beyond doubt that only in rare instances should an inference be drawn at all, and that, when it is drawn, it is still an inference of fact, and has, even then, no further operation than to move the burden from the shoulders of the representee to those of the representor." Sien *Smith v Chadwick* (1882) 20 ChD 27 (CA) 44; (1884) 9 App Cas 187 (HC); *Mathias v Yetts* (1882) 46 LJ 497 (CA) 502; *Smith v Land and House Property Corporation* (1884) 28 ChD 7 (CA); *Hughes v Twisden* (1886) 55 LJ Ch 481; *Arnison v Smith* (1889) 41 CLD 348 (CA) 369.

³⁴Cf Cheshire, Fifoot en Furmston 255: "Once it is shown that a representation was *calculated to influence the judgement* of a *reasonable man*, the presumption is that the representee was so influenced" (ek kursiveer). Tereg leer die skrywers dan dat die feit dat die geadresseerde persoon geleentheid gehad het om die onwaarheid van die verklaring vas te stel, nie genoegsaam is om hierdie vermoede te weerlê nie. Van iemand kan nie verwag word om ter beskerming van sy belange verder te gaan as wat 'n redelike man sou gegaan het nie. 'n Versuim om in die aangesig van 'n wesenlike wanvoorstelling ondersoek in te stel, behoort gevolglik nie die misleide ten laste gelê te word nie.

noodwendig langs die weg van bogenoemde vermoede hoef te geskied nie, en dat wesenskap nie noodwendig as 'n element van "inducement" op die spel kom nie. Die party wat aantoon dat hy deur 'n wanvoorstelling wat nie 'n redelike man sou mislei het nie, tot kontraksluiting beweeg is, is egter nie sonder meer op regshulp geregtig nie. Rekening sal naamlik gehou moet word met die reël dat opinies, opvyselings en voorspellings aangaande 'n toekomstige verloop van sake as juridies irrelevant beskou word.³⁵ Die ratio vir die sogenaamde opiniereël in die Engelse reg is egter eenvoudig dat 'n redelike man hom nie deur verklarings van hierdie aard sou laat mislei het nie.³⁶ Waar die vereiste van wesenskap dan nie via die vermoede van "inducement" ter sprake kom nie, werk dit deur die sogenaamde opiniereël ten einde 'n normatiewe beperking op wanvoorstelling te plaas.³⁷ Die vereiste dat die wanvoorstelling van wesenskap moet gewees het, word ook op 'n ander manier in die Engelse reg verdoesel. Volgens Glanville Williams³⁸ word die verweer van "culpable disregard of own interest" (wat te onderskei is van bydraende nalatigheid) die onopsetlike wanvoorsteller ontsê solank die voorstelling maar geuit is met die "bedoeling" dat die geadresseerde daarop moes handel.³⁹ Die bewys van hierdie "intention" kon geskied met behulp van die sogenaamde "presumption of intention" wat daarop neerkom dat die bestaan van die bedoeling afgelei word daaruit dat die wanvoorstelling van so 'n aard was dat dit die normale, redelike man tot kontraksluiting sou beweeg het.⁴⁰ Soos Spencer Bower en Turner dit stel:

"The representor is presumed to have so intended, if he wilfully used language calculated, or of a nature, to induce a normal person in the circumstances of the case to act as the representee did. It follows that the topic of materiality and that of the

³⁵Treitel 213 e.v.; Cheshire, Fifoot en Furmston 255.

³⁶Sien Prosser hfst 20 veral par 103 op 731-747; *Chitty on Contracts* (Guest ea) vol 1 par 275; Glanville Williams *Joint Torts and Contributory Negligence* par 55 op 198 veral noot 6. Spencer Bower en Turner par 49 stel dit soos volg: "In mere general laudation of a man's wares, or inventions, or projects, if the party confines himself to puffery and pushing, and does not condescend to particulars, there is no statement of any issuable fact, and nothing is put forward which can be supposed to mislead or influence any rational being." Sprekend is ook die uittaling van r Harrison in *Saxby v Southern Land Co* 1909 Va 196: "Statements which are vague and indefinite in their nature and terms, or merely loose, conjectural or exaggerated, go for nothing, though they may not be true, for a man is not justified in placing reliance on them. An indefinite representation ought to put the person to whom it is made on inquiry." Cf ook *Culcan Metals Co v Simmons Mfg Co* 148 F 853. (Albei vonnisse is te vinde by Prosser en Wade *Cases and Materials on Torts* 813-815.)

³⁷Prosser verklaar op 736: "The true reason [vir die irrelevantheid van opinies, opvyselinge en voorspellings] lies in the highly individualistic attitude of the common law towards the bargaining transactions with which the law of deceit has developed. The parties are expected to deal at arms length and to beware of one another and each is expected to look to his own interests and to draw his own conclusions." Spencer Bower en Turner par 49 65; Wessels par 1004-1014 en 1087-1090; *Phame v Paizes* supra.

³⁸par 55 op 198-199.

³⁹Cf ook Spencer Bower en Turner par 115-118.

⁴⁰ibid veral 132 en 138. Sien ook *Smith v Chadwick* (1884) 9 App Cas 187 (HL) 190; *Cook v Boswell* (1886) 11 App Cas 232 (HL) 236; *Arnison v Smith* (1889) 41 ChD 348 (CA) 372; *Wilkinson v Downton* (1879) 2 QB 57 59.

presumptive intent of the representor are much involved *inter se*.”⁴¹

Myns insiens moet in die lig van hierdie uiteensetting aanvaar word dat weselikheid van die wanvoorstelling ’n rol speel by “innocent misrepresentation” in die Engelse reg, al is dit soms op ’n bedekte wyse. Die verstregeling van die weselikheidskwessie met aspekte soos “inducement” en die “presumptive intent” van die wanvoorsteller sal weliswaar tot resultate lei soortgelyk aan die wat verkry word deur die stel van afsonderlike vereistes van misleiding en weselikheid, maar laasgenoemde werkswyse, gevolg deur Treiter en Spencer Bower en Turner,⁴² lyk na die meer aanvaarbare.

Die gebruik van die term “weselikheid” in die Suid-Afrikaanse regspraak is nie baie presies nie.⁴³ Nietemin wil dit voorkom asof ons howe tog die leerstuk van wanvoorstelling beperk deur te vereis dat die wanvoorstelling van so ’n aard moet gewees het om ’n redelike man in die posisie van die geadresseerde te mislei.⁴⁴ Selfs diegene wat die bestaan van die weselikheidsvereiste ontken, aanvaar dat daar een of ander beperking van die beroep op wanvoorstelling moet wees. Soms word die sogenaamde opinie-reël in hierdie verband bygesleep,⁴⁵ andersins word eenvoudig volstaan met die algemene stelling dat opvyselings irrelevant is.⁴⁶ Om die verskil wat ons reg trek tussen opinies, voorspellings en opvyselings en relevante wanvoorstellings aan die ander kant te probeer verduidelik bloot aan die hand van die vorm of inhoud van die verklaring,⁴⁷ is nie oortuigend nie. ’n Opinie, voorspelling of opvyseling kan tog net soseer as ’n “misrepresentation of fact” ’n geadresseerde tot kontraksluiting beweeg. In ieder geval is dit baie moeilik om vas te stel wanneer ’n verklaring ’n opinie is, en wanneer dit neerkom op ’n wanvoorstelling.⁴⁸ Dit mag ook soms onbillik wees om

⁴¹ibid 132. ’n Soortgelyke denkwysie is te bespeur in *Tait v Wicht* (1890) 7 SC 164 waar hr De Villiers verklaar: “A mere lie which is foolishly acted upon by others to whom it is addressed does not constitute a fraud in the legal sense of the term, unless the utterer intended, or must, from the mode and circumstances in which he uttered it, be presumed to have intended that it should be acted upon.” Cf ook Wessels par 1115 1025 en 1097; *Forbes v Behr & Co* (1896) 13 SC 304. Interessant is dit dat Kerr 130–131 die skeidslyn tussen irrelevante opvyseling en wanvoorstellings juis sien in die “intention of the parties”. Cf *Small v Smith* 1954 3 SA 434 (SWA) 436.

⁴²219 ev van sy *Law of Contract* en hfst 6 van Spencer Bower en Turner se aangehaalde werk; Van der Merwe (1977) 40 *THRHR* 1.

⁴³Hunt 1963 *Annual Survey* 119 122; Van der Merwe (1977) 40 *THRHR* 1 8.

⁴⁴Sien *Joseph v Parks* 1906 EDC 213; *American Medicine Co v Stantial & Allard* (1906) 26 NLR 22; *Forbes v Behr* (1896) 13 SC 304; *Symons & Moses v Davies* (1911) 32 NLR 69; *Parke v Hamman* 1907 TH 47; *Brink v Robinson & Wife* 1916 OPD 88; *Pietersen v Joyce and McGregor* (1909) 19 CTR 121; *Poole and McLennan v Nourse* 1918 AD 404; *Karoo and Eastern Board of Executors v Farr* 1921 AD 413; *Pathescope (Union) of South Africa v Mallinick* 1927 AD 292; *Pretorius v Natal South Sea Investment Trust* 1965 3 SA 410 (W) 415, asook die beslissings aangaande die versekeringskontrak aangehaal deur Van der Merwe 6 in noot 31. Dat daar van relevante wanvoorstelling per omissie sprake kan wees slegs waar die versweë feit ’n materiële is, staan vas (sien veral Van der Merwe 7). Om te ontken dat laasgenoemde aangeleentheid verband hou met wanvoorstellings per commissionem (sien by Kerr 140 noot 6) is nie aanvaarbaar nie.

⁴⁵Kerr 131.

⁴⁶De Wet en Yeats 41.

⁴⁷Prosser par 104 op 736.

⁴⁸*Geldenhuys and Neethling v Beutbin* 1918 AD 426.

onwrikbaar die standpunt in te neem dat 'n opinie of opvyseling nooit regtens relevant kan wees nie.⁴⁹ Hierdie probleme kan omseil word deur te aanvaar dat die juridiese irrelevantheid van opinies, opvyselinge en voorspellings daarin te vinde is dat 'n redelike man hom in die reël nie deur 'n verklaring van so 'n aard sou laat mislei het nie.⁵⁰ Gelukkig bestaan daar in ons reg aanknopingspunte vir so 'n houding.⁵¹ Die stel van so 'n vereiste sou ook ons reg ten opsigte van onskuldige wanvoorstelling in lyn plaas met die algemeen individualistiese uitgangspunt wat in *Hamman v Moolman*⁵² aan die Suid-Afrikaanse kontraktereg toegeskryf is: Die standpunt dat alleenlik 'n wanvoorstelling wat 'n redelike man in die posisie van die geadresseerde sou mislei het, regtens relevant is, impliseer myns insiens dat van 'n party in contrahendo verlang word om binne sekere perke na sy eie belange om te sien. Terwyl akkoord gegaan kan word met Burchell se voorstel dat die standaard van sorgsaamheid wat van 'n kontraksparty verlang word in die aangesig van 'n wanvoorstelling nie onrealisties hoog behoort te wees nie,⁵³ moet beklemtoon word dat ons reg in gevalle van tersydestelling van 'n kontrak op grond van onskuldige wanvoorstelling, wel langs hierdie weg 'n beperking plaas op die verlening van regshulp. Hierdie beperking kom na vore in die vereiste van wesenskap, wat eenvoudig die keersy is van die standpunt van ons regspraak dat opvyselings, opinies en voorspellings juridies irrelevant is.

⁴⁹De Wet en Yeats (39) verklaar dan ook sonder meer "die onwaarheid hoef nie betrekking te hê op 'n konkrete toestand of gebeure nie." Die standpunt van Wessels par 1087 dat "the mere expression of an opinion" nooit regtens relevant kan wees nie, word ook nie sonder kwalifikasie in die regspraak aanvaar nie. Ten minste waar die opinie of voorspelling valslik gemaak is, sal daar sprake wees van 'n relevante wanvoorstelling (*Van Heerden v Smith* 1956 3 SA 273 (O); *Donner Motors v Kufinya* 1968 1 SA 434 (RAD)).

⁵⁰Dit kan tog seker aanvaar word dat 'n redelike man in die reël nie sal reageer op 'n vergesogte en erg oordrewe stelling van sy teenparty omtrent laasgenoemde se prestasie nie. Ewe seer weet die redelike man dat die toekomstige verloop van sake onseker is en dat die voorspellings van sy teenparty nie noodwendig verwezenlik sal word nie. Met reg kan ook aanvaar word dat die redelike man bewus is daarvan dat smake en waarde-oordele verskil, en dat hy nie sonder verdere ondersoek sal staatmaak op 'n "honest but mistaken statement of opinion which, by the very terms in which it was couched, proclaimed its uncertainty and unreliability" nie (*Hamman v Moolman* 1968 4 SA 340 (A)). Indien hierdie standpunt aanvaar word, moet daarmee rekening gehou word dat vertroue op 'n stelling van hierdie aard tog soms redelik mag wees, en dat regshulp dan beskikbaar behoort te wees. Cf Prosser 737 en 742-743.

⁵¹Sien *Naude v Harrison* 1925 CPD 84 92; *Lamb v Walters* 1926 AD 358; *Phame v Paizes* 1973 3 SA 397 (A) 418B. In *Mazza v Jones* 1973 2 SA 740 (RAD) 743C-D verklaar hr Beadle: "It seems to me that in the normal case when two businessmen who have no special relationship with each other are haggling about a price and one man says to the other: 'I cannot afford to pay what you are asking' and when the amounts concerned are relatively small as they are in this case, the businessman who is demanding the higher price would never understand the other businessman to mean that he cannot raise the money to pay the amount demanded." Cf ook Burchell (1950) 67 *SALJ* 121 136: "If the statement in question would only be believed by a very careless or credulous person, it is in itself a factor which militates in favour of its being simplex commendatio rather than a misrepresentation." Hierdie opvatting is ook glad nie uit pas met die opvattinge van die Romeinse reg nie. Sien bv Burchell *ibid*.

⁵²1968 4 SA 340 (A).

⁵³*Ibid* en cf Voet 22 6 6: "Ignorance of fact is either reasonable, or is slack and studied. Ignorance of the doings of another, through which even the wisest of men can make a slip, is generally taken to be reasonable. Especially is this so, since spying inquisitiveness and microscopic prying are to be demanded from nobody" (Gane se vertaling).

3 DIE TEORETIESE GRONDSLAG VAN REGSHULP OP GROND VAN ONSKULDIGE WANVOORSTELLING

Die vereiste dat die wanvoorsteller se gedrag van so 'n aard moet wees dat dit 'n redelike man tot kontraksluiting sou beweeg het, hou 'n besliste stigmatisering van die wanvoorsteller se gedrag in: Om op sodanige wyse op te tree in contrahendo kan myns insiens ten minste as moreel afkeurenswaardig bestempel word. Hierdie opvatting bring mee dat ernstige bedenkinge ingebring kan word teen die opvatting dat tersydestelling van 'n kontrak verleen sal word teen 'n wanvoorsteller wat onopsetlik en volkome vry van enige verwyf staan.⁵⁴ Van 'n onskuldige wanvoorstelling in hierdie sin van die woord sou daar van sprake wees alleenlik indien die voorstelling nie 'n redelike man sou mislei het nie, en dan sou die wanvoorsteller se gedrag juridies irrelevant wees. Hier moet beklemtoon word dat die uitdrukking onskuldige wanvoorstelling in die Engelse reg, altans tot 1963, hoegenaamd nie 'n vleklose wanvoorsteller geïmpliseer het nie: daarmee is bloot aangedui dat die voorsteller onopsetlik gehandel het.⁵⁵ Ter wille van terminologiese suiwerheid en voorkoming van verwarring sou dit dus ten minste wenslik wees om geheel en al af te sien van die term onskuldige wanvoorstelling as etiket vir die aanvegtingsgrond van 'n kontrak waarom dit hier gaan.⁵⁶

Die vereiste van wesenlikheid sou nou aangewend kan word ten einde die verlening van tersydestelling op grond van wanvoorstelling te regverdig aan die hand van die laakbare gedrag van die teenparty.

3 1 Die leer van laakbare gedrag

Hierdie benadering vertoon minstens twee variante:

Eerstens sou die houding ingeneem kan word dat die moreel verwyfbare gedrag van die wanvoorsteller as sodanig genoegsaam is om tersydestelling te regverdig. Aanknopingspunte vir so 'n houding sou kon wees die uitlating van appèlregter Fagan in *Trollip v Jordaan*,⁵⁷ naamlik dat dolus in die Romeinse reg 'n wyer betekenis gedra het as dié van bedrieglike wanvoorstellings en wyd genoeg was om ook bloot immorele gedrag te omvat, en die standpunt ingeneem in *Viljoen v Hillier* waar onder invloed van *Redgrave v Hurd* en die exceptio doli generalis na die "moral fraud" en "moral delinquency" van die wanvoorsteller verwys is as rationale vir die aanvegting.⁵⁸ Hierdie benadering wat in ons literatuur soms deurskemer, is by aanhangers van die gedagte dat billikheid die grondslag vir aanvegting is,⁵⁹

⁵⁴Skrywer wil hom dus graag aansluit by Van der Merwe en Reinecke (1974) 37 *THRHR* 175 waar hulle op 179-180 verklaar: "Sover bekend was daar in elk geval tot dusver geen egte voorbeeld van onskuldige wanvoorstelling - in die sin dat die wanvoorsteller geen blaam of verwyf te maak was nie - volgens die bewese feite in die howe ter sprake nie."

⁵⁵Cheshire, Fifoot en Furmston *Law of Contract* 262; Kerr 150.

⁵⁶Sien Kerr *ibid* wat voorstel dat 'n meer neutrale term by "simple misrepresentation" gebruik word.

⁵⁷1956 1 SA 483 (A).

⁵⁸1904 TS 312.

⁵⁹Sien by Burchell 130-131 133; Mulligan (1951) 68 *SALJ* 157 165; Kahn (1957) 74

in die lig van LF van Huyssteen se deeglike historiese ondersoek na die strekwydte van die dolus-begrip⁶⁰ en die opmerking van JC de Wet⁶¹ aangaande die exceptio doli generalis, moeilik te verantwoord. Om bloot op hierdie basis tersydestelling te verleen, sou per slot van sake neerkom op die assumpisie van 'n billikheidsjurisdiksie deur die howe, iets waarvoor daar in die Suid-Afrikaanse sisteem nie eintlik plek in te ruim is nie.⁶²

'n Meer pertinente vraag is of die karakterisering van die gedrag waaroor die misleide hom bekla as 'n wesenlike wanvoorstelling, nie inhou dat daar in die woorde van De Wet en Yeats⁶³ "wangedrag" in die sin van nalatigheid teenwoordig is nie. Tersydestelling sou dan gegrond wees nie op bloot moreel afkeurenswaardige optrede van die wanvoorsteller nie, maar op sy onregmatige daad.⁶⁴

Hiermee betree ons 'n uiters problematiese gebied en skrywer wil hoe-genaamd nie te kenne gee dat die vraagstukke in hierdie verband in die loop van hierdie bydrae opgelos sal word nie.⁶⁵ Die aandag moet egter gevestig word op die parallel tussen die wesenlikheidsvereiste en die redelikhedsmaatstaf wat dit inhou en die wyse waarop appèlregter Van den Heever in *Herschel v Mrupe*⁶⁶ te werk gegaan het ter beantwoording van die vraag wanneer daar sprake sou wees van 'n "unlawful incursion into another's economic sphere"⁶⁷ wat, gepaardgaande met nalatigheid in die enge sin van die woord en die ander elemente van aquiliese aanspreeklikheid, 'n aksie om skadevergoeding sou fundeer. Die maak van die wanvoorstelling sou neerkom op 'n "constructive inroad" indien dit "something in the nature of a trap" daarstel,⁶⁸ dit wil sê indien die aard daarvan en die omstandighede waaronder dit gemaak word sodanig is dat die geadresseerde homself nie redelikerwys daarteen sou kon beskerm nie.⁶⁹ Hierdie afbakening van die grens tussen regmatige en onregmatige gedrag gaan uit van 'n individualistiese siening van die verhouding tussen regsobjekte in die ge-

SALJ 133 134; Hunt (1963) 80 *SALJ* 268 269 veral noot 1; Lee *Introduction to Roman Dutch Law* 228-229.

⁶⁰ *Onbehoorlike Beïnvloeding en Misbruik van Omstandighede in die Suid-Afrikaanse Verbintenis-reg* (1976).

⁶¹ *Estoppel by Representation in die Suid-Afrikaanse Reg* 84-89.

⁶² Cf Van der Merwe en Reinecke 178.

⁶³ 40.

⁶⁴ Die sin waarin die skrywers die woord nalatigheid gebruik, is nie volkome duidelik nie.

⁶⁵ Sien onder meer: Price (1950) 67 *SALJ* 138 257 411 en (1951) 68 *SALJ* 78; Burchell (1950) 67 *SALJ* 121; Schwietering (1957) 20 *THRHR* 56; IWB de Villiers (1958) 21 *THRHR* 277; JC de Wet 1960 *Acta Juridica* 68 71; McKerron (1963) 80 *SALJ* 483; Hunt (1963) 80 *SALJ* 268 en (1964) 81 *SALJ* 241 asook (1968) 85 *SALJ* 379; Dean (1970) 87 *SALJ* 149; Pauw (1976) 39 *THRHR* 393; Scott (1976) 39 *THRHR* 347 en (1977) 40 *THRHR* 58.

⁶⁶ 1954 3 SA 464 (A).

⁶⁷ 485A en 490A.

⁶⁸ 488A.

⁶⁹ Cf 491A-B: "It was recognized quite early in the development of the Aquilian action that the safety of the individual and his property from concealed dangers in the nature of traps, against which he has no reasonable opportunity of guarding himself in the normal course of his pursuits is an interest which the law will protect. A person who sets a trap into which he may fall therefore makes an inroad into his sphere of rights."

meenskap,⁷⁰ wat 'n besliste weerklank vind in die wesenlikheidsvereiste by tersydestelling.

Op hierdie beskouing sou dan geargumenteer kan word dat tersydestelling van 'n kontrak op grond van wanvoorstelling inderdaad afhanklik is daarvan dat op die feite 'n onregmatigheidsoordeel ontvanklik is. Die skuldvereiste vir deliktuele aanspreeklikheid kan egter nie as immanent of versteek in die vereistes vir tersydestelling beskou word nie.⁷¹ Die versoeking om met behulp van 'n skuldvermoede of -fiksie hierdie faktor in die vereistes vir tersydestelling in te spuit, behoort ook weerstaan te word. Die konklusie sou dan kon wees dat in ons reg tersydestelling van 'n kontrak verkry kan word op aandrang van 'n persoon wat deur die onregmatige, maar nie noodwendig skuldige, gedrag van sy teenparty tot kontraksluiting beweeg is. Die tweede variant van die leer van die laakbare gedrag sou dan in wat ons as onskuldige wanvoorstelling leer ken het, 'n vorm van skuldlose deliktuele aanspreeklikheid sien,⁷² iets wat in ons reg nie onbekend is nie.⁷³

'n Konstruksie op hierdie basis is egter nie sonder probleme nie. Veral die kwessie van onregmatigheid is in hierdie konteks uiters problematies, en solank daar onsekerheid is oor die vraag waarin onregmatigheid in 'n geval van wanvoorstelling nou eintlik geleë is, sal daar steeds twyfel bestaan oor die aanvaarbaarheid van bogenoemde uiteensetting.⁷⁴ Hierbenewens sal die konstruksie ook alleenlik die nodige soepelheid verkry indien 'n aquiliese aksie om skadevergoeding beskikbaar sou wees om in gevalle waar benewens onregmatigheid, inderdaad ook skuld aan te wys is, saam met of as alternatief tot tersydestelling te fungeer. Die houding ingeneem in *Hamman v Moolman*⁷⁵ en die tendens waartoe dit aanleiding gegee het,⁷⁶ staan so 'n ontwikkeling egter in die weg. Om 'n toekening van sogenaamde herstellende skadevergoeding op grond van bloot onregmatig gedrag te fundeer,

⁷⁰490F-G: "The concept of the *bonus paterfamilias* is not that of a timorous faintheart always in trepidation lest he or others suffer some injury; on the contrary, he ventures into the world, engages in affairs and takes reasonable chances. He takes reasonable precautions to protect his person and property and expects others to do likewise."

⁷¹Die wesenlikheidsvereiste impliseer 'n evaluering van die gedrag, handeling van die wanvoorsteller aan die hand van verkeerseise en raak nie die subjektiewe verwytbaarheid van die wanvoorsteller in die maak daarvan aan nie.

⁷²Sien Van der Walt (1964) 27 *THRHR* 212; Van der Merwe (1977) 40 *THRHR* 1 8-10; en miskien ook De Wet in Joubert *The Law of South Africa* vol 1 sv *Agency and Representation* par 109.

⁷³McKerron *The Law of Delict* 11; Van der Walt (1968) 1 *CILSA* 49 en *Risiko-aanspreeklikheid* (1974) 378 ev 388 ev 400 en 406 ev; WE Scott *Middellike Aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* 158-160.

⁷⁴Sien noot 65 hierbo vir literatuur. Die feit dat dit moeilik is om ar Van den Heever se benadering voor te hou as verteenwoordigend van die meerderheidsuitsprake in *Herschel v Mrupe* vergemaklik ook nie juis die oplossing van die probleem nie. Sien die kommentaar van Scott (1977) 40 *THRHR* 58 62 ev en Hutchinson loc cit. Die vereenselwing van die wesenlikheidsvereiste en die onregmatigheidskwessie lewer verder aansienlike probleme op in gevalle van bedrieglike wanvoorstelling, waar dit onseker is of wesenlikheid vereis word. Sien Hunt (1962) 79 *SALJ* 120 en *Otto v Heymans* 1971 4 SA 148 (T), maar ook Van der Merwe 10.

⁷⁵1968 4 SA 340 (A).

⁷⁶*Latham v Sher* 1974 4 SA 487 (W) en *Du Plessis v Semmelink* 1976 2 SA 500 (T).

sou myns insiens ook nie aanvaarbaar wees nie, omdat die aksie om skadevergoeding waarteen die hof hom in *Hamman v Moolman* verset het, ook maar daarop gemik is om die benadeelde te herstel in die posisie waarin hy voor die inbreuk op sy belange was.⁷⁷ So 'n argumentasie sou dus eenvoudig by die agterdeur inlaat wat die appèlhof in *Hamman v Moolman* nie by die voordeur wou laat inkom nie. Afgesien van hierdie oorwegings is die leer van die laakbare gedrag as die basis vir tersydestelling van 'n kontrak vir die skrywer persoonlik ook nie aantreklik nie omdat dit, deur die aangeleentheid tot 'n deliktuele basis te reduseer, die kontraktereg as sisteem grootliks misken. Eerder as om te soek na 'n "inheemse" oplossing vir 'n kontrakmatige probleem word die aandag gewend na die beginsels van die onregmatige daad, en word 'n probleem wat moeilik genoeg is nog verder vertroebel deur die onsekerhede van die deliktereg in hierdie verband.⁷⁸ Dat die omstandighede wat tersydestelling van 'n kontrak op grond van wanvoorstelling regverdig 'n onregmatige daad daar kan stel, beteken nie noodwendig dat dit die basis moet wees waarop tersydestelling verleen word nie.⁷⁹

3 2 Risiko-aanspreeklikheid

'n Ander moontlike konstruksie wat aan die wesentlikheidsvereiste geknoop kan word, is een waarvolgens tersydestelling van 'n kontrak op grond van wanvoorstelling gesien word as 'n voorbeeld van risiko-aanspreeklikheid.⁸⁰ Die maak van 'n voorstelling van so 'n aard dat dit 'n redelike man tot kontraksluiting sou beweeg het, sou gesien kon word as iets wat 'n aansienlike verhoging van die kans op skade-intrede inhou en wat dan as sodanig sou kwalifiseer as een van die normatiewe elemente waarvan die aanwesigheid van 'n regtens relevante risiko afhang.⁸¹ Terwyl daar in die literatuur en regspraak sekere aanknopingspunte vir so 'n benadering te bespeur is,⁸² en die skrywer geredelik wil toegee dat 'n bevredigende konseptuele sisteem langs hierdie weg opgebou kan word,⁸³ moet ook hier gewaak word teen die verdringing van die beginsels van die kontraktereg deur die beginsels van 'n gebied wat mank gaan aan onsekerhede, selfs groter as dié wat heers op die gebied van die onregmatige daad.⁸⁴ Bowe alles moet

⁷⁷Sien De Wet en Yeats 38.

⁷⁸Sien Davies (1959) 75 *LQR* 32 wat wys op die probleme wat in die Engelse reg ervaar is deurdat "innocent misrepresentation" goedsmoeds tot 'n deliktuele basis herlei is.

⁷⁹Die moontlikheid van 'n sameloop van verskillende gedingsoorsake moet ook op hierdie gebied nie uit die oog verloor word nie.

⁸⁰Van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid*; Scott *Middellike Aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* (1976).

⁸¹Van der Walt 227-228. Ooreenkomstig Scott se terminologie sou mens moontlik kon praat daarvan as 'n riskante of gevaarlike feit 274 ev.

⁸²Sien bv Prosser 724-729 wat regshulp op grond van onskuldige wanvoorstelling tipeer as 'n voorbeeld van "strict liability". Die beslissing in *Steyn v Burger* 1967 4 SA 561 (A) mag miskien in hierdie opsig relevant wees.

⁸³Daar sou bv geargumenteer kan word dat herstellende skadevergoeding verhaalbaar behoort te wees bloot op grond van die feit van risiko-skepping.

⁸⁴Die grondslag van risiko-aanspreeklikheid, en die verband waarin dit staan met deliktuele aanspreeklikheid is bv 'n omstrede aangeleentheid. Sien die aangehaalde werke van Scott en Van der Walt, asook CG van der Merwe *Skuldlose Aanspreeklikheid vir Skade Veroorsaak deur Diere* (1970) en Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad*

onthou word dat beginsels vanuit verskillende gebiede van die privaatreë in bepaalde gevalle mag saamloop of kongruer: Die feit dat 'n bepaalde situasie elemente van risiko-aanspreeklikheid vertoon en moontlik selfs hierdie vorm van aanspreeklikheid mag fundeer, sluit nie die moontlikheid uit dat ander regsbeginsele deur die feite van die geval in werking gestel word nie.

Ten einde die hele aangeleentheid van die teoretiese grondslag van die wanvoorstellingsleerstuk in perspektief te stel, behoort die fokus myns insiens enigsins te verskuif na die sfeer van die kontraktereg. Is daar nie kontraktuele beginsels wat ons in staat stel om, met inagneming van die kenmerke van die wanvoorstellingsituasie wat hierbo ontbloot is, tot bevredigende uitkomst te kom nie?

3 3 'n Kontraktuele benadering tot die aangeleentheid van tersydestelling op grond van wanvoorstelling

In hierdie verband wil dit voorkom asof daar ten minste twee moontlike werkswyses is wat gevolg kan word. Eerstens kan 'n sogenaamde versoeningsbenadering bedink word. Dit hou in dat gepoog word om die selfstandige toepassingsveld van die leerstuk van onskuldige wanvoorstelling drasties en miskien selfs geheel en al in te kort deur die aanwending van ander, beter gefundeerde beginsels van die kontraktereg. 'n Ander benadering sou wees om aan die hand van die samehang tussen relevante wanvoorstelling en dwaling die leerstuk van onskuldige wanvoorstelling as onderafdeling van die dwalingsleerstuk binne die regsistiem te akkommodeer.

3 3 1 Die versoeningsbenadering

Hierdie benadering neem as uitgangspunt die proposisie dat die etiket onskuldige wanvoorstelling so vaag en vergalgemenend is dat dit inderdaad geheg word aan situasies van heel uiteenlopende aard. So kan daarop gewys word dat die onskuldige wanvoorsteller, wat per slot van sake onopsetlik handel, dikwels die wanopvatting sal deel wat hy by sy teenparty verwek, sodat die aangeleentheid eintlik beskou kan word as 'n geval van gemeenskaplike dwaling, en die transaksie ooreenkomstig die regspraak as abortief beskou moet word.⁸⁵ Gemeenskaplike dwaling is egter volgens sommige geen selfstandige kategorie nie: Die regsgevolge wat die regspraak aan sogenaamde gemeenskaplike dwaling heg, word gewoonlik verklaar deur te aanvaar dat, as dit nie 'n geval van inisiële onmoontlikheid van prestasie is nie,⁸⁶ die afspraak abortief sal wees omrede die stilswyende veronderstelling gefaal het waarop die partye gekontrakteer het.⁸⁷ Gevalle waar die voorsteller nie die dwaling wat hy verwek het, deel nie en steeds onopsetlik optree, sal selde voorkom,⁸⁸ maar waar dit wel die geval is, moet daarmee rekening

in die Suid-Afrikaanse Privaatreë.

⁸⁵*Dickinson Motors v Oberholzer* 1952 1 SA 443 (A); *Scrutton and Scrutton v Ehrlich & Co* 1908 TS 300; *Dutch Reformed Church Council v Crocker* 1953 4 SA 53 (K). Sien ook Hunt (1964) 81 SALJ 153.

⁸⁶Sien bv *Scrutton* se saak supra.

⁸⁷Sien bv *De Wet en Yeats* 105 en hul bespreking van *Trollip v Jordaan* 1961 1 SA 238 (A).

⁸⁸Dit kan bv gebeur dat die wanvoorsteller bewus is van die ware toedrag van sake, maar onbewus is daarvan dat hy as gevolg van bv 'n verminkte telegram 'n wanindruk

gehou word dat die wanvoorstelling aanleiding kan gee tot 'n volslae dissensus tussen die partye.⁸⁹ Kennelik behoort die reëls wat geld by 'n gebrek aan wilsooreenstemming dan hier toepassing te vind.⁹⁰ As sluitsteen vir hierdie benadering sou betoog kon word dat gevalle wat nie op een van bogenoemde wyses in die regsistiem geakkommodeer kan word nie, deeglik ondersoek behoort te word ten einde vas te stel of daar nie dalk sprake is van 'n waarborg wat nie gestand gedoen is nie, sodat regshulp op grond van kontrakbreuk verleen kan word.⁹¹ Indien onthou word dat waarborgaanspreeklikheid ook op 'n redelike vertrouwe gebaseer kan word⁹² en indien gelet word op resente ontwikkelinge in verband met die inlees van stilswyende bedinge in kontrakte,⁹³ sou die grondslag gelê wees vir 'n uitbreiding van kontraktuele aanspreeklikheid wat gevalle van onskuldige wanvoorstelling sou ondervang wat nie op 'n ander wyse geakkommodeer kan word nie.⁹⁴

Terwyl aanvaar moet word dat gevalle van dissensus en onmoontlikheid van prestasie buite die sfeer van die wanvoorstellingsleerstuk geplaas behoort te word, kan dit myns insiens betwyfel word of die sogenaamde versoeningsbenadering 'n bevredigende oplossing bied. Terwyl dit duidelik is dat waarborgaanspreeklikheid te pas kan kom in 'n situasie wat voldoen

by sy teenparty verwek het.

⁸⁹Dit sal gebeur waar die wanvoorstelling gemaak word ten opsigte van 'n aangeleentheid wat tot die kontrakshoud behoort. Sien die kommentaar op *Viljoen v Hillier* 1904 TS 312 van De Wet *Estoppel by Representation* 84 en Burchell (1950) 67 SALJ 121 asook *Dalrymple, Frank and Feinstein v Friedman* (2) 1954 4 SA 649 (W); *Trollip v Jordaan* supra en *Allen v Sixteen Stirling Investments* 1974 4 SA 164 (D en K).

⁹⁰Omdat die dissensus deur die teenparty se gedrag tot stand gebring is, sal die beroep op die afwesigheid van wilsooreenstemming steeds slaag. Sien *National and Overseas Distributors Corporation Pty Ltd v Potatko Board* 1958 2 SA 473 (A).

⁹¹Dit skyn inderdaad soms of die leerstuk van wanvoorstelling aan die lewe gehou word vanweë 'n ongegronde traagheid van ons howe om te bevind dat 'n waarborg gegee is. Sien bv *Scallan v Smitbard* 1968 1 PH A10 (N) en kontrasteer daarmee die houding in *Van Pletzen v Currie Motors* (1946) *Pty Ltd* 1976 2 PH A52 (T).

⁹²*Naude v Harrison* 1925 CPD 84 90; *Petit v Abrahamson II* 1946 NPD 673.

⁹³Sien *Van den Berg v Tenner* 1975 2 SA 268 (A) 277E-F waar verklaar word dat die stilswyende beding nie noodwendig op 'n werklike maar onuitgesproke consensus berus nie. Dit is voldoende indien dit, in die lig van die uitdruklike bepalings van die ooreenkoms en die omringende omstandighede, duidelik blyk dat indien die party inderdaad die situasie wat later ontstaan het in gedagte gehad het, hulle daarvoor op die voor-die-hand-liggende wyse voorsiening sou gemaak het, en die partye dus geag moet word om die stilswyende beding te bedoel het. Van belang is ook *McAlpine v Transvaal Provincial Administration* 1974 3 SA 506 (A) 526 (hr Rumpff) en 531-532 (ar Corbett). Sien ook Olivier *Legal Fictions, an Analysis and Evaluation* 125 ev; Findlay en Kirk-Cohen (1953) 70 SALJ 145. Om soos Van der Merwe (1976) 1 TSAR 97 die normatiewe element in hierdie benadering te ontken, is nie oortuigend nie.

⁹⁴Cf ook Davies (1959) 75 LQR 32 35 waar hy daarop wys dat die Engelse howe, in 'n poging om die vooroordeel teen die toekenning van skadevergoeding vir nalatige wanvoorstellings te omseil, eers getrag het om die begrip bedrog wyer te definieer, en daarna hul toevlug geneem het tot "collateral warranties". Hy verklaar voorts: "There is a greater affinity between misrepresentations that induce a contract and terms of the contract, than between misrepresentations and actions in deceit." In die VSA word aanvaar dat "any promise or representation of fact which has the natural tendency to induce the buyer to purchase the goods" geld as 'n "express warranty", die verbrekking waarvan 'n skadevergoedingsaksie fundeer - Uniform Sales Act par 12; Uniform Commercial Code par 2-213(i)(a); Fleming *An Introduction to the Law of Torts* 71-72.

aan die vereistes vir wanvoorstelling, wil dit tog voorkom asof dit optimisties is om te argumenteer dat die kriteria vir kontraktuele aanspreeklikheid tans reeds so wyd is om gevalle van wanvoorstelling te akkommodeer wat nie onder onmoontlikheid van prestasie, dissensus of gemeenskaplike dwaling tuis te bring is nie.⁹⁵ Verder lyk dit ook onbevredigend om gevalle waar daar gemeenskaplike dwaling teenwoordig is aan die hand van die leerstuk van veronderstelling te probeer verklaar. Die regsposisie waar die veronderstelling faal, is nie gelyk te stel aan die regsgevolge wat aan 'n onskuldige wanvoorstelling geknoop word nie, en verder lyk dit ook nie vanselfsprekend korrek om te aanvaar dat daar in hierdie tipe van geval sprake is van 'n veronderstelling nie. Dwaling in die sin waarin dit hier ter sprake is, veronderstel subjektiewe sekerheid by die dwalende partye dat 'n toedrag van sake bestaan terwyl dit nie die geval is nie.⁹⁶ Indien die partye nou juis 'n kontrak sluit omdat hulle oortuig is dat 'n sekere toedrag van sake bestaan, is dit moeilik om in te sien hoe bevind kan word dat daar deur middel van 'n stilswyende beding voorsiening gemaak is vir die moontlikheid dat sake miskien anders daar uitsien.⁹⁷

Die vraag wat nou te berde kom, is of die leerstuk van onskuldige wanvoorstelling nie tot 'n beginsel herlei kan word deur die klem te verskuif van die uiterlike kenmerke van die situasie na die subjektiewe dimensie nie. Met ander woorde: kan die regshulp wat die positiewe reg verleen nie verklaar word deur middel van 'n herwaardering van die begrip dwaling in die beweegrede nie?

3 3 2 Onskuldige wanvoorstelling en die dwalingskwessie

Die noodwendige samehang tussen 'n regtens relevante wanvoorstelling en die bestaan van 'n dwaling in die beweegrede by ten minste die misleide persoon, kan dien as fondament vir 'n poging om, deur middel van 'n uitbreiding van die begrip van regtens relevante dwaling, die leerstuk van onskuldige wanvoorstelling op 'n behoorlike grondslag te plaas.

⁹⁵Hiervoor sou 'n bestendiging en uitbouing van die normatiewe opvatting van interpretasie vervat in *Van den Berg v Tenner* en *McAlpine* se saak nodig wees.

⁹⁶Drion 1960 *RM Themis* 488 ev en *WPNR* no 4829.

⁹⁷Sien by De Vos (1976) 1 *TSAR* 79 82. Die voorbeelde van die veronderstelling wat De Wet en Yeats 104 gee, is dan ook gevalle waar daar so 'n subjektiewe onsekerheid by die partye bestaan. Die houding dat daar in gevalle van gemeenskaplike dwaling sprake is van 'n veronderstelling kan dus slegs gehandhaaf word indien ons bereid is om te aanvaar dat so 'n beding deur die houe finger kan word. Sowel die *McAlpine*-saak as *Van den Berg v Tenner* bied gesag vir so 'n standpunt. Hiermee saam sal egter aanvaar moet word dat die houe die bevoegdheid het om op beleidsoorwegings vir die partye 'n kontrak te maak wat hulle nie vir hulself gemaak het nie. Hoewel daar mi veel vir so 'n standpunt te sê is (sien veral die aangehaalde werk van Olivier supra), sou so 'n benadering nie sonder sy teenstanders wees nie (sien Van der Merwe (1976) 1 *TSAR* 97), asook die opmerkings van ar Corbett in *McAlpine* se saak op 532H. Interessantheidshalwe kan net hier vermeld word dat die tendens om 'n gemeenskaplike dwaling te verklaar aan die hand van 'n veronderstelling eens gangbaar was in die Nederlandse reg (sien JF Houwing *Dwaling bij Overeenkomsten* Leiden 1888). Sedert die beslissing van die Hooë Raad van 5 November 1936 (1937 *NJ* no 439) word die sg "voorwaardeleer" egter in die regspraak sowel as die literatuur verwerp. (Sien by P Abas *De Beperkende Werking van de Goede Trouw* 313; Asser-Rutten II (*Algemene Leer der Overeenkomsten* 108-109.)

By wyse van uitgangspunt kan geargumenteer word dat die onderskeid tussen 'n toestand van volslae dissensus, waar daar in beginsel geen sprake van 'n kontrak kan wees nie, en die geval waar wilsooreenstemming tussen die partye bestaan en 'n kontrak tot stand kom, 'n simplistiese oorvereenvoudiging is. Die omstandighede waaronder 'n bepaalde persoon deur 'n wilsuiting meewerk tot die voltrekking van wilsooreenstemming is naamlik nie altyd dieselfde nie. Teenoor die persoon wat, volkome ingelig omtrent die feite relevant by die beoogde verbintenis, of bewus van die onsekerhede wat mag bestaan, besluit om te kontrakteer, staan die persoon wat, bloot omdat hy volkome onder 'n wanindruk verkeer, of uit vrees dat die een of ander onheil hom mag tref, of ten gevolge van psigiese manipulasie tot 'n kontrak toetree. Dit sou sekerlik geforseerd wees om te wil beweer dat in laasgenoemde gevalle daar sprake is van 'n vrye, onbevangende realisering van die persoonlikheid. Alhoewel hierdie omstandighede nie noodwendig die voltrekking van wilsooreenstemming verhinder nie, is die vraag tog of die wilsooreenstemming wat voltrek word, vanweë die abnormale omstandighede waaronder die een deelnemer se toestemming gevorm word, as die juridiese ekwivalent van 'n consensus wat bereik word deur vrye, onbevangende bedinging, beskou kan word. Indien die antwoord hierop in die negatief sou wees, beteken dit dat tussen die uiterste pole van dissensus en die van vrye wilsooreenstemming, plek ingeruim moet word vir 'n tussensituasie waar die totstandgekome wilsooreenstemming aanvegbaar sou wees omdat dit met verwysing na die abnormale wyse waarop 'n deelnemer se wil gevorm is, as gebrekkig beskou moet word. Die moontlikheid om met beroep op so 'n subjektiewe wilsgebrek 'n totstandgekome consensus tot niet te maak, behoort egter gekwalifiseer te word ten einde rekening te hou met die belange van die teenparty.

'n Voorbeeld van 'n sisteem soos hierbo uiteengesit, is te vinde in die moderne Nederlandse reg. Gevalle van dissensus word, ongeag die wyse waarop dit ontstaan het, bestempel as voorbeelde van oneigenlike dwaling. As gevolg van die afwesigheid van wilsooreenstemming kom hier geen verbintenis tot stand nie, "doch op dit beginsel worden uitzonderingen toegelaten in de gevallen waarin met de wil moet worden gelijk gesteld de toerekenbare schijn daarvan."⁹⁸ Teenoor die gevalle van dissensus word gestel situasies waar daar wel wilsooreenstemming tot stand gekom het, maar 'n party sy toestemming in dwaling gegee het, of deur geweld of bedrog beweeg is om toe te stem.⁹⁹ Toestemming wat onder hierdie omstandighede gegee is, word van minder waarde beskou as toestemming gegee waar hierdie faktore nie op die spel was nie, en dwaling, bedrog en geweld word

⁹⁸ Asser-Rutten II 104 en cf 68 ev. Ander verdedigers van so 'n gekwalifiseerde wilsteorie is Meijers *WPNR* no 2675 ev en *Algemene Begrippen* 211 ev; Van der Heiden 1928 *RM* 28 ev; Telders *Verzamelde Geschriften* VI 142; Bregstein *Praeadvies NJV* (1936) 11 ev (*VW* 1 207); Hoffmann en Van Opstall *Het Nederlandsch Verbintenissenrecht* 323 ev; P Abas *Beperkende Werking van de Goede Trouw* 316-317. Sien hierteenoor egter Van Dunné *Normatiewe Uitleg van Rechtsbandelingen* 297; Eggens *Bundel-Suijling* (1949) 31 ev. Sien ook art 1356 *BW* en art 3 2 2 van die *Ontwerp BW*.

⁹⁹ Art 1357-1364 *BW*. Asser-Rutten II 99 ev. Dwaling in die "eigenlike" sin van die woord is teenwoordig waar daar wel sprake is van consensus maar die wil van een van die partye gevorm is onder die invloed van 'n valse voorstelling van sake.

dan erken as wilsgebreke wat lei tot aanvegbaarheid van die kontrak.¹⁰⁰ Die wil wat onder hierdie omstandighede gevorm word, word beskou as “zedelijk onvrij”.¹⁰¹ Die persoon wat onder invloed van dwaling tot ’n kontrak toetree, het “psychologisch niet de gelegenheid . . . gehad om terzake van voor het essentiële feiten of omstandighede een voorbehoud (voorwaarde) in de overeenkomst op te nemen, juist omdat er ten aanzien van die feiten of omstandigheden bij hem (ten onrechte) geen twijfel bestond.”¹⁰² In hierdie opsig is die wilsuiting van die dwalende dan “bevange” en verdien dit ’n ander juridiese behandeling as die van ’n individu wat wil terwyl hy ten volle ingelig staan omtrent die stand van sake en die risiko’s waarvoor hy homself inlaat. Dit wil nie sê dat iedere sodanig gebrekkige wil ernstig genoeg is om grond vir aanvegting te bied nie. Ooreenkomstig die wetboek is dwaling as wilsgebrek operatief alleenlik waar dit betrekking het op “de zelfstandigheid der zaak welke het onderwerp der overeenkomst uitmaakt” of die identiteit van die persoon met wie gehandel word, mits die transaksie juis in aanmerking van die persoon gesluit is.¹⁰³ Die vereiste dat die dwaling betrekking moet hê op die “zelfstandigheid der zaak” gryp via die Franse Code Civil en Pothier terug na die Romeinsregtelike error in substantia.¹⁰⁴ Laasgenoemde begrip is egter aansienlik uitgebrei: Sonder veel moeite is aanvaar dat die leerstuk van algemene toepassing is,¹⁰⁵ en dat die aangeleentheid ook nie te verstrengel is met die geval van error in corpore nie.¹⁰⁶ Met dwaling omtrent “de zelfstandigheid” beweeg ons op die gebied van “het adjectief”, dit gaan om die eienskappe van die prestasie wat die voorwerp van die verbintenis daarstel.¹⁰⁷ In nalewing van vroeëre denke was daar aanvanklik pogings om die toepassingsfeer van die leerstuk in te perk deur te onderskei tussen ’n dwaling omtrent wesenlike eienskappe en een omtrent bloot bykomstige eienskappe wat dan irrelevant sou wees.¹⁰⁸ Opzoomer het egter reeds op die futiliteit hiervan gewys en tot die gevolgtrekking gekom dat mens met dwaling omtrent die “zelfstandigheid” te doen sou hê indien aanvaar sou kon word dat die dwalende party die ooreenkoms nie sou aangegaan het, of altans nie tot dieselfde bedinge sou toegestem het, indien hy geweet het dat die eienskap wat hy as aanwesig beskou het, ont-

¹⁰⁰Sien art 1485–1488 en 1490 *BW*. Skadevergoeding is verhaalbaar indien daar ooreenkomstig deliktuele standarde sprake is van ’n onregmatige daad. Die *aanvegtingsaanspraak* is egter nie deliktueel gegrond nie. Sien Asser-Rutten *ibid*.

¹⁰¹Opzoomer *Burgerlijk Wetboek* 77 e.v.

¹⁰²Drion *RM Themis* 1960 498 en *Praeadvies voor den B C-N* (1972) 6 noot 5. Cf ook Abas 316; Van der Grinten *WPNR* no 5172 207.

¹⁰³Dat error in persona behandel word as ’n wilsgebrek en nie as ’n omstandigheid wat dissensus tot gevolg het nie, strook nie met die Suid-Afrikaanse siening van die saak nie. Om hierdie rede, en ook omdat error in persona op dieselfde voet as dwaling omtrent “de zelfstandigheid” behandel word, word die bespreking wat volg, beperk tot lg geval.

¹⁰⁴Opzoomer 88. Sien Pothier.

¹⁰⁵Dit gaan dus nie net oor ’n vergissing omtrent die stof waaruit ’n koopsaak vervaardig is nie. Opzoomer 92; Asser-Rutten II 106–107. Cf Savigny *System des heutigen römischen Rechts* III 279.

¹⁰⁶Opzoomer 88–89.

¹⁰⁷*ibid*; Asser-Rutten II 106 e.v. maar veral 110 en die literatuur daar aangehaal.

¹⁰⁸Diephuis *Nederlandsch Burgerlijk Recht* (1886) 396–398. Sien ook die opmerkings van Opzoomer 89 noot 3.

breek nie.¹⁰⁹ Hierdie houding wat vandag allerweë in die regs wetenskap en regspraak aanvaar word,¹¹⁰ bring mee dat die “dwaling in de zelfstandigheid” gelykgestel word aan ’n dwaling in die beweegrede wat dan as wilsgebrek die ooreenkoms aanvegbaar maak.¹¹¹

Vroeg reeds is aangevoel dat die moontlikheid van ’n beroep op dwaling in hierdie wye sin van die woord, in belang van die teenparty beperk moes word.¹¹² Van belang is dit dan om daarop te let dat die regspraak en literatuur buite die wet om sekere newe-vereistes ontwikkel het vir ’n geslaagde beroep op dwaling. Ingevolge die sogenaamde kenbaarheidsvereiste¹¹³ is daar van ’n relevante dwaling alleenlik sprake indien die teenparty gewet het of behoort te gewet het dat die eienskap oor die bestaan waarvan gedwaal word, van ’n deurslaggewende belang was vir die dwalende se besluit om te kontrakteer.¹¹⁴ In *Baris/Riesenkamp*¹¹⁵ het die Hooge Raad ’n meer algemene formulering daargestel ten opsigte van die beperkinge op die dwaling-leerstuk: ’n beroep op dwaling sal kan slaag alleenlik solank dit versoen is met die vereistes van die goeie trou.¹¹⁶ Faktore soos die van kenbaarheid of die verskoonbaarheid van die dwaling is egter steeds relevant as determinante van die vereistes van die goeie trou.¹¹⁷

Die tendens in die Nederlandse reg is dan om die beroep op dwaling as wilsgebrek aan bande te lê ten einde die belange van die teenparty te beskerm. Nietemin bestaan die moontlikheid nog dat ’n beroep op ’n dwaling

¹⁰⁹96.

¹¹⁰Asser-Rutten II 109; Hoffmann en Van Opstall 330; Drion *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 85; Van Brakel *Leerboek van het Nederlandsch Verbintenissen* par 310 en 313; Pitlo *Het Verbintenissenrecht* III 157–159; Abas 312–316.

¹¹¹Asser-Rutten II 112 verklaar: “De tegenstelling tussen dwaling in de zelfstandigheid der zaak en dwaling in der motieven kan moeilijk aanvaard worden, omdat ook, en zelfs in de eerste plaats, in de zelfstandigheid der zaak een motief is gelegen voor de sluiten der overeenkomst.” Cf ook Houwing *Dwaling bij Overeenkomsten* 37 45; Lokin “De Wederzijdse Dwaling by Verbintenissekpende Overeenkomsten” 1974 *RM Themis* 242 267–268; Drion *Compendium* 85. Konsekwent hiermee is dan ook aanvaar dat die dwaling relevant sal wees nie alleen indien dit betrekking het op die eienskappe van die saak of prestasie nie, maar ook waar dit slaan op feite en omstandighede wat vir een van die partye so belangrik was dat die kontrak daarsonder nie tot stand sou gekom het nie. Asser-Rutten II 110; Van Brakel par 311; Hoffmann en Van Opstall 330; Meijers ad HR 21 Februarie 1947, 1947 *NJ* no 269.

¹¹²Opzoomer 98–99. Asser-Rutten II 105 verklaar tereg dat om iedere “echte dwaling” as relevant te beskou, die handelsverkeer “op losse schroeven” sou plaas.

¹¹³Abas 313–314; Asser-Rutten II 114–118. Lg verduidelik hierdie vereistes soos volg: “Schlechts dan zou met vrucht een beroep op dwaling mogen worden gedaan wanneer men, alle omstandigheden in aanmerking genome, zich redelijkerwijs een verkeerde voorstelling kon en mocht maken” (117). Relevant sou dan wees die omstandigheid dat ’n selfstandige ondersoek die dwaling sou verhinder het. Waar ’n persoon in dwaling gedompel word deur die gedrag van die teenparty, hetsy opsetlik of onopsetlik, word die verskoonbaarheid van die dwaling egter redelik maklik aanvaar – sien Asser-Rutten *ibid*; Drion *Compendium* 86.

¹¹⁴Asser-Rutten II 114 ev; Abas 318 ev. Hierdie vereiste beteken nie dat die teenparty moet gewet het van die bestaan van die dwaling nie.

¹¹⁵15 November 1957, 1958 *NJ* no 67.

¹¹⁶Sien die bespreking van Abas 314 ev.

¹¹⁷*ibid*.

ingegee bloot deur die onervarenheid of sorgeloosheid van die dwaler self werkzaam mag wees.¹¹⁸ Alhoewel bogenoemde sisteem die “heersende leer” in die Nederlandse reg verteenwoordig,¹¹⁹ word dit hedendaags nie sonder kritiek aanvaar nie. Afgesien van Kamphuisen se poging om die voorwaardeleer te laat herleef,¹²⁰ en Lokin se insig dat sommige gevalle van gemeenskaplike dwaling aan die hand van onmoontlikheid van prestasie te verklaar is,¹²¹ moet rekening gehou word met ’n benadering waarvolgens die klem verskuif van die defekte wil van die dwalende na die gedraging van die teenparty tydens die prekontraktuele fase.¹²² Hiervolgens word, onder invloed van die Engelse reg aangaande wanvoorstelling, geleer dat alleenlik waar die teenparty se gedrag die dwaling verwek het, die vernietigingsaksie beskikbaar behoort te wees.¹²³ Onderliggend aan hierdie siening is die opvatting dat die vereistes van die wetboek en dié deur die regspraak en literatuur ontwikkel nie ver genoeg gaan ter inperking van die beroep op dwaling nie. Volgens die aanhangers van hierdie leer verdwyn die gedagte van ’n gebrekkige wil van die toneel: die vraag is of die vereistes van die goeie trou in ’n bepaalde geval aanveging regverdig.¹²⁴ Alhoewel hierdie gedagtegang nie sonder invloed is in die hedendaagse Nederlandse reg nie,¹²⁵ wil dit tog voorkom asof die gangbare opvatting dié is wat die beroep op dwaling sien as ’n beroep op ’n wilsgebrek, getemper egter deur die vereiste dat die beroep versoen moet word met die vereistes van die norm van goeie trou operatief tussen kontrakspartye.¹²⁶

¹¹⁸Asser-Rutten II 116; Abas 317; Bregstein *Verzamelde Werken* 1 172; Hoffmann en Van Opstall 334 noot 1; Drion 1960 *RM Themis* 497–498; Van Brakel par 312; Pitlo III 159; Kamphuisen *WPNR* no 4366–4368.

¹¹⁹Abas 314 en die gesag daar aangehaal. Lokin *Enige Beskouwingen omtrent de Grond der Dwalingsregeling bij de Verbintenisscheppende Overeenkomsten* (1973) 11; Van den Grinten *WPNR* 5172; Cahen *Praeadvis voor de BC-N* (1972).

¹²⁰*Dwaling bij Obligatoire Overeenkomsten* (1961); sien Asser-Rutten II 108–109 en noot 97 hierbo i v m die sg voorwaardeleer.

¹²¹Loc cit asook 1974 *RM Themis* 252 e v.

¹²²Sien De Grooth *De Invloed van Dwaling op Rechtsbandelingen, Praeadvis voor de BC-N* (1948) asook die standpunte van Van Oven *WPNR* no 3240–3243 en Meijers *WPNR* no 2749–2752. Van groot belang is ook die bydraes van Van Dunné 1967 *NJB* 974 e v en 993 e v; *WPNR* no 4978–4981 en *Normatieve Uitleg van Rechtsbandelingen* (1971).

¹²³Sien die bronne in die voorafgaande noot, veral Van Dunné se aangehaalde werk. Nuttige besprekings is ook te vinde by Asser-Rutten II 116 en Abas 314 e v.

¹²⁴’n Nadere beskouing toon belangrike onderlinge verskille tussen die aanhangers van die sg toerekeningsleer. De Grooth se siening kom basies neer op ’n leer van die laakbare gedrag soortgelyk aan die wat in Suid-Afrika voorgestaan word deur by De Wet en Yeats. Sien by De Grooth 19 en 29; *WPNR* no 4062 op 422; Abas 314 veral noot 6. By Van Dunné (12) vind ons ’n fundamentele herwaardering van die begrip regshandeling. In stede daarvan om die regshandeling te sien as ’n gedraging waaraan die reg die gevolge knoop wat die partye gewil het, word dit ’n menslike handeling waaraan die regter op grond van normatiewe oorweging (die vereistes van die goeie trou) regsgevolge heg. Hierdie benadering vind nie algemeen byval nie – sien Abas 69–71 se indringende kritiek. ’n Ander resente verdediger van die wilsleer is Van Schilfgaarde *Toerekening van Rechtsbandelingen* (1969) 2–4.

¹²⁵Sien by die *Ontwerp BW* art 6 5 2 11 wat aanvegbaarheid van ’n ooreenkoms op grond van dwaling beperk tot twee gevalle, nl waar die een party geweet het dat sy teenparty in dwaling verkeer en andersins nie die ooreenkoms sou gesluit het nie, en verder waar die dwaling te wyte is aan “een inlichting” van die ander party.

¹²⁶Sien die gesag aangehaal in noot 118 hierbo.

4 SLOTOPMERKINGS

Die aangeleentheid van sogenaamde onskuldige wanvoorstelling kan dus vanuit verskillende oogpunte beskou word. Faktore soos (1) die versoenbaarheid met die sistematiek van ons privaatreë, (2) die aanknopingspunte te vinde in ons regspraak en geskiedkundige bronne en (3) die vereistes van billikheid, kan dien ter evaluering van die verskillende moontlike teoretiese konstruksies. Oor die ideale stelsel sal individuele menings sekerlik uiteenloop, maar die omstandigheid doen nie af aan die noodsaaklikheid van akademiese debat omtrent die alternatiewe werkswyses nie. Dit is dan ook die voorneme om in 'n volgende hydrae te probeer aantoon dat die dwalingskonstruksie nadere oorweging regverdig. □

Law in any country is a plant of slow growth, and the lawyer of the country grows with it. The practitioner, as opposed to the academic lawyer, has no independent existence. He is a product of the system in which he practises. Nor is adherence to the Common Market going to change this. A notario is not, and never will be, a notary public, any more than an avocat who looks back to the Code Napoleon, or an avvocato who rests on his Codice Civile, can transmute himself by some mystical process into a solicitor brought up on the ad hoc principles of the Common Law of England. It would be as reasonable to expect a Rechtsanwalt practising a system based on Roman Dutch Law to resemble a muhami who follows the traditional code of the Sharia and moves (when he does move, slowly and reluctantly) through Jordanian and Egyptian influences towards a code which is essentially French.

Michael Gilbert The Law 11

Kwaadwillige vervolging ("malicious prosecution") en die actio iniuriarum - 'n ander standpunt

Pieter Pauw

BA LLD

Randse Afrikaanse Universiteit

SUMMARY

Due to similarities with the actio iniuriarum the English tort of malicious prosecution was taken over by South African law. It has remained the same as in English law, despite dicta in the decided cases that it is merely part of the actio iniuriarum. Thus the elements of *absence of reasonable and probable cause* and *malice* remain essential ingredients. J Neethling attempts to construe malice as intention, viz the directing of the mind coupled with knowledge of wrongfulness. It is submitted that this approach differs from cases where malice is required because malice also takes notice of the motives of the defendant.

It is further sought to indicate that South African law no longer knows a single actio iniuriarum. Due to local evolution and the influence of English law the Roman Dutch iniuria has developed into a number of torts, each with its own requirements for liability. One can therefore say that there are several iniuriae, but no single actio iniuriarum.

In 'n vorige uitgawe van die *THRHR* het J Neethling¹ 'n interessante bespreking gewy aan kwaadwillige vervolging as 'n iniuria in die Suid-Afrikaanse reg. In hierdie bydrae word die aandag veral gevestig op twee elemente wat deur Neethling aangeraak is, naamlik of daar sprake is van opset (*animus iniuriandi*) bestaande uit die bedoeling om te krenk tesame met onregmatigheidsbewussyn, en die aard van die actio iniuriarum in die Suid-Afrikaanse reg.

I Ten spyte van RW Lee² se standpunt aangaande die posisie van hierdie delik in die Romeins-Hollandse reg staan dit vas dat die Engelse reg in hierdie opsig 'n groot invloed op ons reg uitgeoefen het.

Die vereistes wat in die Engelse reg vir aanspreeklikheid gestel word, is dat 'n vervolging aanhangig gemaak moes gewees het wat in die eiser se guns beslis is en wat tot gevolg gehad het dat hy ten aansien van sy reputasie,

¹"Kwaadwillige Vervolging as Iniuria ('Malicious Prosecution')" 1978 *THRHR* 159-174.

²"Malicious Prosecution in Roman-Dutch Law" (1912) 29 *SALJ* 23-36. Die tekste uit die Romeinse reg wat deur Lee aangevoer word, steun nie sy afleiding dat in die tyd van Ulpianus en Paulus ". . . the *actio iniuriarum* lay at the suit of any person who had been acquitted of a criminal charge vexatiously preferred against him by the defendant" (24). Al wat die tekste te kenne gee, is voorbeelde van die actio iniuriarum. Die Romeins-Hollandse reg bied geen definitiewe oplossing vir die probleem nie, omdat die actio iniuriarum in daardie tyd meesal bespreek is tov wat vandag bekend staan as laster en eerkrenking.

persoon, vryheid of eiendom nadeel gely het. Die vervolging moes sonder "reasonable and probable cause" plaasgevind het en die verweerder moes "malice" aan die dag gelê het.³ Die locus classicus aangaande die betekenis van "reasonable and probable cause" is *Hicks v Faulkner*⁴ waar regter Hawkes beslis het:

"Now I should define reasonable and probable cause to be an honest belief in the guilt of the accused, based upon a full conviction, founded upon reasonable grounds, of the existence of a state of circumstances, which, assuming them to be true, would reasonably lead any ordinarily prudent and cautious man, placed in the position of the accuser, to the conclusion that the person was probably guilty of the crime imputed."

Indien iemand dus eerlik geglo het dat iemand anders 'n misdryf gepleeg het, en daardie geloof op objektief redelike gronde gebaseer is, sal 'n eis nie kan slaag nie omdat daar dan wel "reasonable and probable cause" aanwesig was.

Omtrent die presiese betekenis van "malice" by hierdie delik is daar nie sekerheid nie. Dit is van belang dat die motief van die dader op die voorgrond staan. So is daar al gesê⁵ dat "malice" enige ander motief is as die begeerte om 'n persoon, wat die aanklaer eerlik as skuldig beskou, aan die gereg oor te lewer. Sinonieme⁶ vir "malice" wat in die regspraak aangetref word is "spite", "ill-will" en "indirect or improper motives".

Die rede vir die infiltrasie van hierdie regsfiguur is nie moeilik te verstaan nie. In die vorige eeu is in die geval van laster, waar animus iniuriandi as grondslag vir aanspreeklikheid erken is, te kenne gegee dat animus iniuriandi "malice" is.⁷ Gevolglik was daar 'n teelaarde vir die begrip "malice" en kon kwaadwillige vervolging onder die dekmantel van 'n spesies van die begrip iniuria ons reg binnedring.

Omdat die Romeins-Hollandse reg die figuur van kwaadwillige vervolging nie eo nomine en met vasgestelde beginsels geken het nie, was dit maklik om die Engelsregtelike figuur toe te pas. Daarom vind mens reeds vroeg dat hierdie figuur ten volle oorgeneem is.⁸

Ander redes wat hierdie resepsie aangehelp het, was waarskynlik dat dolus in die gemene reg nie dieselfde beteken het as die moderne opsetbegrip nie⁹ deurdat ook motiewe van die verweerder van belang was en die

³Vgl H Street *The Law of Torts* (London 1972) 391; *Abott v Refuge Assurance Co Ltd* 1962 1 QB 432 (CA).

⁴(1881-82) 8 QB 167 171. Hierdie dictum is goedgekeur deur die House of Lords in *Herniman v Smith* 1938 AC 305 316. In *Glinks v McIver* 1962 AC 726 775 sê lord Devlin dat die "honest belief" van *Hicks v Faulkner* meer konkreet gestel moet word: die geloof moet redelik ("reasonable") wees en die dader moes die geloof daadwerklik ("actual") gekoester het.

⁵*Brown v Hawkes* (1891) 2 QB 718 723. Vgl ook *Abrath v The North Eastern Railway Co* (1882-83) 11 QB 440 448: "malice" is ook die bedoeling om die reg in werking te stel met 'n onregmatige bedoeling.

⁶*Hicks v Faulkner* supra 175.

⁷Sien bv *Dippenaar v Hauman* (1878) 8 Buch 135 139.

⁸Sien bv *Spiegel v Miller* (1881) 1 SC 264. *Van der Vyver v Deary* (1896) 13 SC 435.

⁹Sien my *Persoonlikheidskrenking en Skuld in die Suid-Afrikaanse Privaatreg* (proefskrif Leiden 1976) 39-48 80-84. Neethling 171 meen blykbaar dat dolus destyds presies dieselfde beteken het as vandag.

feit dat "absence of reasonable and probable cause" ooreenkomste getoon het met die verwere wat opgewerp kon word teen die vermoede van animus iniuriandi. Dit is egter interessant dat die Engelse reg so volledig gerespieer is dat daar by kwaadwillige vervolging nooit sprake was van 'n vermoede van "malice" nie, maar dat die eiser moes bewys dat die verweerder sonder "reasonable and probable cause" en met "malice" opgetree het.

Die howe het van vroeg af te kenne gegee dat mens hier te doen het met 'n verskyningsvorm van die actio iniuriarum, maar dan nog steeds die Engelsregtelike beginsels toegepas. So sê hoofregter Innes in *Burkett v Smith*¹⁰ dat die eiser die afwesigheid van 'n "reasonable and probable cause" en animus iniuriandi moet bewys. In 1969 het die appèlhof in *Lederman v Mobaral Investments (Pty) Ltd*¹¹ te kenne gegee dat dit 'n verskyningsvorm van die actio iniuriarum is, maar nog steeds gestel dat die eiser die afwesigheid van "reasonable and probable cause" en "malice" moet bewys.

Die locus classicus ten aansien van aanspreeklikheid weens kwaadwillige vervolging is *Beckenstrater v Rottcher and Theunissen*.¹² Appèlregter Schreiner beslis dat die eiser moet bewys dat die verweerder 'n "indirect or improper motive" ("malice") gehad het en dat daar geen "reasonable and probable cause" aanwesig was nie.¹³ "Malice" word deur die regter as "indirect or improper motives" beskou.¹⁴ Ten opsigte van die afwesigheid van "reasonable and probable cause" sê hy:¹⁵

"When it is alleged that a defendant had no reasonable cause for prosecuting, I understand this to mean that he did not have such information as would lead a reasonable man to conclude that the plaintiff had probably been guilty of the offence charged; if, despite his having such information, the defendant is shown not to have believed in the plaintiff's guilt, a subjective element comes into play and disproves the existence, for the defendant, of reasonable and probable cause."

Die effek is dieselfde as die dicta in *Hicks v Faulkner*.

In *Van der Merwe v Strydom*¹⁶ keur appèlregter Wessels die standpunt van appèlregter Schreiner goed. Hy praat egter afwisselend van "ongeoorloofde beweegrede" en "gewraakte gesindheid" wanneer hy met "malice" te doen het. In *Moaki v Reckitt and Coleman (Africa) Ltd*¹⁷ gee hy in 'n obiter dictum baie sterk te kenne dat "malice" by kwaadwillige vervolging nie motief beteken nie, maar dolus in die sin van die actio iniuriarum, dit wil sê opset. Dit wil voorkom asof die regter beïnvloed is deur appèlregter Van den Heever se beslissing in *Foulds v Smith*¹⁸ waar dit om dolus by

¹⁰1920 AD 106 108.

¹¹1969 1 SA 190 (A) 196G-H.

¹²1955 1 SA 129 (A). Dit is ook gevolg in die nuutste appèlhofbeslissing *Prinsloo v Newman* 1975 1 SA 481 (A).

¹³134F-135B.

¹⁴135D-E.

¹⁵136A-C. Ar Van den Heever reken dat mens hier nie na motiewe van die verweerder moet vra nie maar na opset (140B-D). Sy standpunt is nie gevolg in latere regspraak nie.

¹⁶1967 3 SA 460 (A) 467C-F.

¹⁷1968 3 SA 98 (A) 104B-E. Op 105B-C gee hy te kenne dat die verweerder die proses animo iniuriandi aan die gang moes gesit het.

¹⁸1950 1 SA 1 (A).

owerspel gegaan het, asook, miskien, deur die “suiweringsproses” wat ons lasterreg in die sestigerjare ondergaan het.

Ten spyte van hierdie ontwikkeling het dit nie in latere regspraak van die appèlhof ingang gevind nie. So word daar dan in *Lederman v Mobaral Investments*¹⁹ gesê dat ’n verweerder sonder “reasonable and probable cause” moes opgetree het; en verder dat sy gedrag “. . . was activated by an indirect or improper motive (malice). . . .”

Volgens die appèlhof beteken “malice” dus onbehoorlike motiewe. Daar kan hier ook op gewys word dat howe al te kenne gegee het dat waar ’n eiser roekeloos opgetree het, en nie voldoende sorg aan die dag gelê het voordat hy laat vervolgt het nie, daar ’n afleiding van “malice” uit sy gedrag gemaak kan word.²⁰ Roekeloosheid kan dus gelykstaande wees aan “malice”. Dit is interessant om in gedagte te hou dat roekeloosheid nie slegs dolus eventualis hoef te beteken nie, maar ook nalatigheid, veral growwe nalatigheid, kan omvat.²¹

Neethling²² kom tot die gevolgtrekking dat mens met veiligheid kan aanvaar dat animus iniuriandi en nie “malice” nie, ’n aanspreeklikheidsvereiste by hierdie delik is. Gesien in die lig van wat hierbo gesê is, kan nie met hom saamgestem word nie. Ten spyte van die alternatiewe naam animus iniuriandi is “malice” nog net so sterk deel van ons reg as in die begindae van hierdie delik.

Daarom poog hy om in hierdie gevalle opset te konstrueer:²³

“In hierdie verband beteken animus iniuriandi (opset) dat die verweerder sy wil daarop gerig het om die eiser te laat vervolgt (en sodoende sy persoonlikheid te krenk) in die wete dat daar (moontlik) geen redelike gronde vir die vervolgt bestaan nie, dit wil sê dat sy optrede (moontlik) onregmatig is (onregmatigheidsbewussyn). Hieruit volg dat die verweerder vry uitgaan waar daar geen redelike gronde vir die vervolgt is nie maar hy eerlik in die skuld van die eiser glo. In so ’n geval ontbreek onregmatigheidsbewussyn as element van opset en bygevolg ook animus iniuriandi. Sy dwaling sluit dus die bestaan van animus iniuriandi uit.”

Ten aansien van hierdie opmerking kan die volgende gesê word. Eerstens, wat gebeur in die geval waar die verweerder eerlik glo in die skuld van die eiser, maar hierdie geloof op, objektief, onredelike gronde gebaseer is? Soos Neethling argumenteer, sal so ’n persoon nie aanspreeklik wees nie want daar is geen onregmatigheidsbewussyn nie. Dit kom neer op die ontkenning van die vereiste van afwesigheid van “reasonable and probable cause”. “Reasonable and probable cause” sal alleen aanwesig wees indien dit objektief redelik was dat iemand die geloof gehad het en hy inderdaad

¹⁹Supra 196G–H. Vgl *Prinsloo v Newman* (supra) 491G–H. Ar Miller sê weliswaar dat “malice” animus iniuriandi is maar behandel die aangeleentheid net soos dit in die verlede behandel is.

²⁰Bv *Spiegel v Miller* (supra) 274; *Kaplan v Abrahamson* (1894) 9 EDL 96 99; *Morar v Casofee* 1911 EDL 171 182; *RL Weir and Co v De Lange* 1970 4 SA 25 (OK) 28E–G.

²¹Vgl r Colman se redenasie in *Hassen v Post Newspapers (Pty) Ltd* 1965 3 SA 562 (W) 575B–F.

²²Op 172.

²³ibid.

eerlik op grond van die objektief redelike feite geglo het dat die eiser die misdaad gepleeg het.

Tweedens verwys hy nêrens na die motief van die dader nie. Dit is weliswaar so dat motief nie bepalend is vir opset nie, maar die appèlhof vereis nog steeds 'n onbehoorlike motief aan die kant van die verweerder.

Derdens neem hierdie benadering ook nie kennis van die regspraak waar daar te kenne gegee is dat waar die verweerder roekeloos opgetree het, sy optrede aanduidend van "malice" kan wees nie. In *Spiegel v Miller* (supra) het M vir S laat arresteer omdat hy gehoor het dat S die land wil verlaat terwyl hy hom nog geld geskuld het. Nadat hy die proses aan die gang gesit het, betaal S maar M kom dit eers te hore nadat S gearresteer is. Die hof bevind dat daar "gross negligence" by M aanwesig was. Hieruit word 'n afleiding van "malice" gemaak en M is aanspreeklik gehou. Hier was daar nie sprake van opset nie.

Daar moet egter toegegee word dat opset in die meeste gevalle van kwaadwillige vervolging aanwesig sal wees. Maar dit bly van belang om te onthou dat mens te doen het met 'n regsfiguur met 'n ander historiese agtergrond wat hier gerespieer is. "Malice" is 'n wyer begrip as opset en kan gevalle ondervang waar daar geen opset aanwesig is nie maar waar die dader met 'n verkeerde motief opgetree het.

Mens kan ook sê dat dit goeie regsbeleid is dat hierdie soort aanspreeklikheid in sy huidige vorm moet voortbestaan. Dit is goed dat mense misdade onder die owerheid se aandag bring en met die vervolging daarvan behulpsaam is. Hulle moet egter sorg dra dat, indien hul klagtes lê, die grondslag korrek is en hul op daardie feite glo dat die beskuldigde die misdaad gepleeg het. Hulle moet ook nie oorhaastig optree nie want dit kan vir die beskuldigde nadelige gevolge hê. Daarom is dit goed dat 'n ander graad van skuld vir aanspreeklikheid vereis word.

II Dit bring ons dan by die vraag na die posisie van die *actio iniuriarum* in die Suid-Afrikaanse reg.²⁴ Tradisioneel word geleer dat in die geval van aantasting van persoonlikheidsregte die *actio iniuriarum* die remedie is en dat *animus iniuriandi*, wat as opset beskou word, 'n essensiële vereiste is om met die aksie te kan slaag.

Die gemeenregtelike *actio iniuriarum* het by laster, eerkrenking en (waarskynlik) privaateidskrenking die suiwerste gebly. Hier is daar nog sprake van 'n vermoede van *animus iniuriandi*. Of die vereiste van opset, in die sin van wilserigheid en onregmatigheidsbewussyn, met die regs-geskiedenis te rym is, is bedenklik.²⁵ Daar is egter ander delikte wat as *iniuriae* beskou word wat op die gebied van *animus iniuriandi* probleme oplewer.

Eerstens is daar die delik van onregmatige arrestasie of beslaglegging. In die Engelse reg staan dit bekend as "false imprisonment" en word dit

²⁴Vir 'n volledige bespreking sien my *Persoonlikheidskrenking* 170-205.

²⁵Sien my *Persoonlikheidskrenking* 37-39 77-80 en 170-185 asook 1977 *TSAR* 256-259.

geklassifiseer as 'n verskyningsvorm van "trespass to the person". Omdat "trespass" aagebaar per se is, met ander woorde sonder dat skade bewys moet word, is die nadeel wat gely is prima facie onregmatig en moet die verweerder redes aanvoer waarom hy nie aanspreeklik moet wees nie.²⁶

In hierdie geval is aanspreeklikheid sonder skuld nie uitgesluit nie. Dit kan geïllustreer word deur die voorbeeld van 'n privaat persoon wat 'n arrestasie verrig. Hy sal nie aanspreeklik wees indien die misdadde waarvoor hy die eiser gearresteer het inderdaad gepleeg is nie, ook nie waar daar ander misdade gepleeg is as dié waarvoor hy die eiser gearresteer het, en indien hy redelike gronde gehad het om die eiser daarvan te verdink nie.²⁷ As hy egter *reken* dat 'n misdadde gepleeg is, doen sy redelike optrede niks aan die saak nie, hoe redelik sy suspisie ook al mag gewees het.

Hierdie delik het in Suid-Afrika ook vrugbare teelaarde gevind, waar-skyklik weens 'n oppervlakkige verband met die *actio iniuriarum*: daar moet 'n vermoede deur die verweerder weêrlê word en dit bestryk 'n gebied wat ook deur die *actio iniuriarum* gedek is.

Die Engelse reg is grotendeels oorgeneem. In *Hart v Cohen*²⁸ beslis lord De Villiers dat waar beslag gelê is op die goed van 'n ander persoon as die ware skuldenaar, 'n remedie beskikbaar is, sonder dat "malice" aanwesig hoef te wees. In *Birch v Ring*²⁹ stel regterpresident De Villiers dit duidelik:

"... for an action for false imprisonment or illegal arrest to lie it is not necessary that the defendant should act maliciously; it is sufficient that the arrest should be illegal. If he does act maliciously, that will be an element in the estimation of damages. . . ."

Daar word geensins na skuld verwys nie en die hof vra ook nie na skuld nie. Die howe het reeds vroeg gepoog om hierdie soort aanspreeklikheid met die *actio iniuriarum* te versoen. In *Cohen Lazar and Co v Gibbs*³⁰ sê regterpresident Wessels dat mens te doen het met *iniuria* indien daar "intentionally" op iemand se persoon en/of goed beslag gelê word. Dan sê hy:

"To arrest a man intentionally and without having the right to do so, is *per se* a delict of trespass."

Waarin "intention" geleë is, blyk uit die volgende:³¹

"It is revolting to one's common sense to think that a person unsupported by any judgment could induce a clerk to issue him a writ, seize a person's property, and escape liability merely because he acted without malice and under the impression that no judgment was required."

Dit lyk asof "intention", net soos in die Engelse reg hier slaan op die doel-

²⁶Vgl *Dumbell v Roberts* 1944 1 All ER 326 331 (CA).

²⁷Vgl *Walters v WH Smith and Son Ltd* 1914 1 KB 595 601 ev.

²⁸(1899) 16 SC 363 368.

²⁹1914 TPD 106 109.

³⁰1922 TPD 142 144.

³¹idem 145.

gerigtheid van die handeling. Deur hierdie tipe redenasie word dan by die *actio iniuriarum* aangesluit.

Ons howe poog nog steeds om hierdie vorm van aanspreeklikheid in die mantel van die *actio iniuriarum* te klee. In *Smit v Meyerton Outfitters*³² is die verkeerde CA Smit gearresteer. Regter Myburgh³³ sê:

“In die geval van die *actio iniuriarum* het die skuldbegrip met twee oorwegings te make. Die eerste is dat die verweerder opsetlik (‘intentionally’) gehandel het en die tweede is dat hy geweet het dat die handeling onregmatig is. In die geval van onregmatige arrestasie, hoewel dit uit die *actio iniuriarum* ontwikkel het, is die tweede oorweging nie ’n vereiste vir aanspreeklikheid nie.”

Verder³⁴ sê hy: “Die opsetlike handeling in hierdie saak was om die persoon wat in die lasbrief genoem word, te laat arrester.” Met respek het mens hier nie te doen met opset in die juridiese sin nie maar met die doelgerigtheid van ’n handeling.

In *Donono v Minister of Prisons*³⁵ is borgtog aan D toegestaan maar ten spyte hiervan is hy aangehou. Regter Van Winsen³⁶ beslis dat die eis een is vir *iniuria*: die eiser moet onregmatige aanhouding bewys, dit wil sê dat hy aangehou was en dat hierdie aanhouding onregmatig was. Indien dit bewys word, moet die verweerder regverdiging aanvoer. Skuld hoef nie beweer of bewys te word nie.

Dit lyk asof mens, net soos in die Engelse reg, ook hier te doen kan hê met skuldlose aanspreeklikheid maar dat die howe poog om dit vir sistematiese doeleindes oor die boeg van die *actio iniuriarum* te gooi.

Tweedens, indien mens aanvaar dat *animus iniuriandi* ’n verskyningsvorm van opset is waarvoor wilgerigtheid en onregmatigheidsbewussyn vereis word, lewer ook owerspel en seduksie as verskyningsvorme van *iniuria* probleme op. In ons gemene reg was geeneen as ’n *iniuria* beskou nie, waarskynlik weens die sterk invloed van die Romeinse *iniuria* wat hierdie begrippe nie omvat het nie en waar *contumelia* nog ’n groot rol gespeel het. Hugo de Groot³⁷ beskou hierdie delikte as verskyningsvorme van “hoon” wat impliseer dat hy aspekte van die persoonlikheid wil beskerm. Gelykstelling met *iniuriae* vind egter nie plaas nie. Die opvatting van De Groot is hier te lande geïnterpreteer as sou mens hier met *iniuriae* te doen hê.

Die appèlhof het te kenne gegee dat in die geval van owerspel ’n *iniuria* teenoor die bedroë eggenoot/eggenote gepleeg word en dat vir hierdie aanspreeklikheid *dolus* as vereiste gestel word.³⁸

Indien *dolus* as vereiste gestel word, verwag mens dat dwaling hierdie gesindheid sal negatiewer en dat die verweerder vry sal uitgaan, byvoorbeeld dwaling dat die man van die owerspelige vrou nie omgee nie, soos waar die

³²1971 1 SA 137 (T).

³³Op 139C-D. My kursivering.

³⁴Op 140A-B.

³⁵1973 4 SA 259 (K).

³⁶idem op 262A-E.

³⁷*Inleidinge* 3 35 8, 9.

³⁸*Viviers v Kilian* 1927 AD 449; *Foulds v Smith* 1950 1 SA 1 (A).

man en vrou van tafel en bed geskei is. Dit blyk egter uit regspraak³⁹ dat die man nog steeds kan eis in die geval waar die partye nie meer saamwoon nie. Daar kan met JC Sonnekus⁴⁰ saamgestem word dat aanspreeklikheid sonder skuld aan die kant van die derde nie uitgesluit is nie. Indien daar nie opset is nie sal daar in alle gevalle nalatigheid aanwesig wees: 'n redelike man sou voorsien dat die eiser/es gekrenk sal wees en gevolglik nie owerspel pleeg nie. Dit maak 'n fiksie van nalatigheid wat aanspreeklikheid prakties skuldloos maak.

In geval van seduksie het die howe hul nog nie uitgelaat omtrent die skuldelement nie. In *Bensimon v Barton*⁴¹ het die appèlhof te kenne gegee dat seduksie 'n besondere verskyningsvorm van iniuria is. Volgens die beslissing in *Bull v Taylor*⁴² tree aanspreeklikheid in, nie weens die wyse waarop seduksie plaasgevind het nie, maar deur die ". . . leading astray of a woman from the paths of virtue." Dit kom daarop neer dat die blote oorreding van 'n maagd tot geslagsgemeenskap die man aanspreeklik sal maak.

Dwaling sal hom nie help nie: byvoorbeeld dat hy nie geweet het dat hy nie "straffeloos" met die meisie gemeenskap kan hê of nie geweet het dat sy nog 'n maagd was nie. Daar hoef dus nie opset aanwesig te wees nie, maar die man bly nogtans aanspreeklik.

Die gevolgtrekking waartoe mens kom, is dat die Suid-Afrikaanse reg aangaande iniuriae 'n nuwe rigting ingeslaan het. Die genus iniuria, synde persoonlikheidskrenking, bestaan maar daar het besondere gevalle ontstaan wat elkeen deur sy eie reëls gedek word. Daar kan dus nie meer sprake wees van één actio iniuriarum nie en is dit strydig met die regswerklikheid om te probeer om die bestaande iniuriae in 'n keurslyf te druk. □

I would rather have clients, than be somebody's lawyer.

Louis D Brandeis

³⁹Vgl *Groundland v Groundland and Alger* 1923 WLD 217 220. Dit lyk of die howe selfs genoegdoening sal toeken waar 'n persoon sy/haar eggenoot/eggenote verlaat het. Vgl *Michael v Michael and McMabon* 1909 TH 292 293 waar r Mason sê: "I do not think it necessarily follows because a man has abandoned his wife that he cannot recover for any contumelia inflicted on him, but a strong case is required."

⁴⁰*Die Privaatregtelike Beskerming van die Huwelik* (proefskrif Leiden 1976) 255.

⁴¹1919 AD 13 16.

⁴²1965 4 SA 29 (A) 34F.

Huweliksvoorwaardeskontrakte: Gister en Vandag*

Francis Bosman

BA LLB

Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

The origin of the antenuptial contract can be traced back to Germanic law from where it was received into Roman-Dutch law and developed further.

The basic rule regarding antenuptial contracts is that anything may be agreed upon therein provided it is not contrary to good morals or to the law; a wide diversity of conditions is therefore possible in terms of Roman-Dutch and also contemporary law. The possibilities which are offered by antenuptial contracts were never utilized in South Africa to the extent that they were in Holland during the 17th century when Roman-Dutch law was accepted as the legal system at the Cape. The poor social and economic circumstances prevailing at the Cape during the 17th and 18th centuries and the dearth of notaries, in whose hands the development of antenuptial contracts essentially was and still is, contributed in large measure to this state of affairs. Nevertheless early antenuptial contracts, drafted during the period between 1790 and 1798 and which may be found in the Cape archives, show a surprising degree of diversity; provision was often made for the needs of the individual. Especially popular was the contract in which the woman reserved the right to elect on dissolution of the marriage, whether or not she wished to share in the community of profit and loss. During the 19th century this form of contract gradually disappeared, principally on account of English influence. In the course of the same century the "settlement" of property as the wife's "own free and unencumbered property", which had become popular in England, also found favour at the Cape. The result was that a new type of antenuptial contract was evolved which is the standard type of contract today, namely, one in which the community of property, profit and loss and the husband's marital power are excluded. In terms of this kind of contract the woman's position as regards her property rights was weakened unless she had considerable assets at the time of the conclusion of the contract or unless she had an independent income during the subsistence of the marriage; her position further worsened in 1873 when the legislator abolished the legitimate portion and her husband could consequently disinherit her completely. This is still the position today.

It is thus clear that in course of time antenuptial contracts acquired a fixed form while no new type of antenuptial contract has been developed by legal practitioners to keep pace with changed circumstances and new requirements.

The proposed draft bill of the South African Law Commission makes provision, *inter alia*, for a "new" matrimonial property regime, namely, one in which both spouses acquire a right to share in the accrual of the other's estate. Briefly it amounts to this: the spouse whose estate shows no increase or a smaller increase than that of the other spouse has a right to claim an amount equal to half of the difference in the increase of their respective estates.

This section of the proposed draft bill does not bring about any change in our law but in effect merely amounts to a modern type of "antenuptial contract" (and indeed an

*Rede gelewer op 22 Junie 1978 by die formele intrede as professor in die departement regsgeeskiedenis, regsvergelyking en regsfilosofie aan die Universiteit van Suid-Afrika.

excellent one). Should it become law, it will merely mean that the legislator has taken the initiative out of the hands of the notaries in order to formulate a new type of "antenuptial contract". There is, however, no ideal antenuptial contract and notaries will still have the duty to draw up a contract which best suits the individual needs of their clients.

A problem in the field of South African matrimonial property law is that no change of the matrimonial property relations, chosen by the parties upon marriage, may be effected after marriage and unfortunately the South African Law Commission did not propose any reform in this regard.

Dit sou sekerlik 'n opskudding veroorsaak indien die bruid op die groot vraag sou antwoord: "Ja, indien hy 'n polis van R20 000 op my naam sal uitneem" of iets dergeliks. Tog is dit in feite waarop die huweliksvoorwaardeskontrak neerkom. En dit is nie iets wat net eie is aan ons materialistiese twintigste eeu nie; dit is 'n verskynsel so oud soos die reg self. Op hierdie geskiedenis wil ek vanaand kortliks ingaan.

Die huweliksvoorwaardeskontrak is 'n ooreenkoms tussen toekomstige gades of ander belanghebbendes oor die reëls of voorwaardes (bedinge) waardeur die huwelik beheers moet word.¹ In Suid-Afrika, indien daar geen kontrak voor die huwelik aangegaan word nie, tree gemeenskap van goed tussen die gades in wat beteken dat hulle afsonderlike boedels een word en die man behoudens sekere wettegtelike beperkings² die beheer en administrasie van die gesamentlike boedel verkry.

Alhoewel huweliksvoorwaardeskontrakte in Suid-Afrika sedert die volksplanting aan die Kaap so in getalle toegeneem het dat bykans die helfte van vandag se huwelike op huweliksvoorwaardes plaasvind,³ was daar wat die vorm en inhoud van die kontrakte betref weinig ontwikkeling. Die ryke verskeidenheid voorwaardes wat ingevolge die Romeins-Hollandse reg moontlik was en is, is hier nog nooit ten volle benut nie en het in so 'n mate afgewater geraak dat om op huweliksvoorwaardes getroud te wees die betekenis begin verkry het van getroud te wees met uitsluiting van die gemeenskap van goed, wins en verlies en die maritale mag. Eenvoudig gestel, beteken dit dat elkeen van die gades die goed wat hulle by huweliksluting besit en gedurende die huwelik verkry, asook die beheer daarvan, behou en tot die koste van die gesamentlike huishouding, ooreenkomstig sy of haar inkomste moet bydra.⁴

Laat ons vervolgens baie kortliks die oorsprong en ontwikkeling van huweliksvoorwaardeskontrakte in die Romeins-Hollandse reg nagaan, enkele van die moontlike voorwaardes van nader beskou en ten slotte kyk na die inhoud van huweliksvoorwaardeskontrakte aan die Kaap gedurende die agtiende en negentiende eeu, met 'n vinnige blik op enkele aspekte van

¹Van der Keessel *ad Gr* 2 12 3 [*Ib* 228]. Van der Keessel se definisie is vollediger as dié van De Groot wat die huweliksvoorwaardeskontrak bloot definieer as "een handeling tusschen toekomende echtgenooten aangaende hare goederen".

²Hierdie beperkings is hoofsaaklik vervat in die Wet op Huweliksaaengeleenthede 37 van 1953 soos gewysig.

³Volgens inligting vervat in die Suid-Afrikaanse Regskommissie se memorandum by die *Wetsontwerp om die Huweliksgoederereg te Wysig en om vir Aangeleenthede wat daarmee in verband staan, voorsiening te maak* (wetsontwerp gepubliseer in *Staatskoerant* no 5887 van 24 Februarie 1978) word ongeveer 53% van alle huwelike tussen blankes, gekleurdes en Asiërs binne gemeenskap van goed gesluit en die orige buite gemeenskap van goed.

⁴A 3 van die Wet op Huweliksaaengeleenthede 37 van 1953.

voorgestelde wetgewing van die Suid-Afrikaanse Regskommissie wat onlangs gepubliseer is.

Die huweliksvoorwaardeskontrak kan in die Romeins-Hollandse reg teruggevoer word tot die vroeë Germaanse reg, min of meer in die tyd van Julius Caesar, toe die huwelik 'n soort "sibbeverdragshuwelik" was en die bruidegom by die verlowing aan die sib (familie) van die bruid 'n bruidsgif of handgeld, gewoonlik in die vorm van vee, gegee het: sommige regs-historici praat selfs daarvan as 'n koophuwelik waarby die vrou as die objek van die kooptransaksie beskou is. Nadat die sibbegemeenskap deur die patriargale huisgemeenskap vervang is, is die bruidsgif aan die bruid se vader gegee as teenprestasie vir die oordrag van sy gesag oor haar aan haar man. Dit word later gebruiklik dat die vader (of voog) 'n gedeelte daarvan as 'n bruidskat (wat hoofsaaklik bedoel was om in die onderhoud van die vrou te voorsien) aan die vrou gee; hierdie gebruik ontwikkel mettertyd tot 'n reg en die eindontwikkeling is dat die bruidsgif nie meer aan die vader of voog gegee word nie, maar aan die bruid self.⁵

Gedurende die Middeleeue vind daar onder invloed van die Christelike godsdiens 'n verdere verbetering van die vrou se regsposisie plaas. Nie alleen besit sy haar eie vermoë nie (al word dit deur haar man beheer) maar sy kom nou ook self met die man ooreen oor die voorwaardes wat ten opsigte van die voorgename huwelik sal geld. Selfs nadat die een of ander vorm van gemeenskap van goed teen ongeveer die dertiende eeu deur gewoonte in die hele Wes-Europa as algemene huweliksbedeling inslag gevind het,⁶ het huweliksvoorwaardeskontrakte steeds bly voorkom, en het dit 'n middel gebly waardeur eggenotes, veral waar daar 'n ongelykheid van vermoëns was, voorsiening kon maak vir reëlins met betrekking tot hulle huwelik wat die beste aan hulle spesifieke behoeftes sou voldoen.

Aanvanklik is die huweliksvoorwaardes beding in die vorm van 'n eenvoudige mondelinge ooreenkoms in die teenwoordigheid van familie of ander getuies, maar mettertyd, en hoofsaaklik ter wille van makliker bewys, word dit gebruiklik om die kontrakte op skrif te stel.⁷ Reeds in die Frankiese tyd (tussen die vyfde en negende eeu nC) word 'n sogenaamde notitia ('n bewysoorkonde) opgemaak waarin alle feite met betrekking tot die verlowing en huweliksvoltrekking vermeld word, onder andere die oorhandiging van die *carta dotis* (die beskikkingsoorkonde en voorloper van die huweliksvoorwaardeskontrak) waarin die bruidskat omskryf is.⁸

Nadat die notarisamp in Holland in 1524 behoorlik van regsweë gereël

⁵Vir 'n beknopte oorsig oor die geskiedenis van die Germaanse huweliksreg in die algemeen kyk *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* red Wolfgang Stammler (Berlyn 1971) bd I sv *Ehe* 810-833.

⁶Universele gemeenskap van goed was vroeg reeds die huweliksgoedereregstelsel in Holland; vgl SJ Fockema Andreae *Bijdragen tot de Nederlandsche Rechtsgeschiedenis* 2e bundel (Haarlem 1889) 109 ev.

⁷"Doch is wel't sekerste . . . dat men die [huweliksvoorwaardes] doet passeren voor Notaris en getuigen." Arent Lybrechts *Redenerend Vertoog over 't Notaris Ampt* (5e druk Amsterdam 1768) 2 ev.

⁸Vgl Fockema Andreae *Bijdragen* 2e bundel 129 ev.

is,⁹ word dit gebruiklik dat huweliksvoorwaardeskontrakte deur 'n notaris as "een openbaar beamptschryver van alle geloofwaardige instrumenten"¹⁰ opgestel word en alhoewel notariële verlyding in die Romeins-Hollandse reg nie altyd 'n vereiste was vir die geldigheid van die kontrak nie, speel die notaris dus reeds vroeg 'n rol by die opstel daarvan – nie alleen vanweë die besondere bewyswaarde van 'n dokument deur hom opgestel nie maar waarskynlik ook vanweë sy status as adviseur.

Vandag word attestasie van die kontrak deur 'n notaris en registrasie in die aktekantoor ingevolge die Akteswet vereis,¹¹ maar omdat die vereistes hoofsaaklik gerig is op die beskerming van krediteure het die nie-nakoming daarvan ingevolge die gemene reg en ook in die moderne reg slegs tot gevolg dat die kontrak nie teenoor derdes werking het nie maar nogtans afdwingbaar bly tussen die gades en hul erfgename.¹² Tensy verlof tot na-huwelikse registrasie deur die hof verleen word, sal dit dus in geval van so 'n kontrak met betrekking tot krediteure geag word dat die huwelik binne gemeenskap van goed plaasgevind het.¹³ Wat attestasie deur 'n notaris betref, beteken dit natuurlik nie dat die notaris self die huweliksvoorwaardeskontrak moet opstel nie; tog gebeur dit meestal in die praktyk want die notaris neem uit hoofde van sy amp die verantwoordelikheid op hom vir die korrektheid van die dokument wat deur hom verly word.¹⁴ Die ontwikkeling van huweliksvoorwaardeskontrakte was en is dus nog steeds primêr in die hande van die notaris.

Gedurende die sestiende eeu kom huweliksvoorwaardeskontrakte in Holland nie net veel voor nie, maar daar word ook soveel misbruik daarvan gemaak dat keiser Karel die Vyfde in 1540 'n plakkaat uitvaardig om die misbruike teë te werk.¹⁵ Handelaars het naamlik groot bedrae geld in huweliksvoorwaardeskontrakte aan hulle vrouens geskenk en vanweë die feit dat die vrou op grond van 'n stilswyende hipoteek wat uit die huweliksvoorwaardeskontrak voortgevloei het,¹⁶ bo alle skuldeisers teen haar man se boedel voorkeur geniet het, is die man se skuldeisers wie se eise dan dikwels nie bevredig kon word nie, benadeel. Waar die grondslag van die kontrak tot dusver die kontrakteervryheid van die partye en die beskerming van die vrou was, begin die gedagte dat die regte van krediteure beskerm moet word nou sterk na vore tree. Artikel 6 van die gemelde plakkaat het gevolglik bepaal dat die vrou nie enige goed ingevolge die huweliksvoorwaardeskontrak van die man kon ontvang of kon voorgee om te ontvang het al-

⁹Ingevolge 'n plakkaat van 21 Maart 1524. Vir die inhoud van hierdie plakkaat kyk Lybrechts *Notaris Ampt* 2 ev.

¹⁰Lybrechts *Notaris Ampt* 1.

¹¹A 87 Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937.

¹²Voet *Comm ad Pand* 23 4 4; *Aschens Executrix v Blythe* (1886) 4 SC 136; *Steyler v Dekkers* 1872(2) Roscoe 98 en *Ex parte Kloosman* 1947 1 SA 342 (T).

¹³Daar is verskeie riglyne in hofuitsprake neergelê oor wanneer verlof tot na-huwelikse registrasie verleen sal word, o.a. in *Ex parte Orford* 1920 CPD 367; *Ex parte Witz* 1941 WLD 74; *Ex parte Davidson and Davidson* 1945 1 PH B33.

¹⁴Oor die verantwoordelikhede en pligte van die notaris in die algemeen kyk RC Elliot en F Banwell *The South African Notary* (1977) hfst 1.

¹⁵Plakkaat van 4 Oktober 1540 (*Groot Placaat Boek* I 316).

¹⁶Oor die stilswyende hipoteek van die vrou kyk Voet *Comm ad Pand* 20 2 20 en 23 4 52.

vorens al die man se skuldeisers betaal is nie.¹⁷ Ten opsigte van goed uit 'n ander bron verkry, het die vrou wie se goed in dié tyd nog gewoonlik deur die man beheer is, die beskerming van die stilswyende hipoteek bly behou. Hierdie artikel het nog tot 1875 aan die Kaap gegeld¹⁸ en tot nog later in die ander provinsies. Dié artikel is in 1916 en die stilswyende hipoteek in 1936 finaal deur wetgewing in Suid-Afrika in die geheel afgeskaf en tans word 'n gade se posisie vis-à-vis die krediteure van die ander gade gereël deur die bepalings van die Insolvensiewet, wat kortliks daarop neerkom dat bevoor-delings ingevolge 'n huweliksvoorwaardeskontrak wat minstens twee jaar voor insolvensie geregistreer is en waaraan binne drie maande na die huwelik uitvoering gegee is, teen skuldeisers van die ander gade beskerm word.¹⁹ Maar wat gewone wedersydse skulde betref, is die gades teenoor mekaar in dieselfde posisie as enige ander versekerde of onversekerde skuldeiser.

Die vrou wat buite gemeenskap van goed sonder uitsluiting van die maritale mag getroud was, en wie se goed gevolglik deur haar man beheer is, is veral na afskaffing van die stilswyende hipoteek in 'n mate weerloos gelaat indien haar man haar goed sou verspil, maar hier het die wetgewer in 1953 ingegryp en ingevolge die Wet op Huweliksaangeleenthede geniet sy nou 'n mate van beskerming want ingevolge dié wet kan die man haar onroerende goed en sekere van haar ander bates nie sonder haar toestemming vervreem nie.²⁰

Hier is nou vir 'n oomblik afgedwaal om net kortliks te let op enkele ontwikkelinge deur middel van wetgewing met betrekking tot die beskerming van krediteure en die goed van die vrou onder die man se maritale mag. Laat ons nou terugkeer tot die inhoud van huweliksvoorwaardeskontrakte.

Dat daar teen die middel van die sewentiende eeu toe die Romeins-Hollandse reg aan die Kaap as regstelsel aanvaar is, en ook later deeglik in

¹⁷Die oorspronklike teks van hierdie artikel lees soos volg:

“Item, want veele Cooplyuden hen vervorderen heure Huysvrouwen te constitueren groote douwarien ende excessive giften ende gewin op heure goeden, soo om huwelick te doen, als om te salveren heur-lieder goeden, by heur-lieder voorschreven Huysvrouwen ende Kinderen, ende daer nae worden bevonden insufficient te betalen ende contenteren heuren schuldenaers, ende willen heure Huysvrouwen en de Weduwen gheprefereert worden voor alle Schuldenaers, tot groot achterdeel van den loopen van den Coopmanshap. Wij willen ende ordonneren dat de voorschreven Huysvrouwen, die voortaan huwelick met Cooplyuden contracteren sullen, niet en zullen mogen pretenderen, hebben oft ontfangen eenige douwarien oft ander gewin opte goeden van heure Mans, oft nemen deel ende porcie in de aqesten, gedaen by de voorschreven Mans oft staende heuren huwelick, alwaer 't soo dat sij ghe-erft oft beleent waren, ter tijdt ende wijlen toe dat alle die Crediteuren van heure voorschreven Mans betaelt ende gecontenteert zijn, ende de welcke wy willen als desen aangaende gheprefereert te worden voor de voorschreven Huysvrouwen ende Weduwen, behoudens den selven heur Recht van preferentie sulcks als hen competeert, uyt reden van heuren Huwelycxse gave. by hen in 't Huwelyck ghebracht oft hen ghegheven oft gesuccedeert van heuren Vrienden ende Magen” (*GPB* I 316).

Dié artikel is aangehaal in *The Trustee of the South African Bank v Chiappini and Wife* 1869 Buch 143 wat die eerste gerapporteerde hofuitspraak in Suid-Afrika oor die onderwerp is.

¹⁸En is afgeskaf deur Wet 21 van 1875.

¹⁹A 27 van die Insolvensiewet 24 van 1936.

²⁰A 1 en 2 van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953.

Holland gebruik gemaak is van vele moontlikhede wat die huweliksvoorwaardeskontrak gebied het en dat daar 'n verskeidenheid van voorwaardes in kontrakte voorgekom het, blyk uit die werke van die ou skrywers asook die regspraak van daardie tyd.²¹ Die redes hiervoor was onder andere (i) om die vrou se goed teen die krediteure van die man, veral as hy 'n handelaar was, te beskerm (ii) om skenkings aan die vrou te maak aangesien geskenke tussen man en vrou na huweliksluiting, soos die reël vandag nog geld, verbode was en (iii) om deur middel van erfopvolgingsklousules in die kontrak te verseker dat die vermoëns, veral onroerende goed, van welgestelde families binne die families sou bly in die besonder wanneer daar nie kinders uit die huwelik gebore sou word nie.²²

Die algemene reël was, en is nog steeds, dat enigiets deur middel van die huweliksvoorwaardeskontrak beding kan word mits dit nie met die goeie sedes bots of strydig met 'n regsreël is nie.²³ 'n Ryke verskeidenheid moontlikhede bestaan dus ingevolge die Romeins-Hollandse en hedendaagse reg waaronder die volgende:

(i) Derde partye soos die ouers of 'n familielid van die toekomstige gades kan partye by die kontrak wees, byvoorbeeld wanneer die ouers of 'n familielid aan een of albei van hulle 'n skenking wil maak wat dan verder aan een of meer voorwaardes gekoppel kan word. Die welgestelde vader wat aan sy dogter 'n huis wil skenk, kan byvoorbeeld stipuleer dat sy nie die huis gedurende sy leeftyd mag beswaar of vervreem nie en dat dit in die geval van egskedding haar kinders se eiendom sal word, en indien daar geen kinders is nie, weer na hom sal terugkeer. Huweliksvoorwaardeskontrakte waarby derdes, gewoonlik ouers betrokke was, was in die sewentiende eeu in Holland betreklik algemeen.²⁴

(ii) Die gemeenskap van goed (d w s van die goed wat die toekomstige gades by huweliksluiting het) en die gemeenskap van wins en verlies (winste en verliese tydens die huwelik toegeval) kan uitgesluit word terwyl die man se mag van beheer oor die vrou se goed òf behou òf uitgesluit kan word; in laasgenoemde geval bly albei partye vermoënsregtelik in die posisie

²¹Enkele van die ou skrywers wat breedvoerig oor hierdie onderwerp geskryf het, is: Arent Lybrechts *Redenerend Vertoog over 't Notaris Ampt* (1734); CM Neostadius *De Pactis Antenuptialibus* (1676); Christiaan Rodenburg *Tractatus de Jure Conjugum* (1653); DG van der Keessel in sy *Praelectiones Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam*. (Van der Keessel se lesings te Leiden van 1793 tot 1806 wat nie tydens sy lewe gepubliseer is nie maar waarvan daar 'n volledige teksuitgawe met 'n Afrikaanse vertaling in vyf bande gepubliseer (1961-67) is deur P van Warmelo, LI Coertze, HL Gonin en D Pont as *Voorlesinge oor die Hedendaagse Reg na aanleiding van De Groot se "Inleiding tot de Hollandse Rechtsgeleerdheyt"*); Johannes Voet *Comm ad Pand.*

²²Vgl by Van der Keessel *ad Gr 2 12 3 [Th 228]*.

²³Van der Keessel *ad Gr 2 12 3 [Th 228]*; Voet *Comm ad Pand* noem o a die volgende ooreenkomste as synde strydig met die goeie sedes: 'n Ooreenkoms dat die man onder die gesag van sy vrou sal staan; dat hy nie namens sy vrou in 'n regsgeding sal optree nie en dat hy nie teen sy vrou se sin sy domisilie sal verander nie. Oor laasgenoemde voorbeeld huldig Van der Keessel 'n teenoorgestelde mening omdat die vrou volgens hom op grond van 'n erbare rede die grootste belang daarby mag hê om nie van haar ouers, bloedverwante, vriende, goed en geboorteplek weggeskeur te word nie.

Oor 'n bepaling teen die goeie sedes wat in die Suid-Afrikaanse regspraak opgeduik het, kyk *Van Oosten v Van Oosten* 1923 CPD 409.

²⁴Voet *Comm ad Pand* 23 4 10; Van der Keessel *ad Gr 2 12 3 [Th 228]*.

asof geen huwelik plaasgevind het nie.²⁵ Dit is, soos reeds gemeld is, die tipe reëling wat vandag die algemeenste voorkom.

(iii) Slegs die gemeenskap van goed kan uitgesluit word terwyl die gemeenskap van wins en verlies behou word en die man se maritale mag oor die vrou se goed òf behou òf uitgesluit kan word.²⁶ Die man bly egter in beheer van die gemeenskaplike boedel.

In die verslag van die kommissie insake die regsonbevoegdheids van vroue wat in 1949 gepubliseer is,²⁷ word van hierdie bedeling melding gemaak en dit word deur 'n lid van die kommissie, DE McCausland, voorgestel as 'n alternatief vir die huidige gemeenregtelike stelsel van algemene gemeenskap van goed. Kort daarna publiseer hy ook in die *South African Law Journal* 'n artikel waarin hy pleit vir minstens 'n nuwe tipe huweliksvoorwaardeskontrak wat op dié stelsel berus en hy sit die voordele daaraan verbonde so uiteen:²⁸

"The wife with property . . . would no longer find that she had handed over control to her husband to do with it as he pleased, and at the same time she would be entitled to a full half-share in the family income and property acquired with it."

Hy voeg hieraan toe:

"As the marital power must continue to apply to the joint estate, it remains possible for a spendthrift husband to fritter away the joint estate; but since that estate has *ex hypothesi* been created by his own exertions, he is unlikely to be a man of that type."

Hierdie laaste deel van McCausland se argument is natuurlik nie meer heeltemal geldig nie; die vrou verdien vandag dikwels net soveel en soms meer as die man maar wat sy self verdien, word ook nou in 'n groot mate beskerm deur die Wet op Huweliksaangeleenthede waarvan reeds melding gemaak is.²⁹ Dit wil egter voorkom asof die voorgestelde kontrak deur McCausland geformuleer nie enige uitwerking in die praktyk gehad het nie.

(iv) Slegs bepaalde goed van òf die man òf die vrou kan van die gemeenskap uitgesluit word en die man se maritale mag oor sodanige uitgeslote goed van die vrou kan òf behou òf uitgesluit word.³⁰

(v) Universele gemeenskap van goed of van wins en verlies kan voorwaardelik beding word, byvoorbeeld op voorwaarde dat gemeenskap slegs sal intree as 'n kind uit die huwelik gebore word.³¹

'n Interessante voorbeeld van so 'n tipe kontrak word deur een van die ou skrywers oor die Romeins-Hollandse reg, Johannes Voet, genoem.³²

²⁵Voet *Comm ad Pand* 23 4 21 en 23 4 52.

²⁶Vir 'n volledige bespreking van die uitsluiting van die maritale mag oor die algemeen kyk PJ Conradie "The Effect of the Exclusion of the Marital Power by Antenuptial Contract" 1949 *SALJ* 87.

²⁷UG 18/1949.

²⁸1952 *SALJ* 307.

²⁹A 2 en 3 van die wet.

³⁰Voet *Comm ad Pand* 23 4 27.

³¹*ibid.* Volgens van der Keessel *ad Gr* 2 128 [*Th* 234] geld die universele gemeenskap na vervulling van die voorwaarde terugwerkend van die begin af.

³²Voet *Comm ad Pand* 23 4 28.

Die man was 'n wewenaar wat 'n tweede huwelik aangegaan het op voorwaarde dat gemeenskap van wins en verlies eers sou intree wanneer al sy minderjarige kinders uit sy eerste huwelik meerderjarigheid bereik het.³³ Hiermee wou hy volgens Voet voorkom dat sy vrou enige reg sou hê om te kla indien hy te veel van sy inkomste aan sy minderjarige kinders bestee. Met "kla" het Voet dit nie hier oor die vrou wat haar man se lewe gedurig met haar klagtes versuur nie. Wat die man inderdaad wou voorkom, is dat die vrou sou kon beweer dat haar regte in die gemeenskaplike boedel benadeel word deur buitensporige besteding aan sy kinders en op grond daarvan boedelskeiding of 'n interdik teen hom sou kon aanvra. Sover ek kon vasstel, het so 'n soort huweliksvorwaardeskontrak nog nooit in Suid-Afrika voorgekom nie maar ek wil aan die hand doen dat dit nie alleen sinvol sal wees om in bepaalde gevalle, universele gemeenskap van goed of, soos in die voorbeeld hierbo, gemeenskap van wins en verlies onderworpe aan 'n bepaalde voorwaarde te beding nie maar dat dit ook in die moderne reg heeltemal geldig sal wees afhangende natuurlik van die aard van die voorwaarde. Van benadeling van krediteure kan daar nie sprake wees nie. Die regsposisie met betrekking tot skulde aangegaan voor die vervulling van die voorwaarde sal dieselfde wees as wat die posisie is ten opsigte van voorhuwelikse skulde.

(vi) Daar is niks wat die voornemende gades belet om ooreen te kom dat hulle huwelik aan die algemene reëls van die vennootsregsreg onderworpe sal wees nie.³⁴ Selfs 'n beding dat een van die gades in die winste van die huwelik sal deel maar nie in die verliese nie, is bindend tussen die gades en hulle erfgename alhoewel dit nie teenoor krediteure werking sal hê nie.³⁵

(vii) 'n Tipe huweliksvorwaardeskontrak wat vroeër in Holland en soos ek nog sal aantoon, ook vroeër aan die Kaap, algemeen was, was een waarvolgens gemeenskap van goed uitgesluit is en 'n keuse vir die vrou beding is om by ontbinding van die huwelik (of selfs by insolvensie van die man) in die gemeenskap van wins en verlies te deel of nie.³⁶

Hier het ons te doen met 'n vorm van uitgestelde gemeenskap: gemeenskap van wins en verlies tree eers in wanneer die vrou haar keuse uitoefen, iets wat sy slegs sal doen indien dit vir haar voordelig sou wees. Eintlik het dit dus neergekom op 'n reg wat die vrou vir haarself beding het om in die aanwas van die man se boedel te deel. Die bedeling wat in 'n voorgestelde wetsontwerp van die Suid-Afrikaanse Regskommissie voorgestel word en waarna ek later sal verwys, herinner sterk aan hierdie soort kontrak, be-

³³Gemeenskap van goed is hier blykbaar uitgesluit en slegs gemeenskap van wins en verlies onder die voorwaarde beding.

³⁴Dat hierdie soort huweliksvorwaardeskontrak wel in Holland voorgekom het, blyk uit Van der Keessel *ad Gr* 2 12 6 [*Tb* 232].

³⁵De Groot *Inleydinge* 2 12 9 sê dat hierdie ooreenkoms in 'n huweliksvorwaardeskontrak nietig is omdat dit as 'n *societas leonina* sou kwalifiseer. Voet *Comm ad Pand* 23 2 80 en Van der Keessel *ad Gr* 2 12 9 toon egter aan dat dié ooreenkoms tussen die partye onderling geld maar nie teenoor derdes nie. Laasgenoemde standpunt is gevolg in *The Trustee of the South African Bank v Chiappini and Wife* 1869 Buch 143 en *Natal Bank Ltd v Rood's Heirs* 1909 TS 243. Vgl ook Hahlo *Husband and Wife* 280.

³⁶Voet *Comm ad Pand* 23 4 53, 54; Van der Keessel *ad Gr* 2 12 10 [*Tb* 250]; Lybrechts *Notaris Ampt* 89.

halwe dat die reg om in die aanwas te deel ingevolge die wetsontwerp ook die man sal kan toekom. Die voordeel hiervan bo die huwelik buite gemeenskap van goed maar binne gemeenskap van wins en verlies is voor-die-hand-liggend. Die vrou se goed is in die eerste geval te alle tye teen die man se skuldeisers beskerm terwyl in laasgenoemde geval, indien die man insolvent sou raak, die skulde van die gemeenskaplike boedel wat nie bevredig kan word nie van die persoonlike boedels van albei gades verhaal kan word.³⁷

(viii) Beskikkings ten opsigte van erfopvolging van die goed van die toekomstige eggenotes kan gemaak word en ook hier geld die beginsel dat enige beskikking in die kontrak gemaak kan word mits dit nie bots met die goeie sedes of die reg nie.³⁸ Hier moet egter in gedagte gehou word dat sulke beskikkings later slegs deur die gesamentlike optrede van die partye by die kontrak herroep kan word. Die kontrak as sodanig kan deur gesamentlike optrede van die gades testamentêr gewysig word maar slegs vir sover krediteure se regte nie daardeur benadeel sal word nie.³⁹

(x) 'n Laaste moontlikheid wat nog genoem kan word, is dat ooreengekom kan word dat die reg van 'n ander land die vermoënsregtelike gevolge van die huwelik sal beheers. Hier kan egter praktiese probleme ontstaan veral wanneer 'n huweliksbedeling gekies word wat nie in Suid-Afrika algemeen bekend is nie; maar wanneer byvoorbeeld ooreengekom word dat die reg van Engeland die huwelik sal beheers, sal dit heeltemal in orde wees.⁴⁰

Ons wend ons nou tot huweliksvoorwaardeskontrakte soos hulle in die praktyk in ons vroeëre geskiedenis voorgekom het. Gedurende die eerste een-en-'n-halwe eeu na die volksplanting aan die Kaap is daar, anders as in die moederland, van huweliksvoorwaardeskontrakte skynbaar min sprake. Die rede hiervoor was myns insiens primêr die algemeen lae sosiale en ekonomiese peil van die gemeenskap aan die Kaap en daarby ook nog die gebrek aan notaris. Alhoewel ons die eerste verwysing na die notarisamp aan die Kaap reeds in 1672 kry toe ene Jacob van Heurn by die Goewerneur en Raad aansoek doen om as advokaat en notaris toegelaat te word,⁴¹ en sy aansoek toegestaan is, kon ek geen notariële stukke deur hom opgestel, opspoor nie. Notariële stukke is wel voor 1793 opgestel deur die sekretaris van die Politieke Raad (die Goewerneur en Raad) en die sekretaris van die

³⁷Lybrechts *Notaris Ampt* 94 benadruk dié voordeel. Met verwysing na die huweliksvoorwaardeskontrak waarin slegs gemeenskap van wins en verlies beding word sonder die keuse waarsku hy: "Maar of zy [die notaris] wel weten en overdagt hebben *aan wat pericul of gevaar zy de Persoon van een onkennidige Vrouw en bare Goederen blootstellen*, werd by my grotelyks getwyfeld . . . Daar wanneer zy de *keuze* en met het eigen *voordeel nopens de Winste et cet* alleen bedongen hadde, haar Persoon en Goederen, buiten alle verband en bedwang der Crediteuren behieldt . . ."

³⁸Voet *Comm ad Pand* 23 4 57 van der Keessel *ad Gr* 2 12 8 [Tb 235]. Vgl ook CP Joubert "Pactum Successorium" 1962 *THRHR* 46 93.

³⁹Voet *Comm ad Pand* 23 4 62; Kersteman *Woordenboek sv Huwelyksche Voorwaarde*; Van der Keessel *ad Gr* 2 12 17 [Tb 265] *Union Government v Larkan* 1916 AD 212 224; *Bull v Executrix Estate Bull* 1940 WLD 133.

⁴⁰By *Ex parte Kleinschmidt* 1952 3 SA 761 en kyk HR Hahlo "Foreign Matrimonial Regimes - a Warning" 1952 *SALJ* 357.

⁴¹C Graham Botha "Early Legal Practitioners of the Cape Colony" 1924 *SALJ* 255 256.

Raad van Justisie (die hoogste hof van die tyd)⁴² en alhoewel daar nie huweliksvoorwaardeskontrakte voor 1790 deur hulle opgestel, gevind kon word nie moes sulke kontrakte tog opgestel gewees het aangesien voorskryfte met betrekking tot seëlregte waarin huweliksvoorwaardeskontrakte uitdruklik genoem word, reeds in 1714 aan die Kaap uitgevaardig is.⁴³ Dit beteken nie dat alle kontrakte skriftelik moes wees nie maar slegs dat indien die kontrak wel op skrif gestel was, dit geseël moes wees.

Na versoeke deur die burgery aan die Kaap dat notaris se aangestel en voorsien moes word van "een instructie nopens de bediening en waarneming van hun ampt" word die nodige "Reglement en Instruksies" (deur die kommissaris se Nederburgh en Frykenius) in 1793 opgestel en word twee notaris se aangestel te wete Pieter Hendrik Faure (1764–1795), die sekretaris van die Politieke Raad, en Johannes Daniel Karnspek (1761–1828) die sekretaris van die Raad van Justisie, wat albei toe eervol uit die kompanjie se diens ontslaan is. Geen regs kwalifikasies is vir die notaris amp vereis nie en volgens die instruksies kon geen prokureur as notaris of notaris as prokureur optree nie. (Die amp van notaris gekoppel aan die advokatuur het wel later voorgekom.) Die enigste vereistes om as notaris toegelaat te word, was dat notaris se ondervra moes word deur die president van die Raad van Justisie om vas te stel of hulle oor voldoende regs kennis beskik het en verder moes hul instruksies een keer 'n jaar in die hof aan hulle voorgelees word.⁴⁴ Die klimaat was dus alles behalwe gunstig vir 'n hoë standaard van die notariële praktyk.

Uit die *minuutaktes* (di die oorspronklike aktes deur die notaris verly) in Karnspek se *protokol* (di die boek waarin die minuutaktes saamgebind is)⁴⁵ wat in die Kaapse argief deur my nagegaan is, blyk dat huweliksvoorwaardeskontrakte betreklik seldsaam was. Onder die meer as 4 000 dokumente wat deur Karnspek vanaf 1790–1798 (eers as sekretaris van die Raad van Justisie en later as notaris) opgestel is, is daar maar nege huweliksvoorwaardeskontrakte. 'n Mens moet egter versigtig wees om nie te veel hieruit te wil aflei nie. Die notariële verlyding en registrasie van huweliksvoorwaardeskontrakte was voor 1793 nie 'n vereiste nie⁴⁶ en dit is heel moontlik dat daar ook gewoonweg van onderhandse huweliksvoorwaardeskontrakte gebruik gemaak is.

Alhoewel vroeë huweliksvoorwaardeskontrakte op grond van die reedsgemelde redes nie juis van besondere notariële vakmanskap getuig nie,

⁴²Kyk die *Inleiding tot die Inventaris van die Notariële Argiewe van die Kaap die Goeie Hoop* en C Graham Botha 1924 *SALJ* 255 260.

⁴³Volgens 'n Plakkaat van 26 Junie/9 Julie 1714 (*Kaapse Plakkaatboek* deel II 27) was 'n seëlreg van 48 stuivers ten opsigte van huweliksvoorwaardeskontrakte betaalbaar.

⁴⁴GGVisagie *Reg en Regspleging aan die Kaap* (1969) 50–51. 'n Gesertifiseerde afskrif van die "Reglement en Instrukcie voor de Notaris in het Government van Cabo de Goede Hoop" word in die Kaapse argief bewaar. 'n Engelse vertaling van die volledige teks kan ook gevind word in CH van Zyl *The Notarial Practice of South Africa* (1909) 6–14.

⁴⁵Kaapse argiefnommer N2/1–36.

⁴⁶Vgl die Plakkaat van 22/23 April 1793 (*Kaapse Plakkaatboek* deel IV 195) in verband met die korrektheid van die skuldregister wat later in 'n Plakkaat van 15/23 Mei 1805 (*Kaapse Plakkaatboek* deel VI 251) van Jan Willem Jansens herverorden is nadat daar blykbaar nie aan eersgenoemde gehoor gegee is nie.

is daar wat die inhoud daarvan betref 'n verbasende mate van verskeidenheid en voorsiening in die individuele behoeftes van die partye te bespeur.

Opvallend is die feit dat in byna alle gevalle van kontrakte deur Karnspek verly, een of albei partye by die kontrak 'n weduwee of wewenaar was. Hierdie stand van sake kan waarskynlik daaraan toegeskryf word dat jong vrouens oor die algemeen nie oor 'n eie vermoë beskik het nie omdat die werkgeleenthede vir vroue en die moontlikheid om self iets te verdien in die tyd aan die Kaap uiteraard maar skraal was, terwyl weduwees seker dikwels oor 'n eie vermoë (hoe klein ook al) beskik het wat uit die eerste huwelik verkry is. 'n Verdere oorweging wat met die erfreg verband hou, was waarskynlik die begeerte van 'n weduwee of wewenaar met sogenaamde "voorkinderen" om hul goed ter wille van daardie kinders buite 'n gemeenskaplike boedel te hou.

Nog 'n besondere kenmerk van die "Karnspek-kontrakte" is dat die maritale mag slegs by hoë uitsondering uitgesluit word (in slegs een uit die nege kontrakte),⁴⁷ iets wat natuurlik heeltemal in ooreenstemming met die heersende sosiale opvattinge van daardie tyd was toe die man onbetwisbaar as hoof van sy vrou en huishouding erken is en die vrou oor die algemeen beskou is as onbevoeg om haar eie sake te behartig.

Skenkings- en erfopvolgingsklousules waarin 'n bepaalde erfgenaam benoem word, kom nie veel voor nie en in slegs een van die kontrakte⁴⁸ word 'n skenking gemaak, naamlik een van "tienduisend gulden" aan die bruid deur haar vader, welke skenking uit die gemeenskap van goed uitgesluit word maar met behoud van die man se maritale mag. (In die moderne tyd sal dit 'n byna onvergeeflike flater wees indien versuim sou word om in so 'n geval die maritale mag uit te sluit.) In 'n ander kontrak word slegs bepaalde goed van die vrou, naamlik 'n bedrag van "6 000 gulden" uit die gemeenskap uitgesluit asook die man se maritale mag ten opsigte daarvan, maar gemeenskap van wins en verlies word behou.⁴⁹ Die vrou is hier in 'n beter posisie as die een in die geval so pas genoem, want haar man kon nie sonder haar medewerking oor haar bates beskik nie.

Die uitsluiting van gemeenskap van goed, van wins en verlies en van die maritale mag soos in vandag se standaardkontrak kom glad nie voor nie. Die kontrak wat as die tipiese "Karnspek-kontrak" beskryf kan word, sien soos volg daar uit:⁵⁰

(a) gemeenskap van goed word uitgesluit;

(b) verder word uitgesluit wat genoem word "erfenissen en besterfissen en alle ander buytengewone conquesten die staande huwelijk zullen moogen opkomen"; elke eggenoot behou dus erfposies of geskenke tydens die huwelik verkry vir homself;

⁴⁷N2/4 no 44. In 'n ander geval N2/1 no 17 word die maritale mag slegs ten opsigte van bepaalde goed uitgesluit.

⁴⁸N2/2 no 119.

⁴⁹N2/1 no 17.

⁵⁰Kyk die volgende kontrakte: N2/1 no 135; N2/3 no 71; N2/3 no 69 en N2/4 no 66.

(c) dan word bepaal dat alle “winst en verlies staande huwelyk te vallen alleen zullen zijn en komen voor reekening en also ten baten of schaden van” die man; daar is dus geen gemeenskap van wins en verlies nie *maar*

(d) die keuse word vir die vrou voorbehou om by ontbinding van die huwelyk te kies of sy in die gemeenskap van wins en verlies wil deel of nie.

(e) Waar die maritale mag nie uitgesluit is nie word uitdruklik beding dat die vrou vir haar die reg “van dote, legaal hypotheecq en praeferentie” op die boedel van haar man voorbehou – dit wil sê ’n voorkeur bo alle skuldeisers van haar man waar die man byvoorbeeld haar goed vervreem of bestee het.

Op die voordele wat hierdie soort kontrak vir die vrou ingehou het, is daar reeds gewys.

Die patroon wat uit die huweliksvoorwaardeskontrakte in die protokol van Karnspek blyk, word na hom voortgesit. Huweliksvoorwaardeskontrakte bly egter steeds min; in die protokol van Johannes Henoch Neethling⁵¹ wat tussen 1798 en 1803 en weer van 1806 tot 1815 in Kaapstad as advokaat en notaris gepraktiseer het, kon ek slegs drie huweliksvoorwaardeskontrakte vind en in dié van Jan Bernard Hoffman (1802 tot 1812) vyf;⁵² die partye by die kontrakte is nog steeds hoofsaaklik weduwees en wewenaars en die klousule waarvolgens die vrou kan kies om in die winste en verliese (soms lui dit slegs “winste”) te deel, bly populêr. Dit is dan ook die strekking van ’n kontrak deur Hoffman opgestel⁵³ waarby een van die partye “juffrouw” Sophia Magdalena Karnspek is, die jongste suster van die voormalige notaris. Hoffman, wat tydens die eerste en ’n aantal jare na die tweede Britse besetting as notaris bly praktiseer het, het vir sover ek kon vasstel die eerste huweliksvoorwaardeskontrak in Engels opgestel oftewel in Engels vertaal want die minuutakte is gemerk “translation”. Die huwelyk waarop hierdie kontrak betrekking het, is seker ook een van die vroegste gevalle van ’n huwelyk tussen ’n Kapenaar en ’n Engelsprekende (vermoedelik van Franse afkoms). Die bruid juffrouw Egberta Bergh dogter van ’n voormalige lid van die Politieke Raad en “Receiver General” onder Britse bewind⁵⁴ was ’n vermoënde jong dame wat onder andere ’n huis geleë in die Heerengracht in Kaapstad gehad het, blykbaar deur haar vader aan haar geskenk, (so lei ek af uit ’n nota op die huweliksvoorwaardeskontrak.) Die bruid wat minderjarig is, word in die kontrak deur haar vader bygestaan en daar word toegesien dat die bruidegom, ene Grand wat ’n geskeide man met ’n kleurrike geskiedenis en volgens die *Dictionary of South African Biography*⁵⁵ van ietwat twyfelagtige reputasie was, nie enige voordeel uit haar vermoëns sou kon trek nie. Nie net word al haar goed en in besonder die huis in die Heerengracht van enige beheer van die bruidegom uitgesluit nie, maar daar word uitdruklik gestipuleer dat dit gesinsins deur hom of ten gunste van hom deur

⁵¹Argiefnommer N8/1–79. Daar is ’n totaal van 16 724 stukke in sy protokol.

⁵²Argiefnommer N20/1–49.

⁵³N20 no 162.

⁵⁴Kyk die *Dictionary of South African Biography* red JW de Kock 3 bande 1968/1977 sub nom *Bergh, Egbertus* bd 3 60–66.

⁵⁵Sub nom *Grand, George Francois* bd 2 269.

die bruid beswaar kon word nie wat waarskynlik ook 'n voorwaarde in die skenkingskontrak was; verder word ook bepaal dat slegs die vruggebruik van die huis deur die bruid tot die onderhoud van die huwelik of gesin bygedra sou word en dat alle verdere kostes en uitgawes deur die bruidegom gedra sou word (so 'n ooreenkoms sal vandag in die lig van die bepalings van artikel 3 van die Wet op Huweliksaangeleenthede nie afdwingbaar wees nie; in elk geval nie teenoor krediteure ta v skulde vir huishoudelike benodigdhede nie). Laastens om Egberta se posisie so gunstig moontlik te maak, word vir haar die reg voorbehou om by ontbinding van die huwelik te kies of sy in die winste, stante matrimonio toegeval, wil deel. Ironies genoeg sterf Grand in 1820 sonder kinders en in algehele armoede. Hierdie kontrak illustreer egter hoe die huweliksvoorwaardeskontrak aangewend is om in die individuele behoeftes van die partye te voorsien – die bruid se belange het hier duidelik die swaarste geweeg.

Na die tweede Britse besetting van die Kaap begin die huweliksvoorwaardeskontrakte, wat inhoud betref, geleidelik 'n nuwe en vaste vorm aanneem. Die klousule waarvolgens vir die vrou die reg voorbehou word om by ontbinding van die huwelik in die winste en verliese te deel, begin langamerhand te verdwyn en die kontrakte neig nou meer in die rigting van die vorm wat vandag algemeen is, naamlik die uitsluiting van gemeenskap van goed en van wins en verlies en in die meeste gevalle ook die uitsluiting van die maritale mag.⁵⁶

Die vrou is nou nie meer in die gunstige posisie van haar suster van vroeër wat buite gemeenskap van goed maar binne gemeenskap van wins en verlies getroud was of wat vir haar die reg voorbehou het om te kies of sy in die wins en verlies wil deel nie. Indien sy nou nie 'n eie inkomste tydens die huwelik het nie, behoort alles wat tydens die huwelik bymekaar gemaak word aan die man. Na 1873 is die vrou se posisie nog verder versleg deur die afskaffing van die vrou se legitieme posisie deur middel van wetgewing.⁵⁷ Die man kan haar nou ook geheel en al onterf. Dit is ook vandag nog die posisie. Om hierdie uitwerking te versag, word daar egter dikwels in die kontrak 'n skenking aan die vrou gemaak; die aard van die skenking hang telkens af van die status en algemene omstandighede van die betrokke partye en die heersende “mode” met betrekking tot skenkings in die bepaalde gemeenskap en bepaalde tydsgewrig. Uit huweliksvoorwaardeskontrakte wat dateer van die middel van die 19e eeu af en daarna, blyk dat 'n skenking van meubels waarvan 'n klavier ('n statussimbool van die tyd) in baie gevalle deel uitgemaak het, mode onder die dorpenare was.⁵⁸

Die sybokhaarboerdery moes in die tyd besonder winsgewend gewees het want haas geen plaasboer het nagelaat nie (of is miskien deur die bruid of haar ouers as't ware daartoe verplig) om minstens 200 angorabokke ge-

⁵⁶Dit is die strekking van 18 uit 20 huweliksvoorwaardeskontrakte in die protokol van die notaris JC Smuts wat van 1855 tot 1893 as notaris in Kaapstad gepraktiseer het.

⁵⁷Deur Wet 26 van 1873 en Wet 23 van 1874 aan die Kaap en later ook in die ander provinsies.

⁵⁸In die huweliksvoorwaardeskontrakte in die protokol van Daniël Frederik Berrangé (1896–1907) is hierdie soort skenking baie algemeen.

merk met die vrou se merk aan sy aanstaande eggenote te skenk – ’n besondere voordelige skenking vir die vrou, want die waarde van die bokke wat in gewone omstandighede sou aanteel, sou normaalweg toeneem en was nie aan dieselfde risiko van waardevermindering as geld of meubels onderworpe nie.⁵⁹ Die sessie van lewensversekeringspolisie kom teen 1870 ook reeds voor en daarmee saam gaan dikwels gepaard die oprigting van ’n trust en die benoeming van ’n trustee om toe te sien dat uitvoering aan die ooreenkoms gegee word en dat die premies van die gesedeerde polis betaal word.⁶⁰ Dit is nou byna deurgaans slegs die aard van die bevoordelings of skenkings wat die een huweliksvoorwaardeskontrak van die ander onderskei. Wat die skenkings self betref, is daar ook nog ’n verdere onderskeid. In sommige gevalle word ’n voorwaarde bygevoeg waarvolgens die skenking na die skenker-eggenoot sal terugval indien die begiftigde eerste te sterwe kom.⁶¹ Alhoewel hierdie “nuwe” populêre vorm heeltemal binne die raamwerk van die Romeins-Hollandse reg inpas, het dit na alle waarskynlikheid onder Engelse invloed hier inslag gevind. Engels word meer en meer gebruiklik by die opstel van notariële dokumente in die algemeen. Prokureurs van wie baie in die Engelse reg opgelei is, word nou toegelaat om as notaris te praktiseer en ’n sterk Engelse invloed word duidelik in die hele notariële styl weerspieël.⁶² Voorts was die sogenaamde “settlement” van eiendom as die vrou se “own free and unencumbered property” en die gebruikmaking van die trustfiguur gedurende die 19e eeu onder die welgesteldes in Engeland baie algemeen en was dit die wyse waarop die strengheid van die Engelse “common law” met betrekking tot die vrou se vermoënsregte versag is.⁶³ Dit is dan net natuurlik dat in die algemene klimaat van verengelsing wat daar aan die Kaap geheers het, Engelse sosiale gebruike en gewoontes soos dié ook inslag sou vind; die moontlikheid is ook nie uitgesluit dat daar ’n mate van snobisme aan huweliksvoorwaardeskontrakte gekleef het nie en dat lede van die gemeenskap aan die Kaap deur ’n huweliksvoorwaardeskontrak op die Engelse patroon te sluit, hulleself in ’n mate met die welgesteldes wou identifiseer nie.

Die vaste vorm wat huweliksvoorwaardeskontrakte geleidelik na die tweede Britse besetting begin aanneem het, is nog verder in die hand gewerk deur die verskyning van die eerste handboek vir notaris in 1844.⁶⁴ Die

⁵⁹Ook hierdie soort skenking kom in die huweliksvoorwaardeskontrakte in Berrangé se protokol baie voor.

⁶⁰Vir ’n voorbeeld van hierdie soort huweliksvoorwaardeskontrak kyk Hercules Tennant *The Notary's Manual* (7e uitg) 245. Die eerste uitgawe bevat nie so ’n voorbeeld nie.

⁶¹Die rede hiervoor is voor-die-hand-liggend en versuim om dit te doen, sou waar die skenker-eggenoot die langsliewende is en die oorlede eggenoot die goed aan iemand anders sou bemaak, groot ongerief kon veroorsaak, bv as die man al die meubels in die huis ingevolge die huweliksvoorwaardeskontrak aan sy vrou geskenk het en sy dit aan haar suster bemaak.

⁶²CH van Zyl *Notarial Practice* 99 kritiseer wat hy noem die “unnecessary verbiage” in notariële stukke. “We have seen portentous folio volumes of many skins of parchment drawn up by eminent English conveyancers in England dealing with a simple marriage gift, which seem to be more like a collection of all the synonyms on the subject, and yet which may equally well be condensed into one sentence.”

⁶³PM Bromley *Family Law* (5e uitg Londen 1976) 433.

⁶⁴Hercules Tennant *The Notary's Manual* (1844).

skrywer van die handboek, Hercules Tennant, wat vir 'n kort rukkie as notaris gepraktiseer het, het volgens die stukke in sy protokol⁶⁵ self maar een huweliksvoorwaardeskontrak opgestel. Die voorbeeld in sy *Notary's Manual* van wat hy die "common form" van 'n huweliksvoorwaardeskontrak noem, verskil egter nie veel van voorbeelde wat daarna en tot vandag nog in handboeke vir notarisse verskyn nie. Onnodige klousules soos dié wat, ten spyte daarvan dat gemeenskap van goed en van wins en verlies uitgesluit word, bepaal dat die gades nie vir mekaar se skulde aanspreeklik sal wees nie en dat elkeen die vryheid sal hê om deur middel van testament, kodisil of ander testamentêre beskikking oor sy eie goed te beskik, kom sedert die vroeë negentiende eeu nog steeds voor.⁶⁶ ('n Mens kan nie help om te wonder of die langer bewoorde kontrak wat destyds met die hand uitgeskryf is 'n groter vergoeding vir die notaris beteken het nie!) Miskien is die klousules bloot ingesluit vir die inligting van die partye by die kontrak en dien hulle in die opsig tog 'n doel. 'n Derde faktor wat hierdie standaardisasie in die hand gewerk het, is die beskikbaarwording van gedrukte vorms. In die protokol van die notaris Daniel Hendrik Berrangé wat van 1896 tot 1907 'n florerende praktyk in Kaapstad gehad het, kom 'n gedrukte vorm op dieselfde patroon as vandag se standaardvorm vir die eerste keer in 1899 voor,⁶⁷ en daarna maak hy in alle gevalle van dieselfde vorm gebruik met soms die byvoeging van 'n skenkingsklousule waarvoor ruimte in die vorm gelaat is. Alhoewel vroeë huweliksvoorwaardeskontrakte in die ander provinsies nie deur my nagegaan is nie, word algemeen aanvaar dat die uiteinde-like ontwikkeling daar dieselfde was as in die Kaapprovinsie.⁶⁸

Dit is dus duidelik dat daar deur die jare 'n verstarring in ons huweliks-goederereg vir sover dit huweliksvoorwaardeskontrakte betref, plaasgevind het. Die feit dat ons reg soepel genoeg is om byna enige vorm van huweliksvoorwaardeskontrak te akkommodeer, is heeltemal uit die oog verloor. Kritiek teen ons huweliks-goederereg is dikwels gebaseer op die verkeerde veronderstelling dat 'n huwelik op huweliksvoorwaardes noodwendig 'n huwelik volgens die standaardhuweliksvoorwaardeskontrak beteken, terwyl die eintlike probleem daarin geleë is dat daar nie 'n huweliksvoorwaardeskontrak in die praktyk ontwikkel is om tred te hou met veranderde ekonomiese en sosiale omstandighede in die Suid-Afrikaanse samelewing nie. Hierdie feit is pertinent na vore gebring in 'n onlangs gepubliseerde wetsontwerp van die Suid-Afrikaanse Regskommissie wat spruit uit 'n ondersoek na die huweliks-goederereg.

Die voorgestelde wetsontwerp het betrekking op verskeie aspekte van die huweliks-goederereg maar vir doeleindes van hierdie rede hoef slegs van artikel 2 kennis geneem te word. Die artikel maak voorsiening vir 'n huweliks-goedereregbedeling wat sal geld indien 'n egpaar buite gemeenskap van

⁶⁵Argiefnommer N 34/1.

⁶⁶Vgl Tennant se voorbeeld van wat hy noem die "common form" in *Notary's Manual* 195 met die Hortorsvorm van vandag en die voorbeelde in moderne handboeke oor die notariële praktyk.

⁶⁷Argiefnommer N 227/1-8 No 554.

⁶⁸Vgl bv Hahlo *Husband and Wife* 285.

goed trou en nie die voorgestelde bedeling uitdruklik deur middel van 'n huweliksvoorwaardeskontrak uitsluit nie.

Baie kort gestel kom die bedeling hierop neer: elkeen van die gades behou sy of haar eie goed en die administrasie of beheer daarvan. Elkeen verkry egter die reg om by ontbinding van die huwelik deur egskeding of deur die dood in die boedelaanwas van die ander gade te deel. Die gade wie se boedel by ontbinding van die huwelik geen aanwas of 'n kleiner aanwas as die boedel van die ander gade toon, het dan 'n eis vir 'n bedrag gelyk aan die helfte van die verskil in aanwas van hul onderskeie boedels. Bedrae wat by 'n gade se boedel aangewas het by wyse van "skenking, erflating, legaat of genoegdoening" en die bedrag waarmee 'n gade se boedel vermeerder of verminder het bloot as gevolg van die wisseling van die waarde van geld, word by die berekening van die aanwas buite rekening gelaat. Verder word bepaal dat die verbruikersindeks as bewys van die wisseling van die waarde van geld sal dien. Dit beteken byvoorbeeld dat 'n gade nie 'n reg sal hê om te deel in goed wat die ander geërf het nie en ook byvoorbeeld dat as 'n gade by huweliksluiting 'n huis besit het wat R15 000 werd en ten volle betaal was en die waarde van die huis by ontbinding van die huwelik R30 000 is bloot as gevolg van die wisseling van die waarde van geld, die R15 000 verskil nie as aanwas beskou word nie; hierin deel die ander gade dus ook nie. Was die huis slegs gedeeltelik betaal, sal 'n gedeelte natuurlik as aanwas beskou word en die aanwas sal dan aan die hand van die verbruikersindeks bereken word.

Ek wil dit onomwonde stel dat ons hier in effek met niks anders te doen het nie as bloot 'n "nuwe" (alhoewel uitstekende) huweliksvoorwaardeskontrak wat deur die Regskommissie geformuleer is. In beginsel bring dit egter geen wysiging van bestaande reg mee nie; as 'n notaris 'n huweliksvoorwaardeskontrak sou opstel met die strekking van artikel 2 van die wetsontwerp sou dit 'n heeltemal geldige kontrak wees. Indien die wetsontwerp wet sou word, sal dit dus slegs beteken dat die wetgewer die inisiatief uit die hande van die regspraktisyn (en in besonder van die notaris) geneem het en nou deur wetgewing wil moontlik maak wat die praktisyn kon bereik het deur meer moderne huweliksvoorwaardeskontrakte te formuleer, maar selfs dan sal die notaris nog 'n funksie hê om te verrig. Die ideale huweliksvoorwaardeskontrak bestaan eenvoudig nie en hy sal nog altyd daarna moet streef om 'n kontrak op te stel wat die beste aan die individuele behoeftes van sy kliënte voldoen.

Alhoewel dit die notaris se primêre taak is om aan die wense van sy kliënt uitdrukking te gee, leun die kliënt swaar op die persoon wat hy as deskundige beskou om hom voor te lig in welke mate aan sy wense uitdrukking gegee kan word en om die besonderhede daarvan uit te werk.

Veroorloof my nog een laaste opmerking oor die voorgestelde wetsontwerp. Een van die knelpunte in ons huweliksgoederereg is dat wanneer 'n huwelik eenmaal plaasgevind het daar geen verandering ten opsigte van die huweliksgoedereregbedeling mag plaasvind nie. Dit is teleurstellend dat die Kommissie nie enige verandering in die verband voorgestel het nie. Waar reeds vereis word dat alle huweliksvoorwaardeskontrakte geregistreer moet wees om teenoor derdes werking te hê, behoort daar in beginsel geen be-

swaar teen verandering van die huweliksgoedereregbedeling tydens die huwelik te wees indien grondige redes daarvoor bestaan nie. Al wat nodig sou wees, is 'n eenvoudige prosedure van kennisgewing van voorneme van verandering vir die inligting van krediteure en moontlik finale goedkeuring deur die hof wat in die praktyk in die meeste gevalle egter net op 'n rubberstempel sal neerkom, maar tog in gevalle waar daar deur een gade onbehoorlike druk op die ander uitgeoefen word, 'n uiters goeie doel sal kan dien. □

But the lawyer is always in a hurry; there is the water of the clepsydra driving him on. . . . He is a servant, and is continually disputing about a fellow-servant before his master, who is seated, and has the cause in his hands; the trial is never about some indifferent matter, but always concerns himself; and often the race is for his life. The consequence has been, that he has become keen and shrewd; he has learned how to flatter his master in word and indulge him in deed; but his soul is small and unrighteous . . . from the first he has practiced deception and retaliation, and has become stunted and warped. And so he has passed out of youth into manhood, having no soundness in him; and is now, as he thinks, a master in wisdom. Such is the lawyer, Theodorus. . . .

Plato

Aantekeninge

DISKRESIES EN JURISDIKSIONELE FEITE IN DIE ADMINISTRATIEFREG

OMSKRYWING VAN "JURISDIKSIONELE FEITE"

Jurisdiksionele feite word omskryf as "feite en omstandighede wat die bevoegdheid van die orgaan bepaal en waarvan die bestaan deur 'n geregshof getoets kan word" (Wiechers *Administratiefreg* (1973) 231; sien ook 252). Dit word ook soos volg omskryf: "A jurisdictional fact is a fact the existence of which the legislature contemplates as a prerequisite to the exercise of a statutory power" (Rose Innes *Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa* (1963) 100 en *SA Defence and Aid Fund v Min of Justice* 1967 1 SA 31 (K) 34H). (Rose Innes (100 e.v) onderskei tussen "jurisdictional facts of a substantive nature" en "jurisdictional facts of a procedural nature". Laasgenoemde kom neer op wat Wiechers (205 e.v) geldigheidsvereistes met betrekking tot statutêre vorm en prosedure noem.)

VRYE EN GEBONDE DISKRESIES MET BETREKKING TOT JURISDIKSIONELE FEITE

(a) Die bestaan van die betrokke jurisdiksionele feite

(i) *Vrye diskresies*

Volgens ons regspraak kan 'n owerheidsorgaan wat met 'n vrye diskresie bekleed is self besluit of die betrokke jurisdiksionele feit bestaan en is 'n hof, selfs waar bewys gebring word dat die jurisdiksionele feit nie bestaan het nie, nie by magte om die uitoefening van die diskresie op dié grond ter syde te stel nie.

In *SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 31 (K) 35 wys die hof op gevalle "where the statute itself has entrusted to the repository of the power the sole and exclusive function of determining whether in its opinion the prerequisite fact, or state of affairs, existed prior to the exercise of the power" – gevalle dus van vrye diskresies. "In that event", verklaar die hof, "the jurisdictional fact is, in truth, not whether the prescribed fact, or state of affairs, existed in an objective sense but whether, subjectively speaking, the repository of the power had decided that it did. In cases falling into this category the objective existence of the fact, or state of affairs, is not justiciable in a Court of law." (Sien ook *R v Sachs* 1953 1 SA 392 (A) 405C–D en *SA Meubelvervoer (Edms) Bpk v Plaaslike Padvervoerraad, Bloemfontein* 1967 2 SA 612 (O) 616F–G.) Kortom, die finale beslissing met betrekking tot die bestaan van feite en omstandighede ten opsigte waarvan 'n vrye diskresie uitgeoefen word, berus dus by die betrokke owerheidsorgaan en nie by die hof nie.

'n Voorbeeld van 'n vrye diskresie word gebied deur regulasie 4(1) uitgevaardig ingevolge artikel 3 van Wet 3 van 1953 (Prok 91 van 30 Maart 1960), wat bepaal:

"The Minister (of Justice) . . . may cause to be arrested and detained . . . with or without warrant or other order of arrest or detention any person whose arrest and detention is, in the opinion of the said Minister . . . desirable in the interest of the public order or safety of that person or for the termination of a state of emergency."

In *Stanton v Minister of Justice* 1960 3 SA 353 (T) verklaar die hof (355) met betrekking tot die diskresie verleen in bogenoemde bepaling:

"The condition for the exercise of the power of arrest and detention is not the factual state of danger to public order or safety – it is the *opinion* of the Minister. . . ."

Vergelyk ook *Sachs v Minister of Justice* 1934 AD 11 waar verklaar word (37):

"Then it was said that the notice was invalid because the Minister's power is limited to such persons as are actively and publicly and directly promoting feelings of hostility. This argument entirely ignores the words 'Whenever the Minister is satisfied' which leaves the selection of the individual on whom he serves notice entirely to his discretion. If he is satisfied that such individual is promoting feelings of hostility he can validly serve the notice upon him whether in fact he is promoting hostility or not."

Mens mag wel die vraag stel welke sin dit dan vir die wetgewer het om by die verlening van 'n vrye diskresie 'n verwysing na die betrokke feite en omstandighede op te neem. Indien die vraag na die bestaan van hierdie feite en omstandighede in die uitsluitlike diskresie van die betrokke owerheidsorgaan berus, sou mens kon redeneer dat die vermelding van dié feite ewe goed weggelaat kon gewees het, en daar eenvoudig bepaal kon gewees het dat die owerheidsorgaan 'n diskresie het om die betrokke administratiewe handeling te verrig. Dit blyk egter dat ons howe hierdie feite as maatstawwe oftewel riglyne beskou wat die betrokke owerheidsorgaan by die uitoefening van sy diskresie in ag behoort te neem (*Minister of the Interior v Bechler* 1948 3 SA 409 (A) 442).

Alhoewel ons howe met betrekking tot die uitoefening van 'n vrye diskresie nie sal ingaan op die vraag of die betrokke feite waarna verwys word inderdaad bestaan het nie, sal hulle wel inmeng indien die betrokke owerheidsorgaan in sy ondersoek of die feite bestaan, mala fide opgetree het of versuim het om behoorlike aandag aan die saak te bestee (*SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 31 (K) 35C–D, G–H. Sien ook *African Commercial and Distributive Workers' Union v Schoeman* 1951 4 SA 266 (T) 271G–H 272H–273A).

Volgens Wiechers (145 198 en 232 en vgl ook 1967 *THRHR* 60 en *Kudo v Cape Law Society* 1977 4 SA 659 (A) 666H) behoort die bestaan van feite en omstandighede altyd – dit wil sê met betrekking tot gebonde sowel as vrye diskresies – nagegaan te kan word; die implikasie is dan dat indien sodanige feite en omstandighede nie bestaan nie, die diskresie-uitoefening – ook in die geval van die vrye diskresie – ongeldig is.

Streng gesproke skyn dit sinloos te wees om met betrekking tot vrye diskresies van jurisdiksionele feite te praat indien aan laasgenoemde begrip die inhoud verleen word soos hierby by die omskrywing van jurisdiksionele

feite uiteengesit. Dit sou dan daarop neerkom dat die feit wat die omvang van die orgaan se bevoegdheid bepaal, die owerheidsorgaan se eie mening is of die betrokke feit bestaan. Die owerheidsorgaan sou met ander woorde die omvang van sy eie bevoegdheid kon bepaal, en dus as't ware as 'n soort wetgewer en hof ten opsigte van sy eie bevoegdhede kon funksioneer.

(ii) *Gebonde diskresies*

Waar die uitoefening van 'n diskresie deur die wetgewer gebind word aan die bestaan van sekere feite, bekend as jurisdiksionele feite, word algemeen deur ons regspraak aanvaar dat waar hierdie feite nie inderdaad bestaan nie, die uitoefening van die diskresie ongeldig is. (*Shidiack v Union Government* 1912 AD 642 652; *Kellermann v Minister of the Interior* 1945 TPD 179 182 ev; *Minister of the Interior v Bechler* 1948 3 SA 109 (4) (tov die vraag of die beskuldigdes "enemy aliens" was); *Tefu v Minister of Justice* 1953 2 SA 61 (T) 68; *Minister of the Interior v Mariam* 1961 4 SA 740 (A) 751 en *Botha v Stadsklerk van Middelburg* 1975 4 SA 241 (T) 250.)

Artikel 37(1)(b) van Wet 77 van 1957 is 'n voorbeeld van 'n gebonde diskresie. Ingevolge hierdie bepaling is aan die minister van binnelandse sake 'n diskresie verleen om oor onroerende goed te beskik indien hierdie goed

"by die inwerkingtreding van hierdie Wet verkry is of by bedoelde inwerkingtreding besit word in stryd met 'n bepaling van die Wet op Groepsgebiede, 1950 (Wet no 41 van 1950), of 'n wetsbepaling wat deur daardie Wet herroep is, of ingevolge 'n ooreenkoms wat volgens so 'n bepaling van nul en gener waarde is of geregistreer is ten gunste van 'n persoon wat dit volgens so 'n bepaling nie mag besit nie, of indien met betrekking daartoe gehandel of dit gebruik word in stryd met 'n voorwaarde van 'n permit of 'n bepaling van 'n sertifikaat kragtens so 'n wetsbepaling uitgereik, uit hoofde waarvan dit verkry of besit is."

Vergelyk *Minister of the Interior v Mariam* 1961 4 SA 740 (A). Die hof verklaar (751):

"In deciding to take action under sec 37(1)(b) in respect of any immovable property, the Minister's view that such property is in fact property in regard to which action may be taken under sec 37(1)(b), is therefore clearly subject to correction by a Court of law. It is not the Minister's decision that immovable property is such property as is contemplated by sec 37(1)(b), and in respect of which action may be taken under that section, which prejudicially affects the rights or involves legal consequences to the owner thereof, but the operation of the provisions of the section upon the facts of the case."

(iii) *Vasstelling van vrye en gebonde diskresies met betrekking tot jurisdiksionele feite*

Die vraag wanneer mens met betrekking tot jurisdiksionele feite met 'n vrye dan wel gebonde diskresie te doen het, sal beantwoord moet word na aanleiding van die uitleg van die wetgewing waarin die betrokke diskresie verleen word. (Sien *Botha v Stadsklerk van Middelburg* 1975 4 SA 241 (T) 249H-250D.) Wanneer daar bepaal word dat die feit of omstandigheid "na die mening van die owerheidsorgaan" moet bestaan of "waar dit aan die owerheidsorgaan blyk", "waar die owerheidsorgaan tevrede is dat" of "waar die owerheidsorgaan rede het om te vermoed dat" die feit of omstandigheid bestaan, word afgelei dat ons met 'n vrye diskresie te doen het. (*Tefu v Minister of Justice* 1953 2 SA 61 (T) 67F-68A. Vir verdere voorbeelde

van vrye diskresies (soms gekontrasteer met gebonde diskresies in dieselfde wetgewing), sien *Shidiack v Union Government* 1912 AD 642; *African Commercial and Distributive Worker's Union v Schoeman* 1951 4 SA 266 (T); *R v Sachs* 1953 1 SA 392 (A); *SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 31 (K) en *Botha v Stadsclerk van Middelburg* 1975 4 SA 241 (T).) Soms hoef die owerheidsorgaan die bestaan al dan nie van die betrokke feit of omstandigheid slegs “in aanmerking te neem” by die uitoefening van sy vrye diskresie (vgl *Harnaker v Minister of the Interior* 1966 4 SA 303 (A)).

Uit die feit dat bogenoemde uitdrukkings soos “indien dit na die mening van die owerheidsorgaan blyk dat die feit bestaan”, ontbreek, kan egter nie noodwendig afgelei word dat ons nie met 'n vrye diskresie te doen het nie. Soms is 'n feit of omstandigheid wat deur die wetgewer met betrekking tot die uitoefening van 'n diskresie vermeld word, uiteraard nie vir objektiewe bewys vatbaar nie. 'n Goeie voorbeeld hiervan vind ons in *Kambasha Bros and Enterprises (Pvt) Ltd v Thompson* 1971 1 SA 155 (R) waar artikel 138(1) van die Roads and Road Traffic Act, Ch 289, (R) ter sprake gekom het. Die artikel bepaal:

“In case of extreme urgency or other exceptional circumstances the chairman of the Board may, after consultation with the secretary to the Board, authorise, subject to such conditions as he may impose, a temporary variation of any term or condition imposed in relation to a road service permit.”

Namens die applikant is toe aangevoer dat indien geen “extreme urgency” of “other exceptional circumstances” inderdaad bestaan het nie, enige diskresie-uitoefening ingevolge hierdie voorskrif ongeldig sou wees. Daar is onder andere beweer dat indien die wetgewer 'n vrye diskresie wou verleen dit woorde soos “where in the opinion of the chairman . . .” “sou ingevoeg het. Ten opsigte van hierdie betoog verklaar die hof soos volg (156):

“No doubt the inclusion of such words would have made the Legislature's intention clear, but the absence of such an express indication is not, by itself, conclusive. One has also to look at the nature of the fact the existence of which has to be determined. If it is specific, is susceptible of objective proof or disproof, does not depend upon the exercise of official discretion, is simple, and is not a matter of opinion or degree, then it will generally be a jurisdictional fact as to the existence of which the Court may make its own finding. If, however, it is indefinite, depends upon official discretion, is a matter of opinion or degree, is not susceptible of objective proof or disproof, and is complex, then it will generally be a matter for the decision of the official or body concerned, and not for the Court.”

(Vgl ook *Ab Sing v Minister of Interior* 1919 TPD 338 342; *Minister of the Interior v Bechler* 1948 3 SA 409 (A) 442; Rose Innes 113–114 en Wiechers 298.)

Omgekeerd sou dit egter onaanvaarbaar wees indien die wetgewer die mening van die betrokke owerheidsorgaan (by die verlening van 'n vrye diskresie) deurslaggewend sou maak met betrekking tot objektief of absoluut bewysbare feite. Dit sou byvoorbeeld onaanvaarbaar wees indien bepaal sou word dat die minister van binnelandse sake iemand tot verbode immigrant kan verklaar indien laasgenoemde na die minister se mening skuldig bevind is aan 'n misdad. Die bestaan van objektief vasstelbare feite en omstandighede kan immers op geen gronde deur 'n owerheidsorgaan ontken word nie; waar sodanige feite dus die grondslag van diskresie-uitoefening

vorm, behoort hul bestaan vas te staan alvorens die diskresie-uitoefening geldig sou kon wees. Dit is waarskynlik weens hierdie oorweging dat Wiechers (146 198 en 232) so sterk op die standpunt staan dat die bestaan van feite en omstandighede ook in die geval van die vrye diskresie nagegaan kan word. Geen voorbeeld kon egter in ons regspraak gevind word waar 'n vrye diskresie met betrekking tot objektief bewysbare feite (wat in die betrokke wetgewing vermeld word) ter sprake gekom het nie.

(b) Die beoordeling van die betrokke feite en omstandighede deur 'n owerheidsorgaan wat met 'n vrye diskresie bekleë is

Soos hierbo aangetoon is, moet die jurisdiksionele feite inderdaad bestaan in die geval van 'n owerheidsorgaan wat met 'n gebonde diskresie bekleë is, en sou hulle ontbreek, kan die diskresie-uitoefening deur 'n hof tersyde gestel word. Die owerheidsorgaan het dus geen diskresie om die bestaan van die jurisdiksionele feite te beoordeel nie. Met betrekking tot vrye diskresies gaan die hof egter, soos reeds aangedui, nie in op die werklike bestaan van die vermelde feite en omstandighede nie, en word 'n geleentheid vir die beoordeling van die bestaan van hierdie feite en omstandighede wel aan die betrokke owerheidsorgaan verleen. Ons hof het egter wel 'n hersieningsbevoegdheid ten opsigte van die diskresie-uitoefening met betrekking tot hierdie feite en omstandighede. Daar is naamlik hierbo opgemerk dat ons hof die feite en omstandighede wat ten aansien van die verlening van vrye diskresies vermeld word as maatstawwe of riglyne beskou wat die betrokke owerheidsorgaan by die uitoefening van sy diskresie in ag behoort te neem. Dit beteken dat die owerheidsorgaan aandag moet bestee aan die bestaan van die betrokke feit of omstandigheid. By versuim deur die owerheidsorgaan om hieraan aandag te bestee, sou 'n hof wel sodanige diskresie-uitoefening tersyde kon stel (*SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 31 (K) 35C-D G-H en 37A-G). Bewys van gebrekkige aandagbesteding kan weliswaar nie gelewer word deur regstreekse bewys dat die in-wetgewing-vermelde feit of omstandigheid nie bestaan nie. Dit kan egter wel gelewer word met verwysing na die inligting waarop die owerheidsorgaan se beslissing berus. Hierdie inligting bestaan onder andere ook uit sekere feite en omstandighede. Soos Wiechers (197) dit stel: "Selfs in gevalle waar dit aan die orgaan self oorgelaat word om die feitelike omstandighede vas te stel, moet daar objektiewe feite wees wat sy vasstelling regverdig." (Vgl ook Wiechers 1967 *THRHR* 60.) Hierdie feite moet egter onderskei word van die feite en omstandighede wat vermeld word in die wetgewing waarin die betrokke vrye diskresie verleen word, aangesien eersgenoemde feite nie jurisdiksionele feite daarstel nie: hulle is nie feite wat deur die wetgewer daargestel is ten einde die omvang van die owerheidsorgaan se bevoegdhede te bepaal nie, maar is feite waarop gesteun word ten einde die bestaan van die in-wetgewing-vermelde feite te bewys. Hulle behoort egter – anders as laasgenoemde feite – vir objektiewe bewys vatbaar te wees. Sou dan bewys word dat hulle ontbreek of ontoereikend is, kan dit 'n aanduiding wees daarvan dat die betrokke owerheidsorgaan nie sy aandag bestee het aan die bestaan van die feite en omstandighede wat in die wetgewing vermeld is nie, en, volgens Wiechers (255 en 1967 *THRHR* 60-61) dat die orgaan onredelik opgetree het. 'n Gesondheidsamptenaar is byvoorbeeld bekleë met 'n vrye diskresie om verpligte inentings, ontruiming en ontsmetting van

wonings te beveel wanneer 'n gesondheidsgevaar epidemiese afmetings aanneem. Dié amptenaar mag self besluit wanneer 'n gesondheidsgevaar werklik epidemiese afmetings aanneem, maar sy besluit moet op genoegsame objektiewe feitelike gegewens berus. Hy sou byvoorbeeld nie bogenoemde stappe mag neem indien daar geen of slegs enkele siektes en sterfgevälle voorgekom het nie (voorbeeld ontleen aan Wiechers 197. Sien ook *Brits Town Council v Pienaar* 1949 1 SA 1004 (T) 1023). Die las sal waarskynlik op die aansoeker rus om die feite waarop die owerheidsorgaan gesteun het, voor die hof te bring. Dit sal dikwels geen geringe taak wees nie (sien by *SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 31 (K) 38D). Waar hierdie feite bowendien ontoelaatbare getuienis sou daarstel of waar die owerheidsorgaan nie verplig kan word om die feite te openbaar nie (bv weens oorwegings van staatsveiligheid), sal dit in elk geval prakties onmoontlik wees om sodanige bewys van gebrekkige aandagbesteding te bring.

Die belangrikste gevolg van die onderskeid tussen vrye en gebonde diskresies is dus dat by vrye diskresies die finale beslissing of die in-wetgewing-vermelde feite en omstandighede bestaan by die betrokke owerheidsorgaan berus, terwyl by gebonde diskresies hierdie beslissing by die hof berus. By die gebonde diskresie het die owerheidsorgaan dus geen diskresie met betrekking tot die vraag na die bestaan van die jurisdiksionele feite nie. Daar is egter nog sprake van 'n diskresie – in teenstelling met die posisie by ministeriële handeling – omdat die owerheidsorgaan, hoewel nie ten opsigte van die jurisdiksionele feite nie, wel in ander opsigte 'n keusevryheid het. So het artikel 7(1)(b) van Wet 18 van 1926 byvoorbeeld bepaal:

“'n Sertifikaat van naturalisasie kragtens hierdie Wet verleen, mag deur die Minister (van Binnelandse Sake) by bevelskrif ingetrek word as die persoon aan wie dit verleen is binne vyf jaar na die datum van die verlening van die sertifikaat deur 'n hof in die gebied van Sy Majesteit of in die Mandaatgebied van Suidwes-Afrika veroordeel is tot gevangenisstraf van nie minder dan twaalf maande of tot 'n boete van nie minder dan honderd pond.”

Hoewel die hof in *Kellermann v Minister of the Interior* 1945 TPD 179 aanvaar het dat die bestaan van die feite wat in dié bepaling vermeld word objektief bewys moet word, skyn dit egter duidelik te wees dat die minister met 'n diskresie bekleed is ten opsigte van die vraag of hy die betrokke sertifikaat van naturalisasie wil intrek al dan nie: hy is nie verplig om dit te doen nie. (Daar mag weliswaar gevälle wees waar onder “mag” die woord “moet” verstaan moet word (sien *Northwest Townships (Pty) Ltd v The Administrator, Transvaal* 1975 4 SA 1 (T) 12), maar hierdie skyn nie 'n geval te wees waar so 'n bedoeling aan die wetgewer toegedig behoort te word nie.) In hierdie verband mag opgemerk word dat weens die gebruik van die gebiedende bewoording “shall” in die betrokke wetgewing, daar selfs geredeneer kan word dat sommige van die beslissings wat hierbo ter illustrasie van gebonde diskresies aangehaal is, eintlik betrekking gehad het op ministeriële handeling eerder as op gebonde diskresies (*Shidiack v Union Government* 1912 AD 642 (a 3(b) (d) en (e) van Wet 30 van 1906 (K)); *Tefu v Minister of Justice* 1953 2 SA 61 (T) (a 4(10) van Wet 44 van 1950) en *Botha v Stadsklerk van Middelburg* 1975 4 SA 241 (T) (a 40(b) van Ord 16 van 1970 (T)).

By vrye diskresies is die hof se hersieningsbevoegdheid uitgesluit met betrekking tot die bestaan van die feite en omstandighede wat vermeld word

in die wetgewing waarin die vrye diskresie verleen word. Dit is dan ook verstaanbaar dat Wiechers (296 ev) geregtelike kontrole van diskresie-uitoefening by die omvang van die howe se kontrole van administratiewe handeling bespreek.

Die howe het egter wel 'n hersieningsbevoegdheid met betrekking tot die vraag of die betrokke owerheidsorgaan sy aandag aan die bestaan van hierdie feite en omstandighede bestee het. Waar daar bevind word dat die orgaan in sy beslissing dat die betrokke feit bestaan of nie bestaan nie, versuim het om voldoende aandag aan die aangeleentheid te bestee, of waar daar mala fide opgetree is, kan 'n hof die uitoefening van die diskresie tersyde stel. Hiervolgens wil dit voorkom of gebrekkige aandagbesteding en mala fides selfstandige gronde vir hersiening daarstel. Wiechers (255) meen egter dat gebrekkige aandagbesteding slegs 'n verklaring kan wees vir die nie-nakoming van een van die geldigheidsvereistes wat hy onderskei (192 ev), terwyl mala fides volgens hom ook geen afsonderlike geldigheidsvereiste is nie (264 ev). Met die uitsondering van die omstrede redelikheidsvereiste mag dit egter soms moeilik wees om agter die gebrekkige aandagbesteding die nie-nakoming van een van die ander geldigheidsvereistes te bewys.

Belangrike gevolge vloei dus voort uit die onderskeid tussen gebonde en vrye diskresies. Dit veronderstel dat hierdie onderskeid duidelik getrek kan word. Die onderskeid tussen vrye en gebonde diskresies berus uiteindelik op wetsuitleg, soos hierbo verduidelik. Die maatstawwe wat in *Kambasha Bros and Enterprises (Pvt) Ltd v Thompson* 1971 1 SA 155 (R) aan die hand gedoen word ten einde te bepaal wanneer met vrye dan wel gebonde diskresies te doen gekry word, mag in sekere gevalle nuttig aangewend word. Dit mag egter soms moeilik wees om uit te maak of 'n betrokke feit spesifiek dan wel onbepaald is, of dit eenvoudig dan wel ingewikkeld is, of dit 'n aangeleentheid is waarby opinie of graad 'n rol speel en of dit vir objektiewe bewys vatbaar is al dan nie. Neem byvoorbeeld laasgenoemde maatstaf: Byna enige feit kan (objektief) bewys word mits 'n bepaalde bewyslas gekwyt word. Ons howe moet immers gereeld beslis of 'n beskuldigde byvoorbeeld opset gehad het, terwyl daar aan die ander kant geredeneer kan word dat opset nie objektief bewysbaar is nie. Die probleem lê dikwels nie soseer by die geaardheid van die feit wat bewys moet word nie maar eerder by die bewyslas wat gekwyt moet word. Verder kan gevra word wanneer die bestaan van 'n bepaalde feit onderworpe aan opinie of graad is en wanneer nie. In *Kellermann v Minister of the Interior* 1945 TPD 179 het artikel 7(1)(e) van Wet 18 van 1926 ter sprake gekom. Dié artikel het bepaal dat 'n sertifikaat van naturalisasie deur die minister van binnelandse sake ingetrek mag word indien die persoon aan wie dit verleen is "die belange van 'n vreemde Staat . . . dien of bevorder tot nadeel van die belange van die Unie of hom . . . op so 'n wyse gedra het dat redelikerwyse aangeneem kan word dat hy bereid is om daardie belange aldus te dien of te bevorder." Ten spyte daarvan dat hierdie bepaling vatbaar is vir 'n uitleg dat die feite daarin vervat aan opinie onderworpe is, word tog beslis dat hulle objektief bewys moet word. 'n Verdere voorbeeld van feite wat skynbaar aan opinie onderworpe is, word gebied deur artikel 3(b) van Wet 30 van 1906 (K) wat verwys het na een van die gronde waarop iemand tot verbode immigrant verklaar kan word, naamlik "[a]ny person who is not in possession of visible means of support or is

likely to become a public charge.” Tog word in *Shidiack v Union Government* 1912 AD 642 bevind dat die bestaan van hierdie feite absoluut bewys moet word.

Dit is opvallend dat in die Engelse reg – wat met betrekking tot administratiefreg ’n groot invloed op ons reg uitgeoefen het – vandag ’n sterk neiging in die regspraak bestaan tot verset teen wetgewing wat bereken is om owerheidsorgane die finale beoordelaar te maak van feite wat in die betrokke wetgewing vermeld word. Ten spyte van subjektiewe bewoording soos “indien die minister oortuig is dat” sekere feite bestaan (sien hierbo), aanvaar die Engelse howe nie meer dat hul jurisdiksie met betrekking tot die vraag of aandag bestee is aan die bestaan van hierdie feite, uitgesluit is nie (sien De Smith *Judicial Review of Administrative Action* (3e uitg 1973) 39 318 e v en veral Wade *Administrative Law* (4e uitg 1977) 375 e v). Ons howe behoort insgelyks steeds te waak teen pogings deur die wetgewer om die beoordeling van feite en omstandighede wat met betrekking tot vrye diskresie in wetgewing vermeld word, uitsluitlik aan die administratiewe owerheidsorgaan oor te laat, en om sodoende die omvang van ons howe se kontrole van administratiewe handeling op ongewenste wyse in te perk.

Dit mag weens die aard van sekere feite en omstandighede soms nodig wees om aan die owerheidsorgaan ’n diskresie te verleen ten opsigte van die vraag of hierdie feite bestaan. Dit sal by uitstek die geval wees waar administratiewe doelmatigheidsoorwegings die bestaan van hierdie feite ten grondslag lê. Dit sou normaalweg in stryd met die reëls van wetsuitleg wees om bewoording soos “indien die minister van mening is” dat ’n sekere feit bestaan, uit te lê tot die effek dat die bestaan of nie-bestaan van die feit onafhanklik van die minister se mening bewys kan word. So ’n uitleg sou die woorde “indien die minister van mening is” ignoreer. Uit so ’n bepaling mag egter nooit afgelei word, soos Wiechers (300) tereg aantoon, dat ons howe geen kontrole oor sodanige diskresie-uitoefening het nie. Soos hierbo aangedui is, mag ons howe steeds nagaan of die betrokke owerheidsorgaan behoorlike aandag verleen het aan die bestaan van hierdie feite en behoort die howe die inligting te kan beoordeel waarop die diskresie-uitoefening gegrond is. ’n Besondere tekortkoming in hierdie verband is egter dat ’n aansoeker dikwels groot moeite sal ondervind om hierdie inligting voor die hof te lê.

ANDRÉ RABIE

Universiteit van Stellenbosch

LITIGATION AND THE STATE PRESIDENT

In all the South African textbooks which touch upon the amenability of the state president to the civil jurisdiction of the courts, it is stated that the leave of the court is a prerequisite for the institution of proceedings against the state president, whether in his personal or his official capacity.¹ Wiechers

¹LA Rose Innes *Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa* (1963) 238–239; M Wiechers *Administratiefreg* (1973) 333; M Wiechers in WA Joubert (ed) *The Law of South Africa* vol I par 97.

cites Rose Innes as authority for this proposition.² Rose Innes bases his statement on the rules of the various provincial divisions of the supreme court.³ At the time of writing, Rose Innes was clearly correct. For example, Natal order XI, rule 1, provided as follows:

“All civil process may be sued out by any person having any demand or matter of complaint against any other person whomsoever over whom the Court has jurisdiction, except only against the officer administering the Government,⁴ the Chief Justice, or any of the Puisne Judges of the Supreme Court of this colony, in which case such process shall not be sued out without leave of the Court, after notice of motion, first had and obtained.”⁵

Similar rules applied in the other provinces and in Rhodesia.⁶ It would appear, however, that since the promulgation of the Uniform Rules of the Supreme Court, which are silent on this point, this is no longer the case in South Africa.

An examination of the history of this rule casts some light on the reasons for its existence. Because its evolution in the Cape and Natal was typical of that in the other provinces, only the Cape and Natal law is discussed in any detail here.

The earliest precursor of this rule was rule IX of the rules of the Cape supreme court,⁷ promulgated under permissive powers contained in the Charter of Justice of 1827.⁸ The annexation of Natal to the crown, the extension of Cape suzerainty to Natal and the establishment of the Natal district court resulted in the introduction of a similar rule in Natal.⁹

The Cape rule appears to have been rooted in the English constitutional doctrine of crown immunity.¹⁰ That doctrine found expression in the maxim “the king can do no wrong” and the principle that the monarch, as the fons et origo of justice, could not be impleaded in his own courts. The protection afforded the crown took three forms: immunity from personal liability; immunity from liability in an official capacity and the right to withhold evidence from the courts. Because government was nominally administered by the crown, the two last-mentioned immunities came to be applied to government servants. Immunity from personal liability remained the pre-

²*Administratiefreg* 333 n 53(b).

³Cape rule 15(1), Transvaal and Orange Free State rules 12 and 19, Natal order XI. Rose Innes 238 n 73.

⁴The reference to “the officer administering the Government” may be read as a reference to the state president by virtue of s 16 of the South Africa Act 1909 (9 Edward VII chapter 9) and s 113 of the Republic of South Africa Constitution Act 32 of 1961.

⁵Government notice 79 of February 1907 promulgated under s 69 of the Supreme Court Act 39 of 1896 (Natal) with effect from 1 January 1907.

⁶By virtue of order 3, rule 14 which was replaced by order 3, rule 18 on 1 January 1972.

⁷Promulgated in Cape government gazette 1150, dated 25 January 1828. This rule read “All Civil Process of this Court may be sued out by any one having matter of Complaint or Demand against another unsatisfied, in his own right and at his own risk, against any Person whatsoever, without any leave for that purpose obtained; excepting only against the Governor or Lieutenant Governor, or other Officer administering the Government of this Colony for the time being, and His Majesty’s Judges of the Supreme Court. . . .”

⁸Letters patent of George IV dated 24 August 1827.

⁹Rule 10 of the Natal district court rules promulgated in Ordinance 32 of 1846.

¹⁰For a concise history of the doctrine see JF Garner *Administrative Law* (1974) 275–276.

rogative of the crown¹¹ and possibly extended to a viceroy.¹² An aggrieved individual wishing to sue a government official could only do so after a successful petition of right to the sovereign.¹³

The application of this doctrine to the Cape was not unique. It was introduced into most of the British colonies and possessions. By "one of the mysteries of legal evolution"¹⁴ it may still be found in the United States of America.

A colonial governor did not have viceregal status and therefore only enjoyed immunity from actions against him in his official capacity and then only while he acted within the limits of his commission.¹⁵ Although this limitation was removed by legislation,¹⁶ the courts have persistently held that, legislation notwithstanding, the governor (and by implication the state president) should only be sued in his official capacity where the plaintiff has no other remedy.¹⁷

The requirement of the court's consent to the institution of proceedings against the governor probably owed its origin to the role he played in the colonies. As the crown's chief executive officer, he personally handled an immense volume of confidential and secret despatches, a large proportion of which related to military intelligence. He was also involved in the implementation of the British government's foreign policy. Apart from the inroads that frivolous litigation would make into his time, it seems reasonable to suggest that considerations of public policy would militate against requiring such an officer to give evidence in open court, save where absolutely necessary. Some support for this proposition can be derived from the contemporary rule of evidence in terms of which the governor could not be required by subpoena to discover certain classes of documents, or to produce them at a trial.¹⁸

The inclusion of the supreme court judges in Natal order XI, rule 1 and its equivalents in the other provinces seems to add further support. As Innes CJ said in *Ex parte Aaron*:¹⁹

¹¹Halsbury *The Laws of England* (1909) vol 6 par 631. Cf Hailsham (ed) *Halsbury's Laws of England* (1974) vol 8 par 955 966.

¹²WR Anson *The Law and Custom of the Constitution* (1896) part II 278 n 2 478. It is interesting to note that the term *viceroy* was inaccurately applied to the governor-general of India, the use of that title never having been authorised by statute. See Halsbury vol 10 par 1032 594 n 1.

¹³*Frazer v Sievwright* (1884) 3 J 55 56; *Palmer v Hutchinson* 1881 AC 619 623.

¹⁴B Schwartz and HWR Wade *Legal Control of Government* (1972) 193.

¹⁵Halsbury vol 10 par 902 906. Cf Hailsham vol 6 par 1037 1051. See also *Musgrave v Pulido* 1879 AC 102 and *Eshugbayi Eleko v Governor of Nigeria* 1931 AC 662.

¹⁶By the Crown Liabilities Act 37 of 1888 (Cape), the Crown Suits Act 14 of 1894 (Natal) and the Crown Liabilities Ordinances 51 of 1903 (Transvaal) and 44 of 1903 (Orange Free State). These statutes were succeeded by the Crown Liabilities Act 1 of 1910 which was in turn superseded by the State Liability Act 20 of 1957.

¹⁷Rose Innes 239 and the authorities there cited.

¹⁸Halsbury vol 10 par 906. Such documents included despatches, reports and other communications between the governor and the secretary of state. Cf Hailsham vol 6 par 1051.

¹⁹1904 TS 487 489.

“The reason of that exemption was, it appears to me, this, that it is not desirable that officials in those positions should be brought into court unless it is absolutely necessary. . . .”

These sentiments were echoed by Mason J in *Ex parte Wolpert*:²⁰

“. . . it is in my opinion, contrary to public policy to allow a Judge to be examined and cross-examined with reference not to facts but to his performance of his judicial duties.”

The existence of such protection seems to go hand in hand with real executive and judicial power. It is no mere accident, it is submitted, that sovereign immunity and its concomitant, executive privilege, have proved to be such hardy weeds in the judicial garden of the United States.²¹ Once the head of state assumes a primarily ceremonial role there would seem to be little justification for exempting him from the perceptible movement towards increased state liability arising *ex delicto* or *ex contractu*.²²

The Supreme Court Act 1959²³ repealed, *inter alia*, the Natal Supreme Court Act²⁴ but provided that any rules of court made under that act were to remain in force, until repealed. As originally promulgated, the 1959 act omitted any protection of the governor-general or the judiciary similar to that conferred under the provincial rules. However the Supreme Court Amendment Act 1963²⁵ introduced the following section into the 1959 act:

“Notwithstanding anything to the contrary in any law contained, no summons or subpoena against the Chief Justice, a judge of appeal or any other judge of the Supreme Court shall in any civil action be issued out of any court except with the consent of that court.”

Because this section had the anomalous effect of allowing a magistrate to consent to an action against a supreme court judge, section 25 of the act was amended once again²⁶ and took its present form. It should be noted that no reference is made in this section to either the governor-general or the state president.

The Uniform Rules of the Supreme Court were only promulgated on 12 January 1965.²⁷ They expressly repealed all previous rules made under any

²⁰1917 WLD 98 99.

²¹B Schwartz and HWR Wade 193–201; R Berger *Executive Privilege: A Constitutional Myth* (1974) 1–4.

²²Rhodesian order 3 rule 18 appears at first sight to run counter to this thesis. The rule, which was introduced in 1972, after the promulgation of the Constitution of Rhodesia Act 54 of 1969, reads as follows:

“No summons or other civil process of the court may be sued out against the President or against any of the judges of the High Court without the leave of the court upon motion made for that purpose.”

The powers of the president under the 1969 constitution are largely ceremonial. It is submitted that continued protection of the president of Rhodesia is based upon the possibility of harassment arising out of his precarious position under the “UDI” constitution.

²³S 46(1) of the Supreme Court Act 59 of 1959 read with the second schedule thereto.

²⁴Save for s 21 and the provisions relating to admission and practice.

²⁵S 4 of the Supreme Court Amendment Act 85 of 1963.

²⁶By s 3 of the Supreme Court Amendment Act 41 of 1970, which added the following proviso: “Provided that no such summons or subpoena shall be issued out of an inferior court unless the provincial division which has jurisdiction to hear and determine an appeal in a civil action from such inferior court, has consented to the issuing thereof.”

²⁷In GN R48 of 12 January 1965, with effect from 15 January 1965.

of the legislation repealed by the Supreme Court Act 1959.²⁸

It is submitted that the effect of the repeal of Natal order XI, rule 1 and its equivalents in the other provinces, was to abolish all but a vestige of the limited protection afforded by those rules to the state president.²⁹ There would seem to be only two possible arguments against this proposition.

First, that the protection remains available by virtue of the saving provisions in section 46(2) of the Supreme Court Act 1959.³⁰ It is submitted that such an interpretation of this section would render nugatory the promulgation of most of the Uniform Rules. It is further submitted that the word "and", where it appears for the third time in the section, should be read conjunctively, thereby linking the saving provision to appointments made under the repealed legislation and security given in connection therewith. Furthermore, the rules which conferred the protection were later expressly repealed.

Secondly, it might be argued that the omission of the reference to the state president was a *casus omissus* which will be rectified by the courts. It is clear that the courts will only read words into a statute in exceptional circumstances "where there is a repugnancy or something which is opposed to good sense".³¹ It is submitted that no such considerations apply here and that the omission of any reference to the state president was a deliberate act, based upon (a) the essentially ceremonial role of the state president and (b) the fact that the courts may, in any event, allow the state president a vestigial protection arising out of section 2 of the State Liability Act 1957.³² This section provides that in any action against the state, the minister of the department concerned *may* be cited as nominal defendant or respondent. The use of the word "may" notwithstanding, where the claim falls within the ambit of the State Liability Act

"the process should not be permitted against the President for there is the convenient method of bringing the Government into court by making the Minister of the department concerned the nominal defendant."³³

Although the cases cited by Rose Innes relate to instances where consent was required by the rules of court, it seems possible that the courts will continue to apply the test enunciated in *Gluck v The Governor*,³⁴ namely that the citation of the state president as defendant or respondent should only be sanctioned by the courts where the plaintiff or applicant has no other remedy.

²⁸Save for the rules mentioned in the schedule to rule 71.

²⁹The vestige which remains is discussed below.

³⁰This section reads as follows: "Any appointment made under or declared to remain in existence by any law repealed by sub-section (1) and any security given or anything done in connection with or by virtue of any such appointment shall remain of full force and effect, and any condition or provision which immediately before the commencement of this Act applied in relation to any person by virtue of any such law, shall continue to apply as if that law had not been repealed." (Emphasis supplied.)

³¹PStJ Langan in Maxwell *Interpretation of Statutes* (1969) 228. See also LC Steyn *Die Uitleg van Wette* (1974) 65-66.

³²Act 20 of 1957.

³³Rose Innes 239.

³⁴1948 1 SA 494 (SR) 498.

Although it would have been competent for it to do so, the legislature did not embody an immunity provision in the Republic of South Africa Constitution Act 1961, save for the protection against defamatory or injurious acts afforded by section 13 of that act.³⁵ As Kahn points out, the act is silent on the question of immunity, notwithstanding the fact that there is precedent for the inclusion of immunity clauses in other constitutions.³⁶

In conclusion, the present position would seem to be as follows. The leave of the court is not a prerequisite for the institution of proceedings against the state president, in either his private or his official capacity. However, he should only be cited as defendant or respondent in his official capacity where the cause of action arises out of the performance of "his personal and independent statutory duty."³⁷ Where the action is against the state, either the government of the Republic of South Africa or the appropriate minister should be cited. A would-be litigant would, of course, be well advised to question the wisdom of a frivolous or vexatious action against the state president. Not only might a court award punitive attorney-and-client costs against him, but he also runs the risk, in an extreme case, of incurring the penalties prescribed by the Constitution Act.

JG RIEKERT
University of Natal

DIE ONBEVOEGDHEID EN NIE-VERPLIGBAARHEID VAN DIE GADE VAN DIE BESKULDIGDE AS STAATSGETUIE IN STRAFSAKE: 'N JURIDIESE STEEN DES AANSTOOTS

Die algemene bewysregtelike reëling dat die gade van die beskuldigde onbevoeg is om vir die staat getuienis teen haar man af te lê, word allerweë beskou as noodsaaklikerwys voortspruitende uit die handhawing van die heiligheid ("sanctity") van die huwelik en die vertrouensband tussen eggenotes. As grondslag vir die reël word normaalweg aangevoer dat die gade nie regtens verpligbaar behoort te wees om haar dierbare deur getuienis onder eed vir die staat te impliseer nie, aangesien sodanige gebeurtenis kan lei tot die vernietiging van die vertroue wat vir 'n "goeie" huwelik tussen die eggenotes nodig is. Tans stel die Suid-Afrikaanse reg, met enkele uitsonderinge, die voortgesette of toekomstige "goeie en gelukkige" huwelik tussen die beweerde skuldige eggenoot en sy gade hoër as die vereiste dat die skuldige eggenoot gestraf behoort te word; dat die staat dienooreenkomstig by magte behoort te wees om die skuldige eggenoot se wandaad met alle beskikbare getuienis – en die *beste* beskikbare getuienis – bo redelike twyfel te bewys.

Die vraag wat ontstaan, is na die verdedigbaarheid van die algemene

³⁵This section provides that: "any person who commits any act which is calculated to violate the dignity or injure the reputation of the State President . . . shall be guilty of an offence . . ." The penalty provided for a contravention of this section is a fine not exceeding R2 000 or imprisonment for a period not exceeding 5 years.

³⁶E Kahn *The New Constitution* (1962) 21–22.

³⁷Rose Innes 239.

reël wat lei tot die onbevoegdheid en nie-verpligbaarheid van die gade van die beskuldigde in gevalle waar die beste beskikbare getuienis vir die staat uitsluitlik of hoofsaaklik uit dié van die gade bestaan. Voorts moet besin word of daar hoegenaamd in die moderne strafreg plek is vir die uitsluiting van dusdanige getuienis op grond van die handhawing van die heiligheid van die huwelik wat ten tyde van die verrigtinge tussen die beskuldigde en die potensieële getuie vir die staat bestaan, of intussen regtens ontbind is.

I DIE BASIESE REËL

Die basiese reël hou in dat die gade in alle strafregtelike verrigtinge 'n onbevoegde en nie-verpligbare getuie vir die staat teen die beskuldigde is. Die basiese reël is tans nie onderworpe aan die vraag of die getuienis van die gade die enigste of belangrikste getuienis teen die beskuldigde is nie en die onbevoegdheid is, vir sover dit die staat betref, algeheel van aard, tensy statutêr anders bepaal. Vir die beskuldigde is die gade egter wel 'n bevoegde getuie en dit staan hom vry om die gade in sy verdediging te roep as 'n getuie. Die onbevoegdheid van die gade om as staatsgetuie op te tree, bestaan nie slegs stante matrimonio nie maar ook nadat die huwelik regtens ontbind is, op voorwaarde dat die huwelik nie nietig was nie. Die feit dat die gade wel gewillig is om vir die staat teen die beskuldigde getuienis af te lê, is normaalweg nie ter sake nie omdat sy in die geval van weiering deur die beskuldigde ex lege onbevoeg bly.

II DIE REËL IN DIE ENGELSE REG

Die posisie in die Engelse reg is van belang aangesien dit, in die afwesigheid van Suid-Afrikaanse reëlings tot die teendeel, in ons reg geld. In hierdie verband moet gelet word op die bepalinge van artikel 292 van Wet 56 van 1955, hoewel die posisie nou, soos hieronder aangedui sal word, uitdruklik deur artikel 195(1) van Wet 51 van 1977 gereël word.

Die Engelse gemene reg het bepaal dat die gade van die beskuldigde oor die algemeen onbevoeg is om vir die staat getuienis af te lê in strafregtelike verrigtinge teen haar man (*Phipson On Evidence* (11e uitg deur Buzzard ea) par 1478. Sien ook *Kenny's Outlines of Criminal Law* (18e uitg deur Turner 526). Sodanige onbevoegdheid het aan die gade gekleef selfs ná ontbinding van die huwelik (maar nie indien die huwelik nietig was nie). (Kenny 526). Op dié algemene gemeenregtelike posisie was daar slegs een uitsondering: waar die wandaad van die beskuldigde voortgespruit het uit gewelddadige optrede deur homself teenoor sy gade, was laasgenoemde 'n bevoegde staatsgetuie in daaropvolgende strafregtelike verrigtinge teen die beskuldigde (Kenny 526).

In 1898 het die Criminal Evidence Act uitdruklik bepaal dat die gade hoegenaamd nie tydens strafregtelike verrigtinge teen die beskuldigde as getuie geroep kan word nie, behalwe op aansoek van die beskuldigde self. Artikel 4 (soos later gewysig) het 'n aantal gevalle uitgesonder waarin die gade wel 'n bevoegde getuie sou wees op aansoek van of die beskuldigde of die vervolging en in laasgenoemde geval, sonder die instemming van die beskuldigde:

1 nalate deur die beskuldigde om sy vrou of familie te onderhou ter oor-

trekking van die National Assistance Act 1948, asook verlating van sy vrou ter oortreding van dieselfde wet;

- 2 misdrywe wat betrekking het op en gepleeg is teenoor kinders ter oortreding van die Children and Young Persons Act 1933, dit wil sê moord op of manslag van 'n kind of jong persoon of aandadigheid aan sodanige persone se selfmoord of poging tot selfmoord; moord op 'n pasgebore kind en ander misdrywe bevattende die element van geweldpleging teenoor 'n jong kind;
- 3 die misdryf van *child destruction* ter oortreding van die Infant Life (Preservation) Act 1929;
- 4 bigamie ingevolge die Criminal Justice Administration Act 1914; en
- 5 misdrywe ter oortreding van die National Insurance Act 1965 (sien Phipson par 1480).

Ingevolge die Theft Act 1968 is die gade as klaagster ook 'n bevoegde getuie vir die staat in geval van strafregtelike verrigtinge op 'n aanklag van diefstal teen die beskuldigde (Phipson par 1480).

Die gade is dan in die Engelse reg slegs 'n bevoegde staatsgetuie sonder die instemming van die beskuldigde in die bovermelde gevalle. Sy bly egter altyd 'n bevoegde getuie vir die verdediging. Dit is belangrik om daarop te let dat die gade, hoewel bevoeg, nie altyd verpligbaar is nie. Sy mag wel namens die staat opgeroep word om getuie te wees teen die beskuldigde te gee – en dit sonder die instemming van die beskuldigde – maar sy moet self instem om sodanige getuie af te lê, behalwe waar die betrokke misdaad geweldpleging teen haar eie persoon deur die beskuldigde behels of die teendeel spesifiek statutêr gereël word. In laasgenoemde gevalle sal sy bevoeg *en* verpligbaar wees (Phipson par 1482).

Die gade is ook nie bevoeg en verpligbaar om as staatsgetuie mededelings aan haar stante matrimonio deur die beskuldigde gemaak, te openbaar nie (Phipson par 1480).

Die Engelsregtelike posisie in verband met die gade as getuie in strafregtelike verrigtinge teen die beskuldigde was veral ten opsigte van die ou Strafproseswet, Wet 56 van 1955, van groot belang aangesien dié wet geen uitdruklike en duidelik omskrewe verbod teen die lewering van getuie vir die staat deur die gade van die beskuldigde bevat het nie. Wet 56 van 1955 het naamlik slegs bepaal in welke gevalle die gade bevoegde en verpligbare of slegs bevoegde staatsgetuie sou kon wees. Die reëling in artikel 292 van Wet 56 van 1955 het egter tot gevolg gehad dat die Engelsregtelike stand van sake in ons reg sou geld en gevolglik het die sanksie van die Engelse reg in die Suid-Afrikaanse reg werking verkry (sien *Ex Parte Minister of Justice, in Re R v Demingo* 1951 1 SA 36 (A) 40, tov die vorige artikels 263 en 320 van die 1917-wet). Die gade is daardeur “uitdruklik” uitgesluit as bevoegde staatsgetuie soos bedoel in artikel 223 van Wet 56 van 1955.

Die bepaling van artikel 195(1) van Wet 51 van 1977 bevat egter tans uitdruklik die onderhawige sanksie, sodat die Engelsregtelike uitsluiting van die gade as staatsgetuie in alle strafregtelike verrigtinge, behalwe waar spesifiek anders gereël, statutêr in die ware sin van die woord in die Suid-

Afrikaanse reg bestaan. Die Engelsregtelike posisie word dus, vir sover dit Wet 51 van 1977 betref, hoofsaaklik irrelevant.

III DIE REËL IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

In die Suid-Afrikaanse reg is die gade van die beskuldigde ook in die algemeen onbevoeg om vir die staat teen die beskuldigde getuie in strafregtelike verrigtinge af te lê. Daar kan vier gevalle onderskei word: (1) waar die gade bevoeg *en verpligbaar* is om, wanneer opgeroep, as staatsgetuie teen die beskuldigde op te tree; (2) waar die gade bevoeg, maar *nie verpligbaar* is nie om, wanneer opgeroep, as staatsgetuie teen die beskuldigde op te tree; (3) waar die gade onbevoeg is – en uiteraard nie verpligbaar nie – om as staatsgetuie teen die beskuldigde op te tree; en (4) waar die gade op aansoek van die verdediging as getuie optree. Die Suid-Afrikaanse reg stel as vereiste vir die onbevoegdheid dat die huwelik wettig moet wees. Daar bestaan ook 'n privilegie ten opsigte van mededelings wat die beskuldigde stante matrimonio en andersins aan sy gade gemaak het. Hierdie aangeleenthede verg nou nadere bespreking.

A Die vier bovermelde gevalle

1 Die gade 'n bevoegde en verpligte staatsgetuie

(In al vier die gevalle sal die bepalinge van die ou Wet 56 van 1955 weergegee word, aangesien die nuwe Wet 51 van 1977 basies gelykluidende bepalinge bevat en die bestaande gesag betrekking het op die ou wet. Indien toepaslik sal op wysigings in die nuwe wet gewys word.)

Artikel 226(1) van Wet 56 van 1955 bepaal soos volg:

“Die eggenote of eggenoot van 'n beskuldigde is sonder toestemming van die beskuldigde bevoeg en kan verplig word om getuie vir die vervolging af te lê, waar die beskuldigde vervolgd word weens 'n misdryf teen die persoon van die een of die ander van hulle of enige van die kinders van die een of die ander van hulle of weens 'n misdryf ingevolge Hoofstuk III van die Kinderwet, 1960 (Wet 33 van 1960), gepleeg ten opsigte van enige van die kinders van die een of die ander van hulle of weens 'n oortreding van die bepalinge van artikel 11(1) van die Wet op Onderhoud, 1963 (Wet 23 van 1963), of van daardie bepalinge soos deur 'n ander wetsbepaling toegepas of weens enige van die volgende misdrywe:

- (a) bigamie;
- (b) bloedsbande;
- (c) ontvoering;
- (d) oortreding van 'n bepaling van artikel twee, agt, nege, tien, elf, twaalf, dertien, sewentien of twintig van die Ontugwet, 1957 (Wet 23 van 1957);
- (e) meened gepleeg in verband met of vir die doel van geregtelike stappe wat deur een van hulle teen die ander ingestel is of ingestel staan te word of beoog word in verband met of vir die doel van 'n strafsak ten opsigte van 'n misdryf in hierdie sub-artikel bedoel; en
- (f) die wetteregtelike misdryf van 'n valse verklaring af lê in 'n beëdigde, plegtige of geattesteerde verklaring indien dit in verband met of vir die doel van in paragraaf (e) bedoelde stappe afgelê word.”

Artikel 195(1) van Wet 51 van 1977 bevat gelykluidende bepalinge behalwe – soos reeds hierbo aangedui – dat die reël van onbevoegdheid van die gade as staatsgetuie teen die beskuldigde uitdruklik daarin neergelê word en uitgebrei word om ook die gevalle hieronder in 2 behandel, in te sluit.

Bostaande gevalle is dan die enigste in die Suid-Afrikaanse reg waarin

die gade *bevoeg en verpligbaar* is om getuienis vir die staat af te lê. In alle ander strafregtelike verrigtinge, uitgesonderd dié wat hieronder in 2 behandel word, geld die verbod waarmee artikel 195(1) van Wet 51 van 1977 'n aanvang neem.

2 *Die gade 'n bevoegde, maar nie verpligbare, staatsgetuie nie*
 Artikel 226(2) van Wet 56 van 1955 bepaal soos volg:

“Die eggenote of eggenoot van 'n beskuldigde is sonder toestemming van die beskuldigde bevoeg maar nie verplig nie om getuienis vir die vervolging af te lê waar die beskuldigde vervolgd word weens 'n misdryf teen die afsonderlike eiendom van die eggenote of eggenoot van die beskuldigde of weens 'n misdryf ingevolgd artikel sestien van die Ontugwet, 1957.”

Artikel 195(1) van Wet 51 van 1977 bevat dieselfde bepalinge.

Dit wil voorkom asof die gade nie 'n bevoegde staatsgetuie sal wees waar 'n misdaad die gesamentlike eiendom van beskuldigde en die gade raak nie (sien Swift en Harcourt *Law of Criminal Procedure* (2e uitg) 399).

3 *Die gade 'n onbevoegde staatsgetuie*

In alle ander gevalle as dié in 1 en 2 genoem, is die gade 'n onbevoegde getuie vir die staat tydens strafregtelike verrigtinge ingestel teen die beskuldigde. Of die gade oor die enigste of belangrikste direkte impliserende getuienis teen die beskuldigde beskik, is irrelevant. Ook die feit dat sy gewillig is om vir die staat teen die beskuldigde getuienis af te lê, is nie ter sake nie – sy is weens die verbod in artikel 195(1) van Wet 51 van 1977 onbevoeg.

4 *Die gade 'n bevoegde verdedigingsgetuie*

Vir die verdediging en op aansoek van die verdediging is die gade in alle strafregtelike verrigtinge altyd 'n bevoegde getuie. Artikel 227(1) van Wet 56 van 1955 bepaal:

“Elke beskuldigde en die eggenote of eggenoot (na gelang van die geval) is 'n bevoegde getuie vir die verdediging op elke stadium van 'n strafsak, hetsy die beskuldigde alleen of tesame met iemand anders aangekla word: Met dien verstande dat—

(a) . . .

(b) die eggenoot of eggenote van 'n beskuldigde nie as getuie vir die verdediging opgeroep mag word nie behalwe op aansoek van die beskuldigde. . . .”

Die feit dat die gade slegs 'n bevoegde getuie is op aansoek van die verdediging, bring mee dat die hof nie sy magte ingevolgd artikel 210 van Wet 56 van 1955 mag aanwend om self die gade te roep nie.

Artikel 196(1) van Wet 51 van 1977 bevat gelykluidende bepalinge.

Die gade sal, indien sy deur die beskuldigde in sy verdediging as getuie opgeroep is, onderhewig wees aan die gewone omvattende kruisverhoor deur die staat. Alle informasie wat die gade in kruisverhoor verskaf, sal volkome toelaatbaar wees, selfs al sou dit vir die beskuldigde nadelig wees en die sanksie in artikel 195(1) van Wet 51 van 1977 sal uiteraard nie daarop van toepassing wees nie.

B Die vereiste van 'n wettige huwelik

Alvorens onbevoegdheid om as staatsgetuie teen die beskuldigde op te tree aan laasgenoemde se gade sal kleef, moet dit vasstaan dat die beskuldigde en sy gade deur 'n wettige huwelik verbind is. Artikel 226(3) van Wet 56 van 1955 (nou artikel 195(2) van Wet 51 van 1977 in ooreenstemmende vorm) bepaal dat 'n huwelik volgens die Bantoereg of -gewoonte, nie-teenstaande registrasie of ander erkenning van sodanige huwelik, nie 'n "huwelik" vir doeleindes van artikel 226 van Wet 56 van 1955 (artikel 195 van Wet 51 van 1977) is nie en dat dusdanige "eggenotes" beskou sal word as synde ongetroude persone.

C Die privilegie ten opsigte van mededelings deur die beskuldigde aan die gade gemaak stante matrimonio en andersins

Artikel 229 van Wet 56 van 1955 bepaal soos volg (artikel 198 van Wet 51 van 1977):

- (1) "'n Eggenoot is nie verplig om 'n mededeling aan hom deur sy eggenote tydens die huwelik gedoen, te openbaar nie, en 'n eggenote is nie verplig om 'n mededeling aan haar deur haar eggenoot tydens die huwelik gedoen, te openbaar nie.
- (2) Iemand wie se huwelik deur 'n bevoegde hof ontbind of nietig verklaar is, is nie verplig om oor enigiets wat tydens die bestaan van die huwelik of vermeende huwelik voorgeval het en waarvoor hy of sy nie verplig sou kon word om getuie af te lê as die huwelik bestaan het, getuie af te lê nie."

Eerstens is dit duidelik dat die betrokke artikel 'n *privilegie* in die lewe roep. Die gade moet derhalwe die privilegie opeis; verkies sy om dit nie te doen nie, is sy in hierdie verband 'n bevoegde getuie maar steeds, in *strafregtelike* verrigtinge, onderworpe aan die sanksie van artikel 195 (1) van Wet 51 van 1977. *Sivielregtelik* is die privilegie, die opeising of negering daarvan, nie onderworpe aan die sanksie in artikel 195(1) van Wet 51 van 1977 nie. Dit is natuurlik so omdat artikel 195(1) uitdruklik verwys na aflegging van getuie af vir die *vervolg*ing. Kommunikasie gedurende die huwelik tussen eggenotes is dus nie in alle strafsake ontoelaatbaar nie, die gade kan bloot weier om sodanige kommunikasie te openbaar, klaarblyklik wanneer opgeroep vir òf die staat òf die verdediging.

Tweedens blyk dit dat die privilegie nie slegs geld ten opsigte van mededelings wat stante matrimonio gemaak is nie. Mededelings gemaak tydens die bestaan van die huwelik bly geprivilegieerd, ongeag die feit of die huwelik daarna regtens ontbind is of nietig verklaar is. In hierdie verband verskil die Suid-Afrikaanse reg van die Engelse reg, omdat mededelings in laasgenoemde regstelsel slegs deur die privilegie gedek word indien die huwelik wat ontbind is vernietigbaar was en nie nietig nie.

Derdens is dit duidelik dat die privilegie die gade, dit wil sê die persoon wat die mededeling *aangehoor* het, toekom en nie die persoon wat die mededeling gemaak het nie. Die beskuldigde sal dus nie kan weier om vrac te beantwoord waarvan die strekking is om inligting te bekom rakende mededelings wat beskuldigde aan sy gade gemaak het nie (Hiemstra *SA Strafproses* (2e uitg) 332).

Vierdens brei artikel 198(2) van Wet 51 van 1977 (artikel 229(2) van

Wet 56 van 1955) die sanksie in artikel 195(1) van Wet 51 van 1977 uit tot onbevoegdheid van die gade ten aansien van aangeleenthede wat tydens die huwelik "voorgeval" het en waaroor sy na ontbinding of nietigverklaring van die genoemde huwelik opgeroep word om vir die staat te getuig. Die onbevoegdheid van die gade as staatsgetuie kleef dus nie slegs aan haar so-lank as wat die huwelik tussen haar en die beskuldigde duur nie, maar ook na ontbinding of nietigverklaring van die dusdanige huwelik ten opsigte van aangeleenthede wat *tydens die huwelik* voorgeval het. Al vereiste is derhalwe dat die aangeleentheid tydens die bestaan van die huwelik moes voorgeval het.

IV DIE ONTLOKKING DEUR DIE VERDEDIGING VAN GETUIENIS WAT DEUR DIE SANKSIE IN ARTIKELS 195(1) EN 198(2) VAN WET 51 VAN 1977 GETREF WORD

Dit het in die praktyk gebeur dat die gade van die beskuldigde, wat op meerdere aanklagte tereggestaan het, deur die staat opgeroep as bevoegde getuie ten opsigte van die eerste aanklag, in kruisverhoor deur die beskuldigde, ook getuie afgelê het op die ander aanklagte teen die beskuldigde, terwyl sy met betrekking tot daardie aanklagte 'n onbevoegde getuie teen die beskuldigde was. In *S v Batyi* (1964 4 SA 427 (OK)) is beslis dat die getuie ten opsigte van sekere aanklagte toelaatbaar was omdat die beskuldigde dit self in kruisverhoor van die gade verkry het. Die ratio van die beslissing was dat die beskuldigde die volle reg het om sy gade as getuie op te roep en dat inligting wat hy gedurende kruisverhoor van die gade verkry gevolglik toelaatbaar is. Boonop was die antwoorde van die gade vir die beskuldigde gunstig en was dit vir hom voordeliger om die getuie in kruisverhoor van haar te verkry as om dit in hoofverhoor te lei.

Hiemstra (1e uitg 268; 2e uitg 327) dui egter aan dat die beskuldigde ook die risiko moet loop om ongunstige antwoorde van die gade te ontvang en dat sodanige antwoorde toelaatbaar sal wees omdat dit deur die beskuldigde self in kruisverhoor ontlok is. So 'n geval het hom voorgedoen in *S v Khanyapa* 1978 2 SA 83 (W). In dié saak was die feite soos volg: Die beskuldigde het tereggestaan op twee aanklagte, naamlik moord en aanranding met die opset om te vermoor. Sy gade en haar pa was gedurende die aand alleen in 'n huis toe die beskuldigde aan die deure en vensters geklop het met die versoek om ingelaat te word. Die deur is oopgemaak en die beskuldigde het die huis binnegekom. Op 'n stadium het hy 'n skroewedraaier gegryp en sy gade drie steekwonde toegedien. Daarna is hy na die kombuis waar hy ten aanskoue van sy gade haar vader veertien steekwonde met dieselfde skroewedraaier toegedien en hom gedood het. Die beskuldigde se gade het hierop uit die huis gevlug en na die naaste polisiestasie gegaan om hulp te kry. Ongeveer tien minute nadat sy by die stasie aangekom het, het die beskuldigde ook daar aangekom en versoek dat hy hospitaal toe geneem word aangesien hy op daardie stadium uit 'n wond aan sy voorhoof gebloei het. Die beskuldigde se gade het geweier om saam met hom in een ambulans hospitaal toe te gaan. 'n Paar dae daarna lê die beskuldigde 'n verklaring aan 'n vredesbeampte af waarin hy beweer dat hy daardie aand in die huis deur twee onbekende swartmans aangerand is en dat hy met 'n byl geslaan is - vandaar die wond aan sy hoof. Hy ontken dat hy sy vrou aangerand het

en beweer dat hy nie weet wat van sy skoonvader geword het en hoe hy gedood is nie.

Die staat het die gade van die beskuldigde geroep en sy het die bevoegde getuienis op die aanklag van aanranding met die opset om te vermoor op haarself afgelê. Die staat was nie by magte om haar getuienis ten opsigte van die moord op haar vader deur die beskuldigde aan te bied nie. In kruisverhoor is sy egter gevra waarom sy van 'n sydeur – en nie van die kombuisdeur nie – gebruik gemaak het tydens haar ontvlugting. Sy het daarop geantwoord dat die beskuldigde met haar vader in die kombuis baklei het. Regter FS Steyn het beslis dat dié antwoord 'n behoorlike antwoord op die vraag was en dat dit toelaatbaar was, weens die feit dat dit in kruisverhoor deur die beskuldigde self ontlok is. Aangesien die beskuldigde sy saak op die meriete van die saak gesluit het sonder om getuienis aan te voer en met verwyding na die beslissings *R v Mlambo* (1957 4 SA 727 (A) 737) en *S v Rama* (1966 2 SA 295 (A) 400H) word die beskuldigde skuldig bevind aan moord met versagende omstandighede. Regter Steyn beslis dat die houding van Hiemstra, soos hierbo aangehaal, gevolg behoort te word. Die houding van die hof dat die antwoord van die gade, hetsy gunstig hetsy ongunstig vir die beskuldigde, toelaatbaar is indien dit deur die beskuldigde in kruisverhoor ontlok is en mits dit 'n behoorlike (*proper*) antwoord op die vraag is, is, met respek, volkome korrek en ook in ooreenstemming met die beslissing in *R v Bosch* (1949 1 SA 548 (A)). Die agbare regter was egter ook verplig om sy assessore opdrag te gee om die gade se hoofgetuienis geheel en al te ignoreer wanneer die moordaanklag teen die beskuldigde in oorweging geneem word.

Dit is derhalwe duidelik dat die beskuldigde in kruisverhoor getuienis van die gade kan ontlok wat daardeur toelaatbaar word en nie deur die sanksie in artikel 195 van Wet 51 van 1977 of artikel 198 van dieselfde wet getref word nie.

V DIE PRAKTIESE EFFEK VAN DIE REËL IN GEVALLE WAARIN DIE GADE OOR DIE ENIGSTE OF BELANGRIJKSTE GETUIENIS TEEN DIE BESKULDIGDE BESKIK

Indien die beskuldigde se regsverteenvoerder in *Khanyapa* nie daardie enkele vraag in kruisverhoor gestel het en daardie enkele antwoord ontlok het nie, was die uitslag duidelik: die beskuldigde sou weens 'n gebrek aan *toelaatbare* getuienis onskuldig bevind moes gewees het op die aanklag van moord. Slegs onversigtige kruisverhoor het uitgeloop op die skuldigbevinding van die beskuldigde en in die afwesigheid daarvan sou die moord straffeloos gebly het, nie weens die onwilligheid van die gade om teen die beskuldigde getuienis af te lê ten opsigte van die moord op haar vader nie, maar weens die statutêre sanksie wat haar getuienis vir die staat onbevoeg maak. 'n Ander moontlikheid: gestel die beskuldigde het nie sy gade die drie steekwonde toegedien voordat hy sy skoonvader gedood het nie. In so 'n geval sou die gade hoegenaamd nie deur die staat geroep kon gewees het nie en sou die vir die beskuldigde noodlottige vraag nooit gevra en die antwoord nooit gegee gewees het nie. Trouens, die staat sou nie eens 'n vervolging teen die beskuldigde kon instel nie omdat die enigste prima

facie-getuienis slegs deur die gade viva voce afgelê kon word en sy 'n onbevoegde getuie vir die staat op die moordaanklag teen beskuldigde was.

VI SLOTSOM

Die reël dat die gade van die beskuldigde normaalweg onbevoeg is en ook nie verplig kan word om vir die staat teen haar eggenoot getuienis te lewer nie is, veral indien sy oor die enigste of belangrikste getuienis teen die beskuldigde beskik, onverdedigbaar. Die moderne strafregstelsel behoort nie die band van trou tussen eggenotes hoër te skat as die pleging van reg en geregtigheid nie. Wanneer die beskuldigde daardie band en die "heiligheid" van sy huwelik in gevaar stel deur wederregtelike optrede ten aanskoue van sy gade, moet die daaropvolgende skending daarvan as deel van die straf vir sodanige optrede geld. Waar die gade ook bereid en gewillig is om getuienis vir die staat teen die beskuldigde af te lê, behoort die beskuldigde nie toegelaat te word om agter die kunsmatige statutêre skild van artikel 195(1) van Wet 51 van 1977 skuiling te soek en sodoende by regmatige straf vry te spring nie.

Die betrokke artikel moet gewysig word sodat die gade van die beskuldigde in alle strafregtelike verrigtinge 'n bevoegde getuie vir die staat teen die beskuldigde kan wees. Geen verteenwoordiger van die staat sal die gade van 'n beskuldigde vir die staat roep om getuienis teen haar eggenoot af te lê waar die staat, benewens die getuienis van die gade, oor voldoende getuienis teen die beskuldigde beskik om toe te sien dat reg en geregtigheid geskied nie. Maar daar waar die gade oor die enigste of belangrikste getuienis vir die staat teen die beskuldigde beskik en die gade gewillig is om sodanige getuienis vir die staat af te lê, behoort die wetgewer nie 'n steen in die weg van die staat te lê nie – en as die rede daarvoor tot 'n groot hoogte kunsmatig is en die praktiese gevolge daarvan die negering van reg en geregtigheid meebring, soos in dié geval, dan het sodanige steen 'n steen des aanstoots geword.

E DU TOIT

Kantoor van die Adjunk-prokureur-generaal, Johannesburg

*Just as the real and the true are one, so too the true and the just are ultimately one.
Veritas facit legem . . . True freedom consists in being bound by justice.*

Rommen: The Natural Law (Hanley's translation) 267

Vonnisse

BLACKWELL v PORT ELIZABETH MUNICIPALITY 1978 2 SA 168 (OK)

Onregmatige daad – aanspreeklikheid op grond van 'n late

Deliktuele aanspreeklikheid op grond van 'n late het gedurende die afgelope aantal jare by meer as een geleentheid in die howe ter sprake gekom (sien by *Minister of Forestry v Quathlamba* 1973 3 SA 69 (A) en *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A)). Die onderhawige saak is die mees resente in die lang reeks sogenaamde munisipaliteitsake waarin die grondslag van aanspreeklikheid op grond van 'n late vroeër op 'n besonder onbevredigende wyse hanteer is (sien die kritiek van o.a. Price 1950 *THRHR* 1; Van den Heever *Aquilian Damages in South African Law* 37 ev en Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1976) 31 ev). Waarnemende regter Solomon se benadering in die onderhawige saak kan egter in beginsel onderskryf word.

Volgens die feite van die saak het die eiseres op 'n sypaadjie in Port Elizabeth gestap, oor die deksel van 'n stormwaterafvoergat gestruikel, geval, en beserings opgedoen. Op grond hiervan eis sy skadevergoeding en genoegdoening van die Port Elizabethse stadsraad.

Die eiseres beweer dat die verweerder aanspreeklik is omdat hy nalatig was met die bou van die sypaadjie, of, as alternatief, dat hy nalatig versuim het om die sypaadjie behoorlik in stand te hou. Dit blyk dat die deksel, 'n swaar betonblad wat normaalweg gelyk met die oppervlak van die sypaadjie oor die afvoergat pas, twee duim bokant die sypaadjie se oppervlak uitgesteek het.

Die verweerder ontken dat hy met die bou van die sypaadjie nalatig was. Hy beweer voorts dat hy bloot veroor-

lowende magte met betrekking tot die instandhouding van sypaadjies uitgeoefen het en dat daar geen regsplig op hom gerus het om die betrokke sypaadjie in stand te hou nie.

Op grond van 'n gebrek aan getuienis verwerp die hof die eiseres se bewering dat die verweerder nalatig was met die bou van die sypaadjie (170A).

Met betrekking tot die eiseres se bewering dat die verweerder nalatig versuim het om die sypaadjie behoorlik in stand te hou, verwys regter Solomon met klaarblyklike instemming na appèlregter Schreiner se uitspraak in *Moulang v Port Elizabeth Municipality* 1958 2 SA 518 (A). In die *Moulang*-saak beslis regter Schreiner dat munisipaliteite wat veroorlowende magte het met betrekking tot die bou en instandhouding van paaie, en wat nie kragtens wetgewing verplig word om die paaie in stand te hou nie, nie aanspreeklik is vir skade wat veroorsaak word bloot vanweë hul versuim om die paaie te bou of te herstel nie. 'n Munisipaliteit is, volgens regter Schreiner, slegs aanspreeklik indien dit 'n nuwe gevaar of bron van gevaar geskep het.

Regter Solomon bevind dat die verweerder in casu 'n bron van potensieël gevaar vir voetgangers geskep het deur die bou van stormwaterafvoerpype en die konstruksie van hul betonbladdeksels (170C-D). Die hof ondersoek die vraag na onregmatigheid nie verder nie maar gaan dadelik voort met 'n ondersoek na die verweerder se moontlike nalatigheid. Hieruit kan 'n mens aflei dat die hof aanvaar dat die verweerder *onregmatig* opgetree het.

Daar moet egter beklemtoon word dat, anders as wat regter Schreiner in die *Moulang*-saak te kenne gee, die skep van 'n nuwe bron van gevaar by wyse van voorafgaande positiewe optrede nie 'n onontbeerlike vereiste vir die vestiging van onregmatigheid is nie. As algemene reël geld dat 'n dader nie deliktueel onregmatig handel nie waar hy *versuim* of *nalaat* om te verhoed dat 'n ander skade ly (*Ewels*-saak 596H). Waar skade by wyse van 'n late veroorsaak word, bestaan onregmatigheid slegs indien daar in die besondere omstandighede 'n *regspilg* op die dader gerus het om positief op te tree ten einde die intrede van skade te verhoed (*Ewels*-saak) en hy op 'n onredelike wyse versuim het om dié *regspilg* na te kom. Die algemene toets vir die bestaan van so 'n *regspilg* word duidelik deur hoofregter Rumpff in die *Ewels*-saak gestel:

“... 'n late (word) as onregmatige gedrag beskou... wanneer die omstandighede van die geval van so 'n aard is dat die late nie alleen morele verontwaardiging ontlok nie maar ook dat die regsoortuiging van die gemeenskap verlang dat die late as onregmatig beskou behoort te word en dat die gelede skade vergoed behoort te word deur die persoon wat nagelaat het om daadwerklik op te tree” (597A-B).

Die skep van 'n nuwe bron van gevaar by wyse van 'n voorafgaande positiewe gedraging kan 'n *aanduiding* wees van die bestaan van 'n *regspilg* om te verhoed dat 'n ander skade ly (*Ewels*-saak 597A). Dit is egter nie 'n noodsaaklike voorwaarde vir die bestaan van so 'n *regspilg* nie (*idem*). Dieselfde geld vir die gevalle waar die dader beheer oor 'n gevaarlike voorwerp (bv vuur) op hom neem en versuim om behoorlike beheer daarvoor uit te oefen (vgl die *Quathlamba*-saak) en waar daar ingevolge die reg (hetsy die gemene, hetsy statutêre reg) 'n verpligting op die dader rus om daadwerklik op te tree. Die eienaar van laerliggende grond is byvoorbeeld verplig om sy buurman se grond te stut. (Sien vir verdere voorbeelde Van der Merwe en Olivier 31-52 en Van Rensburg 1976 *THRHR* 175-

178.)

Vervolgens ondersoek regter Solomon die vraag of die verweerder *nalatig* opgetree het. Hy omskryf *nalatigheid* tereg as “the failure to take proper care, and proper care is the care which, according to our law, would be taken by a prudent and reasonable man. The question whether in any given situation a reasonable man would have foreseen the likelihood of harm and governed his conduct accordingly, is to be decided upon the consideration of all circumstances” (171F). Die regter is van mening dat die verweerder ongetwyfeld aanspreeklik sou gewees het indien 'n werknemer van die verweerder die deksel geskuif en in die posisie gelaat het waarin dit was toe die eiseres daarvoor gestruikel het. Dié feit is egter nie bewys nie (171A-B). Die vraag ontstaan derhalwe of die verweerder moes voorsien het dat die deksel geskuif is of geskuif kon word en of die verweerder stappe moes gedoen het om daarteen te waak (170F-G).

Dit blyk dat veral die tweede been van die *nalatigheidstoets*, naamlik die vraag of die verweerder stappe moes gedoen het om teen die gevaar van benadeling te waak en, indien wel, of die stappe redelik was, hier van belang is. Dié vraag moet beantwoord word in die lig van al die omstandighede van die betrokke geval. Dit blyk uit die getuienis dat daar ongeveer 'n honderd-duisend stormwaterafvoergatdeksels in die verweerder se munisipale gebied is. Daarvan is minstens twintigduisend van die tipe waaroor die eiseres gestruikel het. Die deksels word minstens een keer per maand ondersoek waartydens hulle waar nodig vervang, herstel of in posisie teruggeplaas word. Van al die deksels word net drie of vier jaarliks op 'n ongeoorloofde wyse geskuif. In die lig van die omstandighede bevind die hof dat die verweerder nie onredelik opgetree het deur die deksels slegs een keer per maand te laat ondersoek nie (171C).

Vervolgens word die vraag ondersoek of die verweerder nie stappe moes

gedoen het ten einde die skuif van die deksels moeiliker of selfs onmoontlik te maak nie. Die hof oorweeg metodes wat namens die eiseres in dié verband aan die hand gedoen word, maar kom tot die gevolgtrekking dat die verweerder se maatreëls om die skuif van die deksels te verhoed voldoende is in die lig van die voorkomssyfer van deksels wat geskuif word, die feit dat die betrokke tipe deksels dwarsdeur die land gebruik word en die praktiese en teoretiese oorwegings om die skuif daarvan te voorkom (171D-E). Die hof neem ook die feit in ag dat 'n verweerder geregtig is om te aanvaar dat ander persone redelike sorg aan die dag sal lê om te voorkom dat hulle benadeel word. Niks het die eiseres verhoed om die gevaar te vermy nie (171H-172A).

Die hof beslis dat die verweerder voldoende stappe gedoen het om die intrede van skade aan 'n ander te voorkom. Daar kan nie van die verweerder verwag word om *alle* moontlike skade te voorkom nie. "The law does not set up impossible standards, and it does not make extravagant demands" (171H). Die verweerder was dus nie nalatig nie en die eiseres se eis word van die hand gewys.

Ten slotte kan die vraag gestel word of die verweerder se optrede in casu nie miskien *regmatig* was weens die aanwesigheid van die regverdigingsgrond *onmoontlikheid* nie. By die beantwoording van hierdie vraag moet gewaak word teen 'n verwarring van die onregmatigheidsvraag by 'n late, dit wil sê die vraag of daar 'n *regsplig* op die dader gerus het om positief op te tree, met die vraag by nalatigheid of die redelike man skade sou *voorkom* het (sien *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 1 SA 102 (A) 112; die *Ewels*-saak 597B-C; Van Rensburg 177 178; Van der Merwe en Olivier 127 130 ev). Die basiese verskil tussen onregmatigheid en nalatigheid is daarin geleë dat die vraag na onregmatigheid *diagnosties*, en die vraag na nalatigheid *prognosties* beoordeel word (Van Rensburg 177 178). Onregmatigheid word beoordeel op grond van al die relevante feite wat aan

die lig gekom het nadat die gebeure hulle reeds afgespeel het. By die bepaling van die verweerder se moontlike nalatigheid word "die horlosie egter teruggedraai sodat die redelike man geplaas kan word in presies dieselfde posisie waarin die dader verkeer het toe hy nog deur positiewe optrede die regsgoedaantasting kon voorkom het" (Van Rensburg 178).

Onmoontlikheid as regverdigingsgrond is aanwesig indien dit, diagnosties en objektief beoordeel, blyk dat dit nie vir die dader redelikerwys moontlik was om die nadeel wat hy deur sy handeling veroorsaak het, te voorkom nie. Dit gaan hier nie om fisieke onmoontlikheid wat die handelingselement uitsluit nie (sien Van Rensburg 175 176; Van der Merwe en Olivier 63 vn 97) maar om gevalle waar dit in die lig van die omstandighede van die geval onredelik sou wees om van die dader te verwag om stappe te doen ten einde die nadeel wat ingetree het, te voorkom. Die *Regal*-saak illustreer hierdie beginsel goed: leiklip word deur 'n rivier vanaf A se plaas na dié van B gevoer waar dit skade aanrig. Dit blyk dat A 'n damwal teen baie hoë koste sou moes bou ten einde te verhoed dat die leiklip B se grond bereik. Aan die ander kant was die omvang van B se skade blykbaar baie gering. Die hof beslis dat dit onredelik sou wees om van A te verwag om die damwal te bou. Gevolglik rus daar geen regsplig op A om positief op te tree ten einde te voorkom dat B skade ly nie. A se versuim was dus nie onregmatig nie (sien Van Rensburg 176; Van der Merwe en Olivier 62 ev en gesag daar aangehaal). Dit gaan by die vraag na die bestaan van die regverdigingsgrond onmoontlikheid met ander woorde om 'n diagnostiese afweging van belange. Dit is die toets vir onregmatigheid: aan die hand van die objektiewe redelikheidskriterium word die belange wat die dader inderdaad met sy handeling bevorder het, afgeweg teenoor die belange wat hy inderdaad met sy handeling aangetas het (sien *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA

376 (T) 387C-D; Van der Walt 1978 *THRHR* 79-80; Van der Merwe en Olivier 61; Potgieter en Van Rensburg 1977 *THRHR* 379 383).

In casu moet die erns van die benadeling wat die eiseres gely het, afgeveeg word teen die koste en moeite wat dit vir die verweerder sou meebring om die deksel te beveilig waaroor die eiseres gestruikel het. Die hof se aanname dat die verweerder se versuim onregmatig was, is myns insiens korrek: agterna beskou blyk dit dat die verweerder waarskynlik deur die tref van

betreklik geringe maatreëls sou kon voorkom het dat die eiseres benadeel word. Die regverdigingsgrond onmoontlikheid is dus nie in casu aanwesig nie. Die hof kom egter, tereg na my mening, tot die gevolgtrekking dat die verweerder nie nalatig was nie. Die verweerder het al die stappe gedoen wat die redelike man sou gedoen het indien hy hom in presies dieselfde posisie as die verweerder bevind het.

JM POTGIETER
Universiteit van Suid-Afrika

EX PARTE VAN TONDER 1978 3 SA 369 (OK)

Si sine liberis decesserit – fideicommissum tacitum

In hierdie saak het twee testateurs onder andere sekere plase aan hul seun (die applikant in die saak) bemaak op voorwaarde dat indien hy sonder wettige afstammeling te sterwe sou kom – si sine liberis decesserit – die grond na hul dogters moet gaan. Die plase is op die seun se naam oorgedra en die bogemelde voorwaarde is in die oordragakte aangebring. Die applikant het toe aansoek gedoen dat hierdie voorwaarde geskrap word aangesien hy die plase aan sy seun wou verkoop en die voorwaarde 'n verbod op die verkoop van die plase daarstel. Die applikant se drie oorblywende susters het geen beswaar teen die aansoek geopper nie.

Die meester het die aansoek egter teengestaan. Volgens hom word die applikant nie die volle erfgenaam van die plase nie al het die applikant se susters ook afstand van hul regte gedoen.

Volgens die meester is “. . . die *si sine liberis decesserit* reël van toepassing . . . en (skep) die voorwaarde in die testament wat in die oordragakte verskyn 'n fidusiëre reg ten opsigte van die applikant se afstammeling . . .” (371C). Vir hierdie houding steun die meester onder andere op *Estate Cato v Estate Cato* 1915 AD 290. Die kurator

ad litem wat die belange van alle belanghebbende minderjarige of ongebore afstammeling behartig het, het 'n soortgelyke standpunt ingeneem. (Hy het ook nog 'n verdere beswaar geopper wat vir doeleindes van hierdie bespreking nie ter sake is nie – sien 371H-372.)

Dit is duidelik dat as 'n si sine liberis decesserit-klausule in 'n testament vervat is en die erfgenaam of legataris wel kinders nalaat, die fideikommissêre voorwaarde nie vervul word nie en dus kan die derde nie meer op die eiendom aanspraak maak nie. Die vraag is egter of die si sine liberis decesserit-bepaling 'n fideicommissum tacitum ten gunste van die erfgenaam of legataris se kinders skep.

Hieroor laat die hof hom soos volg uit:

“Die *si sine liberis decesserit* reël skep . . . nie 'n *fideicommissum* ten gunste van die *fiduciarius* se kinders nie, en hulle kan nie na die *fiduciarius* se dood enige aanspraak op die eiendom op grond van 'n fidusiëre reg maak nie. Dat dit die geval is blyk uit 'n lang reeks beslissings beginnende met die saak van *Steenkamp v Marais NO and Others* (1908) 25 SC 483 veral op 495 wat gevolg is in sake soos *Ex parte De Klerk* 1912 CPD 388; *Bredenkamp v SA Association and Other*

1935 CPD 130; *Ex parte Van der Heyde and Others* 1945 CPD 67; *Engelbrecht NO v Engelbrecht en Andere* 1958 3 SA 571(O); *Ex parte Van Schalkenye* 1968 4 SA 441 (O). Gevolglik is die siening van die Meester dat die *si sine liberis decesserit* bepaling in die testament 'n fidusiëre reg ten opsigte van die applikant se afstammeling skep verkeerd, en bestaan daar dus geen rede waarom die aansoek om dié rede nie toegestaan moet word nie, waar die applikant se susters klaarblyklik bereid is om afstand te doen van enige regte wat hulle mag hê."

Die posisie is egter nie so eenvoudig as wat in die uitspraak te kenne gegee word nie. Trouens reeds onder ons ou skrywers is daar in hierdie verband verskil van mening. So is daar Van Leeuwen (*Censura Forensis* 3 7 18, maar sien ook *Rooms Hollands Regt* 3 8 12) en Groenewegen (*De Legibus Abrogatis ad D* 28 5 85) wat van mening is dat geen fideicommissum tacitum ten gunste van die kinders geskep word nie. (Vir verdere gemeenregtelike skrywers in die verband sien Neethling 1970 *Codicillus* (II) 15.) Hierteenoor meen skrywers soos De Groot (*Inleiding* 2 20 5); Van der Keessel (*Praelectiones ad Grotius* 2 20 5); Voet (*Commentarius* 28 2 9, 10) en Van Bijckershoek (*Observationes Tumultuariæ* 1032) dat 'n fideicommissum tacitum in sekere omstandighede wel tot stand kom, naamlik waar die kinders desendente van die erflater is.

Ook by ons moderne skrywers bestaan nie eensgesindheid oor die saak nie. Wille (*Principles of South African Law* (7e uitg 1977) 287) is van mening dat geen fideicommissum tacitum ten gunste van die kinders tot stand kom nie, maar hy maak geen onderskeid tussen desendente en nie-desendente van die testateur nie. Steyn (*The Law of Wills in South Africa* (2e uitg 1948) 283) meen dat "[t]he most general opinion" is dat 'n fideicommissum tacitum nie ten gunste van die kinders geskep word nie tensy daar in die testament aanduidings in die rigting is. Hy gaan dan voort en sê dat as die kinders desendente van die testateur is "... very little indication of the testator's intention will probably suffice to establish

that there is a fideicommissum in favour of such children" (283).

Aan die ander kant voer Lee (*Introduction to Roman Dutch Law* (5e uitg 1953) 379); Hahlo en Kahn (*The Union of South Africa - The Development of its Laws and Constitution* (5e uitg 1960) 636) en Van der Merwe en Rowland (*Die Suid-Afrikaanse Erfreg* (3e uitg 1977) 292) aan dat 'n stilswyende fideicommissum wel in die geval van desendente geskep word. Volgens Murray (1968 *Annual Survey of South African Law* 239) kan geredelik ("readily (if not inevitably)") uit die bepaling as sodanig afgelei word dat die testateur bedoel het om die fiduciarius se kinders bo ander persone as fideikommissaris in te stel. Dit behoort dus nie nodig te wees om na ander aanduidings in die testament te kyk nie. (Sien ook McGregor 1936 *SALJ* 269.) Neethling (17) weer doen aan die hand dat dit onmoontlik is om uit die *si sine liberis decesserit*-klousule as sodanig met redelike sekerheid vas te stel wat die bedoeling van die testateur was. Sonder enige verdere coniecturae is die bedoeling twyfelagtig en dan moet die vermoede teen fideicommissum in werking tree met die gevolg dat die kinders wat in die *si sine liberis decesserit*-klousule genoem word, nie fideicommissarii word nie, en die fiduciarius dan nie deur enige onus fideicommissi belas word nie. Is daar egter voldoende aanduiding uit die testament as geheel en die omringende omstandighede dat met redelike sekerheid vasgestel kan word dat die testateur bedoel het om 'n fideicommissum tacitum ten gunste van die kinders in die lewe te roep, moet daaraan gevolg gegee word.

Dit lyk na 'n gesonde benadering om die hele aangeentheid oor die boeg van die bedoeling van die testateur te gooi. Ook by die ou skrywers en in ons regspraak kom die gedagte van die bedoeling van die testateur telkens na vore, en Neethling is waarskynlik korrek dat 'n mens nie noodwendig bloot uit aanwending van die *si sine liberis decesserit*-klousule kan aflei dat die testateur 'n fideicommissum ten gunste

van die kinders bedoel het nie.

In die lig van bostaande is dit dan ook begryplik dat teenstrydige uitsprake in ons regspraktyk gevolg het. Daar is met ander woorde nie slegs 'n "lang reeks beslissings" waarvolgens 'n si sine liberis decesserit-klausule nie 'n fideicommissum tacitum ten gunste van die kinders skep nie. Daar is ook gewysdes waarin beslis is dat 'n fideicommissum tacitum wel ten gunste van die kinders geskep word as hulle desendente is (bv *Cato v Estate Cato* 1915 AD 290; sien ook Van der Merwe en Rowland (292) en Neethling (17)). In die sake waarop regter Smalberger in die saak onder bespreking steun, word nie kennis geneem van die onderskeid wat in die gemene reg tussen desendente en nie-desendente gemaak word nie. Ook regter Smalberger self maak van die onderskeid geen melding nie. Trouens een van die sake wat die regter noem, het juis nie met desendente te doen gehad nie (sien *Ex parte Van Schalkwyk* 1968 4 SA 441(O)).

Mens moet in gedagte hou dat die testateur die si sine liberis decesserit-bepaling byvoeg met die doel om een of ander voordeel aan die kinders te laat toekom. Anders sou die bepaling immers sinloos wees. Dit is natuurlik so dat die doel wat die testateur voor oë het nie noodwendig 'n fideikommissêre belang' hoef te wees nie. Die bepaling hou beslis vir die kinders voordele in ook al word geen fideicommissum ten gunste van hulle geskep nie. So mag die fiduciarius, vry van 'n onus fideicommissi, die saak aan die kinders bemaak of hulle kan dit intestaat van hom

erf (sien *Steenkamp v Marais* (1908) 25 SC 494). Dit wil egter nie sê dat die testateur nie ook kon bedoel het om in 'n gegewe geval 'n fideicommissum ten gunste van die kinders in die lewe te roep nie. En in ons reg het die appêlhof juis beslis dat waar die kinders desendente van die testateur is, die si sine liberis decesserit-klausule tot gevolg het dat wel 'n fideicommissum tacitum ten gunste van hulle geskep word (sien die *Cato*-saak). 'n Mens sou natuurlik kon redeneer dat die *Cato*-beslissing verkeerd is maar volgens die presedenteleer bly dit geldende reg en daarom lyk dit of die onderhawige saak vir kritiek vatbaar is omdat dit in hierdie saak juis oor desendente van die testateur gegaan het.

In gevalle van nie-desendente sal die bedoeling van die testateur die deurslag moet gee. As die regter dus in hierdie saak met die stelling dat 'n si sine liberis decesserit-klausule ". . . nie 'n fideicommissum ten gunste van die fiduciarius se kinders (skep) nie . . ." bedoel dat dit nooit die geval kan wees nie kan ook daarmee nie saamgestem word nie. In 'n gegewe geval sou dit wel moontlik wees - afhange van die bedoeling van die testateur. 'n Mens kan net hoop dat as die aangeleentheid weer voor 'n hof kom die gemeenregtelike bronne deeglik ondersoek sal word en dat aangedui sal word of daar enige verskil bestaan tussen die geval waar die kinders desendente van die testateur is en waar hulle dit nie is nie.

DSP CRONJÉ
Universiteit van Suid-Afrika

S v PERERA 1978 3 SA 523 (T)

Strafreg - poging tot stremming van die regspleging - bestuurder van motor waarsku aankomende motoris van die bestaan van 'n snelstrik.

Die beskuldigde in hierdie saak het, nadat hy deur 'n spoedlokval op die hoofpad tussen Belfast en Middelburg beweeg het, die bestuurder van 'n aankomende vragmotor (waarvan die spoed binne die spoedbeperking op daardie

pad was) teen die spoedlokval gewaarsku deur die hoofligte van sy motor 'n paar maal aan en af te skakel. Die reaksie van die vragmotorbestuurder was om dadelik sy spoed met ongeveer 10 k/ph te verminder na 50 k/ph. 'n

provinsiale verkeersbeampte wat agter die vragmotor gery het, het die beskuldigde voorgekeer en laasgenoemde is vervolgens van "poging tot regsverdeling" in die Middelburgse landdroshof aangekla. Hy het skuldig gepleit en is skuldig bevind. By hersiening, na aanhoor van argument, het regter Trengove (met wie regterpresident Cillie en regter Franklin saamgestem het) die skuldigbevinding en vonnis tersyde gestel.

Ten eerste 'n opmerking oor die benaming van hierdie misdaad. Die verskillende benamings wat al aan dié misdaad toegeken is, blyk uit Hunt *South African Criminal Law and Procedure* vol II (1970) 138-140. Van eenvormigheid is daar nie sprake nie. In die onderhawige saak is die ter sake misdaad as "regsverdeling" beskryf. Ek wil aan die hand doen dat "stremming van die regspleging" (De Wet en Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreë* (2e uitg 1960) 580) 'n gelukkiger benaming is. Dit sluit gevalle in waar die daad nie genoegsaam was om die reg te verydel nie, maar dit slegs gestrem het deur byvoorbeeld die verrigtinge te vertraag, terwyl gevalle van werklike verydeling ook as "stremming" in 'n erger graad aangemerkt kan word.

"Stremming" en "verydeling" is met ander woorde slegs verskillende stadia van dieselfde misdaad, verydeling synde 'n gevolg van stremming wat soms mag intree alhoewel blote stremming reeds die misdaad daarstel. (Hunt 148 ev.) Of daar in 'n bepaalde geval werklike verydeling (waarvan daar blykbaar, vanweë bewysregtelike probleme, nie te dikwels aangekla word nie) was of slegs 'n mindere stremming is dan slegs met betrekking tot straftoemeting van belang. Terminologiese duidelikheid dra dikwels by tot 'n suiwerder denkproses. Dit is moontlik dat waar die misdaad as stremming van die regspleging bekend staan daar in baie gevalle 'n aanklag en skuldigbevinding aan die voltooide misdaad sal wees, terwyl, indien dit as "regsverdeling" bekend staan 'n neiging om eerder van poging aan te kla in gevalle waar die reg nie werklik ver-

ydeld is nie, verwag kan word. (Sien Hunt 140.)

Die omskrywing van stremming van die regspleging deur Hunt (141) word deur die hof aanvaar, naamlik dat "[d]efeating 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." Die hof is dit egter nie eens met Hunt ten aansien van die tydstop waarop die voltooide misdaad gepleeg kan word nie.

Die regter haal regter Trollip se interpretasie van die begrip "administration of justice" in *S v Mdakani* 1964 3 SA 311 (T) op 314F-315E met goedkeuring aan, waar laasgenoemde regter die mening toegedaan is dat die begrip "administration of justice" verwys na die regspleging deur die gewone howe in siviele en strafsake en dat die handeling dus in verband met hierdie regspleging moet staan. Hiermee kan nog saamgestem word. Hy gaan dan egter verder en verklaar dat aangesien die regspleging gewoonlik eers geag word te begin wanneer iemand gearrester word of 'n dagvaarding aan hom beteken word, kan die misdaad van stremming van die regspleging in die algemeen eers gepleeg word "by some wilful act done on or after commencement of and in relation to the particular proceedings and which actually achieves the accused's intention to defeat and obstruct the due administration of justice in the sense just described. But it is also a crime to attempt to commit the offence . . . and this species of the offence consequently widens its scope considerably so as to include acts which are done before the proceedings are actually commenced . . ."

Dit wil voorkom asof daar in ons reg sterk gesag is vir 'n standpunt dat handeling gepleeg voordat die saak ahangig gemaak is, of voordat 'n geding deur die polisie of prokureur-generaal oorweeg word (Hunt 146-147), of selfs voordat die polisie die saak ondersoek (*S v Neethling* 1965 2 SA 165 (O)) in be-

paalde omstandighede die voltooide misdaad van stremming van die regspleging kan daarstel.

In *S v Neethling* (supra) verklaar regter Erasmus:

“Ek kon geen gewysde in ons Howe vind vir die spesifieke stelling dat die misdaad van verdeling van die gereg nie gepleeg word waar die Staat nie (die ondersoek van?) ’n misdaad ten tyde van die beskuldigde se optrede beoog het nie, maar waar die beskuldigde dit wel gedoen het” (167A).

(Daar kan geargumenteer word dat die hierbo-aangehaalde passasie uit die Ndakani-saak nie so ’n stelling is nie as gevolg van die gebruik van die woorde “in die algemeen”).

Die regter kom dan tot die slotsom dat dit blyk “nie in elke geval noodsaaklik te wees om te bewys dat die Staat die ondersoek van ’n misdaad ten tyde van ’n beskuldigde se optrede beoog het nie. . . .” (168B).

Dat die regspleging gestrem en in sommige gevalle inderdaad verydel kan word voordat die polisie nog bewus daarvan is, blyk duidelik uit die feite van sowel die *Neethling*-saak as *S v Daniels* 1963 4 SA 623 (E). In die verband verklaar Hunt (147 noot 95):

“It is true in *R v Zackon* 1919 AD 175 at 181 the Court did speak of ‘a case which is contemplated’ (without, however, specifying whether contemplated by X or by the police or both), and that dicta in the attenuated report of *R v Adey and Hancock*, 1938 (1) PH H75(C) (pp 80–1) can perhaps be read as postulating that the police should already be contemplating proceedings or, at least, should be investigating (if that is not the same thing). It is respectfully submitted, however, that *Neethling* and *Daniels* are correct: it would be quite contrary to the interests of justice which this crime exists to protect to lay down a rigid and arbitrary rule that proceedings must already be contemplated by the police.”

Ek wil by Hunt (147 noot 99) aansluit waar hy bogenoemde beperking van die onderhawige misdaad in die *Mdakani*-

saak as verkeerd beskou. In *S v Daniels* (supra) word dan ook verklaar:

“The observations contained in *R v Zackon* 1919 AD 175, and the authorities cited therein, show that there is no narrow limit imposed on the character of the penal sanction aimed at conduct designed to interfere with the administration of justice.”

Hieruit volg dat waar ’n motoris ’n aankomende motoris waarsku teen ’n spoedlokval wat laasgenoemde vorentoe sal teëkom, en hy is bewus daarvan dat hy iemand waarsku wat besig is om die spoedgrens te oorskry en met die opset om te verhoed dat die oortreder in die spoedlokval vasgetrek en vervolgt word, hy (as die aankomende motoris sy spoed verminder en gevolglik nie gevang word nie) aan die voltooide misdaad en nie slegs aan poging tot stremming van die regspleging nie, skuldig kan wees. (Sien ook Devenish 1977 *SALJ* 279 280.) Selfs waar die aankomende motoris nie besig is om die spoedgrens te oorskry nie behoort ’n skuldigbevinding aan die voltooide misdaad in sekere omstandighede te kan volg, byvoorbeeld waar die gewaarskude op die punt was om die spoedgrens te oorskry en die waarskuwer voorsien dat die pleging van die misdaad slegs uitgestel gaan word tot dat die motoris deur die spoedlokval beweeg het en dus nie vervolgt kan word nie en dit gebeur dan ook so. In hierdie geval bevorder hy die strafelose pleging van ’n misdaad wat sekerlik as stremming van die regspleging aangemerkt behoort te word. (Sien egter Burchell 1952 *Annual Survey* 169 170 en Devenish 279.)

Die beskuldigde is in hierdie saak egter slegs van poging tot stremming van die regspleging aangekla en die hof moes dus slegs dit uitmaak.

Van deugdelike poging was daar hier nie sprake nie, want, beslis die hof tereg, daar was “geen feitlike grondslag vir die aantyging in die klagstaat dat die waarskuwing aan enige voornemende of werklike oortreders van die snelheidsbeperking gerig was nie” (526B–E).

Hieruit blyk dat indien die aankomende motoris wel besig was om die spoedgrens te oorskry of op die punt gestaan het om dit te doen, 'n skuldigbevinding aan ondeugdelike poging kon gevolg het, mits die waarskuwer bewus was van die werklike of voorgenome spoed-oorskryding (of ten minste die moontlikheid daarvan voorsien het, en bewustelik die risiko aanvaar het). Hierbo het geblyk dat selfs die voltooide misdaad in hierdie omstandighede gepleeg kan word. Daar is egter diegene wat beweer dat waar 'n motoris, wat nie die spoedgrens oorskry nie, gewaarsku word daar geen misdaad gepleeg word nie aangesien die waarskuwer slegs 'n potensiele oortreder oorreed om nie 'n misdaad te pleeg nie, sodat hy dus eintlik 'n "public benefactor" is. (Norman Scoble 1953 *SALJ* 18 19.) So 'n houding onderskei nie tussen 'n waarskuwing wat gerig is op die voorkoming van misdaad en waarby daar geen misdadige opset betrokke is nie en 'n waarskuwing wat toevallig die skyn het van 'n vermaning om nie 'n misdaad te pleeg nie, maar waarvan die uitsluitlike doel is dat die pleging van die misdaad uitgestel of opgeskort moet word totdat deur die lokval beweeg is, sodat geen vervolging gevolglik teen die oortreder ingestel kan word nie. Die houding van die hof ten aansien van hierdie aangeleentheid kan dus onderskryf word.

Die eintlike vraag wat die hof dus moes uitmaak, was of die beskuldigde nie aan ondeugdelike poging skuldig was nie, met ander woorde "of 'n motoris aan poging tot regsverdeling skuldig sou wees indien hy 'n aankomende motoris, wat klaarblyklik nie besig is om die maksimum snelheidsgrens te oorskry nie, en ook geen blyke gee van enige voorneme om dit te doen nie, waarsku van 'n snelstrik" (526F-G).

Nadat die hof tereg die steun wat in *S v Naidoo* 1977 2 SA 123 (N) (waar die feite analoog aan die onderhawige was) op *S v Robertson* 1952 3 SA 291 (T) geplaas is, verwerp het (in laasgenoemde saak is die beskuldigde nl nie van poging tot stremming van die regspleging aan-

gekla nie, maar van die oortreding van 'n plaaslike verkeersregulasie), kritiseer die hof die klaarblyklike verontagsaming in die *Naidoo*-saak van die belangrikheid van die teenwoordigheid van misdadige opset by die beskuldigde in hierdie gevalle van poging tot stremming van die regspleging (527H). Regter Trengove verwys verder na 'n aanhaling uit *S v Mdakani* (supra) waar uitdruklik gesê word dat by 'n handeling gepleeg voor die instel van 'n geding, die beskuldigde aan poging skuldig sal wees indien hy die instel van die geding voorsien het, en hy die handeling gepleeg het met die opset om daardie verrigtinge te strem, en hy beslis as volg (op 528):

"Hieruit volg dit na my mening, dat waar 'n motoris geen rede het om te glo dat die bestuurder van 'n aankomende voertuig besig is om die snelheidsgrens te oorskry nie, en hy ook geen rede het om te vermoed dat so 'n bestuurder van voornemens is om dit te doen nie, sou hy hom nie aan poging tot regsverdeling skuldig maak indien hy die bestuurder van die snelstrik waarsku nie."

Die hof beklemtoon hiermee die deurslaggewende belang van die beskuldigde se opset (in gevalle waar die aankomende motoris nie besig is om die spoedgrens te oorskry nie) om te bepaal of die waarskuwing aan die aankomende motoris 'n regmatige caveat om nie die reg te oortree nie was of dan wel die misdaad van ondeugdelike poging tot stremming van die regspleging. (Sien in dié verband ook *Devenish* 280.)

Dat die *Naidoo*-saak op die feite reg beslis is, val egter nie te betwyfel nie. Dit het duidelik uit die feite geblyk dat die beskuldigde wel voorsien het dat werklike of voornemende oortreders gewaarsku word en dat die waarskuwing (moontlik) die straffelose pleging van die misdaad vergemaklik deur te verhoed dat 'n regsproses teen die oortreders ingestel word, sodat, selfs waar daar geen bewys van die aankomende motoriste se spoed was nie, hy nogtans aan die een of ander vorm van poging skuldig was. In die onderhawige geval

was daar geen getuienis ten aansien van die beskuldigde se opset nie en die skuldigbevinding is dus heeltemal tereg tersyde gestel. Indien die beskuldigde byvoorbeeld die aankomende motoris gewaarsku het met die nodige opset tot stremming van die regspleging, menende dat laasgenoemde besig was om die spoedgrens te oorskry terwyl dit inderdaad nie die geval was nie, sou 'n skuldigbevinding aan ondeugdelike poging tot stremming van die regspleging kan volg. (*S v Davies* 1956 3 SA 52 (A) en *S v W* 1976 1 SA 1 (A).)

Die beslissing is dus te verwelkom sowel vanweë die beklemtoning van die opset van die beskuldigde in hierdie gevalle van poging as omdat dit aantoon dat die vraag of die waarskuwing van 'n aankomende motoris van die bestaan van 'n spoedlokval 'n misdaad uitmaak en welke misdaad, nie in abstracto beantwoord kan word nie.

DP VISSER

Universiteit van Pretoria

SIMMER AND JACK MINES LTD v GF INDUSTRIAL PROPERTY CO (PTY) LTD 1978 2 SA 654 (W)

Mynhoop – roerend of onroerend – riglyne

In hierdie saak het die vraag ter sprake gekom of 'n mynhoop wat minstens gedeeltelik reeds voor 1920 tot stand gekom het, roerend of onroerend is. Hierdie vraag is in beginsel van groot praktiese belang soos ook blyk uit die feite van die saak.

Die applikant was die geregistreerde eienaar van grond, geproklameer ingevolge die Precious and Base Metals Act 35 van 1908 (T), waarop 'n mynhoop geleë was. In 1965 het hy hierdie grond aan die eerste respondent verkoop en oorgedra. 'n Gedeelte daarvan is vervolgens, om 'n rede wat hier nie van belang is nie, teruggetranspoteer aan die applikant, met die gevolg dat die mynhoop nou gedeeltelik op die applikant en gedeeltelik op die eerste respondent se grond geleë was. Die verkoop en die daaropvolgende oordrag van die betrokke grond aan die eerste respondent was onderworpe aan die voorbehoud ten gunste van die applikant van alle regte op minerale. Laasgenoemde het nou aansoek gedoen om 'n tydelike interdik met die strekking dat die eerste respondent belet word om enigeen toe te laat om sand van die mynhoop te verwyder hangende 'n aksie wat mettertyd ingestel sou word om 'n finale interdik asook sekere ander regshulp. In hierdie verband het die vraag ontstaan of die voorbehoud van regte

op minerale enige regte ten opsigte van die mynhoop aan die applikant verleen het. Dit het weer daarvan afgehang of die mynhoop deur aanhegting onroerend geword het al dan nie. Indien dit roerend gebly het, sou die voorbehoud van regte op minerale nie daarop van toepassing wees nie.

Voordat na die beslissing self gekyk word, is dit raadsaam om eers kortliks die riglyne in oënskou te neem wat reeds in hierdie verband in ons gespraak uitgekristalliseer het. In 'n reeks beslissings beginnende met *Olivier v Haarhof & Co* 1906 TS 497 op 500, en gevolg deur onder andere *Macdonald Ltd v Radin NO & The Potchefstroom Dairies & Industries Co Ltd* 1915 AD 454 op 466; *Newcastle Collieries Co Ltd v Borough of Newcastle* 1916 AD 561 op 564 en *R v Mabula* 1927 AD 159 op 161, het hoofregter Innes sekere maatstawwe gestel vir die beantwoording van die vraag of 'n roerende saak wat op kunsmatige wyse aan 'n onroerende saak geheg word, roerend bly of onroerend word. Daar moet naamlik gelet word op:

- (1) die aard en doel van die aangehegte saak;
- (2) die wyse en graad van aanhegting, en
- (3) die bedoeling waarmee die aanhegting geskied het.

By verskeie ander geleenthede het die appèlhof met goedkeuring na bogenoemde maatstawwe verwys (vgl *Van Wezel v Van Wezel's Trustee* 1924 AD 409 op 414 en *Standard-Vacuum Refining Co v Durban City Council* 1961 2 SA 669 (A) op 677).

Die derde maatstaf is in die *Macdonald*-saak supra nader omskryf as die bedoeling van die eienaar van die aangehegte saak (467). In verskeie van die sake waarna hierbo verwys is, vind ons dat die hof die stelling maak dat die bedoeling die belangrikste maatstaf is (sien *Macdonald Ltd v Radin NO & The Potchefstroom Dairies & Industries Co Ltd* supra op 467; *Newcastle Collieries Co Ltd v Borough of Newcastle* supra op 564; *Standard-Vacuum Refining Co v Durban City Council* supra op 677H). By nadere ondersoek blyk dit egter dat die belangrikheid van die bedoeling as derde maatstaf daarin geleë is dat dit beslissend is in daardie gevalle waar die eerste twee maatstawwe nie reeds deurslaggewend is nie. Die eerste twee maatstawwe kan dus wel, soos hieronder aangetoon sal word, in 'n bepaalde geval deurslaggewend wees in welke geval die derde maatstaf glad nie ter sprake kom nie. Die eerste twee maatstawwe staan egter nie heeltemal onafhanklik van die bedoeling waarmee die aanhegting geskied het nie. Hulle word naamlik as aanduidings van sodanige bedoeling beskou en in 'n gepaste geval wel as deurslaggewende aanduidings daarvan. In laasgenoemde geval sal dit nie baat om verdere getuienis wat op 'n teenoorgestelde bedoeling dui, aan te voer nie. Vergelyk die volgende dicta:

(1) *Macdonald Ltd v Radin NO & The Potchefstroom Dairies & Industries Co Ltd* supra op 467:

"The importance of the first two factors is self-evident from the very nature of the inquiry. But the importance of intention is for practical purposes greater still; for in many instances it is the determining element. Yet it is sometimes settled by the mere nature of the annexation. The article may be actually incorporated in the realty, or the attachment may be so secure that separation

would involve substantial injury either to the immovable or its accessory. In such cases the intention as to permanency would be beyond dispute" (my kursivering).

(2) *Newcastle Collieries Co Ltd v Borough of Newcastle* supra op 564:

"This latter element (the intention) is, generally speaking, of great importance; but . . . the method of annexation may be such as to be conclusive of the intention" (my kursivering).

(3) *Standard-Vacuum Refining Co v Durban City Council* supra op 677H-678A:

"[O]f these elements, that of intention is the most important . . . In order to ascertain the intention regard must be had to . . . the nature of the movable, the method and degree of its attachment to the land or other immovable and whether it can be readily removed without injury to itself or to the land or immovable . . ."

en op 678B-C:

"If . . . an examination of the physical features produces an equivocal result . . . the intention of the annexor may be decisive" (my kursivering).

Vergelyk ook *R v Mabula* supra op 161 waar dit duidelik gestel word dat die eerste twee maatstawwe deurslaggewend kan wees, en sien CP Joubert "Aanhegtings: Roerend of Onroerend" 1956 *THRHR* 235 op 247-248.

Uit die uitspraak in *Standard-Vacuum Refining Co v Durban City Council* supra blyk dit ook duidelik dat die hof van mening was dat die eerste twee maatstawwe deurslaggewende aanduidings van die bedoeling kon wees selfs al het daar geen daadwerklike fisiese koppeling, op 'n ander wyse as deur gewig, plaasgevind nie. In daardie geval moes vasgestel word of opgaartenks wat slegs deur gewig op die grond gerus het en wat in 'n beperkte mate beweeg kon word deur dit vlot te maak, roerend gebly het of onroerend geword het. Op 678H verklaar die regter:

"[I]t seems to me that the physical features . . . raise an inference that the

attachment was intended to be permanent. This is not a case where an examination of the physical features produces an equivocal result and where reference must be made to the intention of the annexor."

Die regter het vervolgens daartoe oorgegaan om aan te toon dat daar in elk geval ook geen botsing is tussen die bedoeling soos afgelei uit die fisiese kenmerke en die bedoeling soos blyk uit ander getuïenis nie. Uit die aangehaalde gedeelte kom dit egter voor asof die hof waarskynlik die afleiding aangaande die bedoeling wat uit die fisiese kenmerke, naamlik die aard en doel van die aangehegte saak en die wyse en graad van aanhegting, gemaak kon word as deurslaggewend sou aanvaar het selfs al was daar ander getuïenis wat op 'n strydige bedoeling gedui het.

'n Mens kan dus na aanleiding van die voorgaande gewysdes die algemene stelling maak dat al drie die maatstawwe in die geval van kunsmatige aanhegting in werklikheid 'n ondersoek behels na die bedoeling waarmee die aanhegting geskied het, en wel eerstens die (objektiewe) bedoeling soos afgelei uit die aard en doel van die aangehegte saak asook die wyse en graad van aanhegting, en tweedens, indien 'n ondubbelsinnige afleiding omtrent die bedoeling nie uit hierdie twee maatstawwe gemaak kan word nie, en dan alleen, die (subjektiewe) bedoeling soos blyk uit ander getuïenis.

'n Ondersoek na die bedoeling in die algemeen, sonder inagneming van die voorgaande riglyne, sal nie noodwendig tot dieselfde resultaat lei as 'n ondersoek in ooreenstemming met daardie riglyne nie. Hierdie moontlikheid sal hom voordoen in die geval waar daar ander getuïenis is wat getuig van 'n bedoeling strydig met die andersins ondubbelsinnige afleiding aangaande die bedoeling wat in 'n gepaste geval uit die aard en doel van die aangehegte saak en/of die wyse en graad van aanhegting gemaak kan word. Die resultaat van 'n ondersoek na die bedoeling wat in 'n sodanige geval sonder inagneming van genoemde

riglyne gedoen word, sal afhang van welke gewig aan daardie ander getuïenis geheg word.

In die saak onder bespreking maak waarnemende regter McCreath eenvoudig die stelling dat die bedoeling die belangrikste maatstaf is (658D) en gaan dan sonder enige verwysing na die eerste twee maatstawwe daartoe oor om die bedoeling in die algemeen te ondersoek (658E-H). Soos reeds aangetoon, is hierdie werksmetode nie in ooreenstemming met die beginsels wat deur die appèlhof in die *Macdonald*-saak gestel en sedertdien herhaaldelik deur daardie hof bevestig is nie. Hoewel die eerste twee maatstawwe moontlik normaalweg nie in die geval van 'n mynhoop as deurslaggewende aanduidings van die bedoeling beskou sal kan word nie, hoofsaaklik vanweë die besondere samestelling van 'n mynhoop asook die feit dat dit, minstens aanvanklik, slegs deur gewig aan die grond geheg sal wees, meen ek tog dat dit 'n vraag is wat slegs van geval tot geval uitgemaak kan en moet word. Word die riglyne soos dit in ons regspraak ontwikkel het konsekwent toegepas, ook in daardie gevalle waar dit geen verskil aan die uiteindelijke resultaat sal maak nie, sal dit bowendien slegs ter bevordering van regsekerheid dien.

Ongelukkig is hierdie aangeleentheid deur 'n onlangse saak, *Theatre Investments (Pty) Ltd v Butcher Brothers Ltd* 1978 3 SA 682 (A), enigszins vertroebel. Die uitspraak in hierdie saak is gelewer ná die uitspraak in die saak onder bespreking. Op 688D-E verklaar waarnemende appèlregter Van Winsen dat 'n roerende saak deel van die onroerende saak waaraan dit geheg is, sal uitmaak indien die aanhegter die bedoeling gehad het dat die aanhegting permanent moet wees en mits die roerende saak in staat is om 'n eenheid met die onroerende saak te vorm. Die hof wend egter geen poging aan om die aanhegter nader te omskryf nie. Wat die regter in hierdie verband sê, kan dus net sowel van toepassing wees op 'n aanhegter wat nie die eienaar van die betrokke

roerende saak is nie. Die bedoeling van die aanhegter kan volgens die hof vasgestel word deur die aanhegter se getuienis omtrent sy bedoeling, indien enige, te oorweeg tesame met enige afleidings omtrent die bedoeling wat gemaak kan word uit byvoorbeeld die aard van die roerende en onroerende sake, die wyse van aanhegting en die omstandighede wat aanleiding gegee het tot sodanige aanhegting (688E-G). Die regter kom dan tot die volgende gevolgtrekking:

“If a court, on a consideration of all the evidence, direct and inferential, were to conclude on a balance of probabilities that the annexor intended a permanent annexation it would hold that the movable had become part of the immovable” (688G-H).

Die hof maak geen melding van ’n moontlikheid dat die aard en doel van die aangehegte saak en/of die wyse en graad van aanhegting deurslaggewend kan wees in daardie gevalle waar ’n duidelike afleiding omtrent die bedoeling daaruit gemaak kan word nie. Die verste wat die hof in hierdie rigting gaan, is om te verklaar dat waar daar geen regstreekse getuienis van die aanhegter omtrent sy bedoeling verkry kan word nie, die hof ’n beslissing kan gee op grond van die afleidings omtrent die bedoeling wat uit die bronne waarna reeds hierbo verwys is, gemaak kan word (688G).

Ongeag welke standpunt nou as korrek aanvaar word, blyk dit dat ’n mynhoop òf roerend òf onroerend kan wees

na gelang van die omstandighede van die geval. ’n Transportgewer van grond waarop ’n mynhoop geleë is, kan hom dus nie sonder meer op ’n voorbehoud van regte op minerale verlaat ten einde ook sy regte op die mynhoop te beskerm nie. Hy sal veral moet waak teen optrede waaruit ’n bedoeling afgelei kan word dat hy afstand gedoen het van regte op ’n roerende mynhoop waarvan hy die eienaar is. In die saak onder bespreking is die applikant se versuim om ’n reg van weg voor te behou ten einde toegang tot die mynhoop te verkry of om ingevolge die Wet op Mynregte 20 van 1967 aansoek te doen om die nodige permit ten einde hom in staat te stel om sodanige toegang te verkry, beskou as aanduidings van sodanige bedoeling (659E e v).

Ten slotte kan daarop gewys word dat waar ’n lang tydperk sedert die totstandkoming of gedeeltelike totstandkoming van die mynhoop verstryk het, ook in die besonder daarop gelet moet word of ’n proses van natuurlike verbinding nie moontlik op die aanvanklike kunsmatige aanhegting gevolg het nie. Indien wel, sal die wyse en graad van aanhegting myns insiens deurslaggewend wees, maar nou nie meer omdat dit ’n afleiding aangaande die bedoeling regverdig nie – vergelyk Justinianus se *Institutiones* 2 1 21 asook *Macdonald Ltd v Radin NO & Potchefstroom Dairies & Industries Co Ltd* supra op 468.

J SCHOEMAN
Universiteit van Suid-Afrika

Briewe

Mnr F Heckroodt, regsadviseur van die SAUK, vra in 'n brief van 12 Junie 1978 dat onderstaande "aantekeninge deur een van die Korporasie se Regsadviseurs betreffende enkele stellings in die vonnisbespreking deur prof Van der Walt wat in u tydskrifuitgawe van Februarie 1978 op blady 78 verskyn het", in die Tydskrif opgeneem word. Mnr Heckroodt voeg aan sy versoek toe "dat die menings uitgespreek nie noodwendig enige amptelike siening in die SAUK verteenwoordig nie."

Graag voldoen ons aan die versoek. Die materiële deel van die stuk word met slegs enkele tegniese, redaksionele wysigings geplaas.

In sy bespreking¹ van die beslissing van die hoofregter in *Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie v O'Malley*² verklaar prof JC van der Walt³ dat die massamedia se aanspreeklikheid vir die publikasie van laster vernaamlik deur die betrokke uitspraak beïnvloed is daarin dat die appèlhof nou die "beginsel van skuldlose aanspreeklikheid" in die geval van sulke verweerders aanvaar het.⁴ Die sitaat deur die skrywer aangehaal ter staving van sodanige aanvaarding dui met respek egter op die klassieke afsondering deur die hof van daardie mening as obiter dictum,⁵ ter aanbeveling insake toekomstige ontwikkeling – buite die werklike ratio decidendi – ondanks die "goeie redes" aangevoer.

Weliswaar volg dit natuurlik dat die media in die toekoms nie in staat sal wees om aanspreeklikheid vir lasterlikhede te ontduik bloot deur die weerlegging van die vermoedelike animus iniuriandi aan hulle eie kant nie. Die hoofregter se sienswyse het dus, met

erbieid gesê, die uitwerking dat ons resente herbevestiging van die gemeenregtelike aanspreeklikheidsvereistes, wat die opsetselement insluit, aanmerklik getemper is deur die invoering van die beleidsmatige en kennelik Engelsregtelike skuldlose⁶ aanspreeklikheidsleer. Afgesien daarvan dat hierdie kwalifisering net die publiserende sektor werklik tref, is die nuwe deurvoering van hierdie skynbaar gedeeltelike omwenteling dalk by nadere ondersoek nie so ingrypend as op die oog af mag blyk nie, selfs indien slegs omdat die huidige regsposisie evalueer staan te word sonder uitvoerige rationes. Daar word gevolglik respektvol ter oorweging geskenk dat die leser van die *O'Malley*-vonnis nie mètter moet aflei of konkludeer as wat deur die regbank in hierdie verband spesifiek uitgewys is nie.

Terwyl die regswetenskaplike ontleding van die vermelde gewysde meerdere implikasies inhou, val daar een faset op, en dit sentreer om die vraag of

¹1978 *THRHR* 79.

²1977 3 SA 394 (A).

³1978 *THRHR* 81.

⁴Afgesien van enige verdere aanduidings, insluitende die sitaat waarop die skrywer staatmaak, gaan die hof alleenlik só ver as om te verklaar: ". . . die opvatting dat skuldlose aanspreeklikheid van die pers in ons reg bestaan, sou myns insiens aanvaarbaar wees. In elk geval is die onderwerp nie voor ons beredeneer nie en is dit onnodig om, vir doeleindes van hierdie saak, die onderwerp verder te bespreek."

⁵Vergelyk onder meer die kopstuk.

⁶Die Engelse reg se invloed op dié terrein in die negentiende eeu is ook deur prof Van der Walt uitgewys op bl 81 en 82 van die voormelde artikel, ooreenkomstig die oorsig van hoofregter Rumpff.

die geleerde skrywer se volgende stelling reeds hier te lande ten volle geld: "As die publikasie maar onregmatig geskied het, is die betrokke partye sonder meer aanspreeklik."⁷ Wat hier van die Engelse reg vermeld is, is dan wel *primêr* tans deel van die Suid-Afrikaanse regtersreg, maar of dit wel voortaan die totale waarheid sou weergee, is myns insiens nog nie vanselfsprekend nie; met ander woorde, die Romeins-Hollandsregtelike nadruk op verwytbare gesindheid is nie noodwendig oorboord gegooi nie. Teen die agtergrond van ons hooggeregshof se herinstelling van die animus-iniuriandi-vereiste in sy verskillende verskyningsvorme, gedurende die afgelope dekades, kan hierdie stelling verder gemotiveer word.

Opsommenderwys bestryk die skrywer tereg èen fase van die vonnis soos volg: "Hoofregter Rumpff wys, met respek gesê, tereg daarop dat ons regspraak reeds in die vorige eeu onder Engelsregtelike invloed die standpunt ingeneem het dat die koerantredakteur en -eienaar skuldloos aanspreeklik is op grond van laster wat in hul blad verskyn."⁸ Verondersteldelik beteken dit juis dat geeneen in diens van enige sodanige verweerder verwytbare hoof te gewees het vir die aanspreeklikheidsbevinding nie, wat ons dan ook moet aanvaar. Hierdie benadering, wat misken grafies voorstelbare metamorfoses ondergaan het in die Republiek, is in elk geval pas in ere herstel; en of die "onskuldige" verweerder nou onweerlegbaar vermoed word om die animus te koester, kan voorlopig tersyde gelaat word, wat die Engelse reg betref. In laasvermelde stelsel egtër meen ek, sou

die animus òf irrelevant wees, òf onweerlegbaar vermoed word, maar beide hierdie beskouingswyses is aan ons eie reg vreemd.

Aan die anderkant is die verskynsel van skuldlose aanspreeklikheid nie totaal ongehoord in die gemeenregtelike sfeer nie. Die bekendste geval daarvan is die middellike aanspreeklikheid van die werkgewer vir die delikte deur sy werknemers in die arbeidsverrigtingsbestek begaan.⁹ Maar juis indien die werkgewer ondanks enige prima facie-bewys of juridiese vermoede finaal kan staaf (ook in lastersake) dat die gewraakte dienaar geen verwytbare gesindheid gekoester het in die pleging van die onregmatigheid nie, gaan hy vry uit.¹⁰ Juis hierdie verweersgrond is tot groot hoogte vanweë die *O'Malleydicta lamgelê*, maar na my mening, respektvol gesê, is dit as komponent nie in die huidige stadium geheel uitgesluit nie, soos voorts verder illustreer kan word.

Om terug te keer na die hoofregter se uiteensetting (wat in die pasaangehaalde frase saamgevat is), bestaan die onderskeie stawings grotendeels, en feitlik deurgaans, uit buitelandse en vroeëtydse plaaslike uitsprake, wat uiteraard nie op die grondslag van die teenswoordige plaaslike regsreëling beredeneer is nie, en derhalwe selde oorweeg kan gewees het vanuit die reeds universeel-geworde uitgangspunt wat die animus iniuriandi aanvanklik relevant beskou.¹¹ Die strekking van die appèlhof se bevindinge kom hoogstens daarop neer dat die konvensionele verweersgronde van die koeranteenaar, uit-

⁷Van der Walt a w 82.

⁸a w 81-82.

⁹Vergelyk in die algemeen RG McKerron *The Law of Delict* 7de uitg 1971 89.

¹⁰Dit volg uit die beginsel dat die werkgewer enige verweer in regte mag opwerp wat vir die werknemer beskikbaar is, naamlik soos uitgespel deur Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* derde uitg 1976 486, in hulle verantwoordwoorde fragment. Ar Hall verklaar ook op bl 9 van *Maasdorp's Institutes of South African Law* IV agste uitg 1972 tereg: "The position of the master is that his vicarious liability . . . is coextensive and identified in every respect with the liability of the servant. There is in our law complete privity or identity of interest between the master and the servant in relation to the obligation . . ."

¹¹Dit gaan hier slegs om die verweer dat geen verwytbare gesindheid te vinde is by die-

gewer, publikasie-verspreider en-redakteur, dat hulle self en diegene deur hulle aangestel, te goeder trou was en geen lasterlike bedoeling gehad het nie, wegval. Hierdie siening sluit aan by die *uiters wesenlike vermoede* wat in elke geval, as gevestigde konsekwensie, teen hulle bestaan ten effekte dat opset by hulle self of een of meerdere van hulle personelede sou bestaan het. Of hulle aan daardie nadelige primêre situasie deur kwyting van 'n bewyslas of 'n weerleggingslas *kon* ontkom, is materieelregtelik minder ter sake, maar my standpunt is in alle beskeidenheid dat daardie konvensionele verweersgronde nog as *deel* van die effektiewe bestryding van laster-aanspreeklikheid opgaan.¹²

Terwyl ons dan die Engelsregtelike innovasie van die publikasiewese se skuldlose aanspreeklikheid moet akkommodeer, beteken dit nogtans ewemin outomatiese gebondenheid vir elke prima facie onredelike reputasiebenadeling, as wat elke diensdoende werknemer se objektief onregmatige handeling sy meester ipso iure tref. Origens, omdat die invoering van die vreemde regsreël sekerlik nie beteken dat ook die uitlandse onderstam daarmee toegevoeg is nie, is dit nodig om die nuutgevonde uitbreiding van gedingsvatbare laster eenvoudig oor te ent op ons eie inheemse onderstam. Feitlik in leketaal gestel behels dit dat deliktuele laster-aanspreeklikheid bestaan by diegene wat die bedoeling gehad het om die gewraakte stellings te uiter op onregmatige wyse, of diegene wat sodanige "opsetlike" party(e) in hulle diens gehad het op die publikasiestadium *of* by diegene wat in die algemeen *verantwoordelikheid moet neem vir die stellings van*

sodanige opsetlike party of partye. Die laaste een van dié drie kategorieë sal egter slegs die gebruiklike reeks belanghebbendes in die kommunikasie-sektor daarstel, en ofskoon die bewysregtelike onus wat op hulle rus om van beswaring onthef te word formidabel is, kan hulle teoreties wel vrykom.

Net soos die werkgewer by middellike aanspreeklikheid ten aansien van sy werknemer,¹³ staan dit dus die uitgewer, drukker, eienaar, nuus-agent, redakteur en uitsaaiër steeds hiervolgens vry om, bo en behalwe die onskuld van homself en sy werknemers, die vergoedingsverpligting te vermy mits hy kan bewys dat daar in die totale opneem, prosessering en bekendstelling van die vermeende laster, geen animus iniuriandi van enige beskrywing voorgekom het nie. Dit is vir my bepaald logies om af te lei dat die verdere uitstrekkings van die Suid-Afrikaanse lasterregtelike opvanggebied, aan die hand van en in aansluiting by die gebruiklike skuldnorme enersyds en die bestaande middellike aanspreeklikheidsbeginsels andersyds moet evalueer.¹⁴ Meer spesifiek: die ingeburgerde handhawing van die "animus"-facta probanda oor die jongste dekades is te stewig bevestig om in toto deur die onderhawige obiter dicta weggeveeg te word in meerdere mate as wat eksplisiet uitgemaak is. En inderdaad kan daar moeilik aangevoer word (ongeach die uiteindelige rol van die nalatighedsverwyrt wat selfstandige oorweging verg), met die nodige eerbied gestel, dat ons hoogste regbank verder wou gaan as hierin aangedui. Anders gestel, die hele strukturele substratum van ons deliktereg het steeds in stand gebly ondanks die menings-

gene verantwoordelik vir die publikasie nie, heeltemal ongeag enige regverdigingsgronde op sterkte waarvan beweerde onregmatigheid (gewoonlik objektiewe onredelikheid) weêrlê sou kon word.

¹²Vir sover spesifiek die skuldlose aanspreeklikheid van media gefundeer word.

¹³Die drukker en uitgewer byvoorbeeld is dan solidêr aanspreeklik met die redakteur, verslaggewer en koeranteienaar maar slegs indien dit ook die geval sou wees indien hulle die werkgewers was van laasvermelde partye. Hierdie illustrerende hipotese is ook andersom van toepassing (*of* aangepas).

¹⁴Vergelyk die dicta in *Maisel v Van Naeren* 1960 4 SA 836 (K) wat hieronder weergegee word.

uitinge waarmee die appèlregters hulle vereenselwig het, en is nie ter wille van die beleidsmatige Engelsregtelike insigte in enige substantiewe mate omvergewerp, niteenstaande die O'Malley-ratio, nie.

Dit beteken ten slotte nie dat beleidsoorweginge onder die voorgestelde bedeling geen plek inneem nie: reeds is gemeld hoedat die nalatighedsfaktor binne die voormelde verband herskoning kan ondergaan. Ook speel die oorweldigende vermoede van animus iniuriandi (wat nou tot groot hoogte prakties onweerlegbaar sal wees, indien die skuldlose aanspreeklikheidsverskynsel oor daardie boeg gewerp sou word) die mees deurslaggewende regspolitiese rol, wat natuurlik steeds uitbrei weens die 1977-bevinding. Maar andersyds, die respondent in die onderhawige saak mag dalk die aanmerklike kwyning van persvryheid in sy daaglikse nuusbladpraktyk ervaar indien sy sukses in die geding sou lei tot die konstruering van uitermate streng vertolkings wat by die hofrapport in te lees is. En weer eens moet die juris huiwer om die onskuldige party uitermate gebonde te beskou waar nóg die geskrewe reg, nóg "openbare beleid" onvermydelik dikteer. Waar die bewysnood van die burglary, kortliks, hierteenoor as "goeie rede" nog tot die teendeel opgewerps kan word, meen ek dat die presumpshom voldoende begunstig daarin dat dit lank reeds vasstaan dat verweerders moet ontken en blootlê.

Terwyl dit lank reeds vasstaan dat die enkelvoudige en vae ontkenning van animus iniuriandi nie sal deug of standhou teen goeie prima facie-opwerping deur die belasterde eiser nie,¹⁵ volg dit dat die nodige teenbewyse geredelik voorhande sal wees net sodra die verweerder sy verbesonderde teenwerpings opper. Net so moeilik as die aanwesigheid van opset bewysbaar kon gewees

het, is dit ook die geval met die staving van die ten laste gelegde bedoeling se afwesigheid. Vanuit die beleidsoriëntasie, een voorbeeld: Indien die uitgewer as verweerder die eksepsie van ontbrekende animus aanvoer met die teenwerping dat indien daar verwythbaarheid bestaan dit by die drukker te vinde sal wees, openbaar sy pleitstuk geen verweer meer nie, wat dalk goeie beleid is, maar hy mag tog steeds probeer bewys dat nóg die drukker, nóg die redaksie, nóg die publikasie se eienaar, nóg enigeen van hulle werknemers opsetlik gehandel het. Indien hy dus die geskiedenis van die gewraakte beswadding deur elkeen van die stappe tot by die openbaarmakingsfase in getuienis kan opvolg en die onskuld van elke betrokke daaruut blyk, sou hy op die waarskynlikhede sy las kwyt en selfs die vermoede kon weerlê het, behoudens teenbewysmateriaal aan eiserskant. As respondente sal die reeks vermeende lasteraars met interdikverrigtinge egter, ook regspolities gesond in die oë van die potensiele slagoffer, op ander gronde vir die afwysing van so 'n applikant se mosie moet staatmaak.¹⁶ Dit sou egter blyk dat die bewysnood van die belasterde aanmerklik verlig sal wees in die prosessuele verloop van sy ingestelde verrigtinge, selfs indien repliek benodig word. Beskerming van die individu bly sodoende toereikend (sonder prysgawe van die sistematiek se funderende stelreëls; eg sou op veroordeling "sonder" verhoor neerom, indien konsekwent deurgetrekk).

Toegegee dien te word: geen spesifieke melding skyn gemaak te word van die middellike aanspreeklikheidsleerstelling nie, maar lg is juis die bron van weloorwoë en deurdagte uitbreidings op die skuldlose gebondenheidsbestek, wat bv hedendaags volgens sommige vanaf die dienskontrak na die on-

¹⁵Sien in die algemeen Ranchod B *Foundations of the South African Law of Defamation* Leiden 1972 135 tot 138, en MacKerron a w 205 tot 207.

¹⁶Dat geen skuldelement vir die toestaan van die interdik ter sake is nie, bly as welbekende stelreëls vasstaan. sien byvoorbeeld Van der Merwe en Olivier a w 244 en die gesaghebbende daar gesitser.

afhanklike werkaanneming uitstrek.¹⁷ Wat sprekend is, merk ons nogtans in die hoofregter se aanraking van die “*actio de effusis vel deiectis*” waaruit verbintenisse voortvloei “*ex variis causarum iuris figuris*”, maar die analogie daaruit lui: “Die uitsondering sou wesenlik gegrond wees op beskerming van die gewone burger teen ’n klas van persone wat by ’n medium betrokke is, wat van so ’n aard is, dat in geval van laster gepleeg in die medium, dit moeilik is om *die opset by ’n bepaalde persoon tuis te bring*. Dat . . . skuldlose aanspreeklikheid in sekere gevalle van deliktuele skade erken word, blyk oa uit die [voormelde *actio*] . . . Die okkuperder van die gebou word aanspreeklik gehou vir die besondere daad wat ’n bewoner doen en, na my mening, is dit ’n heilsame beskerming van onskuldige verbygangers wat dit uiters *moeilik mag vind om te bewys watter bepaalde bewoner die daad begaan het*.”¹⁸ (My kursief.) Die hof kon ewenwel verwys het na die “*actio de suspensi vel positi*”¹⁹ wat dieselfde sg kwasi-deliktuele agtergrond vertoon, en deurgaans het die onderskeie regsmiddele iets gemeen: Die verhaalsreg op vergoeding en/of genoegdoening moet volgens deurlopende, prinsipiële riglyne aan een of ander tussenkomende persoon se werklike deliktuele gedraging²⁰ (derhalwe ook skuld) vasknoop en daaraan gekoppel bly alvorens die eiser van enige skuldlose verweerder dit kan invorder waarop hy aanspraak maak.

Indien die okkuperder van die gebou sou kon uitwys dat noodtoestand, noodweer, *casus fortuitus* of enige vis major (soos aardskudding of rukwind) een of ander verbyganger-eiser se be-

sering veroorsaak het, sou laasvermelde party moeilik in sy sogenaamde kwasi-deliktuele verrigtinge slaag,²¹ meen ek. Die bewysnood van die oënskynlik weerlose beseerde speel dan skaars enige meerdere rol in sulke gevalle as in enige meer ortodokse litigasie. Dienooreenkomstig is dit meer as wenslik om, regs wetenskaplik gesproke, die hersiene regsposisie só in te sien en ontwikkelinge op daardie koers te stuur, vanuit welke hoek mens ook al die strydige belange-onderstrominge oorskou.

Een finale opmerking: Die meeste wat afleibaar voorkom vanuit die eerste frases in die pas-aangehaalde sitaat, is dat die begrip “medium” aangewend is in die sin van “publiserende organisasie” of “ketting” (serie) van sulke organisasies in ooreenstemming met illustrasies hierin genoem. Ek wil nie beweer dat bloot middellike gebondenheid in die heer- en diensbodeopsig maar net herkonstateer is nie (en lashebbers asmede werkaannemende kontrakteurs of selfs verteenwoordigers kan deliktueel by die organisasie ressorteer, argumentsonthalwe), maar die begrensing hierin gespesifiseer, op die aanspreeklikheidskeppende lasterlikheids-“net”, skyn bepaald reël voor te doen.

Te meer volg dit aan die hand van insigte uitgebring deur (destyds waarnemende) regter De Villiers in *Maisel v Van Naeren*,²² waar middellike aanspreeklikheid as grondliggend aanvaar is.

Die betrokke stellings is op die oog af nêrens teengesprek nie, behalwe deur B Ranchod in *Foundations of the South African Law of Defamation*,²³ maar

¹⁷Sien egter Van der Merwe en Olivier se kritiek rakende lasgewing, aw 487 tot 489, wat deeglik gestaaf is.

¹⁸Bl 404 tot 405 van die verslag.

¹⁹Synde die aksie teen diegene wat voorwerpe op dakke, vensterbanke of balkonne plaas of daaraan hang met gevolglike gevaar vir verbygangers.

²⁰Vergelyk weer eens n 9 en n 10 hierbo.

²¹Die skrywers is nie hieromtrent duidelik nie maar die skeptisisme van Van der Merwe en Olivier teenoor die regsmiddel genoem in n 19 hierbo dui mi in daardie rigting.

²²supra.

²³supra n 15.

daardie skrywer beroep hom slegs op die afwesigheid van voorafgaande presedente met daardie strekking. Selfs as innovasie kom die regter se siening egter as verteenwoordigend van die steeds geldende regsposisie voor waar hy op 849 van die verslag verklaar het: "But what of cases where they" (dws 'newspaper editors, printers and publishers') "are in fact ignorant of the defamation and where a master and servant nexus does not apply? A notion of liability even in such cases, on the model of English law, has certainly found expression in decisions of our Courts . . . the Appellate Division has certainly never been called upon to give a definite decision in that regard. In so far as Provincial Courts have accepted or assumed the existence of liability in such cases, it seems on analysis that they have done so not by dispensing with the requirement of *animus iniuriandi*, but rather on a basis which in effect

amounts to a notion of vicarious liability, flowing in a *jurisprudential sense* from a duty on the part of the persons concerned to acquaint themselves with the contents and implications of everything that appears in the newspaper. (See, for example, *Dunning v Thomson*, 1905 TH 313 at p 316.) . . . What is of importance is that the notion *does not involve a dispensation with animus iniuriandi as a primary requisite of liability*: as far as I know, *it has never been suggested that an editor or publisher who is in fact unaware of the defamatory character of an article, could be liable even if there should be no animus iniuriandi on the part of the author.*" (My kursief.) Ondanks Ranchod se kritiek²⁴ behoort hierdie beskouingswyse tans vele van eersgenoemde se bedenkinge oor die posisie te kan beantwoord.

AD LE ROUX
Regsadviseur, SAUK

I have a high opinion of lawyers. With all their faults, they stack up well against those in every other occupation or profession. They are better to work with or play with or fight with or drink with, than most other varieties of mankind.

Harrison Tweed

²⁴a w, veral 158.

Boeke

PUBLIKASIEBEHEER IN SUID-AFRIKA

by JCW VAN ROOYEN

*Juta & Co Ltd, Cape Town, Wynberg, Johannesburg, 1978;
pp xxii & 172; price R12,50*

Many articles based on the Publications and Entertainment Act 26 of 1963 have been published, but this is one of the first books which deals with publication control under the new act.

The author, who is vice-chairman of the Publications Appeal Board, has divided the subject matter of the book into two sections. The first section provides a systematic exposition of the organisation, functions and duties of the directorate and committees, as well as the composition, procedure, powers and method of work adopted by the appeal board.

The second section deals with the criteria used in determining whether material is undesirable or not. In the first chapter the author deals with the question of public morals and shows that the appeal board has clearly distinguished between the various criteria relating to public morals as defined in section 47(2)(a) of the act.

Indecency or obscenity is defined as that which is calculated to arouse lust, or the depiction of sexual matters or nudity, in a shameless and morbid way.

Offensiveness to public morals is that which is repugnant, mortifying or painful and not merely that which is calculated to displease or annoy. Harmfulness to public morals is distinguished as that which treats the immoral as normal, natural, satisfying and right.

As far as the question of nudity is concerned, the author points out that as

the new act makes no reference to it, the board felt constrained to reconsider the whole issue. It came to the conclusion that, taking South African community standards into consideration, nudity should be excised from films and publications where the object is to arouse a morbid interest in these matters. The disrespectful treatment of nudity is indecent or offensive unless there are other circumstances present which warrant a different conclusion. These circumstances could be the distance at which photographs are taken, the fact that silhouettes are used etc.

The author then discusses such topics as violence, sex and unsavoury language, showing how the board has approached such matters in the past, by reference to decided cases.

Chapter 2 deals with blasphemy or matters which are offensive to the religious convictions or feelings of any section of the inhabitants of the Republic (section 47(2)(b)). The test for offensiveness is whether the matter is repugnant, mortifying or painful (not merely displeasing or annoying) to the average member of a particular section of the community. Blasphemy is not the mere denial of the existence of God, but the ridiculing of God.

Chapter 3 deals with the relations between sections of the inhabitants of the community and chapter 4 with the safety of the state.

A few specific points warrant separate discussion:

(a) At page 60, the author states that the likely reader may not be taken into account when considering the undesirability of a publication, which viewpoint the appeal board endorses. The board deduced from the fact that, as the 1963 act referred to the likely reader and the new act did not re-incorporate this terminology, it was obliged to deal with an objective and absolute criterion and not one relative to the likely reader. Although the author admits that it is questionable whether one can ever move away from the likely reader, he offers no criticism of the board's viewpoint. It is perhaps unfortunate that the book was published prior to the review in the Transvaal provincial division of the board's decision based on the book *Magersfontein, O Magersfontein*. The court found that the board had erred in excluding the likely reader in determining whether a publication is indecent, obscene or offensive to public morals, but that the likely reader could not be considered in determining undesirability in terms of section 47(2)(b), relating to offensiveness to the religious convictions of any section of the inhabitants.

(b) On page 63 the author describes section 1 of the act – the constant endeavour of the population of the Republic to uphold a Christian way of life – as “die breë filosofiese grondslag” for the existence of an act such as the Publications Act. According to the author this section must be considered when determining the community's approach to public morals, but can it be said that such a constant endeavour exists in our population? There are a number of different cultures with their own religions which are not based on the Christian doctrine, but which have their own religious and ethical content, such as the Muslims. The author does show that tolerance is inherent in a Christian way of life, but it is difficult to see why he feels that section 1 should be considered when determining the entire community's approach to public morals.

(c) The way in which the author has

discussed specific topics such as nudity, violence, sex, religion etc by reference to decided cases could be of great benefit to the practitioner, as an indication of the board's approach to these matters. However, the way in which he has cited examples of unsavoury language is unacceptable and it is difficult to imagine how the listing of these words could assist the reader or practitioner.

The author has also reproduced an extract from the board's decision on *Magersfontein*, which includes page references to the language which the board found offensive. It may have been necessary for the board to reproduce these words by way of page reference, but their incorporation into a book of this nature appears to be unnecessary. At page 90 it is said that the South African community is not tolerant towards unsavoury language, and the question of its desirability is tested in accordance with the views of a mixed company of average people of reasonable education. This is the starting point, but other factors such as the functional value, whether it appears in scientific or documentary material etc, are also considered. What the functional significance of the unsavoury language which appears on page 16 of the book could be, is difficult to appreciate. Words which are used out of context and which are shown in isolation in this way, are rendered far more unacceptable than they are when read in the actual context of the book itself. The reader cannot form an objective opinion of the undesirability of the unsavoury language if it is read out of context, and to my mind the inclusion of the extract from the board's decision is unwarranted.

These criticisms should not detract from the value of the book. The author has been very successful in setting out the board's approach to undesirable matter and he has also discussed such issues as age restrictions, race restrictions and the prohibition of possession of undesirable matter, thoroughly.

The inclusion of English summaries at the end of each chapter will also be of tremendous help to the English reader of the book.

YVONNE BURNS
University of South Africa

THE RENT CONTROL ACT: A SUPPLEMENT TO THE SOUTH AFRICAN LAW OF LANDLORD AND TENANT

deur WE COOPER SC BA LLB PhD

Juta & Kie Bpk, Kaapstad, Wetton, Johannesburg, 1977;
pp xxix en 289; prys R18,50

Die skrywer se toonaangewende hoofwerk oor huur, te wete *The South African Law of Landlord and Tenant* wat in 1973 verskyn het, is indertyd hoog aangeskryf. In die klompie jare wat sedertdien verstryk het, het die werk ook alom die erkenning erlang wat dit verdien. Afdeling 9 (hoofstuk 26 tot 30) van die hoofwerk bevat dan ook 'n indringende behandeling van die Wet op Huurgelde van 1950, soos gewysig tot 1972. In 1975 is hierdie wet omvattend gewysig voordat dit in 1976 vervang is deur 'n konsolidasiewet en wel die Wet op Huurbeheer. Hierdie wetgewende bedrywigheid het dit nodig gemaak dat byna 'n derde van die hoofwerk hersien moes word. Dit is gedoen in die boek tans onder bespreking. Alhoewel hierdie boek eintlik 'n deel van die hoofwerk vervang, kan dit ook goed gebruik word sonder die hoofwerk. Net soos die hoofwerk word dit gekenmerk deur deeglikheid en helderheid van stelling. Dit is nie maar

net 'n los kommentaar op die artikels van die wet nie, maar 'n stelselmatige ontleding van die voorskrifte van die wet en sy voorgangers, vir sover hulle nog van belang is. 'n Handige toevoegsel is die oorkruisverwysings na die artikels van die een wet en dié van die ander. Albei wette word aangeheg asook die regulasies ingevolge die nuwe wet afgekondig. Voorts is daar die gebruiklike registers.

By wyse van toegif word die ander hoofstukke van die hoofwerk aangevul deur kort aantekeninge wat hoofsaaklik, maar nie uitsluitlik nie, bestaan uit verwysings na nuwer beslissings.

Die werk is blykbaar slegs in slap band beskikbaar. Dit is goed versorg en behoort volgehoue hantering te kan oorleef.

JC DE WET
Universiteit van Kaapstad

PRINCIPLES OF SOUTH AFRICAN WATER LAW

deur WJ VOS SC BCom LLB

*Juta & Kie Bpk, Kaapstad, Wetton, Johannesburg, 1978;
pp xxii en 263; prys R35,00*

Op die titelblad word die "boek" beskryf as die tweede edisie van die skrywer se *Elements of South African Water Law* wat in 1968 verskyn het. Die rede vir die verandering word in die voorwoord vermeld, en wel dat die skrywer se eie bydrae meer omvattend is as in die eerste poging. In weerwil hiervan bly die "boek", soos sy voorganger, eintlik maar 'n teks van die Waterwet en van die regulasies vir waterhowe en be-

sproeiingsrade, voorafgegaan deur 'n oppervlakkige kommentaar deur die skrywer. Die kommentaar beslaan nou wel 101 bladsye, maar bevat weinig meer as sy voorganger. Dit is vol onnodige herhalings en lewer nie 'n stelselmatige beeld van die waterreg nie.

JC DE WET
Universiteit van Kaapstad

THE LAW OF HIRE-PURCHASE IN SOUTH AFRICA

deur MA DIEMONT, RM MARAIS en PJ ARONSTAM

vierde uitgawe; Juta & Kie, 1978; xl en 335 pp; prys R25

Die vierde uitgawe van hierdie bekende boek oor huurkooptransaksies het pas verskyn. Sedert die derde uitgawe in 1964 verskyn het, het daar heelwat veranderings in die reg met betrekking tot huurkoop- en ander krediettransaksies gekom en is heelwat belangrike beslissings gerapporteer, sodat hierdie werk verwelkom word. Dit is die oogmerk van die skrywers om die reg insake kredietkope in al sy fasette te behandel en al die nuwe ontwikkelinge word in die boek gedek. Benewens die behandeling van die huurkoopkontrak (kenmerke, sluiting, verpligtings van die partye en finansiering) verskyn daar ook 'n bespreking van die Wet op die Verkoop van Grond op Afbetaling, 1971, die Wet op Prysbeheer, 1964 en die tans belangrike kwessie van die huurkoopkoper se regsmiddels ex delicto teen derdes wat die huurkoopsaak beskadig of vernietig het. Die reg insake die risiko vir skade en verlies word breedvoeriger as in die verlede bespreek. Benewens die gebruiklike vonnisregister is daar tans ook 'n register van statutêre bepalinge en 'n bronne-

lys. In die geheel bied die boek die leser 'n omvattende behandeling van die huurkoopreg en aangesien dit al die relevante statutêre voorskrifte en gewysdes behandel, is dit 'n nuttige boek vir die regspraktisyn wat met hierdie afdeling van die reg gemeoid is. As die reg egter binnekort ingrypend gewysig gaan word, soos algemeen verwag word, mag hierdie ontwikkeling die uitgifte van 'n verdere uitgawe noodsaak.

Die huurkoopreg het vir die regsgeleerde 'n groot bekoring vanweë die baie ingewikkelde regsrae wat in verband daarmee ter sprake kom. Daar is byvoorbeeld die vraag of (en waarvoor) die huurkoopkoper sonder sessie van aksie die derde wat die saak beskadig het, kan aanspreek en die vraag of die derde wat 'n skuldeiser-skuldenaar retensiereg teen die huurkoopkoper kan opwerp ook 'n retensiereg teen die huurkoopverkoper kan opwerp. Maar die basiese probleem by die huurkoopkontrak is sekerlik die geaardheid van die klousule waarvolgens die eien-

domsreg van die huurkoopgoed eers op die koper oorgaan by betaling van die laaste paaient. Volgens een beskouing is daar 'n opskortende voorwaarde wat die huurkoopkontrak opskort sodat daar eers 'n geldige huurkoopkontrak sal wees as die laaste paaient betaal word. Alhoewel die skrywers nie hierdie opvatting deel nie, meen hulle dat dit waarskynlik die standpunt van die positiewe reg is en kom dan vervolgens tot die gevolgtrekking dat die koop voor vervulling van die voorwaarde (betaling van die prys) nie perfecta is nie en dat die verkoper dus voor betaling van die laaste paaient die risiko dra (te 91 95 en 117) terwyl die koper ook nie voor vervulling van die voorwaarde die actio redhibitoria of die actio quanti minoris kan instel nie (te 19 maar daarteen 180). Gelukkig het professor DSP Cronjé hierdie aangeleentheid indringend ondersoek in sy proefskrif *Eiendomsvoorbehoud by 'n Huurkoopkontrak van Roerende Sake* (RAU 1977). Op grond van sy ontledings kan die gemelde opvatting met oortuiging bestry word. Daar word uitgewys dat die beweerde voorwaarde nie die huurkoopkontrak opskort nie (dus, die risiko gaan oor en die koper het inderdaad die aedilissiese aksies tot sy beskikking) maar dit raak die eiendomsorgang. Die eiendomsvoorbehoud het die werking van 'n opskortende voorwaarde wat die eiendomsorgang betref. Die ernstige regsgeleerde sal benewens die positiewe reg wat in die boek behandel word ook kennis neem van die akademiese navorsing wat kernprobleme van hierdie aard met toewyding ontgloep.

Daar is natuurlik talle ander probleme wat in die werk behandel word. Die skrywers stel hulle eie gemotiveerde standpunt en verwys telkens na die relevante regspraak en literatuur. Dit wil egter voorkom asof daar verskeie gevalle is waar die skrywers sekere fasette met vrug kon aksentueer het. Hulle verklaar dat die wetgewer 'n sekere soort kontrak as 'n koopkontrak bestempel (35) terwyl dit in werklikheid gaan oor die vraag of 'n sekere kontrak


wat die partye gesluit het onder die huurkoopwet val of nie en vir hierdie doel moet daar onder andere gekyk word of die partye wou koop en verkoop. By die bespreking van die plek van betaling (109) kon duideliker uitgewys word dat waar 'n dag vir prestasie bepaal is, wat wel by huurkoopkontrakte die geval is, die koper die verkoper moet opsoek en aan hom moet betaal indien hy die gevolge van niebetaling (*mora debitoris*) wil vermy. As die verkoper geldiglik die goed van derdes kan verkoop, (99) sal die leser graag wil weet waarom die verkoper verplig is om by betaling van die laaste paaient eiendomsreg aan die koper te verskaf (82) en nie net teen uitwinning te waarborg as hy nie eienaar is nie. Dit mag ook daarom vreemd voorkom dat die verkoper nie mag beding dat eiendomsreg nie later oorgaan as by betaling van die laaste paaient nie maar dan mag beding dat hy, anders as in die gemene reg, betalings mag toeken aan latere skulde en nie aan die ouer huurkoopskulde nie (83). Die vorderingsreg van die koper is wel 'n bate in sy boedel maar vir doeleindes van die voltooiing van die voorvereistes vir vrywillige boedeloorgawe word die saak self as 'n bate beskou omdat die eiendomsreg statutêr na sekwestrasie aan sy boedel sal oorgaan (233).

Daar is ook nog vele ander vrae. Kan 'n vrou wat binne gemeenskap van goed getroud is 'n huurkoopkontrak as koper teken waar dit nie oor huishoudelike benodigdhede gaan nie? Die skrywers vermeld dit nie as 'n moontlikheid nie (46). Hoe moet die huurkoopverkoper sy aanmaning voor terugtrede bewoerd? Moet hy die huurkoopkoper byvoorbeeld tien dae na ontvangs van die aanmaning as grasietydperk bied of kan hy 'n datum wat die huurkoopkoper minstens tien dae grasië bied, noem (136)? Is dit juis om die bepaling insake wesenlike voldoening aan die voorskrifte insake die deposito so uit te lê dat die deposito in paaiente betaal kan word (88)?

Die boek, wat die teks van die verskillende wette bevat, is netjies versorg

en maak 'n goeie indruk. Die ou drukkersduiwel was egter nie geheel en al afwesig nie (kyk bl 15 "se" ipv "so", 83 'n onnodige punt, 94 'n ontbrekende aanhalingsteken en 153 "1884" ipv "1844").

DJ JOUBERT
Universiteit van Pretoria

WETSKAPSBIBLIOTEK	
FAKULTEIT RECHSGELEERDHEID	
 DATUM
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA	

All the attorneys I have ever seen have the same manner: hard, cold, incredulous, distrustful, sarcastic, sneering. They are said to be conversant with the worst part of human nature, and with the most discreditable transactions. They have so many falsehoods told them, that they place confidence in no one.

Lord Melbourne

